



Die Präsidentin des
Bundesarbeitsgerichts

Jahresbericht

2009

Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Postanschrift: 99113 Erfurt

Tel. (03 61) 26 36 - 14 28
Fax (03 61) 26 36 - 20 00
Internet: www.bundesarbeitsgericht.de
E-Mail: bag@bundesarbeitsgericht.de

**Präsidentin
des Bundesarbeitsgerichts**

Ingrid Schmidt

**Vizepräsident
des Bundesarbeitsgerichts**

Dr. Rudi Müller-Glöge

PressesprecherRichter am Bundesarbeitsgericht
Christoph Schmitz-Scholemann
Telefon: (0361) 2636 - 1400**Vertreterin**Richterin am Bundesarbeitsgericht
Inken Gallner
Telefon: (0361) 2636 - 1400**Hausanschrift**Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt**Postanschrift**Bundesarbeitsgericht
99113 ErfurtTelefon: (0361) 2636 - 0
Telefax: (0361) 2636 - 2000**Internet:**<http://www.bundesarbeitsgericht.de>**E-Mail:**bag@bundesarbeitsgericht.de

A. Geschäftsentwicklung..... 4**B. Rechtsprechungsübersicht 8****Abkürzungsverzeichnis 15****1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses 18**

I. Arbeitsbedingungen	18
1. Arbeitsverhältnis bei Beendigung der Organstellung.....	18
2. Konzessionsträgervertrag - Scheingeschäft	18
3. Arbeitszeit	19
4. Anspruch auf Teilzeitarbeit	20
5. Bezugnahmeklauseln.....	21
6. Einschlägiges Tarifrecht bei „künstlerisch“ tätiger Bühnenmitarbeiterin ²²	
II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis	23
1. Urlaub.....	23
2. Berufskleidung	25
3. Vergütung	26
4. Freizeitausgleich für nächtlichen Bereitschaftsdienst	39
5. Schadensersatz und Haftung.....	39
6. Arbeitsschutz	40
7. Rückzahlung von Ausbildungskosten	42
III. Schutz vor Benachteiligung und Förderung der Chancengleichheit	43
1. Geschlecht.....	43
2. Behinderung.....	44
3. Alter.....	45
4. Ethnische Herkunft.....	46
IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen	47
1. Befristung.....	47
2. Kündigung.....	50
V. Betriebsübergang	56
1. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs	56
2. Unterrichtung der Arbeitnehmer und Widerspruchsrecht.....	57
3. Erlassvertrag.....	58
4. Fortgeltung von Kollektivverträgen	60
VI. Betriebliche Altersversorgung	61
VII. Berufsbildung.....	67
2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht.....	68

I.	Arbeitskampfrecht	68
II.	Koalitionsrecht.....	69
III.	Tarifrecht.....	71
IV.	Betriebsverfassungsrecht.....	73
	1. Wahl des Betriebsrats.....	73
	2. Wahl der Schwerbehindertenvertretung	73
	3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats	74
	4. Freizeitausgleich eines Betriebsratsmitglieds	79
3. Abschnitt	<i>Insolvenzrecht</i>	80
4. Abschnitt	<i>Prozessrecht</i>	82
5. Abschnitt	<i>Zwangsvollstreckungsrecht</i>	83
C.	Über das Bundesarbeitsgericht	85
I.	Bibliothek	85
II.	Dokumentation.....	86
III.	Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.....	88
IV.	Personalien	99
D.	Tabellarischer Anhang	102

Der Jahresbericht gibt einen Überblick über die Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts im Geschäftsjahr 2009

Im Teil A wird die Geschäftsentwicklung anhand von statistischem Zahlenmaterial dargestellt. Teil B enthält eine Auswahl von Entscheidungen, die nach Auffassung der zehn Senate des Bundesarbeitsgerichts für die arbeitsrechtliche Praxis bedeutsam sind. Im Teil C wird über die Bibliothek, über die Dokumentationsstelle und über die Presse- und Öffentlichkeitsarbeit sowie über Personalien informiert. Tabellarische Angaben sind in Teil D des Berichts zusammengefasst.

A. Geschäftsentwicklung

1. Die Zahl der Eingänge beim Bundesarbeitsgericht ist um 293 Verfahren zurückgegangen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer beim Bundesarbeitsgericht betrug im abgelaufenen Geschäftsjahr 8 Monate 9 Tage.

2. Insgesamt gingen im Geschäftsjahr 2009 2.322 Sachen ein (Vorjahr 2.615). Davon waren 1.014 (Vorjahr 1.149) oder 43,7 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.243 (Vorjahr 1.345) oder 53,5 % Nichtzulassungsbeschwerden. Hinzu kamen 38 (Vorjahr 101) Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 23 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie 4 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts. Die Zahl der Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren ist um 135 Verfahren (11,8 %) zurückgegangen. Auch die Eingänge bei den Nichtzulassungsbeschwerden sind um 102 Verfahren (7,6 %) zurückgegangen.

3. Im Jahr 2009 sind 2.360 Sachen erledigt worden, also 262 Sachen weniger als im Jahr 2008 (2.622 Sachen). Es handelte sich um 1.013 (Vorjahr 957) oder 42,9 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.272 (Vorjahr 1.542) oder 53,9 % Nichtzulassungsbeschwerden. Daneben wurden noch 44 Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 25 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie 6 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts erledigt.

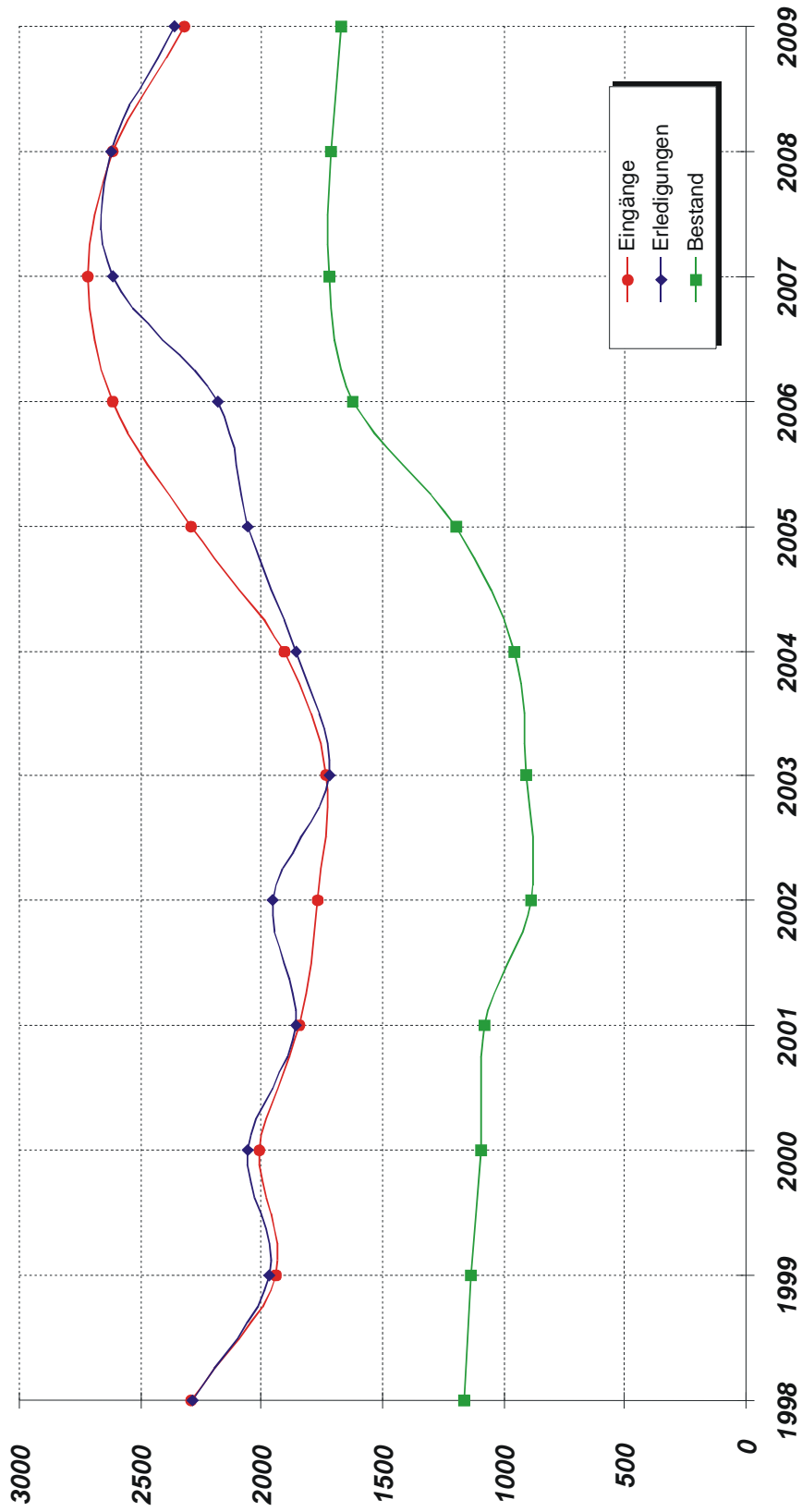
Von den erledigten Nichtzulassungsbeschwerden hatten 94 Erfolg, das entspricht einer Erfolgsquote von 7,4 % gegenüber 5,6 % (86 Sachen) im Vorjahr – soweit man die Zurückverweisungen hier mit berücksichtigt, waren 150 Beschwerden (11,8 % – im Vorjahr 142 entsprechend 9,2 %) erfolgreich. Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 1.673 Sachen (Vorjahr 1.714; 2007: 1.718; 2006: 1.626; 2005: 1.196; 2004: 957; 2003: 905; 2002: 891; 2001: 1.077; 2000: 1.094; 1999: 1.136); davon sind 1.214 Revisionen (Vorjahr 1.257).

4. Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts liegt derzeit keine Sache vor. Gegen verschiedene Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind beim Bundesverfassungsgericht Beschwerden anhängig. Beim Europäischen Gerichtshof ist ein Verfahren vom Bundesarbeitsgericht anhängig gemacht worden.

Zuordnung nach Rechtsgebieten:

	Eingänge	Erledigungen	Bestände
Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Kündigungen, befristete Arbeits- verhältnisse; ohne Kündigungen nach § 613a BGB)	24,94 % (579)	27,84 % (657)	16,44 % (275)
Arbeitsentgelt	15,03 % (349)	14,87 % (351)	11,06 % (185)
Tarifauslegung und Tarifvertragsrecht	10,64 % (247)	9,96 % (235)	13,51 % (226)
Betriebsverfassung und Personalvertretung	12,53 % (291)	9,53 % (225)	14,58 % (244)
Ruhegeld (einschl. Vorruhestand) und Altersteilzeit	9,47 % (220)	8,05 % (190)	15,3 % (256)
Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB (einschl. Kündigung)	2,98 % (69)	4,15 % (98)	6,87 % (115)
Ansprüche und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag	4,91 % (114)	4,79 % (113)	3,59 % (60)
Rechtsbeschwerden nach § 78 ArbGG außer Rechtswegstreitigkeiten	1,46 % (34)	1,53 % (36)	0,36 % (6)
Sonstige	18,04 % (419)	19,28 % (455)	18,29 % (306)

Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht



B. Rechtsprechungsübersicht

In den Jahresbericht wurden folgende Entscheidungen aufgenommen:

1. Entscheidungen des Ersten Senats:

Urteil vom 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 -
(Gewerkschaftswerbung per E-Mail)

Beschluss vom 10. Februar 2009 - 1 ABR 94/07 -
(Mitbestimmung bei Sozialeinrichtung)

Beschluss vom 10. Februar 2009 - 1 ABR 36/08 -
(Tarifzuständigkeit einer Gewerkschaft)

Urteil vom 26. Mai 2009 - 1 AZR 198/08 -
(Altersdifferenzierung in Sozialplan)

Beschluss vom 23. Juni 2009 - 1 ABR 23/08 -
(Versetzung - Allgemeiner Unterlassungsanspruch)

Beschluss vom 21. Juli 2009 - 1 ABR 35/08 -
(Mitbestimmung bei Übernahme von Leiharbeitnehmern)

Beschluss vom 21. Juli 2009 - 1 ABR 42/08 -
(Mitbestimmung bei Errichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG)

Urteil vom 21. Juli 2009 - 1 AZR 566/08 -
(Höchstbegrenzung einer Sozialplanabfindung)

Beschluss vom 18. August 2009 - 1 ABR 47/08 -
(Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 AGG
iVm. § 23 Abs. 3 BetrVG)

Urteil vom 22. September 2009 - 1 AZR 972/08 -
(Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“)

2. Entscheidungen des Zweiten Senats:

Urteil vom 27. November 2008 - 2 AZR 757/07 -
(Außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung)

Urteil vom 11. Dezember 2008 - 2 AZR 395/07 -
(Kündigung eines Schwerbehinderten - Verwirkung - Kenntnis des Arbeitgebers)

Urteil vom 11. Dezember 2008 - 2 AZR 472/08 -
(Nachträgliche Klagezulassung - Verschulden des Prozessbevollmächtigten)

Urteil vom 12. März 2009 - 2 AZR 894/07 -
(Eigenkündigung des Arbeitnehmers)

Urteil vom 26. März 2009 - 2 AZR 296/07 -
(Betriebsbedingte Kündigung - Namensliste)

Urteil vom 28. Mai 2009 - 2 AZR 732/08 -
(Nachträgliche Klagezulassung)

Urteil vom 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 -
(Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Tat- bzw. Verdachtskündigung)

Urteil vom 20. August 2009 - 2 AZR 499/08 -
(Abmahnung)

Urteil vom 10. September 2009 - 2 AZR 257/08 -
(Kündigung - außerdienstlich begangene Straftat)

Urteil vom 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 -
(Betriebliches Eingliederungsmanagement)

3. Entscheidungen des Dritten Senats:

Urteil vom 18. November 2008 - 3 AZR 192/07 -
(Rückzahlung von Fortbildungskosten)

Urteil vom 18. November 2008 - 3 AZR 277/07 -
(Hinterbliebenenversorgung)

Urteil vom 14. Januar 2009 - 3 AZR 20/07 -
(Hinterbliebenenversorgung: eingetragene Lebenspartnerschaft)

Urteil vom 14. Januar 2009 - 3 AZR 427/07 -
(Berufsausbildungsverhältnis - Prüfungstermin nach vereinbarter
Ausbildungszeit - Verlängerung)

Urteil vom 10. Februar 2009 - 3 AZR 727/07 -
(Betriebsrentenanpassung im Konzern)

Beschluss vom 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 -
(Zwangsvollstreckung des Weiterbeschäftigungsurteils)

Urteil vom 21. April 2009 - 3 AZR 695/08 -

(Betriebsrentenberechnung nach außerplanmäßiger Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze)

Urteil vom 26. Mai 2009 - 3 AZR 369/07 -
(Betriebsrentenanpassung: Ausgliederung von Versorgungsverbindlichkeiten)

Urteil vom 11. August 2009 - 3 AZR 23/08 -
(AGG, Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)

Urteil vom 26. August 2009 - 3 AZR 294/09 -
(Hinterbliebenenversorgung: eingetragene Lebenspartnerschaft)

Urteil vom 15. September 2009 - 3 AZR 173/08 -
(Fortbildungskosten: Rückzahlung bei nachträglicher Vereinbarung)

Urteil vom 15. September 2009 - 3 AZR 17/09 -
(Gezillmerte Versicherungstarife bei Entgeltumwandlung)

4. Entscheidungen des Vierten Senats:

Beschluss vom 28. Januar 2009 - 4 ABR 92/07 -
(Eingruppierung - einfachste Tätigkeit nach dem TVöD)

Urteil vom 28. Januar 2009 - 4 AZR 987/07 -
(Einschlägiges Tarifrecht bei „künstlerisch“ tätiger Bühnenmitarbeiterin)

Urteil vom 28. Januar 2009 - 4 AZR 13/08 -
(Eingruppierung bei Misch Tätigkeiten)

Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 -
(Zulässigkeit einer einfachen Differenzierungsklausel)

Beschluss vom 22. April 2009 - 4 ABR 14/08 -
(Mitbestimmung bei Überleitung in den TVöD - Auslegung einer Bezugnahme Klausel)

Urteil vom 22. April 2009 - 4 AZR 100/08 -
(Betriebsübergang - Transformation tariflicher Normen)

Urteil vom 22. April 2009 - 4 AZR 111/08 -
(Unwirksamkeit einer OT-Mitgliedschaft)

Beschluss vom 20. Mai 2009 - 4 ABR 99/08 -
(Eingruppierung - einfachste Tätigkeit nach dem TVöD)

Urteil vom 1. Juli 2009 - 4 AZR 261/08 -
(Nachbindung an einen Tarifvertrag)

Urteil vom 26. August 2009 - 4 AZR 294/08 -
(Unwirksamkeit einer OT-Mitgliedschaft)

Urteil vom 23. September 2009 - 4 AZR 382/08 -
(Berücksichtigung von Zeiten als AiP bei der Stufenfindung im TV-Ärzte/TdL)

5. Entscheidungen des Fünften Senats:

Urteil vom 3. Dezember 2008 - 5 AZR 74/08 -
(Überbetriebliche Gleichbehandlung - Lohnerhöhung)

Urteil vom 18. März 2009 - 5 AZR 192/08 -
(Annahmeverzug - Fortbildungsverpflichtung)

Urteil vom 18. März 2009 - 5 AZR 355/08 -
(Konzessionsträger - Scheingeschäft - Umgehungsgeschäft)

Urteil vom 22. April 2009 - 5 AZR 310/08 -
(Vergütung während der Kurzarbeit - Baugewerbe)

Urteil vom 22. April 2009 - 5 AZR 436/08 -
(Lohnwucher)

Urteil vom 15. Juli 2009 - 5 AZR 867/08 -
(Freizeitausgleich für nächtlichen Bereitschaftsdienst)

