



12/13

Neueste ober- und höchstgerichtliche arbeits-/sozialrechtliche Entscheidungen

Inhaltsübersicht:

Arbeitsrecht

- Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung -----S.1
- Mindestaltersgrenze in einer Pensionsordnung für den Anspruch auf Invalidenrente -----S.2
- Tarifgebundenheit durch Anerkennungstarifvertrag - Gleichstellungsabrede -----S.2
- Diskriminierung wegen Schwangerschaft - EntschädigungS.3
- Wartezeitkündigung wegen symptomloser HIV-Infektions-Behinderung -----S.4
- Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Insolvenzverfahren -----S.5

Arbeitsrecht

● Rechtsfolge einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung

Besitzt ein Arbeitgeber die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis, als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu überlassen, kommt zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem Entleiher kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt. § 10

Abs. 1 Satz 1 AÜG fingiert das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ausschließlich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher angeordnet. Das Unionsrecht gibt kein anderes Ergebnis vor. Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) sieht keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz des Leiharbeitnehmers vor. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Leiharbeitsrichtlinie überlässt die Festlegung wirksamer, angemessener und abschreckender Sanktionen bei Verstößen gegen Vorschriften des AÜG den Mitgliedstaaten. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanktionen obliegt deren Auswahl dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten für Arbeits-sachen.

Die Beklagte zu 1., deren alleiniger Gesellschafter ein Landkreis ist, betreibt Krankenhäuser. Die Beklagte zu 2., eine 100 %ige Tochter der Beklagten zu 1., hat eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Sie stellte 2008 den Kläger als IT Sachbearbeiter ein. Dieser wurde als Leiharbeitnehmer ausschließlich in Einrichtungen der Beklagten zu 1. eingesetzt. Der Kläger hat die Feststellung begehrt, dass zwischen ihm und der



Recht

Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft



Beklagten zu 1. ein Arbeitsverhältnis besteht. Er hat gemeint, er sei dieser nicht nur vorübergehend überlassen worden mit der Folge, dass zwischen der Beklagten zu 1. und ihm ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr, soweit für die Revision von Interesse, stattgegeben.

Die Revision der Beklagten zu 1. und der Beklagten zu 2. hatte vor dem Neunten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ist kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Einer Entscheidung, ob der Kläger der Beklagten zu 1. nicht nur vorübergehend überlassen wurde, bedurfte es nicht, weil die Beklagte zu 2. die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -, Urteil vom 22. November 2012 - 11 Sa 84/12 -]

● **Mindestaltersgrenze in einer Pensionsordnung für den Anspruch auf Invalidenrente**

Eine Bestimmung in einer Pensionsordnung, nach der ein Anspruch auf eine Invalidenrente bei Berufsunfähigkeit nur besteht, wenn der Arbeitnehmer bei Eintritt des Versorgungsfalls mindestens das 50. Lebensjahr vollendet hat, ist wirksam. Sie verstößt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

Der im August 1946 geborene Kläger war seit dem 1. Juni 1977 bei der Beklagten beschäftigt. Ihm waren Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach der Pensions-

ordnung der Beklagten zugesagt worden. Diese sieht vor, dass Rentenleistungen gewährt werden, wenn der Betriebsangehörige bei Eintritt des Versorgungsfalls eine Mindestdienstzeit und ein Mindestalter in den Diensten der Firma erreicht hat. Bei Invalidität infolge Berufsunfähigkeit beträgt das Mindestalter für die Rentenzahlung 50 Jahre. Nachdem dem Kläger mit Wirkung ab dem 1. September 2002 eine gesetzliche Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung bei Berufsunfähigkeit bewilligt worden war, schlossen die Parteien einen Aufhebungsvertrag zum 31. März 2003.

