

ARBEITundRECHT

Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis

4/2009

April 2009, 57. Jahrgang

Herausgeber

Deutscher Gewerkschaftsbund

Redaktion

Rudolf Buschmann (verantwortlich)

Andrea Baczyk

Mertonstr. 30, 60325 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/24 70 57 20, Fax 0 69/24 70 57 24

Internet: www.aib-verlag.de

E-Mail: bundesrechtsstelle@dgb.de

Andrea.Baczyk@dgb.de

Verleger

Bund-Verlag GmbH

Heddernheimer Landstr. 144, 60439 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/13 30 77-6 20, Fax 0 69/13 30 77-666

ladungsfähige Anschrift

Geschäftsführer: Rainer Jöde

Leiter Geschäftsbereich AiB-Verlag:

Dr. Jürgen Schmidt

Der AiB-Verlag ist ein Geschäftsbereich der

Bund-Verlag GmbH.

Leser- und Abo-service

Bund-Verlag GmbH

60424 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/79 50 10-96

Fax 0 69/79 50 10-12

E-Mail: abodienste@bund-verlag.de

Erscheint monatlich.

Einzelheft 10,50 €, Jahresbezug einschl.

7 % Mehrwertsteuer 108,60 €;

Ausland 118,20 € + Versandkosten;

für Studenten und Referendare bei Vorlage einer

entsprechenden Bescheinigung 67,20 €.

Abbestellungen mit einer Frist von 6 Wochen

zum Jahresende. Die zur Abwicklung von Abonnements

erforderlichen Daten werden nach den

Bestimmungen des BDSG verwaltet.

Anzeigen

Bund-Verlag GmbH

Hartmut Griesbach (verantwortlich)

Heddernheimer Landstr. 144, 60439 Frankfurt/Main

Tel. 0 69/79 50 10 51, Fax 0 69/79 50 10 12

Druck

Konrad Triltsch GmbH

Johannes-Gutenberg-Str. 1-3

97199 Ochsenfurt-Hohestadt

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers, des Verlegers oder der Redaktion wieder. Alle in dieser Fachzeitschrift veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages.

International Association
of Labour Law Journals

Publications Around the World

Arbeit und Recht kooperiert mit folgenden

Zeitschriften:

Análisis Laboral

Australian Journal of Labour Law

Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale

Bulletin of Comparative Labour Relations

Canadian Labour & Employment Law Journal

Comparative Labor Law & Policy Journal

Industrial Law Journal (Großbritannien)

Industrial Law Journal (Südafrika)

The International Journal of Comparative Labour Law

and Industrial Relations

Japan Labor Review

Lavoro e diritto

Relaciones Laborales

Zukunft des Arbeitsrechts

109 **Ulrich Preis:** Zur Debatte um das Arbeitsvertragsgesetz

Zukunft des Verfahrensrechts

115 **Andreas Busemann:** Überlegungen zur gerichtlichen Mediation im arbeitsgerichtlichen Verfahren

Betriebsverfassung

119 **Wolfgang Trittin:** Der Ausgleich der Nachteile für die Arbeitnehmer im Sozialplan bei Spaltung und Zusammenlegung von Betrieben

Arbeit und Rechtspolitik

122 Berliner Bericht (*Deter*); VDJ zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes; Diskussionsentwurf eines Arbeitsverhältnissetzes 1+ (red)

Info

127 Termine; Personalien

Extra

129 Lingua Oeconomici Imperii; Aufgespießt; risor fragt

Für Sie gelesen

130 Aus anderen Zeitschriften

130 Neuerscheinungen

Rechtsprechung – Schnelldienst

130 Einstweilige Anordnung gegen Bayrisches Versammlungsgesetz (*BVerfG v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08*)131 DHV nur für kaufmännische und verwaltende Berufe tarifzuständig (*BAG v. 10.2.2009 – 1 ABR 36/08*)131 Mitbestimmung bei Verschwiegenheitserklärung (*BAG v. 10.3.2009 – 1 ABR 87/07*)131 Eigenkündigung des Arbeitnehmers (*BAG v. 12.3.2009 – 2 AZR 894/07*)131 Zulässigkeit „einfacher Differenzierungsklauseln“ (*BAG v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08*)132 Tarifliche Funktionszulage bei Teilzeitarbeit (*BAG v. 18.3.2009 – 10 AZR 338/08*)132 Gesetzliche Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf neuen Arbeitgeber – Gleichbehandlung (*BAG v. 19.3.2009 – 8 AZR 689/07*)133 Kein Lohnverzicht, um Betriebsübergang zu ermöglichen (*BAG v. 19.3.2009 – 8 AZR 722/07*)133 Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (*BAG v. 24.3.2009 – 9 AZR 983/07*)133 Sachgrundlose Befristung und kirchliche Arbeitsrechtsregelungen (*BAG v. 25.3.2009 – 7 AZR 710/07*)133 Sittenwidrige Lohnvereinbarungen im Einzelhandel (*LAG Hamm v. 18.3.2009 – 6 Sa 1284/08 und 1372/08*)

