



NEWSLETTER

Arbeitsrecht | Ausgabe 6/2009



TÜRKISCH-DEUTSCHE
INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER
Opladener Straße 8 · 50679 Köln
Tel +49 221 540 22-00
Fax +49 221 540 22-01
eMail info@td-ihk.de
Web www.td-ihk.de

ARNECKE
SIEBOLD

ARNECKE SIEBOLD
Rechtsanwälte . Partnerschaftsgesellschaft
Hamburger Allee 4 · 60486 Frankfurt/Main
Tel +49 69 97 98 85-0
Fax +49 69 97 98 85-85
eMail Frankfurt@ArneckeSiebold.de
Web www.ArneckeSiebold.de

INHALT

Arbeitsrecht | Ausgabe 6/2009

1. **Altersdifferenzierung in Sozialplänen zulässig**
Seite 4
2. **Kein Wegfall des Anspruchs auf Weihnachtsgeld durch gegenläufige betriebliche Übung**
Seite 5
3. **Rechtfertigt es eine außerordentliche Kündigung, wenn ein Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat, der gleichzeitig Betriebsratsmitglied ist, dem Betriebsrat vertrauliche Informationen aus dem Aufsichtsrat mitteilt?**
Seite 6
4. **Einzelvertragliche Änderung der Arbeitsbedingungen vor Ablauf des Tarifvertrags**
Seite 7
5. **Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit ?**
Seite 9
6. **Kann der Auflösungsantrag des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess darauf gestützt werden, dass wegen beleidigender Äußerungen des Rechtsanwalts des Arbeitnehmers die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist?**
Seite 10
7. **Lohneinbehalt wegen negativen Arbeitszeitguthabens ?**
Seite 11

8. Abschluss eines Aufhebungsvertrages aus Anlass eines Betriebsübergangs

Seite 12

9. Streik in kommunaler Kindertagesstätte rechtswidrig

Seite 14

1. Altersdifferenzierung in Sozialplänen zulässig

Eine nach Lebensalter oder Betriebszugehörigkeit differenzierende Abfindungsregelung in Sozialplänen ist zulässig. Die damit verbundene unterschiedliche Behandlung wegen Alters ist von § 10 Satz 1, 3 Nr. 6 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gedeckt, da sie das legitime Ziel verfolgt, allen vom Verlust des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmern mit einem begrenzten finanziellen Volumen eine Überbrückungshilfe zu gewähren. So hat es das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 26. Mai 2009 entschieden (Az. 1 AZR 198/08).

Im Rahmen einer Betriebsänderung fällt ein Arbeitnehmer unter eine Sozialplanregelung, die bei der Berechnung der Abfindungssumme danach differenziert, ob der Arbeitnehmer das 59. Lebensjahr vollendet hat. Vorher hängt die Höhe der Abfindung von der Dauer der Betriebszugehörigkeit ab; es ergibt sich eine höhere Abfindung. Der Arbeitnehmer fühlt sich durch diese Regelungen wegen seines Alters diskriminiert und verlangt eine höhere Abfindungssumme.

Das BAG teilt die Ansicht des Arbeitnehmers nicht. Sowohl die Regelungen im Sozialplan, die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen als auch der Systemwechsel bei der Berechnung der Abfindung für über 59-jährige Arbeitnehmer stellen Ungleichbehandlungen wegen des Alters im Sinne der §§ 1, 7 Abs. 1 AGG dar. Sie sind jedoch gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt. Die Betriebsparteien haben bei Abschluss des Sozialplans angemessen berücksichtigt, dass Arbeitnehmer, die nach dem Bezug von Arbeitslosengeld eine Altersrente in Anspruch nehmen können, regelmäßig geringere wirtschaftliche Nachteile erleiden als jüngere Arbeitnehmer, die der Gefahr längerer Arbeitslosigkeit ausgesetzt sind.

