

# arbeitsrecht & management

herausgegeben von Dr. Franz-Ludwig Danko und Prof. Dr. Burkhard Boemke

**Ausgabe 6, August 06**

Verehrte Leserinnen  
und Leser,

liest man die einschlägigen arbeitsmarktpolitischen Veröffentlichungen, springen einem immer wieder Forderungen nach mehr Flexibilität im Arbeitsleben ins Auge. Gleichzeitig erfährt man dann in der Regel, dass das



deutsche Arbeitsrecht der Erfüllung solcher Forderungen scheinbar unüberwindbare Hindernisse in den Weg legt. In einer aktuellen Entscheidung zur Abrufarbeit hat das Bundesarbeitsgericht nun eines dieser Hindernisse aus dem Weg geräumt. Danach kann immerhin bis zu einem Viertel der Arbeitszeit vergütungswirksam als Abrufarbeit vereinbart werden. Für manches Unternehmen sicher eine hilfreiche Entscheidung.

Einen schönen Sommer noch wünscht Ihnen Ihr

*F.-L. Danko*  
Franz-Ludwig Danko

## Neue Möglichkeiten der flexiblen Arbeitszeitgestaltung

*BAG zur Vereinbarung von Abrufarbeit*

### ■ Wissen

Während sich die äußeren Umstände in der Arbeitswelt ständig ändern und Auftragsschwankungen eine stärkere Flexibilisierung erfordern, gab es für Arbeitgeber bisher kaum Möglichkeiten auf konjunkturelle Schwankungen auch arbeitsrechtlich zu reagieren und Arbeitnehmer nur entsprechend dem tatsächlichen Arbeitsanfall zu beschäftigen und zu bezahlen. Eine mit der Verringerung der vereinbarten Arbeitszeit einhergehende Vergütungskürzung war bisher allenfalls unter den strengen Voraussetzungen der Einführung von Kurzarbeit bzw. unter den noch strengeren und deshalb in der Praxis als nicht einhaltbar anzusehenden Voraussetzungen einer Änderungskündigung möglich. Eine bislang wenig beachtete Entscheidung des BAG sorgt jetzt für neue Optionen. Das höchste deutsche Arbeitsgericht hat nämlich eine einseitige vergütungswirksame Änderung der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber im Wege der Abrufarbeit für zulässig erachtet.

### ■ Hintergrund

Hier zur Hintergrundinformation die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Dezember 2005 (Az.: 5 AZR 535/04).

**Der Fall:** Eine Arbeitnehmerin war zunächst in einer 35-Stunden-Woche beschäftigt. Arbeitgeber und Arbeitnehmerin vereinbarten dann in einem neuen, vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag, eine wöchentliche Mindestarbeitszeit von 30 Stunden, mit der Möglichkeit, Arbeitsleistung je nach Arbeitsanfall bis zu 40 Stunden in der Woche abzufordern. Der genaue Umfang und die Lage der Arbeitszeit sollten jeweils eine Woche im Voraus mitgeteilt werden. Nachdem die Arbeitnehmerin zunächst 35 Stunden pro Woche gearbeitet hatte, wies der Arbeitgeber sie einer anderen Abteilung zu und beschäftigte sie nur noch 30 Stunden wöchentlich. Die Arbeitnehmerin

## Generell beachten

Bei der Einführung von Abrufarbeit sind grundsätzlich die Regelungen des § 12 TzBfG zu beachten:

- Die wöchentliche und tägliche (Mindest- oder Höchst-) Arbeitszeit ist zu vereinbaren. Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitnehmer dann in jeder Woche genau so viele Stunden arbeiten muss, wie im Vertrag festgelegt. Vielmehr ist es zulässig, Arbeitszeitguthaben und -defizite aufkommen zu lassen und im Arbeitsvertrag den Ausgleichszeitraum zu bestimmen, innerhalb dessen die festgelegte Wochenarbeitszeit durchschnittlich erreicht werden muss. Sogar Jahresarbeitszeitverträge sind zulässig, nach denen der Arbeitgeber die Arbeitszeit, beispielsweise in Saisonbetrieben, im Block abrufen kann. Auch die Lage und Stückung der täglichen Arbeitszeit kann von den Arbeitsvertragsparteien frei vereinbart werden.
- Unterbleibt eine Vereinbarung, gelten 10 Stunden je Woche als vereinbart und der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer jeweils für mindestens 3 aufeinander folgende Stunden täglich in Anspruch nehmen.
- Die Lage der Arbeitszeit muss dem Arbeitnehmer 4 Tage vor seinem Einsatz mitgeteilt werden. Wird die Frist nicht eingehalten, ist der Arbeitnehmer nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet und behält seinen Anspruch auf Vergütung aus Annahmeverzug.

