



# NEWSLETTER

Arbeitsrecht | Ausgabe 4/2009



TÜRKISCH-DEUTSCHE  
INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER  
Opladener Straße 8 · 50679 Köln  
Tel +49 221 540 22-00  
Fax +49 221 540 22-01  
eMail [info@td-ihk.de](mailto:info@td-ihk.de)  
Web [www.td-ihk.de](http://www.td-ihk.de)

ARNECKE  
SIEBOLD

ARNECKE SIEBOLD  
Rechtsanwälte · Partnerschaftsgesellschaft  
Hamburger Allee 4 · 60486 Frankfurt/Main  
Tel +49 69 97 98 85-0  
Fax +49 69 97 98 85-85  
eMail [Frankfurt@ArneckeSiebold.de](mailto:Frankfurt@ArneckeSiebold.de)  
Web [www.ArneckeSiebold.de](http://www.ArneckeSiebold.de)

# INHALT

## Arbeitsrecht | Ausgabe 4/2009

- 1. Stellt es einen (Teil-) Betriebsübergang dar, wenn ein bisher organisatorisch selbständiger Betriebsteil auf ein Unternehmen übertragen wird, wo er seine Selbständigkeit verliert?**  
Seite 4
- 2. Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit: Bundesarbeitsgericht (BAG) schließt sich Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) an**  
Seite 5
- 3. Weihnachtsgeld: Kein ratierlicher Anspruch bei vorzeitigem Ausscheiden**  
Seite 6
- 4. Verlängerung der Arbeitszeit als mitbestimmungspflichtige Einstellung**  
Seite 7
- 5. Freiwilliges Weihnachtsgeld: Keine Ankündigung oder Begründung erforderlich, wenn Arbeitgeber von der Zahlung absieht**  
Seite 8
- 6. Massentlassungen: Sperrfrist des § 18 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) lediglich Mindestkündigungsfrist**  
Seite 10

**7. Annahmeverzug bei flexibler Arbeitszeitgestaltung**

Seite 11

**8. Gemeinsamer Betrieb von Entleihunternehmen und Personal-servicegesellschaft**

Seite 12

**9. Wirksame Versetzungsklausel: Darf ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer an einen weit entfernten Ort versetzen, wenn die zugrunde liegende Klausel nicht ausdrücklich eine Frist zur Ankündigung der Versetzung vorsieht?**

Seite 13

**10. Verneinung der Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit (CGZP)**

Seite 15

1. **Stellt es einen (Teil-) Betriebsübergang dar, wenn ein bisher organisatorisch selbständiger Betriebsteil auf ein Unternehmen übertragen wird, wo er seine Selbständigkeit verliert?**

Ein Teilbetriebsübergang setzt nicht voraus, dass der bisher organisatorisch selbständige Betriebsteil auch beim Erwerber organisatorisch selbständig bleibt. Voraussetzung ist vielmehr, dass „die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen Tätigkeit nachzugehen“. Das proklamiert der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung vom 12. Februar 2009 (Az. Rs C-466/07).

Der Arbeitgeber ist im Bereich metallurgische Messtechnik tätig, der Arbeitnehmer leitet dort eine selbständige Abteilung. Der Arbeitgeber veräußert die betreffende Abteilung an ein Käuferunternehmen. Dieses gliedert die erworbene Abteilung komplett in die eigene betriebliche Organisation ein, so dass sie ihre bisherige Selbständigkeit verliert. Kurz nach der Veräußerung der Abteilung wird der Arbeitgeber insolvent und kündigt allen Arbeitnehmern. Der betreffende Arbeitnehmer ist der Auffassung, die Übertragung seiner Abteilung habe einen (Teil-) Betriebsübergang auf den Erwerber dargestellt, mit der Folge, dass auch sein Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergegangen sei, § 613 a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Dies will er durch Gerichtsurteil feststellen lassen.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Wesel weist die Klage des Arbeitnehmers ab. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) setze ein Teilbetriebsübergang voraus, dass es sich **erstens** um eine organisatorisch verselbständigte Teileinheit beim Veräußerer handelt, die **zweitens** als eine solche beim Erwerber fortgeführt wird. Werde die Teileinheit dagegen komplett in den Betrieb des Erwerbers eingegliedert, so dass sie ihre Selbständigkeit verliert, sei das kein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB. Der Arbeitnehmer legt Berufung beim Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf ein. Dieses interpretiert die Rechtsprechung des BAG genauso wie das ArbG Wesel. Aber: Das LAG Düsseldorf hält diese Rechtsprechung des BAG für europarechtswidrig und ruft den EuGH an.

