

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

in unserem Newsletter Juni 2009 kommen wir in unserer Rubrik „Gesetzgebung“ auf die am 28.04.2009 in Kraft getretene [Reformfassung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes \(MiArbG\)](#) zu sprechen. Mit der MiArbG-Reform soll die Einführung von Mindestlöhnen in Branchen erleichtert werden, in denen weniger als 50 Prozent der Arbeitsverhältnisse von Tarifverträgen erfasst sind.

Europarechtlich interessant und durch das Allgemeine Gleichheitsgesetzes (AGG) keineswegs erledigt ist die Frage, unter welchen Umständen man von der Diskriminierung eines Arbeitnehmers aus Gründen des Alters sprechen kann. Darum geht es in einem [Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Hamburg vom 20.01.2009 \(21 Ca 235/08\)](#). Das Arbeitsgericht hält die in einem Tarifvertrag enthaltene Regelung, dass Arbeitsverhältnisse mit Erreichen des Rentenalters enden, für europarechtswidrig.

In der Rubrik „Rechtsprechung“ befassen wir uns u.a. mit einem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 09.12.2008 (1 ABR 79/07), in dem es darum ging, welchen Formerfordernissen die vom Betriebsrat gegenüber einer personellen Einzelmaßnahme erklärte Zustimmungsverweigerung genügen muss. In diesem Fall hatte der Betriebsrat ein Schreiben, mit dem er einer Umgruppierung widersprach, nicht unterschrieben. Ein weiteres Urteil betrifft einen Croupier, der kraft langjähriger betrieblicher Übung die Gewährung eines Zeitguthabens für Tage mit gesetzlichen Spielverboten beanspruchte, während sich die verklagte Spielbank auf eine diese Betriebsübung angeblich verdrängende gegenläufige Übung berief (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.03.2009, 10 Sa 2351/09). Von großer tarif- und allgemeinpoltischer Bedeutung ist auch eine weitere Entscheidung eines Berliner Gerichts, dem zufolge die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) nicht tariffähig ist (Arbeitsgericht Berlin, Beschluss vom 01.04.2009, 35 BV 17008/08).

Unter „Sonstiges“ berichten wir schließlich über den Ausgang des von der ehem. Fernsehmoderatorin Eva Herrmann geführten Kündigungsschutzprozesses, mit dem sie sich gegen die abrupte, vom NDR herbeigeführte Beendigung ihrer Fernsehkarriere zu Wehr setzte.

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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

GESETZGEBUNG

- Die Reformfassung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MiArbG) ist am 28.04.2009 in Kraft getreten.

EUROPÄISCHES RECHT

- Ist die Zwangspensionierung von Arbeitnehmern doch europarechtswidrig? Arbeitsgericht Hamburg, EuGH-Vorlage vom 20.01.2009, 21 Ca 235/08.

RECHTSPRECHUNG

- Kein Verfall von Urlaubsgeldansprüchen aufgrund langdauernder Krankheit: BAG, Urteil vom 19.05.2009, 9 AZR 477/07
- Verweigerung der Zustimmung zu personellen Maßnahmen ohne Unterschrift: BAG, Beschluss vom 09.12.2008, 1 ABR 79/07
- Voraussetzungen einer negativen Betriebsübung: LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.03.2009, 10 Sa 2351/08
- Fristlose Kündigung wegen Entwendung von Brotaufstrich („Hirtenfladenbelag“)? Arbeitsgericht Dortmund, Urteil vom 10.03.2009, 7 Ca 4977/08
- Die CGZP ist nicht tariffähig: ArbG Berlin, Beschluss vom 01.04.2009, 35 BV 17008/08.

SONSTIGES

- Tagesschausprecher sind keine Arbeitnehmer: LAG Hamburg, Urteil vom 01.04.2009, 3 Sa 58/08 (Eva Herman)

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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

GESETZGEBUNG

Die Reformfassung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MiArbG) ist am 28.04.2009 in Kraft getreten.

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Nachdem die Reform des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (Mindestarbeitsbedingungengesetz – MiArbG) am 22.01.2009 vom Bundestag beschlossen wurde und damit die parlamentarischen Hürden genommen hat, wurde sie am 27.04.2009 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBI I, 818 ff.) und ist daher seit dem 28.04.2009 in Kraft.

Das reformierte Gesetz behält seine bisherige Bezeichnung, obwohl Gegenstand der staatlichen Regulierung nicht mehr sämtliche Arbeitsbedingungen, sondern nur noch ein (allerdings wichtiger) Teilbereich der Arbeitsbedingungen ist, nämlich die Mindestlöhne bzw. Mindestarbeitsentgelte. Von daher hätte eine Umbenennung des Gesetzes in „Mindestarbeitsentgeltgesetz“ oder „Mindestlohngesetz“ nahegelegen.

Um Mindestlöhne festzusetzen, muss der beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) zu bildende „Hauptausschuss für Mindestarbeitsentgelte“ zunächst durch Beschluss feststellen, dass in einem Wirtschaftszweig soziale Verwerfungen vorliegen und Mindestlöhne festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden sollen. Die sechs einfachen Mitglieder des Hauptausschusses und sein Vorsitzender werden von der Regierung ernannt, wobei jeweils zwei einfache Mitglieder aufgrund eines Vorschlags der Gewerkschafts- und Arbeitgeberseite von der Regierung ernannt werden.

Auf der Grundlage eines solchen Beschlusses wird sodann ein sog. Fachausschuss tätig. Er besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber und setzt die Mindestarbeitsentgelte durch Beschluss fest. Der Hauptausschuss kann dazu Stellung nehmen. Außerdem muss das BMAS vor der Entgeltfestsetzung den obersten Arbeitsbehörden der beteiligten Länder, den betroffenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie den zuständigen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. Äußerung in einer öffentlichen Verhandlung vor dem Fachausschuss geben.

In einem dritten Schritt entscheidet das BMAS, ob es sich die Festsetzungen des Fachausschusses zu eigen macht oder nicht. Ein inhaltliches Änderungsrecht steht dem Ministerium nicht zu.

Schließlich kann die Bundesregierung, falls sich das BMAS hinter die Festsetzungen des Fachausschusses gestellt hat, auf Vorschlag des BMAS die vom Fachausschuss festgesetzten Mindestarbeitsentgelte als Rechtsverordnung erlassen. Die Rechtsverordnung kann befristet werden. Sie bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates.

Sind Mindestlöhne einmal festgesetzt, wirken sie auf von ihnen erfassten Arbeitsverhältnisse im Prinzip wie Tariflöhne eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags ein, d.h. sie sind eine zwingende, auch abweichende Tariflöhne verdrängende absolute Untergrenze. Ein Verzicht auf ein Mindestarbeitsentgelt ist nur durch gerichtlichen Vergleich zulässig. Die Verwirkung des Anspruchs auf ein Mindestarbeitsentgelt ist ebenso ausgeschlossen wie der Untergang des Anspruchs infolge von Ausschlussfristen.

**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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Die materiellen Voraussetzungen für die Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten sind im Vergleich zu den eher komplizierten Verfahrensregeln gering. Vorausgesetzt ist nur, dass in einem Wirtschaftszweig bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs. 2 MiArbG).

Trotzdem ist nicht anzunehmen, dass die derzeitige oder künftige Bundesregierungen nun beherzt „loslegen“ und einer Branche nach der anderen Mindestarbeitsentgelte auferlegen.

Dagegen sprechen zunächst die bisherigen Erfahrungen mit dem MiArbG 1952, das den Jahrzehnten seiner Geltung stets „toter Buchstabe“ geblieben ist. Und das lag nicht etwa daran, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Festlegung von Mindestlöhnen bis zur jetzigen Reform höher gewesen wären. Die Reform des MiArbG erleichtert die staatliche Mindestlohnfestsetzung entgegen anderslautenden, v.a. regierungsamtlichen politischen Einschätzungen in Wahrheit kaum (wir berichteten hierüber in: [Arbeitsrecht aktuell 08/090](#)).

Gegen eine Ingebrauchnahme des reformierten MiArbG spricht auch eine bezeichnende Übergangsregelung, die in [§ 8 Abs. 2 MiArbG](#) enthalten ist. Danach gehen Tariflöhne, die in einem vor dem 16.07.2008 abgeschlossenen Tarifvertrag enthalten sind, den staatlich festgesetzten Mindestlöhnen vor, d.h. sie gelten auch dann, wenn sie geringer sind. Dies gilt gemäß [§ 8 Abs. 2 Satz 2 MiArbG](#) auch für einen Tarifvertrag, mit dem die Tarifvertragsparteien einen solchen Tarifvertrag ablösen oder diesen nach seinem Ablauf durch einen Folgetarifvertrag, der mit diesem in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang steht, ersetzen. Das heißt

im Ergebnis: Werden Tarifverträge mit „Hungerlöhnen“ von den Tarifparteien kontinuierlich weiter gehegt und gepflegt, sind sie eine dauerhafte rechtliche Sperre für staatliche Lohnfestsetzungen nach dem MiArbG.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, vom 22.04.2009, BGBl I, S.818 ff.](#)
- [Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen \(Mindestarbeitsbedingungen - MiArbG\), Reformfassung](#)
- [BMAS, Mindestarbeitsbedingengesetz tritt in Kraft \(Pressemeldung vom 27.04.2009\)](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Mindestlohn](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 08/090 Der Berg kreißt und gebiert eine Maus.](#)

EUROPÄISCHES RECHT

Ist die Zwangspensionierung von Arbeitnehmern doch europarechtswidrig? Arbeitsgericht Hamburg, EuGH-Vorlage vom 20.01.2009, 21 Ca 235/08.

