

# Arbeitsrecht

Mai 2013 | UPDATE

Das BAG hat sich kürzlich in einer Reihe von Urteilen mit dem Thema Arbeitnehmerüberlassung beschäftigt. Vor diesem Hintergrund möchten wir Ihnen drei Entscheidungen vorstellen: zwei Entscheidungen zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Betriebsratswahlen und bei den Schwellenwerten des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG sowie eine Entscheidung zur Wirksamkeit von Bezugnahme Klauseln auf mehrgliedrige Tarifverträge. Zudem beschäftigen wir uns in diesem Update mit einem Urteil des BAG, wonach der Arbeitgeber bereits am ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen kann sowie mit einem weiteren Urteil des BAG zur Altersdiskriminierung bei der Stellenausschreibung für ein Traineeprogramm.

## BERÜCKSICHTIGUNG VON LEIHARBEITNEHMERN BEI BETRIEBSRATSWAHLEN

Die Größe des Betriebsrates hängt gem. § 9 BetrVG von der Anzahl der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer ab. Das BAG hatte sich am 13. März 2013 (7 ABR 69/11) mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Leiharbeiter bei den Betriebsratswahlen zu berücksichtigen sind und im Ergebnis seine bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage aufgegeben. Die Entscheidung hat vor dem Hintergrund der für 2014 turnusmäßig anstehenden Betriebsratswahlen besondere Bedeutung.

### Sachverhalt

In dem vom BAG entschiedenen Fall unterhielten zwei Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb. Dort beschäftigten sie in der Regel 879 Stammarbeiter und 292 Leiharbeiter. Im März 2010 fanden Betriebsratswahlen statt. Ausgehend von einer Betriebsgröße von 879 Arbeitnehmern wurde ein 13-köpfiger Betriebsrat gebildet. Mehrere Arbeitnehmer leiteten daraufhin ein Wahlanfechtungsverfahren ein. Sie waren der Auffassung, dass die Betriebsratswahl unwirksam sei, weil der Betriebsrat nicht nur aus 13, sondern aus 15 Betriebsratsmitgliedern zu bestehen habe. Die 292 regelmäßig tätigen Leiharbeiter seien bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrates gem. § 9 BetrVG zu berücksichtigen. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht wiesen den Antrag der Arbeitnehmer ab.

### Entscheidung des BAG

Das BAG gab den Arbeitnehmern Recht. Nach Auffassung des Siebten Senats hätte ein 15-köpfiger Betriebsrat gewählt werden müssen, weil die Leiharbeiter bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrates mitzuzählen waren. Nach § 9 S. 1 BetrVG richtet sich die Zahl der Mitglieder des Betriebsrats nach der Anzahl der im Betrieb in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer,

wobei es bei Betrieben mit 5 bis 100 Arbeitnehmern darüber hinaus auch auf die Wahlberechtigung ankommt. Gem. § 7 BetrVG sind Leiharbeiter nur wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Nach Auffassung des BAG nennt das Gesetz diese Voraussetzung bei Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern allerdings nicht mehr, so dass es im zu entscheidenden Fall gar nicht darauf ankam, wie lange die Leiharbeiter im Betrieb beschäftigt waren.

Damit hat das BAG seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Danach waren Leiharbeiter bei der für die Größe des Betriebs maßgeblichen Anzahl der Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen, da sie weder in einem Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber stehen, noch in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation allein begründete nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG nicht die Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb.

### Fazit

Die Entscheidung steht in Einklang mit einer neueren Tendenz der Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des BetrVG. So hatte das BAG am 18. Oktober 2011 (1 AZR 335/10) entschieden, dass bei der Berechnung des Schwellenwertes gem. § 111 S. 1 BetrVG im Zusammenhang mit der Interessenausgleichspflicht bei Betriebsänderungen Leiharbeiter ebenfalls mitzuzählen sind.

## LEIHARBEITNEHMER GELTEN ALS ARBEITNEHMER i. d. R. § 23 ABS. 1 S. 3 KSchG

Das BAG hatte in einer Entscheidung vom 24. Januar 2013 (2 AZR 140/12) erstmalig darüber zu entscheiden, ob Leiharbeiter bei den Schwellenwerten des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG zu berücksichtigen sind.