Ausgewählte Entscheidungen

134 **Gleichbehandlung konkret**Benachteiligung in der Personaldirektion – Statistik als Indiz *LAG Berlin/Brandenburg v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08 (Maier)*138 **Prozesspraxis**Nachträgliche Klagezulassung – Keine Zurechnung von Verschulden von Mitarbeitern einer Einzelgewerkschaft *LAG Baden-Württemberg v. 7.5.2008 – 10 Sa 26/08 (Dette)*140 **Tarif- und Arbeitskämpfrecht**Wechsel in OT-Mitgliedschaft – Streik *HessLAG v. 17.9.2008 – 9 SaGa 1442/08*

141 Keine Einstweilige Verfügung wegen Zugangsbehinderung während Streik

*HessLAG v. 17.9.2008 – 9 SaGa 1443/08*142 **Betriebsverfassung**Unterlassungsantrag des Betriebsrats gegen Betriebsänderung *LAG München v. 22.12.08 – 6 TaBVGa 6/08*

Entscheidungsübersicht

1. Individuelles Arbeitsrecht

Arbeitsverhältnis				
ArbG Hamburg	9.1.09	11 Ca 517/08	Annahmeverzug	143
Arbeitsvertrag				
BAG	22.10.08	4 AZR 794/07	Bezugnahmeklausel	143
BAG	21.1.09	10 AZR 219/08	Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung	143
ArbG Hamburg	15.1.09	29 Ca 324/08	Sachgrundbefristung: Schriftform	143
Betriebsübergang				
EuGH	12.2.09	C-466/07	Betriebsteil in organisatorischer Selbständigkeit nach der Übertragung	144
Elternzeit				
LAG Düsseldorf	18.12.08	11 Sa 299/08	Teilzeitverlangen	144
Kündigung				
ArbG Hamburg	12.12.08	27 Ca 344/08	Anhörung des Betriebsrats	144
ArbG Hamburg	12.12.08	27 Ca 344/08	außerordentliche: Äußerungsfristen für Betriebsrat	144
BAG	23.10.08	2 AZR 388/07	außerordentliche: Ausschlussfrist	144
LAG Düsseldorf	10.12.08	12 Sa 1190/08	außerordentliche: Beleidigung, kirchliches Arbeitsverhältnis	144
BAG	06.11.08	2 AZR 523/07	betriebsbedingt: Altersdiskriminierung	144
EuGH	5.3.09	C-388/07	Entlassung wegen Versetzung in den Ruhestand: Altersdiskriminierung	145
ArbG Hamburg	17.12.08	3 Ca 462/07	krankheitsbedingt	145
BAG	6.11.08	2 AZR 935/07	Massenentlassung: Entlassungssperre	145
LAG Hamm	17.12.08	3 Sa 1248/08	Pflichtverletzung wegen Klageerhebungen	145
ArbG Dresden	30.10.08	12 Ca 1241/08	Sonderkündigungsschutz für Ersatzbetriebsratsmitglied	145
ArbG Dresden	10.12.08	11 Ca 1926/08	soziale Rechtfertigung: Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	145
Öffentlicher Dienst				
BAG	27.11.08	6 AZR 856/07	Anwendbarkeit des TVÜ-VKA	145
BAG	18.12.08	6 AZR 287/07	kinderbezogene Besitzstandszulage nach Elternzeit	145
BAG	24.9.08	4 AZR 685/07	Sachsen: Eingruppierung einer Fachberaterin an einer Förderschule	146
Personalvertretung				
BAG	23.10.08	2 AZR 388/07	LPVG NW: Beteiligung bei Kündigungen	146
Urlaub				
ArbG Kaiserslautern	11.12.08	2 Ca 1239/08	Berechnung des Urlaubsanspruchs	146
Vergütung				
ArbG Kaiserslautern	16.12.08	8 Ca 1187/08	Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung	146
ArbG Hamburg	26.2.09	15 Ca 188/08	Sonderzahlung für Gewerkschaftsmitglieder, Abstandsklausel	146
2. Kollektives Arbeitsrecht				
Mitbestimmung				
BAG	9.12.08	1 ABR 74/07	Einstellung: Arbeitszeiterhöhung	146
LAG Düsseldorf	30.10.08	15 TaBV 12/08	Einstellung: Wechsel des Leiharbeitgebers	146
3. Verfahrensrecht				
Befangenheitsantrag				
BAG	22.7.08	3 AZB 26/08	Rechtsmittel gegen Gerichtsentscheidung	146
Beschlussverfahren				
LAG Nürnberg	16.12.08	7 TaBV 75/07	Aufsichtsratswahl: Freistellung von Rechtsanwaltskosten	147
BAG	9.12.08	1 ABR 75/07	Beteiligte bei Betriebsübergang	147
Klage				
ArbG Hamburg	9.1.09	11 Ca 517/08	Zulässigkeit	147
Richterbesetzung				
BAG	18.12.08	6 AZN 646/08	Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung	147
4. Sozialrecht				
Arbeitslosenversicherung				
SG Dortmund	2.2.09	S 31 AS 317/07	Sittenwidriger Lohnwucher	147
Grundsicherung				
BSG	3.3.09	B 4 AS 47/08 R	Abfindung	147
Unfallversicherung				
EuGH	5.3.09	C-350/07	Monopol der Berufsgenossenschaften	147
5. Steuerrecht				
Einkommensteuer				
BFH	18.12.08	VI R 39/07	Fahrten zu wechselnden Tätigkeitsstätten	147
Gewerbsteuer				
BFH	8.10.08	VIII R 74/05	Promotionsberater	147

