



**5+6+7  
/15**

## Neueste ober- und höchstgerichtliche arbeits-/sozialrechtliche Entscheidungen

Inhaltsübersicht:

### Arbeitsrecht

- Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang S.1
- Diskriminierungsschutz bei Scheinbewerbung?----- S.2
- Eingruppierung einer Lehrerin für herkunftssprachlichen Unterricht-----S.3
- Außerordentliche Kündigung - Nutzung dienstlicher Ressourcen zur Herstellung privater „Raubkopien“ -----S.4
- Altersdiskriminierende Kündigung im Kleinbetrieb -----S.5
- Überbrückungsbeihilfe nach dem TV SozSich bei Betriebsübergang auf privaten Arbeitgeber -----S.6
- Hinterbliebenenversorgung - Spätehenklausel - Diskriminierung wegen des Alters -----S.7
- Arbeitnehmerstatus von Zirkusartisten -----S.8
- Annahmeverzug bei rückwirkender Begründung eines Arbeitsverhältnisses-----S.8
- Arbeitskampfrecht - Schadensersatz drittbetroffener Unternehmen -----S.9

### Arbeitsrecht

#### ● **Dynamik einer Verweisungsklausel nach Betriebsübergang**

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) um eine Vorabentscheidung zur Vereinbarkeit seiner Auslegung von § 613a Abs. 1 BGB mit Unionsrecht ersucht. Dabei

geht es um die Wirkung einer zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer einzelvertraglich vereinbarten Klausel, die dynamisch auf einen Tarifvertrag verweist, im Arbeitsverhältnis mit dem Betriebserber.

Der Kläger ist seit 1978 als Hausarbeiter in einem Krankenhaus beschäftigt. Im Arbeitsvertrag ist eine Verweisung auf den Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter/ Arbeiterinnen gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe vom 31. Januar 1962 (BMT-G II) und die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge vereinbart. Träger des Krankenhauses war ursprünglich ein Landkreis, der Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband (KAV) war. Im Jahr 1995 wurde das Krankenhaus privatisiert und nunmehr von einer GmbH betrieben, die ebenfalls Mitglied im KAV war. Mit Blick auf eine geplante Ausgliederung schlossen die GmbH, deren Betriebsrat und die K. FM GmbH i.G. im Jahr 1997 einen Personalüberleitungstarifvertrag. Danach sollten „der BMT-G II in der jeweils geltenden Fassung einschließlich der diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge“ für die Arbeitsverhältnisse der Arbeiterinnen und Arbeiter „weiterhin“ bei dem Betriebserber Anwendung finden. Am 31. Dezember 1997 ging der Betriebsteil, in dem der Kläger beschäftigt war, auf die K. FM GmbH i.G. über, die nicht Mitglied im KAV war. In der Folgezeit wurde auf das Arbeitsverhältnis weiterhin der BMT-G II angewandt. Die K. FM GmbH gab allerdings die



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



beiden tariflichen Lohnerhöhungen im Jahr 2004 nicht weiter. Mit Wirkung zum 1. Juli 2008 ging das Arbeitsverhältnis des Klägers auf die Beklagte über. Diese wandte auf das Arbeitsverhältnis weiterhin die Vorschriften des BMT-G II an. Mit seiner Klage hat der Kläger die Anwendung des TVÖD-VKA und des TVÜ-VKA auf sein Arbeitsverhältnis begehrt. Er ist - anders als die Beklagte - der Auffassung, diese seien als den BMT-G II ersetzende Tarifverträge auf sein Arbeitsverhältnis dynamisch anwendbar. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts geht davon aus, dass der Erwerber eines Betriebsteils nach nationalem Recht aufgrund von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die auf Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Bezug nimmt und deren Regelungen aufgrund privatautonomer Willenserklärungen zum Inhalt des Arbeitsvertrags gemacht hat (sog. dynamische Bezugnahme Klausel), vertraglich so gebunden ist, als habe er diese Vertragsabrede selbst mit dem Arbeitnehmer getroffen. Im Wege des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV soll geklärt werden, ob dieser Auslegung des nationalen Rechts unionsrechtliche Vorschriften - insbesondere Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG und Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union - entgegenstehen. Für deren Auslegung ist allein der EuGH zuständig. [Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17. Juni 2015 - 4 AZR 61/14 (A) - Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 10. Dezember 2013 - 8 Sa 538/13 - Der Senat hat dem Gerichtshof der Europäischen Union ein weiteres Verfahren mit den gleichen Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (- 4 AZR 95/14 (A) -). Beklagte in dem dortigen Verfahren ist ein anderes Unternehmen desselben Konzerns. In vier weiteren Verfahren (- 4 AZR 59/14 -, - 4 AZR 60/14

-, - 4 AZR 85/14 - und - 4 AZR 96/14 -) hat der Senat den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des EuGH in den Vorabentscheidungsverfahren - 4 AZR 61/14 (A) - und - 4 AZR 95/14 (A) - ausgesetzt.]