## Sachverhalt

Der Kläger war seit Juli 2007 bei der Beklagten tätig. Diese beschäftigte einschließlich des Klägers zehn eigene Arbeitnehmer. Im November 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristgerecht. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht, bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien auch die von der Beklagten eingesetzten Leiharbeiter zu berücksichtigen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht waren der Auffassung, das KSchG finde keine Anwendung, weil die Beklagte regelmäßig nicht mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftige und haben daher die Klage abgewiesen.

## Entscheidung des BAG

Auch hier war das BAG anderer Auffassung als die Vorinstanzen. Es hat ausgeführt, dass gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben gilt, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße seien allerdings nicht nur die eigenen Arbeitnehmer mitzuzählen, sondern auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruhe. Für das BAG war es nicht von Bedeutung, dass die Leiharbeiter kein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber unterhielten. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes solle der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertigte aber keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruhe. Das BAG hat die Sache zur neuen Verhandlung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Das Landesarbeitsgericht soll nun klären, ob die im Kündigungszeitpunkt im Betrieb tätigen Leiharbeiter aufgrund eines regelmäßigen oder eines für den Betrieb „in der Regel“ nicht kennzeichnenden Geschäftsanfalls beschäftigt waren.

## Fazit

Die Entscheidung des BAG ist nachvollziehbar. Wird der regelmäßige Personalbedarf eines Betriebes durch Leiharbeiter abgedeckt, kann es bei der Bestimmung des Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG nicht darauf ankommen, ob der Beschäftigte bei dem Inhaber des Betriebes oder bei einem Dritten angestellt ist. Andernfalls könnte der Kündigungsschutz in kleineren Betrieben leicht durch den Einsatz von Leiharbeitern ausgeschaltet

werden. Offen bleibt aber, wie „regelmäßiger Personalbedarf“ oder „vorübergehende Überlassung“ voneinander abzugrenzen sind. Von der Entscheidung des BAG liegt derzeit nur eine Pressemitteilung vor, die zu diesem Punkt keine Ausführungen macht. Man darf daher auf die Urteilsgründe gespannt sein.

## VORSICHT BEI BEZUGNAHMEKLAUSELN AUF MEHRGLIEDRIGE TARIFVERTRÄGE

In den letzten beiden Jahren gab es eine Reihe von divergierenden erst- und zweitinstanzlichen Entscheidungen zur Wirksamkeit von Bezugnahmeklauseln auf mehrgliedrige Zeitarbeitsarbeitsverträge. Im März hat sich nun auch das BAG mit dieser Frage beschäftigt.

## Sachverhalt

Die Klägerin war als Leiharbeiterin beschäftigt. Ihr Arbeitsvertrag enthielt eine Bezugnahmeklausel auf den mehrgliedrigen Tarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP), der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen in seiner jeweils gültigen Fassung. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses forderte die Klägerin von ihrem Arbeitgeber trotz der Bezugnahmeklausel den Differenzbetrag zwischen dem ihr gezahlten Tarifentgelt und dem höheren Entgelt, das ein Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährte („equal pay“). Die Klägerin obsiegte in den ersten beiden Instanzen. Das BAG hat am 13. März 2013 (5 AZR 954/11) die Klage wegen Verfalls der Ansprüche abgewiesen.

## Entscheidung des BAG

Wie die Vorinstanzen, so war auch das BAG der Auffassung, dass die Bezugnahmeklausel auf den mehrgliedrigen Tarifvertrag zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP), der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen intransparent und nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sei. Bei einem mehrgliedrigen Tarifvertrag schließen ein oder mehrere Arbeitgeberverbände mit mehreren Gewerkschaften gleichlautende Tarifverträge und fassen diese in einer Urkunde zusammen. Jeder dieser Tarifverträge kann unabhängig von den übrigen geändert oder beendet werden. Es ist daher möglich, dass eine der Gewerkschaften, den von ihr abgeschlossenen Tarifvertrag kündigt und dieser endet, die übrigen Tarifverträge des mehrgliedrigen Tarifvertrages aber ungekündigt fortgelten. Das BAG war der Auffassung, dass eine Bezugnahmeklausel auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag nur wirksam ist, wenn die Klausel klar zu erkennen gibt, auf welchen Tarifvertrag des mehrgliedrigen Tarifvertrages sie Bezug nimmt. Da die zwischen den Parteien vereinbarte Bezugnahmeklausel dem nicht gerecht wurde und unwirksam war, hatte die Klägerin Anspruch auf

den Differenzbetrag zwischen dem bereits gezahlten Tarifentgelt und dem höheren „equal pay“. Allerdings war dieser Anspruch zwischenzeitlich verfallen.