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

Über welche Rechtsfrage hat das Arbeitsgericht Hamburg entschieden?

Das [Verbot der Altersdiskriminierung](#) ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. Die [Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung](#)

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG) soll die Beachtung dieses Grundsatzes sicherstellen, erlaubt aber unter bestimmten Umständen Ungleichbehandlungen. Unter welchen Umständen Ungleichbehandlungen wegen des Alters gerechtfertigt sind, ist politisch und rechtlich immer noch umstritten.

Speziell an der sog. "Zwangspensionierung", d.h. der automatischen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einem bestimmten Alter (meist: Rentenalter) scheiden sich die Geister. Hier werden Arbeitnehmer aufgrund tariflicher oder arbeitsvertraglicher Regelung „unmittelbar“ wegen ihres Alters schlechter als ihre Kollegen behandelt. Zu der Frage, ob eine solche Ungleichbehandlung eine Altersdiskriminierung ist, nahm der EuGH grundlegend in dem aus Spanien stammenden Fall "Palacios" (Urteil vom 16.10.2007, C-411/05) Stellung.

Danach gilt: Die Ungleichbehandlung wegen des Alters muss nach Art.6 der Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt sein. Hierfür ist ein anerkanntes sozialpolitisches Ziel erforderlich, v.a. aus den Politikfeldern Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt. Zweitens müssen die Mittel, mit denen dieses Ziel erreicht werden soll (hier also die Zwangspensionierung) angemessen und erforderlich sein. Dabei haben Staat und Sozialpartner einen weiten Ermessensspielraum bei der Wahl der Ziele und Mittel. Drittens muss auch die rechtliche Ungleichbehandlung selbst, d.h. die Art und Weise der rechtlichen Schlechterstellung älterer Arbeitnehmer „angemessen“ und „erforderlich“ sein.

Nennt der Gesetzgeber kein Ziel ausdrücklich, muss es wenigstens aus den Umständen (Ablauf der Gesetzgebung, Zusammenhang mit

anderen Gesetzen etc.) erkennbar sein. In Spanien sollte die Zwangspensionierung die Arbeitslosigkeit eindämmen und Jüngeren den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern. Dies ergab sich aus dem Ablauf der Gesetzgebung. Der EuGH hielt es im Palacios-Urteil für "nicht unvernünftig", dass Spanien davon ausging, die Zwangspensionierung sei hierfür angemessen und erforderlich. Auch im Ergebnis hielt er die spanische Regelung für zulässig, da sie neben dem Alter berücksichtigte, dass dem Betroffenen ein finanzieller Ausgleich zustand, nämlich eine Altersrente, und weil die Höhe dieses Ausgleichs, so der EuGH, "nicht als unangemessen betrachtet werden kann".

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) fühlte sich durch dieses Urteil in seiner Rechtsprechung bestätigt. Es hatte Zwangspensionierungen schon immer für wirksam gehalten. Ein Arbeitgeber habe großes Interesse an einer berechenbaren Nachwuchsplanung. Das entgegenstehende Interesse eines Arbeitnehmers an Fortführung seiner Tätigkeit sei dagegen nicht so erheblich, da dies ohnehin nur noch für eine begrenzte Zeit möglich sei. Zudem seien Arbeitnehmer mit Erreichen der Regelaltersgrenze "wirtschaftlich abgesichert". Dabei kommt es nach Ansicht des BAG nicht auf die Höhe der Rente an, da der Ruhestand vorhersehbar ist und damit geplant werden kann.

In einer aktuellen Entscheidung (BAG, Urteil vom 18.06.2008, 7 AZR 116/07) griff das BAG die EuGH-Entscheidung im Fall "Palacios" auf und entschied, dass die Zwangspensionierung der gerechten Verteilung der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze diene. Dabei sah sich das BAG durch das Sechste Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und durch das Altersteilzeitgesetz 1996 (AltTZG 1996) bestätigt. Das BAG sah von einer Vorlage an den

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

EuGH ab, da die europarechtlichen Fragestellungen zur Zwangspensionierung geklärt seien (wir berichteten darüber in: [Arbeitsrecht aktuell: 08/077](#)).

Ein knappes halbes Jahr später war das Arbeitsgericht (ArbG) Hamburg hier allerdings anderer Auffassung.

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg zugrunde?

Die Beklagte ist eine GmbH aus dem Gebäudereinigungsgewerbe. In diesem Tätigkeitsfeld arbeiten überdurchschnittlich viele Frauen und überdurchschnittlich viele Teilzeitkräfte. Mini-Jobs sind verbreitet. Speziell bei der Beklagten sind auch mehrere Beschäftigte tätig, die älter als 65 sind. Die Klägerin gehört ebenfalls zu dieser Generation. Sie wurde 1943 geboren, ist verheiratet und hat einen Sohn mit einem Grad der Behinderung von 100. Ihr Ehemann ist Rentner.

Seit 1994 war sie Raumpflegerin in einer Kaserne und arbeitete dort täglich zwei Stunden, wöchentlich zehn Stunden. Hierfür erhielt sie zuletzt 307,48 Euro brutto. Auf das Arbeitsverhältnis war derselbe Tarifvertrag ("Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung") anzuwenden, der schon Grundlage der oben erwähnten BAG-Entscheidung war. In ihm ist u.a. geregelt, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Kalendermonats, in dem der Beschäftigte Anspruch auf eine Altersrente hat, spätestens mit Ablauf des Monats, in dem der Beschäftigte das 65. Lebensjahr vollendet hat, endet.

Die Altersangabe in diesem Tarifvertrag stammt aus dem Jahr 1987. Der Tarifvertrag ist in seiner aktuellen Fassung seit dem 01.01.2004

allgemeinverbindlich. Das [Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz \(AGG\)](#), das das europarechtliche Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Recht umsetzt, trat erst zweieinhalb Jahre später in Kraft.

Mitte 2008 teilte die Beklagte der Klägerin mit, ihr Arbeitsverhältnis ende gemäß Tarifvertrag kurz nach ihrem 65sten Geburtstag. Die Klägerin widersprach dem in Anbetracht ihrer Rente, die monatlich 253,19 Euro brutto bzw. 228,26 netto beträgt. Die Befristung auf die Altersgrenze 65 sei gemeinschaftsrechtswidrig, sie möchte daher weiter beschäftigt werden.

Da die Beklagte dieser Bitte nicht nachkam, zog die Klägerin vor das ArbG Hamburg.

Wie hat das Arbeitsgericht Hamburg entschieden?

Das ArbG teilte die Zweifel der Klägerin und setzte das Verfahren aus, um dem EuGH Fragen zur Auslegung der Richtlinie 78/2000/EG vorzulegen ([EuGH-Vorlage vom 20.01.2009, 21 Ca 235/08](#)). Letztlich möchte es wissen, ob die deutsche Rechtspraxis gemeinschaftsrechtskonform ist. Als "Aufhänger" nutzte es die Einführung des AGG sowie dessen Änderung durch gewisse, vom Gesetzgeber lediglich als redaktionell eingestufte Streichungen.

Im Kern deutet das Gericht die Auffassung an, die Altersgrenze "65" sei eine Standardgrenze ohne konkrete Begründung und daher gemeinschaftsrechtlich unhaltbar. Es verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass diese Altersgrenze über Jahrzehnte hinweg in allen Branchen ohne Bezug auf die jeweilige wirtschaftliche, soziale, demographische Situation und die konkrete Arbeitsmarktlage gegolten haben. Bezogen auf den entscheidungserheblich-

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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

chen Rahmentarifvertrag konnte das Arbeitsgericht Hamburg weder dem Tarifvertrag selbst noch der Allgemeinverbindlichkeitserklärung konkrete Ziele entnehmen, die mit der Altersgrenze verbunden werden.

Es bleibt damit bei der abstrakten, nach Ansicht des Gerichts nicht tragfähigen Überlegung, dass die Entlassung eines älteren Arbeitnehmers positive Effekte für den Arbeitsmarkt auslösen kann, indem sie die Neueinstellung jüngerer Arbeitnehmer ermöglicht.

Zweifel hegt das Arbeitsgericht Hamburg auch daran, dass die Höhe der Rente tatsächlich unerheblich sein soll. Der vorliegende Fall zeigt nach Meinung des Gerichts, dass Arbeitskräfte im Niedriglohnssektor durch eine Altersrente eben nicht wirtschaftlich abgesichert sind und eine Anschlussbeschäftigung durchaus nötig sein kann. In diesem Sektor sei das Einkommen zudem so gering, dass keine Rückstellungen für den Lebensabend gebildet werden können.

