

## INHALT

- ▶ **Erfolge in ALG-II-Verfahren.** Die Jahresbilanz der DGB Rechtsschutz GmbH zeigt: Es gibt keinen größeren Anbieter von Rechtsberatung und Prozessvertretung im Arbeits- und Sozialrecht. **Seite 2**
- ▶ **Pauschal gegen Urlaub.** Der Arbeitgeber kann den gewünschten Zeitpunkt eines Urlaubs nicht ohne triftige Begründung ablehnen. Weigert er sich dennoch, hilft eine einstweilige Verfügung. **Seite 3**
- ▶ **Bestellte Tarifverträge.** Das Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaften könnte die Situation der Leiharbeiter verbessern – Interview mit Prof. Dr. jur. Peter Schüren. **Seite 4**

## Gegenseitigkeitshilfe im Sterbefall Zusage bindet

Ein Werksrentner hat Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber seines früheren Betriebs die Zusage der Rechtsvorgänger erfüllt und eine Leistung zur Sterbeumlage mitbezahlt, auch wenn der Sachverhalt in einer Betriebsvereinbarung geändert wurde. Das LAG Bremen stellte mit dem nun rechtskräftigen Urteil eine betriebliche Übung über eine Vereinbarung mit der aktuellen Belegschaft, zu der der Werksrentner nicht mehr zählte. Im vorliegenden Fall hatten die Rechtsvorgänger der Beklagten eine Gegenseitigkeitshilfe in Sterbefällen durch eine Betriebsvereinbarung getroffen und die Anteile für Betriebsrentenbezieher mitübernommen. Die Beklagte änderte diese Regelung ab und wollte die Kosten nicht mehr tragen. Das Gericht stellte fest, dass die Kostenübernahme für Werksrentner durch eine Gesamtzusage erteilt wurde, welche eine ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers zu einer zusätzlichen Leistung ist. Das LAG-Urteil verpflichtete daher den Arbeitgeber dazu, die Zahlungen weiter zu leisten.

*LAG Bremen am 05. Juli 2007,  
Az. 3 SA 299/06*

## ▶ Übernahme eines JAV-Mitglieds nur in Vollzeit

Der Vorsitzende einer Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) ist nur in Teilzeit übernommen worden. Das war nicht rechtens.

Drei Jahre nach dem Ende seines Beschäftigungsverhältnisses erhält ein Industriemechaniker rückwirkend fast 11.000 Euro an Lohn zugesprochen. Das ist die Differenz zwischen seiner tatsächlich ausgeübten halben Stelle und dem angestrebten Vollzeit-Arbeitsplatz. Auf diesen hätte er aber Anspruch gehabt – so das Arbeitsgericht Suhl sowie das Thüringer Landesarbeitsgericht. Die Nichtzulassungsbeschwerde des Arbeitgebers lehnte das BAG ab.

### Zusatz im Arbeitsvertrag

Der Anspruch auf den Vollzeitarbeitsplatz ergab sich aus der JAV-Tätigkeit an der Technischen Universität (TU) Ilmenau, wo der Kläger den Beruf des Industriemechanikers erlernte. Vor dem Ende seiner Ausbildung verlangte er schriftlich beim Arbeitgeber, gemäß den gesetzlichen Vorschriften auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigt zu werden. Das lehnte der Rektor ab und beantragte beim Verwaltungsgericht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Parallel bot ihm die Uni eine halbe Stelle an, befristet auf ein Jahr. Der Industriemechaniker nahm das Angebot an – aber nur mit einem Zusatz im Arbeitsvertrag: „Die Unterschrift erfolgt vorbehaltlich des Einspruches auf Weiterbeschäftigung auf unbestimmte Zeit nach § 9 ThürPersVG.“ Dadurch brachte er zum Ausdruck, dass er auch weiterhin auf seinen Beschäftigungsanspruch in Vollzeit besteht.

### Doppeltes Glück

Das war genau die richtige Maßnahme, urteilt Hermann Keilhauer vom DGB Rechtsschutz-Büro Erfurt, der den Kläger in zweiter Instanz vertrat. „Ohne diesen sehr konkreten Vorbehalt“, so der Rechtssekretär, „wären Teilzeitregelung und Vergütungsabrede im Arbeitsvertrag wirksam gewesen, und unser Mandant hätte Probleme gehabt, seine Lohnansprüche nachträglich geltend

zu machen.“ Aber ohne eine zweite Komponente wäre die Auszahlung nicht in voller Höhe zustande gekommen.