Tatsächlich korrigiert der EuGH diese Rechtsprechung des BAG. Ein Teilbetriebsübergang im Sinne der zugrunde liegenden europäischen Normen könne durchaus auch dann vorliegen, wenn der übertragene Betriebsteil beim Erwerber so eingegliedert wird, dass er seine organisatorische Selbständigkeit verliere. Maßgeblich sei stattdessen, dass „*die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen Tätigkeit nachzugehen*“. So müsse auch § 613 a BGB ausgelegt werden, sonst verstoße er gegen das vorrangige europäische Recht. Das LAG Düsseldorf muss nun prüfen, ob diese Voraussetzung im betreffenden Fall vorliegt.

Die Entscheidung des EuGH engt die arbeitsrechtlichen Spielräume bei Umstrukturierungen ein. Bisher war es den beteiligten Unternehmen möglich, bei entsprechender Gestaltung (= Betriebsteil verliert beim Erwerber seine organisatorische Selbständigkeit) einen Teilbetriebsübergang und somit die Übernahme der betreffenden Arbeitnehmer zu vermeiden. Das ist nun auf diese Art und Weise nicht mehr möglich. Allerdings bleibt abzuwarten, wie das BAG das neue Kriterium des EuGH interpretiert. Möglicherweise ergeben sich dadurch neue Gestaltungsspielräume.

## **2. Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit: Bundesarbeitsgericht (BAG) schließt sich Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) an**

Am 20. Januar 2009 hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache Schultz-Hoff (Az. C-350/06 und C-520/06, siehe hierzu Beitrag 1 im Newsletter *Arbeitsrecht* 02/09) Folgendes entschieden: Es ist europarechtswidrig, wenn Arbeitnehmer, die wegen Krankheit ihren Jahresurlaub nicht nehmen konnten, am Ende des Arbeitsverhältnisses keine finanzielle Abgeltung erhalten. Nationale Vorschriften wie § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) dürfen diese Urlaubs- bzw. Abgeltungsansprüche also nicht verfallen lassen.

Dem hat sich das BAG nun angeschlossen. In seinem Urteil vom 24. März 2009 (Az. 9 AZR 983/07) hat es entschieden, dass § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der oben genannten Richtlinie europarechtskonform auszulegen ist. Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs dürfen demnach nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig erkrankt ist.

### 3. **Weihnachtsgeld: Kein ratierlicher Anspruch bei vorzeitigem Ausscheiden**

**Ist im Arbeitsvertrag geregelt, dass der Arbeitgeber jeweils im November eines jeden Jahres in Abhängigkeit von der Geschäftslage und der persönlichen Leistung des Arbeitnehmers entscheiden kann, ob und in welcher Höhe ein Weihnachtsgeld gezahlt wird, entsteht kein Anspruch auf ein Weihnachtsgeld, wenn das Arbeitsverhältnis vor diesem Zeitpunkt beendet wird. Der Arbeitnehmer hat bei vorzeitigem Ausscheiden auch keinen ratierlichen Anspruch auf ein Weihnachtsgeld für jeden Monat des zuvor beendeten Arbeitsverhältnisses.** Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 10. Dezember 2008 (Az. 10 AZR 15/08) entschieden.