Dem ArbG Hamburg wurde von einigen Arbeitsrechtlern vorgeworfen, seine EuGH-Vorlage sei überflüssig, ja sogar schädlich für die Rechtssicherheit. Diese Auffassung dürfte etwas zu pauschal sein. Wieso sollte es schädlich sein, eine jahrzehntelange Rechtspraxis durch den EuGH absegnen zu lassen? Oder verbirgt sich hinter diesem Vorwurf die Befürchtung, die Praxis der Zwangspensionierung könne doch noch gekippt werden?

Außerdem mahnte der EuGH jüngst bei der Entscheidung über einen Fall von Zwangspensionierung in Großbritannien ([Urteil vom 05.03.2009, C-388/07 – „Age Concern England“](#)), der weite Wertungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl der Mittel dürfe nicht dazu führen, das Verbot der Altersdiskriminie-

rung auszuhöhlen (wir berichteten in: [Arbeitsrecht aktuell: 08/038](#)). Allgemeine Behauptungen, eine Maßnahme sei geeignet, der Beschäftigungspolitik zu dienen, genügen daher nicht, Ungleichbehandlungen wegen des Alters zu rechtfertigen. Dies kann durchaus als Bestätigung der Argumentation des ArbG Hamburg verstanden werden. Jedenfalls sind weitere Entscheidung des EuGH zu Fragen der Zwangspensionierung schon deshalb zu begrüßen, weil hier noch viele Fragen offen sind.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Arbeitsgericht Hamburg, EuGH-Vorlage vom 20.01.2009, 21 Ca 235/08](#)
- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 05.03.2009, C-388/07 \(Age Concern England\)](#)
- [Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16.10.2007, C-411/05 \(Palacios de la Villa\)](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 09/038: Ist die Entlassung in die Rente diskriminierend?](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 07/77: Zwangsverrentung als Mittel der Beschäftigungsförderung?](#)

RECHTSPRECHUNG

Kein Verfall von Urlaubsgeldansprüchen aufgrund langdauernder Krankheit: BAG, Urteil vom 19.05.2009, 9 AZR 477/07

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Die gesetzlichen Mindestbedingungen für den [Urlaubsanspruch](#) des Arbeitnehmers sind im [Bundesurlaubsgesetz \(BUrlG\)](#) enthalten. Dazu

**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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

gehören ein jährlicher Urlaubsanspruch von vier Wochen und die Pflicht des Arbeitgebers, die Vergütung während des Urlaubs weiter zu bezahlen.

Im Arbeitsvertrag oder in Tarifverträgen können jedoch für den Arbeitnehmer günstigere Bedingungen vereinbart werden. So können dem Arbeitnehmer zusätzliche Urlaubstage gewährt werden oder er kann während des Urlaubs eine zusätzliche Vergütung, ein sog. Urlaubsgeld, beanspruchen.

Da [§ 7 Abs. 3 BUrlG](#) vorsieht, dass der Urlaub bei dringenden „in der Person“ des Arbeitnehmers liegenden Gründen auf das Folgejahr übertragen wird, dann aber spätestens bis zum 31. März des Folgejahres genommen werden muss, hatte die Rechtsprechung seit den 80er Jahren angenommen, dass der Urlaub von langwierig erkrankten Arbeitnehmern (zwar nicht zum 31. Dezember, aber:) nach Übertragung am 31. März des Übertragungsjahres verfällt.

Dieser Rechtsprechung lag die juristische Annahme zugrunde, dass auch die krankheitsbedingte Arbeits- und Urlaubsunfähigkeit zu den „in der Person des Arbeitnehmers“ liegenden Übertragungsgründen zu zählen ist. In rechtspolitischer Hinsicht gründete diese Rechtsprechung auf der Überzeugung, dass der Anspruch auf Urlaub kein finanzieller, sondern ein auf die Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit gerichteter Anspruch eigener Art ist, so dass über längere Zeit nicht genommener Urlaub nicht „nachgeholt“ werden kann.

Entsprechend engherzig urteilten die Arbeitsgerichte, wenn der Arbeitnehmer die finanzielle Abgeltung seines bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses offenen Resturlaubs begehrte.

Entgegen dieser jahrzehntelangen Rechtsprechung entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) vor einigen Monaten in der Rechtssache Schultz-Hoff ([Urteil vom 20.01.2009, C-350-06](#)), dass es gegen die [Richtlinie 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung \(kurz: "Arbeitszeitrichtlinie"\)](#) verstößt, wenn der Urlaubsanspruch wegen der [Erkrankung](#) des Arbeitnehmers ersatzlos verfällt. Seitdem steht auch langwierig erkrankten Arbeitnehmern der Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch der vergangenen Jahre zu (wir berichteten darüber in [Arbeitsrecht aktuell 09/023](#), [Arbeitsrecht aktuell 09/052](#), [Arbeitsrecht aktuell 09/057](#) und [Arbeitsrecht aktuell 09/042](#)).

Zwingend gilt dies nur für den gesetzlichen Mindesturlaub von vier Wochen. Denn nur ein Urlaubsanspruch in diesem Umfang ist von der Arbeitszeitrichtlinie zwingend vorgeschrieben. Zu den darüber hinausgehenden, aus Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag folgenden Ansprüchen des Arbeitnehmers enthält die Richtlinie keine Vorgaben. Solche Ansprüche dürfen deshalb, soweit es um das Europarecht bzw. die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie geht, infolge längerer Krankheit des Arbeitnehmers verfallen.

Unklar ist die Rechtslage allerdings, wenn der zusätzliche Anspruch auf Urlaub oder auf Urlaubsgeld durch die Regelungen des Tarif- oder Arbeitsvertrags an den gesetzlichen Anspruch aus dem BUrlG geknüpft wird. Es fragt sich dann, ob eine solche Verbindung zur Folge, dass der über den gesetzlichen Urlaubsanspruch hinausgehende Urlaubsanspruch ebenso wie dieser vor den Folgen einer längeren Erkrankung geschützt ist, d.h. nicht verfällt. Mit dieser Frage beschäftigt sich ein aktuelles [Urteil des Bundesarbeitsgerichts \(BAG\) vom 19.05.2009 \(9 AZR 477/07\)](#).

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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer ist seit 1999 bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigt. Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Tarifvertrag besteht Anspruch auf ein zusätzliches Urlaubsgeld. Dieser Anspruch entsteht nach den Regelungen des Tarifvertrags gleichzeitig mit dem Urlaubsanspruch.

Vom Februar 2005 bis zumindest März 2006 war der Kläger arbeitsunfähig krankgeschrieben. Er verlangte von der Beklagten Zahlung des tariflichen Urlaubsgeldes für das Jahr 2005.

Das Arbeitsgericht Kaiserslautern und das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz ([Urteil vom 25.01.2007, 6 Sa 830/08](#)) wiesen die Klage ab.

Beide Gerichte kamen zu dem Ergebnis, dass die im Tarifvertrag gewählte Formulierung auf eine Verknüpfung von Urlaubsanspruch und Urlaubsgeld hinweist. Deshalb, so die Folgerung, gilt für den Anspruch auf Urlaubsgeld das gleiche wie für den Anspruch auf Urlaub.

Da zum Zeitpunkt der Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz das Urteil des EuGH in der Rechtssache Schultz-Hoff noch nicht vorlag und daher auch (noch) nicht davon auszugehen war, dass der krankheitsbedingte Verfall von Urlaubsansprüchen europarechtswidrig ist, kamen Arbeitsgericht und LAG zu dem Ergebnis, dass der Urlaubsanspruch des Klägers aus dem Jahre 2005 verfallen war. Denn der Kläger konnte den Urlaub wegen seiner Krankheit bis zum 31.03.2006 nicht nehmen.

Damit kam das LAG auf der Grundlage des bisherigen Urlaubsrechts konsequent zu dem Er-

gebnis, dass auch der Anspruch auf Urlaubsgeld verfallen war.

Wie hat das BAG entschieden?

Auch das BAG entschied gegen den Kläger, allerdings mit einer im Wesentlichen anderen Begründung. Deren Einzelheiten sind noch nicht bekannt, da das Urteil derzeit nur in Form einer Pressemeldung vorliegt.

In einem Punkt teilt das BAG die Auffassung des LAG - dass nämlich nach der Formulierung im Tarifvertrag die Entstehung des Urlaubsgeldes an die Entstehung des Urlaubsanspruches gekoppelt ist.

Im Anschluss an das Schultz-Hoff-Urteil des EuGH war das BAG allerdings – anders als das LAG – der Meinung, dass der Urlaubsanspruch aus dem Jahr 2005 nicht durch die Krankheit des Klägers verfallen ist. Dementsprechend war auch sein Anspruch auf Urlaubsgeld für das Jahr 2005 noch nicht verfallen.

Allerdings hatte der Arbeitnehmer im Verlauf des gerichtlichen Streits einen Fehler begangen, indem er seinen Resturlaub für das Jahr 2005 nicht bis zum Zeitpunkt der LAG-Entscheidung beantragt bzw. genommen hatte. Da aber, so das BAG, der tarifliche Urlaubsgeldanspruch nicht allein an das rechtliche Bestehen des Urlaubsanspruches geknüpft ist, sondern auch die tatsächliche Urlaubsgewährung voraussetzt, konnte der Kläger hier letztlich kein Urlaubsgeld beanspruchen.