Der Arbeitgeber hat in Antwortschreiben an den zuständigen örtlichen Sekretär der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) auf die Geltendmachung von Aus-

**Rechtssekretär Hermann Keilhauer vom Erfurter Büro der DGB Rechtsschutz GmbH erstritt knapp 11.000 Euro für ein GEW-Mitglied.**



schlussfristen und der Verjährung verzichtet, und nach schriftlicher Nachfrage sogar unbedingte. „Der Arbeitgeber fühlte sich so sicher, dass er vom hohen Ross herab meinte, sich generös zeigen zu können“, erklärt Hermann Keilhauer die Großzügigkeit der Universitätsleitung. Doppeltes Glück für den Kläger, dessen Ansprüche daher weder nach den tarifvertraglichen Ausschlussfristen von sechs Monaten erloschen noch verjährt waren.

*LAG Thüringen am  
30. Mai 2008,  
Az. 8 Sa 598/07;  
BAG am  
21. Januar 2009,  
Az. 7 AZN 991/08*

## ■ ■ ■ Gängige Rechtsprechung

Der Übernahmeanspruch eines JAV-Mitglieds auf eine Vollzeitstelle entspricht der gängigen Rechtsprechung, und zwar gemäß § 78a BetrVG. „Dies gilt auch für § 9 Abs. 2 ThürPersVG“, so das LAG. Ein hiervon abweichendes Arbeitsverhältnis (auch Teilzeitarbeitsver-

hältnis) kann zwar nach dem Konsensprinzip vertraglich vereinbart werden; ein solcher Fall wurde jedoch hier nicht angenommen. Aus diesem Grund wurde auch die Beschwerde des Arbeitgebers gegen die Nichtzulassung der Revision vom BAG zurückgewiesen.



## ► Erfolge in ALG-II-Verfahren

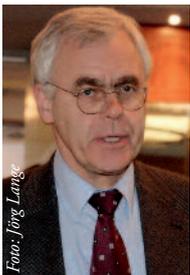
Auch 2008 war die DGB Rechtsschutz GmbH mit 138.600 neu aufgenommenen Verfahren der mit Abstand größte Anbieter von Rechtsberatung und Prozessvertretung im Arbeits- und Sozialrecht.

Die Auswertung der von der DGB Rechtsschutz GmbH geführten Verfahren im Jahr 2008 verdeutlicht aber auch die Entwicklung in der Realwirtschaft im Zuge der Finanzkrise. Der Konjunkturreinbruch äußerte sich in einem rasanten Anstieg von Kündigungsschutzklagen im vierten Quartal um mehr als 50 Prozent. Auch die Rechtsstreitigkeiten um befristete Verträge verdoppelten sich nahezu im Vergleich zum Vorjahr. Die Folgen der Finanzkrise sind also auch an den Arbeitsgerichten deutlich spürbar.

2008 erstritt die DGB Rechtsschutz GmbH vor Gericht insgesamt 303 Millionen Euro, durchschnittlich 2.200 Euro für jedes vertretene Gewerkschaftsmitglied. Die meisten Verfahren wurden in Nordrhein-Westfalen geführt, Gewerkschaftsmitglieder der IG Metall wurden am häufigsten vor Gericht vertreten. Den größten Anteil an allen Verfahren hatten, wie die Jahre zuvor auch, arbeitsrechtliche Streitgegenstände um Lohn und Gehalt (48 Prozent der Fälle im Arbeitsrecht).

Im vergangenen Jahr ist erneut eine Steigerung der Fälle im Sozialrecht zu beobachten gewesen, deren Anteil nun bei 47,3 Prozent des Gesamtaufkommens liegt. Mehr als ein Drittel der Verfahren beschäftigten sich mit ALG-II-Ansprüchen. Hierbei konnte die DGB Rechtsschutz GmbH auch vor dem Bundessozialgericht beachtliche Erfolge erzielen, wie beispielsweise das Urteil zur Verfassungswidrigkeit der Regelleistungen für Kinder unter 14 Jahren.

## SGB II ist handwerklich misslungen



Edzard Ockenga, Jurist beim „Gewerkschaftlichen Centrum für Revision und Europäisches Recht“ und Regionalleiter Bayern der DGB Rechtsschutz GmbH, kritisiert im Interview die Regelungen zum ALG II.

Die Verfahrensflut der von den Sozialgerichten zu klärenden Rechtsstreitigkeiten zum ALG II ebbt nicht ab. Hat der Gesetzgeber seine Arbeit nicht richtig gemacht und zu vieles unklar gelassen?

Edzard Ockenga: Rechtlich-handwerklich ist das SGB II in weiten Teilen misslungen. Das Bundesverfassungsgericht hat das Modell der ARGE kassiert. Hartz-IV-Empfänger verstehen nicht, dass sie sich nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zufließendes Arbeitsentgelt auch noch anrechnen lassen müssen. Das Modell der Bedarfsgemeinschaft ist ein rechtlich schwer handhabbares Konstrukt. Diese ausgewählten Beispiele zeigen: Es ist kein Wunder, dass nach einem internen Rundschreiben der Bundesagentur für Arbeit vom September 2008 trotz hoher Stattgabequote von 30 Prozent der Widersprüche 50 Prozent der Klagen erfolgreich gewesen sind.