## ● Diskriminierungsschutz bei Scheinbewerbung?

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat dem Gerichtshof der Europäischen Union ua. folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist das Unionsrecht dahingehend auszulegen, dass auch derjenige „Zugang zur Beschäftigung oder zur abhängigen Erwerbstätigkeit“ sucht, aus dessen Bewerbung hervorgeht, dass nicht eine Einstellung und Beschäftigung, sondern nur der Status als Bewerber erreicht werden soll, um Entschädigungsansprüche geltend machen zu können?

Der Kläger hat 2001 die Ausbildung zum Volljuristen abgeschlossen und ist seither überwiegend als selbständiger Rechtsanwalt tätig. Die Beklagte, die zu einem großen Versicherungskonzern gehört, schrieb ein „Trainee-Programm 2009“ aus. Dabei stellte sie als Anforderung einen nicht länger als ein Jahr zurückliegenden oder demnächst erfolgenden sehr guten Hochschulabschluss und qualifizierte berufsorientierte Praxiserfahrung durch Ausbildung, Praktika oder Werkstudententätigkeit. Bei der Fachrichtung Jura wurden zusätzlich eine arbeitsrechtliche Ausrichtung oder medizinische Kenntnisse erwünscht. Der Kläger bewarb sich hierfür. Er betonte im Bewerbungsschreiben, dass er als früherer leitender Angestellter einer Rechtsschutzversicherung über Führungserfahrung verfüge. Derzeit besuche er einen Fachanwaltskurs für Ar-



Recht

Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft



beitsrecht. Weiter führte er aus, wegen des Todes seines Vaters ein umfangreiches medizinrechtliches Mandat zu betreuen und daher im Medizinrecht über einen erweiterten Erfahrungshorizont zu verfügen. Als ehemaliger leitender Angestellter und Rechtsanwalt sei er es gewohnt, Verantwortung zu übernehmen und selbständig zu arbeiten. Nach der Ablehnung seiner Bewerbung verlangte der Kläger eine Entschädigung iHv. 14.000,00 Euro. Die nachfolgende Einladung zum Gespräch mit dem Personalleiter der Beklagten lehnte er ab und schlug vor, nach Erfüllung seines Entschädigungsanspruchs sehr rasch über seine Zukunft bei der Beklagten zu sprechen.

Aufgrund der Bewerbungsformulierung und des weiteren Verhaltens geht der Senat davon aus, dass sich der Kläger nicht mit dem Ziel einer Einstellung beworben hat. Das Bewerbungsschreiben steht einer Einstellung als „Trainee“ entgegen. Die Einladung zu einem Personalgespräch hat er ausgeschlagen. Damit ist der Kläger nach nationalem Recht nicht „Bewerber“ und „Beschäftigter“ iSv. § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG. Das Unionsrecht nennt jedoch in den einschlägigen Richtlinien nicht den „Bewerber“, sondern schützt den „Zugang zur Beschäftigung oder zu abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit“. Nicht geklärt ist, ob das Unionsrecht ebenfalls voraussetzt, dass wirklich der Zugang zur Beschäftigung gesucht und eine Einstellung bei dem Arbeitgeber tatsächlich gewollt ist. Ob für das Eingreifen des unionsrechtlichen Schutzes das Vorliegen einer formalen Bewerbung genügt, ist eine allein dem Gerichtshof überantwortete Auslegungsfrage. [Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 18. Juni 2015 - 8 AZR

848/13 (A) - Vorinstanz: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 18. März 2013 - 7 Sa 1257/12 -]

