

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

5/15

### Rechtsprechung

---

#### **Urlaubsgewährung nach fristloser Kündigung**

*Ein Arbeitgeber kann nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung dem Arbeitnehmer nur dann (vorsorglich) wirksam Urlaub erteilen, wenn er ihm die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs tatsächlich zahlt oder zumindest vorbehaltlos zusagt (Rechtsprechungsänderung).*

Der Arbeitgeber spricht am 19.5.2011 eine fristlose und hilfsweise ordentliche Kündigung aus. Im Kündigungsschreiben wird der Arbeitnehmer vorsorglich bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unter Anrechnung von Urlaubsansprüchen freigestellt. In einem gerichtlichen Vergleich vereinbaren die Parteien die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.6.2011. Gleichzeitig legen sie fest, dass der Arbeitnehmer bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Arbeitspflicht freigestellt bleibt. Im Übrigen wird die ordnungsgemäße Abrechnung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen. In einem Folgeprozess streiten die Parteien um einen möglichen Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung.

Nach Auffassung des BAG sind die Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers auf Grund der getroffenen Regelungen verbraucht, so dass ein Abgeltungsanspruch nicht besteht. Allerdings wurde der Urlaub nicht bereits auf Grund der Freistellungserklärung im Kündigungsschreiben erteilt. Die Rechtsprechung nimmt zwar bislang an, dass der fristlos kündigende Arbeitgeber zur Vermeidung der Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen dem gekündigten Arbeitnehmer auch vorsorglich einen etwaigen Resturlaub nach Ausspruch der Kündigung gewähren kann. An dieser Auffassung ist jedoch nicht uneingeschränkt festzuhalten. Denn sowohl § 1 BUrlG als auch Art. 7 I der Arbeitszeitrichtlinie (Richtlinie 2003/88/EG) bestimmen, dass die Freistellung während der Urlaubszeit „bezahlt“ sein muss. Der Arbeitnehmer muss insoweit während der Ruhezeit das gewöhnliche Arbeitsentgelt weiter erhalten. Er muss mit anderen Worten während des Jahresurlaubs in Bezug auf das Entgelt in eine Lage versetzt werden, die mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar ist. Dafür genügt es nicht, wenn dem Arbeitnehmer erst nach rechtskräftigem Abschluss der Kündigungsschutzklage gegebenenfalls ein Anspruch auf Urlaubsvergütung zuerkannt wird. Der Arbeitnehmer muss vielmehr in zumutbarer Weise bereits bei Urlaubsantritt wissen, ob ihm der Arbeitgeber das Urlaubsentgelt zahlt. Die bloße Erklärung des Arbeitgebers, dass der Urlaub „erteilt“ oder auf eine Freistellung angerechnet werde, genügt dafür nicht. Die Urlaubserteilung ist vielmehr nur dann wirksam, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer darüber hinaus die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt. Im Streitfall hat die Klage gleichwohl keinen Erfolg, da die Parteien mit dem gerichtlichen Vergleich konkludent die Freistellung unter Urlaubsanrechnung vereinbart haben.

**Praxishinweis:** Das Urteil führt dazu, dass vorsorgliche Urlaubsgewährungen nach Ausspruch einer fristlosen Kündigung als mögliches Mittel zur Reduzierung des Kostenrisikos einer späteren Urlaubsabgeltung faktisch ausscheiden. Es dürfte für Unternehmen weder ratsam noch praktisch durchführbar sein, nach der Einstellung sämtlicher Zahlungen auf Grund des Ausspruchs einer fristlosen Kündigung für die Zeit der vorsorglichen Urlaubsgewährung den Arbeitnehmer erneut (temporär) zu vergüten. Ist die fristlose Kündigung *wirksam*, ergäben sich hier zahlreiche Folgeprobleme im Hinblick auf die Rückabwicklung des (zu Unrecht) gezahlten „Urlaubsentgelts“. Unklar ist, was das BAG unter einer „vorbehaltlosen Zusage“ des Urlaubsentgelts versteht. Es stellt sich insoweit die Frage, ob der Arbeitgeber gegebenenfalls auch mit einer Art Garantieerklärung im Hinblick auf die

Zahlung des Urlaubsentgelts die wirksame Erfüllung des Urlaubsanspruch herbeiführen kann, ohne das Urlaubsentgelt während des Kündigungsschutzprozesses tatsächlich auszahlen zu müssen. Die Entscheidungsgründe behandeln dieses Problem nicht.

