

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

obwohl es in der Sommerzeit und angesichts der bevorstehenden Bundestagswahl fast nicht mehr zu erwarten war, hat sich die große Koalition doch noch zu einer - allerdings klitzekleinen - Gesetzesreform im Bereich des Arbeitsrechts aufgerafft. Das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, vom 10.07.2009, fügt einen neuen Paragraphen in das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ein, der die „Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ betrifft und damit erstmals eine arbeitsrechtliche Sonderregelung im gesetzlichen Datenschutz mit sich bringt. Der sachliche Gehalt der neuen Vorschrift, die am 01.09.2009 in Kraft tritt, ist jedoch gering.

Aus der Rechtsprechung des EuGH kommentieren wir das am 18.06.2009 ergangene Urteil in der Sache Hüttner ./ TUG (Rs. C-88/08), bei dem es wieder einmal um die Reichweite des Verbots der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben und damit um die Richtlinie 2000/78/EG ging. Hintergrund ist eine Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer beim Entgelt, die aus einer gesetzlichen Eingruppierungsregelung folgt. Diese sieht vor, dass bei der Eingruppierung Dienstjahre, bei denen der Beschäftigte jünger als 18 Jahre war, keine Bedeutung haben. Interessant ist diese Entscheidung vor allem deshalb, weil sie sich sehr kritisch mit den Zwecken auseinandersetzt, die der österreichische Gesetzgeber mit dieser altersbedingten Benachteiligung beim Thema Lohn angeblich verfolgt.

Darüber hinaus besprechen wir in diesem Newsletter fünf Entscheidungen des BAG. Die wohl interessanteste ist ein Beschluss vom 21.07.2009 (1 ABR 42/08), mit dem das BAG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung des Verfahrens der nach dem AGG zu errichtenden Beschwerdestelle zuspricht. Nach diesem BAG-Beschluss hat der Betriebsrat sogar ein Initiativrecht, so dass er von sich aus aktiv werden und die Aufstellung von Verfahrensgrundsätzen für die AGG-Beschwerdestelle verlangen kann. Eine weitere hier kommentierte Entscheidung des BAG erweitert in der Tendenz den Anwendungsbereich der Betriebsübergangsregelung des § 613a BGB (Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 258/08), eine weitere bekräftigt im Ergebnis, dass ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ohne vorherige - wirksame - Abmahnungen höchstens von theoretischem Interesse sind (Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 283/08).

Schließlich berichten wir unter „Sonstiges“ kurz über eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Kiel, mit der das Gericht der ver.di in Kiel den Aufruf zu einem Streik von KiTa-Angestellten untersagte (Urteil vom 18.05.2009, ö.D. 4 Ga 23b/09).

Auch diesmal viel Spaß bei der Lektüre,

Ihr Redaktionsteam

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

- Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, vom 10.07.2009

EUROPÄISCHES RECHT

- Der Zweck heiligt nicht immer die Mittel: EuGH, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08

RECHTSPRECHUNG

- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Verfahren der Beschwerdestelle nach dem AGG: BAG, Beschluss vom 21.07.2009, 1 ABR 42/08
- Aufgabenzuwachs steht dem Übergang eines Dienstleistungsbetriebs nicht entgegen: BAG, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 258/08
- Verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung? BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 283/08
- Weihnachtsgelderhöhung zum Ausgleich von Lohnverlusten wegen Arbeitszeitverlängerung ist gleichheitswidrig, wenn die Zahlung noch anderen Zwecken dient: BAG, Urteil vom 01.04.2009, 10 AZR 353/08
- Kündigung: Keine verlängerte Klagefrist bei Schwangerschaft, wenn der Arbeitgeber die Schwangerschaft nicht kannte: BAG, Urteil vom 19.02.2009, 2 AZR 286/07

SONSTIGES

- Arbeitsgericht untersagt Kita-Streik. Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 18.05.2009, ö.D. 4 Ga 23b/09

IMPRESSUM

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotsstraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, vom 10.07.2009

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Welche rechtliche Regelung hat das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften zum Gegenstand?

Gesetzliche Regelungen, die speziell Arbeitnehmer vor unberechtigten Dateneingriffen schützen, gab es bislang in Deutschland nicht. Vielmehr enthält das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) einheitlich für alle geltende allgemeine Regeln darüber, unter welchen Voraussetzungen Dateneingriffe zulässig sind, und schützt damit auch Arbeitnehmer.

Im BDSG ist im Wesentlichen geregelt, dass Dateneingriffe immer einer Rechtsgrundlage bedürfen ([§ 4 Abs. 1 BDSG](#)). Gibt es keine spezielle Rechtsgrundlage, greift als Generalklausel [§ 28 BDSG](#) ein. Danach darf ein Dateneingriff nur erfolgen, wenn er im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erforderlich ist oder der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient. Zudem muss eine Abwägung mit den Interessen der Betroffenen erfolgen. Darüber hinaus sind besonders sensible Daten, zu denen Gesundheit und Sexualleben, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse und philosophische Überzeugung sowie die Herkunft gehören ([§ 3 Abs. 9 BDSG](#)), in besonderer Weise geschützt ([§ 28 Abs. 6 BDSG](#)).

Die Datenschutzskandale bei bekannten Unternehmen wie z.B. bei der Deutschen Bahn (wir berichteten in: [Arbeitsrecht aktuell 09/025](#)), bei Lidl (wir berichteten in: [Arbeitsrecht aktuell 09/082](#)) oder bei der Telekom, aber auch der verbreitete Einsatz von Datenverarbeitungsprogrammen durch Arbeitgeber mit (zu?) weitgehendem Zugriff auf Arbeitnehmerdaten führten dazu, dass die Forderungen nach einem speziel-

len Datenschutzgesetz für Arbeitnehmer lauter wurden.

Diese Forderungen sind nicht von der Hand zu weisen. Zwar waren die Rechtsverstöße bei den Skandalen der letzten Monate recht offensichtlich, so dass Gesetzesänderungen mit ihnen nicht ohne weiteres zu begründen sind. Doch führen weniger spektakuläre Fälle immer wieder zu dem Problem zu bestimmen, wann die Grenze des Zulässigen überschritten wird. Die Regelungen des BDSG sind weit und unklar gefasst, so dass sich im Einzelfall erhebliche Interpretationsspielräume bemerkbar machen. Ob ein Arbeitgeber im konkreten Fall zulässigerweise in Arbeitnehmerdaten eingreift, ist fast immer Auslegungssache.

Hinzu kommt, dass die im BDSG vorgesehenen Sanktionen bei unbefugten Dateneingriffen oft nicht greifen. Zwar sieht [§ 43 des BDSG](#) die Möglichkeit vor, ein Bußgeld von bis zu 250.000 EUR bei unbefugten Dateneingriffen zu verhängen. Dafür muss derjenige, der Daten unbefugt verwendet, aber zumindest fahrlässig gehandelt haben. Je vager die zugrundeliegenden Vorschriften aber gefasst sind, desto schwieriger gestaltet sich der Nachweis des schuldhaften Handelns.

Nicht zu Unrecht stellte Bundesarbeitsminister Scholz daher Mitte Februar 2009 fest, dass es im Überschneidungsbereich von Arbeitsrecht und Datenschutzrecht Regelungslücken gibt, so z.B. bei der Videoüberwachung von Arbeitnehmern, bei der Kontrolle von E-Mails und der Internetnutzung am Arbeitsplatz, beim Einsatz von Detektiven gegenüber Arbeitnehmern sowie beim Schutz von Arbeitnehmern, die Missstände im Betrieb aufdecken ([Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales - BMAS - vom 16.02.2009](#)).

Aus dem bei dieser Gelegenheit vollmundig angekündigten „eigenständigen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz“ ist zwar bislang nichts

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

geworden (wir berichteten darüber in [Arbeitsrecht aktuell 09/064](#)), doch konnte man sich immerhin noch in dieser Legislaturperiode dazu aufrufen, einen speziell für Beschäftigte geltenden Paragraphen in das BDSG einzufügen:

Der von der Bundesregierung erarbeitete [Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 18.02.2009 \(BT-Drucksache 16/12011\)](#) passierte in geänderter Fassung ([Bundestags-Drucksache 16/13657](#)) am 03.07.2009 den Bundestag und eine Woche später bzw. am 10.07.2009 den Bundesrat (Bundesrat-Drucksache 636/09-B). Er wird als „Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften“ am 01.09.2009 in Kraft treten.