Interessant an dem Urteil ist vor allem, dass schon die rechtliche Verknüpfung des Anspruchs auf Urlaubsgeldes mit dem Urlaubsanspruch dafür ausreicht, dass der Urlaubsgeldanspruch nicht verfällt. Immerhin

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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

wird in vielen Arbeits- und Tarifverträgen bei der Ausgestaltung von Ansprüchen auf Zusatzurlaub und auf Urlaubsgeld (ergänzend) auf die gesetzlich bestehenden Ansprüche bzw. Regelungen Bezug genommen. Daraus könnte man ableiten, dass die arbeitnehmerfreundliche Aussage des Schultz-Hoff-Urteils - je nach Ausgestaltung des einschlägigen Tarif- bzw. Arbeitsvertrags - auch für solche, über den gesetzlichen Mindesturlaubsanspruch hinausgehenden Ansprüche gilt.

Da die Tarif- bzw. Arbeitsvertragsparteien, als sie solche Regelungen vereinbarten, allerdings noch von der gesetzlichen Verfallsregelung in Gestalt der bisherigen Rechtsprechung ausgingen, könnte man auch andersherum argumentieren, dass eine Bezugnahme auf den gesetzlichen Urlaubsanspruch nicht ausreicht, um den Verfall zusätzlich vereinbarter Ansprüche zu verhindern.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [BAG, Urteil vom 19.05.2009, 9 AZR 477/07, Pressemitteilung 46/09 vom 19.05.2009](#)
- [LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.01.2007, 6 Sa 830/06](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Urlaub](#)

Verweigerung der Zustimmung zu personellen Maßnahmen ohne Unterschrift: BAG, Beschluss vom 09.12.2008, 1 ABR 79/07

von Rechtsanwalt Benjamin Biere

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Für Einstellungen, Ein- und Umgruppierungen und Versetzungen braucht der Arbeitgeber ge-

mäß [§ 99 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz \(BetrVG\)](#) die vorherige Zustimmung des Betriebsrats, da die Maßnahme ansonsten rechtlich unzulässig ist. Verweigert die Betriebsrat die Zustimmung, was er binnen einer Woche nach entsprechender Anhörung und unter Bezugnahme auf fünf gesetzlich genannte Verweigerungsgründe tun kann, muss der Arbeitgeber vor Gericht ziehen und die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats beantragen.

Für die Zustimmungsverweigerung schreibt das Gesetz die Schriftform vor (§ 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Unter Berücksichtigung der in [§ 126 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) enthaltenen Definition einer „schriftlichen“ Erklärung würde dies bedeuten, dass der Betriebsrat bzw. sein Vorsitzender die Zustimmungsverweigerung dem Arbeitgeber in Form eines eigenhändig unterschriebenen Schriftstücks übermitteln müsste.

Ob der Betriebsrat wirklich so strenge Formerfordernisse beachten muss, war bisher unklar.

Zwar hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer Entscheidung aus dem Jahre 2002 (Beschluss vom 11.06.2002, 1 ABR 43/01) klargestellt, dass die Zustimmungsverweigerung keine Willenserklärung im Sinne der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre ist. Daher ist die gesetzliche Formvorschrift des [§ 126 Abs. 1 BGB](#) nicht anzuwenden. Allerdings lag dieser Entscheidung ein Fall zugrunde, in dem der Betriebsrat die unterschriebene Zustimmungsverweigerung dem Arbeitgeber fristwährend per Telefax übermittelt hatte, d.h. hier gab es immerhin unterschriebenes Originaldokument. Außerdem wurden in der arbeitsrechtlichen Literatur Zweifel geäußert, ob man für das BetrVG einen eigenen Begriff der Schriftlichkeit einführen 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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Mit der Frage, ob die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats auch dann „schriftlich“ im Sinne von § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erklärt und daher beachtlich ist, wenn das dem Arbeitgeber übermittelte Schreiben keine Unterschrift trägt, hatte sich das BAG mit [Beschluss vom 09.12.2008 \(1 ABR 79/07\)](#), dessen Gründe vor kurzem veröffentlicht wurden, zu befassen.

Welcher Sachverhalt lag dem Beschluss des BAG zugrunde?

In dem Beschlussverfahren stritten ein bundesweit tätiges Einzelhandelsunternehmen und der in einem seiner Kaufhäuser bestehende Betriebsrat über die Umgruppierung einer Arbeitnehmerin.

Am 23.11.2005 beantragte der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung von Arbeitnehmerin W. in die Gehaltsgruppe III. Mit Schreiben vom 29.11.2005 lehnte der Betriebsrat das mit ausführlicher Begründung ab. Er hielt die Einreihung in eine höhere als die Gehaltsgruppe III für richtig. Das Schreiben endet mit der maschinenschriftlichen Wiedergabe des Namens des Betriebsratsvorsitzenden unter Nennung seiner Funktion. Es ist handschriftlich nicht unterzeichnet. Das Schreiben wurde dem Filialgeschäftsführer am 29.11.2005 vom Vorsitzenden des Betriebsrats persönlich übergeben.

Im März 2006 machte der Betriebsrat ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren anhängig, mit dem er dem Arbeitgeber die Eingruppierung von Frau W. in Gehaltsgruppe III untersagen lassen wollte. Der Arbeitgeber setzte sich zur Wehr und beehrte seinerseits die Feststellung, dass die Zustimmung zur der begehrten Eingruppierung als erteilte gelte. Hilfsweise beantragte der Arbeitgeber die Ersetzung der

Zustimmung des Betriebsrates zu der streitigen Eingruppierung.

Das Arbeitsgericht Trier wies sowohl die Anträge des Betriebsrats als auch den in der ersten Instanz vom Arbeitgeber allein gestellten Antrag auf Zustimmungsersetzung ab (Beschluss vom 27.11.2006, 4 BV 9/06).

Auf die Beschwerde des Arbeitgebers hob das Landesarbeitsgericht (LAG) Rheinland-Pfalz den Beschluss des Arbeitsgerichts auf und gab dem Arbeitgeber recht ([Beschluss vom 12. Juli 2007, 2 TaBV 74/06](#)), indem es feststellte, dass die Zustimmung zur Eingruppierung der Frau W. in die Gehaltsgruppe G III als erteilt gelte. Zur Begründung stützt sich das LAG darauf, dass die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nicht der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform entspreche.

Mit der vom LAG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat sein Begehren weiter. Sein ursprüngliches Ziel, dem Arbeitgeber die Eingruppierung der Frau W. untersagen zu lassen, verfolgte er nicht mehr; in dieser Hinsicht war die Entscheidung des Arbeitsgerichts Trier bereits rechtskräftig geworden. Gegenstand der Rechtsbeschwerde, d.h. des Verfahrens vor dem BAG, waren allein die Anträge des Arbeitgebers. Wie erwähnt beehrte der Arbeitgeber in erster Linie die gerichtliche Feststellung, dass die Zustimmung zur streitigen Eingruppierung der Frau W. in die Gehaltsgruppe, hilfsweise die Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung der Frau W. in die Gehaltsgruppe III zu ersetzen.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG gab dem Betriebsrat recht. Zur Begründung heißt es, dass der Betriebsrat seine

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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Zustimmung fristgerecht und formwirksam verweigert habe. Zwar sei die Form des § 126 Abs. 1 BGB nicht erfüllt, da keine eigenhändige Unterzeichnung mit Namensunterschrift vorlag. Nach Ansicht des BAG genügt für eine Zustimmungsverweigerung aber die Textform gemäß [§ 126b BGB](#).

Eine analoge Anwendung des § 126 Abs. 1 BGB schließt das BAG mit der Begründung aus, Normzweck und Interessenlage verlangten nicht nach einer eigenhändigen Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung durch Namensunterschrift des Betriebsratsvorsitzenden. Das Schriftformerfordernis des § 99 Abs. 3 BetrVG soll nach Ansicht des BAG gewährleisten, dass der Arbeitgeber auf sichere Weise Kenntnis von den Gründen erhalte, die den Betriebsrat zur Verweigerung seiner Zustimmung bewogen haben. Diesem Informations- und Klarstellungszweck genügt aber ein dem Arbeitgeber zugewandenes Verweigerungsschreiben auch ohne eigenhändige Namensunterschrift des Betriebsratsvorsitzenden.

Auch andere Zwecke, die mit der Schriftform verbunden werden wie etwa Übereilungsschutz oder dgl., spielen im Rahmen von § 99 BetrVG nach Ansicht des BAG keine Rolle.

Das BAG hält statt dessen die entsprechende Anwendung von § 126b BGB für ausreichend. Die Interessenlage spreche für eine analoge Anwendung des § 126b BGB, da die Informations- und Dokumentationsfunktion auch durch die Textform gewahrt werde.

Der Entscheidung des BAG ist zuzustimmen. Zwar mag man unter Berücksichtigung des Grundsatzes der „Einheit der Rechtsordnung“ Bedenken gegen die unterschiedliche Auslegung identischer Begriffe in unterschiedlichen Geset-

zen haben. Demgegenüber sind der Zweck der Norm (hier: § 99 BetrVG einerseits, § 126 BGB andererseits) und der Schutz der Interessen der Gesetzesadressaten wichtiger.