Das BAG stellt weiter fest, dass die Regelung in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG nicht gegen das gemeinschaftsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung verstößt. § 10 AGG beruht auf Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie sind Un-

gleichbehandlungen aufgrund des Alters gerechtfertigt, die einem legitimen Ziel dienen. Die vorliegenden Regelungen des Sozialplans dienen dem allgemeinen sozialpolitischen Ziel, alle vom Verlust des Arbeitsplatzes betroffenen Arbeitnehmern eine Überbrückungshilfe bis zu einem neuen Arbeitsverhältnis oder dem Bezug der Altersrente zu gewähren. Sie dienen somit einem legitimen Ziel und sind gemeinschaftsrechtskonform.

2. **Kein Wegfall des Anspruchs auf Weihnachtsgeld durch gegenläufige betriebliche Übung**

Hat ein Arbeitgeber jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später erklärt, die Zahlung sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch. Das Schweigen des Arbeitnehmers über einen Zeitraum von drei Jahren auf diese Erklärung gilt nicht als Zustimmung (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung). So das BAG in seinem Urteil vom 18. März 2009 (Az. 10 AZR 281/08).

Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer bis zum Jahr 2001 Weihnachtsgeld am Jahresende. Für die Jahre 2002 bis 2005 wird das Weihnachtsgeld in drei Raten gewährt. Mit Ausnahme der Lohnabrechnungen für November 2002 und 2003 enthalten diese den handschriftlichen Vermerk „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch“. Der Arbeitnehmer begehrt Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 aufgrund betrieblicher Übung.

Das BAG bejaht einen Anspruch des Arbeitnehmers auf das Weihnachtsgeld für das Jahr 2006. Dieser Anspruch ist nach den Regeln der betrieblichen Übung entstanden. Demnach erstarkt eine dreimalig vorbehaltlos gezahlte Gratifikation zur Verbindlich-

keit. Dieser Anspruch ist auch nicht durch eine gegenläufige betriebliche Übung aufgehoben worden. Eine solche gegenläufige betriebliche Übung könnte darin gesehen werden, dass der Arbeitnehmer durch sein Schweigen in den Jahren 2004 und 2005 die künftige Freiwilligkeit des Weihnachtsgelds akzeptiert hat. So hätte das BAG auch früher die Frage beantwortet.

Nun aber sagt das BAG: Die Annahme, durch eine mehrmalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation werde die Verpflichtung zur Gratifikationszahlung in Zukunft beendet, ist mit § 308 Nr. 5 BGB nicht zu vereinbaren. Danach sind Erklärungen untersagt, die dem Vertragspartner eine drohende Fiktionswirkung nicht hinreichend bewusst machen und ihm keine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung einräumen. Der Arbeitnehmer hätte also auf die Bedeutung seines Schweigens ausdrücklich hingewiesen werden müssen.

3. Rechtfertigt es eine außerordentliche Kündigung, wenn ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, der gleichzeitig Betriebsratsmitglied ist, dem Betriebsrat vertrauliche Informationen aus dem Aufsichtsrat mitteilt?

Die Verschwiegenheitsverpflichtung von Aufsichtsratsmitgliedern gilt zwar auch gegenüber dem Betriebsrat. Der Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung durch einen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ist aber vorrangig mit gesellschaftsrechtlichen Mitteln – vor allem Abberufung aus dem Aufsichtsrat – zu ahnden. Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses kommt in der Regel nicht in Betracht. So sieht es das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 23. Oktober 2008 (Az. 2 ABR 59/07).

Der betreffende Arbeitnehmer ist Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat seines Arbeitgebers, außerdem auch noch Vorsitzender des Betriebsrats, Mitglied des Konzernbetriebsrats und des Wirtschaftsausschusses. Der Arbeitgeber plant die Über-