Zusammenfassungen/Abstracts

148

der Aprilausgabe "Arbeit und Recht"

Ulrich Preis:

On the Debate Regarding the Employment Contract Act

AuR 4/2009, p. 109

The draft bill for an employment contract act presented by Hennsler and Preis so far has met with much approval and criticism (cf. AuR special issue 6/2008 as well as the opinion of the German Democratic Lawyers association [VDJ], AuR 2009, p. 125, in this issue). One of the two authors of the draft bill sponsored by the Bertelsmann Foundation addresses the criticism and defends his legislative proposals presented in 2007. In doing so, he tackles the individual aspects of the criticism in detail for example, with regard to equal treatment, flexibility and protection against dismissals. He accuses critics of "ideological blinders, agitation and polemics" and feels confirmed in his assessment that he has found the golden mean in terms of legislative policy with the draft bill. He welcomes the continuation of the discussion about employment contract law.

Andreas Busemann:

Reflections on in-Court Mediation in Labour Court Proceedings

AuR 4/2009, p. 115

The essay takes a look at the relationship between mediation and the procedural law that has to be applied by the Labour Courts. In general, it can be said that mediation is a more or less informal procedure, by which a neutral third person as a conciliator helps the disputing parties to solve their dispute by mutual agreement. However, the principles of labour court proceedings are formulated in a substantially more precise manner. For a long time now, they have contained separate provisions for bringing about an amicable settlement that have proven successful in practice. That is why there is no evidence for the need for an additional procedure. Mediation cannot take place in a realm not regulated by law. In-court mediation, however, raises complicated legal issues, for example with regard to the statutory judge, legal aid or the amount in dispute. On the whole, its introduction into labour court proceedings must therefore be regarded critically.

Wolfgang Trittin:

Compensation of the Disadvantages for Employees in Social Compensation Plans in the Event of Splits or Mergers of Business Establishments

AuR 4/2009, p. 119

Pursuant to Art. 111 No. 3 Works Constitution Act, mergers with other business establishments or splitting of business establishments is considered to be an alteration of establishment subject to a mandatory social compensation plan. For the employees affected, this is often connected with a transfer of enterprise as defined by Art. 613a German Civil Code. According to a hotly disputed, but nevertheless authoritative ruling handed down by the Federal Labour Court, the transfer of enterprise by itself does not fulfil the requirements for an alteration of establishment. However, even this precedent acknowledges that, in this connection, the alteration may be derived from other reasons, here the merger or splitting of the establishment. This essay makes it clear that then the works council may push through protections for employees with regard to the transfer of enterprise itself and compensating the risks thus caused. To this end, concrete proposals for regulation are presented. Art. 613a German Civil Code does not limit works councils' co-determination.