Die auf Zahlung einer Invalidenrente nach der Pensionsordnung der Beklagten gerichtete Klage hatte vor dem Dritten Senat des Bundesarbeitsgerichts - wie schon in den Vorinstanzen - keinen Erfolg. Dem Anspruch des Klägers steht die Bestimmung der Pensionsordnung entgegen, wonach das Mindestalter für die Rentenzahlung bei Invalidität infolge Berufsunfähigkeit 50 Jahre beträgt. Dieses Mindestalter hatte der Kläger bei Eintritt des Versorgungsfalls der teilweisen Erwerbsminderung bei Berufsunfähigkeit nicht erreicht. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 10. Dezember 2013 - 3 AZR 796/11 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 13. September 2011 - 3 Sa 133/11 B -]

● **Tarifgebundenheit durch Anerkennungstarifvertrag - Gleichstellungsabrede**

Nehmen die Parteien in einem vor dem 1. Januar 2002 geschlossenen Arbeitsvertrag ("Altvertrag") einen Tarifvertrag in seiner jeweiligen Fassung in Bezug, an den der Arbeitgeber seinerseits normativ gebunden ist,



Recht

Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft



endet mit dem Wegfall der normativen Tarifgebundenheit des Arbeitgebers regelmäßig die Dynamik. Dies gilt auch, wenn die Tarifgebundenheit an Verbandstarifverträge nicht über eine Mitgliedschaft des Arbeitgebers im tarifschließenden Verband, sondern über einen von ihm als Tarifvertragspartei mit der Gewerkschaft geschlossenen Anerkennungstarifvertrag vermittelt ist.

Der Kläger ist seit dem Jahr 1995 bei der Beklagten als kaufmännischer Angestellter beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag ist neben einer Verweisung auf die tariflichen Urlaubs- und Kündigungsfristenregelungen "ein Bruttogehalt nach Tarifgruppe 5/4 in Höhe von DM 5.400,-" vereinbart, das sich aus einem Tarifgehalt von DM 4.848,- und einer außertariflichen Zulage von DM 552,- zusammensetzt. Zu dieser Zeit war die Beklagte, die keinem Arbeitgeberverband angehört, an einen mit der IG Metall geschlossenen Anerkennungstarifvertrag gebunden, der mehrere Verbandstarifverträge der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie in Bezug genommen und vorübergehend teilweise modifiziert hatte. Dieser Anerkennungstarifvertrag wurde von der Beklagten zum 31. Dezember 2001 gekündigt. Nachfolgende Änderungen der Verbandstarifverträge wurden im Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mehr umgesetzt. Der Kläger hat mit seiner Klage ua. Vergütungsdifferenzen zwischen dem ihm gezahlten Entgelt und den tariflichen - zwischenzeitlich - erhöhten Tabellenwerten der Tarifgruppe 5/4 geltend gemacht.

Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat, wie die Vorinstanz, die Klage abgewiesen. Selbst wenn man zugunsten des Klägers eine dynamische Anwendung der je-

weiligen Vergütungsregelungen nach dem Mantel-, dem Lohn- und Gehaltsrahmen sowie dem Vergütungstarifvertrag der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie annehmen würde, wäre diese Dynamik aufgrund des Wegfalls der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nach der Kündigung des Anerkennungstarifvertrages in Anwendung der früheren Rechtsprechung des Vierten Senats zur "Gleichstellungsabrede" entfallen, die aufgrund Vertrauensschutzes für "Altverträge" weiterhin gilt. Ob die Tarifgebundenheit an die im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifregelungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Verband oder auf einem von ihm selbst geschlossenen Anerkennungstarifvertrag beruht, ist dabei ohne Bedeutung. Der Senat hat auch keinen Anlass gesehen, seine Vertrauensschutzrechtsprechung hinsichtlich der "Altverträge" zu modifizieren. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11. Dezember 2013 - 4 AZR 473/12 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 14. März 2012 - 4 Sa 12/10 -]

● Diskriminierung wegen Schwangerschaft - Entschädigung

Wird unter Verstoß gegen das Mutterschutzgesetz einer schwangeren Arbeitnehmerin eine Kündigung erklärt, stellt dies eine Benachteiligung wegen des Geschlechts dar und kann einen Anspruch auf Entschädigung auslösen.