Die neue gesetzliche Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz findet sich künftig in § 32 BDSG. Die neue Vorschrift trägt die Überschrift „Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“. Absatz 1 dieser Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

„(1) Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.“

Absatz 2 stellt klar, dass diese Regelung nicht nur für automatisierte Daten gilt, Absatz 3, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebs- bzw. Personalrats unverändert bestehen bleiben. Die Neufassung enthält im Bezug auf Arbeitnehmerdaten damit kaum Neuerungen. Im Endeffekt regelt der erste Teil des neuen § 32 BDSG im Bezug auf Arbeitnehmer nichts anderes als bisher § 28 BDSG.

Die bisherige Regelung, dass der Eingriff im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erforderlich und verhältnismäßig sein muss, wird dadurch ersetzt, dass der Eingriff im Rahmen eines „Beschäftigungsverhältnisses“ erforderlich und verhältnismäßig sein muss. Lediglich im Falle des Verdachts einer Straftat wird genauer als bisher geregelt, dass ein konkreter Verdacht auf eine im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis begangene Straftat erforderlich ist. Im übrigen ist § 32 BDSG so vage wie die übrigen Vorschriften des Gesetzes.

Im Ergebnis ist damit keine der von Olaf Scholz Mitte Februar angesprochenen Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes geklärt bzw. geregelt worden. § 32 BDSG kann daher als Augenwischerei bezeichnet werden. Es gibt keinen Grund zu der Annahme, dass aufgrund von § 32 BDSG Arbeitnehmerdaten künftig besser als bisher geschützt werden. Mehr als eine solche Gesetzesattrappe war von der großen Koalition im Jahr der Bundestagswahl aber ohnehin kaum zu erwarten.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 18.02.2009, BT-Drucksache 16/12011](#)
- [Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses \(4. Ausschuss\) zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/12011, 01.07.2009, Bundestags-Drucksache 16/13657](#)
- [Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales - BMAS - vom 16.02.2009](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

- [Arbeitsrecht aktuell 09/064: Das Arbeitnehmerdatenschutzgesetz kommt \(nicht\)](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 09/082: Krankheitsdaten im Müll](#)

EUROPÄISCHES RECHT

Der Zweck heiligt nicht immer die Mittel: EuGH, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, und Rechtsreferendar Sebastian Kreuziger, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat der EuGH entschieden?

Die [EG-Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf \(Richtlinie 2000/78/EG\)](#) dient u.a. dazu, [Diskriminierungen](#) im Erwerbsleben zu verhindern. Doch nicht jede unterschiedliche Behandlung ist zugleich eine Diskriminierung. Beispielsweise kann nach [Art.6 der Richtlinie 2000/78/EG](#) eine "objektive und angemessene" Ungleichbehandlung wegen Alters durch "legitime Ziele" gerechtfertigt sein, die insbesondere aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung stammen können. Die Mittel zur Erreichung dieser legitimen Ziele müssen "angemessen und erforderlich" sein.

Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) haben die Mitgliedstaaten sowohl bei der Festlegung der Ziele, die mit Hilfe von Altersungleichbehandlungen erreicht werden sollen, als auch bei der Wahl der Mittel einen weiten Ermessensspielraum. Diese Rechtsprechung führt im Ergebnis dazu, dass es an Rechtfertigungsgründen für altersbedingte Ungleichbehandlungen nicht mangelt, so dass das Grundprinzip (Verbot der ungerechtfertigten Benachteiligung wegen des Alters) in der Ge-

fahr ist, ausgehöhlt zu werden. Mit dem [Urteil vom 16.10.2007 \(Rs. C-411/05 - Palacios de la Villa\)](#) hat der EuGH dieser Betrachtungsweise Vorschub geleistet.

Aufgrund dieser Rechtsprechung stellt sich mittlerweile die Frage nach den Grenzen dieses den Mitgliedsstaaten gegebenen politischen Spielraums. Im Juni 2009 hatte der EuGH Gelegenheit, sich mit dieser Frage auf der Grundlage eines Falles aus Österreich näher zu befassen. Er musste klären, ob eine Regelung gemeinschaftsrechtskonform ist, die bei der Berechnung der Dienstaltersstufe öffentlich-rechtlich Beschäftigter Dienstzeiten nicht erfasst, die vor der Vollendung des 18.Lebensjahres liegen ([Urteil vom 18.06.2009, Rs. C-88/08](#)).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des EuGH zugrunde?

Herr Hütter, der Kläger des Ausgangsverfahrens, absolvierte zusammen mit einer Kollegin etwas über vier Jahre lang eine Lehre als Chemielabortechniker an der Technischen Universität Graz (TUG). Danach wurden beide weitere drei Monate an der TUG beschäftigt.

Rechtsgrundlage des Arbeitsverhältnisses ist das österreichische Vertragsbedienstetengesetz (VBG). Danach dürfen für Rechte, die von der Dauer des Dienstverhältnisses oder der Berufserfahrung abhängen, vor Vollendung des 18.Lebensjahres im Dienstverhältnis zurückgelegte Zeiten nicht berücksichtigt werden. Dies kann unter anderem zu unterschiedlichen Einstufungen des Beschäftigten und damit zu einer unterschiedlichen Vergütung führen.

Genau das geschah Herrn Hütter im Vergleich zu seiner Kollegin: Da sie 22 Monate älter als er war, hatte sie entsprechend längere gemäß VBG berücksichtigungsfähige Dienstzeiten absolviert, wurde deshalb höher eingestuft und erhielt somit für dieselbe Arbeit und auf der Grundlage derselben objektiven Berufserfahrung mehr Geld als Herr Hütter.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Herr Hütter fühlte sich daher wegen seines Alters benachteiligt, erhob Klage gegen die TUG und machte eine Entschädigung in Höhe der Gehaltsdifferenz geltend.

Er obsiegte in den ersten beiden Instanzen. In der dritten Instanz stellte sich dem hier in Österreich zuständigen Obersten Gerichtshof die Frage, ob die betroffenen Regelungen des VBG mit der RL 2000/78/EG vereinbar sind und reichte diese im Rahmen eines Vorlageverfahrens an den EuGH weiter.

Wie hat der EuGH entschieden?

Der EuGH entschied, dass Regelungen wie die hier streitige österreichische diskriminierend sind ([EuGH, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08](#)).

Dabei nahm er ohne Weiteres die Anwendbarkeit der RL 2000/78/EG an, denn schließlich werden Erwerbspersonen unmittelbar wegen ihres Lebensalters unterschiedlich behandelt. Auf der anderen Seite hielt der EuGH auch die mit dem VGB verfolgten Ziele für legitim, objektiv und angemessen.

Zu diesem Thema hatte der Oberste Gerichtshof den EuGH im Wesentlichen über zwei Ziele des österreichischen Gesetzes informiert:

Zum einen sollen junge Leute durch die Altersgrenze einen Anreiz erhalten, statt (nur) einer Berufsschule eine allgemeinbildende Sekundarschule zu besuchen. Auf diese Weise soll eine Benachteiligung von Sekundarschülern gegenüber Berufsschülern vermieden werden.

Zum anderen soll die Altersgrenze verhindern, dass die Ausbildung von Berufsschülern teurer ist als die von Sekundarschülern. Ein solcher Effekt würde sich bei altersgleicher Vergütung ergeben, da der frühere Berufseintritt von Berufsschülern ins Erwerbsleben zu längeren Dienstzeiten führen würde. Dadurch wiederum soll die Eingliederung von Berufsschülern in den Arbeitsmarkt begünstigt werden.

Vor diesem Hintergrund kritisierte der EuGH, dass diese beiden Gesetzesziele miteinander unvereinbar sind (oder jedenfalls unvereinbar scheinen). Denn wenn das Ausblenden von Dienstjahren vor dem 18. Lebensjahr einerseits den Besuch allgemeinbildender Schulen bzw. den Verzicht auf eine Berufsschule fördern soll (und daher Berufsschüler finanziell schlechter stellt als andere Berufsanfänger), so kann dieselbe Regelung schlecht politisch dafür herhalten, die Eingliederung von Berufsschülern in den Arbeitsmarkt zu befördern.

