

## NEWSLETTER ARBEITSRECHT

7/15

### Rechtsprechung

---

#### **Betriebsübergang bei Dienstleistungsunternehmen**

*Der Wechsel eines Auftrags zwischen zwei Dienstleistungsunternehmen wird nicht allein dadurch zum Betriebsübergang, dass bestimmte Hilfsmittel für die Erbringung der Dienstleistung unverzichtbar sind.*

Bei dem Arbeitgeberunternehmen handelt es sich um eine Dienstleistungsgesellschaft eines Zeitungskonzerns, die mit der Zustellung von Printprodukten beauftragt ist. Zum 29.2.2012 kündigt die Muttergesellschaft den Zustellungsauftrag und vergibt diesen ab 1.3.2012 an eine andere, neu gegründete Tochtergesellschaft. Diese beliefert fortan den gleichen Zustellungsbezirk, jedoch mit einem anderen Touren- und Zustellungskonzept. Die für den Zugang zu einzelnen Häusern und Kunden benötigten Haustürschlüssel werden von dem Arbeitgeber an das neue Vertriebsunternehmen übergeben. Der Arbeitgeber kündigt seinen Mitarbeiter betriebsbedingt. Von den betroffenen Beschäftigten werden nur einige bei dem neuen Vertriebsunternehmen weiter beschäftigt. Ein gekündigter Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage mit der Begründung, dass seine Kündigung wegen Betriebsübergangs unwirksam sei.

Das BAG hält die Klage für unbegründet. Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs gem. § 613a BGB von dem Arbeitgeberunternehmen auf die neue Vertriebsgesellschaft liegen nicht vor. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Dienstleistungstätigkeit, bei der die menschliche Arbeitskraft im Mittelpunkt steht. In diesem Fall liegt bei der Übertragung des der Tätigkeit zu Grunde liegenden Dienstleistungsauftrags auf einen anderen Auftragnehmer regelmäßig nur dann ein Betriebsübergang vor, wenn entweder wesentliche materielle Betriebsmittel oder der wesentliche Teil der früheren Belegschaft von dem neuen Dienstleister übernommen werden. Davon ist im Streitfall nicht auszugehen. Bei dem neuen Vertriebsunternehmen wurden nur sieben der insgesamt 57 ehemaligen Arbeitnehmer weiter beschäftigt. Die übernommenen Haustürschlüssel sind zwar für die Durchführung des Dienstleistungsauftrags wesentlich, da ohne sie eine Zustellung der Zeitungen bei den zu beliefernden Kunden nicht möglich ist. Es handelt sich bei diesem Betriebsmittel jedoch nicht um ein Arbeitsmittel, das den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs des Dienstleistungsauftrags ausmacht. Die eigentliche Dienstleistung wird nicht *durch* die Hausschlüssel, sondern nur mit ihrer *Hilfe* erbracht. Es handelt sich daher um wichtige Hilfsmittel, die jedoch nicht die Identität der Einheit prägen. Die neue Vertriebsgesellschaft hat auch nicht die bisherige Arbeitsorganisation des Arbeitgebers übernommen, da sie die Zustellertouren neu zusammengestellt und um ein Drittel reduziert hat. Allein der Umstand, dass die Auftragsneuvergabe nicht am „freien Markt“, sondern innerhalb eines Konzernverbands erfolgte, führt nicht dazu, dass aus der Funktionsnachfolge ein Betriebsübergang wird. Die Identität der Übernahme an einer wirtschaftlichen Einheit ist daher im Streitfall nicht festzustellen.

**Praxishinweis:** Die Entscheidung macht deutlich, wie schwierig die Bestimmung des Merkmals „Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs“ ist, welches vom BAG in Fällen einer Auftragsneuvergabe als entscheidungserheblich angesehen wird. Bekanntermaßen hält es das Gericht bei der Fluggastkontrolle am Flughafen für ausreichend, wenn der neue Dienstleister die zur Kontrolle benötigten Röntgengeräte und Handsonden von seinem Vorgänger „übernimmt“ bzw. nahtlos weiter verwendet, selbst wenn im Übrigen keinerlei weitere Indizien für einen Betriebsübergang vorliegen (BAG, NZA 2006, 1101). Warum die Situation bei nicht am freien Markt erhält-

lichen Haustürschlüsseln anders zu beurteilen sein soll, ist auf den ersten Blick schwer verständlich. Hier will sich das BAG mit der Formel helfen, dass die Dienstleistung nicht „durch“, sondern nur „mit Hilfe“ der Schlüssel erbracht werde. Das Gleiche könnte man allerdings auch für die Röntengeräte und Handsonden in dem Flughafenfall annehmen. Die Rechtsprechung zum Betriebsübergang bleibt daher eine schwer zu handhabende Einzelfallrechtsprechung.