Urteil vom 26. August 2009 - 5 AZR 522/08 -
(Arbeitsverhältnis bei Beendigung der Organstellung)

Urteil vom 26. August 2009 - 5 AZR 969/08 -
(ERA-Strukturkomponente - betriebliche Übung - Firmentarifvertrag)

6. Entscheidungen des Sechsten Senats:

Urteil vom 22. Januar 2009 - 6 AZR 78/08 -
(Ehrenamtliche Richter - Vergütung bei Gleitzeit)

Urteil vom 5. Februar 2009 - 6 AZR 110/08 -
(Sozialkassenbeiträge - Insolvenz)

Urteil vom 23. April 2009 - 6 AZR 189/08 -
(Wartezeitkündigung - Beweisverwertungsverbot)

Urteil vom 23. April 2009 - 6 AZR 263/08 -
(Zustimmungserfordernis des Betriebsrats zur Kündigung)

Urteil vom 23. April 2009 - 6 AZR 516/08 -
(Wartezeitkündigung - Personalratsanhörung)

Urteil vom 25. Juni 2009 - 6 AZR 384/08 -
(Vergleichsentgelt bei Überleitung des Beschäftigten vom BAT
in den TVöD - Ausschlussfrist)

Urteil vom 13. August 2009 - 6 AZR 177/08 -
(Stufenaufstieg von Arbeitern des öffentlichen Dienstes)

Urteil vom 13. August 2009 - 6 AZR 319/08 -
(Anspruch auf kinderbezogenen Ortszuschlag - Besitzstandszulage -
Auslegung der Gegenkonkurrenzklausele der AVR-Caritas)

Urteil vom 17. September 2009 - 6 AZR 369/08 -
(Unterhaltsrückstände in der Verbraucherinsolvenz)

Urteil vom 17. Dezember 2009 - 6 AZR 665/08 -
(Überleitungsregelungen für Angestellte und Arbeiter
in den TVöD - Art. 3 Abs. 1 GG)

7. Entscheidungen des Siebten Senats:

Urteil vom 25. März 2009 - 7 AZR 710/07 -
(Befristung - Tariföffnungsklausel - Kirche)

Urteil vom 22. April 2009 - 7 AZR 743/07 -
(Befristung - Haushalt)

Urteil vom 22. April 2009 - 7 AZR 96/08 -
(Befristung - Aus- und Weiterbildung Schwerbehinderter)

Beschluss vom 17. Juni 2009 - 7 AZR 112/08 (A) -
(Tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten)

Beschluss vom 29. Juli 2009 - 7 ABR 25/08 -
(Schwerbehindertenvertretung - Wahlanfechtung - Gewerkschaft)

Beschluss vom 29. Juli 2009 - 7 ABR 27/08 -
(Betriebsverfassung - Tarifvertrag - Mehrheit von Gewerkschaften -
Wahlanfechtung)

Beschluss vom 12. August 2009 - 7 ABR 15/08 -
(Elektronisches Leserecht der Dateien und E-Mail-Korrespondenz
des Betriebsrats)

Urteil vom 12. August 2009 - 7 AZR 218/08 -
(Betriebsratsmitglied - Reisezeiten - Freizeitausgleich)

Urteil vom 2. September 2009 - 7 AZR 162/08 -
(Befristung - Haushalt - vorübergehender Bedarf)

Urteil vom 2. September 2009 - 7 AZR 233/08 -
(Befristete Arbeitszeiterhöhung - Rundfunkredakteur)

8. Entscheidungen des Achten Senats:

Urteil vom 22. Januar 2009 - 8 AZR 158/07 -
(Betriebsübergang - Auftragsnachfolge - Identität der wirtschaftlichen Einheit - Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs)

Urteil vom 22. Januar 2009 - 8 AZR 906/07 -
(Altersdiskriminierung - Entschädigung - Versetzung)

Urteil vom 19. Februar 2009 - 8 AZR 176/08 -
(Betriebsübergang - Rechtsmissbräuchlichkeit des Widerspruchs gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses)

Urteil vom 19. März 2009 - 8 AZR 722/07 -
(Betriebsübergang - Erlassvertrag zur Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB)

Urteil vom 28. Mai 2009 - 8 AZR 226/08 -
(Schadensersatz - Erstattung von Detektivkosten - Kostenfestsetzungsverfahren)

Urteil vom 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 -
(Diskriminierungsverbot - männlicher Bewerber - Mädcheninternat)

Urteil vom 25. Juni 2009 - 8 AZR 258/08 -
(Betriebsübergang - Callcenter)

Urteil vom 23. Juli 2009 - 8 AZR 357/08 -
(Betriebsübergang - Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers)

Urteil vom 24. September 2009 - 8 AZR 705/08 -
(Entschädigung wegen Belästigung - Ausländerfeindliche Parolen)

Urteil vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 670/08 -
(Entschädigung wegen Diskriminierung bei der Stellenbesetzung wegen einer Behinderung)

9. Entscheidungen des Neunten Senats:

Urteil vom 18. November 2008 - 9 AZR 643/07 -
(Behinderung - Benachteiligung - Bewerbung - Bewerbungsfrist - Unterrichtungspflicht - Präklusion)

Urteil vom 16. Dezember 2008 - 9 AZR 893/07 -
(Teilzeitanpruch und betriebliche Mitbestimmung)

Urteil vom 16. Dezember 2008 - 9 AZR 164/08 -
(Urlaub - Kurzarbeit - Schadensersatz)

Urteil vom 17. Februar 2009 - 9 AZR 676/07 -
(Berufskleidung - Aufrechnung - Pfändungsschutz)

Urteil vom 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 -
(Urlaubsabgeltung bei Arbeitsunfähigkeit)

Urteil vom 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 -
(Konkurrentenklage - Wiederherstellungsanspruch)

Urteil vom 19. Mai 2009 - 9 AZR 241/08 -
(Arbeitsschutz - rauchfreier Arbeitsplatz)

Urteil vom 19. Mai 2009 - 9 AZR 433/08 -
(Urlaub - Erfüllung - Widerruflichkeit - Freizeit)

Urteil vom 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 -
(Sonn- und Feiertagsarbeit - Direktionsrecht)

Urteil vom 13. Oktober 2009 - 9 AZR 139/08 -
(Lenkzeitunterbrechungen - Kurzpausen)

10. Entscheidungen des Zehnten Senats:

Urteil vom 10. Dezember 2008 - 10 AZR 1/08 -
(Anspruch auf Weihnachtsgeld - Freiwilligkeitsvorbehalt)

Urteil vom 21. Januar 2009 - 10 AZR 219/08 -
(Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlung)

Urteil vom 18. März 2009 - 10 AZR 281/08 -
(Weihnachtsgeld - gegenläufige betriebliche Übung)

Urteil vom 6. Mai 2009 - 10 AZR 443/08 -
(Bonuszahlung - Arbeitsverhältnis als Voraussetzung)

Urteil vom 6. Mai 2009 - 10 AZR 834/08 -
(Pfändung - Schadensersatz als Arbeitseinkommen)

Urteil vom 5. August 2009 - 10 AZR 483/08 -
(Betriebliche Übung - ablösende Betriebsvereinbarung)

Urteil vom 5. August 2009 - 10 AZR 666/08 -
(Sonderzahlung - Gleichbehandlungsgrundsatz)

Urteil vom 5. August 2009 - 10 AZR 692/08 -
(Unzulässige Berufung - Faksimile-Stempel unter Berufungsbegründung)

Abkürzungsverzeichnis

ABN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde
ABR	Rechtsbeschwerden
AZB	Revisionsbeschwerden; sonstige Beschwerden
AZN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Revision
AZR	Revisionen
Anm.	Anmerkung
L	Leitsatz
red. L	redaktioneller Leitsatz
K	Kurzwiedergabe
ZVv.	zur Veröffentlichung vorgesehen
AA	Arbeitsrecht aktiv
ABI EU	Amtsblatt der Europäischen Union. Ausgabe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AG	Die Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AiB Newsletter	Arbeitsrecht im Betrieb Newsletter
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbN	Arbeitnehmer
ArbR	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater
ArbuR	Arbeit und Recht
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
ASP	Arbeit und Sozialpolitik
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAGReport	Arbeitsrechtlicher Rechtsprechungsdienst des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes
BB	Betriebs-Berater
Behindertenrecht	Behindertenrecht
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung
BetrVG EnnR	BetrVG. Entscheidungen nach neuem Recht zum BetrVG, SprAuG, zur WO und zum KSchG
BRAK-Mitt	BRAK-Mitteilungen - Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
dbr	der betriebsrat
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRsp	Deutsche Rechtsprechung
DSB	Datenschutzberater
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht

EBE/BAG	Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen - EBE/BAG
EBE/BAG Beilage	Beilage zum Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen
ErbStB	Der Erbschaft-Steuer-Berater
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuroAS	Informationsdienst europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzA-SD	EzA Schnelldienst. Arbeitsrechtliche Sofortinformation der Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzB	Entscheidungssammlung zum Berufsbildungsrecht
EzBAT	Entscheidungssammlung zum BAT und den ergänzenden Tarifverträgen
EzB-VjA	Entscheidungen zum Berufsbildungsrecht 2. Auflage
EzTöD	Entscheidungssammlung zum Tarifrecht im öffentlichen Dienst
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GiP	Gleichstellung in der Praxis
GmbHR	GmbH-Rundschau (mit GmbH-Report)
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mitbestimmung	Die Mitbestimmung
MMR	MultiMedia und Recht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	NJW-Spezial
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
PersF	Personalführung
PERSONAL	Personal
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
PKR	Pflege- & Krankenhausrecht
RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RiA	Das Recht im Amt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RzK	Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sj	steuer-journal.de
Slg	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Teil I: Rechtsprechung des Gerichtshofes
Sozialer Fortschritt	Sozialer Fortschritt
StuB	Steuern und Bilanzen
SuP	Sozialrecht + Praxis

VR	Verwaltungsrundschau
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WzS	Wege zur Sozialversicherung
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZBVR online	Rechtsprechungsdienst der Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZfPR online	Rechtsprechungsdienst der Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMV	Die Mitarbeitervertretung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses

I. Arbeitsbedingungen

1. Arbeitsverhältnis bei Beendigung der Organstellung

Nach § 84 Abs. 1 Satz 5 iVm. Satz 1 AktG wird der Anstellungsvertrag des Vorstands einer Aktiengesellschaft auf höchstens fünf Jahre befristet abgeschlossen. Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 26. August 2009 (- 5 AZR 522/08 -)¹ gilt bei einem unbefristet abgeschlossenen Vertrag von Gesetzes wegen eine Befristung von fünf Jahren. Im Rahmen der zeitlichen Begrenzung ist eine einvernehmliche Änderung des Vertragsinhalts möglich. Die Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses im Anstellungsvertrag über die Laufzeit des Anstellungsvertrags und der Organstellung hinaus wird nicht generell durch § 84 Abs. 1 AktG ausgeschlossen. Die vorzeitige Bindung kann für beide Seiten sinnvoll und nützlich sein, wenn zugleich die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten bestimmt werden. Allerdings liegt eine objektive Gesetzesumgehung vor, wenn der Anstellungsvertrag für den Fall der Beendigung der Organstellung die unveränderte Weiterführung des Arbeitsverhältnisses als Arbeitsverhältnis über die Fristen des § 84 Abs. 1 AktG hinaus vorsieht. Ist eine der Vergütung entsprechende konkrete Arbeitsstelle weder vereinbart noch überhaupt realistisch, ergibt sich die von § 84 Abs. 1 AktG gerade ausgeschlossene Bindung.

2. Konzessionsträgervertrag - Scheingeschäft

Mit Urteil vom 18. März 2009 (- 5 AZR 355/08 -)² hatte der Fünfte Senat über die Wirksamkeit eines Vertrags, mit dem ein Handwerksmeister einem Handwerksbetrieb lediglich seinen Meistertitel zur Verfügung stellte, ohne dass er tatsächlich als technischer Betriebsleiter tätig wurde, zu entscheiden. Dient der Vertrag lediglich dazu, einem Betrieb die Eintragung in die Handwerksrolle zu ermöglichen, ist dieser Vertrag als

¹ NZA 2009, 1205-1207; DB 2009, 2480-2482; AG 2009, 827-829; ArbR 2009, 163 (Anm. Arnold); GWR 2009, 432 (Anm. Raif); sj 2009, Nr 22, 39-40 (Anm. Lüers); DZWIR 2009, 506-508; WM 2009, 2387-2390; ZIP 2009, 2073-2076; EzA-SD 2009, Nr 22, 16 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 109/09 (L); NJW-Spezial 2009, 708 (red. L, K); ArbuR 2009, 433 (red. L); FA 2009, 380 (L, K)

² AP Nr 26 zu § 134 BGB; DB 2009, 1189-1191; EBE/BAG 2009, 91-94; NZA 2009, 663-666; ArbRB 2009, 238 (Anm. Oetter); NJW 2009, 2554-2557; EzA § 134 BGB 2002 Nr 4; GewArch 2009, 456-457; ArbuR 2009, 281 (L); FA 2009, 206 (L, K); PersF 2009, Heft 11, 78 (L)

Scheingeschäft gem. § 117 BGB nichtig. Ist die Leistung des Konzessionsträgers im Wesentlichen auf die Zurverfügungstellung des Meistertitels ohne Erbringung einer nennenswerten Arbeitsleistung beschränkt, verwenden die Parteien eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit zu einem nach § 7 HwO missbilligten Erfolg. Der Vertrag ist dann als Umgehungsgeschäft gem. § 134 BGB nichtig. Der Betriebsleiter muss in der Lage sein, bestimmenden Einfluss auf den handwerklichen Betrieb zu nehmen, gegenüber den handwerklich beschäftigten Betriebsangehörigen fachlich weisungsbefugt sein und tatsächlich die Leitungsaufgaben wahrnehmen können und wahrnehmen. Wird mit einem Konzessionsträgervertrag § 7 HwO umgangen, kommt kein „fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“ zustande. Ein Anspruch kann in einem solchen Fall auch nicht aus einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis folgen, denn zwingende Rechtssätze und gesetzlich festgelegte Schranken der Vertragsfreiheit sind der Disposition der Parteien entzogen.

3. Arbeitszeit

Bei der kalendermäßigen Befristung einer Arbeitszeiterhöhung fordert das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 2. September 2009 (- 7 AZR 233/08 -)³ nicht, dass der Grund für die Befristung schriftlich vereinbart werden muss. Im Gegensatz zu der ungewissen Situation für den Arbeitnehmer bei unklaren Widerrufsvorbehalten besteht bei einer ausschließlich kalendermäßigen Befristung für den Arbeitnehmer keine vergleichbare Ungewissheit. Es ist unmissverständlich klar, dass die Arbeitszeiterhöhung mit Fristablauf ohne weitere Handlung des Arbeitgebers endet. Bei der nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle der Befristung einzelner Vertragsbedingungen sind Umstände, die die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt nach § 14 Abs. 1 TzBfG rechtfertigen können, von Bedeutung. Liegt der Befristung einer Arbeitszeiterhöhung ein Sachverhalt zugrunde, der die Befristung eines Arbeitsvertrags insgesamt nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG sachlich rechtfertigen könnte, überwiegt in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers an der nur befristeten Erhöhung der Arbeitszeit. Eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers iSv. § 307 Abs. 1 BGB kann in einem solchen Fall ausnahmsweise vorliegen, wenn der Arbeitnehmer vor der Vereinbarung der befristeten Arbeitszeiterhöhung seinen Wunsch angezeigt hat, die Arbeits-

³ NZA 2009, 1253-1257; EBE/BAG 2009, 188-192; EWIR 2009, 737-738 (Anm. Lunk); ArbR 2009, 185 (Anm. Bauer); DB 2009, 2439 (red. L); ZfPR online 2009, Nr 11, 23 (red. L); EzA-SD 2009, Nr 23, 6 (L, red. L)

zeit unbefristet zu erhöhen, und der Arbeitgeber ihm entsprechende dauerhaft verfügbare Beschäftigungskapazitäten nicht zugewiesen hat.

Mit Urteil vom 15. September 2009 (- 9 AZR 757/08 -)⁴ hat der Neunte Senat über die Berechtigung des Arbeitgebers, kraft seines Direktionsrechts Sonn- und Feiertagsarbeit zuzuweisen, entschieden. Treffen die Arbeitsvertragsparteien keine ausdrückliche Regelung über die Verteilung der Arbeitszeit, gilt zunächst die bei Vertragsschluss betriebsübliche Arbeitszeit. Inhalt einer solchen Abrede ist, dass die vereinbarte Arbeitsleistung zu den jeweils wirksam bestimmten betrieblichen Arbeitszeiten zu erbringen ist. Ist das Recht des Arbeitgebers zur Verteilung der Arbeitszeit nicht gesetzlich, kollektivrechtlich oder einzelvertraglich beschränkt, legt der Arbeitgeber die Arbeitszeitverteilung durch Weisung kraft seines Direktionsrechts aus § 106 Satz 1 GewO fest. Für eine Einschränkung des Weisungsrechts des Arbeitgebers für die Arbeitszeitverteilung müssen konkrete Anhaltspunkte bestehen. Eine Konkretisierung auf eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Wochentage tritt nicht allein dadurch ein, dass der Arbeitnehmer längere Zeit in derselben Weise eingesetzt wurde. Vielmehr müssen zum reinen Zeitablauf besondere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer nur noch verpflichtet sein soll, seine Arbeit unverändert zu leisten.