*BAG, Urteil vom 10.2.2015 – 9 AZR 455/13*

---

## **Betriebsübergang – Vorliegen eines übertragungsfähigen Betriebsteils**

*Nur wenn bei einem behaupteten Betriebsübergang überhaupt eine wirtschaftliche Einheit i.S. von § 613a BGB besteht, stellt sich die Frage einer möglichen Wahrung ihrer Identität anlässlich eines Betriebs(teil)übergangs.*

Der Arbeitnehmer ist als Objektschützer für ein Bewachungsunternehmen tätig. Er ist im Auftrag seines Arbeitgebers zusammen mit drei weiteren Arbeitnehmern an einer Hochschule eingesetzt. Das Arbeitsverhältnis ist bis zum 30.6.2012 befristet. Zum 1.7.2012 übernimmt ein anderes Überwachungsunternehmen den Bewachungsauftrag. Es schließt mit dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag. Dieser wird noch innerhalb der Probezeit gekündigt. Der Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage mit der Begründung, dass sein Arbeitsverhältnis im Wege eines Betriebsübergangs auf den Erwerber übergegangen sei und er demzufolge Kündigungsschutz genieße.

Das BAG weist die Sache zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Mit der vom LAG gegebenen Begründung konnte die Klage nicht abgewiesen werden. Das LAG hat sich darauf beschränkt festzustellen, dass der Erwerber keinen nach Zahl- und Sachgrund wesentlichen Teil der Belegschaft des Arbeitgebers übernommen habe und daher die Voraussetzungen des § 613a BGB nicht vorlägen. Selbst wenn das zutreffen sollte, ist die entsprechende Entscheidung rechtsfehlerhaft, da das LAG nicht festgestellt hat, ob überhaupt ein übertragungsfähiger Betriebs(teil) im Streitfall besteht und welche Umstände für dessen wirtschaftliche Einheit prägend sind. Dafür wäre es erforderlich gewesen, nähere Feststellungen zu den von dem ursprünglichen Überwachungsunternehmen durchgeführten Aufgaben und deren Organisation zu treffen. Andernfalls ist es nicht möglich, die im Hinblick auf das Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs entscheidende Frage zu beantworten, inwieweit bei dem Erwerber die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenden Produktionsfaktoren beibehalten wird und es dem Erwerber möglich ist, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (vgl. EuGH, NZA 2009, 251 – „Klarenberg“). Im Streitfall hat es das LAG jedoch offen gelassen, worin überhaupt die eventuelle Identität der Überwachungsaufgabe bzw. des Bewachungs“betriebs“ bestand. Im Übrigen wird das LAG zu berücksichtigen haben, dass eine Befristungsabrede, die sich auf den letzten Tag vor der Übertragung eines Betriebs(teils) bezieht, regelmäßig dann wegen einer Umgehung von § 613a BGB unwirksam ist, wenn die Tätigkeit von dem betroffenen Arbeitnehmer bei dem Betriebserwerber nahtlos fortgeführt wird.

**Ausblick:** Das BAG spricht in seiner Entscheidung einen „wunden“ Punkt an, der in der Beratung und in der Instanzgerichtsbarkeit häufig übersehen wird. Besonderes bei dem potenziellen Übergang von Teilen einer betrieblichen Organisation verlangt das BAG – gewissermaßen im Wege einer „Vorabprüfung“ – eine sehr präzise Formulierung bzw. Abgrenzung der tatsächlichen Umstände, welche die Betriebsteileigenschaft begründen; erst im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob und in welcher Form die betreffende Einheit auf einen Dritten übergegangen ist. In der gerichtlichen und anwaltlichen Praxis wird dagegen häufig nur auf die Frage abgestellt, welche Veränderungen die betriebliche Organisation beim Erwerber erfahren hat (Stichwort „Identitätsänderung“). Dem möchte das BAG offenbar endgültig einen Riegel verschieben.

*BAG, Urteil vom 22.1.2015 – 8 AZR 139/14*

## **Betriebsänderung im Konzern**

***Die Pflichten der §§ 111 ff. BetrVG richten sich an den Rechtsträger (Arbeitgeber) des Betriebs, der von der Betriebsänderung betroffen ist. Das gilt auch bei konzernverbundenen Unternehmen.***