EU geht gegen Schwarzarbeit vor

Die EU will künftig härter gegen illegale Einwanderung und Schwarzarbeit vorgehen. Das EU-Parlament in Brüssel beschloss Sanktionen gegen Firmen, die Ausländer ohne Arbeitserlaubnis beschäftigen. Die Unternehmen müssen u. a. mit Geldbußen rechnen. In schweren Fällen drohen auch Gefängnisstrafen. Die Eckpunkte der neuen Richtlinie waren schon Anfang Februar vereinbart worden. Über die genaue Höhe der Sanktionen können die EU-Staaten selbst entscheiden. Die EU-Regierungen müssen der Richtlinie formell noch zustimmen, was jedoch als sicher gilt.

Aus: Berliner Bericht (Berichtszeitraum Februar)

Veranstaltungen

29.04.2009 in Hannover

BTQ-Fachtagung 2009 „Zielvereinbarungen und leistungsorientierte Vergütung“.

Beiträge u. a. von S. Hinrichs, U. Jeß-Desaever, J. Lobenstein, B. Schierbaum. Anmeldung unter service@btq.de. [Mehr Infos hier unter www.btg.de](#)

8./9.05.2009 in Kassel

15. Expertenkreis Arbeitsrecht und Praxis, Tagung für Fachanwälte und Praktiker in Betrieben. | Ort: PLANSECUR-Akademie, Druseltalstr. 150, 34131 Kassel. | Leitung Michael Worzalla.

Themen:

- Die Rechtsprechung des BAG zur Befristung von Arbeitsverhältnissen (RiBAG Edith Gräfl);
- Rechtsprechung aus drei Instanzen und die Folgen für die Praxis (RA Dr. Michael Worzalla, Düsseldorf);
- Pflegezeitgesetz – Eine Bestandsaufnahme (Dr. Franz-Josef Rose, Justiziar Hessen-Metall und VHU, Frankfurt/M.);
- Die aktuelle Rechtsprechung des 2. Senats des BAG zum Kündigungsrecht (VorsRiBAG Prof. Dr. Friedhelm Rost, Erfurt);
- Aktuelle Fragen aus dem öffentlichen Dienstrecht (RA Jürgen Kutzki, Karlsruhe);
- Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers (Prof. Dr. Bernd Schiefer, Landesvereinigung Arbeitgeberverbände NRW),

Infos und Anmeldung [hier](#) bzw. über [Verein für Sozialpolitik, Bildung und Berufsförderung VSB – Bildungswerk der nordhessischen Wirtschaft](#)

Buchtipps / Neuerscheinung

Martina Perreng/ Renate Gabke:

Ältere Arbeitnehmer Handlungshilfe für Betriebsräte.

– 1. Aufl. – Frankfurt am Main: Bund-Verlag, 2008. – 60 S. – 12,90 €

[Mehr Infos und Bestellmöglichkeit hier!](#)

Kein Lohnverzicht, um einen Betriebsübergang zu ermöglichen

Die Kl. arbeitete seit 1998 für den Bekl. als Erzieherin in einer Kindertagesstätte. Der Bekl. erfüllte die vertraglichen Ansprüche der Kl. auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld 2003 nur noch teilweise, 2004 überhaupt nicht mehr. Im Frühjahr 2005 informierte der Bekl. Die Kl. und die anderen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe tätigen AN darüber, dass dieser Bereich zum 1.4.2005 von einem anderen Träger übernommen werde und die Arbeitsverhältnisse auf diesen übergehen sollten. Die Übernahme werde aber nur erfolgen, wenn die Mitarbeiter auf alle offenen Urlaubs- und Weihnachtsgeldansprüche verzichteten, andernfalls die Insolvenz des Bekl. und damit der Verlust des Arbeitsplatzes drohe. Daraufhin verzichtete die Kl. schriftlich mit einem Nachtrag zum Arbeitsvertrag gegenüber dem Bekl. auf rückständiges Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Der Verzicht sollte unwirksam sein, wenn der Beschäftigungsbereich nicht bis zum Jahresende 2005 auf einen bestimmten anderen Träger der Sozialarbeit übergegangen sein sollte. Der Betriebsübergang fand wie vorgesehen zum 1.4.2005 statt. Die Kl. verlangt rückständiges Urlaubs- und Weihnachtsgeld in Höhe von mehr als 1.700,00 € brutto, auf das sie mit dem Nachtrag zum Arbeitsvertrag verzichtet hatte.

Die Klage war in allen drei Instanzen erfolgreich.