Auch wenn man zugunsten der österreichischen Regelung annimmt, dass ein Zielkonflikt (wie vom EuGH behauptet) nicht besteht, ist die Zielsetzung insgesamt doch reichlich unklar. Denn eine finanzielle Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, die früh die Berufsschule durchlaufen haben, mit Arbeitnehmern, die erst in höherem Alter bzw. nach einem allgemeinbildenden Abschluss mit der Ausbildung begonnen haben, kann jedenfalls mit der im VBG enthaltenen Regelung nicht erreicht werden, da ja gerade umgekehrt eine finanzielle Schlechterstellung von Berufsschülern die typische Normfolge ist.

Im Ergebnis kommt das Gericht jedenfalls zu der - vielleicht nicht zweifelsfreien, aber nachvollziehbaren - Auffassung, dass VGB wolle sowohl Sekundarschüler als auch Berufsschüler auf Kosten der jeweils anderen Personengruppe fördern. Den Regelungen fehlt daher nach Ansicht des Gerichts die „innere Kohärenz“.

Ergänzend führt der Europäische Gerichtshof (EuGH) aus, dass durch die Alters(unter)grenze, die für die gehaltsrelevanten Dienstjahre eine Rolle spielt, weder, wie beabsichtigt, die Förderung der allgemeinen Schulbildung gegenüber der beruflichen Bildung erzielt werden kann, noch das andere angestrebte Ziel, nämlich die Eingliederung von Jugendlichen mit beruflicher Bildung in den Arbeitsmarkt, auf angemessene Weise erreicht werden kann.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Hinsichtlich des ersten Zieles weist der EuGH mit Recht darauf hin, dass die Altersgrenze unabhängig von der Art der Ausbildung ist. Deshalb kann es auch passieren, dass zwei Personen mit gleicher Schulbildung (z.B. aufgrund eines Auslandsaufenthaltes oder wegen übersprungener Schuljahre) nur wegen ihres unterschiedlichen Alters unterschiedlich behandelt werden. Das Alterskriterium ist deshalb zur Förderung allgemeiner Schulbildung unangemessen. Es entspräche nach Ansicht des EuGH diesem Ziel besser, bei der Gehaltsfindung direkt auf die Art der Schulbildung und nicht auf das Alter des Arbeitnehmers abzustellen.

Hinsichtlich des zweiten Zieles bemängelt der EuGH, dass der Ausschluss der vor dem 18. Lebensjahr gesammelten Berufserfahrung für alle Vertragsbediensteten des öffentlichen Dienstes gilt und zwar unabhängig davon, in welchem Alter sie eingestellt wurden. Auf diese Weise kann das Ziel, speziell (d.h. nur) jungen Menschen besondere Einstellungsbedingungen zu verschaffen, nicht angemessen erreicht werden.

Die österreichische Regelung zur Berechnung der Dienstzeit bzw. der Berufserfahrung von auf Vertragsbasis Beschäftigten im öffentlichen Dienst ist damit insgesamt kein angemessenes Mittel, um die von dem dortigen Gesetzgeber verfolgten Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verwirklichen. Herr Hütter wurde also auf Grund einer gemeinschaftsrechtswidrigen Berechnung des Dienstzeitalters zu niedrig eingestuft und erhielt deshalb zu wenig Geld. Er wird daher wohl auch in dritter Instanz obsiegen.

Das Urteil des EuGH in Sachen Hütter ist vor allem deshalb interessant, weil es die Tür für eine effektive Kontrolle möglicherweise unzulässiger Altersbenachteiligung wieder weiter geöffnet hat. Schien das Thema Altersdiskriminierung nach der Entscheidung in Sachen Palacios de la Villa praktisch „tot“, da die Mitgliedsstaaten praktisch beliebige sozial- und

arbeitsmarktpolitische Ziele zur Rechtfertigung altersbedingter Ungleichbehandlungen ins Feld führen konnten, so scheint der EuGH nunmehr die von der nationalen Rechtsordnung vorgenommene Differenzierung nach dem Alter doch genauer auf ihre Stimmigkeit hin überprüfen zu wollen. Und nicht nur die Ziele (oder Zielbündel) werden genauer angeschaut, auch die angeblich zieltauglichen Mittel werden kritischer als bisher überprüft.

Fazit: Eine altersbedingte Ungleichbehandlung kann trotz legitimer sozialpolitischer Ziele eine Diskriminierung sein, wenn die dafür gewählten Mittel nicht zwecktauglich sind oder zu stark diskriminierende Begleiteffekte mit sich bringen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 18.06.2009, C-88/08 \(Hütter\)](#)
- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 05.03.2009, C-388/07 \(Age Concern England\)](#)
- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16.10.2007, C-411/05 \(Palacios de la Villa\)](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)

RECHTSPRECHUNG

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Verfahren der Beschwerdestelle nach dem AGG: BAG, Beschluss vom 21.07.2009, 1 ABR 42/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Gemäß [§ 13 Abs.1 Satz 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz \(AGG\)](#) haben die Beschäf-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

tigten das Recht, sich bei den „zuständigen Stellen des Betriebs oder des Unternehmens“ zu beschweren, wenn sie sich aus einem der im AGG genannten Gründe benachteiligt fühlen, wenn sie also z.B. der Meinung sind, wegen ihres Geschlechts, ihrer Religion, ihrer Herkunft oder ihres Alters diskriminiert zu werden. Gemäß § 13 Abs.1 Satz 2 AGG ist die Beschwerde zu prüfen und das Ergebnis dem Beschäftigten mitzuteilen. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber gemäß [§ 12 Abs.5 AGG](#) die für die Entgegennahme der Beschwerde zuständige Stelle im Betrieb bekannt machen. Die Beachtung eines bestimmten Verfahrens, um sich zu beschweren, ist dagegen im AGG nicht vorgeschrieben.

Vor diesem Hintergrund ist umstritten, ob der Betriebsrat bei der Errichtung von Beschwerdestellen im Sinne des AGG ein [Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten](#) gemäß [§ 87 Abs. 1 BetrVG](#) hat. Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat bei Fragen der „Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ mitzubestimmen, d.h. einseitige Entscheidungen des Arbeitgebers sind in solchen Angelegenheiten nicht zulässig; zudem kann der Betriebsrat auch von sich aus in den der Mitbestimmung gemäß § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG unterliegenden Fragen aktiv werden und vom Arbeitgeber eine gemeinsame Regelung verlangen.

Können sich Betriebsrat und Arbeitgeber in Verhandlungen nicht einigen, so kann nach [§ 76 Betriebsverfassungsgesetz \(BetrVG\)](#) die [Einigungsstelle](#) angerufen werden. Dazu muss eine Seite einen Antrag stellen, erst dann wird sie aktiv. Die Einleitung des Verfahrens kann entweder erzwungen werden oder es kann auf freiwilliger Basis von beiden Seiten eingeleitet werden. In ersterem Fall ist der Spruch der Stelle letztlich für alle Beteiligten zwingend und im letzteren nur, wenn sie sich unterwerfen wollen.

Gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 BetrVG bei der Einrichtung und Ausgestaltung von Beschwerdestellen nach

dem AGG spricht allerdings, dass ein solches Recht nur besteht, „soweit eine gesetzliche Regelung nicht besteht“ (§ 87 Abs.1 Eingangssatz BetrVG). Und hier kann man sagen, dass jedenfalls die Einrichtung einer Beschwerdestelle als solche vom AGG und somit gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist, so dass für ein Mitbestimmungsrecht kein Raum mehr ist. Andererseits ist im AGG kein spezielles Verfahren der Behandlung von Beschwerden vorgeschrieben, so dass insoweit jedenfalls keine gesetzliche Regelung im AGG existiert. Aber betrifft das Verfahren, das die AGG-Beschwerdestelle bei der Behandlung von Beschwerden beachtet, überhaupt „die Ordnung des Betriebs“ und/oder „das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“?

Fragen über Fragen, zu denen sich das Bundesarbeitsgericht mit [Beschluss vom 21.07.2009 \(1 ABR 42/08\)](#) geäußert hat.

Welcher Sachverhalt lag dem Beschluss des BAG zugrunde?

Der Arbeitgeber betreibt bundesweit Drogeriemärkte und errichtete eine überbetriebliche Beschwerdestelle gemäß den Vorschriften des AGG. Nachdem er die Belegschaft mit einem Rundschreiben über die Errichtung der Beschwerdestelle informiert hatte, rief der Betriebsrat die Einigungsstelle an. Er meinte, hier ein Mitbestimmungsrecht zu haben, das er durch die einseitige Errichtung der Beschwerdestelle verletzt sah.