Bei dem Arbeitgeber handelt es sich um ein Vertriebsunternehmen der Süddeutschen Zeitung. Dieses führt im Auftrag eines der Zeitungsgruppe angehörigen Logistikunternehmens die Zustellung von Zeitungen durch. Im November 2011 kündigt das Logistikunternehmen den Dienstleistungsauftrag ordentlich. Im Januar 2012 beschließen die Gesellschafter, den Betrieb des Arbeitgebers mit Ablauf der Kündigungsfrist des Dienstvertrags Ende Februar einzustellen. Demzufolge werden die Beschäftigten bei dem Arbeitgeber ab März 2012 nicht mehr beschäftigt. Nachdem eine Einigungsstelle im April 2012 das Scheitern des Versuchs eines Interessenausgleichs feststellt, kündigt der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Angestellten fristlos. Ein Arbeitnehmer verlangt vor dem Arbeitsgericht die Zahlung eines Nachteilsausgleichs mit der Begründung, dass die Betriebsänderung schon vor Einschaltung der Einigungsstelle durchgeführt worden sei.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Die Voraussetzungen eines Nachteilsausgleichsanspruchs gem. § 113 III BetrVG liegen nicht vor. Im vorliegenden Fall hat die Betriebsänderung erst mit Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigungen gegenüber sämtlichen Arbeitnehmern begonnen; zuvor hatte die Einigungsstelle das Scheitern der Verhandlungen mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich festgestellt. Weder die Kündigung des Dienstleistungsauftrags im November 2011 noch die Beschlussfassung der Gesellschafter im Januar 2012 stellen den „Beginn“ der Betriebsänderung dar. Bei der Beschlussfassung der Gesellschafter handelt es sich um eine interne Angelegenheit, die ohne die Beteiligung des Betriebsrats vollzogen werden kann. Entscheidend im Hinblick auf die Entstehung eines möglichen Nachteilsausgleichsanspruchs ist dagegen die tatsächliche *Umsetzung* dieser Entscheidung, die im Streitfall erst im April erfolgte. Der Arbeitgeber muss sich im vorliegenden Fall auch nicht die Entscheidung des (konzernverbundenen) Logistikunternehmens zurechnen lassen, den Dienstleistungsauftrag zu kündigen. In dieser Kündigung liegt ebenfalls kein „Beginn“ einer Betriebsänderung. Die Pflichten der §§ 111 ff. BetrVG richten sich an den „Unternehmer“. Das ist der Rechtsträger des Betriebs. Bei einer Betriebsänderung, die ein Unternehmen innerhalb eines Konzernverbunds durchführt, gilt nichts Anderes. Auch hier behält das einzelne Konzernunternehmen grundsätzlich seine rechtliche Selbstständigkeit. Daher ist auch in einem solchen Fall das die Betriebsänderung durchführende Unternehmen – und nicht etwa das herrschende oder ein anderes konzernangehöriges Unternehmen – zur Beteiligung des Betriebsrats nach § 111 BetrVG verpflichtet und damit auch Schuldner eines eventuellen Nachteilsausgleichs. Eine generelle (gegenseitige) „Zurechnung“ von Maßnahmen einzelner Unternehmen innerhalb eines Konzerns ist gesetzlich nicht vorgesehen. Etwas Anderes folgt auch nicht aus der so genannten Massenentlassungsrichtlinie (Richtlinie 98/59/EG).

**Praxishinweis:** Das BAG stellt klar, dass für Betriebsänderungen innerhalb von Konzernstrukturen keine vereinfachten Darlegungsanforderungen im Hinblick auf das Vorliegen oder die Rechtsfolgen einer Betriebsänderung gelten. Insbesondere müssen sich einzelne Unternehmen nicht etwaige (operative) Entscheidungen von Mutter- oder Schwestergesellschaften zurechnen lassen, wenn es darum geht, bestimmte Handlungen als Auslöser für eine Betriebsänderung einzuordnen.

*BAG, Urteil vom 14.4.2015 – 1 AZR 794/13*

## **Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bei Beurteilungsgrundsätzen**

*Allein das Verlangen des Arbeitgebers nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung von Mitarbeiterbeurteilungsgesprächen vermag die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nicht zu begründen.*

Im Unternehmen des Arbeitgebers besteht eine Gesamtbetriebsvereinbarung über die Durchführung von Mitarbeiterbeurteilungsgesprächen. Die Gespräche werden von dem jeweiligen Vorgesetzten mit den zugeordneten Mitarbeitern geführt. Der Betriebsrat am Standort H. ist der Auffassung, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung mangels Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats rechtswidrig ist. Er beantragt eine entsprechende Feststellung vor dem Arbeitsgericht.