Ein von der DGB Rechtsschutz GmbH unterstützter Kläger hat kürzlich vor dem Bundessozialgericht erreicht, dass das Sozialgeld für Kinder unter 14 für verfassungswidrig erklärt wurde. Welche Bedeutung hat für dich dieses Urteil?

Der Gesetzgeber hat es versäumt, den tatsächlichen Bedarf von Kindern zu ermitteln. Wenn das BSG die Parlamentarier daran erinnern muss, dass deren Vorgehen nicht mit der Verfassung übereinstimmt, zeigt sich, dass wir hier eine Nachlässigkeit erleben, die den Kindern die Zukunftschancen nimmt. Es ist gut, dass die „dritte Gewalt“ hier Einhalt geboten hat. Die Politik erschöpft sich ohnehin zu sehr darin, die Kinderarmut rhetorisch abzuarbeiten, anstatt sie wirksam zu verhindern.

Welche inhaltlichen Schwerpunkte haben die derzeit von der DGB Rechtsschutz GmbH vor dem BSG geführten ALG-II-Verfahren?

Aktuell sind unter anderem noch Verfahren zur Anrechnung der Steuererstattung, von Abfindungen, Erbschaften, Lebensversicherungen, Übergangsgeld sowie zur Erstattung von Aufwendungen für Reparaturen am Haus anhängig. Wir erwarten, dass uns in dritter Instanz demnächst auch die Sanktionsbescheide erreichen.

### +++ Ticker +++

**Nachgedruckt:** Das im Januar neu erschienene Faltblatt „Mitbestimmung durchsetzen“ ist wieder verfügbar. Aufgrund der hohen Nachfrage musste der Themenflyer bereits Ende Februar nachgedruckt werden. Die DGB-Rechtsschutz-Flyer können auch unter [www.dgbrechtsschutz.de/Service/Informationsmaterial](http://www.dgbrechtsschutz.de/Service/Informationsmaterial) heruntergeladen werden. +++

„Die gerechte Entlohnung – vom Mindestlohn bis zur Zielvereinbarung“ beschäftigte Mitglieder von Betriebs- und Personalräten auf der Fachkonferenz am 5. und 6. März in Augsburg. Über die neueste Rechtsprechung und Einflussnahme der Arbeitnehmervertretung bei der Lohngestaltung referierten Sabine Maassen, Justitiarin der IG Metall, Burghard Kreft, Richter am BAG und Prof. Dr. Thomas Breisig, Universität Oldenburg. Karlheinz Schierle (Foto: rechts), Regionalleiter DGB Rechtsschutz Baden-Württemberg, und Susanne Bost, Juristin beim DGB Bildungswerk, leiteten die Veranstaltung und moderierten die regen Diskussionen, u. a. zum aktuellen Thema Verdachtskündigung.



## ► Pauschal gegen Urlaub

Der Arbeitgeber kann den gewünschten Zeitpunkt eines Urlaubs nicht ohne triftige Begründung ablehnen. Eine Verkäuferin in München konnte ihren Urlaubsanspruch zu einem bestimmten Datum erfolgreich per einstweilige Verfügung durchsetzen.



Wenn der Arbeitgeber den Urlaubsantrag eines oder einer Beschäftigten ablehnt, muss er seine Gründe vor dem Arbeitsgericht detailliert vorlegen. Eine Drogeriekette jedenfalls war in einem von Rechtssekretärin Angela Remer betreuten Rechtsstreit dazu nicht in der Lage.

Die Mitarbeiterin einer Filiale der Drogeriekette Schlecker hat zwei kleine Kinder, die beide den Kindergarten besuchen. Da dieser über die Weihnachtszeit bis zum 6. Januar dieses Jahres geschlossen war, sah sich die berufstätige Mutter gezwungen, in dieser Zeit Urlaub zu nehmen. Für das Jahr 2008 hatte sie noch einen Anspruch auf sechs freie Tage.

Bereits einen Monat zuvor beantragte die Verkäuferin schriftlich, in der Zeit vom 22. Dezember 2008 bis 5. Januar 2009 Urlaub nehmen zu können. Das lehnte die Betriebsleitung der Firma AS Schlecker ohne weitere Begründung ab.

### Vor Gericht hatte Arbeitgeber keine Beweise

Jetzt hieß es, schnell zu handeln. Die Verkäuferin, Mitglied bei ver.di, wandte sich an ihre Gewerkschaft, die sie an das zuständige Büro der DGB Rechtsschutz GmbH in München verwies. Rechtssekretärin Angela Remer stellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, um rechtzeitig vor dem gewünschten Urlaubsbeginn eine Entscheidung zu erlangen.