Im entschiedenen Fall verlangte ein Arbeitnehmer die Zahlung eines anteiligen Weihnachtsgeldes für das Jahr 2006. Im Arbeitsvertrag war geregelt, dass als freiwillige Leistung – ohne jeden Rechtsanspruch – in Abhängigkeit von der Geschäftslage und der persönlichen Leistung jeweils im November festgelegt wird, ob und in welcher Höhe ein Weihnachtsgeld gezahlt wird. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt zum 30. September 2006. Im Kündigungsschutzverfahren einigten sich die Parteien auf eine Beendigung zu diesem Termin gegen Zahlung einer Abfindung. Im November 2006 zahlte die Arbeitgeberin den bei ihr verbliebenen Mitarbeitern ein Weihnachtsgeld in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts. Daraufhin machte der Arbeitnehmer die anteilige Zahlung von 9/12 eines halben Bruttomonatsgehalts geltend.

Das BAG lehnte eine Zahlungspflicht der Arbeitgeberin ab. Die Arbeitgeberin habe sich wirksam vorbehalten, erst im November eines jeden Jahres die Entscheidung über die Gewährung und gegebenenfalls die Höhe des Weihnachtsgeldes zu treffen. Ein Anspruch auf das Weihnachtsgeld könne daher erst entstehen, wenn sich der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt noch in einem Arbeitsverhältnis befindet. Das sei wegen der Beendigung zum 30. September 2006 nicht der Fall. Es lägen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Weihnachtsgeld anteilig pro Monat der geleisteten Tätigkeit im Kalenderjahr zu zahlen wäre. Selbst wenn anzunehmen wäre, dass das Weihnachtsgeld zumindest auch die geleisteten Dienste in der Vergangenheit zusätzlich vergüten solle, zwingt dies nicht zu der Annahme, dass das Weihnachtsgeld auch im Austrittsjahr anteilig zu zahlen sei.

#### 4. **Verlängerung der Arbeitszeit als mitbestimmungspflichtige Einstellung**

**Die Verlängerung der Arbeitszeit eines Arbeitnehmers stellt dann eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) mitbestimmungspflichtige Einstellung dar, wenn sie für mehr als einen Monat vorgesehen ist und mindestens zehn Stunden pro Woche beträgt.** So das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Beschluss vom 9. Dezember 2008 (Az. 1 ABR 74/07).

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Betriebsrat bei einer einzelvertraglichen Erhöhung der Arbeitszeit von Teilzeitkräften nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitzubestimmen hat. Die Arbeitgeberin betreibt bundesweit etwa 300 Modegeschäfte. Für eine der Filialen mit 38 Arbeitnehmern ist ein Betriebsrat gebildet. Die Mitarbeiter werden aufgrund unterschiedlicher Arbeitsverträge als Voll- und Teilzeitkräfte beschäftigt. Der Betriebsrat stimmte der befristeten Einstellung einer Arbeitnehmerin zu. Die wöchentliche Arbeitszeit sollte 20 Stunden betragen. Zwei Wochen nach Arbeitsantritt wurde ihre wöchentliche Arbeitszeit einvernehmlich für einen Zeitraum von zunächst zwei Monaten auf 37,5 Stunden erhöht. Hiervon wurde der Betriebsrat unterrichtet, seine Zustimmung zu der Maßnahme wurde jedoch nicht eingeholt. Mit dem vom Betriebsrat eingeleiteten Beschlussverfahren begehrt dieser die Feststellung, dass die Ar-

beitszeiterhöhung eine mitbestimmungspflichtige Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG darstellt.

Das BAG gibt dem Betriebsrat Recht. Bei einer nach Dauer und Umfang nicht unerheblichen Erhöhung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines Arbeitnehmers liegt eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG vor. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei Einstellungen ist die Wahrung der Interessen bereits beschäftigter Arbeitnehmer. Eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG liegt vor, wenn in Anlehnung an § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, Versetzungen betreffend, die Dauer von einem Monat überschritten wird (zeitliches Moment). Unter Rückgriff auf § 12 Abs. 1 Satz 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) liegt eine nicht unerhebliche Arbeitszeiterhöhung bei 10 Stunden pro Woche vor (quantitatives Moment).

Das BAG führt weiter aus, dass diese Grundsätze auch für Teilzeitkräfte mit „flexiblen Arbeitszeiten“ gelten. Maßgeblich ist die dem Betriebsrat bei der Einstellung mitgeteilte Arbeitszeit. Schließlich weist das BAG darauf hin, dass der Betriebsrat bereits vor Abschluss des Änderungsvertrages seine Beteiligung verlangen kann, da das Mitbestimmungsrecht nur effektiv ausgeübt wird, solange keine abschließende Entscheidung der Arbeitgeberin vorliegt.