Das BAG hält die Sache noch nicht für entscheidungsreif. Rechtsgrundlage ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. 94 II BetrVG. Der Gesamtbetriebsrat ist nach § 50 I BetrVG für die Behandlung dieser Angelegenheit zuständig, wenn sie mehrere Betriebe betrifft und sie nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden kann, d.h. ein objektiv zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung besteht. Ein solches Erfordernis erfolgt noch nicht aus dem bloßen Wunsch des Arbeitgebers, die Mitarbeiterjahresgespräche unternehmensweit einheitlich zu regeln. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber generell in der Hand, darüber zu bestimmen, ob die örtlichen Betriebsräte oder der Gesamtbetriebsrat zuständig sein sollen. Die objektive Notwendigkeit für eine einheitliche Regelung kann sich indes aus der Verknüpfung der Mitarbeitergespräche mit einem unternehmensübergreifenden Personalentwicklungskonzept ergeben. Allerdings muss das Vorhandensein ein solches Konzept vom Arbeitgeber dargelegt und gegebenenfalls auch bewiesen werden. Daran fehlt es bislang. Allein der Umstand, dass die Gesamtbetriebsvereinbarung das Mitarbeitergespräch als „zentrales Instrument der Personalentwicklung“ bezeichnet und die Ergebnisse der Beurteilung auch Eingang in die zentrale Personalakte finden, reicht insoweit nicht aus. Dafür wäre zumindest erforderlich, dass die wesentlichen Maßnahmen der Personalentwicklung einheitlich von der zentralen Personalabteilung getroffen werden und die in der Gesamtbetriebsvereinbarung geregelten Inhalte einen Baustein der unternehmenseinheitlich konzipierten Personalentwicklung darstellen. Die Aufklärung dieses Umstands wird die Vorinstanz nachholen müssen.

**Praxishinweis:** Die Rechtsprechung behandelt Zuständigkeitsfragen im Rahmen der Betriebsverfassung stets einzelfallbezogen. Klare Grundsätze im Hinblick auf die Ableitung einer möglichen Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats existieren nicht. Die Anknüpfung an ein „zwingendes Bedürfnis“ nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung ist verschwommen und rechtsunsicher (vgl. zu einzelnen Beispielen Grobys/Panzer/Schwab, SWK Arbeitsrecht, 2. Auflage, Gesamtbetriebsrat Rn. 16 ff.). Erst kürzlich hat das BAG die Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene gestärkt, indem es entscheiden hat, dass die unternehmensweite Vergütung von AT-Angestellten nicht Sache des Gesamtbetriebsrats, sondern der örtlichen Betriebsräte ist (Grobys/Panzer/Schwab, a.a.O., Rn. 17). Sofern möglich, sollten sich Berater in der Praxis stets vorsorglich die Beauftragung des Gesamtbetriebsrats nach § 50 II BetrVG bestätigen lassen. Im Streitfall war dies freilich nicht geschehen.

*BAG, Beschluss vom 17.3.2015 – 1 ABR 48/13*

## Nachrichten

---

### Neue Vorabentscheidungsersuchen des BAG

*Das BAG hat dem EuGH zwei Fragen im Bereich des Diskriminierungsschutzes und des Betriebsübergangs zur Vorabentscheidung vorgelegt.*

Mit dem ersten Vorabentscheidungsersuchen (PM 34/15) möchte das BAG wissen, ob auch so genannte „Scheinbewerbungen“, bei denen aus der Bewerbung selbst oder deren Begleitumständen ein mangelnder Kontrahierungswille des sich bewerbenden Arbeitnehmers hervorgeht, von dem Anwendungsbereich der europäischen Diskriminierungsrichtlinien umfasst sind. Fraglich ist insbesondere, ob solche Arbeitnehmer als „Bewerber“ oder „Beschäftigte“ i.S. von § 6 I 2 AGG angesehen werden können bzw. müssen. Nach Auffassung des BAG ist nicht geklärt, ob das Unionsrecht voraussetzt, dass der Betroffene wirklich einen Zugang zur Beschäftigung sucht und eine Einstellung bei dem Arbeitgeber tatsächlich gewollt ist.

Das zweite Vorabentscheidungsersuchen (PM 33/15) bezieht sich auf die Auslegung der Betriebsübergangs-Richtlinie. Das BAG möchte insoweit wissen, ob eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die auf Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Bezug nimmt, den Erwerber eines Betriebs oder Betriebsteils so bindet, als habe er diese Vertragsabrede selbst mit dem Arbeitnehmer getroffen (§ 613a I 1 BGB). Nach Auffassung des BAG könnte einer solchen Auslegung Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG entgegenstehen.