4. Anspruch auf Teilzeitarbeit

Der Arbeitnehmer kann sein auf § 8 TzBfG gestütztes Verlangen nach Verringerung der Arbeitszeit in der Weise mit einem konkreten Verteilungswunsch verbinden, dass er sein Änderungsangebot von der gewünschten Arbeitszeitverteilung abhängig macht. Er ist jedoch nicht gehindert, die Frage der Verteilung der Arbeitszeit bis zur Einigung über die Verringerung zurückzustellen und danach gesondert zu verfolgen. Voraussetzung für eine isolierte Klage auf Neuverteilung der Arbeitszeit ist, dass ein unmittelbarer Zusammenhang dieser Klage mit einem vorausgegangenem Verlangen auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG besteht. Dies hat der Neunte Senat mit Urteil vom 16. Dezember 2008 (- 9 AZR 893/07 -)⁵ entschieden. Der Wortlaut des § 8 Abs. 1 TzBfG, der einen Anspruch auf Verringerung „der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit“ begründet, gibt keine Beschränkung auf das arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit-

⁴ EzA-SD 2009, Nr 23, 7-9; EBE/BAG 2009, 173-176; DB 2009, 2551-2552; sj 2009, Nr 23, 39-41 (Anm. Linnartz); NJW-Spezial 2009, 738 (red. L, K)

⁵ AP Nr 27 zu § 8 TzBfG; EzA § 8 TzBfG Nr 23; NJW 2009, 1527-1532; NZA 2009, 565-571; MDR 2009, 636-637; DB 2009, 1242-1246; dbr 2009, Nr 8, 40 (Anm. Schirge); ArbRB 2009, 167-168 (Anm. Braun); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 48/09 (L); ArbuR 2009, 184 (L); BB 2009, 1192 (red. L); AA 2009, 108 (L, red. L); FA 2009, 174 (L, K); PersF 2009, Heft 8, 95 (L)

verteilungsmodell vor. Dem Verlangen des Arbeitnehmers auf Neuverteilung seiner Arbeitszeit kann nach § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG eine Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede entgegenstehen, wenn die Festlegung der Verteilung der Arbeitszeit einen kollektiven Bezug hat. Allgemeine Interessen sind betroffen, wenn die beabsichtigte Arbeitszeitverteilung Auswirkungen auf den ganzen Betrieb und nicht nur auf den einzelnen Arbeitnehmer, der die Arbeitszeitumverteilung wünscht, hat. Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b BetrVG darauf zu achten, dass die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit gefördert wird. Diese Förderpflicht führt jedoch nicht notwendig zum Vorrang der Interessen des einzelnen Arbeitnehmers, der Familienpflichten zu erfüllen hat. Die Betriebsparteien haben bei der Abwägung der Einzel- und Kollektivinteressen einen Beurteilungsspielraum.

5. Bezugnahme Klauseln

Mit Beschluss vom 22. April 2009 (- 4 ABR 14/08 -)⁶ hat der Vierte Senat seine Rechtsprechung⁷ zu einzelvertraglich vereinbarten dynamischen Bezugnahmen auf die jeweils geltenden tariflichen Bestimmungen für einen nach dem 31. Dezember 2001 geschlossenen Arbeitsvertrag bestätigt. Danach handelt es sich jeweils dann um eine konstitutive Verweisungsklausel, die durch den Wegfall der Tarifgebundenheit nicht berührt wird, wenn die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an die in Bezug genommenen Tarifverträge nicht in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden ist. Durch einen zwischen einem Betriebsveräußerer und einem Betriebserwerber geschlossenen Personalüberleitungsvertrag kann keine unmittelbare Berechtigung der bereits bei der Rechtsvorgängerin beschäftigten Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin auf dynamische Anwendung von Tarifverträgen begründet werden, da es sich um einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter handeln würde. In dem Personalüberleitungsvertrag kann aber

⁶ NZA 2009, 1286-1295; ZTR 2009, 663-667; EzA-SD 2009, Nr 23, 16-17 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 117/09 (L); BB 2009, 1013 (K); ArbUR 2009, 177 (K); dbr 2009, Nr 6, 7 (K); ZBVR online 2009, Nr 5, 20 (K); AuA 2009, 367 (K); FA 2009, 184 (K); PersF 2009, Heft 7, 77 (K)

⁷ Vgl. BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 793/07 - AP Nr 67 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr 40; NZA 2009, 323-328; DB 2009, 962-963; ZTR 2009, 264-268; ArbRB 2009, 140-141 (Anm. Schewiola); BB 2009, 1022-1024 (Anm. Jacobsen); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 32/09 (L); PersR 2009, 134 (L); MDR 2009, 514 (L); FA 2009, 182 (L, red. L); PersF 2009, Heft 8, 94 (L)

zugunsten der von ihm erfassten Arbeitnehmer ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Arbeitgeberin begründet werden, die dynamische Bezugnahme der im Personalüberleitungsvertrag genannten Tarifverträge mit ihnen zu vereinbaren. Die Bezugnahme auf ein bestimmtes Tarifwerk kann über ihren Wortlaut hinaus nur dann als große dynamische Verweisung - Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich bzw. betrieblich geltenden Tarifvertrag - ausgelegt werden, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt.⁸

6. Einschlägiges Tarifrecht bei „künstlerisch“ tätiger Bühnenmitarbeiterin

Welche Arbeit der Arbeitnehmer zu leisten hat, ergibt sich in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag. Der Arbeitgeber kann Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht kraft seines Weisungsrechts im Rahmen des jeweiligen Arbeitsvertrags festlegen (§ 106 GewO). Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsvertrag schriftlich, dass der Arbeitnehmer überwiegend künstlerisch tätig ist, handelt es sich nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 28. Januar 2009 (- 4 AZR 987/07 -)⁹ grundsätzlich um die Bestimmung des Inhalts des Arbeitsverhältnisses, insbesondere des Umfangs und der Grenzen des Direktionsrechts des Arbeitgebers. Die überwiegend künstlerische Tätigkeit ist Inhalt der übereinstimmenden Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien. Damit unterfällt das Arbeitsverhältnis dem speziell für den künstlerischen Bereich geschaffenen Tarifvertrag Normalvertrag Bühne (NV Bühne). Die einzelvertragliche Verweisung im Arbeitsvertrag eines Bühnentechnikers iSv. § 1 NV Bühne, mit der der NV Bühne in Bezug genommen wird, und eine gesonderte ausdrückliche und schriftliche Vereinbarung des Vorrangs des Bühnenschiedsgerichts führen zur Unzulässigkeit einer unmittelbar beim Arbeitsgericht erhobenen Klage. Auch wenn die Vertragsparteien Mitglieder der Tarifvertragsparteien des TVöD sind, unterliegen überwiegend künstlerisch tätige Bühnentechniker nicht dem persönlichen Geltungsbereich des TVöD. Dieser enthält eine Ausnahmeregelung für überwiegend künstlerisch tätiges Theaterpersonal. Auch bei der Bestimmung des Geltungsbereichs des TVöD kommt es auf den Inhalt der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit an.

⁸ Vgl. auch BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - AP Nr 66 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Anm. Zachert); EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr 39; NZA 2009, 151-154; ZTR 2009, 139-142; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Bezugnahmeklausel Nr 10; ArbRB 2009, 69 (Anm. Kappelhoff); EBE/BAG 2009, 29-32; NJW-Spezial 2009, 147 (red. L, K); ArbuR 2009, 102-103 (L); BB 2009, 1248 (red. L); PersF 2009, Heft 6, 84 (L); FA 2009, 188 (red. L); ZIP 2009, 1836 (L)

II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

1. Urlaub

Mit der Festlegung des Urlaubszeitraums gem. § 7 Abs. 1 BUrlG hat der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs das Erforderliche getan. Wird der Freistellungserfolg nachträglich unmöglich, geht der durch die Festlegung des Arbeitgebers konkretisierte Freistellungsanspruch nach § 243 Abs. 2, § 275 Abs. 1 BGB unter. Nach einem Urteil des Neunten Senats vom 16. Dezember 2008 (- 9 AZR 164/08 -)¹⁰ befreit eine Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit, die die Arbeitszeit auf Null reduziert, den Arbeitnehmer auch dann von seiner Arbeitspflicht, wenn der Arbeitgeber vor Einführung der Kurzarbeit für die Zeit der Kurzarbeit Urlaub gewährt hat. In diesem Fall kann der mit der Festsetzung des Urlaubs bezweckte Leistungserfolg, die Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht für die Dauer des Urlaubs, nicht eintreten, weil die Arbeitspflicht aufgrund betriebsverfassungsrechtlicher Norm aufgehoben war. Führt der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen Kurzarbeit ein, hat er die hierdurch nachträglich eingetretene Unmöglichkeit zu vertreten und ist daher nach §§ 280, 283 BGB zur Gewährung von Ersatzurlaub als Schadensersatz verpflichtet.

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache Schultz-Hoff vom 20. Januar 2009¹¹ steht Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88/EG einzelstaatlichen Rechtsvorschriften entgegen, nach denen Arbeitnehmern, die wegen Krankheit den Jahresurlaub nicht in Anspruch nehmen können, am Ende des Arbeitsverhältnisses keine „finanzielle Vergütung“ gezahlt wird. Der Neunte Senat hat seine frühere Recht-

⁹ AP Nr 61 zu § 611 BGB Bühnengagementsvertrag; EZA § 101 ArbGG 1979 Nr 4; ZTR 2009, 418-421; NZA-RR 2009, 465-469; BB 2009, 2376 (Anm. Ebeling); MDR 2009, 1344-1345; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 74/09 (L); ArbuR 2009, 320 (L)

¹⁰ NZA 2009, 689-692; EZA § 7 BUrlG Nr 120; DB 2009, 1246-1247; ZInsO 2009, 1264-1268; ZBVR online 2009, Nr 7/8, 6-9; ZTR 2009, 440-441; ArbRB 2009, 223-224 (Anm. Ohle); BB 2009, 1984 (Anm. Lunk); sj 2009, Nr 18, 41-42 (Anm. Leising); MDR 2009, 990; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 63/09 (L); ArbuR 2009, 280-281 (L); FA 2009, 256 (L, red. L); PersF 2009, Heft 11, 79 (L)

¹¹ Vgl. EuGH 20. Januar 2009 - C-350/06 und C-520/06 - AP Nr 1 zu Richtlinie 2003/88/EG; NZA 2009, 135-139; ZTR 2009, 87-90; EZA Richtlinie 2003/88 EG-Vertrag 1999 Nr 1; NJW 2009, 495-499; DB 2009, 234-236; EuroAS 2009, 2-4; EzTöD 100 § 26 TVöD-AT Abgeltung Nr 2; AiB 2009, 238-243 (Anm. Rehwald); ArbRB 2009, 30-31 (Anm. Kotthaus); BB 2009, 504 (Anm. Schmidt); dbr 2009, Nr 3, 38-39 (Anm. Holthaus); ZInsO 2009, 292-297 (Anm. Schmidt); ZMV 2009, 110-112 (Anm. Zetl); EuZW 2009, 147-153 (Anm. Abele); EWIR 2009, 377-378 (Anm. Bross); ZESAR 2009, 337-343 (Anm. Rehwald); SAE 2009, 127-133; EAS Teil C RL 2003/88/EG Art 7 Nr 1

sprechung¹² mit Urteil vom 24. März 2009 (- 9 AZR 983/07 -)¹³ aufgegeben. Danach war § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG so auszulegen, dass der Urlaubsabgeltungsanspruch erlosch, wenn der Urlaubsanspruch aufgrund der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bis zum Ende des Übertragungszeitraums nicht erfüllt werden konnte. § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG ist im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern nach den Vorgaben des Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG gemeinschaftsrechtskonform fortzubilden. Ansprüche auf Abgeltung gesetzlichen Teil- oder Vollurlaubs erlöschen nicht, wenn der Arbeitnehmer bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist. Jedenfalls seit Bekanntwerden des Vorabentscheidungsersuchens des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. August 2006 in der Sache Schultz-Hoff¹⁴ besteht kein schützenswertes Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Senatsrechtsprechung. Die Vorlage an den EuGH ist eine Zäsur in der Rechtsentwicklung. Die über den Mindestjahresurlaubsanspruch hinausgehenden Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche können die Parteien des Einzelarbeitsvertrags frei regeln.

Nach der ständigen Rechtsprechung bedarf es zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs einer Freistellungserklärung des Arbeitgebers¹⁵. Mit seiner Entscheidung vom 19. Mai 2009 (- 9 AZR 433/08 -)¹⁶ bestätigte der Neunte Senat seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nur dann erfüllt, wenn er den Arbeitnehmer endgültig und nicht unter dem Vorbehalt eines Widerrufs von der Arbeitspflicht befreit. Nur dann ist es dem Arbeitnehmer möglich, die ihm aufgrund des Urlaubsanspruchs zustehende Freizeit uneingeschränkt selbstbestimmt zu nutzen. Hingegen erfüllt der Arbeitgeber einen sich aus einem Arbeitszeitkonto ergebenden Freizeitausgleichsanspruch auch durch eine widerrufliche Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Pflicht, die Arbeitsleistung zu erbringen. Im Gegen-

¹² Vgl. BAG 21. Juni 2005 - 9 AZR 200/04 - AP Nr 11 zu § 55 InsO; EZA § 7 BUrlG Nr 114; ArbRB 2006, 39-40 (Anm. Schäder); AiB 2007, 55-58 (Anm. Britschgi); AR-Blattei ES 1640.3 Nr 3; ArbuR 2006, 73-74 (red. L); NZA 2006, 232 (red. L); FA 2006, 96 (red. L)

¹³ AP Nr 39 zu § 7 BUrlG; EZA § 7 BUrlG Abgeltung Nr 15; NZA 2009, 538-547; DB 2009, 1018-1022; MDR 2009, 811-812; ZTR 2009, 330-335; EzTöD 100 § 26 TVöD-AT Abgeltung Nr 4; EWiR 2009, 377-378 (Anm. Bross); dbr 2009, Nr 8, 38-39 (Anm. Rissing); EuZW 2009, 465-472 (Anm. Abele); AA 2009, 97-99 (Anm. Rummel); ArbRB 2009, 159 (Anm. Lunk); ArbuR 2009, 213-218 (Anm. Rummel); NJ 2009, 304-306 (Anm. Schreiber); Behindertenrecht 2009, 141-148; SAE 2009, 238-250

¹⁴ Vgl. LArbG Düsseldorf 2. August 2006 - 12 Sa 486/06 - LAGE § 7 BUrlG Abgeltung Nr 22 (Anm. Genenger); NZA-RR 2006, 628-633; EzA-SD 2006, Nr 19, 8 (L); BB 2006, 2535 (red. L); ArbuR 2006, 412-413 (L); FA 2006, 384 (L)

¹⁵ Vgl. BAG 20. Januar 2009 - 9 AZR 650/07 - ArbRB 2009, 98 (Anm. Schäder)

¹⁶ NZA 2009, 1211-1213; DB 2009, 2103-2105; EzA-SD 2009, Nr 20, 4-6; EBE/BAG 2009, 154-155; AuA 2009, 674-675; ArbR 2009, 89 (Anm. Hjort); sj 2009, Nr 22, 40 (Anm. Leising); NJW-Spezial 2009, 675 (red. L, K); ZInsO 2009, 2120 (L); PersR 2009, 426 (L); ZBVR online 2009, Nr 10, 21-22 (red. L); ArbuR 2009, 435 (L); FA 2009, 396-397 (L, red. L)

satz zum Urlaubsanspruch handelt es sich bei der Gewährung eines Freizeitausgleichs zum Abbau eines zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden Zeitsaldos regelmäßig nur um eine Weisung zur Verteilung der Arbeitszeit iSv. § 106 Satz 1 GewO. Bei der Ausübung seines Weisungsrechts muss der Arbeitgeber jedoch die Grenzen billigen Ermessens nach § 315 Abs. 3 BGB einhalten.

2. Berufskleidung

Die Arbeitsvertragsparteien können vereinbaren, dass nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO ein Teil des Arbeitsentgelts in Form eines Sachbezugs erbracht wird, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Sachbezug iSd. Vorschrift ist eine Leistung des Arbeitgebers, die dem Arbeitnehmer als Gegenleistung für die geleisteten Dienste in anderer Form als in Geld erbracht wird. Eine Anrechnung des Sachbezugs auf den unpfändbaren Teil des Arbeitsentgelts ist nach § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO ausgeschlossen. Nach der Entscheidung des Neunten Senats vom 17. Februar 2009 (- 9 AZR 676/07 -)¹⁷ steht die Überlassung von Berufskleidung an den Arbeitnehmer und ihre Pflege und Ersatzbeschaffung durch den Arbeitgeber jedoch regelmäßig nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung und stellt daher keinen Sachbezug iSv. § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO dar. Eine Vertragsklausel, wonach sich der Arbeitnehmer an den Kosten zu beteiligen hat, darf den Arbeitnehmer nicht unbillig benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 307 Abs. 2 BGB). Bei einem wirksam vereinbarten pauschalen Kostenbeitrag ist der Arbeitgeber berechtigt, diesen vom monatlichen Nettoentgelt des Arbeitnehmers einzubehalten. Dabei muss er jedoch die Pfändungsgrenzen der §§ 850 ff. ZPO berücksichtigen.