nahme einer US-amerikanischen Gesellschaft, die an der Börse Nasdaq gelistet ist. Das Transaktionsvolumen beläuft sich auf etwa € 800 Mio. In mehreren Aufsichtsratssitzungen wird dieses Vorhaben detailliert besprochen. Die Aufsichtsratsmitglieder werden gesondert über die Geheimhaltungsbedürftigkeit des Vorhabens hingewiesen. Kurze Zeit später teilt der Arbeitnehmer und Betriebsratsvorsitzende bei einer Betriebsratssitzung Einzelheiten des Vorhabens mit. Als der Arbeitgeber davon erfährt, wird der Arbeitnehmer als Aufsichtsratsmitglied abberufen. Zugleich beantragt der Arbeitgeber beim Betriebsrat die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Betriebsratsvorsitzenden. Der Betriebsrat lehnt ab. Daraufhin beantragt der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht, die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen. Denn der Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung im Aufsichtsrat rechtfertige eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Das BAG sieht das anders. Zwar bestehe die Verschwiegenheitspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds auch gegenüber dem Betriebsrat. Da es aber um einen Verstoß gegen aktienrechtliche Verschwiegenheitsverpflichtungen ginge, müsse dies vorrangig mit aktienrechtlichen Maßnahmen geahndet werden. In Betracht komme – wie im Fall auch geschehen – vor allem eine Abberufung aus dem Aufsichtsrat. Dagegen kann das Arbeitsverhältnis in aller Regel nicht gekündigt werden. Dies auch deshalb, weil der Arbeitnehmer nach Abberufung aus dem Aufsichtsrat nicht mehr gegen die Verschwiegenheitspflicht verstoßen könne. Insofern sei von einer positiven Zukunftsprognose auszugehen, die einer Kündigung entgegenstünde.

4. Einzelvertragliche Änderung der Arbeitsbedingungen vor Ablauf des Tarifvertrags

Durch einzelvertragliche Vereinbarungen können Regelungen aus einem Tarifvertrag im Einzelfall auch schon vor dessen Ablauf verändert oder verschlechtert werden. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Vereinbarung zeit-

nah zum Ablauf des Tarifvertrags geschlossen wird und konkret die sich aufgrund der Nachwirkung ergebende Situation regelt. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, wenn die einzelvertragliche Vereinbarung ein Jahr vor Ablauf des Tarifvertrags geschlossen wird. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 20. Mai 2009 (Az. 4 AZR 230/08) entschieden.

Im entschiedenen Fall waren die Arbeitnehmerin aufgrund der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft und die Arbeitgeberin aufgrund der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband zunächst tarifgebunden. Mit Wirkung zum 1. November 2004 wechselte die Arbeitgeberin beim Arbeitgeberverband in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft). Am 1. März 2005 vereinbarten die Parteien eine Änderung des Arbeitsvertrages zum **1. April 2005**, wonach die tarifliche Arbeitszeit ohne Lohnausgleich um eineinhalb Stunden wöchentlich verlängert und der tarifliche Mindesturlaub um zwei Tage verkürzt werden sollte. Der maßgebliche Tarifvertrag wurde erst im Oktober 2005 zum **31. März 2006** gekündigt. Die Arbeitnehmerin verlangt die Nachgewährung von zwei Tagen Jahresurlaub für 2006 sowie die Vergütung der über die tarifliche Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitsstunden in der Zeit von Januar bis Juni 2006.

Das BAG gab der Arbeitnehmerin im Ergebnis Recht. Sie habe weiterhin einen Anspruch auf den tariflichen Jahresurlaub und auf Vergütung der über die tarifliche Arbeitszeit hinaus geleisteten Arbeitsstunden. Dies ergebe sich bis zu dessen Ablauf am 31. März 2006 unmittelbar aus dem einschlägigen Tarifvertrag, der für die Parteien kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit zwingend galt. Nach Ablauf des Tarifvertrages ergäben sich die Ansprüche aus dessen Nachwirkung. Nach § 4 Abs. 5 Tarifvertragsgesetz gelten zwar die Rechtsnormen eines Tarifvertrags nach dessen Ablauf nur so lange weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Über den Gesetzeswortlaut hinaus könne eine „andere Abmachung“ im Sinne dieser Regelung im Einzelfall auch schon vor Ablauf des Tarifvertrags geschlossen werden und auch dessen Regelungen verschlechtern.

Eine einzelvertragliche Vereinbarung könne die Bestimmungen eines Tarifvertrags aber nur dann ablösen, wenn sie konkret und zeitnah vor dem bevorstehenden Ablauf des Tarifvertrags die sich aufgrund der Nachwirkung ergebende Situation regelt. Hieran fehlte es im Streitfall. Die zum 1. April 2005 getroffene Vereinbarung war ein Jahr vor Ablauf des Tarifvertrags geschlossen worden. Sie sollte zudem die Rechtslage sofort und damit während des noch laufenden Tarifvertrags ändern – und dies zu einem Zeitpunkt, zu dem noch gar nicht absehbar war, ob und wann es zu einer Nachwirkung des Tarifvertrags kommen würde.

5. Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit ?

Arbeitnehmer haben nach der neueren Rechtsprechung zwar auch dann einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Urlaubsjahres oder Übertragungszeitraums nicht gewährt werden kann. Das gilt aber nicht für fortbestehende Arbeitsverhältnisse. Hier scheidet nach § 7 Abs. 4 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ein Abgeltungsanspruch und damit auch ein von der Urlaubsgewährung abhängiger Urlaubsgeldanspruch aus. So das Bundesarbeitsgericht (BAG) im Urteil vom 19. Mai 2009 (Az. 9 AZR 477/07).

Der Arbeitnehmer war als Kraftfahrer beschäftigt. Der anwendbare Tarifvertrag sieht unter anderem einen Anspruch auf Zahlung eines Urlaubsgelds in Höhe von 60 % des Urlaubsentgelts vor. Der Arbeitnehmer erleidet einen Arbeitsunfall und ist bis ins Folgejahr hinein arbeitsunfähig. Er verlangt Zahlung des tariflichen Urlaubsgelds für das abgelaufene Jahr. Der Tarifvertrag sei dahingehend auszulegen, dass der Anspruch auf zusätzliches Urlaubsgeld unabhängig vom Anspruch auf Urlaubsabgeltung bestehe.

Das BAG verneint einen Anspruch auf Zahlung des tariflichen Urlaubsgelds. Zwar hat das BAG mit Urteil vom 24. März 2009 (vgl. Newsletter Arbeitsrecht 04/2009) ent-

schieden, dass § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG dahingehend gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist, dass Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs nicht erlöschen, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Vorliegend kam es jedoch nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, vielmehr bestand das Arbeitsverhältnis fort. Bei dieser Sachlage schuldet der Arbeitgeber keine Urlaubsabgeltung. Das folgt aus § 7 Abs. 4 BUrlG, wonach der Urlaub nur dann abzugelten ist, wenn er *wegen* der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann.

Der Anspruch auf das tarifliche Urlaubsgeld entstand auch nicht etwa unabhängig von einem etwaigen Urlaubsabgeltungsanspruch. Das tarifliche Urlaubsgeld ist im Streitfall mit der Urlaubsvergütung verknüpft (akzessorisch). Es ist daher erst dann zu zahlen, wenn auch ein Anspruch auf Urlaubsvergütung fällig ist.

6. Kann der Auflösungsantrag des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess darauf gestützt werden, dass wegen beleidigender Äußerungen des Rechtsanwalts des Arbeitnehmers die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist?

Das Verhalten des Rechtsanwalts des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess kann dazu führen, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, dass also der Auflösungsantrag des Arbeitgebers gerechtfertigt ist. Dies gilt etwa dann, wenn der Rechtsanwalt in einem Schriftsatz unterstellt, ein Vorgesetzter des Arbeitnehmers werde als Zeuge die Unwahrheit sagen. Allerdings muss das Gericht bei der Entscheidung über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zugunsten des Arbeitnehmers die Prozesssituation und die Dauer der Betriebszugehörigkeit berücksichtigen. Das bestätigt das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln in seinem Urteil vom 10. Dezember 2008 (Az. 3 Sa 781/08).

Einem Arbeitnehmer wird betriebsbedingt gekündigt. Er erhebt Kündigungsschutzklage. Im Laufe des Prozesses benennt der Rechtsanwalt des Arbeitgebers einen Vorgesetzten des Arbeitnehmers als Zeugen für die betriebsbedingten Kündigungsgründe. Postwendend unterstellt der Rechtsanwalt des Arbeitnehmers, der Vorgesetzte werde wegen persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber als Zeuge die Unwahrheit sagen. Der Arbeitgeber beantragt daraufhin, das Arbeitsverhältnis, falls die betriebsbedingte Kündigung unwirksam ist, wegen Unzumutbarkeit aufzulösen. Der Arbeitnehmer habe über seinen Rechtsanwalt den Vorgesetzten schwer beleidigt. Eine gedeihliche Zusammenarbeit sei nun nicht mehr möglich.

Das LAG Köln hält die betriebsbedingte Kündigung für unwirksam. Deshalb kommt es auf den Auflösungsantrag des Arbeitgebers an. Aber auch diesen weist das Gericht ab. Zwar sei die Unterstellung des Rechtsanwalts des Arbeitnehmers, der Vorgesetzte werde als Zeuge die Unwahrheit sagen, grundsätzlich als Auflösungsgrund geeignet. Denn eine gedeihliche Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmer und Vorgesetzten sei danach nur noch schwer vorstellbar. Allerdings müsse zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden, dass er sich in einer für ihn ungewohnten Prozess- und damit Stresssituation befinde. Außerdem falle seine lange Betriebszugehörigkeit ins Gewicht (10 Jahre). Angesichts dessen reiche die einmalige Unterstellung des Rechtsanwalts noch nicht für den Auflösungsantrag aus.

7. **Lohneinbehalt wegen negativen Arbeitszeitguthabens ?**

Ein negatives Arbeitszeitguthaben auf einem Arbeitszeitkonto ist vom Arbeitnehmer bei Ausscheiden trotz entsprechender Vereinbarung nicht auszugleichen, wenn das negative Guthaben aufgrund von Arbeitsmangel entstanden ist. So das Landesarbeitsgericht (LAG) Mecklenburg-Vorpommern im Urteil vom 26. März 2008 (Az. 2 Sa 314/07).

Der Arbeitnehmer ist beim Arbeitgeber als Monteur beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag konnten dem Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden etwaige Minusstunden auf seinem Arbeitszeitkonto in Rechnung gestellt werden. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses weist das Arbeitszeitguthaben des Arbeitnehmers einen Minus-Saldo in Höhe eines Monatslohnes auf. Ursache für das Negativsaldo ist ein Arbeitsmangel, der es dem Arbeitgeber unmöglich machte, dem Arbeitnehmer genügend Arbeit zur Verfügung zu stellen. Der Arbeitgeber verrechnet das negative Arbeitszeitguthaben mit dem letzten Nettolohn. Hiergegen wendet sich der Arbeitnehmer unter Berufung auf die Unwirksamkeit der Klausel.

Nach Ansicht des LAG ist dem Arbeitnehmer der einbehaltene Lohn in voller Höhe auszuzahlen. Die Klausel über die Verrechnung mit Vergütungsansprüchen bei Ausscheiden des Arbeitnehmers ist unwirksam, da sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 in Verbindung mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Bei einem negativen Zeitguthaben des Arbeitnehmers handelt es sich der Sache nach um einen Lohn- oder Gehaltsvorschuss des Arbeitgebers. Eine Verrechnung mit fälligen Vergütungsansprüchen darf der Arbeitgeber allerdings erst dann vornehmen, wenn der Arbeitnehmer allein darüber entscheiden kann, ob und in welchem Umfang das negative Guthaben entsteht. Das ist vorliegend nicht der Fall. Das negative Guthaben ist entstanden, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht genügend Arbeit zur Verfügung stellen konnte und ohne die Vereinbarung eines Arbeitszeitkontos in Annahmeverzug geraten wäre.

8. Abschluss eines Aufhebungsvertrages aus Anlass eines Betriebsübergangs

Eine Umgehung des Verbots einer Kündigung wegen eines Betriebsübergangs liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer freiwillig einen Aufhebungsvertrag abschließt, eine Beschäftigungsgesellschaft zwischengeschaltet ist und der Arbeitnehmer keine sichere Aussicht darauf hat, beim Erwerber eingestellt zu werden.

werden. Gleiches gilt beim Abschluss eines das Arbeitsverhältnis aufhebenden dreiseitigen Vertrages zwischen dem Arbeitnehmer, dem Insolvenzverwalter und der Beschäftigungsgesellschaft, wenn es nicht sicher ist, dass der Arbeitnehmer vom Erwerber einen Arbeitsvertrag erhalten wird. So das Landesarbeitsgericht (LAG) Baden-Württemberg im Urteil vom 18. Dezember 2008 (Az. 11 Sa 59/08).

Der Entscheidung lag ein dreiseitiger Vertrag zwischen dem Arbeitnehmer, dem Insolvenzverwalter und einer Transfergesellschaft zugrunde, in dem die Aufhebung des Arbeitsvertrages mit dem insolventen Arbeitgeber und der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages mit der Transfergesellschaft vereinbart wurden. Zusammen mit dieser dreiseitigen Vereinbarung wurden dem Arbeitnehmer auch ein befristeter und ein unbefristeter Arbeitsvertrag mit einer Erwerberfirma mit dem Hinweis übergeben, er möge abwarten, welcher Vertrag von der Erwerberfirma gegengezeichnet werden würde. Unterzeichnet wurde von der Erwerberfirma der befristete Arbeitsvertrag. Der Arbeitnehmer macht geltend, der Aufhebungsvertrag sei wegen Umgehung des Verbots einer Kündigung wegen des Betriebsübergangs unwirksam, sein Arbeitsverhältnis sei kraft Betriebsübergang auf die Erwerberfirma übergegangen.

Das LAG wies diese Ansicht zurück. Das Arbeitsverhältnis sei nicht aufgrund eines Betriebsübergangs auf die Erwerberfirma übergegangen, weil der Arbeitsvertrag mit der dreiseitigen Vereinbarung vorher wirksam aufgehoben wurde. Diese Vereinbarung enthalte keine Umgehung des Verbots einer Kündigung wegen des Betriebsübergangs (§ 613 a Abs. 4 Bürgerliches Gesetzbuch). Der Arbeitnehmer habe die dreiseitige Vereinbarung mit der zwischengeschalteten Beschäftigungsgesellschaft zu einem Zeitpunkt abgeschlossen, als noch kein befristeter oder gar unbefristeter Arbeitsvertrag mit der Erwerberfirma abgeschlossen und es auch nicht sicher war, ob ein solcher Vertrag zustande kommen wird. Es stand lediglich ein Angebot auf Abschluss eines unbefristeten, aber auch eines befristeten Arbeitsvertrages mit der Erwerberfirma im Raum. Ob die Erwerberfirma einen der beiden, und falls ja, welchen unterzeichnen würde, war für den Arbeitnehmer völlig ungewiss.

Die Entscheidung des LAG Baden-Württemberg ist allerdings noch nicht rechtskräftig. Die dagegen eingelegte Revision ist unter dem Az. 8 AZR 195/09 beim Bundesarbeitsgericht anhängig.

9. Streik in kommunaler Kindertagesstätte rechtswidrig

Der Streik in den kommunalen Kindertagesstätten zur Erzwingung eines Tarifvertrags zur Gesundheitsförderung ist rechtswidrig. Er verstößt gegen das „Ultima-ratio“-Prinzip, da nicht alle Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind. Bei einem Streit zwischen Arbeitgeber und dem Personalrat über Mitbestimmungsrechte hat im Übrigen die Einigungsstelle und nicht eine im Tarifvertrag vorgesehene „betriebliche Kommission“ zu entscheiden. Der von der Gewerkschaft vorgeschlagene Tarifvertrag verstößt somit gegen Betriebsverfassungsrecht. So das Arbeitsgericht Kiel in seiner Entscheidung vom 18. Mai 2009 (Az. 4 Ga 23 b/09).