## ● **Eingruppierung einer Lehrerin für herkunftssprachlichen Unterricht**

Das beklagte Land Nordrhein-Westfalen bietet in seinen Schulen für die am meisten gesprochenen Herkunftssprachen als ergänzendes Angebot zum Regelunterricht herkunftssprachlichen Unterricht an. Besitzen Bewerber die Befähigung für ein Lehramt nach deutschem Recht, sind sie nach dem Runderlass des Ministeriums für Schule und Weiterbildung über den Unterricht für Schülerinnen und Schüler mit Zuwanderungsgeschichte vom 21. Dezember 2009 (HSU-Erlass) bevorzugt einzustellen, wenn sie zusätzlich zumindest die erforderliche Sprachqualifikation aufweisen. Die im beklagten Land geltenden Erlasse zur Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrer bilden diese bei der Einstellung vorrangig geforderte Qualifikation jedoch bei Lehrern, die ausschließlich solchen Unterricht erteilen, nicht ab. Sie stellen für Lehrer ausländischer Herkunft vielmehr auf die Lehrbefähigung des Heimatlandes ab. Lehrer mit ausschließlich deutscher Lehrbefähigung erhalten eine zumindest eine Entgeltgruppe niedrigere Vergütung. Diese Differenzierung ist im Hinblick auf die Einstellungsanforderungen des beklagten Landes sachlich nicht gerechtfertigt. Den betroffenen Lehrern mit deutscher Lehrbefähigung ist deshalb eine Vergütung aus der-selben Entgeltgruppe des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) zu zahlen wie den Lehrern mit der Lehrbefähigung ihres Heimatlandes.



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



Die in der Türkei geborene Klägerin besitzt die Lehrbefähigung für das Lehramt an Grund-, Haupt- und Realschulen. Seit dem 30. August 2013 erteilt sie an einer Grundschule des beklagten Landes ausschließlich herkunftssprachlichen Unterricht in der türkischen Sprache. Die vom einschlägigen Eingruppierungserlass geforderte türkische Lehrbefähigung hat sie nicht nachgewiesen. Das beklagte Land ist der Auffassung, dass die Kombination aus der Qualifikation der Klägerin und der von ihr vertraglich geschuldeten Tätigkeit in den von ihm erlassenen Eingruppierungsregelungen keinen Niederschlag gefunden habe. Es zahlt ihr unter Berufung auf eine in dem maßgeblichen Erlass enthaltene Auffangregelung ein Entgelt der Entgeltgruppe 10 TV-L. Die Klägerin begehrt eine Vergütung aus der Entgeltgruppe 11 TV-L.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts der Klage stattgegeben. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. Juni 2015 - 6 AZR 383/14 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 21. März 2014 - 10 Sa 44/14 -]

### ● **Außerordentliche Kündigung - Nutzung dienstlicher Ressourcen zur Herstellung privater „Raubkopien“**

Ein Grund zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann darin liegen, dass ein Arbeitnehmer privat beschaffte Bild- oder Tonträger während der Arbeitszeit unter Verwendung seines dienstlichen Computers unbefugt und zum eigenen oder kollektiven Gebrauch auf dienstliche „DVD-“ bzw. „CD-Rohlinge“ kopiert. Das gilt unabhängig davon, ob darin zugleich ein straf-

bewehrter Verstoß gegen das Urheberrechtsgesetz liegt. Über einen solchen Fall hatte das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden.

Der Kläger war seit Februar 1992 bei dem beklagten Land beschäftigt. Er nahm die Funktion des „IT-Verantwortlichen“ beim Oberlandesgericht N. wahr. Zu seinen Aufgaben gehörte ua. die Verwaltung des „ADV-Depots“. Mit ihr war die Bestellung des für die Datenverarbeitung benötigten Zubehörs - etwa von Datensicherungsbändern, CDs und DVDs - verbunden. Anfang März 2013 räumte der Leiter der Wachtmeisterei in einem Personalgespräch ein, den dienstlichen Farbdrucker seit längerer Zeit zur Herstellung sog. „CD-Cover“ genutzt zu haben. Bei einer Mitte März 2013 erfolgten Geschäftsprüfung wurden auf den Festplatten eines vom Kläger genutzten Rechners mehr als 6.400 E-Book-, Bild-, Audio- und Videodateien vorgefunden. Zudem war ein Programm installiert, das geeignet war, den Kopierschutz der Hersteller zu umgehen. Es stellte sich heraus, dass in der Zeit von Oktober 2010 bis März 2013 über 1.100 DVDs bearbeitet worden waren. Im gleichen Zeitraum waren etwa gleich viele DVD-Rohlinge von Seiten des Gerichts bestellt und geliefert worden. Bei näherer Untersuchung und Auswertung der vom Kläger benutzten Festplatten wurden Anfang April 2013 weitere (Audio-)Dateien aufgefunden. Der Kläger ließ sich im Verlauf der Ermittlungen dahin ein, alles, was auf dem Rechner bezüglich der DVDs sei, habe er „gemacht“. Er habe für andere Mitarbeiter „natürlich auch kopiert“. Die Äußerungen nahm er einige Tage später „ausdrücklich zurück“. Mit Schreiben vom 18. April 2013