Die Rechtssekretärin reichte beim Arbeitsgericht München eine eidesstattliche Versicherung der Schlecker-Mitarbeiterin ein. „Diese eidesstattliche Versicherung muss ganz konkret begründen“, erläutert Angela

Remer, „warum die einstweilige Verfügung erforderlich ist“.

Das Arbeitsgericht München beraumte kurzfristig einen Erörterungstermin an: Beide Parteien sollten mündlich Stellung nehmen können. „Dabei hat der Arbeitgeber versäumt“, stellt die Rechtssekretärin fest, „Beweise für die betriebliche Beeinträchtigung bei einer urlaubsbedingten Abwesenheit unsere Mandantin zu liefern.“ Der Vorgesetzte der Verkäuferin hatte sich als Prozessbevollmächtigter nur pauschal geäußert. Zum Beispiel wies er allgemein auf das Weihnachtsgeschäft als Höhepunkt des Jahresumsatzes hin. „Daraufhin haben wir einen Vergleich angeboten: Unsere Mandantin wollte ihren Urlaub erst am 27. Dezember beginnen“, berichtet die Münchener Rechtssekretärin. Das lehnte die Gegenseite ab und so entschied das Gericht – zugunsten der Klägerin. Begründung: Die Klägerin hat gesetzlichen Anspruch auf Urlaub und darauf, diesen im laufenden Jahr zu nehmen.

Die Argumente des beklagten Arbeitgebers fand das Arbeitsgericht weder schlüssig noch konkret – nicht einmal die behauptete Urlaubssperre zur Weihnachtszeit wurde bewiesen.

*Arbeitsgericht München am 17. Dezember 2008,  
Az. 6 Ga 249/08*

### Urlaubsanspruch vor Gericht

Urlaub muss vom Arbeitnehmer geltend gemacht werden. Der Arbeitgeber ist gesetzlich nicht verpflichtet, von sich aus tätig zu werden. Wird von der Geschäftsleitung ein Betriebsurlaub für alle festgelegt, ist dieser nach § 7 Bundesurlaubsgesetz mitbestimmungspflichtig. Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber aber einseitig einen Urlaubstermin für einzelne Arbeitnehmer festlegen. Dem kann der Arbeitnehmer widersprechen, indem er einen ihm genehmen konkreten Zeitpunkt für den Urlaub äußert – am besten schriftlich. Gibt es einen Betriebsrat, sollte sich der Arbeitnehmer an diesen wenden. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 Betriebsverfassungsgesetz kann dieser auf Wunsch des Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber verhandeln. An deren Einigung auf einen Urlaubstermin ist der Arbeitnehmer nicht gebunden. Er kann dann rechtliche Hilfe in Anspruch nehmen – zum Beispiel per einstweilige Verfügung (siehe unten).

### Urlaubsanspruch nach Krankheit

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Januar Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes für nicht vereinbar mit Europäischem Recht erklärt. Demnach besteht für Arbeitnehmer, die wegen einer längeren Krankheit ihren Urlaub nicht antreten konnten, der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub weiter – auch nach dem Stichtag des 31. März des Folgejahres.

*EuGH am 20. Januar 2009, Az. C 350/06*

### Wenn es eilig ist ...

#### Einstweilige Verfügung

Auch vor den Arbeitsgerichten ist die einstweilige Verfügung zugelassen. Hier hat der Beantragende Interesse an einer beschleunigten Klärung, beispielsweise bei der Durchsetzung des Urlaubsanspruches oder von Teilzeitarbeit (LAG Rheinland-Pfalz – Az. 3 Sa 161/02). In nur einem Termin müssen alle Gründe und Ansprüche begründet dargelegt werden. Viele Arbeitsgerichte verlangen die Einreichung einer eidesstattlichen Versicherung. Nicht immer wird ein mündlicher Verhandlungstermin anberaumt – das Gericht kann auch nur nach schriftlichem Vortrag entscheiden.

## ► Bestellte Tarifverträge

Prof. Dr. jur. Peter Schüren sieht in dem Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaften eine große Chance, dass sich die Situation der Leiharbeitnehmer verbessert.



Prof. Dr. jur. Peter Schüren ist seit 1989 Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht an der Universität Münster. Der 55-Jährige hat seine Schwerpunkte im Bürgerlichen Recht und Arbeitsrecht.

**Leiharbeitnehmer stellen in der Krise eine Art Verfügungsmasse der Arbeitgeber dar. Kann sich die Kernbelegschaft darüber freuen?**

Kurzfristig ist es ein Vorteil für sie, wenn bei sinkendem Personalbedarf erst die Leiharbeitnehmer im Betrieb ihren Arbeitsplatz verlieren. Freilich verlieren die Leiharbeitnehmer ihren Arbeitsplatz regelmäßig ohne Sozialplan und Abfindung – das macht den Kostenvorteil dieses

Arrangements aus. Wenn man die Arbeitnehmer des Betriebs zusammen sieht, hat sich ihr Schutz damit verschlechtert.