war hiermit nicht einverstanden, sie hielt die Arbeitszeitregelung im Arbeitsvertrag für unwirksam. Sie verlangte gerichtlich, zukünftig mit 40 Stunden je Woche beschäftigt zu werden. Das Arbeitsgericht gab der Arbeitnehmerin Recht. Der Arbeitgeber ging allerdings durch die Instanzen bis zum Bundesarbeitsgericht.

## ■ Das Urteil

Das BAG entschied schließlich, dass die wöchentliche Arbeitszeit der Arbeitnehmerin 35 Stunden beträgt und auf Anforderung des Arbeitgebers auf bis zu 40 Stunden ausgedehnt werden kann. Die Arbeitsvertragsparteien hätten wirksam vereinbart, dass die Arbeitnehmerin einen Teil ihrer Arbeitsleistung auf Abruf erbringen muss. Beschäftigte der Arbeitgeber die Mitarbeiterin aber nur mit der Mindeststundenzahl und rufe den flexiblen Teil der Arbeitszeit nicht ab, müsse er die nicht in Anspruch genommene Arbeitszeit auch nicht vergüten. Die Vereinbarung von Arbeit auf Abruf im Rahmen eines Formular-Arbeitsvertrags unterliege allerdings der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht, so dass der Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt werden dürfe. Da sich der Abruf bzw. Nichtabruf der Arbeit direkt auf die Vergütungshöhe des Arbeitnehmers auswirke, dürfe der variable Teil der Arbeitszeit nur 25% der wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.

## ■ Folgen für die betriebliche Praxis

Die vorliegende Entscheidung des BAG eröffnet Ihnen als Arbeitgeber neue Möglichkeiten bei der flexiblen Arbeitszeitgestaltung. Bisher ging die Praxis davon aus, dass eine entgeltwirksame Arbeit auf Abruf wegen Umgehung des Kündigungsschutzes/Änderungskündigungsschutzes unwirksam sei. Dies hatte das BAG in einem Urteil im Jahre 1984 entschieden. Mit dem Wechsel der Rechtsprechung können Sie nun mit der Vereinbarung von Abrufarbeit in einem gewissen Umfang auf Auftragschwankungen oder wechselnden Arbeitsanfall reagieren. Bei Neueinstellungen und Vertragsänderungen sollten Sie in jedem Fall prüfen, ob sich die Vereinbarung von Abrufarbeit zur Flexibilisierung der Arbeitszeit lohnt.

## ■ Was ist zu tun

Die Abrufarbeit muss zwischen Ihnen und dem betreffenden Arbeitnehmer vereinbart werden:

- Sie vereinbaren z.B. eine Mindestarbeitszeit von 32 Stunden je Woche
- und legen eine Abrufarbeit von bis zu 25%, hier also maximal 8 Stunden fest.

In diesem Fall können Sie Ihren Mitarbeiter problemlos bis zu 40 Stunden je Woche beschäftigen und bei geringerem Arbeitsanfall unter entsprechender Anpassung der Vergütung wieder auf die vereinbarte Mindestarbeitszeit von 32 Wochenstunden zurückgehen. Zudem bleibt es Ihnen auch unbenommen, über die Abrufarbeit hinaus Überstunden anzuordnen, wenn Sie dies vertraglich vorgesehen haben. Allerdings sollten Sie darauf achten, dass

es sich nur um Mehrarbeit wegen eines kurzfristigen zusätzlichen Arbeitsanfalls handelt, beispielsweise wegen einer Krankheitsvertretung. Beschäftigen Sie den „Abruf-Arbeitnehmer“ auch wegen der üblichen konjunkturellen Schwankungen längerfristig mit Überstunden, laufen Sie Gefahr, dass im Streitfall das Arbeitsgericht darin eine Umgehung der 25%-Grenze für Abrufarbeit sieht und eine entsprechend höhere Mindestarbeitszeit annimmt.