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



erklärte das beklagte Land die außerordentliche fristlose, mit Schreiben vom 13. Mai 2013 hilfsweise die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Vorinstanzen haben der Kündigungsschutzklage des Klägers stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigungen seien schon deshalb unwirksam, weil unklar sei, welchen Tatbeitrag gerade der Kläger zu den in Rede stehenden Kopier- und Brennvorgängen geleistet habe. Zudem habe das beklagte Land durch lediglich eigene Ermittlungen - ohne Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden - weder eine umfassende, den Kläger möglicherweise entlastende Aufklärung leisten, noch den Beginn der zweiwöchigen Frist für die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung hemmen können. Im Übrigen habe es gegenüber den anderen Beteiligten keine vergleichbaren Maßnahmen ergriffen und den Personalrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet.

Die Revision des beklagten Landes hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Eine (fristlose) Kündigung kommt auch dann in Betracht, wenn der Kläger nicht alle fraglichen Handlungen selbst vorgenommen, sondern dabei mit anderen Bediensteten zusammengewirkt oder das Herstellen von „Raubkopien“ durch diese bewusst ermöglicht hat. Aus dem Umstand, dass es ihm erlaubt gewesen sein mag, seinen dienstlichen Rechner für bestimmte andere private Zwecke zu nutzen, konnte er nicht schließen, ihm seien die behaupteten Kopier- und Brennvorgänge gestattet.

Die fristlose Kündigung ist ebenso wenig deshalb unwirksam, weil das beklagte Land

Ermittlungen zunächst selbst angestellt und nicht sofort die Strafverfolgungsbehörden eingeschaltet hat. Ein solches Vorgehen ist dem Arbeitgeber grundsätzlich unbenommen. Solange er die Ermittlungen zügig durchführt, wird auch dadurch der Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB gehemmt.

Nicht entscheidend ist, welche Maßnahmen das beklagte Land gegenüber den anderen Bediensteten ergriffen hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet im Rahmen verhaltensbedingter Kündigungen grundsätzlich keine Anwendung. Im Übrigen ist nicht festgestellt, inwieweit sich die Sachverhalte unter Berücksichtigung der Einzelheiten und der Stellung der anderen Beschäftigten wirklich gleichen.

Da auch die Anhörung des Personalrats ordnungsgemäß erfolgte, hat das Bundesarbeitsgericht das zweitinstanzliche Urteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16. Juli 2015 - 2 AZR 85/15 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Dezember 2014 - 4 Sa 10/14 -]

## ● **Altersdiskriminierende Kündigung im Kleinbetrieb**

Ist bei einer Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin aufgrund von ihr vorgetragener Indizien eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Lebensalters nach § 22 AGG zu vermuten und gelingt es dem Arbeitgeber nicht, diese Vermutung zu widerlegen, ist die Kündigung auch im Kleinbetrieb unwirksam.

Die am 20. Januar 1950 geborene Klägerin war bei der beklagten Gemeinschaftspraxis seit dem 16. Dezember 1991 als Arzthelfe-