**Derzeit wird über die Lohnuntergrenzen beim Mindestlohn für Zeitarbeiter gestritten. Die CDU/CSU orientiert sich dabei am niedrigsten Flächentarifvertrag der Branche, an den so genannten Christlichen Gewerkschaften. Was ist von deren Tarifverträgen zu halten?**

Ich halte die Diskussion über Mindestlöhne für Leiharbeitnehmer für insgesamt verfehlt. Leiharbeitnehmer haben einen gesetzlichen Anspruch auf den gleichen Lohn wie Stammarbeitnehmer oder den Lohn nach einem Leiharbeitnehmertarif. Das ist ein guter und ausreichender Schutz – wenn man dafür sorgt, dass keine dubiosen Gewerkschaften die Arbeitgeber mit Dumpingtarifen versorgen. Hier liegt das Problem der Branche. Die DGB-Gewerkschaften, das Bundesarbeitsministerium und alle Landesarbeitsministerien haben fünf Jahre lang geduldet, dass mit solchen dubiosen Christen-Tarifverträgen Hunderttausende von Leih-

arbeitnehmern zu extrem schlechten Bedingungen arbeiten mussten. Erst im Herbst letzten Jahres hatten ver.di und die Berliner Arbeitssenatorin den Mut, den Antrag auf Feststellung der Tariffähigkeit der „Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PSA“ (CGZP) zu stellen. Vielleicht löst dieses Verfahren das Problem.

**Sie haben Haustarifverträge der Christlichen Gewerkschaften mit Leiharbeitsfirmen ausgewertet. Wo gibt es Ansatzpunkte, dagegen vorzugehen?**

Es gibt hunderte von unterschiedlichen CGZP-Haustarifverträgen. Sie ermöglichen es dem Arbeitgeber, gesetzlichen, aber tariflich gestaltbaren Arbeitnehmerschutz zu unterlaufen. Dabei geht es nicht nur um den Lohn, sondern auch um Befristungsmöglichkeiten, verkürzte Kündigungsfristen und hochflexible Arbeitszeitsysteme. Dass Arbeitgeber sich über solche Tarifverträge freuen, ist verständlich. Es ist nur nicht die Aufgabe von Gewerkschaften, sie damit zu versorgen. Man kann so eine Praxis nur dadurch unterbinden, dass man die Tariffähigkeit der Pseudo-Gewerkschaften gerichtlich feststellt – das Verfahren läuft noch – und später die Nutzer dieser unwirksamen Tarifverträge für die nicht bezahlten Löhne und Sozialversicherungsbeiträge in Haftung nimmt. Übrigens hatten die Entleiher für die Sozialversicherungsbeiträge als Bürgen. Das kann sehr teuer werden.

**Einige Großbetriebe haben eigene Verleihfirmen gegründet, um stetig über Billigarkräfte zu verfügen. Wie können sich Arbeitnehmer und Betriebsrat gegen diese besondere Ausprägung von Leiharbeit wehren?**

Hier muss immer geprüft werden, ob es sich in Wirklichkeit um Strohmannkonstruktionen handelt. Das ist rechtlich schwierig und verlangt eine genaue Prüfung des Einzelfalls. Ich sehe in der aktuellen Rechtsprechung deutliche Hinweise darauf, dass solche Umgehungsstrukturen nicht akzeptiert werden. Die redu-

zierten Löhne der Leiharbeitnehmer gleichen das Risiko des Verleihers aus, die Mitarbeiter zwischen zwei Einsätzen bezahlen zu müssen, ohne ihre Arbeit nutzen zu können. Wo ein „Verleiher“ aber nur einen „Kunden“ hat, gibt es keinen Grund für eine reduzierte Vergütung. Hier fehlt das typische Verleiherrisiko. Das spricht für Umgehung.

**»Dass Arbeitgeber sich über die Tarifverträge der Christlichen Gewerkschaften freuen, ist verständlich.«**

Prof. Dr. jur.  
Peter Schüren

**Bei den Betriebsratswahlen sind viele Leiharbeitnehmer in ihrem Einsatzbetrieb wahlberechtigt. Ist die Rechtsprechung, dass sie bei der Berechnung der Größe des Betriebsrates nicht mitzählen, überhaupt noch realitätsnah?**

Es gibt zu dieser Frage keine aktuelle Entscheidung des BAG. Die Entscheidung, auf die man sich hier immer beruft, erging zur Rechtslage vor 2003 – damals war die regelmäßige Grenze des Fremdfirmeneinsatzes ein Jahr. Heute kann man mit Leiharbeitnehmern als Teil der Dauerbelegschaft arbeiten – das spricht dafür, dass sie mitzählen.