*BAG, Urteil vom 19.3.2015 – 8 AZR 150/14*

---

## **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei betriebsbedingter Kündigung**

***Der Arbeitgeber muss einem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung auch solche freien Arbeitsplätze anbieten, die er nur für einen befristeten Zeitraum vorhalten will.***

Der Arbeitgeber kündigt das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin im Dezember 2012 zum 31.1.2013. Gleichzeitig besetzt er einen befristet ausgeschriebenen freien Arbeitsplatz mit einer neu eingestellten Mitarbeiterin, die einen befristeten Arbeitsvertrag bis zum 31.12.2013 erhält. Die Arbeitnehmerin hält die Kündigung für unwirksam, weil ihr die befristete Stelle nicht angeboten worden sei.

Das BAG gibt der Arbeitnehmerin Recht. Eine Kündigung ist nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S. von § 1 II KSchG „bedingt“, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, den Ausspruch der Kündigung durch andere Maßnahmen, insbesondere eine Beschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen freien Arbeitsplatz, abzuwenden. Im vorliegenden Fall wusste der Arbeitgeber bereits, dass er eine andere Stelle, für die die Arbeitnehmerin grundsätzlich geeignet gewesen wäre, mit einer befristet eingestellten Mitarbeiterin besetzen würde. Somit hätte der Arbeitgeber diese Beschäftigungsmöglichkeit zu Gunsten der gekündigten Arbeitnehmerin grundsätzlich in Betracht ziehen können. Ein Angebot dieser Stelle gegenüber der Arbeitnehmerin war nicht deshalb entbehrlich, weil die entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit bis zum 31.12.2013 befristet war. Selbst wenn man unterstellt, dass der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung getroffen hatte, den Arbeitsplatz nach Ablauf der Befristung nicht weiter aufrecht zu erhalten, hätte er diesen im vorliegenden Fall zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung der Arbeitnehmerin anbieten müssen. Die bis zum 31.12.2013 verbleibende Beschäftigungszeit hätte dann für die Arbeitnehmerin noch elf Monate und damit nicht nur einen unerheblichen Zeitraum betragen. Das Argument, dass der Arbeitgeber den befristeten Arbeitsvertrag mit der neu eingestellten Mitarbeiterin ohne Sachgrund nach § 14 II TzBfG ohne Risiko befristen konnte, ist im Verhältnis zu der gekündigten Arbeitnehmerin nicht schutzwürdig. Gegebenenfalls hätte der Arbeitgeber der Arbeitnehmerin den Arbeitsplatz im Wege der Änderungskündigung auch befristet – allerdings gemessen am Maßstab des § 14 I TzBfG – anbieten können. Auch das unternehmerische Konzept, den Arbeitsplatz zu einem späteren Zeitpunkt entfallen zu lassen, ist im Verhältnis zu der gekündigten Arbeitnehmerin nicht schutzwürdig. Es würde in der Sache auf eine unzulässige Austauschündigung zielen. Letztlich ist der Arbeitgeber auch nicht gezwungen, im Falle einer unterstellten Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin den betroffenen Arbeitsplatz über den 31.12.2013 hinaus aufrecht zu erhalten. Vielmehr kann das fortgeführte Arbeitsverhältnis bei Vorliegender sonstigen Voraussetzungen auch zu einem späteren Zeitpunkt betriebsbedingt gekündigt werden. Das Risiko der möglichen Unwirksamkeit einer solchen (späteren) Kündigung ist im Ergebnis mit jeder Kündigung eines nach § 1 KSchG geschützten Arbeitsverhältnisses verbunden.

**Praxishinweis:** Mit seiner Entscheidung äußert sich das BAG zum ersten Mal zu der bislang offen gelassenen Frage, inwieweit nur befristet vorhandene Beschäftigungsmöglichkeiten Arbeitnehmern zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung angeboten werden müssen. Letztlich wird damit die Flexibilität von Unternehmen bei der Vereinbarung von sachgrundlosen Befristungen mit neu eingestellten Mitarbeitern eingeschränkt. Die Entscheidung stellt insoweit klar, dass derartige befristete Beschäftigungsmöglichkeiten vorrangig potenziell zu kündigenden festangestellten Arbeitnehmern angeboten werden müssen, sofern Ausspruch der Kündigung und Vertragsschluss mit dem befristet eingestellten Beschäftigten zeitlich in einem engen Zusammenhang stehe. Ob das auch bei sehr kurzen befristeten Beschäftigungsmöglichkeiten gilt, brauchte das BAG im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Den Entscheidungsgründen lässt sich aber entnehmen, dass die mögliche Weiterbeschäftigungsdauer im Verhältnis zu der erforderlichen Einarbeitung auf dem neuen Arbeitsplatz (noch) in einem angemessenen Verhältnis stehen muss. Selbstredend muss der gekündigte Mitarbeiter dabei für den befristeten Arbeitsplatz qualifiziert und geeignet ist. Das war im Streitfall anzunehmen.