### Fazit

Die Entscheidung ist richtungsweisend für die wirksame Gestaltung von Bezugnahmeklauseln auf mehrgliedrige Tarifverträge. Dabei ist darauf zu achten, dass es sich auch bei dem Tarifwerk zwischen dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) und der Tarifgemeinschaft Zeitarbeit des DGB um einen mehrgliedrigen Tarifvertrag handelt. Auch hier ist dringend anzuraten, Bezugnahmeklauseln zukünftig so abzufassen, dass sie nicht auf das mehrgliedrige Tarifwerk insgesamt Bezug nehmen, sondern dass die Bezugnahme auf einen konkreten Tarifvertrag beschränkt wird.

## VORLAGE EINER ARBEITSUNFÄHIGKEITSBESCHEINIGUNG VOM ERSTEN KRANKHEITSTAG AN

Das BAG hat entschieden, dass Arbeitgeber auch ohne Vorliegen von besonderen Gründen von ihren Arbeitnehmern bereits am ersten Krankheitstag die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen können.

### Sachverhalt

Geklagt hatte eine Redakteurin, die für den 30. November 2010 einen Antrag auf eine Dienstreise gestellt hatte, der zweimal von ihrem Vorgesetzten abgelehnt worden war. Am 30. November 2010 meldete sich die Klägerin krank, erschien am folgenden Tag jedoch wieder zur Arbeit. Der Vorgesetzte forderte die Klägerin daraufhin schriftlich auf, in Zukunft ab dem ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und eine AU-Bescheinigung einzureichen. Die Klägerin trug u. a. vor, dass der auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findende Manteltarifvertrag vorsehe, dass ein erkrankter Arbeitnehmer spätestens am vierten Tag der Krankheit ein ärztliches Attest einreichen müsse und dass der Arbeitgeber sie daher nicht zur Einreichung ab dem ersten Krankheitstag verpflichten könne.

### Entscheidung des BAG

Das BAG (Urteil vom 14. November 2012 - 5 AZR 886/11) hat entschieden, dass das Verlangen des Arbeitgebers, welches in § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG normiert ist, weder von einer Begründung, noch einem sachlichen Grund oder gar besonderen Verdachtsmomenten auf Vortäuschung einer Erkrankung in der Vergangenheit abhängig sei. Dies würde sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift sowie aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergeben. Lediglich dann, wenn das Verlangen des Arbeitgebers willkürlich oder schikanös sei, gegen den allgemeinen

Gleichbehandlungsgrundsatz oder Diskriminierungsverbote verstoße, wäre es unzulässig. Diesbezüglich hatte die Klägerin jedoch keine Tatsachen vorgetragen.

Zudem stehe auch die tarifvertragliche Regelung dem Verlangen des Arbeitgebers nicht entgegen, weil diese kein ausdrückliches Verbot eines früheren Verlangens vorsieht, sondern lediglich dazu schweigt. Ob sich die Klägerin auf das Bestehen einer anderslautenden betrieblichen Übung hätte berufen können, konnte das BAG offen lassen, weil die Klägerin auch hierzu nicht ausreichend vorgetragen hatte.

### Fazit

Das Urteil zeigt, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich jederzeit ohne sachliche Begründung verlangen kann, dass ein Arbeitnehmer die AU-Bescheinigung bereits ab dem ersten Krankheitstag einreicht. Sofern nur ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht beteiligen. Erst wenn es um eine generelle Anordnung geht, liegt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vor.

## ALTERSBEDINGTE DISKRIMINIERUNG DURCH STELLENANZEIGE FÜR TRAINEEPROGRAMME?

Ein neues BAG-Urteil beschäftigt sich mit der Frage, ob eine Stellenanzeige, in der speziell Hochschulabsolventen gesucht werden, ein Indiz für eine Altersdiskriminierung begründet.

### Sachverhalt

Das BAG hatte (Urteil vom 24. Januar 2013 – 8 AZR 429/11) einen weiteren Fall „altersbedingter Diskriminierung“ zu entscheiden. Eine öffentlich-rechtliche Krankenhausträgerin hatte eine Anzeige aufgegeben und „Nachwuchsführungskräfte“ für ein „spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals: Trainee-Programm“ gesucht. Der damals 36-jährige Volljurist hatte sich auf die Anzeige hin beworben und war abgelehnt worden. Im Folgenden erhob der abgelehnte Bewerber Klage vor den Arbeitsgerichten und machte geltend, er sei aufgrund seines Alters diskriminiert worden.