Die Einigungsstelle wurde zwar im gerichtlichen Verfahren der Einigungsstellenbesetzung gemäß [§ 98 Arbeitsgerichtsgesetz \(ArbGG\)](#) eingesetzt, erklärte sich aber bereits im ersten Termin für unzuständig und stellte das Verfahren durch Beschluss ein. Gegen diesen Beschluss zog der Betriebsrat vor Gericht mit dem Begehren, den Beschluss der Einigungsstelle für rechtsunwirksam zu erklären.

Das in erster Instanz zuständige Arbeitsgericht Trier wies den Antrag des Betriebsrats zurück, da es der Meinung war, dem Betriebsrat stehe

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

bei der Errichtung einer AGG-Beschwerdestelle kein Mitbestimmungsrecht zu (Beschluss vom 19.12.2007, 1 BV 162/07). Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz in einer sorgfältig begründeten Entscheidung zurück, da es im Ergebnis ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verneinte ([Beschluss vom 17.04.2008, 9 TaBV 9/08](#)), ließ allerdings wegen der grundsätzlichen Klärungsbedürftigkeit der streitigen Rechtsfragen die Rechtsbeschwerde zum BAG zu.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG hat zwar die Entscheidung des LAG bestätigt und daher die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen, doch die streitige Rechtsfrage - Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens der AGG-Beschwerdestelle - in vollem Umfang „pro Betriebsrat“ beantwortet.

Das BAG stellt nicht nur fest, dass die Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens, das die AGG-Beschwerdestelle bei der Bearbeitung von Beschwerden zu beachten hat, der Mitbestimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs.1 Nr.1 BetrVG unterfällt. Noch weitergehend ist das BAG sogar der Meinung, dass dem Betriebsrat hier ein Initiativrecht zustehe. Der Betriebsrat, so das BAG, „kann zu diesem Zweck selbst initiativ werden und ein Beschwerdeverfahren über die Einigungsstelle durchsetzen.“ Das Mitbestimmungsrecht hängt also nicht etwa, wie dies einer der verschiedenen Ansichten in der Diskussion über das (etwaige) Mitbestimmungsrecht bei Beschwerdestellen nach dem AGG entspricht, davon ab, dass der Arbeitgeber seinerseits ein Verfahren der Behandlung von AGG-Beschwerden vorgeben möchte (was er nach dem AGG nicht muss), sondern vielmehr kann der Betriebsrat aus eigener Initiative die Errichtung eines solchen Beschwerdeverfahren verlangen. Spielt der Arbeitgeber nicht mit, entscheidet notfalls die Einigungsstelle.

Mitbestimmungsfrei ist dagegen nach Ansicht des BAG die Entscheidung des Arbeitgebers über den Ort der Beschwerdestelle und über ihre personelle Besetzung. Hierbei handele es sich um „mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidungen“.

Der Beschluss des BAG ist überraschend weitgehend, d.h. angesichts der bisherigen Meinungslandschaft hätte man mit einer aus Betriebsratsicht ungünstigeren Entscheidung rechnen können.

Er ist darüber hinaus von erheblicher praktischer Bedeutung für die Betriebsratsarbeit, da das Verfahren der Behandlung von AGG-Beschwerden durch die Beschwerdestelle von zentraler Bedeutung für die gesamte Arbeit der Beschwerdestelle ist. Ist das Verfahren schnell, effektiv und für die Beteiligten (einschließlich des Betriebsrats) transparent, kann die Beschwerdestelle ein Motor für die betriebliche Umsetzung des AGG sein. Wird ein Verfahren dagegen gar nicht oder in unzumutbarer Weise geregelt, wird die Beschwerdestelle ein Schattendasein führen.

Dass der Betriebsrat vor dem BAG verlor und damit dreimal hintereinander den Kürzeren zog, darf über seinen Sieg in der Sache selbst nicht täuschen. Vorliegend hatte der Arbeitgeber eine überbetriebliche Beschwerdestelle errichtet, was er mitbestimmungsfrei tun konnte, so dass nach der Entscheidung des BAG das Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zustand. Prozessiert hatte hier aber nicht der Gesamtbetriebsrat, sondern ein für einen bestimmten Betrieb zuständiger Betriebsrat. Aus diesem nachgeordneten und rein formalen Grund unterlag der Betriebsrat vorliegend auch vor dem BAG. Angesichts der kontroversen Debatte über die hier entschiedenen Fragen kann man auf die - derzeit noch nicht vorliegenden - Entscheidungsgründe gespannt sein.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht \(BAG\), Beschluss vom 21.07.2009, 1 ABR 42/08 \(PM 71/09\)](#)
- [Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 17.04.2008, 9 TaBV 9/08](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)

Aufgabenzuwachs steht dem Übergang eines Dienstleistungsbetriebs nicht entgegen: BAG, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 258/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser gemäß [§ 613a Abs.1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Das Arbeitsverhältnis wird auf diese Weise kraft Gesetzes auf den Betriebserwerber übergeleitet und in seinem Bestand geschützt.

Voraussetzung für diesen Schutz ist das Vorliegen eines [Betriebsübergangs oder eines Betriebsteilübergangs](#). Ob ein solcher vorliegt oder nicht, ist allein auf der Grundlage des Gesetzes zu beurteilen und in Fällen, in denen das Nachfolge-Unternehmen an der automatischen Übernahme der alten Belegschaft kein Interesse hat, oft heftig umstritten.

Die Rechtsprechung verlangt für einen Betriebsübergang eine übergangsfähige „wirtschaftliche Einheit“, d.h. eine organisierte Gesamtheit von Personen oder von Sachen, deren Zweck in der auf Dauer angelegten Aus-

übung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung besteht. Damit kommt es auf alle Aspekte eines vorhandenen Betriebs an, d.h. auf die Beziehungen zu Kunden, auf die sachlichen Betriebsmittel (Maschinen, Gebäude), auf die Belegschaft, auf das betriebliche Wissen („Know How“) sowie auf die Außendarstellung. Alle diese Teilaspekte eines vorhandenen Betriebs müssen unter Wahrung seiner „Identität“ übernommen werden.

Da bei Dienstleistungsbetrieben (Gebäudereinigung, Bewachung) sachliche Betriebsmittel kaum vorhanden sind, kommt es hier auf die Übernahme der Hauptbelegschaft an, d.h. eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft. Diese Voraussetzungen sind oft schwer nachzuweisen, da die Übernahme von etwa 70 % bis 80 % der alten Belegschaft meist als zahlenmäßige Untergrenze angesehen wird und außerdem die betriebsprägende „Sachkunde“ der übernommenen Arbeitnehmer zu belegen ist.

Fraglich ist, ob bereits ein Aufgabenzuwachs beim Erwerber, der den übernommenen Arbeitnehmern neben ihren fortgeführten bisherigen Aufgaben neue Arbeiten abverlangt, dagegen spricht, dass ein nach Sachkunde wesentlicher Teil der Belegschaft übernommen wird. Über einen solchen Fall hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit [Urteil vom 25.06.2009 \(8 AZR 258/08\)](#) zu entscheiden.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Die klagende Arbeitnehmerin war seit langem bei einem zu einem Großkonzern gehörenden Callcenter tätig, das für verschiedene zum Konzern gehörende Unternehmen Kundenanfragen und –beschwerden entgegennahm und klärte. In diesem Callcenter wurden in erster Linie eher einfache Anfragen bzw. Anrufe direkt geklärt („first level support“), während eher schwierige an die dafür zuständigen Ansprechpartner der Konzernunternehmen weitergeleitet wurden („second level support“).

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Die Konzernleitung beschloss bis Mitte 2006, diese Aufgabenteilung zwischen zwei Schwierigkeitsstufen der Kundenbetreuung und -beratung aufzuheben und künftig sowohl den „first level support“ als auch den „second level support“ von einem für alle Konzernunternehmen zuständigen, größeren Callcenter abwickeln zu lassen. Zu diesem Zweck wurde beschlossen, den Betrieb des ursprünglichen Callcenterunternehmens zum 31.03.2007 einzustellen und ein neues Callcenterunternehmen mit erweiterten Aufgaben und Personalbestand zu gründen. Dieses Unternehmen wurde Ende August 2006 gegründet und übernahm in mehreren Wellen einen erheblichen Teil der beim alten Callcenter beschäftigten Arbeitnehmer.