Der 8. Senat des BAG hat entschieden, dass der zwischen den Parteien geschlossene Erlassvertrag nichtig ist, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB). Ein Erlassvertrag, mit dem die Parteien eines Arbeitsverhältnisses den Verzicht auf rückständige Vergütung für den Fall vereinbaren, dass es zu einem Übergang des Betriebs auf einen Dritten kommt, verstößt gegen zwingendes Gesetzesrecht und ist unwirksam. Bei einem Betriebsübergang schreibt § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB zwingend vor, dass der Betriebserwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt. Diese Vorschrift darf nicht abbedungen oder umgangen werden. Aus der Bedingung des Erlassvertrages ergibt sich, dass für ihn der geplante Betriebsübergang Anlass und entscheidender Grund war. Damit stellt er eine unzulässige Umgehung des zwingenden Gesetzesrechtes dar.

(BAG v. 19.3.2009 – 8 AZR 722/07)

Betriebsverfassung: Der Ausgleich der Nachteile für die Arbeitnehmer im Sozialplan bei Spaltung und Zusammenlegung von Betrieben

Wolfgang Trittin

Mit dem Ausgleich von Nachteilen der AN bei Vorliegen eines Betriebsübergangs tun sich Arbeitgeber schwer. Häufig bestreiten sie überhaupt das Vorliegen der mitbestimmungspflichtigen Betriebsänderung. Diese Position ist aber bei der Zusammenlegung oder Spaltung von Betrieben auf Grund gesetzlicher Klarstellung in § 111 Nr. 3 BetrVG nicht aufrecht zu erhalten. In diesem Fall steht nach Gesetzeswortlaut und -zweck fest, dass eine Betriebsänderung vorliegt und somit der BR auch einen Interessenausgleich und Sozialplan durchsetzen kann. § 613a BGB begrenzt richtigerweise den Regelungsspielraum der Betriebsparteien nicht. Dies ist unabhängig davon, ob der BR, GBR oder KBR von seinem Mitbestimmungsrecht Gebrauch macht.

1. Soziale Nachteile ohne Ausgleich?

Bei einer Betriebsänderung durch Zusammenlegung oder Spaltung von Betrieben wird die Auffassung vertreten, dass nur diejenigen Nachteile in einem Sozialplan ausgeglichen werden können, die unmittelbar aus der Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben resultieren. Da es solche Nachteile in den meisten Fällen nicht gäbe, könne der BR nur einen „Null-Sozialplan“ erzwingen, womit sich das Mitbestimmungsrecht von vornherein erübrige. Denkbar wäre dann allenfalls eine freiwillige Regelung mit dem AG. Sei dieser jedoch hierzu nicht bereit, dann könnte der BR ihn auch nicht in der Einigungsstelle gegen seinen Willen zu einem sozialen Ausgleich zwingen. Diese Auffassung ist zwar für AG kostengünstig, rechtlich aber nicht ausreichend fundiert.

Nach § 112 Abs. 5 BetrVG, wonach die Einigungsstelle sowohl die sozialen Belange der AN als auch die wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen zu berücksichtigen hat, kann der BR eine umfassende soziale Absicherung der AN erzwingen. Der Gesetzgeber eröffnet der Einigungsstelle einen sehr weiten Regelungsspielraum. BR und AG haben frei zu entscheiden, welche Nachteile auszugleichen sind und in welchem Umfang dies geschieht. Die Milderung von Nachteilen ist im Rahmen billigen Ermessens möglich. Die Einigungsstelle ist also befugt, zum Ausgleich oder Milderung von Nachteilen sämtliche Angelegenheiten mit einzubeziehen. Mitbestimmung beim Sozialplan bedeutet, dass dies bei Bedarf auch gegen den Willen des AG geschehen kann. Die Einigungsstelle kann deshalb notfalls auch gegen die Arbeitgeberseite Nachteile ausgleichen, die der AG eigentlich nicht oder nicht so ausgleichen wollte.

Eine umfassende Regelungszuständigkeit der Betriebsparteien bei der Erstellung des Sozialplans entspricht der h. A. in Lit. und Rspr. Nach einhelliger Auffassung müssen sie nur die Grundsätze von Recht und Billigkeit gem. § 75 BetrVG beachten. Darüber hinaus sind sie frei, darüber zu entscheiden, welche Nachteile der von einer Betriebsänderung betroffenen AN sie in welchem Umfang ausgleichen oder mildern wollen. Die Regelungsschranke des § 75 Abs. 1 BetrVG bedeutet nur, dass die Betriebsparteien darüber zu wachen haben, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, und deshalb begrenzt der Gleichbehandlungsgrundsatz die Regelungszuständigkeiten der Betriebsparteien.

Lesen Sie mehr in AuR 4/2009, S. 119ff.

Das Heft können Sie [hier bestellen!](#)