¹⁷ MDR 2009, 891-892; EzA § 394 BGB 2002 Nr 2; DB 2009, 1542-1544; ArbRB 2009, 200-201 (Anm. Hülbach); sj 2009, 39-40 (Anm. Leising); BB 2009, 1303-1304 (Anm. Reichold); JR 2009, 527-528 (Anm. Rosendahl); EBE/BAG 2009, 83-86; ArbuR 2009, 225 (L); AA 2009, 121-122 (L, K); FA 2009, 244-245 (L, red. L); PersF 2009, Heft 11, 78 (L)

3. Vergütung

a) Eingruppierung

Der Vierte Senat hat sich im Berichtszeitraum in zwei Beschlüssen mit der Eingruppierung eines Beschäftigten in die Entgeltgruppe 1 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) befasst. Nach dem Beschluss vom 28. Januar 2009 (- 4 ABR 92/07 -)¹⁸ ist die Beurteilung, ob eine einfachste Tätigkeit iSd. Entgeltgruppe 1 TVöD ausgeübt wird, anhand einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Es handelt sich bei den in der Entgeltgruppe 1 TVöD aufgeführten Tätigkeitsbeispielen nicht um einen abschließenden Katalog. Maßgebende Kriterien für die Beurteilung, ob eine einfachste Tätigkeit ausgeübt wird, sind neben einer nicht erforderlichen Vor- oder Ausbildung regelmäßig eine sehr kurze Einweisung oder Anlernphase in die übernommene Tätigkeit, eine im wesentlichen gleichförmige und gleichartige Tätigkeit, deren Verrichtung keine nennenswerten eigenen Überlegungen erfordert und das Fehlen eines eigenständigen, nicht gänzlich unbedeutenden Entscheidungs- und Verantwortungsbereichs. Es handelt sich bei der Entgeltgruppe 1 TVöD um eine eigenständige Neuregelung ohne Bezug zu den auf Grundlage des § 2 RahmenTV zu § 20 BMT-G II vereinbarten bezirkstariflichen Lohngruppenverzeichnissen. Reinigungstätigkeit in einem Gebäude fällt unter keines der bei der Entgeltgruppe 1 genannten Tätigkeitsbeispiele. Es kann jedoch eine einfachste Tätigkeit iSd. tariflichen Oberbegriffs der Entgeltgruppe 1 vorliegen. Reinigungsarbeiten in einem Pflegeheim, bei denen Hygienevorschriften, für die die Arbeitnehmer mehrstündig geschult wurden, sowie ein umfangreicher Desinfektionsplan zu beachten sind, stellen keine „einfachsten Tätigkeiten“ dar.

Nach dem Beschluss vom 20. Mai 2009 (- 4 ABR 99/08 -)¹⁹ steht einer Eingruppierung eines Beschäftigten in die Entgeltgruppe 1 TVöD nicht entgegen, dass sich dessen Gesamttätigkeit aus mehreren Teiltätigkeiten im Tarifsinne zusammensetzt, von denen nicht alle nach der Entgeltgruppe 1 TVöD zu bewerten sind. Nach den gem. § 17 Abs. 1 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) nach wie vor geltenden Eingruppierungsgrundsätzen der auf Grundlage des § 2 Abs. 1 Satz 2 RahmenTV zu

¹⁸ AP Nr 37 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; NZA 2009, 1042-1049; ZTR 2009, 474-479; EzTöD 320 TVÜ-VKA Anlage 3 Entgeltgruppe 1 Nr 8; EzA-SD 2009, Nr 14, 16 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 75/09 (L); FA 2009, 287-288 (L, red. L); PersR 2009, 338 (L); ArbuR 2009, 320 (red. L); BB 2009, 325 (K); ZMV 2009, 113-114 (K)

§ 20 BMT-G II vereinbarten Bezirkstarifverträge ist es für die Eingruppierung grundsätzlich maßgebend, welcher Entgeltgruppe die Summe der zeitlich mindestens zur Hälfte auszuübenden Teiltätigkeiten zuzuordnen ist. Es ist keine einheitlich zu bewertende Gesamttätigkeit zu bilden.

Bei der Eingruppierung sind Arbeitsvorgänge jeweils für sich genommen einem Tätigkeitsmerkmal der Anlage 1a zum Bundes-Angestelltentarifvertrag Ost in der für die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände maßgebenden Fassung (BAT-O/VKA) zuzuordnen. Nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 28. Januar 2009 (- 4 AZR 13/08 -)²⁰ hat auch in den Fällen, in denen es bei der Zuordnung mehrerer Arbeitsvorgänge zur Erfüllung von Tätigkeitsmerkmalen kommt, die durch unterschiedliche Tarifverträge in die Anlage 1a zum BAT-O/VKA eingefügt worden sind, eine Bewertung jedes einzelnen Arbeitsvorgangs anhand des dafür maßgeblichen speziellen Tätigkeitsmerkmals zu erfolgen. Es ist nicht zunächst die gesamte Tätigkeit des Angestellten einem Tarifvertrag oder Tarifvertragsausschnitt mit den in ihm geregelten Tätigkeitsmerkmalen zuzuordnen. Dies gebietet das Spezialitätsprinzip. Der Begriff des „Technischen Angestellten“ stellt einen tatbestandlichen Teil des Tätigkeitsmerkmals dar, der auch dann vorliegen muss, wenn der Angestellte nur eine Minderheit seiner Gesamttätigkeit als „Technischer Angestellter“ erbringt und im Übrigen iSd. allgemeinen Tätigkeitsmerkmale vertraglich beschäftigt ist. Ist das Tätigkeitsmerkmal der speziellen Fallgruppe erfüllt, ist der Rückgriff auf die allgemeinen Tätigkeitsmerkmale der Anlage 1a ausgeschlossen.

b) Entgeltsteigerung aufgrund von Tätigkeitszeiten als Arzt im Praktikum (AiP)

§ 16 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (TV-Ärzte/TdL) sieht für Ärztinnen und Ärzte eine Eingruppierung in fünf Entgeltgruppen mit jeweils mehreren Entgeltstufen vor. Der Stufenaufstieg innerhalb einer Entgeltgruppe erfolgt nach den „Zeiten ärztlicher Tätigkeit“. Nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 23. September 2009 (- 4 AZR 382/08 -)²¹ zählen Tätigkeitszeiten als Arzt im Praktikum (AiP) nicht zu den Zeiten ärztlicher Tätigkeit. Das AiP war nach der Gesetzeslage zwischen 1985 und September 2004 Voraussetzung für die Erlangung der ärztlichen Approbation. Zu den Zeiten ärztlicher Tätigkeit zählen nur solche, die als approbierte

¹⁹ EBE/BAG Beilage 2009, Ls 106/09 (L); ArbuR 2009, 435 (red. L); PersR 2009, 470 (L); FA 2009, 395-396 (L, red. L)

²⁰ NZA-RR 2009, 616-622; ZTR 2009, 481-484; AE 2009, 228-231; MDR 2009, 1119; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 80/09 (L); ArbuR 2009, 320 (L); FA 2009, 317 (L, red. L)

²¹ ZVv.

Ärzte zurückgelegt worden sind. Bei der im Rahmen der Ausbildung zum approbierten Arzt zurückgelegten Zeit handelt es sich auch nicht um Zeiten von Berufserfahrung aus nichtärztlicher Tätigkeit, die nach § 16 Abs. 2 TV-Ärzte/TdL bei der Stufenfindung berücksichtigt werden können. Die Tarifvertragsparteien sind für den von ihnen geregelten Bereich darin frei zu bestimmen, nach welchen Regeln sich die Entgeltfindung vollzieht.

c) ehrenamtliche Richter - Vergütung bei Gleitzeit

Nach § 29 Abs. 2 Satz 1 TVöD sollen im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer ihre allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten soweit wie möglich außerhalb der Arbeitszeit erfüllen. Sofern dies nicht möglich ist, muss der Arbeitnehmer versuchen, die Arbeitszeit zu verlegen. Vor diesem Hintergrund hat der Sechste Senat mit Urteil vom 22. Januar 2009 (- 6 AZR 78/08 -)²² entschieden, dass Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes Arbeitnehmern, die ihr Amt als ehrenamtlicher Richter zu einer Zeit ausüben, in der sie nach einem für das Arbeitsverhältnis geltenden flexiblen Arbeitszeitmodell Gleitzeit in Anspruch nehmen können, keine Zeitgutschrift gewähren müssen. Eine solche Zeitgutschrift hat nur für die in die Kernarbeitszeit fallende Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter zu erfolgen. Die tarifliche Verpflichtung, für die Ausübung des Amtes als ehrenamtlicher Richter Gleitzeit in Anspruch zu nehmen, verstößt nicht gegen die Benachteiligungsverbote in § 26 Abs. 1 ArbGG, § 45 Abs. 1a Satz 2 DRiG. Diese Bestimmungen enthalten keine eigenständige Regelung zur Vergütung des ehrenamtlichen Richters. § 29 Abs. 2 Satz 1 TVöD steht ferner mit § 616 Satz 1 BGB im Einklang, da der Arbeitnehmer außerhalb der Kernarbeitszeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Die Regelung verstößt schließlich auch nicht gegen das Verbot der Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer gem. § 4 Abs. 1 TzBfG. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen der Teilzeitbeschäftigung läge nur vor, wenn bei Teilzeitbeschäftigten mit flexibler Arbeitszeit der Anteil der Kernarbeitszeit im Verhältnis zur Normalarbeitszeit regelmäßig geringer wäre als bei im Rahmen derselben Gleitzeitregelung vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern.

²² NZA 2009, 735-738; EZA § 616 BGB 2002 Nr 1; ZTR 2009, 371-373; EzTöD 100 § 29 TVöD-AT Nr 2; ArbRB 2009, 161 (Anm. Oetter); PersR 2009, 263-267; PersV 2009, 385-389; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 46/09 (L); ZfPR online 2009, Nr 5, 21 (red. L); ArbuR 2009, 224 (L); MDR 2009, 813 (L); FA 2009, 316-317 (L, red. L)

d) Vergütung während der Kurzarbeit - Baugewerbe

Nach § 4 Nr. 6.1 des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe entfällt der Lohnanspruch, wenn die Arbeitsleistung entweder aus zwingenden Witterungsgründen oder in der gesetzlichen Schlechtwetterzeit aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich wird. Soweit der Lohnausfall in der gesetzlichen Schlechtwetterzeit nicht durch Auflösung von Arbeitszeitguthaben ausgeglichen werden kann, ist der Arbeitgeber verpflichtet, mit der nächsten Lohnabrechnung das Saison-Kurzarbeitergeld in der gesetzlichen Höhe zu zahlen. Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 22. April 2009 (- 5 AZR 310/08 -)²³ besteht die Zahlungspflicht des Arbeitgebers nach der Tarifregelung unabhängig davon, ob die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld gem. §§ 169, 172 SGB III erfüllt sind. Deshalb hat der Arbeitgeber das Saison-Kurzarbeitergeld auch dann zu zahlen, wenn die Arbeitsagentur kein Kurzarbeitergeld bewilligt. Die in § 172 Abs. 1-3 SGB III geregelten Voraussetzungen betreffen die besonderen Verhältnisse des Versicherten im Verhältnis zur Versichertengemeinschaft und haben keinen ausreichenden Bezug zu § 615 BGB.

e) Annahmeverzug

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Ein Arbeitnehmer ist leistungsunfähig iSv. § 297 BGB, wenn er aus Gründen in seiner Person die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten ausnahmslos nicht mehr verrichten kann. In einer Entscheidung vom 18. März 2009 (- 5 AZR 192/08 -)²⁴ hat der Fünfte Senat klargestellt, dass ein zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führendes gesetzliches Beschäftigungsverbot eine nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen eindeutige Regelung voraussetzt. Nach § 5 Abs. 5 des nordrhein-westfälischen Gesetzes über den Rettungsdienst sowie die Notfallrettung und den Krankentransport durch Unternehmer (RettG NRW) vom 24. November 1992 hat das in der Notfallrettung und im Krankentransport eingesetzte

²³ AP Nr 311 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; NZA 2009, 913-915; EzA § 615 BGB 2002 Nr 29; ArbRB 2009, 223 (Anm. Bonanni); DB 2009, 1604 (red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 77/09 (L); FA 2009, 285 (L, red. L); ArbuR 2009, 322 (L); PersF 2009, Heft 7, 77 (K)

²⁴ AP Nr 3 zu § 297 BGB; EzA § 615 BGB 2002 Nr 28; NZA 2009, 611-613; EBE/BAG 2009, 90-91; ZTR 2009, 384-386; NJW 2009, 2907-2909; MDR 2009, 933; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Annahmeverzug Nr 1; ArbuR 2009, 225 (red. L); FA 2009, 245 (red. L)

nichtärztliche Personal jährlich an einer mindestens 30-stündigen aufgabenbezogenen Fortbildung teilzunehmen und dies nachzuweisen. Die Verletzung der zwingenden Fortbildungspflicht führt jedoch nicht ohne weiteres zu einem Beschäftigungsverbot. Es handelt sich um eine dem Arbeitgeber geschuldete Verpflichtung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber kann deshalb die Nichteinhaltung der Fortbildungspflicht dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers gem. § 273 Abs. 1 BGB einredeweise entgegenhalten. Eine nachträgliche Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, wenn die Arbeitsleistung aus anderen Gründen unterblieben ist, ist jedoch nicht möglich.

f) Lohnwucher

Nach § 138 Abs. 2 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, durch das sich jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Die Regelung gilt auch für das auffällige Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Lohnhöhe in einem Arbeitsverhältnis. Mit Urteil vom 22. April 2009 (- 5 AZR 436/08 -)²⁵ hat der Fünfte Senat entschieden, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht. Der Senat hat in der Entscheidung nochmals²⁶ klargestellt, dass eine Entgeltvereinbarung bei Vertragsabschluss noch wirksam sein kann, jedoch im Laufe der Zeit, wenn sie nicht an die allgemeine Lohn- und Gehaltsentwicklung angepasst wird, gegen § 138 BGB verstoßen kann. Die Sittenwidrigkeit einer Entgeltvereinbarung ist nicht allein nach der vereinbarten Entgelthöhe zu beurteilen. Maßgebend ist der Vergleich mit der tariflichen Stunden- oder Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, da derartige Leistungen grundsätzlich weder den verkehrsüblichen Wert der Arbeit als solchen noch den Charakter des Arbeitsverhältnisses bestimmen. Besondere Einzelumstände können jedoch die Beurteilung der sittenwidrigen Ausbeutung ebenso wie die Bestimmung des Werts der Arbeitsleistung beeinflussen und ggf. zu einer Korrektur der 2/3-Grenze

²⁵ EzA § 138 BGB 2002 Nr 5 (Anm. Brecht-Heitzmann); NZA 2009, 837-840; DB 2009, 1599-1601; EBE/BAG 2009, 114-116; sj 2009, Nr 19, 38-39 (Anm. Linnartz); ArbRB 2009, 255 (Anm. Marquardt); GWR 2009, 257 (Anm. Hexel); MDR 2009, 1117-1118; BB 2009, 1637 (L); NJW-Spezial 2009, 516 (red. L, K); ZTR 2009, 509 (red. L); ArbuR 2009, 321 (L, red. L); FA 2009, 310 (L, red. L); ZInsO 2009, 1928 (red. L, K); PersF 2009, Heft 12, 88 (L)

²⁶ Vgl. schon BAG 26. April 2006 - 5 AZR 549/05 - BAGE 118, 66-75; AP Nr 63 zu § 138 BGB (Anm. Zachert); NZA 2006, 1354-1357; EzA § 612 BGB 2002 Nr 7; ArbRB 2006, 290 (Anm. Ohle); NJ 2006, 525-526 (Anm. Hantel); DB 2006, 2467-2468; MDR 2006, 1295-1297; AR-Blattei ES 1150 Nr 4; ZTR 2006, 672-674; EzB-VjA BGB 2002 § 612 Nr 1; EzTöD 100 § 24 Abs 1 TVöD-AT Sittenwidrige Arbeitsvergütung Nr 1

führen. Eine Üblichkeit der Tarifvergütung kann angenommen werden, wenn mehr als fünfzig Prozent der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als fünfzig Prozent der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen. Der Lohnwucher sowie das wucherähnliche Rechtsgeschäft setzen in subjektiver Hinsicht voraus, dass der begünstigte Vertragsteil Kenntnis vom Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen hat. Dabei wird im Arbeitsverhältnis regelmäßig davon ausgegangen werden können, dass die einschlägigen Tariflöhne den Arbeitgebern bekannt sind. Ob auch die Üblichkeit des Tariflohns bekannt ist oder sich jedenfalls aufdrängen muss, hängt von den jeweiligen Umständen ab.

g) Gleichbehandlungsgrundsatz - Lohnerhöhung

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet die sachfremde Schlechterstellung von Arbeitnehmern gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage. Im Bereich der Vergütung greift das Gebot der Gleichbehandlung ein, wenn der Arbeitgeber Leistungen aufgrund einer generellen Regelung gewährt, insbesondere wenn er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Jedenfalls dann, wenn eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers nicht auf einen einzelnen Betrieb beschränkt ist, sondern sich auf alle oder mehrere Betriebe des Unternehmens bezieht, ist nach der Entscheidung des Fünften Senats vom 3. Dezember 2008 (- 5 AZR 74/08 -)²⁷ auch die Gleichbehandlung betriebsübergreifend zu gewährleisten. Eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Betrieben ist nur zulässig, wenn es hierfür sachliche Gründe gibt. Bei freiwilligen Lohnerhöhungen darf der Arbeitgeber zwischen den Betrieben nach deren wirtschaftlicher Leistung und dem bereits bestehenden Lohnniveau differenzieren. Sachgerechte Kriterien sind zB die Arbeitsanforderungen an die Arbeitnehmer, die Ertragssituation der Betriebe allgemein oder in bestimmter Hinsicht, die Lohnentwicklung in der Vergangenheit und die absolute Lohnhöhe. Dazu bedarf es eines unternehmensweiten Vergleichs aller Betriebe unter Einbeziehung der Gründe für die bestehenden Unterschiede.