# Betriebsübergang bei Auftragsnachfolge

*Übernahme von Personal ist nach Urteil des BAG nicht allein ausschlaggebend*

## ■ Wissen

**Das Arbeitsrecht wirkt in alle Bereiche des Wirtschaftsrechts hinein. Eine besondere Rolle spielt es im Zusammenhang mit dem Thema Betriebsübergang. Hier haben die Regelungen des § 613a BGB erhebliche Auswirkungen auf das unternehmerische Handeln. Nicht selten kann ein Unternehmenskauf sogar an den arbeitsrechtlichen Folgen scheitern. Es kommt daher für die Unternehmenseite darauf an, genau zu wissen, wann ein Betriebsübergang vorliegt, um ihn gegebenenfalls vermeiden zu können. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts stellt die Unternehmer allerdings vor erhebliche Probleme. Die Tatbestandsmerkmale die zur Begründung eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB geeignet sind, wurden in den vergangenen Jahren immer mehr ausgeweitet. So zuletzt in der im Folgenden beschriebenen Entscheidung des BAG.**

## ■ Hintergrund

Hier zur Hintergrundinformation die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13. Juni 2006 (Az.: 8 AZR 271/05).

**Der Fall:** Eine Arbeitnehmerin war am Flughafen Köln/Bonn als Sicherheitsagentin für Personenkontrollen beschäftigt. Zum 31. Dezember 2003 kündigte das Bundesinnenministerium (BMI) den Vertrag mit dem Arbeitgeber der Sicherheitsagentin und vergab den Auftrag neu. Der Arbeitgeber kündigte daher das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin. Der alte und auch der neue Auftragnehmer benutzten für die Personenkontrollen Geräte und Anlagen, die ihnen vom BMI zur Verfügung gestellt worden waren und deren Einsatz zwingend vorgeschrieben war. Anfang 2004 stellte der neue Auftragnehmer zwar zahlreiche ehemalige Mitarbeiter des alten Auftragnehmers ein, nicht aber die Arbeitnehmerin. Diese wandte sich gegen die Wirksamkeit der Kündigung und machte geltend, dass ihr Arbeitsverhältnis im Wege des Betriebsübergangs auf den neuen Auftragnehmer übergegangen sei.

## Generell beachten

Liegt ein Betriebsübergang nach § 613a BGB vor, hat dies folgende arbeitsrechtliche Auswirkungen:

- Die bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen auf den Betriebserwerber über.
- Ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs haftet der Erwerber für alle Verbindlichkeiten aus dem übergegangenen Arbeitsverhältnis.
- Der ehemalige Betriebsinhaber haftet daneben für die Erfüllung derjenigen Ansprüche, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und bis zu einem Jahr nach dem Betriebsübergang fällig werden.
- Eine Kündigung des Arbeitnehmers aufgrund des Betriebsübergangs ist unzulässig.
- Bestehende Betriebsvereinbarungen gelten als solche bzw. als Bestandteil des Arbeitsvertrages weiter. Gleiches gilt für Tarifverträge bzw. deren Inhalt.
- Bestehen beim Betriebserwerber abweichende Betriebsvereinbarungen / Tarifverträge, können diese die bisher geltenden ablösen.

## IMPRESSUM

**arbeitsrecht & management**  
wird von Dr. Franz-Ludwig Danko (verantwortlich) und Prof. Dr. Burkhard Boemke herausgegeben.

**Dr. Franz-Ludwig Danko** ist Geschäftsführender Gesellschafter der KÜBLER GbR. KÜBLER zählt zu den führenden deutschen Kanzleien für Wirtschaftsrecht und Insolvenzverwaltung. In Deutschland ist die Sozietät mit über 50 Berufsträgern und mehr als 200 Mitarbeitern an insgesamt 21 Standorten tätig.

**Prof. Dr. Burkhard Boemke** lehrt am Lehrstuhl Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht und ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Leipzig.

### Haftungsausschluss

Die Inhalte in arbeitsrecht & management dienen der Erstinformation von Mandanten, Geschäftspartnern und sonstigen Interessenten. Sie ersetzen keinen Rechtsrat. Alle Angaben erfolgen nach sorgfältiger Prüfung, jedoch ohne Gewähr. Die Haftung der Herausgeber oder Autoren ist daher ausgeschlossen.