Für die Praxis schafft die Entscheidung Klarheit: Betriebsräte sollten darauf achten, die Zustimmungsverweigerung zu personellen Einzelmaßnahmen stets (mindestens) in Textform abzugeben. Wichtiger und schwieriger zu bewerkstelligen als die Beachtung der (reduzierten) Formerfordernisse bei der Erklärung der Zustimmungsverweigerung ist die Herbeiführung eines ordnungsgemäßen Beschlusses des Betriebsrats über die Zustimmungsverweigerung. Hier kann der Betriebsrat viele Fehler machen, etwa bei der Einladung der Mitglieder zur Betriebsratsitzung, die die Rechtswirksamkeit seiner Zustimmungsverweigerung gefährden können.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [BAG, Beschluss vom 09.12.2008, 1 ABR 79/07](#)
- [Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 12.07.2007](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebsrat](#)

Voraussetzungen einer negativen Betriebsübung: LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.03.2009, 10 Sa 2351/08

von Rechtsanwältin Nina Lüking, Hannover

Über welche Rechtsfrage hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden?

Die Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern werden neben den ausdrücklichen schriftlichen und mündlichen

**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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Vereinbarungen auch durch sog. [betriebliche Übungen](#) bestimmt. Eine Betriebsübung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter gleichförmiger Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aufgrund deren die Arbeitnehmer darauf vertrauen können, dass ihnen eine bestimmte Vergünstigung auf Dauer gewährt werden soll. Das Rechtsinstitut der Betriebsübung dient dem Schutz des Arbeitnehmers vor willkürlichen Verschlechterungen seiner Arbeitsbedingungen.

Eine betriebliche Übung entsteht nach der Rechtsprechung bereits dann, wenn der Arbeitgeber dreimal in Folge eine Vergünstigung in gleichförmiger Weise gewährt, d.h. der Arbeitnehmer kann danach weitere Vergünstigungen beanspruchen. Das Entstehen einer betrieblichen Übung setzt keinen Rechtsbindungswillen des Arbeitgebers voraus, d.h. ihm muss nur bewusst sein, dass er den Arbeitnehmern eine Vergünstigung gewährt.

Will der Arbeitgeber von einer die Arbeitnehmer begünstigenden betrieblichen Übung abweichen, kann er dies grundsätzlich nur durch Änderung des Arbeitsvertrags erreichen, daneben auch - allerdings nur unter engen Voraussetzungen - durch Abschluss einer („verbösernden“) Betriebsvereinbarung. Darüber hinaus kann eine betriebliche Übung durch eine andere, für die Arbeitnehmer ungünstigere („negative“) betriebliche Übung abgelöst werden, jedoch setzt eine solche Ablösung nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) eine dreimalige gegenläufige Handhabung voraus.

Unter welchen Voraussetzungen eine negative Betriebsübung vorliegt, ist im Einzelfall oft schwer zu beurteilen. Über einen solchen Fall hatte vor kurzem das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg zu entscheiden.

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 Köln

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

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

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

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 Stuttgart

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

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

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

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des LAG Berlin-Brandenburg zugrunde?

Ein Croupier, auf dessen Arbeitsverhältnis infolge arbeitsvertraglicher Vereinbarung der Rahmentarifvertrag (RTV) „Klassisches Spiel“ Anwendung fand, klagte gegen seinen Arbeitgeber auf Gewährung von Zeitgutschriften. § 5 Abs.3 S.1 des RTV sieht pro Dienstplanwoche von sieben Tagen mindestens zwei arbeitsfreie Tage (Ausgänge) vor. Die wöchentliche Arbeitszeit von 34 bzw. 36 Stunden vermindert sich für jeden gesetzlichen Feiertag, der auf einen Werktag fällt, um die jeweils ausgefallene Zeit. Das [Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken in Berlin](#) sieht in § 9 vor, dass an Karfreitag, Volkstrauertag, Totensonntag, 24. und 25. Dezember das Spielen verboten ist.

Der beklagte Arbeitgeber, eine Spielbank, gestand Arbeitnehmern, die an einem Spielverbotstag nicht zum Dienst eingeteilt waren Zeitgutschriften von jeweils einem Ausgangstag seit jedenfalls 1991 bis einschließlich 2003 zu.

Mitte Juni 2004 trat eine Betriebsvereinbarung in Kraft, auf Grund derer „gesetzliche Schließtage vorläufig befristet bis zum 31.12.2004 im Dienstplan keine Berücksichtigung finden, d.h. für Schließtage kein Mitarbeiter mehr eingeteilt wird.“ Im Jahr 2004 wurden für Spielverbotstage daher keine Zeitgutschriften bzw. Ersatz-Ausgangstage mehr gewährt. Die Dienstplanung im Jahr 2005 erfolgte dann aber wieder so wie vor dem Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung. Im Jahr 2006 war der Kläger am 19.11., 26.11. sowie 24.12. nicht zum Dienst eingeteilt. Eine Zeitgutschrift erfolgte nicht.

Der Kläger widersprach den Gehaltsabrechnungen und meinte, dass ihm Zeitgutschriften für drei Tage gewährt werden müssten. Dieser An-

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

spruch stehe ihm aufgrund einer bei der Spielbank bestehenden betrieblichen Übung zu.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Berlin gab der Klage mit Urteil vom 16.09.2008 (54 Ca 10048/08) statt und gewährte dem Kläger die begehrte Zeitgutschrift. Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung zum LAG Berlin-Brandenburg ein.

Wie hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden?

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg wies die Berufung der Beklagten mit Urteil vom 16.03.2009 (10 Sa 2351/08) zurück. Die Revision wurde nicht zugelassen.

Das LAG schließt sich zunächst der Annahme des ArbG an, dass bei der Beklagten eine betriebliche Übung entstanden war, da der Arbeitgeber ohne Vorbehalt über mindestens 13 Jahre Zeitgutschriften für jeden Spielverbotstag gewährte. Dabei stellte das LAG zunächst in Anlehnung an eine Entscheidung des BAG aus dem Jahre 1997 klar (BAG, Urteil vom 21.01.1997, 1 AZR 572/96), dass die Praxis der Zeitgutschriften für Spielverbotstage nicht nur oder in erster Linie eine (vom Arbeitgeber einseitig zu entscheidende) Frage des Arbeitseinsatzes darstellt, sondern eine primär arbeitsvertragliche bzw. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betreffende Vergünstigung. Diese wurde hier nicht in Geld, sondern in Form einer Zeitgutschrift gewährt und stand nach Ansicht des Gerichts mit dem betrieblichen „Organisationsgefüge“ in keinem Zusammenhang.

Auf eine mögliche Nachwirkung der Betriebsvereinbarung vom 28.06.2004 kam es dem LAG zufolge nicht an. Selbst im Falle einer solchen

Nachwirkung ginge ihr nämlich gemäß dem Günstigkeitsprinzip der individualvertragliche, durch betriebliche Übung begründete Anspruch des Klägers vor. Damit verneint das Gericht im Ergebnis die Voraussetzungen für eine verbessernde Betriebsvereinbarung, die ja gerade eine Durchbrechung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis von Arbeitsvertrag und Betriebsvereinbarung beinhaltet.

Schließlich war nach Ansicht des Gerichts auch keine negative betriebliche Übung entstanden, die den Anspruch des Klägers beseitigen würde. Nach der vom LAG erwähnten Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 28.05.2008 – 10 AZR 274/07 u. 275/07) kann eine Betriebsübung zwar durch eine dem Arbeitnehmer ungünstige Betriebsübung wieder beseitigt werden. Dazu muss der Arbeitgeber aber mindestens dreimal von der ursprünglichen, den Arbeitnehmer begünstigenden betrieblichen Übung abweichen. Eine negative Betriebsübung lag demzufolge hier nicht vor, da der Arbeitgeber nur in dem Jahr 2004 in einer für die Croupiers ungünstigen Weise, nämlich gemäß der Betriebsvereinbarung, verfuhr, bereits im nächsten Jahr aber wieder die alte (günstige) Betriebsübung befolgte.

Ein rechtlicher Wille des Klägers, unabhängig von der Betriebsvereinbarung auf die Zeitgutschriften für das Jahr 2004 zu verzichten, war nicht erkennbar, da die Betriebsvereinbarung in diesem Jahr unstrittig galt.

Mit Blick auf die Jahre 2005 und 2006 hatte die Spielbank zwar vorgetragen, dass der Kläger dreimal auf die Geltendmachung von Zeitgutschriften verzichtet habe. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte er aber nur für zwei Tage keine Zeitgutschriften verlangt und daher nicht dreimal in Folge verzichtet. Eine negative

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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

betriebliche Übung lag daher im Ergebnis nicht vor.