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**





rin beschäftigt. In der Praxis waren im Jahr 2013 noch vier jüngere Arbeitnehmerinnen tätig. Die Klägerin war zuletzt überwiegend im Labor eingesetzt. Die Gesellschafter der Beklagten kündigten ihr Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 24. Mai 2013 zum 31. Dezember 2013 wegen Veränderungen im Laborbereich, welche eine Umstrukturierung der Praxis erforderten. Dabei führten sie an, die Klägerin sei „inzwischen pensionsberechtigt“. Den anderen Beschäftigten wurde nicht gekündigt. Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin gegen die Wirksamkeit der Kündigung und verlangt eine Entschädigung wegen Altersdiskriminierung. Das Kündigungsschreiben lasse eine Benachteiligung wegen ihres Alters vermuten. Nach Darstellung der Beklagten sollte die Kündigung lediglich freundlich und verbindlich formuliert werden. Die Kündigung sei wegen eines zu erwartenden Entfalls von 70 bis 80 % der abrechenbaren Laborleistungen erfolgt. Die Klägerin sei mit den übrigen Arzthelferinnen nicht vergleichbar, weil sie schlechter qualifiziert sei. Deshalb sei ihr gekündigt worden.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die Kündigung verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG und ist deshalb unwirksam. Die Beklagte hat keinen ausreichenden Beweis dafür angeboten, dass die wegen der Erwähnung der „Pensionsberechtigung“ zu vermutende Altersdiskriminierung nicht vorliegt. Ob und ggf. in welcher Höhe der Klägerin der geltend gemachte Entschädigungsanspruch zusteht, kann noch nicht festgestellt werden. Die Sache wurde insoweit zur neuen Ver-

handlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Juli 2015 - 6 AZR 457/14 - Vorinstanz: Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 9. Mai 2014 - 3 Sa 695/13] -

## ● **Überbrückungsbeihilfe nach dem TV SozSich bei Betriebsübergang auf privaten Arbeitgeber**

Nach § 2 Ziff. 1 des Tarifvertrags zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 31. August 1971 (TV SozSich) besteht ein Anspruch auf Leistungen nur wegen Personaleinschränkungen infolge militärisch begründeter Entscheidungen.

Der Kläger begehrt Überbrückungsbeihilfe nach dem TV SozSich. Er stand seit dem 1. Mai 2002 in einem Arbeitsverhältnis zu dem Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland und wurde zuletzt als Heizungsmonteur in einer Kaserne der britischen Stationierungsstreitkräfte in Deutschland beschäftigt. Zum 8. August 2011 ging das Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB auf die Betriebserwerberin über, welche das Gebäudemanagement der Kaserne als Dienstleisterin übernommen hatte. Der Kläger übte auch in der Folgezeit seine Tätigkeit auf dem Gelände der Kaserne aus. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2012 kündigte die Betriebserwerberin sein Arbeitsverhältnis im Vorfeld der Kasernenschließung betriebsbedingt zum 31. März 2013. Das Beschäftigungsbedürfnis sei wegen des Rückgangs der durch die britischen Streitkräfte erteilten Aufträge entfallen. Der Kläger sieht die Voraussetzungen für die Leistung von Überbrückungsbeihilfe nach dem TV



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



SozSich als erfüllt an. Die Kündigung sei letztlich auf die spätere Schließung der Kaserne zurückzuführen. Sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch die Betriebserberin seien zahlungsverpflichtet.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte vor dem Sechsten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Der Kläger wurde nicht wegen einer Personaleinschränkung im Sinne des § 2 Ziff. 1 TV SozSich entlassen. Der Arbeitsplatzverlust hat nicht allein militärische Ursachen, sondern ist auf eine unternehmerische Entscheidung aus wirtschaftlichen Gründen zurückzuführen. Vor deren Folgen schützt der TV SozSich nicht. Es bedurfte deshalb keiner Entscheidung, ob der TV SozSich nach einem Betriebsübergang auf einen privaten Arbeitgeber weiterhin anwendbar bleiben kann. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23. Juli 2015 - 6 AZR 687/14 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 12. September 2014 - 10 Sa 493/14 -]

## ● **Hinterbliebenenversorgung - Spätehenklausel - Diskriminierung wegen des Alters**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin eine Hinterbliebenenversorgung zu zahlen.

Die Klägerin ist die Witwe eines im April 1947 geborenen und im Dezember 2010 verstorbenen ehemaligen Mitarbeiters der Beklagten. Diesem waren Leistungen der betrieblichen Altersversorgung einschließlich einer Witwenversorgung zugesagt worden. Die maßgebliche Pensionsregelung enthält eine „Spätehenklausel“, nach der zusätzliche Voraussetzung für die Zahlung der Witwen-/Witwerrente ist, dass der versor-