Konkret übernahm das neue Callcenter von den beim alten Callcenter beschäftigten etwa 426 Arbeitnehmern, soweit diese Zahlenverhältnisse aus dem derzeit veröffentlichten Sachverhalt deutlich werden, etwa 300 und damit über 70 Prozent, und zwar auf Basis neuer Arbeitsverträge mit verschlechterten Bedingungen. Von den 256 unbefristet beschäftigten Mitarbeitern nahmen nur 161 das Angebot einer Weiterbeschäftigung bei dem neuen Callcenter an, während die etwa 170 befristet beschäftigten Mitarbeiter des alten Callcenters zwar kein offizielles Übernahmeangebot erhielten, aber letztlich zu einem Großteil zum neuen Arbeitgeber wechselten.

Da die Klägerin als eine der alten Festangestellten das Vertragsangebot des neuen Callcenters nicht annahm, kündigte ihr das alte Callcenter Ende September 2006 zum 31.03.2007 wegen (angeblicher) Betriebsstillegung. Wegen der Kündigung erhob sie gegen den alten Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht Berlin Kündigungsschutzklage und verklagte zugleich auch dessen Nachfolger mit dem Ziel, die Überleitung ihres Arbeitsverhältnisses auf diesen wegen Betriebsübergangs festzustellen.

Während sie vor dem Arbeitsgericht Berlin Erfolg hatte (Urteil vom 25.04.2007, 30 Ca 19158/06), unterlag sie in der zweiten Instanz

vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg ([Urteil vom 12.02.2008, 12 Sa 1719/07](#)).

Das LAG hielt die Kündigung wegen angeblicher Stilllegung des alten Callcenters für wirksam und verneinte einen Betriebsübergang. Dabei stützte es sich im wesentlichen auf die Überlegung, dass das neue Callcenter keinen wesentlichen Teil der Belegschaft übernommen habe. Zwar sei eine ausreichend große Zahl von Arbeitnehmern übernommen worden, doch sei dieser Belegschaftsteil nicht zugleich auch hinsichtlich seiner Sachkunde als wesentlich anzusehen.

Denn die übernommenen Kräfte könnten, so das LAG, ohne vorherige Schulung die neuen Aufgaben des „second level support“ nicht bewältigen. Jedenfalls sei kein „identitätswahrender“ Übergang gegeben, da sich aufgrund des Aufgabenzuwachses die Identität der Aufgaben verändert habe.

Wie hat das BAG entschieden?

Das Bundesarbeitsgericht hob die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg auf und gab der Klage statt. In der derzeit allein vorliegenden Pressemitteilung des BAG heißt es hierzu:

Die Wertschöpfung beim alten Callcenter beruhte wesentlich auf der Tätigkeit der Arbeitnehmer und nicht auf dem Einsatz sachlicher Betriebsmittel, d.h. das alte Callcenter war ein betriebsmittelarmer Betrieb. Auf die möglicherweise übernommenen Betriebsmittel (vor allem der Telefonanlage) kam es daher für das BAG ebensowenig wie für das LAG an, sondern vielmehr darauf, ob der Betreiber des neuen Callcenters einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des bisherigen Personals übernommen hatte.

Diese Frage beantwortete das BAG anders als das LAG mit „ja“. Die für einen Betriebsübergang erforderliche Sachkunde der übernommenen Arbeitnehmer liegt, so das BAG, auch dann

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

vor, wenn die übernommenen Arbeitnehmer auf der Grundlage ihres bereits vorhandenen Wissens und Könnens weiter geschult werden müssen, um die schwierigeren und komplexeren neuen Aufgaben bei dem Betriebsübernehmer erbringen zu können.

Fazit: Seit dem [Urteil des Europäischen Gerichtshofs \(EuGH\) vom 12.02.2009 \(Rs. C-466/07 - Klarenberg gg. Ferrotron\)](#) ist ein von den bisherigen betrieblichen Abläufen abweichendes „Erwerberkonzept“ kein entscheidendes Argument mehr gegen das Vorliegen eines Betriebsübergangs.

In diesem Urteil hatte der EuGH klargestellt, dass es einem Betriebsteilübergang nicht entgegensteht, wenn die übernommenen Arbeitnehmer beim Erwerber zusätzlich zu ihren bisherigen auch andere bzw. neue Aufgaben verrichten und die übernommen Teams ihre bisherige organisatorische Eigenständigkeit verlieren bzw. in anderen Strukturen eingebunden werden (wir berichteten darüber in [Arbeitsrecht aktuell 09/034: Betriebsteilübergang auch bei Verlust der organisatorischen Selbständigkeit](#)).

Möglicherweise zieht das vorliegende Urteil des BAG die Konsequenzen aus dem Klarenberg-Urteil des EuGH, obwohl dieses einen Betriebsteilübergang betraf und nicht - wie der vorliegende Fall des BAG - den möglichen Übergang eines gesamten Betriebs.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 258/08 \(Pressemitteilung 66/09\)](#)
- [Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12.02.2008, 12 Sa 1719/07](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 09/034: Betriebsteilübergang auch bei Verlust der organisatorischen Selbständigkeit](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebsübergang](#)

Verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung? BAG, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 283/08

von Rechtsanwältin Nina Lüking, Hannover

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Ordentliche bzw. fristgerechte Kündigungen, die auf einem arbeitsvertragswidrigen Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers beruhen ([verhaltensbedingte Kündigung](#)), setzen bei Anwendbarkeit des [Kündigungsschutzgesetzes \(KSchG\)](#) in aller Regel voraus, dass das der Kündigung zugrunde liegende Fehlverhalten zuvor [abgemahnt](#) wurde.

Liegt eine solche Abmahnung vor, ist davon auszugehen, dass sich der Arbeitnehmer von einem solchen, im Vergleich zur Kündigung milderen Mittel der Verhaltensbeeinflussung nicht von seinem Fehlverhalten abbringen lässt, so dass nunmehr im Wiederholungsfall die Kündigung als letztes Mittel („ultima ratio“) zulässig ist. Mit der Forderung nach einer der Kündigung vorausgegangen Abmahnung trägt die Rechtsprechung daher dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung, dem zufolge kein milderes Mittel als das der Kündigung zur Verfügung stehen darf, um auf einen Arbeitsvertragsverstoß zu reagieren.

Die Kündigung eines vom KSchG in seinem Bestand geschützten Arbeitsverhältnisses aus verhaltensbedingten Gründen setzt somit ein gravierendes Fehlverhalten des Arbeitnehmers sowie eine zuvor wegen eines ähnlichen Pflichtverstoßes ausgesprochene [Abmahnung](#) voraus. In einem letzten Schritt sind das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers und das Fortsetzungsinteresse des Arbeitnehmers gegeneinander abzuwägen. Hier sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, u.a. auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Da Abmahnungen das Arbeitsklima belasten, scheuen Arbeitgeber oft mit guten Gründen davor zurück. Ordentliche verhaltensbedingte Kündigungen werden daher nicht selten ohne vorherige Abmahnung ausgesprochen, was allerdings nur in seltenen Ausnahmen rechtlich zulässig ist, nämlich dann, wenn der Arbeitnehmer einen besonders schweren Pflichtverstoß begangen hat und es für den Arbeitnehmer daher klar sein musste, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unter solchen Umständen nicht würde fortsetzen können bzw. wollen. Hier wird aber in aller Regel keine ordentliche, sondern eine außerordentliche Kündigung die angemessene Reaktion sein, so dass Arbeitgeber mit „abmahnungslosen“ ordentlichen Kündigungen praktisch nie vor Gericht Erfolg haben.

Eine andere Strategie, eine verhaltensbedingte Kündigung auch ohne wirksame vorausgegangene Abmahnung vor Gericht zu verteidigen, besteht in der These, dass die verhaltenssteuernde Wirkung auch von formell unwirksamen Abmahnungen ausgehen könne. Über einen Fall, in dem der kündigende Arbeitgeber seine verhaltensbedingte Kündigung in dieser Weise vor Gericht zu rechtfertigen versuchte, hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 23.06.2009 (2 AZR 283/08) zu entscheiden. Die Entscheidung ist derzeit nur in Gestalt einer Pressemitteilung bekannt (Pressemittlung 63/09).

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG zugrunde?

Der 1944 geborene Arbeitnehmer war seit 1965 und damit seit mehr als 40 Jahren bei einer Nachrichtenagentur als Pressefotograf und Bildredakteur beschäftigt.