*BAG, Urteil vom 26.3.2015 – 2 AZR 417/14*

---

## **Konkludente Zusage auf Sonderzahlung**

***Leistet ein Arbeitgeber über mehrere Jahre hinweg eine Sonderzahlung in unterschiedlicher Höhe, entsteht durch schlüssiges Verhalten ein Anspruch des Arbeitnehmers auf künftige Zahlungen, deren Höhe der Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen hat.***

Der Arbeitgeber zahlt jeweils zum Jahresende in den Jahren 2007 bis 2009 an den Arbeitnehmer eine als „Sonderzahlung“ bezeichnete Zahlung in unterschiedlicher Höhe. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Zahlung in Anlehnung an das Betriebsergebnis oder ohne besondere Zweckbestimmung erfolgte. Einen ausdrücklichen Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt erklärt der Arbeitgeber anlässlich der Zahlungen nicht. Das Arbeitsverhältnis der Parteien endet unterjährig im Jahr 2010. Der Arbeitnehmer ist der Auffassung, dass ihm auch für dieses Jahr ein anteiliger Zahlungsanspruch auf eine Sonderzahlung zustehe.

Das BAG hält die erhobene Zahlungsklage für begründet. Eine dauerhafte Verpflichtung des Arbeitgebers kann sich auch aus einem tatsächlichen Verhalten ergeben. Das gilt auch dann, wenn die Entstehung einer betrieblichen Übung mangels eines kollektiven Elements ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers auf ein vertragliches Angebot schließen konnte, das er gem. § 151 BGB durch schlüssiges Verhalten angenommen hat. Durch die dreimalige Leistung der „Sonderzahlung“ zum Jahresende konnte der Kläger im vorliegenden Fall verständigerweise auf ein verbindliches Angebot des Arbeitgebers schließen. Es sind keine Umstände ersichtlich, die dafür sprechen, dass die Auszahlung der Sonderzahlung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft war und diese Voraussetzungen im Jahr 2010 nicht vorliegen. Der Arbeitgeber hat keinen Vorbehalt im Zusammenhang mit den Zahlungen erklärt. Allein der Umstand, dass die Zahlungen in unterschiedlicher Höhe erfolgten, lässt nicht den Schluss zu, der Arbeitgeber habe sich nicht dem Grunde nach auf Dauer binden wollen. Der Zahlungsanspruch ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Arbeitsverhältnis der Parteien unterjährig im Jahr 2010 endete. Sowohl nach dem Vorbringen des Arbeitgebers als auch nach dem Vorbringen des Arbeitnehmers war die Zahlung arbeitsleistungsbezogen. Will der Arbeitgeber andere Zwecke als die Vergütung der Arbeitsleistung mit einer Sonderzahlung verfolgen, muss er dies deutlich in der zu Grunde liegenden Vereinbarung zum Ausdruck bringen. Daran mangelt es im vorliegenden Fall. Insbesondere ergeben sich keine Hinweise darauf, dass mit der Zahlung „nur“ die Betriebstreue des Arbeitnehmers honoriert werden sollte. Arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlungen können nicht vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Jahresende abhängig gemacht werden. Der Arbeitgeber war somit verpflichtet, auch für das Jahr 2010 eine (anteilige) Sonderzahlung zu leisten, deren Höhe er gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen festzusetzen hatte. Über die Höhe der Zahlung muss die Vorinstanz noch entscheiden.

**Ausblick:** Mit der Entscheidung bestätigt das BAG seinen bereits früher eingeleiteten Paradigmenwechsel im Hinblick auf Sonderzahlungen, die vom Arbeitgeber ohne weitere (ausdrückliche) Vereinbarungen faktisch an Arbeitnehmer geleistet werden. Während früher die Auffassung vorherrschte, in einem derartigen Verhalten komme lediglich der Wille des Arbeitgebers zum Ausdruck, in jedem Jahr neu „nach Gutdünken“ über die Zuwendung zu entscheiden, lässt das BAG nunmehr auch Zahlungen in unterschiedlicher Höhe und ohne erkennbaren Anlass ausreichen, um einen durch schlüssiges Verhalten begründeten Vertragsanspruch auf künftige Leistungen anzunehmen, dessen Höhe vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen festzusetzen ist. Ein kollektiver Bezug wie bei der betrieblichen Übung ist dafür nicht erforderlich. Es genügt bereits die dreimalige vorbehaltlose individuelle Zahlung an einzelne oder auch an einen Mitarbeiter, um den entsprechenden individualrechtlichen Anspruch zu begründen. Ob gegebenenfalls auch eine *zweimalige* Gewährung genügt, brauchte das BAG im Streitfall nicht zu entscheiden. Bemerkenswert sind die allgemeinen Ausführungen des Gerichts zu der Zwecksetzung von Sonderzahlungen, bei denen das BAG grundsätzlich von einem Arbeitsleistungsbezug ausgehen will, sofern der Arbeitgeber nicht ausdrücklich andere Zwecke verbindlich gemacht bzw. dem Arbeitnehmer bei der Zahlung mitgeteilt hat. Das dürfte im Ergebnis zu einem erheblichen Anstieg von Klagen auf entsprechende Zahlungsansprüche führen.