²⁷ AP Nr 206 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; NZA 2009, 367-370; EzA § 242 BGB 2002 Gleichbehandlung Nr 19; NJW 2009, 1101-1103; BB 2009, 1703-1704 (Anm. Reinhardt); ArbRB 2009, 96 (Anm. Groeger); dbr 2009, Nr 9, 37-38 (Anm. Senne); EWiR 2009, 335-336 (Anm. Bezani); JuS 2009, 381-383 (Anm. Boemke); NJ 2009, 175-176 (Anm. Schreiber); ZIP 2009, 579-582; MDR 2009, 393-394; ZBVR online 2009, Nr 3, 10-13; DRsp VI(608) 269a

h) Sonderzahlung

Der Arbeitgeber kann mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen die Entstehung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume verhindern. Dies gilt auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde. Sagt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer in einem von ihm vorformulierten Anstellungsvertrag jedoch ausdrücklich zu, jedes Jahr ein Weihnachtsgeld in bestimmter Höhe zu zahlen, ist es nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 10. Dezember 2008 (- 10 AZR 1/08 -)²⁸ widersprüchlich, wenn der Arbeitgeber die Zahlung des Weihnachtsgeldes in derselben oder einer anderen Vertragsklausel an einen Freiwilligkeitsvorbehalt bindet. Widersprüchliche Klauseln sind nicht klar und verständlich iSd. Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der unwirksame Freiwilligkeitsvorbehalt fällt ersatzlos weg. Einer Aufrechterhaltung der unwirksamen Klausel mit anderem Inhalt steht eine entsprechende Anwendung der sog. Unklarheitenregel entgegen. Diese nunmehr in § 305c Abs. 2 BGB normierte Regel war schon vor dem Inkrafttreten des AGBG allgemein anerkannt und galt auch für Formulararbeitsverträge. Wenn bereits Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zulasten des Klauselverwenders gehen, ist es gerechtfertigt anzunehmen, dass es auch zulasten des Klauselverwenders geht, wenn sich von ihm formulierte Regelungen inhaltlich widersprechen und damit nicht klar und verständlich sind. Der Senat hat offengelassen, ob eine ergänzende Vertragsauslegung bei „Altfällen“ voraussetzt, dass der Klauselverwender den Versuch unternommen hat, die nicht mehr den §§ 305 ff. BGB genügenden Klauseln der neuen Gesetzeslage anzupassen. Es spricht viel dafür, dass durch die Einräumung der einjährigen Übergangsfrist in Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB dem Vertrauensschutz genügt ist und eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber als Klauselverwender nicht versucht hat, die einer AGB-Kontrolle nicht standhaltenden Klauseln der neuen Gesetzeslage anzupassen.

²⁸ AP Nr 40 zu § 307 BGB; DB 2009, 684-685; EzA § 307 BGB 2002 Nr 40; NZA-RR 2009, 576-578; BB 2009, 1136 (Anm. Greßlin); GWR 2009, 21 (Anm. Lüders); ZInsO 2009, 779-782 (Anm. Schmidt); FA 2009, 155 (red. L)

Nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 21. Januar 2009 (- 10 AZR 219/08 -)²⁹ entsteht bei Vorliegen eines Freiwilligkeitsvorbehalts kein Anspruch auf die Sonderzahlung aus betrieblicher Übung, auch wenn der Arbeitnehmer jahrelang Weihnachtsgeld in Höhe eines halben Bruttomonatsgehalts erhält. Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, fehlt es an einer versprochenen Leistung iSv. § 308 Nr. 4 BGB. Mangels eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung bedarf es in einem solchen Fall weder einer Ankündigung des Arbeitgebers, kein Weihnachtsgeld zu zahlen, noch einer Begründung des Arbeitgebers, aus welchen Gründen er nunmehr von der Zahlung von Weihnachtsgeld absieht. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird unabhängig von dem mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck von vornherein nicht begründet.

Mit Urteil vom 18. März 2009 (- 10 AZR 281/08 -)³⁰ hat der Zehnte Senat seine bisherige Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung aufgegeben³¹. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 kann eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer Zahlung, bei der der Arbeitgeber unmissverständlich erklärt, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken. Nach § 308 Nr. 5 BGB ist eine Bestimmung unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine

²⁹ EzA § 307 BGB 2002 Nr 41; NZA 2009, 310-312; DB 2009, 907-909; ArbRB 2009, 134 (Anm. Müller-Mundt); BB 2009, 1024 (Anm. Joppich); EWiR 2009, 563-564 (Anm. Spreer); ZInsO 2009, 883-885 (Anm. Schmidt); EBE/BAG 2009, 50-51; MDR 2009, 513-514; ZIP 2009, 1085-1086; NJW-Spezial 2009, 211 (red. L, K); ArbUR 2009, 143 (L); FA 2009, 208 (L, K); PersF 2009, Heft 8, 94 (L); ZBVR online 2009, Nr 10, 22 (red. L)

³⁰ AP Nr 83 zu § 242 BGB Betriebliche Übung (Anm. Maties); EzA § 242 BGB 2002 Betriebliche Übung Nr 9; NZA 2009, 601-604; DB 2009, 1186-1189; NJW 2009, 2475-2478 (Anm. Kock); AA 2009, 117-119 (Anm. Mareck); ArbRB 2009, 191 (Anm. Schewiola); AuA 2009, 487-488 (Anm. Kermer); EWiR 2009, 401-402 (Anm. Mehrens); GWR 2009, 157 (Anm. Lüders); JuS 2009, 1061-1063 (Anm. Boemke); sj 2009, Nr 11, 38-39 (Anm. Linnartz); ZInsO 2009, 1213-1216 (Anm. Schmidt); ZIP 2009, 1178-1181; EBE/BAG 2009, 86-88; MDR 2009, 933-935

³¹ Vgl. BAG 4. Mai 1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283-291; AP Nr 55 zu § 242 BGB Betriebliche Übung (Anm. Kettler); EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr 43 (Anm. Richardt); NZA 1999, 1162-1164; AiB 2000, 46-49 (Anm. Hochhuth); ArbUR 1999, 463-467 (Anm. Goertz); EzBAT § 4 BAT Betriebliche Übung Nr 20; BB 1999, 1924-1926; DB 1999, 1907-1908; AR-Blattei ES 510 Nr 36; NJW 2000, 308-310; MDR 1999, 1390-1391 und BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP Nr 50 zu § 242 BGB Betriebliche Übung (Anm. Kettler); EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr 38; NZA 1997, 1007-1009; WiB 1997, 1199-1201 (Anm. Kohake); SAE 1997, 341-349 (Anm. Franzen); EBE/BAG 1997, 116-119; DB 1997, 1672-1673; AR-Blattei ES 820 Nr 144; BB 1997, 2054-2056; ARST 1997, 231-232; NJW 1998, 475-476

angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Daran gemessen reicht eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation nicht aus, um eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung zu beenden.

Treffen die Arbeitsvertragsparteien eine entgeltrelevante Zielvereinbarung und vereinbaren sie gemeinsam für jedes Geschäftsjahr Ziele, wird der Arbeitnehmer nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 6. Mai 2009 (- 10 AZR 443/08 -)³² nicht unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt, wenn der Anspruch auf die Bonuszahlung daran gebunden ist, dass das Arbeitsverhältnis am Ende des Geschäftsjahres noch besteht. Es kann in aller Regel auch erst nach Ablauf der Zielperiode festgestellt werden, ob und in welcher Höhe dem Arbeitnehmer der ihm für den Fall der Zielerreichung zugesagte Bonus zusteht. Im Streitfall knüpfte die Bestandsklausel den Anspruch auf die Bonuszahlung nicht nur an ein Arbeitsverhältnis, sondern an ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres. Es bedurfte jedoch keiner Entscheidung, ob das Erfordernis eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum Abschluss des Geschäftsjahres aufgrund der damit verbundenen Bindung über das Geschäftsjahr hinaus und wegen der Höhe der Bonuszahlung eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Ist eine Klausel in einem Formulararbeitsvertrag sprachlich teilbar und wird der unwirksame Teil der Klausel „mit einem blauen Stift“ gestrichen (blue-pencil-test), ist die restliche Regelung aufrechtzuerhalten, wenn sie verständlich und wirksam ist. Wird das Wort „ungekündigtes“ in der Bestandsklausel gestrichen, setzt die Auszahlung des Bonus nur noch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Abschluss des Geschäftsjahres voraus. Die Klausel ist damit sprachlich teilbar, wobei die restliche Regelung verständlich bleibt.

Nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 5. August 2009 (- 10 AZR 483/08 -)³³ stehen Vergütungsansprüche aus betrieblicher Übung nicht unter dem stillschweigenden Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung. Hat ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern mehr als zehn Jahre lang ohne jeden Vorbehalt einen bestimmten Pro-

³² AP Nr 43 zu § 307 BGB; EzA § 307 BGB 2002 Nr 44; NZA 2009, 783-785; BB 2009, 2040 (Anm. Mohnke); GWR 2009, 206 (Anm. Lüders); ArbRB 2009, 224-225 (Anm. Schäder); DB 2009, 1601-1602; NZG 2009, 1236-1238; NJW-Spezial 2009, 453 (red. L, K); ZTR 2009, 439 (red. L); FA 2009, 279 (red. L)

zentsatz der jeweiligen Bruttomonatsvergütung als Weihnachtsgeld gezahlt, wird der aus betrieblicher Übung entstandene vertragliche Anspruch auf Weihnachtsgeld nicht für ein Jahr durch eine Betriebsvereinbarung aufgehoben, die regelt, dass für dieses Jahr kein Weihnachtsgeld gezahlt wird. Will ein Arbeitgeber verhindern, dass im Verhältnis zu einer Betriebsvereinbarung das Günstigkeitsprinzip gilt und dem Arbeitnehmer günstigere einzelvertragliche Abreden über eine Sonderzahlung gegenüber den in einer Betriebsvereinbarung getroffenen Regelungen Vorrang haben, darf er die Sonderzahlung nicht jahrelang ohne jeden Vorbehalt leisten. Will der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine Sonderzahlung unter dem Vorbehalt einer ablösenden Betriebsvereinbarung leisten, muss dieser Vorbehalt ebenso wie ein Widerrufs- oder Freiwilligkeitsvorbehalt dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügen. Bringt der Arbeitgeber nicht hinreichend klar und verständlich zum Ausdruck, dass er die Sonderzahlung „betriebsvereinbarungsoffen“ leisten will, kann ein „durchschnittlicher“, verständiger Arbeitnehmer dies nicht erkennen.

Ist ein Arbeitgeber weder vertraglich noch aufgrund kollektiver Regelungen zu Sonderzahlungen verpflichtet, kann er frei entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er seinen Arbeitnehmern eine zusätzliche Leistung gewährt. Allerdings ist er an den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Er darf einzelnen Arbeitnehmern nur aus sachlichen Kriterien eine Sonderzahlung vorenthalten. Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Berücksichtigt der Arbeitgeber bei einer Sonderzahlung unterschiedliche Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern und bezweckt er, mit der Sonderzahlung eine geringere laufende Vergütung einer Gruppe von Arbeitnehmern teilweise oder vollständig auszugleichen, verstößt er nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 5. August 2009 (- 10 AZR 666/08 -)³⁴ nicht gegen den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung und das Maßregelungsverbot des § 612a BGB, wenn er der Gruppe von Arbeitnehmern die Sonderzahlung vorenthält, die nicht bereit war, im Rahmen eines Standortsicherungskonzepts Änderungsverträge mit für sie ungünstigeren Arbeitsbedingungen abzuschließen. Erschöpft sich der Zweck der Sonderzahlung nicht in ei-

³³ EzA-SD 2009, Nr 20, 6-8; NZA 2009, 1105-1107; ArbR 2009, 166 (Anm. Kempf); ArbRB 2009, 325 (Anm. Braun); GWR 2009, 382 (Anm. Lüders); dbr 2009, Nr 12, 38-39 (Anm. Rissing); DB 2009, 2662 (red. L); BB 2009, 2251 (K); NZG 2009, 1180 (K)

³⁴ NZA 2009, 1135-1136; DB 2009, 2495-2496; ArbR 2009, 136 (Anm. Günther); ArbRB 2009, 319-320 (Anm. Braun); NJW 2009, 3740 (red. L); EzA-SD 2009, Nr 20, 6 (red. L); ZfPR online 2009, Nr 10, 17

ner teilweisen Kompensation der mit den Änderungsverträgen für die Arbeitnehmer verbundenen Nachteile, sondern verfolgt der Arbeitgeber noch andere Ziele, wie zB die Honorierung vergangener und künftiger Betriebstreue, ist es sachlich nicht gerechtfertigt, die Gruppe von Arbeitnehmern von der Sonderzahlung auszunehmen, die Änderungsangebote des Arbeitgebers mit für sie ungünstigeren Arbeitsbedingungen abgelehnt hatte.

i) Überleitung von Arbeitern und Angestellten in den TVöD

Nach § 5 Abs. 1 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) ist für die Zuordnung der Beschäftigten zu den Stufen der Entgelttabelle des TVöD ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der im September 2005 erhaltenen Bezüge zu bilden. Das ermittelte Vergleichsentgelt soll für den Angestellten gem. § 6 Abs. 1 TVÜ-VKA nach der Überleitung in den TVöD den bisherigen Besitzstand wahren. Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA ist dabei der Ortszuschlag der Stufe 1 zugrunde zu legen, wenn der Ehegatte aufgrund einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst weiterhin ortszuschlagsberechtigt ist. Dem steht nach der Entscheidung des Sechsten Senats vom 25. Juni 2009 (- 6 AZR 384/08 -)³⁵ die Tätigkeit des Ehegatten in einem Krankenhaus in Trägerschaft der Caritas grundsätzlich gleich. Denn die Richtlinien für die Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR) enthalten in Bezug auf den Ortszuschlag dem BAT vergleichbare Regelungen. Zwar wurde nach den AVR der kirchliche Arbeitgeber von der Verpflichtung zur Zahlung des familienstandsbezogenen Anteils des Ortszuschlags entbunden, wenn der bei einem Arbeitgeber im außerkirchlichen Bereich beschäftigte Ehegatte des Beschäftigten den Ortszuschlag der Stufe 2 erhielt. Das ist jedoch für Angestellte kommunaler Arbeitgeber ab dem Stichtag der Überleitung der Beschäftigungsverhältnisse vom BAT in den TVöD nicht mehr der Fall, so dass ab diesem Zeitpunkt der nach den AVR-Caritas beschäftigte Ehegatte Anspruch auf Ortszuschlag der Stufe 2 hat. Wäre bei der Bildung des Vergleichsentgelts der Ortszuschlag der Stufe 2 zugrunde zu legen, stünden die Ehegatten finanziell besser als vor der Überleitung. Dies widerspräche jedoch dem Zweck des § 5 Abs. 2 Satz 2

(red. L); BB 2009, 1805 (K); AuA 2009, 542 (K); ArbuR 2009, 309-310 (K); dbr 2009, Nr 10, 8 (K); FA 2009, 313-314 (K)

³⁵ EzTöD 320 § 5 Abs 2 TVÜ-VKA Ortszuschlag Nr 16; ZTR 2009, 578-580; NZA 2009, 1056 (red. L); PersR 2009, 339 (red. L); BB 2009, 1525 (K); EzA-SD 2009, Nr 14, 16 (K); ZMV 2009, 215-216 (K); FA 2009, 255-256 (K)

1. Halbs. TVÜ-VKA, der sicherstellen soll, dass der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten der Ortszuschlag der Stufe 2 einmal in grundsätzlich voller Höhe zukommt.

Nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 17. Dezember 2009 (- 6 AZR 665/08 -)³⁶ ist die vergütungsrechtliche Bewertung einzelner Tätigkeiten durch die Tarifvertragsparteien integraler Bestandteil der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie. Dies gilt erst recht im Zusammenhang mit der Überleitung von Arbeitnehmern in ein neues Vergütungssystem, durch das die bisher unterschiedlich ausgestalteten Vergütungsstrukturen von Arbeitern und Angestellten aufgelöst werden. Bei der Regelung derartiger Massenerscheinungen sind in Ausnahmefällen entstehende Härten idR hinzunehmen. Mit der Absicherung des im früheren Vergütungssystem erzielten Verdienstes haben die Tarifvertragsparteien hier einen ausreichenden Schutz des Besitzstands gewährt. Es stellt daher keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar, wenn die Tarifregelungen zur Überleitung von Arbeitsverhältnissen in den TVöD dazu führen, dass ein angestellter Meister eine geringere Vergütung als die ihm unterstellten Lehrgesellen erhält.

j) Stufenaufstieg von Arbeitern des öffentlichen Dienstes

Die Vergütung nach dem TVöD richtet sich nach der Entgeltgruppe, in die der Arbeitnehmer eingruppiert ist. Innerhalb der Entgeltgruppe bestimmt sich die Höhe der Vergütung nach der Entgeltstufe, der der Arbeitnehmer zugeordnet ist. Bei Arbeitern ist die bisherige Beschäftigungszeit bei ihrem Arbeitgeber bei der Überleitung in den TVöD nach § 7 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA nur bei ihrer erstmaligen Zuordnung zu einer Entgeltstufe des neuen Entgeltsystems des TVöD zu berücksichtigen. Gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 TVÜ-VKA erfolgt der weitere Stufenaufstieg innerhalb dieser Entgeltgruppe erst dann, wenn die Arbeiter die nach dem TVöD erforderliche Stufenlaufzeit in vollem Umfang nach dem 1. Oktober 2005 zurückgelegt haben. Die im bisherigen Tarifsysteem zurückgelegte Beschäftigungszeit spielt dafür nicht länger eine Rolle. Etwas anderes gilt nach § 7 Abs. 3 TVÜ-VKA nur dann, wenn der Arbeiter bei einer Überleitung in den TVöD unter Zugrundelegung seiner bisherigen Beschäftigungszeit bei seinem Arbeitgeber ein niedrigeres Entgelt als zuvor erhalten würde. In diesem Fall wird er einer individuellen Zwischenstufe zugeordnet, in der er sein bisheriges Entgelt weitergezahlt bekommt. Aus dieser Zwischenstufe steigt er zu dem Zeitpunkt in die nächsthöhere, reguläre Stufe seiner Entgeltgruppe auf, zu dem er unter Berücksichtigung seiner gesamten bei

³⁶ ZVv.

seinem Arbeitgeber zurückgelegten Beschäftigungszeit die erforderliche Stufenlaufzeit durchmessen hat. Die Regelung verstößt nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 13. August 2009 (- 6 AZR 177/08 -)³⁷ nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Bei zulässiger typisierender Betrachtung durfte der Stufenaufstieg von Arbeitern, die aus Gründen des Bestandsschutzes zunächst noch nicht in das reguläre Stufen-system des TVöD eingeordnet werden konnten, abweichend geregelt werden. Die effiziente Umsetzung eines neuen Tarifwerks, mit dem das bisherige Tarifsystem grundlegend neu gestaltet wird, ist ein legitimes Ziel der Tarifvertragsparteien. Die Regelung verletzt auch nicht das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Rückwirkungsverbot. Tarifvertragsparteien dürfen tarifliche Ordnungsgefüge umfassend neu gestalten. Diese Befugnis ist in der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie zwingend angelegt. Sie müssen dabei nicht bloßen nach dem bisherigen Tarifsystem bestehenden Aussichten Rechnung tragen.

k) Besitzstandszulage für kinderbezogenen Ortszuschlag

Ein im Geltungsbereich der Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des deutschen Caritasverbands (AVR) beschäftigter Arbeitnehmer hat aufgrund der Gegenkonkurrenzklausele in Anlage 1 Abschnitt V (i) Abs. 2 AVR idR keinen Anspruch auf kinderbezogenen Ortszuschlag, wenn sein Ehepartner bei einem kommunalen Arbeitgeber beschäftigt ist und dessen Arbeitsverhältnis zum 1. Oktober 2005 vom BAT in den TVöD übergeleitet wurde. Nach der Entscheidung des Sechsten Senats vom 13. August 2009 (- 6 AZR 319/08 -)³⁸ gilt dies auch dann, wenn der im Geltungsbereich der AVR beschäftigte Ehepartner das Kindergeld für die gemeinsamen Kinder aufgrund einer Vereinbarung mit seinem Ehegatten bezieht. Auch in diesem Fall hatte der bei dem kommunalen Arbeitgeber beschäftigte Ehepartner im September 2005 Anspruch auf den kinderbezogenen Ortszuschlag, da er materiell Kindergeldberechtigter blieb. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA hat der kommunale Arbeitgeber die kinderbezogenen Entgeltbestandteile des BAT als Besitzstandszulage fortzuzahlen. Bei dieser handelt es sich um eine dem kinderbezogenen Ortszuschlag gleichwertige Leistung.