## **5. Freiwilliges Weihnachtsgeld: Keine Ankündigung oder Begründung erforderlich, wenn Arbeitgeber von der Zahlung absieht**

**Wird im Arbeitsvertrag wirksam darauf hingewiesen, dass die Zahlung eines Weihnachtsgeldes freiwillig erfolgt und auch bei wiederholter Gewährung keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründet, entsteht grundsätzlich kein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung. Ist die Zahlung eines Weihnachtsgeldes somit als freiwillige Leistung des Arbeitgebers deklariert, bedarf es keiner rechtzeitigen Ankündigung oder Begründung, wenn der Arbeitgeber die Zahlung in einem Jahr nicht vornehmen möchte. So hat es das**

Bundesarbeitsgericht (BAG) im Urteil vom 21. Januar 2009 (Az. 10 AZR 219/08) befunden.

Die Entscheidung betraf einen Formular-Arbeitsvertrag mit der Regelung, dass die „Gewährung sonstiger Leistungen (z.B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Gehalt, etc.) durch den Arbeitgeber freiwillig und mit der Maßgabe erfolgt, dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird“. In den Jahren 1999 bis 2005 zahlte der Arbeitgeber jeweils mit dem Gehalt für November ein halbes Bruttomonatsgehalt als Weihnachtsgeld. In einem der Gehaltsabrechnung für November 2006 beigefügten Schreiben bat der Arbeitgeber um Verständnis dafür, dass aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Lage im Jahr 2006 kein Weihnachtsgeld gezahlt werden könne. Eine Arbeitnehmerin machte gleichwohl die Zahlung eines Weihnachtsgeldes für das Jahr 2006 vor allem mit der Begründung geltend, der Arbeitgeber hätte sie nicht erst kurz vor dem beabsichtigten Auszahlungstermin darüber informieren dürfen, dass für 2006 kein Weihnachtsgeld gezahlt werde.

Das BAG wies das Begehren der Arbeitnehmerin zurück. Die im Arbeitsvertrag enthaltene Klausel habe einen Anspruch auf Weihnachtsgeld klar und eindeutig ausgeschlossen. Aufgrund des Freiwilligkeitsvorbehalts fehle es an einer versprochenen Leistung, die bei einem Formular-Arbeitsvertrag vom Arbeitgeber nicht einseitig eingeschränkt oder sonst verändert werden könnte. Es musste auch nicht angegeben werden, mit welcher Begründung von dem Freiwilligkeitsvorbehalt Gebrauch gemacht werden kann. Da ein Anspruch auf Weihnachtsgeld von vornherein nicht begründet wurde, habe es auch keiner rechtzeitigen Ankündigung bedurft, dass eine Zahlung nicht erfolgen werde.

## 6. **Massenentlassungen: Sperrfrist des § 18 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) lediglich Mindestkündigungsfrist**

**Die Entlassungssperre nach § 18 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) hindert weder den Ausspruch von Kündigungen nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit nach § 18 Abs. 1, 2 KSchG noch verlängert sie die gesetzlichen Kündigungsfristen.** So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 6. November 2008 (Az. 2 AZR 935/07) entschieden.

Der Arbeitnehmer war bei einem Fuhrunternehmen als Kraftfahrer beschäftigt. Am 25. April 2006 beschlossen die Gesellschafter des Unternehmens, den Betrieb zum 30. September 2006 stillzulegen. Am 26. April 2006 zeigte das Unternehmen bei der zuständigen Arbeitsagentur die beabsichtigte Massenentlassung von insgesamt 27 Mitarbeitern an. Mit Schreiben vom 27. April 2006 wurde dem Arbeitnehmer fristgerecht zum 30. September 2006 gekündigt. Dieser erhob Kündigungsschutzklage mit der Ansicht, dass die Sperrfrist des § 18 Abs. 1 KSchG die jeweilige Kündigungsfrist um einen Monat verlängere.