### ■ ■ ■ Betriebsrat und Leiharbeitnehmer

#### Welcher Betriebsrat ist für den Leiharbeitnehmer zuständig?

Wenn es sich um Probleme handelt, die den konkreten Arbeitseinsatz im Einsatzbetrieb betreffen, ist der Betriebsrat im Einsatzbetrieb zuständig. Der Leiharbeitnehmer hat das Recht, zur Klärung dieser Fragen das Betriebsratsbüro aufzusuchen. Bei allen Fragen, die das Arbeitsverhältnis betreffen, ist der

Betriebsrat der Verleihfirma für Leiharbeitnehmer zuständig. Dies sah auch das Bundesarbeitsgericht so, das über die Frage zu entscheiden hatte, ob der Betriebsrat der Verleihfirma ein Mitbestimmungsrecht bei Überstunden hat, die der Leiharbeitnehmer in der Entleiherfirma ableisten muss. Das BAG bejahte dies (Az. 1 ABR 43/00).

### Impressum



#### RECHT SO!

Der Newsletter der  
DGB Rechtsschutz GmbH

ISSN 1861-7174

Ausgabe 2\_09 (April 2009)

Gedruckte Auflage: 19.000  
Erscheint fünfmal jährlich.  
Nächste Ausgabe: Juni 2009

#### Herausgeber:

DGB Rechtsschutz GmbH  
Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Telefon: 0211. 43 01-508/-516  
Telefax: 0211. 43 01-501

#### Verantwortlich:

Klaus Westermann

#### Redaktion:

Robert Filgner und Ulrich Kalthöfer  
(ran Verlag GmbH), Sabine Burgschat-Schuller, Dr. Reinold Mittag,  
Klaus Westermann und Hans-Martin  
Wischnath (DGB Rechtsschutz  
GmbH).

#### Grafik & Produktion,

#### Redaktionsadresse:

ran Verlag GmbH  
Amsterdamer Straße 228  
50735 Köln  
Telefon: 0221. 973 28-0  
E-Mail: redaktion.rechtso@ranverlag.de

[www.dgbrechtsschutz.de](http://www.dgbrechtsschutz.de)

## » Altersteilzeit | Versicherungspflichtige Beschäftigung im Blockmodell

# Beschäftigungszeiten im Beitragsrecht

Eine versicherungspflichtige Beschäftigung liegt auch dann vor, wenn einvernehmlich die nach dem Arbeitsvertrag geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr erbracht werden muss, das Arbeitsentgelt aber auch für die freigestellte Zeit gezahlt wird.

### Sachverhalt

Die Arbeitsvertragsparteien hatten zum 01.04.2000 eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses als Altersteilzeitarbeitsverhältnis im so genannten **Blockmodell** bis zum 31.05.2005 vereinbart. Die Arbeitszeit sollte hiernach so verteilt werden, dass sie in der ersten Hälfte des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses zu leisten und der Arbeitnehmer anschließend entsprechend dem von ihm erworbenen Zeitguthaben von der Arbeitsverpflichtung frei zu stellen war. Im Rahmen einer zusätzlichen Vereinbarung war außerdem, in Abweichung von den Regelungen des Altersteilzeitvertrages, bestimmt worden, dass der Arbeitnehmer für den Zeitraum vom 01.04.2000 bis 31.03.2005 von jeglicher Arbeit frei zu stellen war. Der Arbeitgeber ging davon aus, dass mit dieser Vereinbarung kein **versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis** bestand.

Auf den Prüfungsantrag der Klägerin stellte die Beklagte (Einzugsstelle) mit Bescheid vom 24.04.2002 in der

Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.08.2002 fest, dass in der Zeit ab 01.04.2002 ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestand. Das Sozialgericht hat diese Bescheide mit Urteil vom 14.01.2004 aufgehoben und festgestellt, dass der beigeladene Arbeitnehmer ab dem 01.04.2000 nicht mehr in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis mit der Klägerin stehe. Auf die Berufung des beigeladenen Arbeitnehmers hat das Landessozialgericht das Urteil des Sozialgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Für das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts komme es auf die **tatsächliche Erbringung von Arbeit** im körperlichen oder geistigen Sinn nicht an.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin war zurückzuweisen. Das Vorliegen einer Sozialversicherungspflicht begründenden Beschäftigung ergibt sich für die erste Hälfte des streitigen Zeitraums unmittelbar aus § 7 Abs. 1 SGB IV. In diesem Zusammenhang setzt eine Beschäftigung nicht stets den Vollzug des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses durch tatsächliche Erbringung von Arbeit voraus. In der zweiten Hälfte des in Frage stehenden Zeitraums liegt eine **entgeltliche Beschäftigung** nach der spezialgesetzlichen Regelung in § 7 Abs. 1a SGB IV vor. Die Disposition über die Anwendbarkeit dieser öffentlich-rechtlichen Regelung ist den Arbeitsvertragsparteien entzogen, sodass auch deren vor dem Sozialgericht erklärtes Einverständnis über die fehlende Einschlägigkeit dieser Regelung ihrer Anwendung durch den Senat nicht entgegensteht. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm liegen vor: Die Klägerin und der beigeladene Arbeitnehmer haben schriftlich eine **Vereinbarung über die Freistellung**