### Entscheidung des BAG

Das BAG hat entschieden, dass die Stellenanzeige, die sich an Hochschulabsolventen/Young Professionals und somit Berufsanfänger wende, ein Indiz für eine Altersdiskriminierung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) begründe. Die Beklagte könne dieses Indiz allerdings widerlegen, wenn sie nachweisen kann, dass sie nur die Bewerber mit den besten Noten in den Auswahlprozess einbezogen hat, weil sie als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber die Stellen nach Eignung,

# Arbeitsrecht

Befähigung und fachlicher Leistung besetzen müsse. Da der Kläger dies bestritten habe, verwies das BAG die Sache zur weiteren Aufklärung und erneuten Verhandlung zurück an das LAG Berlin-Brandenburg.

## Fazit

Nach dem reinen Wortlaut von § 1 AGG erscheint diese Entscheidung konsequent, jedoch lebensfremd. Rechtlich hätte die Möglichkeit bestanden, – so wie es auch die bisherigen LAG Entscheidungen gesehen haben (LAG Hessen vom 16. Januar 2012 – 7 Sa 615/11, LAG Berlin-Brandenburg vom 14. Januar 2011 – 9 Sa 1771/10) – eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung des Alters nach § 10 AGG zu bejahen. Dafür spricht, dass ein Traineeprogramm mehr einem Berufspraktikum gleicht als einer Berufstätigkeit. Auch richtet es sich regelmäßig an Hochschulabsolventen und soll diesen u. a. den Berufseinstieg erleichtern. Im Übrigen verfolgt ein Arbeitgeber mit den Traineeprogrammen gerade den Zweck, die Trainees langfristig an das Unternehmen zu binden.

Aufgrund der BAG-Entscheidung ist in Zukunft bei der Vergabe von Traineestellen besonders darauf zu achten, dass Arbeitgeber die Auswahlentscheidungen überzeugend begründen können,

um die Indizwirkung einer Altersdiskriminierung erfolgreich in einem etwaigen Prozess widerlegen zu können. Immerhin hat das BAG ausgeführt, dass es keine abschließende Bewertung vorgenommen hat, ob Altersgrenzen bei Traineestellen generell keine Rolle spielen dürfen. Wie groß der Argumentationsspielraum für Arbeitgeber in diesem Punkt allerdings sein wird, bleibt abzuwarten.

## IHRE ANSPRECHPARTNER IM ARBEITSRECHT



### Dr. Holger Thomas

Partner

Leiter der deutschen Arbeitsrechtspraxis

+49 (0) 69 27 10 78 018 (t)

holger.thomas@wilmerhale.com



### Dr. Golo Weidmann

Counsel

+49 (0) 69 27 10 78 021 (t)

golo.weidmann@wilmerhale.com



### Dr. Ilka Heinemeyer

Senior Associate

+49 (0) 69 27 10 78 030 (t)

ilka.heinemeyer@wilmerhale.com

Sollten Sie die weitere Zusendung unseres Updates zum Arbeitsrecht nicht wünschen, so senden Sie bitte eine E-mail mit dem Betreff "Unsubscribe" an [webmaster@wilmerhale.com](mailto:webmaster@wilmerhale.com).

**Unser Arbeitsrecht Update dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall.**

wilmerhale.com IntellectualProperty · Litigation/Controversy · RegulatoryandGovernmentAffairs · Securities · Transactional

Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP is a Delaware limited liability partnership. Our United Kingdom offices are operated under a separate Delaware limited liability partnership of solicitors and registered foreign lawyers regulated by the Solicitors Regulation Authority (SRA No. 287488). Our professional rules can be found at [www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct.page](http://www.sra.org.uk/solicitors/code-of-conduct.page). A list of partners and their professional qualifications is available for inspection at our UK offices. In Beijing, we are registered to operate as a Foreign Law Firm Representative Office. WilmerHale principal law offices: 60 State Street, Boston, Massachusetts 02109, +1 617 526 6000; 1875 Pennsylvania Avenue, NW, Washington, DC 20006, +1 202 663 6000. This material is for general informational purposes only and does not represent our legal advice as to any particular set of facts; nor does it represent any undertaking to keep recipients advised of all relevant legal developments. Prior results do not guarantee a similar outcome. © 2013 Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP