

# sfm-arbeitsrecht

## aktuell

2. Halbjahr 2010 / Dezember 2010

### NEUES vom BAG

Kinderbetreuungskosten während BR-Tätigkeit – **Tarifeinheit** – Gleichbehandlungsgrundsatz – **Bezugnahme auf BAT** – Restmandat – **falsche AG-Auskunft** – Vergleichsentgelt TV-L – **Karenzentschädigung** – Wechselschichtzulage bei Urlaub – **Urlaubsverfall** – **Geschlechterdiskriminierung** – **Haushaltsbefristung** – **Feiertagszuschlag** – **dynamische Tarifverweisung** – **Übernahme JAV** – **Internet für BR** u. v. m.

### Weitere Themen

- ▶ **neue Partnerinnen bei sfm**
- ▶ **Praxistipp Verhinderung**
- ▶ **Auskunft des BR über Zielvereinbarungen**

## Christlich steht nicht immer für Nächstenliebe

**sog. Christliche Gewerkschaften geben sich oft zu Lohndumping her – BAG stoppt CGZP**

Erfurt, 14. Dezember – Die CGZP ist keine Spitzenorganisation nach § 2 Abs. 3 TVG und damit nicht tariffähig, hat der erste Senat des BAG auf Antrag von verdi und des Landes Berlin entschieden. Damit wurden zahlreiche Tarifverträge der Leiharbeitsbranche hinfällig. Dies hat große Auswirkungen, da nach § 9 Nr. 2 AÜG Leiharbeiter während der Zeit ihrer Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die dort geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen haben, sofern nicht ein Tarifvertrag etwas Abweichendes regelt. Jetzt wird es zu Nachzahlungen an die Arbeitnehmer und hohen Nachforderungen der Sozialkassen und des Finanzamts kommen.

„Billig im Namen Jesu“ titelt die SZ am 17.12.2010 einen Beitrag, der noch einmal ausführt, dass von der Entscheidung wohl mehr als 400 Dumping-Tarifverträge betroffen sind mit Stundenlöhnen ab € 4,83.

In die gleiche Reihe stellen sich Organisationen wie CGM, DHV und medsonet. Gemein haben diese Organisationen, dass sie eher auf dem Papier bestehen, als wirklich Mit-

gliederstark zu sein. Gemein haben sie auch, dass die Ergebnisse ihrer „Tarifverhandlungen“ für die Arbeitgeberseite stets günstig ist, ein Schalk, wer Böses dabei denkt.

Aber das Hase und Igel-Spiel geht weiter.

Bereits im Oktober hatte das BAG eine Entscheidung des LAG Hamm aufgehoben und angeordnet, Mitgliederzahl und Leistungsfähigkeit der „Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe- und Holzverarbeitung im Christlichen Gewerkschaftsbund“ (GKH) genauer unter die Lupe zu nehmen.

In Hamburg ist ein Verfahren gegen medsonet anhängig, die einfach DHV-Tarifverträge noch einmal unterzeichneten, als diesem die Tariffähigkeit im Gesundheitsbereich abgesprochen worden war. Bereits im Frühjahr hatte die sog. „Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste“ (GNBZ) ihre Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des LAG Köln zurückgenommen, wonach diese nicht tariffähig ist.

Denn, wo Gewerkschaft draufsteht, ist nicht immer Gewerkschaft drin. *Dezember 2010 - mf*

# BAG-Splitter

## 1. Halbjahr 2010

### Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds bei auswärtiger Tätigkeit

Der Arbeitgeber muss einem alleinerziehenden Betriebsratsmitglied im erforderlichen Umfang die Kosten erstatten, die während einer mehrtägigen auswärtigen Betriebsratsstätigkeit (Gesamtbetriebsratsstzung und Betriebsräteversammlung) durch die Fremdbetreuung minderjähriger Kinder entstehen. Das ergibt die verfassungskonforme Auslegung des § 40 Abs. 1 BetrVG.

BAG vom 23. Juni 2010 - 7 ABR 103/08 – Aufhebung von LAG Nürnberg vom 27. November 2008 - 5 TaBV 79/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 47

### Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben

Der Zehnte Senat des BAG hat sich der vom Vierten Senat in der Anfrage vom 27.01.2010 dargelegten Rechtsauffassung zur Tarifeinheit (vgl. Pressemitteilung Nr. 9/10) angeschlossen. BAG, Beschlüsse vom 23. Juni 2010 - 10 AS 2/10 - und - 10 AS 3/10, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 46

### Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung beim Umzug des BND

Auch Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sind an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Wird für eine Maßnahme zunächst ein erkennbar sachlich nicht einschlägiger, begünstigender Tarifvertrag angewendet, kann der Arbeitgeber die Anwendung dieses Tarifvertrages nicht kurz vor Abschluss der beschlossenen Maßnahmen einseitig beenden. Dies kann durch Feststellungsklage geklärt werden.

BAG vom 16. Juni 2010 - 4 AZR 928/08 – Bestätigung von LAG München vom 17. Juni 2008 - 6 Sa 17/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 45

### „Fall Emmely“ – Fristlose Kündigung unwirksam

Nicht jede unmittelbar gegen die Vermögensinteressen des Arbeitgebers gerichtete Vertragspflichtverletzung ist ohne Weiteres ein hinreichender Kündigungsgrund. Ob wirklich ein „wichtiger Grund“ vorliegt, muss „unter Be-

rücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“ beurteilt werden.

Dabei sind alle für das jeweilige Vertragsverhältnis in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu bewerten. Dazu gehören das gegebene Maß der Beschädigung des Vertrauens, das Interesse an der korrekten Handhabung der Geschäftsanweisungen, das vom Arbeitnehmer in der Zeit seiner unbeanstandeten Beschäftigung erworbene „Vertrauenskapital“ ebenso wie die wirtschaftlichen Folgen des Vertragsverstoßes; eine abschließende Aufzählung ist nicht möglich.

BAG vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 – Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 24. Februar 2009 - 7 Sa 2017/08 – siehe bereits sfm-aktuell 1/2010, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 42

dazu geschlossenen Zusatzverträge verweist, nicht jedoch direkt auf ersetzende Tarifverträge, kann trotzdem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend ausgelegt werden, dass auch die den BAT ersetzenden Tarifverträge für das Arbeitsverhältnis maßgebend sind. Argument ist die ursprünglich vereinbarte Dynamik, die sonst nicht mehr gewährleistet werden könnte.

BAG vom 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 – Bestätigung von LAG Hamburg, Urteil vom 22. Mai 2008 - 8 Sa 1/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 38

### Ausübung des Restmandats bei beendetem Arbeitsverhältnis

Ist das Arbeitsverhältnis des Mitglieds eines restmandatierten Betriebsrats beendet, bleibt es zwar im Amt, eine Befreiung von der dem Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsleistung oder ein Freizeitausgleich kommt aber nicht mehr in Betracht. Das Betriebsratsmit-

## Partnerernennungen bei sfm

### RAin Barbara Renkl und RAin Tanja Himmelsdorfer ab 01. Januar 2011 Salary Partner

Die seit vielen Jahren in unserer Kanzlei erfolgreich tätigen Rechtsanwältinnen werden jeweils die Position eines Salary Partners übernehmen.

„Die noch stärkere Einbindung beider Kolleginnen aus den eigenen Reihen auch in leitende Funktionen innerhalb der Kanzlei, ist Garant dafür, dass die vielfältigen Aufgaben, eine Arbeitsrechtsboutique wie unsere zu führen, auf noch mehr Schultern verteilt werden kann, ohne die bisher gewohnt hohe Qualität unserer anwaltlichen Tätigkeit zu beeinträchtigen“ erklärt **Andreas Müller**, Managing Partner von sfm.

Auch in ihrer neuen Position bleiben beide Kolleginnen ihrer bisherigen anwaltlichen Tätigkeit treu.

Neben der Betreuung von Betriebsräten widmet sich RAin Renkl insbesondere der Durchführung umfangreicher Individualverfahren und Rechtsmittelverfahren. RAin Himmelsdorfer wird sich auch weiterhin verstärkt der Beratung und Vertretung großer Kollektivmandate widmen und als Referentin für Betriebsratsschulungen tätig sein.

sfm – kanzlei für arbeitsrecht wird weiterhin bundesweit, zukünftig dann mit einem Team von fünf Partnern und fünf Associates, für die Interessen und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte sowie Gewerkschaften eintreten. (mü)

### Dynamische Bezugnahme Klausel auf BAT führt zu Anwendung TVöD bzw. TV-L

Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel, die auf den „BAT in der jeweils gültigen Fassung“ und die

glied kann in diesem Fall nach Ansicht des 7. Senats keine Vergütung für die aufgewendete Zeit verlangen.

BAG vom 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 – Bestätigung von LAG Saarland vom 14. Mai 2008 - 2 Sa 100/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 35

# Praxistipp

## Verhinderung und Nachladung Grobübersicht zu § 25 Abs. 1 S. 2 BetrVG

möglicher Grund	Verhinderung ja/nein
Krankheit	nicht zwangsläufig, grundsätzlich Amtsunfähigkeit, wenn Krankmeldung; (erkranktes) BR-Mitglied kann jedoch für Teilnahme optieren
Urlaub	grds. von Verhinderungsfall auszugehen
BR-Sitzung außerhalb der Arbeitszeit	I. d. R. kein Verhinderungsfall; ausnahmsweise kann es dem BR-Mitglied jedoch subjektiv unzumutbar sein, Amt wahrzunehmen (z.B. Nachtschicht). Einzelfallprüfung
Ruhendes Arbeitsverhältnis	Verhinderung anzunehmen, Ausnahmen möglich; anzunehmen während Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG u. während des Zivil- und Wehrdienstes; bei Elternzeit keine Verhinderung, wenn BR-Mitglied sein Amt wahrnehmen will; ab Eintritt in Freistellungsphase der ATZ liegt Verhinderungsgrund vor bzw. dies führt nach h. Rspr. zum Ausscheiden aus Gremium
Arbeitsbedingte Abwesenheit / Geschäftsreise	nur ausnahmsweise, die allgemeine Arbeitspflicht tritt hinter Pflicht zur Sitzungsteilnahme zurück; ein Betriebsratsmitglied, das aufgrund der Wahrnehmung seiner Arbeitsaufgaben einer Sitzung fernbleibt, ist nicht verhindert, sondern fehlt unentschuldigt. Arbeitsbedingte Ortsabwesenheit in Form einer Geschäftsreise kann ausnahmsweise zur Verhinderung führen, wenn das Amt nur unter Aufwand erheblicher Kosten ausgeübt werden kann. Hier kommt es auf den Einzelfall an; in akuten betrieblichen Notfällen kann eine Verhinderung vorliegen
Schulungsmaßnahmen	Verhinderung anzunehmen bei Schulungen i.S. von § 37 BetrVG; andere Schulungsmaßnahmen stellen i.d.R. keinen Verhinderungsgrund dar. Ausnahmen möglich, z. B. wenn zu einer erfordl. oder staatl. anerkannten Qualifikation führt, unregelmäßig angeboten wird u. hohe Schulungskosten verursacht
Interessenkollision	Verhinderungsgrund bei persönlicher und unmittelbarer Betroffenheit <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dazu zählen insbesondere: Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung, Beschluss über Antrag auf Ausschluss aus dem BR, Zustimmung zur Versetzung, Ein- und Umgruppierung</li> <li>• Kein Verhinderungsgrund trotz Betroffenheit: Entsendung zu Schulungen, interne Wahlen, wie Wahl zum Vorsitz, Ausschussmitglied, Freistellung, Beauftragung eines Anwalts im Verfahren nach 103 BetrVG</li> </ul>
Gekündigtes BR-Mitglied	Es ist zu differenzieren: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verhinderungsfall im Falle der Zustimmung des BR bzw. Ersetzung der Zustimmung durch das ArbG bis zur Rechtskraft einer Entscheidung über eine außerordentliche Kündigung</li> <li>• In Literatur wird teilw. angenommen, dass kein Verhinderungsfall vorliegt, wenn die Kündigung erfolgt, bevor der BR zugestimmt hat oder die fehlende Zustimmung des BR durch das Arbeitsgericht ersetzt wurde. Der Arbeitgeber soll durch offensichtlich unwirksame Maßnahmen keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des BR haben. Eine Verhinderung ist nicht anzunehmen</li> <li>• Kein Verhinderungsfall, wenn gekündigtes BR-Mitglied vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch durchsetzt</li> </ul>
Streik	kein Verhinderungsgrund
Gleichzeitige GBR- und BR-Tätigkeit	Wahrnehmung von GBR –Aufgaben kann zur Verhinderung im örtlichen BR führen; ein rechtlicher Vorrang der GBR-Tätigkeit vor BR-Tätigkeit besteht allerdings nicht

### Schadensersatz wegen unrichtiger Arbeitgeberauskunft

Erteilt ein Arbeitgeber Auskünfte, hat er die vertragliche Nebenpflicht, diese nicht falsch zu erteilen. Entsteht dem Arbeitnehmer durch eine schuldhaft erteilte unrichtige Auskunft ein Schaden, kann der Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Der Arbeitnehmer muss aber die Kausalität darlegen.

*BAG vom 4. Mai 2010 - 9 AZR 184/09 – Aufhebung zulasten des Arbeitnehmers von LAG Berlin-Brandenburg vom 19. Januar 2009 - 10 Sa 2021/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 34*

### Vergleichsentgelt bei Alleinerziehenden nach Beendigung des Grundwehr- oder Zivildienstes des Kindes neu zu berechnen

Bei Überleitung in den TV-L der entfiel der familienstandsbezogene Vergütungsbestandteil eines Alleinerziehenden, wenn das Kind Grundwehrdienst leistete. Dass bei späterer Änderung des Zustands keine (positive) Neuberechnung mehr erfolgte verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Deshalb muss für alleinerziehende Angestellte, deren Söhne im Oktober 2006 Grundwehr- oder Zivildienst leisteten, das Vergleichsentgelt für die Zeit ab Beendigung dieses Dienstes neu berechnet werden, wenn ohne den Grundwehr- oder Zivildienst im Oktober 2006 noch die tariflichen Voraussetzungen für den Ortszuschlag der Stufe 2 erfüllt gewesen wären.