auch insofern getroffen und sind zudem übereingekommen, dass der Beigeladene für die gesamte Dauer des in Frage stehenden Zeitraums jedenfalls **ein gleichbleibendes Mindestentgelt** erhalten sollte. Das für die Zeit vom 01.10.2002 bis 31.03.2005 fällig werdende Entgelt sollte schließlich auch im Sinne des § 7 Abs. 1a SGB IV mit einer vorher erbrachten „Arbeitsleistung erzielt“ werden. Dass der Zeit der Freistellung mit Entgelt aus einem Wertguthaben eine Beschäftigung vorausging, die ihrerseits durch die Freistellung von der Arbeitsleistung gekennzeichnet war, hindert nicht an der Annahme der erforderlichen Vorarbeit. Diese Auffassung wird durch die so genannten Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren bestätigt, denen zu entnehmen ist, dass die gefestigte Rechtsprechung zum Fortbestehen einer Beschäftigung bei Freistellung von der Arbeit gerade unberührt gelassen werden sollte.

### Anmerkung

Das BSG hatte am 24.09.2008 – B 12 KR 22/07 noch über ein weiteres Verfahren zur Frage, ob ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestand, zu entscheiden. In diesem Verfahren ging es darum, dass nach einem gerichtlichen Vergleich einvernehmlich das Arbeitsverhältnis endete, der Arbeitnehmer bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses **unwiderruflich freigestellt** wurde und bis dahin weiter das **Arbeitsentgelt** erhielt. Das BSG hat bestätigt, dass auch in diesen Fällen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestand. Zu beachten ist allerdings, dass zwischen beitrags-

leistungsrechtlicher Behandlung des Beschäftigungsverhältnisses unterschieden werden kann. Beispielsweise wird im Arbeitsförderungsrecht auf der Leistungsseite das Beschäftigungsverhältnis als beendet angesehen, wenn tatsächlich keine Arbeitsleistung mehr erbracht wird. Diese Handhabung wurde, soweit ersichtlich, nur zugunsten der Leistungsberechtigten angenommen, z.B. der Beginn der Sperrzeit auf das tatsächliche Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis gelegt, sodass die Zeit der Sperrzeit in den gleichen Zeitraum fiel, in dem das Arbeitsentgelt gezahlt wurde.

Die Entscheidung  
Bundessozialgericht  
am 24. September  
2008, Az. B 12 KR  
27/07 R

aus: Aktuelle  
Rechtsschutz-  
information der  
DGB Rechts-  
schutz GmbH

SozR -A- 049  
vom  
20.02.2009

## » Arbeitslosengeld II | Berücksichtigungsfähiges Einkommen

# Abfindungen führen zur Leistungsminderung

Eine Abfindung aus einem arbeitsgerichtlichen Vergleich wird **auf das ALG II angerechnet**. So entschied das BSG. Der Kläger hatte im Kündigungsschutzverfahren mit seinem früheren Arbeitgeber einen Vergleich geschlossen. Darin verpflichtete sich dieser im April 2005, dem Arbeitnehmer eine Abfindung in Höhe von 6.500 Euro zu zahlen. Das geschah erst im Oktober 2006,

nachdem der Arbeitnehmer Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Durchsetzung seiner Forderung eingeleitet hatte. Dem seit Juni 2003 arbeitslosen Kläger wurde diese Abfindung auf sein ALG II bedarfsmindernd angerechnet. Nach dem BSG fallen solche Abfindungszahlungen nicht unter die „zweckbestimmten Leistungen“, die das SGB II berücksichtigungsfrei stellt.

**Die Entscheidung**  
*Bundessozialgericht*  
 am 03. März 2009,  
 PM 9/09, Az. B 4 AS  
 47/08 R

### Der Kommentar

Das BSG ist bei der strikten „Zuflusstheorie“ geblieben: **Vermögen** ist, was jemand schon hat, wenn er Leistungen beantragt. (Anrechenbares) **Einkommen** ist, was während des Leistungsbezuges hinzukommt, gleich aus welcher Quelle.

### Der Praxistipp

In Zukunft werden die Vereinbarung von Abfindungen und insbesondere deren Fälligkeit und Zahlung noch schwieriger. Besonders bei kurzer Anspruchsdauer auf Arbeitslosengeld sind später gezahlte Abfindungen erst aufzubreuchen, bevor Hartz-IV-Leistungen in Anspruch genommen werden können. Als (nicht anrechenbare) **Alternativen einer Abfindung** können vorab geprüft werden: die (widerrufliche) Freistellung gegen Fortzahlung der Vergütung oder die Zahlung von Rentenbeiträgen.