gungsberechtigte Mitarbeiter die Ehe vor der Vollendung seines 60. Lebensjahres geschlossen hat. Diese Voraussetzung erfüllte der verstorbene Ehemann der Klägerin nicht; die Ehe war erst am 8. August 2008 geschlossen worden. Die Beklagte weigerte sich aus diesem Grund, an die Klägerin eine Witwenrente zu zahlen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Die „Spätehenklausel“ ist gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Der verstorbene Ehemann der Klägerin wurde durch die „Spätehenklausel“ unmittelbar wegen des Alters benachteiligt. Die Benachteiligung kann weder in direkter noch in entsprechender Anwendung von § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt werden. Diese Bestimmung lässt bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit Unterscheidungen nach dem Alter unter erleichterten Voraussetzungen zu. Sie erfasst, soweit es um Altersgrenzen als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung geht, nur die Alters- und Invaliditätsversorgung und nicht die Hinterbliebenenversorgung und damit auch nicht die Witwen-/Witwerversorgung. Die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters nach § 10 Sätze 1 und 2 AGG liegen nicht vor. Die „Spätehenklausel“ führt zu einer übermäßigen Beeinträchtigung der legitimen Interessen der versorgungsberechtigten Arbeitnehmer. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 4. August 2015 - 3 AZR 137/13 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht München, Urteil vom 15. Januar 2013 - 7 Sa 573/12 -]



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**



## ● **Arbeitnehmerstatus von Zirkusartisten**

Vereinbart eine Artistengruppe mit einem Zirkusunternehmen, im Rahmen einer Zirkusaufführung eine in einem Video dokumentierte Artistennummer darzubieten, liegt in der Regel kein Arbeitsverhältnis vor. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Die Beantwortung der Frage, welche Art von Rechtsverhältnis vorliegt, erfordert eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Dem Landesarbeitsgericht kommt hierbei ein Beurteilungsspielraum zu. Das Revisionsgericht hat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nur daraufhin zu überprüfen, ob sie in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt.

Die Beklagte betreibt einen Zirkus. Die Kläger, eine Artistengruppe, verpflichteten sich in einem von den Parteien sog. „Vertrag über freie Mitarbeit“, im Rahmen der von der Beklagten veranstalteten Zirkusaufführungen eine von ihnen zuvor einstudierte „Hochseil- und Todesradnummer ... gesehen wie auf dem Video bei Youtube“ darzubieten. Ein Kläger verunglückte während der Premierenveranstaltung. Als die übrigen Kläger in der Folgezeit erfuhren, dass die Beklagte sie nicht zur Krankenversicherung

angemeldet hatte, weigerten sie sich aufzutreten. Die Beklagte nahm dies zum Anlass, das Rechtsverhältnis u.a. fristlos zu kündigen. Während das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage mit der Begründung abwies, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, gab das Landesarbeitsgericht der Klage statt. Es ging davon aus, die Beklagte habe die Kläger als Arbeitnehmer beschäftigt und sei deshalb verpflichtet gewesen, sie zur Krankenversicherung anzumelden.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts erbrachten die Kläger ihre Artistenleistung nicht als Arbeit-, sondern als freie Dienstnehmer. Der „Vertrag über freie Mitarbeit“ sieht ein für Arbeitsverhältnisse charakteristisches Weisungsrecht nicht vor. Tatsachen, die auf eine von dieser Vereinbarung abweichende Durchführung des Vertrages schließen lassen, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Januar 2014 - 3 Sa 444/12 -]

## ● **Annahmeverzug bei rückwirkender Begründung eines Arbeitsverhältnisses**

Der Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs setzt ein erfüllbares, dh. tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Bei rückwirkender Begründung des Arbeitsverhältnisses liegt ein solches für den vergangenen Zeitraum nicht vor.

Die Klägerin war bis zum 31. Dezember 1986 bei der Beklagten beschäftigt. Mit Wirkung vom 1. Januar 1987 ging ihr Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs auf eine neu gegründete Gesell-



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**





schaft, die C. GmbH, über. Die Beklagte garantierte ihr ein Rückkehrrecht. Über das Vermögen der C. GmbH wurde am 1. Oktober 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet, worauf der Klägerin wegen Betriebsschließung zum 31. Januar 2010 gekündigt wurde. Die Klägerin machte ihr Rückkehrrecht gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend. Die Beklagte lehnte den Abschluss eines Arbeitsvertrags unter Berufung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Oktober 2005 (- 7 AZR 32/05 -) in einem nach ihrer Auffassung vergleichbaren Fall ab. Das Landesarbeitsgericht verurteilte die Beklagte rechtskräftig dazu, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ab dem 1. Februar 2010 anzunehmen. Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage rückständiges Arbeitsentgelt für die Zeit ab 1. Februar 2010. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts die Klage abgewiesen. Ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs besteht nicht. Dieser setzt ein tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis ist für in der Vergangenheit liegende Zeiträume nicht tatsächlich durchführbar. Die Beklagte schuldet die Vergütung auch nicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB, weil sie die Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung für die Vergangenheit nicht zu verantworten hat. Die Beklagte befand sich in einem entschuldbaren Rechtsirrtum. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 2. September 2013 - 5 Sa 233/13 -]