³⁷ ZTR 2009, 633-636; ZfPR online 2009, Nr 10, 17 (L); EzA-SD 2009, Nr 22, 8-9 (red. L); BB 2009, 1861 (K); PersR 2009, 339 (K); PersF 2009, Heft 10, 76 (K); FA 2009, 316 (K); AuA 2009, 609 (K)

³⁸ ZTR 2009, 639-641; BB 2009, 1861 (K); ZMV 2009, 270 (K); FA 2009, 314 (K)

4. Freizeitausgleich für nächtlichen Bereitschaftsdienst

Im Urteil vom 15. Juli 2009 (- 5 AZR 867/08 -)³⁹ hat sich der Fünfte Senat mit dem Ausgleich von nächtlichen Bereitschaftsstunden bei Inbezugnahme des Bundes-Angestelltentarifvertrags in kirchlicher Fassung (BAT-KF) auseinandergesetzt. Nach § 48a Abs. 4 BAT-KF steht dem Angestellten ein Anspruch auf Zusatzurlaub zu, wenn er in bestimmtem Mindestumfang Nachtarbeitsstunden leistet. Nach dem Wortlaut des Abs. 6 ist der Anspruch bei außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit geleisteten nächtlichen Bereitschaftsdiensten ausgeschlossen. Da der Bereitschaftsdienst jedenfalls seit der Neufassung des § 2 ArbZG zum 1. Januar 2004 als Arbeitszeit iSd. § 2 ArbZG anerkannt wird, weicht die Ausnahmeregelung so vom gesetzlichen Leitbild ab, dass hierin eine unangemessene Benachteiligung liegt. Die in § 48a Abs. 6 BAT-KF enthaltene Klausel ist daher nicht anzuwenden, so dass auch außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit geleistete nächtliche Bereitschaftsdienststunden nach § 48a Abs. 4 BAT-KF durch Zusatzurlaub auszugleichen sind.

5. Schadensersatz und Haftung

Der Arbeitgeber kann nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 28. Mai 2009 (- 8 AZR 226/08 -)⁴⁰ die durch das Tätigwerden eines Detektivs entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen, wenn er den Detektiv anlässlich eines konkreten Tatverdachts mit der Überwachung des Arbeitnehmers beauftragt hat und der Arbeitnehmer dann einer vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. Einer Klage des Arbeitgebers auf Kostenerstattung für Detektivkosten steht die Möglichkeit der Durchführung des Kostenfestsetzungsverfahrens nach §§ 103 ff. ZPO nicht entgegen. Ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Kostenerstattung ist nicht Gegenstand des prozessualen Kostenerstattungsverfahrens. In ihm wird ausschließlich geprüft, ob ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch nach §§ 91 ff. ZPO, § 12a ArbGG besteht. Nach einer gerichtlichen Kostengrundentscheidung wird über die Erstattungsfähigkeit von Verfahrenskosten nach prozessualen Maßstäben und nach Maßgabe des Kostenrechts entschieden. Eine Erstattungspflicht auf sachlich-rechtlicher Grundlage, etwa als Folge einer unerlaubten Handlung, bildet demgegenüber einen andersartigen Streitgegenstand.

³⁹ EBE/BAG 2009, 170-173; ArbR 2009, 186 (Anm. Arnold); EzA-SD 2009, Nr 23, 10 (L, red. L)

⁴⁰ NZA 2009, 1300-1302; DB 2009, 2379-2380; ArbR 2009, 117 (Anm. Arnold); FA 2009, 397 (red. L); ZTR 2009, 663 (red. L); DSB 2009, Nr 12, 20 (red. L, K); NZG 2009, 1300 (K)

Ein Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst kann sich unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben, sofern sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und dessen Einstellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, weil jede andere Entscheidung sich als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellen würde. Besetzt der öffentliche Arbeitgeber die ausgeschriebene Stelle endgültig, obwohl über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Schaffung vollendeter Tatsachen verhindert werden sollte, noch nicht entschieden worden ist, verletzt er die Rechte des unterlegenen Mitbewerbers nach Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG. Dieser hat Anspruch auf Wiederherstellung seiner Rechte. Das hat der Neunte Senat mit Urteil vom 24. März 2009 (- 9 AZR 277/08 -)⁴¹ entschieden. Nach den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie §§ 135, 136 BGB kann der Dienstherr einem zu Unrecht überangegangenen Bewerber nicht mit Erfolg entgegenhalten, er könne dessen Bewerberverfahrensanspruch nicht mehr erfüllen, weil die Stelle mittlerweile schon besetzt sei. In diesem Fall kann der Betroffene verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Verfügung beachtet und das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet worden. Bricht der Arbeitgeber das Besetzungsverfahren ab, beseitigt dies die Ansprüche nach Art. 33 Abs. 2 GG nur, wenn der Abbruch aus sachlichen Gründen erfolgte. Ein sachlicher Grund kann darin bestehen, dass die als unbefristet ausgeschriebene Stelle nach haushaltsrechtlichen Vorgaben nur befristet besetzt werden soll oder die versehentlich auch für Angestellte ausgeschriebene Stelle tatsächlich nur Beamten vorbehalten ist.

6. Arbeitsschutz

Nach § 618 Abs. 1 BGB hat der Dienstberechtigte Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. § 5 Abs. 1 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) als Konkretisierung von § 618 Abs. 1 BGB sieht vor, dass der Arbeitgeber, soweit erforderlich, ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen hat. In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeit-

⁴¹ EzA Art 33 GG Nr 36; NZA 2009, 901-905; PersR 2009, 376-380; ArbR 2009, 15 (Anm. Haußmann); ZTR 2009, 502-504; MDR 2009, 1228-1229; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 83/09 (L); ArbuR 2009, 320 (L); FA 2009, 310-311 (L, red. L); ZfPR online 2009, Nr 9, 19-20 (red. L); PersF 2009, Heft 12, 88 (L)

geber nach § 5 Abs. 2 ArbStättV Schutzmaßnahmen nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen. Nach der Entscheidung des Neunten Senats vom 19. Mai 2009 (- 9 AZR 241/08 -)⁴² besteht die Zumutbarkeitsschranke nach § 5 Abs. 2 ArbStättV lediglich dann, wenn der Arbeitgeber die unternehmerische Betätigungsfreiheit in rechtmäßiger Weise ausübt. Die Ausübung der ua. von § 5 Abs. 2 ArbStättV geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit wird durch gesetzliche Verbote wie das Verbot des Tabakrauchens in Gaststätten nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 des Berliner Nichtrauchererschutzgesetzes vom 16. November 2007 (NRSG) beschränkt. Zwar ist das Rauchverbot nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008⁴³ hinsichtlich der Betreiber sog. Einraumgaststätten unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG und damit verfassungswidrig. § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG bleibt jedoch bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens anwendbar. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn auch der Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals zum Anliegen eines Landesnichtraucherschutzgesetzes gemacht wird, obwohl dem Bund für den Arbeitsschutz eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zusteht.

Zu den arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeitnormen gehören auch die Regelungen über die Gewährung von Ruhepausen gem. §§ 4, 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG. Ruhepausen iSv. § 4 ArbZG sind Unterbrechungen der Arbeitszeit von bestimmter Dauer, die der Erholung dienen. Es muss sich um im Voraus festliegende Unterbrechungen der Arbeitszeit handeln, in denen der Arbeitnehmer weder Arbeit zu leisten noch sich dafür bereitzuhalten hat. Er muss frei darüber entscheiden können, wo und wie er diese Zeit verbringen will. Entscheidendes Merkmal der Ruhepause ist, dass der Arbeitnehmer von jeder Arbeitsverpflichtung und auch von jeder Verpflichtung, sich zur Arbeit bereitzu-

⁴² AP Nr 30 zu § 618 BGB; NZA 2009, 775-779; EzA-SD 2009, Nr 14, 14-16; DB 2009, 1540-1542; EBE/BAG 2009, 109-112; NJW 2009, 2698-2703 (Anm. Ritter); ArbRB 2009, 257-258 (Anm. Ohle); dbr 2009, Nr 11, 38-39 (Anm. Faber); ZTR 2009, 504-506; MDR 2009, 1049-1050; EzTöD 100 § 3 TVöD-AT Arbeitsschutz Nr 1; FA 2009, 237 (L, K); ZBVR online 2009, Nr 7/8, 25 (red. L); ArbuR 2009, 318 (L); PersF 2009, Heft 12, 89 (L)

⁴³ Vgl. BVerfG 30. Juli 2008 -1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 - BVerfGE 121, 317-388; BGBl I 2008, 1686; NJW 2008, 2409-2422; DVBl 2008, 1110-1116; GewArch 2008, 352-360; EuGRZ 2008, 527-547; VR 2008, 425-431; DÖV 2009, 73-82

halten, freigestellt ist.⁴⁴ Mit Urteil vom 13. Oktober 2009 (- 9 AZR 139/08 -)⁴⁵ hat der Neunte Senat entschieden, dass Lenkzeitunterbrechungen bei Straßenbahnfahrern, während derer der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung zu erbringen hat, keine Arbeitsbereitschaft verlangt wird und die mindestens acht Minuten betragen, keine Arbeitszeit iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 ArbZG, sondern Ruhepausen iSv. §§ 4, 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG iVm. § 9 Abs. 2 Nr. 2 des Tarifvertrags zur Regelung der Arbeitsbedingungen bei den Nahverkehrsbetrieben im Land Berlin (TV-N Berlin) sind. Kurzpausen iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG sind, sofern sie die allgemeinen Anforderungen an eine Pause erfüllen, Ruhepausen iSv. § 4 ArbZG. Kurzpausen von mindestens acht Minuten haben regelmäßig eine angemessene Dauer iSv. § 7 Abs. 1 Nr. 2 ArbZG. Den sachnahen Tarifvertragsparteien steht im Rahmen der Tarifautonomie hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten und der betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zu. Die Dauer der Arbeitsunterbrechung muss jedoch im Voraus feststehen. Dies ist bei einer im Dienstplan vorgesehenen Lenkzeitunterbrechung der Fall.

7. Rückzahlung von Ausbildungskosten

Klauseln, nach denen der Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Aus- und Fortbildungskosten verpflichtet ist, unterliegen der Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Eine Rückzahlungsklausel ist nach einem Urteil des Dritten Senats vom 15. September 2009 (- 3 AZR 173/08 -)⁴⁶ nur zulässig, wenn die Aus- und Fortbildungsmaßnahme für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil ist und die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Bei einer Dauer der Fortbildungsmaßnahme von etwas mehr als einer Arbeitswoche kommt eine zulässige Bindung von allenfalls sechs Monaten in Betracht. Ist eine zu lange Bindungsdauer vereinbart, führt dies grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel insgesamt. Ob einem Rückzahlungsanspruch entgegenstehen kann, dass die Rückzahlungsvereinbarung erst nach Abschluss der Schulungsmaßnahme getroffen wurde, hat der Senat offengelassen. Behält der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt für die Zeiten der Teilnahme an der Fortbildung ein und kommt es daraufhin zu einer Vereinbarung, wo-

⁴⁴ Vgl. BAG 17. Juli 2008 - 6 AZR 602/07 - AP Nr 1 zu § 4 BMT-G-O; ZTR 2008, 614-615; NZA-RR 2009, 88-90; NZA 2008, 1319 (red. L); RiA 2009, 212 (K) und BAG 29. Oktober 2002 - 1 AZR 603/01 - BAGE 103, 197-205; AP Nr 11 zu § 611 BGB Arbeitsbereitschaft (Anm. Tietje); NZA 2003, 1212-1215; DB 2003, 2014-2016; EzA § 4 ArbZG Nr 1; AR-Blattei ES 980 Nr 26; ArbRB 2003, 168-169 (Anm. Oetter); BAGReport 2003, 291-294; ARST 2003, 220-222; MDR 2003, 880-881; ArbuR 2003, 239 (L); EBE/BAG Beilage 2003, Ls 91/03 (L); AiB 2003, 322 (L); ZTR 2003, 349 (L); FA 2003, 224 (L); SAE 2003, 276 (L); PersF 2003, Heft 10, 92 (L)

⁴⁵ ZVv.

⁴⁶ ZVv.

nach dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt gezahlt wird, er sich jedoch dafür überlang binden muss, ist diese Vereinbarung an den allgemeinen Grundsätzen zu messen.

III. Schutz vor Benachteiligung und Förderung der Chancengleichheit

1. Geschlecht

Nach § 8 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 28. Mai 2009 (- 8 AZR 536/08 -)⁴⁷ darf der Träger eines Gymnasiums bei der Besetzung einer Betreuerstelle für das von ihm betriebene Mädcheninternat die Bewerberauswahl auf Frauen beschränken, wenn die Tätigkeit auch Nachtdienste im Internat beinhalten soll. Die unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts ist gem. § 8 Abs. 1 AGG zulässig. Wegen der Art der Tätigkeit und der Bedingungen ihrer Ausübung stellt das weibliche Geschlecht in diesem Fall eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung dar. Dabei kann der Arbeitgeber aufgrund der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit sowohl den Unternehmensgegenstand als solchen festlegen als auch bestimmen, welche Arbeiten auf dem zu besetzenden Arbeitsplatz zu erbringen sind.

⁴⁷ NZA 2009, 1016-1022; ZTR 2009, 592-596; NJW 2009, 3672-3679 (Anm. Dornbusch); ArbR 2009, 65 (Anm. Lingscheid); ArbRB 2009, 287-288 (Anm. Ohle); MDR 2009, 1397; DSB 2009, Nr 7/8, 34 (red. L, K); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 91/09 (L); EzA-SD 2009, Nr 19, 4 (L, red. L); PersR 2009, 383 (red. L); ArbuR 2009, 369 (L); FA 2009, 352 (L, K); RDV 2009, 224 (red. L); PersF 2009, Heft 12, 89 (L)

2. Behinderung

§ 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF verbietet dem Arbeitgeber, einen schwerbehinderten Beschäftigten wegen seiner Behinderung zu benachteiligen. Eingeschlossen ist nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX aF insbesondere die Benachteiligung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Bereits mit Urteil vom 3. April 2007⁴⁸ hatte der Neunte Senat entschieden, dass § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX aF gemeinschaftsrechtskonform auch auf Bewerber mit einem Behinderungsgrad von mindestens 30 anzuwenden ist. Dies hat der Neunte Senat in seiner Entscheidung vom 18. November 2008 (- 9 AZR 643/07 -)⁴⁹ erneut bestätigt. Demnach ist auch die Beweiserleichterung des § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF anwendbar. Das unzulässige Unterscheidungsmerkmal „Behinderung“ muss für die benachteiligende Entscheidung des Arbeitgebers (mit-)ursächlich sein. Das kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers zur Zeit der benachteiligenden Maßnahme kennt oder kennen muss. Diese Kenntnis wird idR durch die Vorlage einer Gleichstellungszusicherung iSv. § 34 SGB X vermittelt. Legt der Arbeitnehmer erst nach Ablauf der in der Ausschreibung gesetzten Bewerbungsfrist seine Behinderung offen, braucht der Arbeitgeber diese nicht mehr zu berücksichtigen, wenn er seine Auswahlentscheidung zu diesem Zeitpunkt bereits getroffen hat. Um die Vermutung der Benachteiligung zu widerlegen, kann der Arbeitgeber auch objektive Tatsachen vorbringen, die nicht Gegenstand der Unterrichtung nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX waren. Die Vorschrift verpflichtet den Arbeitgeber, wenn sich ein schwerbehinderter Mensch bewirbt, alle Beteiligten unverzüglich über seine ablehnende Entscheidung unter Darlegung der Gründe zu unterrichten. Die Unterrichtung kann auch mündlich erfolgen.