## » Betriebliche Altersversorgung | Anpassung

# Gesamtsituation entscheidend

Bei der Anpassung der Betriebsrenten kommt es auf die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers an, der die betriebliche Altersversorgung schuldet. Handelt es sich um einen Konzern mit **mehreren Tochtergesellschaften**, ist die Situation derjenigen Tochtergesellschaft entscheidend, die die Arbeitnehmer beschäftigt, um deren Altersversorgung es geht. Eine eventuell **schlechte wirtschaftliche Lage des Gesamtkonzerns** ist hierbei unerheblich, so entschied das Bundesarbeitsgericht – es sei denn, am Anpassungsstichtag gibt

es konkrete Anhaltspunkte dafür, dass diese Probleme in den nächsten drei Jahren auf das Tochterunternehmen „durchschlagen“. Geklagt hatte ein Arbeitnehmer, der erfolglos eine Anpassung seiner betrieblichen Altersversorgung verlangt hatte. Die wirtschaftliche Situation des Tochterunternehmens, das ihn beschäftigte, ließ – isoliert betrachtet – eine Betriebsrentenanpassung zu, während sich der Gesamtkonzern in einer **kritischen wirtschaftlichen Lage** befand und **sanierungsbedürftig** war.

### Der Kommentar

Die positive wirtschaftliche Situation des Tochterunternehmens ist dann für eine begehrte Anpassung der Betriebsrente unbeachtlich, wenn sich der Gesamtkonzern in **einer wirtschaftlich kritischen Lage** befindet und diese in den nächsten drei Jahren auf die Tochter durchzuschlagen droht. Maßgebender Zeitpunkt für die Bewertung der wirtschaftlichen Situation des Gesamtkonzerns ist der Anpassungsstichtag. Hierdurch wird der Prüfungsmaßstab erweitert, was sich negativ für die Betriebsrentner des „gesunden“ Tochterunternehmens auswirken kann.

**Die Entscheidung**  
*Bundesarbeitsgericht*,  
 am 10. Februar  
 2009, PM 17/09  
 Az. 3 AZR 727/07

### Der Praxistipp

Betroffene Arbeitnehmer sollten alle drei Jahre kontrollieren, ob die Betriebsrente erhöht wurde. Man sollte sich **nicht damit abspesen lassen**, dass es der Konzernmutter schlecht geht. Wenn es dem Tochterunternehmen so weit noch gut geht, soll es **belegen**, weshalb damit zu rechnen wäre, dass die schlechte Lage auch bei ihm „ankommt“.

## » Betriebsübergang | Widerspruchsrecht

# Kein Missbrauch

Bei einem Betriebsübergang kann ein Arbeitnehmer sein Widerspruchsrecht **ohne Angabe von Gründen** ausüben. Sofern es ihm dabei nicht ausschließlich darum geht, den Arbeitgeberwechsel zu verhindern, sondern mit dem Betriebserberwerber einen Arbeitsvertrag zu günstigeren Bedingungen abzuschließen, liegt **kein Missbrauch des Widerspruchsrechts** vor. Das BAG hatte im Falle eines Immobilienfachberaters zu urteilen. Das Immobilienvermittlungsgeschäft der beklagten Sparkasse, bei der der Kläger beschäftigt war, sollte auf eine Vertriebs-GmbH übergehen. Der Kläger legte gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die GmbH Widerspruch ein. Zugleich erklärte er sich aber bereit, als Beschäftigter der Sparkasse bei der GmbH im Wege der Personalgestellung zu arbeiten. Es stehe dem Arbeitnehmer frei, so das BAG, nach seinem Widerspruch mit dem Betriebserberwerber oder -veräußerer über ein Arbeitsverhältnis auf neuer Grundlage zu verhandeln.

**Die Entscheidung**  
*Bundesarbeitsgericht*  
 am 19. Februar  
 2009, PM 20/09, Az.  
 8 AZR 176/08

### Der Praxistipp

Geht im Rahmen einer Ausgliederung der Teil eines Betriebs beispielsweise auf eine GmbH über, sollte der von einem Betriebsübergang betroffene Arbeitnehmer im Rahmen des Widerspruchs unbedingt erklären, dass er unter Vorbehalt bereit ist, als **Beschäftigter des bisherigen Arbeitgebers** für die neue GmbH im Wege der **Personalgestellung** zu arbeiten.

Generell sollte der Arbeitnehmer versuchen, an möglichst **zuverlässige Informationen** über die wirtschaftlichen Aussichten des Weiterlebens von Betriebsveräußerer und -erwerber zu kommen, und sich erst danach entscheiden.

*Diese Urteile liegen z. T. noch nicht in schriftlicher Form vor, sondern lediglich als Pressemitteilung (PM).*