In den Jahren 2004 und 2005 stritten die Parteien gerichtlich über zwei von der Agentur ausgesprochene Abmahnungen, deren Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wurde. Im September 2005 mahnte die Arbeitgeberin ein weiteres Verhalten des Fotografen bei einer

Preisverleihung ab. Auch diese Abmahnung erklärte das Landesarbeitsgericht (LAG) Niedersachsen für unwirksam.

Im November 2005 kam es in Hildesheim zu einem Eisenbahnunglück. Der Fotograf begab sich zur Unfallstelle, um Fotos zu machen. Auf Befragen der Polizisten gab der Kläger an, Fotojournalist zu sein, zeigte allerdings seinen Presseausweis nicht vor. Die Polizei erteilte einen mündlichen Platzverweis, woraufhin er den Gleisbereich verließ. Die zuvor gefertigten Fotos veröffentlichte die Nachrichtenagentur.

Weil sich der Arbeitnehmer nicht durch Vorlage des Presseausweises zu erkennen gegeben hatte, worin die Nachrichtenagentur ein unangemessenes dienstliches Verhalten sah, kündigte sie das Arbeitsverhältnis ordentlich fristgemäß.

Gegen die Kündigung erhob der Fotograf Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Hannover, das der Klage stattgab (Urteil vom 20.12.2006, 5 Ca 193/06). Das LAG Niedersachsen wies die Berufung der Agentur mit Urteil vom 18.12.2007 (11 Sa 372/07) zurück. Wie bereits das Arbeitsgericht sah auch das LAG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt. Dabei geht das LAG aber zugunsten des Arbeitgebers davon aus, dass auch eine unwirksame Abmahnung dem Arbeitnehmer „deutlich machen“ könne, „dass der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten nicht zu dulden bereit ist“.

Wie hat das BAG entschieden?

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) schloss sich im Ergebnis der Auffassung der Vorinstanzen an und gab der Klage statt.

Dabei geht auch das BAG wie schon das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht davon aus, dass der Fotograf mit seinem Verhalten, das der Arbeitgeber der Kündigung zugrunde legte, bei dem Ortstermin in Hildesheim gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen habe.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Allerdings genügt ein einzelner Pflichtverstoß nicht, d.h. die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist nur wirksam, wenn der Arbeitnehmer zuvor vergeblich abgemahnt wurde. Die der Kündigung vorausgegangenen drei **Abmahnungen** waren aus Sicht des BAG nicht konkret genug im Sinne einer vom Arbeitnehmer zu beachtenden Verhaltensregelung.

Das BAG nahm leider nicht Stellung zu der vom LAG aufgestellten These, dass ausnahmsweise auch eine unwirksame Abmahnung den Arbeitnehmer für den Wiederholungsfall ausreichend warnen könnte. Angesichts der bezeichnenden Tatsache, dass der Fotograf über drei Instanzen gewonnen hatte, dürfte diese These allerdings auch künftig kaum praktische Bedeutung erlangen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.06.2009, 2 AZR 283/08, \(Pressemitteilung Nr. 63/09\)](#)
- [Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 18.12.2007 \(11 Sa 372/07\)](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Verhaltensbedingte Kündigung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Abmahnung](#)

Weihnachtsgelderhöhung zum Ausgleich von Lohnverlusten wegen Arbeitszeitverlängerung ist gleichheitswidrig, wenn die Zahlung noch anderen Zwecken dient: BAG, Urteil vom 01.04.2009, 10 AZR 353/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin, und Rechtsanwalt Michael Engesser, München

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Gewährt der Arbeitgeber [Gratifikationen](#), Lohn-erhöhungen oder andere finanzielle Vergünsti-

gungen, fällt dies im Allgemeinen unter seine Vertragsfreiheit und die des betroffenen Arbeitnehmers. Der [arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz](#) spielt hier zunächst einmal keine Rolle, d.h. die Devise „gleicher Lohn für gleiche Arbeit!“ ist eine gewerkschaftliche Forderung, aber kein Rechtsprinzip. Der Arbeitgeber kann von Rechts wegen ohne weiteres die gleichen Tätigkeiten verschieden bezahlen, also „nach Nase“ verfahren.

Nur dann, wenn der Arbeitgeber Sonderzahlungen, Lohnerhöhungen oder dgl. nach einem einheitlichen Prinzip verteilt, d.h. alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einer bestimmten Abteilung oder Gruppe begünstigen will, darf er nicht ohne sachlichen Grund einzelne Arbeitnehmer schlechter stellen, d.h. von der Vergünstigung ausnehmen. Unter solchen Umständen greift der Gleichbehandlungsgrundsatz.

Entscheidend für die Frage, ob eine bestimmte Ausgestaltung von Zahlungen der Vertragsfreiheit unterfällt und oder aber dem Gleichbehandlungsgrundsatz und somit in gleichförmiger Weise durchgeführt werden muss, ist daher die Zwecksetzung, die der Arbeitgeber mit der Zahlung verbindet. Ist diese einheitlich auf Arbeitnehmergruppen bezogen und insofern nicht individuell, ist der Arbeitgeber an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.

Aber auch dann kann er immer noch zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen unterscheiden, d.h. er muss nicht alle Arbeitnehmer „über einen Kamm scheren“. Voraussetzung dafür, auch bei Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Gewährung von Gratifikationen verschiedene Arbeitnehmergruppen in verschiedenem Umfang zu begünstigen, ist auch hier eine klare Zwecksetzung.

Um rechtliche Unklarheiten bzw. Risiken der Mehrbelastung zu vermeiden, empfiehlt es sich aus Arbeitgebersicht in der Regel, eine Sonderzahlung möglichst nur mit einem Zweck zu verbinden, vor allem dann, wenn diese

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Zwecksetzung zugleich auch der Grund dafür sein soll, bestimmte Arbeitnehmer(gruppen) von der Vergünstigung auszunehmen. Eine Vielzahl von gleichzeitig verfolgten Zwecken kann der Rechtmäßigkeit der Gruppenbildung entgegenstehen, womit im Ergebnis alle Arbeitnehmer die Sonderzahlung beanspruchen können. Wie schnell das passieren kann, zeigt ein Fall, den das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 01.04.2009, 10 AZR 353/08 zu entscheiden hatte.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Der Arbeitgeber hatte für das Jahr 2006 für die Mitarbeiter eine Aufstockung des Weihnachtsgeldes per Aushang am schwarzen Brett angekündigt. Darin brachte der Arbeitgeber zum Ausdruck, die Zahlung sei als „Dankeschön“ für eine einige Jahre zuvor eingeführte unbezahlte Arbeitszeitverlängerung zu verstehen; dieser hatten die meisten Arbeitnehmer „freiwillig“ im Wege der Arbeitsvertragsänderung zugestimmt.

Allerdings mussten die in dieser Weise „honorierten“ Arbeitnehmer noch weitere Voraussetzungen erfüllen, um in den Genuss der Sonderzahlung zu gelangen. So war es von Bedeutung, wie lange man schon beschäftigt war und ob das Arbeitsverhältnis über den Jahreswechsel hinaus bestehen würde. Im übrigen nahm die Ankündigung des Arbeitgebers auch auf tarifliche Weihnachtsgeldregelungen Bezug.

Einer der Arbeitnehmer des Betriebs, der der Arbeitsvertragsänderung bzw. der Arbeitszeitverlängerung nicht zugestimmt hatte und daher vom Arbeitgeber auch keine Aufstockung des Weihnachtsgeldes erhielt, ging dagegen gerichtlich vor und klagte die Zahlung ein.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg (Urteil vom 22.01.2008, 8 Sa 29/07) gaben dem Kläger recht. Dagegen wandte sich der in zwei Instanzen unterlegene Arbeitgeber in der Revision vor dem BAG.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG wies die Revision zurück und bestätigte damit die Vorinstanzen.

Denn wenn der Arbeitgeber nach einem einheitlichen Schema Sonderzahlungen gewährt und dabei bestimmte Zwecke verfolgt, so muss er allen Arbeitnehmern, auf die die Zwecke zutreffen, die Zahlung gewähren.