Das BAG vertrat eine andere Ansicht: Die Entlassungssperre des § 18 Abs. 1 KSchG hindere den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit nicht. Dies gelte auch dann, wenn man unter „Entlassung“ im Sinne der Norm die „Kündigung“ versteht. Die Sperrfrist verlängert auch nicht die gesetzlichen Kündigungsfristen. § 18 Abs. 1 KSchG beschreibt somit einen Mindestzeitraum, der zwischen Anzeigenerstattung und tatsächlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen muss. Diese Ansicht ist konform mit europarechtlichen Vorgaben, wonach die Sperrfrist eine Mindestfrist darstellt, die den zuständigen Behörden einen angemessenen Zeitraum für die Suche nach Lösungen garantieren soll (*vgl. hierzu Urteil des Europäischen Gerichtshofs – EuGH – vom 27. Januar 2005, Az. C-188/03*).

Die Regelung in § 18 Abs. 4 KSchG (sog. „Freifrist“) widerspricht nach Ansicht des BAG der vorgenannten Lösung nicht. Nach § 18 Abs. 4 KSchG bedarf es einer erneuten Anzeige, wenn die Entlassungen nicht innerhalb von 90 Tagen nach der Anzeige „durchgeführt“ worden sind. „Durchführen“ bedeutet gemäß dem BAG „Umset-

zen“. Das heißt, dass die Kündigungen innerhalb von 90 Tagen nach Anzeigenerstattung ausgesprochen sein müssen. Hierdurch sollen „Vorratsanzeigen“ durch den Arbeitgeber verhindert werden. Bei Überschreitung des Zeitraums von 90 Tagen ist eine erneute Anzeige erforderlich.

**Praxistipp:** Der Arbeitgeber kann unmittelbar nach Anzeigenerstattung bei der Agentur für Arbeit die Kündigungen aussprechen. Das Arbeitsverhältnis darf jedoch nicht vor Ablauf der Monatsfrist des § 18 Abs. 1 KSchG enden. Bedeutung hat die Sperrfrist somit nur bei Kündigungen, deren Kündigungsfrist kürzer als die einmonatige Sperrfrist ist.

## 7. Annahmeverzug bei flexibler Arbeitszeitgestaltung

**Ein Arbeitnehmer, der im Schichtdienst mit wechselnder Dauer der Arbeitszeit eingesetzt wird, kann den Arbeitgeber auch ohne ausdrückliches Angebot seiner Arbeitsleistung in Annahmeverzug setzen, wenn die Verantwortung für die Arbeitseinteilung allein beim Arbeitgeber liegt und für den Arbeitnehmer der aktuelle Arbeitszeitsaldo nicht erkennbar ist.** Bundesarbeitsgericht (BAG) Urteil vom 8. Oktober 2008 (Az. 5 AZR 155/08).

Der Arbeitnehmer war im Schichtdienst eingesetzt. Ein Teilzeitarbeitsverhältnis war nicht vereinbart, doch war der Arbeitnehmer durchschnittlich in einem geringeren Umfang als 40 Stunden/Woche tätig. Er fordert im Wege des Annahmeverzugs die Vergütung von 40 Wochenstunden im Jahresdurchschnitt aus Annahmeverzug. Der Arbeitgeber lehnt den Anspruch ab, da der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht im Umfang von 40 Wochenstunden angeboten habe.

Nach Ansicht des BAG war Annahmeverzugslohn zu leisten. Die regelmäßige Arbeitszeit von 40 Wochenstunden für ein Vollzeitarbeitsverhältnis ergab sich aus dem anwendbaren Tarifvertrag, auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung. Der Arbeitgeber war trotz fehlendem Angebot der Arbeitsleistung in Annahmeverzug geraten, soweit der Arbeitnehmer nicht durchschnittlich 40 Wochenstunden gearbeitet hatte. Erfolgt der Einsatz in wechselnden Schichten, ist eine Mitwirkungshandlung

des Arbeitgebers erforderlich, nämlich die Schichtenteilung im arbeitszeitrechtlich zulässigen Umfang. Einer Erklärung des Arbeitnehmers, länger als eingeteilt arbeiten zu wollen (um den Durchschnitt von 40 Wochenstunden zu erreichen), bedarf es dann nicht, da die Arbeitseinteilung allein beim Arbeitgeber liegt.