Dem Urteil ist im Ergebnis zuzustimmen. Es macht allerdings deutlich, dass im Einzelfall erhebliche Unsicherheiten über die richtige „Art zu zählen“ bestehen können: Nimmt man den einzelnen Spielverbotstag (und nicht das Kalenderjahr) als Probefall für eine Betriebsübung in der einen oder anderen Richtung, kann der Arbeitnehmer sehr rasch durch „braves“ Hinnehmen eines Rechtsverstößes seinen Betriebsübungs-Anspruch wieder verlieren.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.03.2009 \(10 Sa 2351/08\)](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Arbeitsvertrag](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebliche Übung](#)

Fristlose Kündigung wegen Entwendung von Brotaufstrich („Hirtenfladenbelag“)? Arbeitsgericht Dortmund, Urteil vom 10.03.2009, 7 Ca 4977/08

von Rechtsanwältin Nina Lüking

Über welche Rechtsfrage hat das Arbeitsgericht Dortmund entschieden?

Ein vom Arbeitnehmer zu Lasten seines Arbeitgebers begangener Diebstahl kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) im allgemeinen eine [außerordentliche Kündigung](#) aus wichtigem Grunde gemäß [§ 626 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) rechtfertigen. Dies gilt im Prinzip auch bei geringwertigen Sachen. Ob ein Diebstahl oder sonstiges, zulasten des Arbeitgebers verübtes Vermögensdelikt eine außerordentliche Kündigung im Einzelfall

trägt oder nicht, ist durch eine zweistufige Prüfung zu ermitteln.

Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob der dem Arbeitnehmer gemachte Vorwurf grundsätzlich geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Dabei kommen die Arbeitsgerichte bei Vermögensdelikten praktisch immer zu dem Ergebnis, dass auch ein sehr geringer, durch das Delikt verursachter Schaden ausreicht, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Diese Rechtsprechung orientiert sich an einigen „berühmten“ Entscheidungen des BAG, in denen das oberste Arbeitsgericht immer wieder klargestellt hat, dass es von einer allgemein geltenden „Geringfügigkeitsgrenze“ nichts wissen will.

Auf einer zweiten Stufe der rechtlichen Prüfung sind die beiderseitigen Interessen gegeneinander abzuwägen, d.h. es geht um die Angemessenheit der Kündigung im konkreten Fall und damit um die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Hier kann die Geringwertigkeit der entwendeten Sache zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden.

Fraglich ist aber, unter welchem Aspekt: Kann man sagen, dass dem Arbeitgeber bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers eher zuzumuten ist (insbesondere, wenn er schon lange beschäftigt ist) - oder ist die Geringwertigkeit je nach Lage des Einzelfalls eher ein Indiz dafür, dass die „böse Absicht“ eines Diebstahls gar nicht vorhanden war, d.h. spricht die Geringwertigkeit für die Annahme eines vom Arbeitnehmer vermuteten Einverständnisses und damit gegen einen Diebstahlsvorsatz des Arbeitnehmers? Diskutiert wird derzeit auch eine Abkehr von der BAG-Rechtsprechung, d.h. die Einführung einer Geringfügigkeitsgrenze.

**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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Mit diesen Fragen befasst sich eine aktuelle Entscheidung des Arbeitsgerichts (ArbG) Dortmund ([Urteil vom 10.03.2009 \(7 Ca 4977/08\)](#)).

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des Arbeitsgerichts Dortmund zugrunde?

Ein über 24 Jahre bei einer Bäckerei beschäftigter Bäcker hatte den Auftrag, einen Brötchenbelag herzustellen. Bei dieser Gelegenheit bestrich er gemeinsam mit einem Kollegen ein zuvor gekauftes bzw. ihm gehörendes Brötchen mit diesem Belag („Hirtenfladenbelag“), d.h. er entwendete seinem Arbeitgeber Produktionsstoff im Wert von weniger als 10 Cent. Der Arbeitnehmer und sein Kollege bissen sodann jeder in sein Brötchen. Sie wurden später von dem Prokuristen der Bäckerei nach dem Hergang befragt, nachdem der Prokurist ein angebissenes Brötchen entdeckt hatte.

Der Kläger gab zu, ein Brötchen mit einem Aufstrich des Arbeitgebers belegt und angebissen zu haben. Anschließend wurde der andere Arbeitnehmer, der Mitglied des Betriebsrats war, befragt. Er gab an, dass es sich um sein Brötchen handelte. Obwohl sich die Aufmerksamkeit des Arbeitgebers im Verlauf des Personalgesprächs allein auf den anderen Arbeitnehmer konzentrierte, erkundigte sich der Kläger, was denn nun mit ihm geschehe, er habe ja auch ein Brötchen mit dem Hirtenfladenbelag bestrichen. Daraufhin erhielt er in den folgenden Tagen nach Anhörung des Betriebsrats die fristlose, hilfsweise fristgemäße Kündigung.

Hiergegen erhob der Arbeitnehmer [Kündigungsschutzklage](#).

Er berief sich – zutreffend - darauf, dass er eine von der Arbeitgeberin herausgegebene Arbeitsanweisung, nach der Lebensmittel des Arbeit-

gebers nicht zum eigenen Gebrauch verwendet werden dürften, nicht erhalten hatte. Ihm sei jedoch bewusst gewesen, dass er Waren, die er selbst verbrauchen wolle, bezahlen müsse.

Er habe sich den Hirtenfladenbelag jedoch nicht rechtswidrig aneignen wollen. Die Backstube werde von zehn bis zwölf Videokameras überwacht und er werde doch keine strafbare Handlung vor laufenden Kameras begehen.

Wie hat das Arbeitsgericht Dortmund entschieden?

Das Arbeitsgericht Dortmund gab der Klage statt, d.h. es stellte fest, dass die streitige Kündigung unwirksam war.

Dabei nahm das Gericht an, dass sich der Kläger den Hirtenfladenbelag zu Unrecht angeeignet hatte. Auch wenn der Kläger eine Sache von nur geringem Wert entwendet habe, lag demzufolge nach Ansicht des Gerichts ein Sachverhalt vor, der im Allgemeinen eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann.

Auf der zweiten Stufe der Prüfung nahm das Arbeitsgericht dann allerdings eine Abwägung der Interessen vor, die zu Gunsten des Klägers ausfiel. Für ihn sprach nämlich, dass das Arbeitsverhältnis mehr als 24 Jahre ohne Beanstandungen im Vertrauensbereich bestanden hatte. Außerdem war der Schaden extrem gering, so dass die Entwendung des Belags dem Arbeitsgericht zufolge „keine schwerwiegende Verfehlung“ war. Dabei verweist das Arbeitsgericht auf eine bereits sehr alte Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamm (LAG Hamm, Urteil vom 17.03.1977, 8 Sa 1348/76).

Schließlich berücksichtigte das Gericht auch zugunsten des Arbeitnehmers, dass er, nach-

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

dem sich der Verdacht seines Arbeitgebers in erster Linie gegen seinen Kollegen gerichtet hatte, seinen Vorgesetzten von sich aus nochmals darauf aufmerksam gemacht hatte, dass auch er ein Brötchen angebissen hatte. Dies wertete das Gericht als „Ausdruck einer auf Ehrlichkeit ausgerichteten Grundhaltung des Klägers“.

Im Ergebnis meinte das Arbeitsgericht, dass der Arbeitgeber seine Interessen auch durch eine [Abmahnung](#) hätten wahren können. Da eine solche Abmahnung aber vor dem streitigen Vorfall niemals ausgesprochen worden war, war auch eine fristgerechte verhaltensbedingte Kündigung nicht gerechtfertigt.

Das Urteil ist überzeugend begründet und sicherlich im Ergebnis „vertretbar“. Vor dem Hintergrund der in den letzten Monaten intensiv geführten öffentlichen und juristischen Diskussion darüber, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Diebstahl geringwertiger Sachen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann, macht das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund deutlich, dass die teilweise heftig kritisierte Rechtsprechung des BAG es durchaus erlaubt, langjährig beschäftigte Arbeitnehmer im Einzelfall davon zu schützen, aufgrund eines einmaligen „kleinen“ Fehltritts ihr Arbeitsverhältnis zu verlieren.

Im Unterschied zu dem [Berliner Fall der bei Kaiser's angestellten Kassiererin \(„Emmely“\)](#) hatte der hier gekündigte Arbeitnehmer allerdings aus dem gesamten Vorfall kein Hehl gemacht, so dass ihm der lächerlich geringe Wert der entwendeten Sache (Produktionsmaterial im Wert von weniger als 10 Cent) unter Berücksichtigung der langen Beschäftigungsdauer bei der Interessenabwägung zugute gehalten werden konnte. Außerdem sprach sein Verhal-

ten bei der Aufarbeitung des Vorfalls dafür, dass er – wiederum unter Berücksichtigung des minimalen Wertes der entwendeten Sache – wohl gar keinen Diebstahlsvorsatz hatte.

Fazit: Man sollte bei extremer Geringwertigkeit einer vom Arbeitnehmer entwendeten Sache des Arbeitgebers (unfrankierter Briefumschlag, Büroklammer, Kopie und dgl.) ernsthafter als bisher prüfen, ob der Arbeitnehmer bei Begehung der „Tat“ nicht möglicherweise das Einverständnis seines Arbeitgebers vermutet hat. Bei vermutetem Einverständnis des Eigentümers in den Gewahrsamsbruch liegt aber kein Diebstahl vor.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Arbeitsgericht Dortmund, Urteil vom 10.03.2009 \(7 Ca 4977/08\)](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 09/066 Urteilsgründe im Fall "Emmely" - Kündigung wegen 1,30 EUR](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigung - Außerordentliche Kündigung](#)

Die CGZP ist nicht tariffähig: ArbG Berlin, Beschluss vom 01.04.2009, 35 BV 17008/08.

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

Über welche Rechtsfrage hat das Arbeitsgericht Berlin entschieden?

Die Leiharbeits- bzw. Zeitarbeitsbranche begann Anfang 2004 zu boomen. Die Zahl der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in diesem Sektor stieg jährlich um durchschnittlich etwa 22 % und liegt aktuell bei deutlich über

**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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009**

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

700.000 Beschäftigten. Angesichts der hohen Personalfuktuation in der Branche liegt die Zahl der Arbeitnehmer, die ihm Verlauf eines Jahres in Leiharbeit tätig sind, sogar noch höher, nämlich bei etwa einer Million. Insgesamt sind in dieser Branche etwa drei Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten tätig.

Die zunehmende gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Zeitarbeit ist jedenfalls zum Teil auf eine Gesetzesänderung aus dem Jahr 2003 zurückzuführen, die ab 2004 wirksam wurde: Damals führte der Gesetzgeber im Zuge der Hartz-Reformen zwar den Grundsatz des "equal pay(payment) / equal treatment" ein ([§ 9 Nr.2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG](#)), wonach Zeitarbeitern die gleichen Arbeitsbedingungen und die gleiche Vergütung wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleiherbetrieb gewährt werden muss. Gleichzeitig ließ der Gesetzgeber es aber zu, diesen Grundsatz per Tarifvertrag auszuhebeln: Das AÜG lässt eine Abweichung vom Grundsatz des equal treatment zu, wenn der Leiharbeitnehmer auf tarifvertraglicher Basis beschäftigt wird. Es überrascht nicht, dass daraufhin praktisch alle Zeitarbeitsunternehmen dazu übergegangen sind, selbst Tarifverträge abzuschließen und/oder in ihren Arbeitsverträgen auf Zeitarbeitstarifverträge zu verweisen.

Den Anfang machte die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP). Die CGZP ist ein Zusammenschluss von derzeit vier Mitgliedern des Christlichen Gewerkschaftsbundes Deutschland (CGB), der keine besonderen Verbindungen zu den christlichen Kirchen hat. Sie schloss im ersten Quartal 2003 als erste „Gewerkschaft“ einen Flächentarifvertrag in der Zeitarbeitsbranche. Damit machte sie sich keine Freunde - jedenfalls nicht auf Seiten der Gewerkschaften.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB), ebenfalls eine tariffähige Vereinigung von Einzelgewerkschaften, verhandelte damals nämlich mit Vereinigungen von Zeitarbeitsunternehmen und wurde dabei durch den frühen Tarifabschluss der CGZP massiv unter Druck gesetzt. Erst kürzlich hieß es aus DGB-Kreisen, dass es ohne den Vorstoß der CGZP wohl gar keine Tarifverträge im Bereich Zeitarbeit gegeben hätte.

Insbesondere dem bekannten DGB-Mitglied ver.di war und ist die CGZP ein Dorn im Auge. Ver.di bezweifelt die Tariffähigkeit dieser Vereinigung und damit letztlich die Wirksamkeit der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge. Die Auseinandersetzung zwischen den Organisationen wurde zunehmend aggressiv geführt und gipfelte in einem Statusverfahren nach [§ 97 Arbeitsgerichtsgesetz \(ArbGG\)](#). In diesem Rahmen musste das erstinstanzlich zuständige [Arbeitsgericht \(ArbG\) Berlin in seinem Beschluss vom 01.04.2009 \(35 BV 170008/08\)](#) die folgende „einfache“ Frage klären: Ist die CGZP tariffähig?

Welcher Sachverhalt lag dem Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin zugrunde?

Die CGZP wurde zeitgleich mit Einführung des equal payment und der tarifvertraglichen Abweichungsmöglichkeit gegründet. Die erste Satzung stammt vom 11.12.2002 und wurde unterschrieben von der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD), der Christlichen Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT), der DHV - Die Berufsgewerkschaft e. V. im CGB und schließlich von dem Verband Deutscher Techniker (VDT).

Ebenfalls zeitweise Mitglied in der CGZP war die Union Ganymed, eine Fachgewerkschaft 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 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

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Hotel-, Restaurant- und Café-Angestellten. Wie auch der VDT ist sie jedoch zwischenzeitlich ausgetreten.

Ihrer Selbstdarstellung zu Folge wurde die CGZP gegründet, "um nach den erfolgten gesetzlichen Veränderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) für die Beschäftigten der Zeitarbeitsbranche einen rechtssicheren tariflichen Zustand herzustellen."

Ausweislich der Satzung handelt es sich (anders als der Eigenname suggeriert) nicht um eine "Tarifgemeinschaft" im herkömmlichen Sinne, sondern um eine Spitzenorganisation nach [§ 2 Abs.3 des Tarifvertragsgesetzes \(TVG\)](#). Die Mitgliedsgewerkschaften haben in der Satzung ihre "Tarifhoheit für die Branche der Zeitarbeit an die Tarifgemeinschaft abgetreten".

Schon im ersten Jahr nach ihrer Gründung schloss die CGZP - am 24.02.2003 - einen Tarifvertrag für die Zeitarbeitsbranche, der wie erwähnt eine beträchtliche „Lenkungswirkung“ für die Abschlüsse des DGB hatte. Es folgten zahlreiche Firmentarifverträge, wobei die konkreten Zahlen je nach Quelle zwischen 50 und 200 schwanken.

Die Zeitarbeitstarifverträge 2007/2008 sehen in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung einen Stundenlohn von 6,40 Euro brutto (West) bzw. 5,70 Euro brutto (Ost) vor. Erst danach erhöht sich der Lohn auf 7,07 Euro bzw. 5,77 Euro. Angesichts der Tatsache, dass die meisten Zeitarbeitsverhältnisse keine drei Monate bestehen, eine „interessante“ Gestaltung. Zum Vergleich: Im Anwendungsbereich der DGB-Verträge müssen durchgehend 7,15 Euro / 7,38 Euro (West) bzw. 6,06 Euro / 6,42 Euro (Ost) gezahlt werden. Im übrigen gibt es zahlreiche von der CGZP vereinbarte Firmentarifverträge,

die im Vergleich zu dem Verbandstarifvertrag der CGZP noch ungünstigere Bedingungen enthalten.

Traurige Berühmtheit erlangte die CGZP Ende 2007 durch einen Bericht des Politikmagazins Report Mainz im Ersten. Das Magazin hatte bei einem Unternehmen in Wuppertal einen CGZP-Haustarif mit einem Stundenlohn von 4,81 Euro brutto im Helferbereich ausfindig gemacht. Besonders anrühlich war, dass der Arbeitgeber anscheinend bei der Einstellung von Arbeitnehmern zusammen mit dem Arbeitsvertrag eine Beitrittserklärung zur christlichen Gewerkschaft mit einer Regelung über die Abführung des Beitrags durch den Arbeitgeber (!) vorlegte.

Unklar ist, wie viele Arbeitnehmer die CGZP überhaupt (mittelbar) vertritt. Häufiger genannt werden etwa 100.000 Mitglieder der CGM und 80.000 Mitglieder der DHV. Diese Zahlen werden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften vehement bestritten und konnten bisher von der CGZP nicht unter Beweis gestellt werden. Zudem ergibt sich aus diesen allgemeinen Angaben nicht, wie hoch der Anteil der organisierten Leiharbeiter ist.

Über die Organisationsstruktur der CGZP ist, selbst nach entsprechenden gerichtlichen Auflagen, nichts Substantielles bekannt.

Insgesamt bestehen aufgrund von durchgehend äußerst arbeitgeberfreundlichen Tarifabschlüssen und einer wenig transparenten Organisationsstruktur Zweifel an der Tariffähigkeit der CGZP. Vor diesem Hintergrund beantragten der DGB, ver.di und die Berliner Senatsverwaltung Integration, Arbeit und Soziales Ende 2008 vor dem Arbeitsgericht Berlin die Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Kontrollverfahrens zur Klärung dieser Frage.

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

Wie hat das Arbeitsgericht Berlin entschieden?

Nach Auffassung des Arbeitsgerichts Berlin ist die CGZP nicht tariffähig ([Beschluss vom 01.04.2009, 35 BV 17008/08](#)). Doch schon jetzt dürfte feststehen, dass diese Entscheidung nicht so bald rechtskräftig wird. Noch am Tag des Verkündungstermins kündigte die CGZP erwartungsgemäß Rechtsmittel an.

Diese "Runde" im Streit um die Tariffähigkeit der CGZP hat allerdings mindestens drei Verlierer: Die CGZP – und den DGB und ver.di.

Das ArbG Berlin sprach dem DGB und ver.di nämlich die (sachliche) Tariffähigkeit für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung ab, da sich diese Aufgabe nicht aus den Gewerkschaftssatzungen ergab. Es wies deren Anträge daher als unzulässig zurück. Nur der Antrag der Berliner Senatsverwaltung war zulässig, da sie in ihrer Eigenschaft als oberste Arbeitsbehörde des Landes Berlin antragsberechtigt ist.

In der Sache verneinte das Gericht sowohl eine eigene Tariffähigkeit der CGZP als auch eine von ihren Mitgliedern abgeleitete Tariffähigkeit. Nach seiner Auffassung müssen für eine Spitzenorganisation die gleichen Maßstäbe gelten wie für eine Gewerkschaft. Maßgeblich ist damit die Durchsetzungskraft ("soziale Mächtigkeit") der Organisation. Normalerweise wird diese nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) durch abgeschlossene Tarifverträge indiziert. Wer viele Verträge abschließt, wird offenbar als Vertragspartner ernst genommen und kann sich durchsetzen - so die These für den Regelfall. Im Zeitarbeitssektor besteht aber die Möglichkeit, durch Tarifverträge vom "equal pay" abzuweichen. Arbeitgeber haben daher ein ganz spezielles eigenes Interesse an Tarifver-

trägen – am besten natürlich mit Partnern, die möglichst schwach sind. Die "Regelfallvermutung" passt also für die Leiharbeit nicht.

Ohne dieses Indiz jedoch blieb der CGZP wenig bis nichts, um ihre "Mächtigkeit" zu belegen. Weder Mitgliederbestände noch hinreichende Organisationsstrukturen konnte sie - trotz gerichtlichen Nachfragens im Verfahren belegen. Die Mitgliedsgewerkschaften wiederum hatten in der Satzung ihre "Macht" im Leiharbeitsbereich aufgegeben und konnten damit zur "Macht" der CGZP nichts mehr beitragen.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts ist eine zu recht kurz gehaltene und nachvollziehbar begründete Entscheidung, die einen Zwischenschritt auf dem Weg zum BAG darstellt, ohne inhaltlich grundlegend neue Aspekte zum Thema der Tariffähigkeit beizutragen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Arbeitsgericht Berlin, Beschluss vom 01.04.2009, 35 BV 17008/08](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 09/026 Zweifel an der Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit mehrten sich.](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Arbeitnehmerüberlassung](#)

SONSTIGES

Tagesschausprecher sind keine Arbeitnehmer: LAG Hamburg, Urteil vom 01.04.2009, 3 Sa 58/08 (Eva Herman)

Nachdem die Tagesschausprecherin und Fernsehmoderatorin Eva Herman auf Grundlage befristeter Verträge von 1988 bis 2006 beim NDR im Status der freien Mitarbeit beschäftigt

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

war und das Bild der Tagesschau (mit-)prägte, ließ der Sender ab August 2006 den Einsatz als Tagesschausprecherin ruhen, da man sich aufgrund einer umstrittenen Buchveröffentlichung („Das Eva-Prinzip“) bzw. der darin vertretenen konservativen Thesen zur Rollenverteilung zwischen Mann und Frau nicht mehr in der Lage sah, sie in dieser Funktion einzusetzen. Im Jahr 2007 legte Frau Herman nach und veröffentlichte zwei weitere Bücher zu „ihrem“ Thema des Mutterseins. Am 06.09.2007 kam es bei der öffentlichen Präsentation einer Buchveröffentlichung zum Eklat, als Herman über die Zusammenhänge mit dem Nationalsozialismus angeblich abgeschafften guten Werte – nämlich Kinder, Mütter und Familien - schwadronierte und über diese Äußerungen in den Medien prompt breit berichtet wurde.

Dem Sender wurde es daraufhin zu bunt. Am 11.09.2009 hörte er Frau Herman im Beisein ihres Anwalts an und bestätigte sodann mit Schreiben vom 13.09.2007 das Auslaufen der Verträge zum 31.12.2007. Sodann kündigte der NDR am 18.09.2007 die bestehenden, ohnehin aufgrund Befristung zum 31.12.2007 auslaufenden Verträge aus wichtigem Grunde fristlos. Von der Kündigung betroffen waren die Vereinbarung über die Tätigkeit als Nachrichtensprecherin im Fernsehen und als Moderatorin für die Sendung „Herman und Tietjen“. Für den Fall des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses wurde auch dieses fristlos gekündigt. Um auf Nummer Sicher zu gehen, schob der Sender am 25.09.2007 vorsorglich für den Fall des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses eine weitere fristgerechte Kündigung zum 31.12.2007 nach.

Gegen diese Kündigungen erhob Frau Herman [Kündigungsschutzklage](#) vor dem Arbeitsgericht Hamburg und stellte, da Selbständige keinen Kündigungsschutz genießen, ihren Status als

freie Mitarbeiterin in Abrede. Entgegen den schriftlichen Vereinbarungen mit dem NDR sei sie als Arbeitnehmerin tätig gewesen. Insbesondere bei ihrer Tätigkeit als Sprecherin der „Tagesschau“ und der „Tagesthemen“ habe sie den Weisungen des Senders unterlegen, auch bezüglich der Zeiten ihrer Tätigkeit. Sie habe keinen Einfluss auf die Texte gehabt, die sie habe vorlesen müssen. Die Dienstpläne seien vom Chefsprecher erstellt worden.

Das Arbeitsgericht Hamburg wies den gegen die Wirksamkeit der Kündigungen gerichteten Kündigungsschutzantrag Frau Hermans und ihren Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2007 ab, da es der Meinung war, Frau Herman sei keine Arbeitnehmerin, sondern eine programmgestaltende freie Mitarbeiterin (Urteil vom 29.04.2008, 1 Ca 424/07).

Die hiergegen eingelegte Berufung zum Landesarbeitsgericht (LAG) Hamburg hatte ebenfalls keinen Erfolg, da das LAG den Sachverhalt nach Beweisaufnahme ebenso bewertete wie das Arbeitsgericht ([LAG Hamburg, Urteil vom 01.04.2009, 3 Sa 58/08](#)).

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) stellt das LAG zunächst fest, dass die rechtliche Einordnung der bestehenden Vertragsbeziehungen durch die Vertragsparteien nicht wesentlich für die Beantwortung der Frage ist, ob ein Arbeitsverhältnis oder freie Mitarbeit vorliegt. Entscheidend kommt es vielmehr auf die praktische Durchführung des Vertrags an. Dabei betont das Gericht, dass Nachrichtensprecher im Prinzip ebensogut im Status der freien Mitarbeiter wie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses eingesetzt werden können. Die Beweislast für die Umstände, aus denen sich ein Arbeitsverhältnis

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 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

Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009
02.06.2009

Newsletter Arbeitsrecht Juni 2009 – 02.06.2009

herleiten lässt, weist das LAG der Klägerin zu, da sie ein solches behauptet.

Entscheidend tragend war eine umfangreiche Beweiserhebung durch die Vernehmung verschiedener Nachrichtensprecher der ARD zu der Frage, wie groß der Einfluss der Sprecher auf die Gestaltung der Dienstpläne und auf die Anzahl ihrer Einsätze war. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme bewertete das Gericht die Behauptung Frau Hermans, die für sie geltenden Dienstpläne seien durch den Chefsprecher der Tagesschau einseitig bzw. ohne konkrete vorherige Absprache mit ihr festgelegt worden, als widerlegt. Darüber hinaus kam das LAG zu der Feststellung, dass die Nachrichtensprecher auch entsprechend ihren Bedürfnissen Einsätze absagen bzw. sich von Kollegen vertreten lassen konnten.

Als Resultat der vom LAG umfangreich durchgeführten und ausgewerteten Zeugenvernehmung stand fest, dass die zeitliche Festlegung der Sprechereinsätze und deren Anzahl im Jahresverlauf weitgehend von den einzelnen Sprechern, d.h. entsprechend ihren privaten Planungen und anderweitigen beruflichen Verpflichtungen, festgelegt wurden, und dass die daraus sich ergebenden Abstimmungsprobleme „horizontal“, d.h. unmittelbar zwischen den Sprechern gelöst wurden.

Auf dieser Grundlage konnte das LAG kein Arbeitsverhältnis feststellen, da die Kläger nicht in bezug auf den Umfang und die zeitliche Lage ihrer Arbeitseinsätze von den einseitigen Weisungen des Senders abhängig war. Die Weisungsabhängigkeit des Beschäftigten als eines der beiden wesentlichen Merkmale des Arbeitnehmerstatus war mit anderen Worten sehr schwach ausgeprägt. Auch von einer „Eingliederung“ in die betrieblichen Abläufe des Senders

kann unter solchen Umständen nur in technischer, kaum aber in sozialer Hinsicht die Rede sein.

Der das Urteil tragende Leitsatz der Entscheidung des LAG Hamburg lautet daher: Werden Dienstpläne für Nachrichtensprecher im Fernsehen aufgrund ins Einzelne gehender Vorgaben der Sprecher erstellt und haben die Sprecher die Möglichkeit, geplante Einsätze jederzeit untereinander zu tauschen und geplante Einsätze ersatzlos abzugeben, spricht dies gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [LAG Hamburg, Urteil vom 01.04.2009, 3 Sa 58/08](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Arbeitnehmer](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigungsschutzklage](#)

IMPRESSUM

v.i.S.d.P. für den gesamten Inhalt dieses Newsletters 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](#) [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 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

**Newsletter Arbeitsrecht
Juni 2009**
02.06.2009