## ● **Arbeitskampfrecht - Schadensersatz drittbetroffener Unternehmen**

Die von einem Streik der Fluglotsen am 6. April 2009 am Stuttgarter Flughafen betroffenen Luftverkehrsgesellschaften haben gegen die streikführende Gewerkschaft keine Schadensersatzansprüche wegen ausgefallener, verspäteter oder umgeleiteter Flüge.

Die vier Klägerinnen betreiben Luftverkehrsunternehmen. Die beklagte Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. (GdF) vertritt die berufs- und tarifpolitischen Interessen des Flugsicherungspersonals in Deutschland.

Im Frühjahr 2008 forderte die GdF den Betreiber des Verkehrsflughafens Stuttgart - die Flughafen Stuttgart GmbH - zu Tarifverhandlungen für die dort beschäftigten Arbeitnehmer der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Vom 3. bis 6. März 2009 fand zunächst ein befristeter Streik dieser Beschäftigten statt, der danach auf unbestimmte Zeit verlängert wurde. Für den 6. April 2009 rief die GdF die bei ihr organisierten und bei der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) angestellten Fluglotsen am Standort Stuttgart zu einem Streik in der Zeit von 16.00 bis 22.00 Uhr zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes der Beschäftigten der Vorfeldkontrolle/Verkehrszentrale auf. Entsprechend einer Notdienstvereinbarung mit der DFS wickelten die Fluglotsen 25 % des planmäßigen Luftverkehrs ab. Dennoch fielen zahlreiche Flüge der Klägerinnen aus, weitere hatten Verspätung oder mussten umgeleitet werden. Aufgrund einer Verbotsvorstellung des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main brach die GdF den Unterstützungstreik vorzeitig ab.



Recht

Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft



Die Vorinstanzen haben die im Wesentlichen auf die Zahlung von Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gerichteten Klagen abgewiesen. Die Revisionen der Klägerinnen hatten vor dem Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts keinen Erfolg. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer widerrechtlichen Eigentumsverletzung in Form einer erheblichen Nutzungsbeeinträchtigung an den Flugzeugen besteht nicht. Das Recht der Klägerinnen am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht iSd. § 823 Abs. 1 BGB ist ebenfalls nicht verletzt. Der Streik der Fluglotsen war gegen den Betrieb der DFS gerichtet. Ein Eingriff in die Gewerbebetriebe der Klägerinnen war damit nicht verbunden und ist insbesondere nicht wegen der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen für Luftverkehrsunternehmen anzunehmen. Auch die Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung der Klägerinnen iSd. § 826 BGB durch den Arbeitskampf bei der DFS liegen nicht vor. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. August 2015 - 1 AZR 754/13 - Vorinstanz: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 25. April 2013 - 9 Sa 561/12 - Der Senat hat am selben Tag über die Revisionen von drei Fluggesellschaften verhandelt, die sich gegen die Abweisung ihrer Schadensersatzklagen wegen zwei von der GdF für den 4. und 9. August 2011 angekündigter - tatsächlich aber nicht durchgeführter - Streikmaßnahmen aller Tarifbeschäftigten der DFS richtete. Auch in diesem Fall hatten die Revisionen der Klägerinnen keinen Erfolg. Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25. August 2015 - 1 AZR 875/13 - Vorinstanz: Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 27. Juni 2013 - 9 Sa 1387/12 -]<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Soweit nicht anders gekennzeichnet, handelt es sich um bearbeitete Pressemeldungen des BAG

<sup>2</sup> Bereich Recht E-mail: [rechtundratgeber@verdi.de](mailto:rechtundratgeber@verdi.de)  
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin

V.i.S.d.P. Bereichsleiter Recht Jens Schubert



Recht

**Vereinte  
Dienstleistungs-  
gewerkschaft**