In der Bestimmung dieses Zwecks ist der Arbeitgeber zwar im Prinzip frei, doch muss er sich hüten, mehr als einen Zweck mitzuteilen, wenn er nur an einen (einzigen) gebunden sein möchte. Anders gesagt: Will der Arbeitgeber nur einen Zweck verfolgen, so darf er auch nur diesen einen bei der Ankündigung der Sonderzahlung nennen. Nennt er dagegen weitere Zwecke, erweitert sich der Kreis der begünstigten Arbeitnehmer entsprechend im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber zwar mitgeteilt, dass er mit der Erhöhung des Weihnachtsgeldes die Arbeitszeitverlängerung honorieren wolle. Allerdings waren in der Ankündigung Anknüpfungspunkte für die Zahlung auch die Betriebstreue und Beschäftigungsdauer. Auch die tatsächliche Umsetzung der Gratifikation ergab, dass auch andere Arbeitnehmer „belohnt“ werden sollen.

Fazit: Will der Arbeitgeber die Bereitschaft zu einer Arbeitszeiterhöhung bzw. Lohnkürzung durch Aufstockung einer Einmalzahlung belohnen, muss er diese Zwecksetzung konsequent durchhalten bzw. umsetzen. Knüpft er die Zahlung dagegen an weitere Voraussetzungen, erweitert sich der Umkreis der Anspruchsberechtigten entsprechend dem Gleichheitsgrundsatz.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 01.04.2009, 10 AZR 353/08](#)

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

- [Arbeitsrecht aktuell: 08/008 Bonuszahlung bei unterlassener Zielvereinbarung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Gratifikation](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht. Gleichbahnadlungsgrundsatz](#)
- Handbuch Arbeitsrecht: Weihnachtsgeld

Kündigung: Keine verlängerte Klagefrist bei Schwangerschaft, wenn der Arbeitgeber die Schwangerschaft nicht kannte: BAG, Urteil vom 19.02.2009, 2 AZR 286/07

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Will sich ein Arbeitnehmer gegen eine [Kündigung](#) wehren, muss er gemäß [§ 4 Satz 1 Kündigungsschutzgesetz \(KSchG\)](#) innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der Kündigung [Kündigungsschutzklage](#) beim Arbeitsgericht eingereicht haben. Verpasst er diese Frist, gilt die Kündigung, wie fehlerhaft sie auch sein mag, als wirksam.

Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen:

Zum einen gibt es Fälle, bei denen der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung die Zustimmung einer Behörde benötigt, so insbesondere bei der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen oder einer Schwangeren. Gemäß [§ 4 Satz 4 KSchG](#) beginnt die Frist in solchen Fällen nicht schon mit Erhalt der Kündigung sondern erst dann zu laufen, wenn dem Arbeitnehmer die Entscheidung der Behörde bekannt gegeben worden ist.

Zum anderen kann ein Arbeitnehmer gemäß [§ 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG](#) die nachträgliche Zulassung einer Kündigungsfrist beantragen, wenn er ohne sein Verschulden die Klagefrist versäumt hat, etwa weil er im relevanten Zeitraum im Krankenhaus lag. Er hat dann nach Wegfall dieses Hindernisses zwei Wochen Zeit,

nachträglich Kündigungsschutzklage zu erheben. Für Schwangere, die erst nach Ablauf der Kündigungsschutzklagefrist von ihrer Schwangerschaft erfahren, ist die Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung in [Absatz 1 Satz 2](#) speziell geregelt.

Fraglich ist, ob die in § 4 Satz 4 KSchG vorgesehene Verlängerung der Klagefrist auch dann gilt, wenn der Arbeitgeber zwar zum Zeitpunkt der Kündigung noch nichts von der Schwangerschaft wusste, aber durch die Arbeitnehmerin nach Ausspruch der Kündigung und noch vor Ablauf der Klagefrist davon erfuhr, wenn er daraufhin mit der gekündigten Schwangeren über eine Abfindung verhandelt und wenn im Zuge der Abfindungsverhandlungen die Klagefrist verstreicht.

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aus dem Jahr 2008 (Urteil vom 13.02.2008, 2 AZR 864/06) beginnt die reguläre dreiwöchige Frist bei der Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, falls das Integrationsamt nicht zugestimmt hat, nur dann nicht zu laufen, wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung schon Kenntnis von der Schwerbehinderung hatte. Möglicherweise gilt dasselbe auch bei der fehlenden Zustimmung der Arbeitsbehörde im Falle der Kündigung einer Schwangeren.

Mit diesen Fragen befasst sich ein [Urteil des BAG vom 19.02.2009 \(2 AZR 286/07\)](#).

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Die klagende Arbeitnehmerin war als Verkaufs- und Veranstaltungsleiterin in dem beklagten Hotel beschäftigt. Im Frühjahr 2005 wurde sie schwanger. Hiervon wusste ihr Arbeitgeber zunächst nichts.

Am 30.06.2005 erhielt die Arbeitnehmerin eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung. Die Zustimmung der zuständigen Behörde hatte der

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Arbeitgeber infolge seiner Unkenntnis von der Schwangerschaft nicht beantragt.

Eine Woche nach Erhalt der Kündigung teilte die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber mit, dass sie schwanger sei. Im Folgenden versuchen beide, sich über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnis oder (andernfalls) über die Zahlung einer Abfindung zu einigen, was jedoch letztendlich scheiterte.

Erst Anfang August und somit nach Ablauf der Dreiwochenfrist erhob die Arbeitnehmerin Kündigungsschutzklage.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (Urteil vom 22.01.2007, 5 Sa 626/06) wiesen die Kündigungsschutzklage ab, und zwar mit Verweis auf die zum Zeitpunkt der Klage bereits abgelaufene Klagefrist.

Wie hat das BAG entschieden?

Dieser Auffassung schloss sich das BAG an und wies die Revision zurück. Auch das BAG bewertete die Kündigungsschutzklage als verspätet, da mehr als drei Wochen seit Erhalt der Kündigung verstrichen waren.

Nach Ansicht des BAG war der Beginn der Frist nicht auf den Zeitpunkt hinausgeschoben, zu dem die zuständige Behörde der Arbeitnehmerin die Zustimmung oder Verweigerung zur Kündigung bekannt gegeben hätte ([§ 4 Satz 4 KSchG](#)). Diese Vorschrift gilt nach Ansicht des BAG nur für den Fall, dass der Arbeitgeber bereits bei Ausspruch der Kündigung von der Schwangerschaft weiß.

Denn mit der Verlängerung der Klagefrist gemäß § 4 Satz 4 KSchG soll das Informationsdefizit von Arbeitnehmern kompensiert werden, die vor Bekanntgabe durch die Behörde nicht wissen können, ob der Arbeitgeber die Behörde überhaupt um Zustimmung gebeten hat und wie die behördliche Entscheidung ggf. ausgefallen ist. Es wäre daher ungerechtfertigt, Arbeit-

nehmer in einer solchen Lage durch knappe Fristen in einen Prozess hineinzutreiben.

In einem Fall wie dem vorliegenden, so das BAG, weiß die Arbeitnehmerin jedoch, dass der Arbeitgeber über die den Sonderkündigungsschutz begründende Schwangerschaft nicht informiert ist und deshalb gar keinen Anlass hat, die zuständige Behörde anzurufen.

Außerdem ist in [§ 5 Abs.1 Satz 2 KSchG](#) die nachträgliche Klagezulassung in Fällen der Schwangerschaft speziell geregelt. Das Problem, dass eine Arbeitnehmerin erst nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist vom Bestehen ihrer Schwangerschaft zum Kündigungszeitpunkt erfährt, wird dort gerade nicht durch einen späteren Beginn der Klagefrist, sondern durch die Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung gelöst.

Die klagende Arbeitnehmerin konnte im vorliegenden Fall auch durch diese Möglichkeit ihre mehr als drei Wochen nach Erhalt der Kündigung eingelegte Klage nicht mehr „retten“. Denn die nachträgliche Klagezulassung gilt, so das BAG, nur für den Fall, dass die Klagefrist schon verstrichen ist, wenn die Arbeitnehmerin von ihrer Schwangerschaft erfährt. Im vorliegenden Fall kannte die Klägerin ihre Schwangerschaft aber bereits eine Woche nach Erhalt der Kündigung. Sie hätte also noch zwei Wochen Zeit zur Klageerhebung gehabt. Dass sie dies versäumte, kann sie nicht über den Weg der nachträglichen Klagezulassung gemäß [§ 5 Satz 2 KSchG](#) ausgleichen.