Die Arbeitnehmer kommunaler Kindertagesstätten unterfallen bis zum Inkrafttreten der Eingruppierungsvorschriften des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) dem Anwendungsbereich des Bundesangestelltentarifvertrags (BAT), der erst zum 31.12.2010 gekündigt werden kann. Die Gewerkschaft Ver.di und die Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA) nahmen bereits im Januar 2009 Tarifverhandlungen für die neuen Eingruppierungsregelungen auf. Die Gewerkschaft legte einen Entwurf für einen Tarifvertrag zur betrieblichen Gesundheitsförderung vor, wonach bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Personalrat über Maßnahmen der Gesundheitsförderung eine „betriebliche Kommission“, bestehend aus 50 % Arbeitgebervertretern und 50 % Personalratsmitgliedern, abschließend entscheiden soll. Die VKA teilte mit, erst Ende Mai nach einer Präsidiumssitzung zu dem Entwurf Stellung nehmen zu können. Daraufhin rief Ver.di die Arbeitnehmer der Kindertagesstätten zu unbefristeten Streiks auf.

Das Arbeitsgericht Kiel gab einem Eilantrag der Stadt statt und untersagte einen weiteren geplanten Streikaufruf. Der Streik der Kindertagesstätten sei aus folgenden Gründen rechtswidrig: Er verstoße gegen das „Ultima-ratio“-Prinzip. Danach ist ein Arbeitskampf erst zulässig, wenn alle Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft worden sind. Vorliegend war die VAK zu Verhandlungen bereit, konnte aber erst nach ihrer Präsidiumssitzung zu dem Entwurf des Tarifvertrags Stellung nehmen. Die Gewerkschaft hätte die Stellungnahme abwarten müssen.

Des Weiteren bestimmt § 87 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), dass die Einigungsstelle zwingend bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über Maßnahmen zum Gesundheitsschutz zu entscheiden hat. Der Tarifvertragsentwurf überträgt diese Befugnis der „betrieblichen Kommission“ und verstößt somit gegen Betriebsverfassungs- bzw. Personalvertretungsrecht.

Für weitere Informationen zu den Themen dieses Newsletters oder für sonstige rechtliche Fragen stehen Ihnen unsere Kollegen der Fachgruppe gerne zur Verfügung.

Dieser Newsletter fasst höchstrichterliche Rechtsprechung und andere Rechtsfragen abstrakt zusammen und gibt keinen Rechtsrat zu einem konkreten Sachverhalt oder Problem. Soweit Urteile dargestellt werden, betrifft die Darstellung immer nur die konkrete Entscheidung des jeweiligen Gerichts, ungeachtet deren späteren Aufhebung oder einer anderweitig eingetretenen Rechtsänderung. Bei konkreten Fragen sollten Sie einen der Spezialisten aus unserer Sozietät konsultieren. Dieser wird Ihre Fragen gerne beantworten.

DR. JOACHIM WICHERT

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Tel +49 69 97 98 85-254
Joachim.Wichert@ArneckeSiebold.de

PETER KIESGEN

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Tel +49 69 97 98 85-452
Peter.Kiesgen@ArneckeSiebold.de

ZVI TIROSH

Rechtsanwalt
Tel +49 69 97 98 85-355
Zvi.Tirosh@ArneckeSiebold.de

SCHAHIN HAGHANI

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Tel +49 69 97 98 85-253
Schahin.Haghani@ArneckeSiebold.de

DR. DEDE KAYA

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Tel +49 69 97 98 85-253
Dede.Kaya@ArneckeSiebold.de

JULIA ZANGE, LL.M.

Fachanwältin für Arbeitsrecht
Tel +49 69 97 98 85-257
Julia.Zange@ArneckeSiebold.de

STEFANIE HAHN

Rechtsanwältin
Tel +49 69 97 98 85-254
Stefanie.Hahn@ArneckeSiebold.de

**ARNECKE
SIEBOLD**

TÜRKISCH-DEUTSCHE
INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER
Opladener Straße 8 · 50679 Köln
Tel +49 221 540 22-00
Fax +49 221 540 22-01
eMail info@td-ihk.de
Web www.td-ihk.de

ARNECKE SIEBOLD
Rechtsanwälte . Partnerschaftsgesellschaft
Hamburger Allee 4 · 60486 Frankfurt/Main
Tel +49 69 97 98 85-0
Fax +49 69 97 98 85-85
eMail Frankfurt@ArneckeSiebold.de
Web www.ArneckeSiebold.de