### Kontakt:

Dr. Franz-Ludwig Danko  
KÜBLER GbR Dresden  
Tel. 0351 - 31 50 50  
Fax 0351 - 31 505 323  
f-l.danko@kuebler-gbr.de  
www.kuebler-gbr.de

## ■ Das Urteil

Das BAG bestätigte das Urteil des Landesarbeitsgerichts und entschied, dass das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin mit dem alten Auftragnehmer im Wege des Betriebsübergangs auf den neuen Auftragnehmer übergegangen sei. Die Kündigung sei daher wegen Verstoßes gegen das Kündigungsverbot gemäß § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Die Richter erklärten, dass ein Betriebsübergang dann vorliegt, wenn eine wirtschaftliche Einheit identitätswahrend fortgeführt wird. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt. Es genüge dem BAG, dass die vom BMI zur Verfügung gestellten technischen Geräte und Anlagen weiter eingesetzt wurden. Hierin ist eine wirtschaftliche Einheit zu sehen, die der neue Auftragnehmer unverändert und ohne zeitliche Unterbrechung fortgeführt hat. Auf die eigenwirtschaftliche Nutzung der sächlichen Betriebsmittel und die Übernahme von Personal kommt es insoweit nicht an.

## ■ Was ist zu tun

- Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB hat folgende Voraussetzungen:
  - Wechsel des Betriebsinhabers durch ein Rechtsgeschäft (Pacht- oder Überlassungsverträge genügen)
  - Übergang einer wirtschaftlichen Einheit (Betrieb oder Betriebsteil) und Fortführung dieser Einheit unter Wahrung ihrer Identität
- Als Unternehmer einem Betriebsübergang aus dem Weg zu gehen, bedarf genauer Planung und Beratung. Gestaltungsspielraum haben Sie z. B. in folgenden Fällen:
  - Eine Funktions- oder Auftragsnachfolge ist kein Betriebsübergang, wenn weder Betriebsmittel noch Personal übernommen werden.
  - Der bloße Erwerb einzelner Betriebsmittel ist in der Regel kein Betriebsübergang.
  - In besonderen Fällen kann ein Betriebsübergang vermieden werden, wenn vor einer Betriebsveräußerung alle Arbeitnehmer in eine Transfergesellschaft übergeleitet werden und aus dieser dann einzelne Arbeitnehmer vom Erwerber eingestellt werden.



Fax-Feedback

### Zurück an

Dr. Franz-Ludwig Danko  
KÜBLER GbR  
per Fax: 0351 - 31 505 323

### Absender

---

---



### Bitte ...

- ... senden Sie uns das Urteil zur Abrufarbeit zu
- ... streichen Sie uns aus dem Verteiler

### Anregungen / Kritik:

---

---

# Urteils-Ticker:

## **+++ Befristung wegen des Lebensalters ist unwirksam +++**

Befristete Arbeitsverhältnisse sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die Ausnahme sein. Daher ist zum Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ein sachlicher Grund erforderlich. Allerdings ist die Befristung in bestimmten Ausnahmefällen auch ohne Sachgrund wirksam. In der Praxis wurde häufig die so genannte Altersbefristung genutzt. Bis zum 31.12.2006 ist nach § 14 Abs. 3 TzBfG eine Befristung mit Arbeitnehmern möglich, die 52 Jahre alt sind, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber kein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Diese Regelung steht noch immer im Gesetz, ist allerdings unwirksam. Das hatte zunächst der Europäische Gerichtshof am 22. November 2005 entschieden. Das BAG hat sich dieser Entscheidung angeschlossen. § 14 Abs. 3 TzBfG stellt eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters dar und darf nicht mehr angewendet werden (Urteil vom 26. April 2006 – 7 AZR 500/04). Zudem kann der Arbeitgeber auch keinen Vertrauensschutz beanspruchen. Es bleibt daher nur, die Befristung auf einen Sachgrund oder die sachgrundlose Befristungsmöglichkeit für 2 Jahre zu stützen.

## **+++ Rückzahlungsklausel für Ausbildungskosten: Beendigungsgrund für Arbeitsverhältnis muss vereinbart werden +++**

Aus- und Weiterbildung von Arbeitnehmern für ihre berufliche Tätigkeit sind ein Muss im heutigen Arbeitsleben. In den meisten Fällen übernimmt der Arbeitgeber die Kosten ganz oder teilweise. Ärgerlich ist es dann, wenn der Arbeitnehmer kurz nach der Weiterbildung das Arbeitsverhältnis beendet. Regelmäßig werden daher Rückzahlungsklauseln für die Kosten der Aus- und Weiterbildung im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb einer bestimmten Frist nach Ende der Qualifizierungsmaßnahme vereinbart. Nach der Rechtsprechung des BAG sind solche Klauseln grundsätzlich zulässig. Allerdings hat das BAG in einem aktuellen Urteil entschieden, dass die Rückzahlungsklausel den Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses angeben muss (Urteil vom 11. April 2006 – 9 AZR 610/05). Andernfalls liege bei einem vorformulierten Vertrag eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor. Mögliche Beendigungsgründe sind z.B. Eigenkündigung des Arbeitnehmers oder verhaltensbedingte Kündigung durch den Arbeitgeber.