*BAG vom 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 – Aufhebung und Rückverweisung von LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12. August 2008 - 5 Sa 702/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 32*

### Karenzentschädigung auch bei Beachtung des verbindlichen Teils eines Wettbewerbsverbots und Nichtbeachtung des unverbindlichen Teils

Ein Wettbewerbsverbot ist in dem Umfang unverbindlich, in dem es nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Wenn der Arbeitgeber an Fachhändler verkauft, aber auch die Tätigkeit „Verkauf an Endkunden“ ausschließt, besteht hierfür kein berechtigtes geschäftliches Interesse. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot ist daher insoweit unverbindlich. Wenn der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot in seinem (restlichen) verbindlichen Teil beachtet, hat er Anspruch auf die vereinbarte Karenzentschädigung.

BAG vom 21. April 2010 - 10 AZR 288/09 – Aufhebung von LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. Dezember 2008 - 2 Sa 378/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 30

#### „GNBZ“ nicht tariffähig

Die sog. „Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste“ (GNBZ) und der Arbeitgeberverband der Neuen Brief- und Zustelldienste e.V. (AGV-NBZ) haben ihre Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des LAG Köln zurückgenommen, wonach die GNBZ keine tariffähige Gewerkschaft ist. siehe: LAG Köln, vom 20. Mai 2009 - 9 TaBV 105/08 – am BAG bisher anhängig unter 1 ABR 101/09, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 28

#### Wechselschichtzulage auch, wenn nur wegen Urlaub nicht geleistet wird

Der TVöD fordert für die Zahlung von Wechselschichtzulagen einen regelmäßigen Wechsel der Schichten, u. a. längstens nach Ablauf eines Monats mindestens zwei Nachtschichten. Der 10. Senat hat jetzt erfreulich festgestellt, dass es auch genügt, wenn die geforderte Schicht nur deshalb ausfällt, weil der Beschäftigte wegen der Gewährung von Erholungsurlaub oder aus anderen in § 21 TVöD-K genannten Gründen (z. B. Arbeitsunfähigkeit während des Entgeltfortzahlungszeitraums) von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung frei ist. Entscheidend sei, ob der Beschäftigte ohne die Arbeitsbefreiung die geforderten Schichten geleistet hätte.

BAG vom 24. März 2010 - 10 AZR 58/09 – Aufhebung von LAG Nürnberg vom 18. Dezember 2008 - 5 Sa 716/07 – vgl. auch 10 AZR 152/09 - Wechselschichtzulage; 10 AZR 570/09 - Schichtzulage, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 27

#### Kein Verfall von Schwerbehindertenzusatzurlaub bei Krankheit; bei Tarifurlaub ggf. möglich

Der vierwöchige gesetzliche Mindesturlaub muss bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach der neueren Rechtsprechung auch dann finanziell abgegolten werden, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig krank ist. Dies gilt auch für den Anspruch auf Abgeltung des Schwerbehindertenzusatzurlaubs. Bei über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden tariflichen Urlaubsansprüchen kommt es auf die Tarifregelung an.

BAG vom 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 – Bestätigung von LAG Düsseldorf, Urteil vom 2. Februar 2009 - 12 Sa 486/06, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 25

#### Keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wenn spezifische Begründung

Bei der Besetzung der Stelle der kommunalen Gleichstellungsbeauftragten darf die Bewerberauswahl ausnahmsweise auf Frauen beschränkt werden,

wenn ein Schwerpunkt der Tätigkeiten in Projekt- und Beratungsangeboten liegt, deren Erfolg bei Besetzung der Stelle mit einem Mann gefährdet wäre. BAG vom 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 – Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 5. Dezember 2008 - 16 Sa 236/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 24

**Wir wünschen allen Leserinnen und Lesern der sfm-aktuell einen guten Rutsch in ein glückliches, gesundes und zufriedenes Jahr 2011 !**



K. Seebacher \* M. Fleischmann \* A. Müller \*  
B. Renkl \* S. Duffner \* A. Daumoser \* T. Himmelsdorfer \* S. Saller \* C. Becker \* P. Raja \*  
A. Matthäus \* I. Werner \* K. Bielmeier \*  
S. Schäfer \* B. Roder \* C. Burzenski

### Ortszuschlag für Stiefkinder in eingetragener Lebenspartnerschaft bejaht

Kinderbezogene Entgeltbestandteile hätten im Vergütungssystem des BAT auch für Kinder eingetragener Lebenspartnerschaften gezahlt werden müssen. Der Ausschluss war gleichheitswidrig und deshalb gem. Art. 3 Abs. 1 GG unwirksam. Damit war der Betrag auch bei der Überleitung in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) zum 1. November 2006 zu berücksichtigen.