Die Klägerin sieht sich aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert. Im Kleinbetrieb ihrer Arbeitgeberin galt zwar nicht das Kündigungsschutzgesetz, für die schwangere Klägerin bestand jedoch der besondere Kündi-



Recht

Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft



gungsschutz des § 9 MuSchG. Anfang Juli 2011 wurde aus medizinischen Gründen zudem ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG für die Klägerin ausgesprochen. Dem Ansinnen der Beklagten, dieses Beschäftigungsverbot nicht zu beachten, widersetzte sich die Klägerin. Am 14. Juli 2011 wurde festgestellt, dass ihre Leibesfrucht abgestorben war. Für den damit notwendig gewordenen Eingriff wurde die Klägerin auf den 15. Juli 2011 ins Krankenhaus einbestellt. Sie unterrichtete die Beklagte von dieser Entwicklung noch am 14. Juli 2011 und fügte hinzu, dass sie nach der Genesung einem Beschäftigungsverbot nicht mehr unterliegen werde. Die Beklagte sprach umgehend eine fristgemäße Kündigung aus und warf diese noch am 14. Juli in den Briefkasten der Klägerin. Dort entnahm sie die Klägerin nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus am 16. Juli 2011.

Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, das der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 3.000,00 Euro zugesprochen hatte, bestätigt. Die Klägerin wurde wegen ihrer Schwangerschaft von der Beklagten ungünstiger behandelt und daher wegen ihres Geschlechtes benachteiligt, § 3 Abs. 1 Satz 2 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) in Verbindung mit § 1 AGG. Dies ergibt sich schon aus dem Verstoß der Beklagten gegen das Mutterschutzgesetz. Da Mutter und totes Kind noch nicht getrennt waren, bestand noch die Schwangerschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung. Auch der Versuch, die Klägerin zum Ignorieren des Beschäftigungsverbot zu bewegen und der Ausspruch der Kündigung noch vor der künstlich einzuleitenden Fehl-

geburt indizieren die ungünstigere Behandlung der Klägerin wegen ihrer Schwangerschaft. Der besondere, durch § 3 Abs. 1 AGG betonte Schutz der schwangeren Frau vor Benachteiligungen führt jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden auch zu einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG. Dies ist unabhängig von der Frage zu sehen, ob und inwieweit Kündigungen auch nach den Bestimmungen des AGG zum Schutz vor Diskriminierungen zu beurteilen sind. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12. Dezember 2013 - 8 AZR 838/12 - Vorinstanz: Sächsisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 27. Juli 2012 - 3 Sa 129/12 -]

● **Wartezeitkündigung wegen symptomloser HIV-Infektion-Behinderung**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) untersagt Diskriminierungen ua. wegen einer Behinderung. Eine Behinderung liegt vor, wenn die körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit eines Menschen langfristig eingeschränkt ist und dadurch - in Wechselwirkung mit verschiedenen sozialen Kontextfaktoren (Barrieren) - seine Teilhabe an der Gesellschaft, wozu auch die Teilhabe am Berufsleben gehört, beeinträchtigt sein kann. Ein Arbeitnehmer, der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankt ist, ist in diesem Sinn behindert. Auch chronische Erkrankungen können zu einer Behinderung führen. Die gesellschaftliche Teilhabe von HIV-Infizierten ist typischerweise durch Stigmatisierung und soziales Vermeidungsverhalten beeinträchtigt, die auf die Furcht vor einer Infektion zurückzuführen sind. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines sol-



Recht

**Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft**



chen Arbeitnehmers in der gesetzlichen Wartezeit des § 1 KSchG wegen der HIV-Infektion, ist die Kündigung im Regelfall diskriminierend und damit unwirksam, wenn der Arbeitgeber durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Arbeitnehmers trotz seiner Behinderung ermöglichen kann.

Der an einer symptomlosen HIV-Infektion erkrankte Kläger wurde von der Beklagten, die intravenös verabreichte Arzneimittel zur Krebsbehandlung herstellt, im Jahr 2010 als Chemisch-Technischer Assistent für eine Tätigkeit im sog. Reinraum eingestellt. Anlässlich seiner Einstellungsuntersuchung wenige Tage nach Beginn des Arbeitsverhältnisses wies der Kläger den Betriebsarzt auf seine Infektion hin. Der Arzt äußerte Bedenken gegen einen Einsatz des Klägers im Reinraumbereich und teilte der Beklagten nach Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht die HIV-Infektion des Klägers mit. Noch am selben Tag kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich. Wegen seiner ansteckenden Krankheit könne sie den Kläger nach ihrem internen Regelwerk nicht einsetzen. Der Kläger hat geltend gemacht, er sei behindert. Die Kündigung sei unwirksam, weil sie ihn wegen seiner Behinderung diskriminiere. Er hat außerdem eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG von drei Monatsgehältern wegen seines immateriellen Schadens verlangt. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Klägers hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Kündigung benachteiligt den Kläger unmittelbar iSd. §

3 Abs. 1 AGG, weil sie in untrennbarem Zusammenhang mit seiner Behinderung steht. Ob die Kündigung gleichwohl gerechtfertigt ist, steht noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht muss noch aufklären, ob die Beklagte durch angemessene Vorkehrungen den Einsatz des Klägers im Reinraum hätte ermöglichen können. Ist das nicht der Fall, ist die Kündigung wirksam. Ob dem Kläger eine Entschädigung zusteht, hängt davon ab, ob die Kündigung wirksam ist. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Dezember 2013 - 6 AZR 190/12 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13. Januar 2012 - 6 Sa 2159/11 -]

● Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Insolvenzverfahren

Die durch § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO im Insolvenzverfahren eröffnete Möglichkeit der Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur durch Bildung von Altersgruppen verletzt das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nicht. Sie ist durch das legitime Ziel der Sanierung eines insolventen Unternehmens gerechtfertigt. Die Arbeitsgerichte haben aber zu prüfen, ob die Altersgruppenbildung im konkreten Interessenausgleich gemäß § 10 AGG gerechtfertigt ist. Der kündigende Insolvenzverwalter ist darlegungs- und beweispflichtig für die sanierungsbedingte Erforderlichkeit der Altersgruppenbildung.

Der 1960 geborene Kläger war bei der Schuldnerin seit 1998 als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Am 1. April 2011 wurde über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zu 1. zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser schloss am selben Tag mit dem Betriebsrat



Recht

Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft



einen Interessenausgleich mit Namensliste, auf der sich auch der Name des Klägers befindet. Die Sozialauswahl wurde nach Altersgruppen vorgenommen. In der von Kündigungen ausgenommenen Altersgruppe 1 waren alle bis zu 44-jährigen Arbeitnehmer zusammengefasst. Das Durchschnittsalter aller Arbeitnehmer lag bei 51 Jahren. Mit Schreiben vom 1. April 2011 kündigte der Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Juli 2011. Am 5. April 2011 ging der Betrieb auf die Beklagte zu 2. über. Mit seiner Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung und verlangt seine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten zu 2. Er meint, die Sozialauswahl sei grob fehlerhaft.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Die Darlegungen der Beklagten lassen nicht erkennen, dass die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur durch die vorgenommene Altersgruppenbildung sanierungsbedingt erforderlich war. Den Parteien ist Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags zu geben, denn bei einer Sozialauswahl ohne Altersgruppenbildung wäre die Auswahl bezogen auf den Kläger grob fehlerhaft. [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Nürnberg, Urteil vom 23. Mai 2012 - 4 Sa 658/11 -]¹²

¹ Soweit nicht anders gekennzeichnet, handelt es sich

² Bereich Recht E-mail: rechtdratgeber@verdi.de
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin
V.i.S.d.P. Bereichsleiter Recht Jens Schubert



Recht

**Vereinte
Dienstleistungs-
gewerkschaft**