§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG gibt dem Arbeitnehmer wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld.

Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 7 Abs. 1 iVm. § 1 AGG. Nach § 7 Abs. 1 2. Halbs. AGG ist die

⁴⁸ Vgl. BAG 3. April 2007 - 9 AZR 823/06 - BAGE 122, 54-64; AP Nr 14 zu § 81 SGB IX; NZA 2007, 1098-1101; NJW 2007, 3515-3518 (Anm. Mohr); EzA § 81 SGB IX Nr 15; AiB 2008, 118-120 (Anm. Busch); ZTR 2007, 622-624; EzTöD 100 § 3 TVöD-AT Schadenersatzpflicht Arbeitgeber Nr 3; RdA 2008, 179-182 (Anm. Schlachter); AuA 2008, 503-504 (Anm. Möller); JR 2009, 439-440 (Anm. Bebert); MDR 2007, 1265-1266; BB 2007, 2014 (L, red. L); DB 2007, 2100 (red. L); ArbuR 2007, 365 (L); PersR 2007, 406 (L); FA 2007, 373 (L, K); PersV 2008, 73 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 12, 27 (red. L)

⁴⁹ AP Nr 16 zu § 81 SGB IX; EzA § 81 SGB IX Nr 19; NZA 2009, 728-732; ZTR 2009, 381-384; EzTöD 100 § 3 TVöD-AT Schadenersatzpflicht Arbeitgeber Nr 6; ArbRB 2009, 225 (Anm. Ohle); PersR 2009, 279 (red. L); FA 2009, 247 (red. L); Behindertenrecht 2009, 185-186 (red. L)

Benachteiligung eines Beschäftigten nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 17. Dezember 2009 (- 8 AZR 670/08 -)⁵⁰ auch dann untersagt, wenn der Benachteiligte ein Diskriminierungsmerkmal nur annimmt. Die in einem Bewerbungsgespräch gestellten Fragen nach näher bezeichneten gesundheitlichen Beeinträchtigungen können auf die Nachfrage, ob eine Behinderung vorliege, schließen lassen. Der Achte Senat ist der Argumentation des Landesarbeitsgerichts, der potentielle Arbeitgeber habe mit seinen Fragen und Äußerungen nur auf das Vorliegen einer Krankheit und nicht einer Behinderung gezielt, nicht gefolgt.

3. Alter

Beschränkt ein öffentlicher Arbeitgeber die Auswahl, welche Beschäftigte er einem sog. „Personalüberhang“ zuordnet und dann zu einem sog. Stellenpool versetzt, auf Beschäftigte einer bestimmten Altersgruppe, stellt dies nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 22. Januar 2009 (- 8 AZR 906/07 -)⁵¹ eine unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG wegen des Alters dar. § 10 Satz 1 AGG lässt eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zu, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Als legitime Ziele iSd. § 10 Satz 1 AGG sind nach der Entscheidung nicht nur solche anzusehen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, sondern auch betriebs- und unternehmensbezogene Interessen. Die Schaffung sowie die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur können als legitimes Ziel in Betracht kommen. Dazu muss der Arbeitgeber darlegen, welche konkrete Personalstruktur er schaffen oder erhalten will und aus welchen Gründen. Es genügt nicht, dass der Arbeitgeber sich schlagwortartig auf eine „ausgewogene Personalstruktur“ beruft bzw. geltend macht, er benötige eine andere Altersstruktur. Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG wegen eines Nichtvermögensschadens aufgrund eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot setzt kein schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers voraus. Der Arbeitnehmer muss nicht in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden sein. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot ist grundsätzlich das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer anzunehmen.

⁵⁰ ZVv.

⁵¹ EzA § 15 AGG Nr 1; NZA 2009, 945-954; DB 2009, 2045-2050; ArbR 2009, 66 (Anm. Schrader); ArbRB 2009, 290 (Anm. Braun); BB 2009, 2544 (Anm. Richert); NJW 2009, 3533 (Anm. Reinhard); ZTR 2009, 538-542; MDR 2009, 1399; RDV 2009, 70 (red. L); DSB 2009, Nr 6, 22 (red. L, K); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 98/09 (L); ZBVR online 2009, Nr 9, 23 (red. L); PersR 2009, 382 (L); ArbuR 2009, 369 (L); FA 2009, 360-361 (L, red. L); PersF 2009, Heft 12, 89 (L)

Die Begrenzung einer innerbetrieblichen Stellenausschreibung auf Arbeitnehmer im ersten Berufsjahr kann nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 18. August 2009 (- 1 ABR 47/08 -)⁵² eine nach § 3 Abs. 2 AGG unzulässige mittelbare Benachteiligung wegen des Alters sein. Arbeitnehmer mit mehreren Berufsjahren weisen gegenüber Arbeitnehmern im ersten Berufsjahr typischerweise ein höheres Lebensalter auf. Eine solche Beschränkung kann gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber mit ihr ein rechtmäßiges Ziel verfolgt und sie zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich ist. Sind die vom Arbeitgeber aufgeführten Gründe offensichtlich ungeeignet, verstößt er grob gegen seine Pflicht zur diskriminierungsfreien Ausschreibung nach § 11 AGG. Die Verknüpfung der Dauer der Berufs-/Tätigkeitszeit mit dem Lebensalter und die damit verbundenen Auswirkungen auf den Bewerberkreis der innerbetrieblichen Stellenausschreibung war offensichtlich nicht zur Erreichung der vom Arbeitgeber verfolgten Ziele geeignet, eine ausgewogene Altersstruktur zu sichern und die Personalkosten zu begrenzen. Der Betriebsrat kann nach § 17 Abs. 2 Satz 1 AGG bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen Vorschriften aus dem zweiten Abschnitt des AGG unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen.

4. Ethnische Herkunft

Nach § 3 Abs. 3 AGG ist eine Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 AGG genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Beschriftungen auf der Toilette für die männlichen Mitarbeiter eines Arbeitgebers wie „Scheiß Ausländer, Ausländer raus und Kanaken“ sowie ein Hakenkreuz stellen nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 24. September 2009 (- 8 AZR 705/08 -)⁵³ eine unzulässige Belästigung türkischstämmiger Arbeitnehmer wegen deren ethnischer Herkunft dar. Der Senat konnte jedoch aufgrund der streitigen Angaben über den Zeitpunkt der Unterrichtung des Niederlassungsleiters über diese Beschriftungen und dessen Reaktionen darauf keine Entscheidung darüber treffen, ob durch die Schmierereien ein sog. „feindliches Umfeld“ iSd. § 3 Abs. 3 AGG geschaffen wurde. Die Würdeverletzung und ein „feindliches Umfeld“ müssen für die Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3

⁵² ZVv.

⁵³ ZVv.

Abs. 3 AGG kumulativ vorliegen. Die Klagen scheiterten letztlich daran, dass die Entschädigungsansprüche nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG schriftlich geltend gemacht wurden.

IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Befristung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 1. Halbs. TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Nach § 14 Abs. 2 Satz 3, § 22 Abs. 1 TzBfG kann die Höchstdauer der Befristung durch Tarifvertrag abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 25. März 2009 (- 7 AZR 710/07 -)⁵⁴ erfasst die Regelung nur Tarifverträge. Zu diesen gehören die von einer Arbeitsrechtlichen Kommission beschlossenen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht. Dadurch werden die Kirchen nicht in ihrem durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht verletzt. Die auf Tarifverträge beschränkte Öffnung in § 14 Abs. 2 Satz 3, § 22 Abs. 1 TzBfG verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der Senat musste nicht entscheiden, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber aufgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Ausgestaltung von tarifdispositivem Recht zu einer Gleichstellung der auf dem Dritten Weg zustande gekommenen Arbeitsrechtsregelungen mit Tarifnormen verpflichtet ist. Die in § 14 Abs. 2 Satz 3, § 22 Abs. 1 TzBfG enthaltene Beschränkung auf Tarifnormen ist jedenfalls durch die Unterschiede bei dem Zustandekommen von Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen gerechtfertigt. Bei Tarifverträgen kann der Gesetzgeber davon ausgehen, dass diese nicht gegen den Willen der Arbeitnehmerseite zustande kommen. Das besondere Verfahren bei den auf dem sog. Dritten Weg zustande gekommenen kirchlichen Regelungen bietet keine vergleichbare Gewähr.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit eines sachlichen Grundes. Die Gewährung eines Zuschusses zur Ausbildungsvergütung für die betriebliche Aus- und Weiterbildung von schwerbehinderten

⁵⁴ EzA § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr 11; ZTR 2009, 498-502; ZMV 2009, 271-274 (Anm. Fey); BB 2009, 1928 (Anm. Thüsing); MDR 2009, 1174-1176; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 78/09 (L);

Menschen nach § 235a Abs. 1 SGB III durch die Bundesanstalt (jetzt: Bundesagentur) für Arbeit stellt nach dem Urteil des Siebten Senats vom 22. April 2009 (- 7 AZR 96/08 -)⁵⁵ allein keinen Sachgrund für die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem schwerbehinderten Menschen dar. Die Aus- und Weiterbildung kann die Befristung eines Arbeitsvertrags allerdings sachlich rechtfertigen, wenn dem Arbeitnehmer durch die Tätigkeit zusätzliche Kenntnisse und Erfahrungen vermittelt werden, die durch die übliche Berufstätigkeit nicht erworben werden können. Dazu genügt es aber nicht, wenn der Arbeitnehmer durch die Beschäftigung lediglich die Möglichkeit erhält, Berufserfahrung zu sammeln.

Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Dabei ist nicht erforderlich, dass bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrags Haushaltsmittel in einem Haushaltsgesetz ausgebracht sind, aus denen die Vergütung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers während der gesamten Vertragslaufzeit bestritten werden kann. Vielmehr reicht es nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 22. April 2009 (- 7 AZR 743/07 -)⁵⁶ aus, wenn bei Vertragsschluss die Prognose gerechtfertigt ist, dass die Vergütung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers während der Vertragslaufzeit aus Haushaltsmitteln bestritten werden kann, die für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind. Eine solche Prognose kann im Bereich der Landesverwaltungen gerechtfertigt sein, wenn sich der Entwurf eines Haushaltsgesetzes, auf dessen Bestimmungen die Befristung gestützt werden könnte, bereits im Gesetzgebungsverfahren befindet oder der Inhalt des Entwurfs feststeht und zeitnah in das parlamentarische Verfahren eingebracht werden soll.

Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG liegen nicht vor, wenn in einem Haushaltsplan Haushaltsmittel lediglich allgemein für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Rahmen von befristeten Arbeitsverhältnissen bereitgestellt werden.

ArbuR 2009, 319 (L); FA 2009, 311-312 (red. L); ZBVR online 2009, Nr 4, 22 (Ke); PersF 2009, Heft 6, 85 (K)

⁵⁵ NZA 2009, 1099-1102; EzTöD 100 § 30 Abs 1 TVöD-AT Sachgrundbefristung Nr 24; EBE/BAG 2009, 138-140; MDR 2009, 1174; ArbR 2009, 49 (Anm. Frahm); EzA-SD 2009, Nr 18, 16 (L, red. L); NJW 2009, 2845 (L); NZG 2009, 1080 (L); ZfPR online 2009, Nr 10, 18 (red. L); ArbuR 2009, 368 (L); FA 2009, 368 (red. L)

⁵⁶ NZA 2009, 1143-1146; EzTöD 100 § 30 Abs 1 TVöD-AT Sachgrundbefristung Nr 23; NJW 2009, 3048-3051; MDR 2009, 1283-1284; ZTR 2009, 653-655; ArbR 2009, 67 (Anm. Merten); ArbRB 2009, 292 (Anm. Oetter); EzA-SD 2009, Nr 18, 6 (L, red. L); ZfPR online 2009, Nr 9, 20 (red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 93/09 (L); PersR 2009, 382 (L); DB 2009, 2275 (L); ArbuR 2009, 368 (L); FA 2009, 362 (red. L)

Erforderlich ist, dass die Haushaltsmittel im Haushaltsplan mit einer konkreten Sachregelung auf der Grundlage einer nachvollziehbaren Zwecksetzung ausgebracht sind. Diesen Anforderungen genügt nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 2. September 2009 (- 7 AZR 162/08 -)⁵⁷ allein die Ausbringung eines auf einen künftigen Zeitpunkt datierten kw-Vermerks für mehrere Stellen im Haushaltsplan des öffentlichen Arbeitgebers nicht. Der Umstand, dass eine bestimmte Anzahl von Stellen zu einem späteren Zeitpunkt wegfallen soll, besagt nichts darüber, ob diese Stellen bis dahin mit befristet oder unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern besetzt werden sollen. Ein Wegfall von Stellen kann auch durch Nichtbesetzung frei werdender Stellen, durch Ausspruch von Kündigungen oder durch einvernehmliche Beendigung von unbefristeten Arbeitsverhältnissen bewirkt werden. Ein kw-Vermerk allein rechtfertigt die Befristung auch nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG wegen eines nur vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dem vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18. August 2006 geltenden nationalen Recht sind tarifvertragliche und einzelvertragliche Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten wirksam⁵⁸. Sie sind durch einen sachlichen Grund iSv. § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG gerechtfertigt, da sie der Gewährleistung der Flugsicherheit dienen. Nach Inkrafttreten des AGG sind die Vorschriften dieses Gesetzes bei der Auslegung von § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG zu berücksichtigen. Die tarifliche Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten bewirkt eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters iSv. §§ 1, 3 Abs. 1 AGG, die unter den Voraussetzungen von §§ 8 oder 10 AGG gerechtfertigt sein kann. Die der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG dienenden Vorschriften des AGG sind gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Dies erfordert wiederum eine Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL 2000/78/EG. Der Siebte Senat hat den Rechtsstreit deshalb mit Beschluss vom 17. Juni 2009 (- 7 AZR 112/08 (A) -)⁵⁹ ausgesetzt und den EuGH um Vorabentscheidung zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts ersucht.

⁵⁷ NZA 2009, 1257-1260; ZTR 2009, 655-657; ArbR 2009, 187 (Anm. Krieger); DB 2009, 2439 (red. L); ZfPR online 2009, Nr 11, 23 (red. L); EzA-SD 2009, Nr 23, 6 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 115/09 (L); ZTR 2009, 576 (red. L); AA 2009, 216 (red. L); NJW-Spezial 2009, 772 (red. L, K)

⁵⁸ Vgl. zuletzt BAG 21. Juli 2004 - 7 AZR 589/03 - EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenze Nr 5; EzBAT SR 2e I Nr 12 BAT Nr 6; ZTR 2005, 255-257; BAGReport 2005, 204-208; NZA 2004, 1352 (red. L); FA 2005, 61-62 (red. L); ArbuR 2004, 308 (K); ArbRB 2004, 229 (K); AuA 2004, Nr 9, 45 (K); ARST 2004, 286-287 (K); RzK I 9f Nr 91 (K)

⁵⁹ EBE/BAG Beilage 2009, Ls 126/09 (L); EzA-SD 2009, Nr 24, 11-12 (L, red. L); NJW 2009, 3808 (L); BB 2009, 1469 (K); ArbuR 2009, 267 (K); AuA 2009, 483 (K); FA 2009, 244 (K)

2. Kündigung

a) Nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist eine Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen, wenn der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage rechtzeitig beim Arbeitsgericht zu erheben. Voraussetzung für die Entscheidung über einen Hilfsantrag auf nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage ist nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 28. Mai 2009 (- 2 AZR 732/08 -)⁶⁰ die Versäumung der Klagfrist. Daran hat die zum 1. April 2008 in Kraft getretene Neuregelung des § 5 KSchG nichts geändert. Auch bei einer Vorabentscheidung durch Zwischenurteil muss das Gericht Feststellungen zur Verspätung der Klageerhebung treffen. Der Inhaber eines Hausbriefkastens muss grundsätzlich dafür Sorge tragen, dass er von für ihn bestimmten Sendungen Kenntnis nehmen kann. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eingeworfene Sendungen dem Inhaber eines Briefkastens ohne sein Verschulden nicht zur Kenntnis gelangen. Allerdings ist es für die Darlegung des Fehlens eines Verschuldens nicht ausreichend, wenn sich ein Arbeitnehmer allein und pauschal darauf beruft, ein Kündigungsschreiben sei weder von ihm noch von seinen im Haushalt lebenden Angehörigen im Briefkasten vorgefunden worden.