BAG vom 18. März 2010 - 6 AZR 156/09 – Bestätigung von Sächsisches LAG vom 27. Januar 2009 - 7 Sa 195/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 23

### Wirksamkeit einer Haushaltsbefristung nur bei nachvollziehbarer Zweckbestimmung

Eine sog. Haushaltsbefristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG ist nur sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Hierzu müssen im Haushaltsplan Mittel mit einer nachvollziehbaren Zwecksetzung für eine Aufgabe von vorübergehender Dauer ausgewiesen sein. Es muss eine Kontrolle möglich sein, ob die befristete Beschäftigung wirklich der Deckung eines vorübergehenden Bedarfs dient.

BAG vom 17. März 2010 - 7 AZR 843/08 – Aufhebung von LAG Berlin-Brandenburg vom 20. August 2008 - 21 Sa 961/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 22

### Politische Betätigung des Betriebsrats kann zu Auflösungsantrag, nicht zu Unterlassungsanspruch führen – auch Feststellungsverfahren u. U. möglich

Der Betriebsrat hat nach § 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG ebenso wie der Arbeitgeber jede parteipolitische Betätigung im Betrieb zu unterlassen, nicht jedoch jede allgemeinpolitische Äußerung. Verstöße begründen keinen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers, da § 23 Abs. 1 BetrVG (Auflösung des BR) eine spezielle gesetzliche Regelung vorsieht. Bei Streit über die Zulässigkeit einer bestimmten Betätigung kann ein Feststellungsverfahren geführt werden, wenn eine entsprechende erneute Äußerungen des Betriebsrats zu besorgen ist. Eine entsprechende gerichtliche Feststellung ist im Falle einer späteren Pflichtverletzung des Betriebsrats von entscheidender Bedeu-

tung für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers.

BAG vom 17. März 2010 - 7 ABR 95/08 – Aufhebung von LAG Schleswig-Holstein vom 30. September 2008 - 2 TaBV 25/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 21

### Kein tariflicher Feiertagszuschlag für Ostermontag

Sieht ein Tarifvertrag Zuschläge für gesetzliche Feiertage vor, haben Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zahlung eines Feiertagszuschlags für Ostermontag, da dieser kein gesetzlicher Feiertag ist.

BAG vom 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 – Aufhebung von LAG Niedersachsen vom 3. März 2009 - 3 Sa 244/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 20

### Keine Altersdiskriminierung, wenn ältere Arbeitnehmer vom Angebot auf Ausscheiden bei Zahlung einer Abfindung ausgenommen werden

Es ist zulässig, ältere Arbeitnehmer aus dem Personenkreis auszunehmen, dem im Rahmen einer Personalabbaumaßnahme der Abschluss von Aufhebungsverträgen gegen Abfindungen angeboten wird. Darin liege keine Diskriminierung wegen des Alters, so das BAG. Es fehlt bereits an einer unmittelbaren Benachteiligung, da ja der Arbeitsplatz erhalten bleibe. Das Diskriminierungsverbot wegen des Alters verfolgt wesentlich den Zweck, älteren Arbeitnehmern den Verbleib im Arbeitsleben zu ermöglichen. Es zwingt deshalb Arbeitgeber im Rahmen eines von ihnen geplanten Personalabbaus nicht dazu, auf Verlangen älterer Arbeitnehmer mit diesen einen Aufhebungsvertrag gegen Zahlung einer Abfindung zu schließen.

BAG vom 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 – Bestätigung von LAG Niedersachsen vom 15. September 2008 - 9 Sa 525/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 18

### Auch die Änderung von Arbeitsverträgen kann dazu führen, dass neues Recht bei dynamischen Verweisungen auf Tarifverträge anzuwenden ist

Seit dem 1. Januar 2002 haben vertragliche Tarifbezugsklauseln, die früher als Gleichstellungsabreden bei Tarifflucht des Arbeitgebers wertlos geworden sind, weiterhin den Wert einer vertraglichen Anspruchsgrundlage. Dies gilt auch bei älteren Arbeitsverhältnissen, wenn eine solche Klausel z. B. durch Änderungsvertrag aktualisiert wurde.

BAG vom 24. Februar 2010 - 4 AZR 691/08 – Bestätigung von LAG Schleswig-Holstein

vom 17. Juli 2008 - 3 Sa 159/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 16

### Versetzung einer Tageszeitungsredakteurin in eine Entwicklungsredaktion unzulässig

Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber zwar den Inhalt der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit die Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies unterliegt jedoch gerichtlicher Überprüfung. Es gehört z. B. nicht zum Berufsbild des Redakteurs, nur neue Produkte zu entwickeln, ohne noch zur Veröffentlichung bestimmte Beiträge zu erarbeiten. Zudem stellt der Entzug von Produkten nicht die Übertragung „anderer“ Produkte dar.