*BAG, Urteil vom 13.5.2015 – 10 AZR 266/14*

---

## **Geldentschädigung bei rechtswidriger Observation**

***Wird ein Arbeitnehmer durch einen vom Arbeitgeber beauftragten Privatdetektiv zu Unrecht beobachtet und gefilmt, kann ihm ein Geldentschädigungsanspruch zustehen.***

Die Arbeitnehmerin ist längere Zeit arbeitsunfähig. Sie legt von verschiedenen Ärzten ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Der Arbeitgeber hat Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Arbeitnehmerin und beauftragt einen Detektiv mit ihrer Observation. Der Detektiv fertigt an vier verschiedenen Tagen Aufzeichnungen und Videoaufnahmen von der Arbeitnehmerin im öffentlichen Bereich. Die Arbeitnehmerin verlangt daraufhin ein Schmerzensgeld wegen Eingriffs in ihr Persönlichkeitsrecht. Das LAG spricht ihr insoweit einen Betrag von 1.000 Euro als Geldentschädigung zu.

Das BAG hält die dagegen gerichtete Revision des Arbeitgebers für unbegründet. Das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG und Art. 8 I EMRK gewährleistete allgemeines Persönlichkeitsrecht ist auch im Arbeitsverhältnis zu beachten. Im Fall einer schweren Persönlichkeitsverletzung kann sich daraus ein auf § 823 I BGB gestützter Anspruch auf Geldentschädigung des verletzten Arbeitnehmers ergeben, sofern die Beeinträchtigung nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Im vorliegenden Fall liegt eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts vor. Gem. § 32 I 2 BDSG durfte der Arbeitgeber personenbezogene Daten der Arbeitnehmerin zur Aufdeckung einer möglichen Straftat – wie des Erschleichens von Arbeitsentgelt durch Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeit – nur dann erheben, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass eine solche Straftat vorliegt und die Datenerhebung verhältnismäßig ist. Daran fehlt es im Streitfall, denn nach den Feststellungen des LAG bestanden aus Sicht eines objektiven Dritten keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit der von der Arbeitnehmerin vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen. Ihr Beweis wird insbesondere nicht dadurch erschüttert, dass sie von unterschiedlichen Ärzten stammen oder ein bestimmtes Krankheitsbild zunächst vom Hausarzt behandelt worden war. Es sind auch keine tatsächlichen Umstände wie etwa eine angedrohte Krankschreibung ersichtlich, die für eine vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit sprechen könnten. Somit kommt es auf die Verhältnismäßigkeit der Observation nicht an. Der dem Grunde nach zuzusprechende Anspruch auf Geldentschädigung wurde vom LAG mit 1.000 Euro zutreffend bewertet. Der Betrag liegt zwar im unteren Bereich, er berücksichtigt jedoch zu Recht, dass es sich um Aufzeichnungen nur aus dem öffentlichen Bereich und nicht aus der Intim- oder Privatsphäre der Arbeitnehmerin handelt. Ferner hat das LAG zu Recht berücksichtigt, dass die Videoaufnahmen nur für interne Zwecke vom Arbeitgeber verwendet und nicht an Dritte weitergegeben wurden.

**Praxishinweis:** Die Entscheidung macht deutlich, dass eine heimliche Überwachung von Arbeitnehmern für Unternehmen ein riskantes Unterfangen ist. In solchen Fällen hängt stets das Damoklesschwert eines Entschädigungsanspruchs über dem Arbeitgeber, denn die Voraussetzungen einer zulässigen Überwachung sind erfahrungsgemäß nur schwer darzulegen. Unabhängig davon ist es natürlich unklug, gewonnene Aufnahmen offenzulegen bzw. in einem Prozess zu verwerten, wenn deren Ergebnis den angenommenen Verdacht nicht eindeutig belegt. Daran mangelte es offenkundig im vorliegenden Fall. Zudem muss bei rechtswidrig gewonnen Überwachungsergebnissen mit einem prozessualen Beweisverwertungsverbot (etwa in einem Kündigungsschutzprozess) gerechnet werden (dazu Grobys/Panzer, SWK ArbR 2. Auflage, Mitarbeiterkontrolle Rn. 45 ff.).

*BAG, Urteil vom 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13*