Das Problem im vorliegenden Fall lag darin, dass die Arbeitnehmerin bzw. die sie beratende(n) Person(en) die Rechtslage falsch eingeschätzt hat: Die Frist für die Kündigungsschutzklage läuft in Fällen der vorliegenden Art wie sonst auch ab Zugang der Kündigung. Es sollte also möglichst schnell Klage erhoben werden, um die Dreiwochenfrist zu wahren.

Nähere Informationen finden Sie hier:

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

- [BAG, Urteil vom 19.02.2009, 2 AZR 286/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigung - Allgemein](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigungsschutzklage](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mutterschutz](#)

SONSTIGES

Arbeitsgericht untersagt Kita-Streik. Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 18.05.2009, ö.D. 4 Ga 23b/09

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

In letzter Zeit wird in der Öffentlichkeit zunehmend eine grundlegende Änderung der Betreuung von Kindergartenkindern gefordert. Einerseits hat die Zahl der Kindergärtenplätze nicht Schritt gehalten mit der zunehmenden Zahl von Familien, in denen beide Elternteile arbeiten bzw. in der Kinder bei Alleinerziehenden aufwachsen. Es wird deswegen ein Kindergartenplatz für jedes Kind gefordert. Andererseits setzt sich das Bewusstsein immer mehr durch, dass die Förderung von Kindern schon im Kindergarten beginnen muss. Erzieher sollen deswegen eine Fachhochschul- oder Hochschulausbildung erhalten, um zu einer derartigen Förderung in der Lage zu sein.

Den neuen Anforderungen an Erzieher steht aber häufig ein großer Betreuungsschlüssel und damit eine erhebliche (Lärm- und Stress-)Belastung sowie ein geringes Einkommen der Erzieher gegenüber, so dass allgemein Bedarf für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen gesehen wird.

Anknüpfungspunkt für die Gewerkschaften hierfür ist die Tarifreform im öffentlichen Dienst von vor drei Jahren. Bis dahin galt für die Erzieher, die im öffentlichen Dienst beschäftigt waren, überwiegend der Bundes-

Angestellentarifvertrag (BAT), dessen Vergütung sich nach dem Lebensalter der Beschäftigten richtete. Der BAT wurde aber mittlerweile weitgehend durch den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) ersetzt. Der TVöD sieht eine Vergütung nach Berufserfahrung und Leistung vor. Da also andere Vergütungskriterien eingeführt wurden, kann die frühere auf die jetzige Vergütung nicht ohne weiteres übertragen werden. Wie Erzieher nun eingruppiert werden sollen, ist zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften seitdem umstritten.

Die Arbeitgeber sind höchstens bereit, Erziehern um die 200 EUR mehr als bisher zu bezahlen, die Gewerkschaften (ver.di und GEW) fordern dagegen, dass Erzieher wie diejenigen Beschäftigten entlohnt werden, die einen Fachhochschulabschluss aufweisen.

Eigentlich ein Grund zum Streik für die Gewerkschaften. Allerdings ist ein Streik um Lohnerhöhungen derzeit unzulässig, da die Frage der tariflichen Bezahlung verbindlich in Form geltender Lohnarbeitsverträge geregelt ist. Bis zu deren Ablauf ist ein Lohnarbeitskampf aufgrund der die Gewerkschaft treffenden Friedenspflicht ausgeschlossen.

Allerdings gibt es derzeit keine tariflichen Regelungen zum Gesundheitsschutz der Erzieherinnen und Erzieher. Es liegt daher aus gewerkschaftlicher Sicht nahe, den Druck auf die bundesweit geführten Lohngespräche durch Streikaktionen zu erhöhen, die „offiziell“ ein anderes Ziel als eine Lohnerhöhung haben.

Diese Taktik hat unlängst vor dem Arbeitsgericht Kiel einen Dämpfer erhalten (Urteil vom 18.05.2009, ö.D. 4 Ga 23b/09).

Ende Mai 2009 rief die Gewerkschaft ver.di die Beschäftigten in kommunalen Kindertagesstätten - unter anderem auch in Kiel - zu Streiks auf. Hintergrund sind die seit Anfang 2009 geführten Verhandlungen über neue Vergütungsregelungen für Kindergärtner und Kindergärtnerinnen. Der einschlägige Lohnarbeits-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

vertrag ist allerdings erst zum Ende 2010 kündbar.

Gleichzeitig forderte ver.di tarifliche Regelungen zur Gesundheitsförderung und zum Gesundheitsschutz. Den Beschäftigten sollte künftig ein Anspruch auf eine jährliche Ermittlung arbeitsbedingter physischer und psychischer Gefährdungen zustehen. Zudem sollten paritätisch besetzte betriebliche Kommissionen errichtet werden, die bei Gesundheitsförderungs- und Arbeitsschutzmaßnahmen verbindlich zu entscheiden hätten, wenn eine gütliche Einigung der Betriebspartner über Gesundheitsschutzmaßnahmen nicht erreicht werden könnte.

Die Arbeitgeberseite sagte zu, sie werde über das Angebot beraten und darauf zurückkommen. Die diesbezügliche Einladung zu Verhandlungen durch ver.di war ihr jedoch zu kurzfristig angesetzt. Daraufhin erklärte ver.di die Verhandlungen für gescheitert und rief zum Streik auf. Die Arbeitgeberseite hielt dies für unzulässig und beantragte per Eilantrag vor dem Arbeitsgericht Kiel, ver.di den Streikaufruf zu untersagen - mit Erfolg.

Denn zum einen hatte ver.di, so das Gericht, das ultima-ratio-Prinzip verletzt, da Tarifverhandlungen zum Gesundheitsschutz noch gar nicht stattgefunden hatten und die Arbeitgeberseite Verhandlungen auch nicht abgelehnt hatte. Das Gericht vermutet vor diesem Hintergrund, dass ver.di durch den Streik Druck auf die Lohnverhandlungen ausüben wollte. Aus diesem Grund war ein Streik aber keinesfalls zulässig, da bis Ende 2010 noch die Friedenspflicht bestand.

Das Arbeitsgericht ist darüber hinaus der Meinung, die Forderungen von ver.di zum Gesundheitsschutz seien kein in einem Tarifvertrag zulässiger Regelungsgegenstand, so dass der Streik auch daher rechtswidrig war.

Die von ver.di geforderte Einrichtung der betrieblichen Kommission, so das Gericht, verletzt nämlich das Mitbestimmungsrecht des Personalrats. Nach dem hier anzuwendenden

Personalvertretungsgesetz Schleswig-Holstein hat der Personalrat ein Mitbestimmungsrecht in Fragen des Gesundheitsschutzes (§ 51). Zudem ist dort beim Scheitern einer Einigung die Einrichtung einer Einigungsstelle zwingend vorgesehen (§ 54). Dieses gesetzlich vorgeschriebene Verfahren würde durch die geforderten betrieblichen Kommissionen ausgehebelt, meint das Gericht. Darin liegt eine gemäß § 97 BPersVG unzulässige Abweichung von den Mitbestimmungsrechten.

In einem Parallellfall vertritt das Arbeitsgericht Hamburg bezüglich des Streikaufrufs von ver.di in Hamburg die gleiche Auffassung (Entscheidung vom 11.06.2009). Ver.di hat daraufhin nachträglich seine Forderungen modifiziert. Auch diesbezüglich hatte das Arbeitsgericht Hamburg Bedenken.

Der vorliegende Fall zeigt, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Streik rechtmäßig ist, nicht ausschließlich der Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten eine Rolle spielt. Im vorliegenden Fall war auch eine Abwägung der Interessen zwischen Gewerkschaften und Personalrat zu treffen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Arbeitsgericht Kiel, Entscheidung vom 18.05.2009, ö.D. 4 Ga 23b/09](#)
- [Arbeitsgericht Hamburg, Pressemitteilung vom 11.06.2009](#)
- [Arbeitsgericht Hamburg, Pressemitteilung vom 30.06.2009](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Streik](#)

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

IMPRESSUM

v.i.S.d.P. für den gesamten Inhalt dieses
Newletters ist
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Lützowstraße 32, 10785 Berlin
Telefon: 030 / 26 39 62 0;
Telefax: 030 / 26 39 62 499

E-mail: kanzlei@hensche.de

[Berlin](#) [Frankfurt](#) [Hamburg](#) [Hannover](#)
[Köln](#) [München](#) [Nürnberg](#) [Stuttgart](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796