BAG vom 23. Februar 2010 - 9 AZR 3/09 – Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 4. Juli 2008 - 22 Sa 2174/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 15

### Zumutbarer Arbeitsplatz auch, wenn mit Leiharbeitnehmern besetzt - Übernahme von Jugend- und Auszubildendenvertretern

Beschäftigt ein Arbeitgeber auf dauerhaft eingerichteten, ausbildungsadäquaten Arbeitsplätzen Leiharbeitnehmer, so kann es ihm zumutbar sein, einen solchen Arbeitsplatz für den zu übernehmenden Jugend- und Auszubildendenvertreter freizumachen.

BAG vom 17. Februar 2010 - 7 ABR 89/08 – Aufhebung und Rückverweisung von LAG Hamm vom 22. Februar 2008 - 10 TaBV 93/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 13

### Aufgabe der „gegenläufigen betrieblichen Übung“

Gewährt ein Arbeitgeber seinen Betriebsrentnern in drei aufeinanderfolgenden Jahren vorbehaltlos eine Weihnachtsgratifikation in gleicher Höhe, so entsteht dadurch eine betriebliche Übung. Erklärt er zu einem späteren Zeitpunkt, er gewähre dies nur noch in den kommenden drei Jahren, und rechnet er sie ab diesem Zeitpunkt mit dem Hinweis „Versorgungsbezug freiwillige Leistung“ ab, führt dies nicht zum Rechtsverlust, auch wenn die Berechtigten nicht widersprechen.

BAG vom 16. Februar 2010 - 3 AZR 123/08 u.a. – Bestätigung von LAG Köln vom 31. Oktober 2007 - 8 Sa 890/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 12

**Ankündigung des Endes der Tarifeinheit**

Der Vierte Senat des BAG hat ein Verfahren unterbrochen, da er beabsichtigt, seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit zu ändern. Er hat eine Divergenzanfrage an den Zehnten Senat des BAG gerichtet. Nach der bisherigen Rechtsprechung kam der Grundsatz der Tarifeinheit auch dann zum Tragen, wenn ein Betrieb vom Geltungsbereich mehrerer Tarifverträge erfasst wurde, die von verschiedenen Gewerkschaften geschlossen worden waren und an die der Arbeitgeber deshalb gebunden war, weil er Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband oder selbst Tarifvertragspartei war, während demgegenüber für den jeweiligen Arbeitnehmer je nach Gewerkschaftsmitgliedschaft nur einer der beiden Tarifverträge Anwendung fand (Tarifpluralität). Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit sollte eine solche Tarifplu-

ralität im Falle einer unmittelbaren Tarifbindung des Arbeitgebers an verschiedene Tarifverträge dahin aufgelöst werden, dass der speziellere Tarifvertrag den anderen Tarifvertrag im Betrieb verdrängt.

*BAG vom 27. Januar 2010 - 4 AZR 549/08 (A) – Tendenz zur Bestätigung von LAG Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 22. Januar 2008 - 14 Sa 87/07, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 9*

**Stützunterschriften für Wahlvorschläge im Original einreichen – Parallelsammlung zulässig**

Wahlvorschläge für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung müssen innerhalb der Einreichungsfrist mit der erforderlichen Anzahl von Stützunterschriften im Original beim Wahlvorstand eingehen. Kopien genügen nicht. Ein paralleles Sammeln auf eindeutig übereinstimmenden Wahlvorschlägen ist zulässig.

*BAG vom 20. Januar 2010 - 7 ABR 39/08 – Bestätigung von LAG Rheinland-Pfalz, vom 1. April 2008 - 3 TaBV 1/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 5*

**Internet für den Betriebsrat, zumindest wenn keine zusätzliche Kosten**

Zumindest wenn es keine zusätzlichen Kosten verursacht, hat der Betriebsrat Anspruch auf Bereitstellung eines Internetanschlusses. Vorliegend hatte der BR bereits einen Computer und im Betrieb gab es einen Internetanschluss. Das Internet gehört grundsätzlich zu Informations- und Kommunikationstechnik im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG.

*BAG vom 20. Januar 2010 - 7 ABR 79/08 – Bestätigung von LAG Berlin-Brandenburg, vom 9. Juli 2008 - 17 TaBV 607/08, zit. nach PM des BAG 2010 Nr. 3*

*Bearbeitung: RA Fleischmann – Dezember 2010*

## Arbeitsgericht München – Einsicht des BR in individuelle Zielvereinbarungen

**1. Der BR hat Anspruch darauf, alle Zielvereinbarungen der Arbeitnehmer einzusehen. Es müssen die gleichen Maßstäbe angelegt werden, wie beim Recht des BR auf Einsichtnahme in Gehaltslisten, das sich auf alle Lohnbestandteile bezieht und auf individuell ausgehandelte Vergütungen erstreckt.**

**2. Dieser Anspruch des BR ist unabhängig davon, ob die bestehende Regelung über die Zielvereinbarungen als Betriebsvereinbarung wirksam ist oder nicht. Die Erforderlichkeit ihrer inhaltlichen Überprüfung, insbesondere auf die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hin, besteht auch nach rechtskräftig erklärter Unwirksamkeit der BV für die Vergangenheit fort.**

Arbeitsgericht München vom 10.11.2010 - 38 BV 257/10

**Tenor:**

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, dem Antragsteller Einsicht in alle im Jahr 2008 mit Arbeitnehmern, mit Ausnahme der leitenden Angestellten gem. § 5 Abs. 3 BetrVG abgeschlossenen Zielvereinbarungen zu gewähren.

**Gründe:**

I. Die Beteiligten streiten über einen Anspruch des Antragstellers auf Einsichtnahme in die im Jahr 2008 mit Arbeitnehmern abgeschlossenen Zielvereinbarungen.

(...) Der Antragsteller hat mit Email vom 28.9.2009 die Beteiligte zu 2) aufgefordert, ihm Einsicht in die getroffenen Zielvereinbarungen derjenigen Mitarbeiter zu geben, deren Zielerreichungsgrad über 120 % lag. Die Beteiligte zu 2) lehnt dies ab und vertritt die Ansicht dass die Mitteilung von Durchschnittswerten der Zielerreichungsgrade der einzelnen Mitarbeiter ausreichend sei. Hieran schloss sich ein weiterer Schriftwechsel an, in dessen Verlauf der Antragsteller Einsichtnahme in die Zielvereinbarungen auch mit dem Argument verlangte, dass die Besorgnis einer ungerechtfertigten Benachteiligung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vorliege und er ein Recht habe die Einhaltung der Betriebsvereinbarung zu überwachen.

Mit seinem Antrag vom 9.6.2010 macht der Antragsteller nunmehr gerichtlich einen Anspruch auf Einsichtnahme in die Zielvereinbarungen für das Jahr 2008 geltend. Er vertritt die Ansicht, ihm stehe ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Ziff. 11 BetrVG zu, das einen umfassenden Unterrichtsanspruch begründe. Zudem habe er darüber zu wachen, dass der Arbeitgeber bei einem kollektiven Entgeltsystem die Grundsätze von Recht und Billigkeit, sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz und das AGG einhalte

(...) Die Beteiligte zu 2) bestreitet ein Recht auf Einsichtnahme in die Zielvereinbarungen. Sie vertritt die Ansicht, dass es sich um individuelle Vereinbarungen handelt, die schon aus Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht preisgegeben werden dürfen. Außerdem sei der Einigungsstellenspruch wegen fehlender Zuständigkeit des GBR von Anfang an unwirksam, so dass es auch keine Grundlage für die Überwachung einer nicht vorhandenen, kollektiven Regelung gebe.

(...)

II. Der zulässige Antrag ist begründet Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Einsichtnahme in die für das Jahr 2008 mit Arbeitnehmern der Beteiligten zu 2) abgeschlossenen Zielvereinbarungen, soweit es sich nicht um leitende Angestellte handelt, für die der Betriebsrat gem. § 5 Abs. 3 BetrVG nicht zuständig ist.

Der Anspruch des Betriebsrats ergibt sich bereits aus § 80 Abs. 2 BetrVG i.V.m. dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Ziff 11 BetrVG hinsichtlich von Zielvereinbarungen, die die Grundlage für die Ermittlung der Tantieme innerhalb der variablen Vergütung für AT-Angestellte darstellen. Der Anspruch des Betriebsrats kann außerdem auf § 80 Abs. 2 BetrVG i.V.m. mit seinen Aufgaben gem. § 80 I Nr. 1 BetrVG gestützt werden. Hierzu gehört die Überwachung der Einhaltung der Grundsätze für den Abschluss von Zielvereinbarungen gem. Anlage 3 der durch Einigungsstellenspruch zustande gekommenen Betriebsvereinbarung vom 5.8.2005. Im Hinblick auf bestehende Spielräume bei dem Abschluss von Zielvereinbarungen und deren Durchführung bzw. der Festlegung der jeweiligen variablen Vergütung hat der Antragsteller eine Pflicht zur Überwachung einer Einhaltung der Grundsätze aus § 75 I BetrVG und § 106 GewO, ohne dass es auf die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs ankommt.

Im Einzelnen: (...) **weiter geht's unter [www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo](http://www.sfm-arbeitsrecht.de/mandanteninfo) dort als „Betriebsrat“ mit dem Kennwort „sfm-muc“ einloggen und in unserer Urteils- und Beschlussammlung surfen.**

#### **EGMR v. 23.09.2010 – Schutz des Privatlebens auch im Kirchendienst**

Die katholische Kirche darf Arbeitnehmer nicht in jedem Fall entlassen, wenn diese Ehebruch begangen haben. Gerichte müssen zwischen den Rechten beider Parteien abwägen und auch die Art der Tätigkeit berücksichtigen. Auf Seiten des Arbeitnehmers sind dabei dessen Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens und seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu beachten. Die Kündigung eines Organisten war danach unwirksam. (be)

#### **LAG SH vom 06.07.2010: Schwerbehinderung spätestens drei Wochen nach Kündigung offenlegen**

Um den Sonderkündigungsschutz aus § 85 SGB IX zu bewahren, muss ein gekündigter Arbeitnehmer, der die Schwerbehinderung bisher verschwiegen hatte, den Arbeit-

geber innerhalb von drei Wochen nach Erhalt der Kündigung aufklären. (be)

#### **ArbG Kiel vom 16.09.2010: Vorbereitung erstmaliger BR-Wahl auch während Arbeitszeit**

Soll in einem bisher betriebsratslosen Betrieb erstmals eine BR-Wahl vorbereitet werden, sind Arbeitnehmer hierzu auch während ihrer Arbeitszeit berechtigt. Der Arbeitgeber muss Arbeitnehmer für erforderliche Vorbereitungshandlungen einer Betriebsratswahl nach dem Rechtsgedanken des § 37 Abs. 2 BetrVG von der Arbeitspflicht befreien. Eine Abmahnung des Arbeitnehmers ist nicht gerechtfertigt. (sal)

#### **LAG Hamm vom 18.06.2010: Drucker für BR – zumindest wenn Vertraulichkeit der Daten nicht gewährleistet**

Der Betriebsrat muss sich nicht auf die Mitbenutzung eines im Betrieb vorhandenen Druckers verweisen lassen, wenn auf diesem der Inhalt der Kommunikation gespeichert wird und die Vertraulichkeit der Daten nicht gewährleistet ist. Er kann regelmäßig die Überlassung eines eigenen Druckers verlangen. Wenn der Arbeitgeber mit Farbausdrucken arbeitet und in seinen Schreiben an den Betriebsrat farbige Darstellungen verwendet, besteht zudem ein Anspruch des Betriebsrats auf Überlassung eines Farbdruckers. (sal)

#### **LAG Hamburg vom 23.06.2010: „Junges Team“ in Stellenanzeige AGG-widrig**

Das Merkmal „junges Team“ in einer Stellenausschreibung stellt auch dann, wenn es unter der Überschrift „Wir bieten Ihnen“ steht, eine Altersdiskriminierung und somit einen Verstoß gegen §§ 7, 11 AGG dar. (br)

#### **LAG Düsseldorf vom 05.05.2010: Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche unterliegen tariflichen Ausschlussfristen**

Das BAG hatte bisher den Verfall von Urlaubsansprüchen wegen des dem BurlG immanenten „Zeitregimes“ sowie der Unabdingbarkeit gem. § 13 Abs. 1 BurlG abgelehnt. Dem tritt die Entscheidung des LAG Düsseldorf entgegen. Die Begründung des BAG sei nach der Schultz-Hoff -Entscheidung des EuGH nicht mehr haltbar. (Gegen das Urteil wurde die Revision zugelassen und eingelegt. Eine Entscheidung des BAG steht noch aus) (br)

#### **Impressum:**

sfm-arbeitsrecht *aktuell* wird herausgegeben von seebacher.fleischmann.müller - kanzlei für arbeitsrecht, sendlinger str. 46, 80331 münchen tel.: +49 (0) 89 – 23 000 50 - fax: +49 (0) 89 – 23 000 511 - mail: kanzlei@sfm-arbeitsrecht.de

Redaktion: Michael Fleischmann (verantwortlich i.S.d.P.), Barbara Renkl, Sabrina Saller, Christian Becker, Andreas Müller, Alexandra Matthäus; Dank auch an die Korrekturleser/innen

Hinweis : Die hier wiedergegebenen Rechtsansichten und Meinungen sind subjektiv. Ob und in welchem Umfang eine Übertragung auf konkrete Einzelfälle zu den gleichen juristischen Konsequenzen führt, wie hier angenommen, muss stets im Einzelnen geprüft werden. Auch die Wiedergabe von Rechtsprechung von Gerichten erfolgt zwar nach bestem Wissen und Gewissen, Fehler bleiben jedoch vorbehalten, gerade angesichts der Verkürzung der Aussagen.

**Die Weitergabe an Interessierte ist ausdrücklich gestattet**