## **+++ Gewährung des Resturlaubs: Freistellung muss nicht als unwiderruflich bezeichnet werden +++**

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, erklärt er in vielen Fällen zugleich die Freistellung von der Arbeitspflicht. Gründe hierfür sind der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder ein eingetretener Vertrauensverlust. Damit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses ein beste-

hender Resturlaub nicht abgegolten ist, wird die Freistellung mit der Urlaubsgewährung verbunden. Hierzu ist es nach Ansicht des BAG nicht erforderlich, dass eine Freistellung als unwiderruflich bezeichnet wird (Urteil vom 14. März 2006 – 9 AZR 11/05). Schließlich ist der einmal erteilte Urlaub für den Arbeitgeber bereits unwiderruflich. Hierauf muss der Arbeitgeber bei der Urlaubserteilung nicht gesondert hinweisen. Der Arbeitnehmer, der anderer Ansicht gewesen war, erhielt in dem zu entscheidenden Fall keine zusätzlich Abgeltung des Urlaubs. Zu beachten ist allerdings, dass mit einer widerruflichen Freistellung oder Urlaubserteilung der Urlaub nicht mit abgegolten ist, weil nur eine unwiderrufliche Freistellung den Urlaubsanspruch erfüllt.

### **+++ Ersatzruhetag für Sonn- und Feiertagsarbeit kann auch an einem arbeitsfreien Samstag gewährt werden +++**

Das BAG hat in einer jüngeren Entscheidung zur Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen festgestellt, dass Arbeitgeber kraft Gesetzes nicht verpflichtet sind, Zuschläge für Sonn- und Feiertagsarbeit zu zahlen. Allerdings muss nach § 11 Abs. 3 Arbeitszeitgesetz ein Ersatzruhetag gewährt werden. Zusätzlich hat das BAG nun noch entschieden, dass der Ersatzruhetag für Sonn- und Feiertagsarbeit auch auf einen ohnehin arbeitsfreien Tag – z.B. einen Samstag – fallen kann (Urteil vom 23. März 2006 – 6 AZR 497/05). Die Regelung im Arbeitszeitgesetz dient in erster Linie dem Gesundheitsschutz und will sicherstellen, dass Arbeitnehmer pro 7-Tage-Zeitraum einen Ruhetag haben. Daher kommt als Ersatzruhetag jeder Werktag und damit auch ein Samstag in Betracht, und zwar auch dann, wenn er (gemäß eines Schichtplans) ohnehin als arbeitsfreier Tag geplant war. In dem genannten Fall wurde die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen, der eine bezahlte Freistellung an einem Beschäftigungstag verlangt hatte.

### **+++ Anrechnung übertariflicher Leistungen auf Tariflohnerhöhungen: Kein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt erforderlich ++**

Teilweise zahlen Arbeitgeber ihren Beschäftigten übertarifliche Zulagen oder gewähren andere außertarifliche Leistungen. Solche Leistungen sollen aber bei einer Tariflohnerhöhung in den meisten Fällen nicht in voller Höhe beibehalten werden, sondern vielmehr auf die Tarifierhöhung angerechnet werden. Möglich ist dies, wenn z.B. ein Anrechnungsvorbehalt in den Arbeitsvertrag aufgenommen wurde. Das BAG hat sogar entschieden, dass ein ausdrücklicher Anrechnungsvorbehalt nicht notwendig ist (siehe Urteil vom 1. März 2006 – 5 AZR 540/05). Der Arbeitnehmer kann grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass er eine übertarifliche Leistung trotz Tarifierhöhung in voller Höhe weiter erhält. Anders sei dies nur, wenn die Leistung als selbständiger Entgeltbestandteil zugesagt sei. Im zu entscheidenden Fall wurde der übertarifliche Stundenlohn auf eine tarifliche Einmalzahlung angerechnet, ohne dass ein Anrechnungsvorbehalt vereinbart worden war. Trotz dieser für Arbeitgeber günstigen Entscheidung empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Rechtsstreiten und zur Klarstellung, einen Anrechnungsvorbehalt zu vereinbaren.