## 8. **Gemeinsamer Betrieb von Entleihunternehmen und Personalservicegesellschaft**

**Werden betriebsangehörige Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer einer unternehmenseigenen Personalservicegesellschaft ersetzt, und bleibt im Übrigen die Betriebsorganisation unverändert, so kann ein gemeinsamer Betrieb von Entleiher und Personalservicegesellschaft bestehen.** Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Hannover in seinem Beschluss vom 20. Januar 2009 (Az. 13 TaBV 3/08) festgestellt.

Der Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass die beteiligten Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb unterhalten. Bei den beteiligten Arbeitgebern handelt es sich zum einen um die A-GmbH. Im Jahr 2004 wurde die B-GmbH gegründet, deren alleinige Gesellschafterin die A-GmbH ist. Der Geschäftsführer der A-GmbH ist auch Geschäftsführer der B-GmbH. Gemäß dem Gesellschaftsvertrag ist Gegenstand der B-GmbH die Erbringung von Personaldienstleistungen einschließlich der Arbeitnehmerüberlassung. Seit 2007 beschäftigt die B-GmbH Leiharbeitnehmer, darunter viele ursprünglich befristet bei der A-GmbH beschäftigte Arbeitnehmer.

Das LAG hat dem Betriebsrat Recht gegeben. Die Argumentation lautet so: Zwar sei ein gemeinsamer Betrieb nicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu vermuten. Denn: Es würden weder die Betriebsmittel noch die Arbeitnehmer gemeinsam eingesetzt. Ein Einsatz der Leiharbeitnehmer erfolgt nur bei dem Entleihunternehmen, der A-GmbH und deren Betrieben. Auch läge kein Fall des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG vor, da die Auslagerung eines Teils der Arbeitnehmer von der A-GmbH auf die Personalservicegesellschaft (B-GmbH) bereits keinen selbständigen Betriebsteil im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG darstellt.

Aber: Die Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG stellen keine abschließende gesetzliche Regelung des Begriffs „Gemeinschaftsbetrieb“ dar. Ein Gemeinschaftsbetrieb könne auch aus anderen Gründen angenommen werden. Dies insbesondere dann, wenn sich zwar etwas auf Gesellschafterebene ändere, aber die betriebliche Struktur im Wesentlichen gleich bleibe. So liege der Fall hier. Es seien lediglich Teile der Belegschaft auf die Personalservicegesellschaft übertragen worden, sonst sei alles gleich geblieben.

Gegen den Beschluss des LAG ist Rechtsbeschwerde beim BAG eingelegt worden (Az. 7 ABR 21/09), er ist somit noch nicht rechtskräftig.

## 9. **Wirksame Versetzungsklausel: Darf ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer an einen weit entfernten Ort versetzen, wenn die zugrunde liegende Klausel nicht ausdrücklich eine Frist zur Ankündigung der Versetzung vorsieht?**

**Eine örtliche Versetzungsklausel ist nur dann wirksam, wenn sie ausdrücklich eine Ankündigungsfrist für örtlich weit entfernte Versetzungen (mehr als 200 bis 250 Kilometer entfernt) vorsieht. Die Klausel, dass bei der Versetzung „die persönlichen Belange des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt werden“, ist zu allgemein und reicht deshalb nicht aus.** Das stellt das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm in seiner Entscheidung vom 11. Dezember 2008 (Az. 11 Sa 817/08) fest.

Der Arbeitgeber, ein international tätiges Wirtschaftsprüfungsunternehmen, will aus dringenden betrieblichen Gründen eine Arbeitnehmerin von Bielefeld an einen weit entfernten Ort in Deutschland versetzen (mehr als 250 Kilometer von Bielefeld entfernt, Einzelheiten nennt das Urteil nicht). Dem liegt im Arbeitsvertrag folgende Versetzungsklausel zugrunde: *„Sie werden als Manager für den Bereich TLS in unserer Niederlassung Bielefeld eingestellt. Das Unternehmen behält sich das Recht vor, Sie im Bedarfsfall auch an einem anderen Arbeitsort und/oder bei einer anderen Gesellschaft des Konzerns entsprechend Ihrer Vorbildung und Ihren Fähigkeiten für gleich-*

*wertige Tätigkeiten einzusetzen. Hierbei werden wir Ihre persönlichen Belange angemessen berücksichtigen.“* Die Arbeitnehmerin erhebt Klage gegen die Versetzung.

Das LAG Hamm gibt ihr Recht. Der Arbeitsvertrag lege Bielefeld als Arbeitsort fest. Die weitergehende Versetzungsklausel sei unwirksam. Daher könne die Arbeitnehmerin nicht an einen anderen Ort versetzt werden. Aber warum ist die Versetzungsklausel unwirksam? Das LAG Hamm argumentiert so:

Die Klausel schränke den Versetzungsort nicht ein. Deshalb lasse sie eine örtliche Versetzung in ganz Deutschland, aber auch ins Ausland zu. In solchen Fällen müsse der Arbeitsvertrag ausdrücklich eine Ankündigungsfrist für eine Versetzung in weit entfernte Orte vorsehen, sonst ist die ganze Versetzungsklausel unwirksam. Weit entfernt sei ein Ort, wenn die Entfernung zum bisherigen Arbeitsort/Wohnort mehr als 200 bis 250 Kilometer betrage. Die Ankündigungsfrist müsse zumindest der Kündigungsfrist des betroffenen Arbeitnehmers entsprechen. Nur dann habe er ausreichend Zeit, sich auf die neuen Umstände einzustellen.

Die betreffende Versetzungsklausel enthalte keine Ankündigungsfrist. Dort sei nur die Formulierung zu finden, dass bei Versetzung die persönlichen Belange des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt werden. Das sei zu allgemein und reiche nicht aus. Daher sei die Versetzungsklausel insgesamt und die konkrete Versetzung unwirksam.

Die Entscheidung des LAG Hamm geht zu Lasten des Arbeitgebers sehr weit. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesarbeitsgericht das auch so sieht. Die vom Arbeitgeber eingelegte Revision ist dort unter dem Aktenzeichen 2 AZR 36/09 anhängig.

## 10. Verneinung der Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit (CGZP)

**Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-serviceagenturen (CGZP) ist nicht tariffähig und darf daher keine Tarifverträge abschließen. Sie verfügt nicht über genug Durchsetzungskraft ("Sozialmächtigkeit") gegenüber der Arbeitgeberseite. Hiergegen spricht nicht, dass sie einige Tarifabschlüsse erreicht hat. Denn die Tarifabschlüsse liegen unter dem Lohnniveau von Tarifverträgen mit DGB-Gewerkschaften und erlauben den Arbeitgebern eine Durchbrechung des "Equal-Pay-Gebots".** Arbeitsgericht Berlin, Beschluss vom 1. April 2009 (Az. 35 BV 17008/08).

Die Gewerkschaft ver.di beantragte die Feststellung, dass die CGZP nicht tariffähig sei. Das Arbeitsgericht Berlin gab diesem Antrag statt. Die CGZP sei nicht tariffähig. Es fehle an der für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlichen "Sozialmächtigkeit" der Tarifgemeinschaft. Diese sei nur gegeben, wenn die jeweiligen sozialen Gegenspieler – also Gewerkschaft und Arbeitgeber – über eine Durchsetzungskraft gegenüber der tariflichen Gegenseite verfügen. Gegen eine solche Durchsetzungskraft spreche die relativ geringe Mitgliederzahl der CGZP.

Zwar habe die CGZP einige Tarifverträge abgeschlossen, dies sei jedoch nicht ausschlaggebend, da in der Zeitarbeitsbranche die Arbeitgeberseite anders als in anderen Branchen regelmäßig nicht zum Abschluss eines Tarifvertrags gedrängt werden müsse. Vielmehr habe die Arbeitgeberseite ein massives Eigeninteresse an den Tarifabschlüssen, da nur durch Tarifvertrag vom „Equal-Pay-Gebot“ abgewichen werden darf, § 9 Nr. 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Der Tarifvertrag ist daher überhaupt Voraussetzung dafür, dass die Leiharbeiter schlechter bezahlt werden dürfen als die im jeweiligen Entleiherbetrieb beschäftigte Stammbesetzung. Die mit der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge sehen ein Vergütungsniveau vor, welches unter dem Vergütungsniveau in Tarifverträgen mit DGB-Gewerkschaften als auch unter dem Vergütungsniveau in den jeweiligen Entleiherbetrieben liegt. Für die Arbeitgeberseite sind diese Tarifverträge deshalb sehr günstig.

Der Beschluss ist noch nicht rechtskräftig. Er kann vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin mit der Beschwerde angefochten werden.

**Anmerkung:** Nur gut zwei Wochen vor dem Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin war die IG Metall vor dem LAG Hamm mit ihrem Begehren gescheitert, gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung im Christlichen Gewerkschaftsbund (GKH) nicht tariffähig sei (*LAG Hamm, Beschluss vom 13. März 2009, Az. 10 TaBV 89/08*). Die Tatsache, dass die GKH in der Vergangenheit zahlreiche Tarifverträge abgeschlossen hat, führte dort zur Bejahung der sozialen Mächtigkeit und Durchsetzungskraft.

**Für weitere Informationen zu den Themen dieses Newsletters oder für sonstige rechtliche Fragen stehen Ihnen unsere Kollegen der Fachgruppe gerne zur Verfügung.**

Dieser Newsletter fasst höchstrichterliche Rechtsprechung und andere Rechtsfragen abstrakt zusammen und gibt keinen Rechtsrat zu einem konkreten Sachverhalt oder Problem. Soweit Urteile dargestellt werden, betrifft die Darstellung immer nur die konkrete Entscheidung des jeweiligen Gerichts, ungeachtet deren späteren Aufhebung oder einer anderweitig eingetretenen Rechtsänderung. Bei konkreten Fragen sollten Sie einen der Spezialisten aus unserer Sozietät konsultieren. Dieser wird Ihre Fragen gerne beantworten.

**DR. JOACHIM WICHERT**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Tel +49 69 97 98 85-254

Joachim.Wichert@ArneckeSiebold.de

**PETER KIESGEN**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Tel +49 69 97 98 85-452

Peter.Kiesgen@ArneckeSiebold.de

**ZVI TIROSH**

Rechtsanwalt

Tel +49 69 97 98 85-355

Zvi.Tirosh@ArneckeSiebold.de

**SCHAHIN HAGHANI**

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Tel +49 69 97 98 85-253

Schahin.Haghani@ArneckeSiebold.de

**DR. DEDE KAYA**

Rechtsanwalt

Tel +49 69 97 98 85-253

Dede.Kaya@ArneckeSiebold.de

**JULIA ZANGE, LL.M.**

Fachanwältin für Arbeitsrecht

Tel +49 69 97 98 85-257

Julia.Zange@ArneckeSiebold.de

**STEFANIE HAHN**

Rechtsanwältin

Tel +49 69 97 98 85-254

Stefanie.Hahn@ArneckeSiebold.de

**TÜRKISCH-DEUTSCHE  
INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER**  
Opladener Straße 8 · 50679 Köln  
Tel +49 221 540 22-00  
Fax +49 221 540 22-01  
eMail [info@td-ihk.de](mailto:info@td-ihk.de)  
Web [www.td-ihk.de](http://www.td-ihk.de)

**ARNECKE SIEBOLD**  
Rechtsanwälte . Partnerschaftsgesellschaft  
Hamburger Allee 4 · 60486 Frankfurt/Main  
Tel +49 69 97 98 85-0  
Fax +49 69 97 98 85-85  
eMail [Frankfurt@ArneckeSiebold.de](mailto:Frankfurt@ArneckeSiebold.de)  
Web [www.ArneckeSiebold.de](http://www.ArneckeSiebold.de)