Will sich ein Arbeitnehmer gegen die Wirksamkeit einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses wenden, muss er nach § 4 KSchG innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Der Zweite Senat hat mit Urteil vom 11. Dezember 2008 (- 2 AZR 472/08 -)⁶¹ entschieden, dass ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten an einer verspäteten Klageerhebung einem Verschulden des Arbeitnehmers in Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO gleichsteht. Der Vorschrift des § 85 Abs. 2 ZPO liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, dass eine Partei, die ihren Prozess durch einen Vertreter führt, sich in jeder Weise so behandeln lassen muss, als ob sie den Prozess selbst geführt hätte. Die He-

⁶⁰ NZA 2009, 1229-1231; EBE/BAG 2009, 163-165; ZTR 2009, 660-661; ArbR 2009, 162 (Anm. Merten); EzA-SD 2009, Nr 22, 14-15 (L, red. L); DB 2009, 2388 (red. L); BB 2009, 2365 (L); ArbuR 2009, 437 (L)

⁶¹ AP Nr 68 zu § 4 KSchG 1969; EzA § 5 KSchG Nr 35; NZA 2009, 692-696; DB 2009, 1354-1357; BB 2009, 1532-1535 (Anm. Schmid); ArbRB 2009, 237 (Anm. Braun); BRAK-Mitt 2009, 20-21 (Anm. Chab); ZTR 2009, 387-389; NJW 2009, 2841-2845; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 64/09 (L); ArbuR 2009, 282 (L); FA 2009, 252 (L, red. L); PersF 2009, Heft 11, 79 (red. L)

ranziehung eines Vertreters soll nicht zu einer Verschiebung des Prozessrisikos zulasten des Gegners führen. Die Anwendbarkeit des § 85 Abs. 2 ZPO verlangt noch kein bestehendes Prozessrechtsverhältnis. Ausreichend ist das Bestehen eines wirksamen Mandats im Innenverhältnis.

b) Abmahnung

Nach dem Schulgesetz Nordrhein-Westfalen dürfen Lehrer und pädagogische Mitarbeiter während der Arbeitszeit keine religiösen Bekundungen abgeben, die geeignet sind, die Neutralität des Landes oder den religiösen Schulfrieden zu gefährden. Eine Kopfbedeckung, die Haare, Haaransatz und Ohren einer Frau muslimischen Glaubens komplett bedeckt, stellt nach dem Urteil des Zweiten Senats vom 20. August 2009 (- 2 AZR 499/08 -)⁶² eine religiöse Bekundung dar, wenn sie erkennbar als Ersatz für ein sog. islamisches Kopftuch getragen wird. Die Regelung im Schulgesetz steht im Einklang mit dem Grundgesetz sowie den nationalen und europäischen Diskriminierungsverboten. Einen Verstoß gegen das Bekundungsverbot kann der Arbeitgeber abmahnen.

c) Verdachtskündigung

Der Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines vertragswidrigen Verhaltens stellt gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.⁶³ Gleichwohl stehen die beiden Kündigungsgründe des Verdachts und der tatsächlichen Pflichtverletzung nicht beziehungslos nebeneinander. Ist eine Verdachtskündigung als solche mangels Anhörung des Arbeitnehmers unwirksam, hat der Tatsachenrichter nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 23. Juni 2009 (- 2 AZR 474/07 -)⁶⁴ stets zu prüfen, ob die vom Arbeitgeber vorgetragene Verdachtsmomente geeignet sind, die Überzeugung von einer entsprechenden Tat zu bewirken und damit die Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer Tat Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn neben der Verdachtskündigung ausdrücklich eine weitere Kündigung als Tatkün-

⁶² ZVv.

⁶³ Vgl. BAG 3. Juli 2003 - 2 AZR 437/02 - AP Nr 38 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; NZA 2004, 307-311; EzA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr 2; EzBAT § 53 BAT Verhaltensbedingte Kündigung Nr 64; ARST 2004, 247-248; ArbRB 2004, 99 (Anm. Hülbach); PersF 2004, Heft 7, 83 (L); FA 2004, 251 (red. L); RzK I 8c Nr 72 (red. L)

⁶⁴ EzA-SD 2009, Nr 21, 3-6; NZA 2009, 1136-1143; ArbR 2009, 135 (Anm. Haußmann); sj 2009, Nr 21, 38-39 (Anm. Linnartz); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 105/09 (L); NJW-Spezial 2009, 675-676 (red. L, K);

digung ausgesprochen wurde. Das Gericht hat grundsätzlich für jede Kündigung den ihm jeweils unterbreiteten Kündigungssachverhalt unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen. Wurde der Betriebsrat lediglich zur Verdachtskündigung angehört, schließt dies die Berücksichtigung einer nachgewiesenen Pflichtwidrigkeit als Kündigungsgrund jedenfalls dann nicht aus, wenn dem Betriebsrat alle Tatsachen mitgeteilt wurden, die - ggf. im Rahmen eines zulässigen „Nachschiebens“ - nicht nur den Verdacht, sondern den Tatvorwurf selbst begründen.

d) Eigenkündigung des Arbeitnehmers

Nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 12. März 2009 (- 2 AZR 894/07 -)⁶⁵ ist der Einwand der Unwirksamkeit einer schriftlich erklärten fristlosen Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer regelmäßig treuwidrig. Es ist grundsätzlich allein dem Kündigungsempfänger überlassen, ob er die unberechtigte fristlose Kündigung seines Vertragspartners hinnimmt oder ob er ihre Unwirksamkeit geltend macht. Entschließt er sich, eine mit ernsthaftem Lösungswillen ausgesprochene fristlose Kündigung gegen sich gelten zu lassen, muss der Arbeitnehmer das in der Regel hinnehmen. Er kann sich in diesem Fall nicht auf die Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Andernfalls verstößt er gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.

e) Personalratsanhörung bei Wartezeitkündigung

Bei Kündigungen während der Probezeit hat die Dienststelle nach § 75 Abs. 1 Nr. 3 Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz (NPersVG) lediglich das Benehmen mit dem Personalrat herzustellen. In diesem Fall ist dem Personalrat gem. § 76 Abs. 1 Satz 1 NPersVG vor Durchführung der Maßnahme Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Mit Urteil vom 23. April 2009 (- 6 AZR 516/08 -)⁶⁶ hat der Sechste Senat die Mitteilung des Lebensalters, des Familienstands und der Unterhaltspflichten im Rahmen der Benehmensherstellung zu einer beabsichtigten Probezeitkündigung für die

BB 2009, 2365 (L); ZBVR online 2009, Nr 10, 22 (red. L); ArbuR 2009, 434 (L); FA 2009, 393-394 (L, red. L); ZTR 2009, 660 (red. L)

⁶⁵ EBE/BAG 2009, 122-123; ZIP 2009, 1634-1636; NZA 2009, 840-842; DB 2009, 1880-1882; AuA 2009, 546-547; EzTöD 100 § 34 Abs 2 TVöD-AT Eigenkündigung Nr 1; EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr 8; MDR 2009, 1229; BB 2009, 2655-2656 (Anm. Freckmann); EWIR 2009, 599-600 (Anm. Hergenröder); ArbRB 2009, 288-289 (Anm. Braun); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 84/09 (L); PersR 2009, 338 (L); FA 2009, 315 (L, red. L); PersF 2009, Heft 12, 88-89 (L); NJW-Spezial 2009, 580 (red. L, K); ZTR 2009, 662 (red. L); ArbuR 2009, 319 (red. L)

⁶⁶ AP Nr 161 zu § 102 BetrVG 1972; NZA 2009, 959-962; NJW 2009, 3469-3471; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Wartezeit Nr 2; MDR 2009, 1283; PersV 2009, 471-474; EzA § 102 BetrVG 2001 Nr 25; ArbR 2009, 47 (Anm. Arnold); ArbRB 2009, 323-324 (Anm. Boudon); BB 2009, 1805 (L); EBE/BAG

Wirksamkeit der Personalratsanhörung nicht für erforderlich gehalten. Unterhaltspflichten und Lebensalter sind - für den Personalrat erkennbar - im Fall einer Kündigung wegen unzureichender Arbeitsleistung und mangelnder Bewährung schon deshalb unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers maßgeblich, weil nach § 1 Abs. 1 KSchG eine Kündigung innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit nicht der sozialen Rechtfertigung bedarf. Die Wartezeit dient dazu, dem Arbeitgeber Gelegenheit zu geben, sich eine subjektive Meinung über Leistung und Führung des Arbeitnehmers zu bilden, die - von Missbrauchsfällen abgesehen - einer Überprüfung nach objektiven Maßstäben nicht unterliegt. Im Falle eines aus Sicht des Arbeitgebers negativen Ergebnisses dieser Prüfung soll er das Arbeitsverhältnis frei kündigen können, ohne dass es auf entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers ankommt.

f) Änderungskündigung

Liegt ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Änderungskündigung aus betrieblichen Gründen vor, so kann auch eine Herabgruppierung um mehrere Gehaltsgruppen zulässig sein. Soll bei einer Änderungskündigung durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Eine gesonderte Rechtfertigung der Vergütungsänderung ist nur dann entbehrlich, wenn sich die geänderte Vergütung aus einem im Betrieb angewandten Vergütungssystem ergibt.⁶⁷ Die Beschränkung einer Änderungskündigung zur Herabgruppierung auf maximal eine Gehaltsgruppe gem. § 55 Abs. 2 Unterabs. 1 BAT ist nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 27. November 2008 (- 2 AZR 757/07 -)⁶⁸ von § 34 Abs. 2 TVöD nicht übernommen worden. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und dem tariflichen Gesamtzusammenhang. Tarifvertragliche Regelungen tragen den immanenten Vorbehalt ihrer nachträglichen Änderung durch Tarifvertrag in sich, so dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes gegenüber einer tarifvertraglichen Neuregelung nur im Ausnahmefall durchschlagen kann.

Beilage 2009, Ls 87/09 (L); PersR 2009, 338 (L); ArbuR 2009, 320 (L); FA 2009, 367 (L, red. L); PersF 2009, Heft 12, 88 (L); ZTR 2009, 661 (red. L); ZfPR 2009, 77-78 (red. L)

⁶⁷ Vgl. BAG 3. April 2008 - 2 AZR 500/06 - AP Nr 137 zu § 2 KSchG 1969; NZA 2008, 812-815; DB 2008, 1686-1688; EzA § 2 KSchG Nr 70; ArbRB 2008, 296-297 (Anm. Müller-Mundt); AuA 2009, 376-377 (Anm. Stück); BB 2008, 1964 (Anm. Ulrich); ArbuR 2008, 320 (L); NJW-Spezial 2008, 500 (red. L, K); ZBVR online 2008, Nr 9, 24 (red. L); FA 2009, 123 (red. L); NJW 2008, 2736 (red. L)

⁶⁸ EBE/BAG 2009, 62-64; NZA 2009, 481-484; MDR 2009, 700; EzTöD 100 § 34 Abs 2 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 4; AP Nr 9 zu § 55 BAT; ArbRB 2009, 166 (Anm. Groeger); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 39/09 (L); EzA-SD 2009, Nr 8, 18-19 (L, red. L); ArbuR 2009, 185 (red. L, K); ZfPR online 2009, Nr 5, 22 (L, red. L); PersR 2009, 338 (L); RiA 2009, 213 (L)

Gemessen daran unterliegt der Eingriff keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Tarifvertragsparteien haben lediglich die sehr weitgehende „außerordentliche Unkündbarkeit“ im Bereich betriebsbedingter Gründe abgeschafft.

g) Betriebsbedingte Kündigung - Namensliste

Nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist, wenn bei der Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind. In der Entscheidung vom 26. März 2009 (- 2 AZR 296/07 -)⁶⁹ hat der Zweite Senat seine Rechtsprechung bestätigt, dass der Interessenausgleich noch nach seinem Abschluss zeitnah um eine Namensliste ergänzt werden kann. Wann eine zeitnahe Ergänzung vorliegt, kann nicht durch eine starre Regelfrist bestimmt werden. Der erforderliche Zusammenhang zwischen der Namensliste und dem Interessenausgleich kann sich in zeitlicher Hinsicht beispielsweise aus fortdauernden Verhandlungen der Betriebsparteien über die Erstellung der Liste ergeben. In die Namensliste eines Interessenausgleichs nach § 1 Abs. 5 KSchG dürfen ausschließlich Arbeitnehmer aufgenommen werden, die aus der eigenen Sicht der Betriebsparteien aufgrund der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung zu kündigen sind. Das ist nicht der Fall, wenn die Liste auch solche Arbeitnehmer aufführt, die von den Betriebsparteien aufgenommen wurden, um bei dem von diesen Mitarbeitern gewünschten freiwilligen Ausscheiden drohende Sperrzeiten gem. § 144 SGB III auszuschließen. Ob eine Namensliste, die nur einen Teil der aufgrund einer Betriebsänderung iSd. § 111 BetrVG zu kündigenden Arbeitnehmer umfasst, geeignet ist, die Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG auszulösen, hat der Senat offengelassen.

h) Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

Die Durchführung des BEM gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Dieser wird jedoch nicht allein dadurch verletzt, dass kein BEM durchgeführt wurde. Es muss hinzukommen, dass überhaupt Möglich-

⁶⁹ EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr 18; DB 2009, 1882-1884; EBE/BAG 2009, 140-144; NZA 2009, 1151-1156; BB 2009, 2539-2544 (Anm. Löw); MDR 2009, 1397-1398; ArbR 2009, 70 (Anm. Linge-

keiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden, die eine Kündigung vermieden hätten. Nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 10. Dezember 2009 (- 2 AZR 400/08 -)⁷⁰ hat die Erforderlichkeit eines BEM deshalb vor allem Bedeutung für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Hat der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht kein BEM durchgeführt, muss er im Einzelnen darlegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz ausscheiden. Zu den Mindestanforderungen eines BEM gehört es, die gesetzlich vorgesehenen Stellen, Ämter und Personen zu beteiligen und zusammen mit diesen eine an den gesetzlichen Zielen des BEM orientierte Klärung ernsthaft zu versuchen. Wird ein wesentlicher Aspekt nicht beachtet, kann dies zur Unbeachtlichkeit des Verfahrens insgesamt führen. Führte das ordnungsgemäß durchgeführte BEM zu einem negativen Ergebnis, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, wenn er auf diesen Umstand hinweist und behauptet, es bestünden keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten. Der Arbeitnehmer kann sich nicht auf während des BEM behandelte alternative Beschäftigungsmöglichkeiten berufen. Hat das BEM zu einem positiven Ergebnis geführt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die empfohlene Maßnahme als milderes Mittel umzusetzen.

i) Kündigung - außerdienstlich begangene Straftat

Nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 10. September 2009 (- 2 AZR 257/08 -)⁷¹ stellt eine außerdienstlich begangene Straftat eines nicht mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Arbeitnehmers des öffentlichen Dienstes nicht ohne Weiteres einen Verstoß gegen tarifliche Nebenpflichten dar. Die Vorschrift des § 41 TVöD-BT-V hat den früheren Verhaltensmaßstab des § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT und des § 8 Abs. 8 Satz 1 MTArb, wonach Angehörige des öffentlichen Dienstes auch ihr außerdienstliches Verhalten so einzurichten hatten, dass das Ansehen des öffentlichen Arbeitgebers nicht beeinträchtigt wurde, zumindest für die nicht hoheitlich tätigen Beschäftigten des Bundes und der Kommunen aufgegeben. Eine außerdienstlich begangene Straftat kann gegen die schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, wenn sie einen Bezug zu den arbeitsvertraglichen Ver-

mann); ArbRB 2009, 289 (Anm. Boudon); GWR 2009, 329 (Anm. Walk); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 95/09 (L); ArbuR 2009, 369 (L); FA 2009, 367-368 (red. L); ZBVR online 2009, Nr 9, 22 (red. L)

⁷⁰ ZVv.

⁷¹ ZVv.

pflichtungen oder zu der Tätigkeit des Arbeitnehmers hat und dadurch berechnigte Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer verletzt werden. Die außerdienstliche Begehung von Straftaten kann zudem Zweifel an der Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit eines Arbeitnehmers begründen. Ob darin ein Grund für eine personenbedingte Kündigung liegt, hängt von der Art des Delikts, den konkreten Arbeitspflichten des Arbeitnehmers und seiner Stellung im Betrieb ab.

j) Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen

Kündigt der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Arbeitnehmer in Kenntnis von dessen Schwerbehinderteneigenschaft - die auch auf der Offenkundigkeit der Behinderung beruhen kann -, ohne zuvor nach § 85 SGB IX die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eingeholt zu haben, kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen. Die Verwirkung setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die Schwerbehinderung oder den Antrag nicht kennt und deshalb mit der Zustimmungspflichtigkeit der Kündigung nicht rechnen kann. Nach einem Urteil des Zweiten Senats vom 11. Dezember 2008 (- 2 AZR 395/07 -)⁷² muss sich der Betriebsübernehmer im Fall eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB die Kenntnis des Betriebsveräußerers von der Schwerbehinderteneigenschaft eines Arbeitnehmers zurechnen lassen. Ist das Kündigungsrecht - wie in § 85 SGB IX - durch ein Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt) eingeschränkt, so geht es mit dieser Einschränkung über. Für den Nachweis der Schwerbehinderung nach § 90 Abs. 2a SGB IX genügt die objektive Existenz eines geeigneten Bescheids, der die Schwerbehinderung - oder die Gleichstellung - nachweist.

V. Betriebsübergang

1. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs

Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Für einen Betriebsübergang

⁷² NZA 2009, 556-558; DB 2009, 966-967; EzA § 90 SGB IX Nr 5; MDR 2009, 637-638; NJW 2009, 2153-2155; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Schwerbehinderte Nr 14; Behindertenrecht 2009, 173-175; ArbRB 2009, 159-160 (Anm. Hülbach); dbr 2009, Nr 11, 40 (Anm. Towara); NJW-Spezial 2009, 308 (L, K); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 49/09 (L); ArbuR 2009, 185 (L); PersF 2009, Heft 8, 95 (L); ZIP 2009, 2076 (L); ZBVR online 2009, Nr 10, 22 (L)

muss nach Art. 1 Nr. 1 Buchst. b der Richtlinie 2001/23/EG die „organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ ihre Identität bewahren. Dabei ist nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 22. Januar 2009 (- 8 AZR 158/07 -)⁷³ nicht so sehr auf die konkrete Organisation der verschiedenen Produktionsfaktoren durch den Unternehmer abzustellen als vielmehr auf den Zusammenhang der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung, der die Produktionsfaktoren verknüpft. Die Beibehaltung der „organisatorischen Selbständigkeit“ ist nicht erforderlich, wohl aber die Beibehaltung des Funktions- und Zweckzusammenhangs zwischen den verschiedenen übertragenen Faktoren, der es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zur Verfolgung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen. Eine bloße Auftragsneuvergabe erfüllt diese Voraussetzung nicht. Versieht der Erwerber andere umfassendere Aufgaben in einer wesentlich veränderten organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen, sind keine in ihrem Funktions- und Zweckzusammenhang beibehaltenen Faktoren in die Organisationsstruktur eingegliedert worden. Nützt der Erwerber zur Verfolgung seiner viel umfassenderen, wirtschaftlichen Tätigkeit keine Produktionsfaktoren, wie sie bei dem Veräußerer in ihrer Wechselbeziehung bestanden haben, spricht dies gegen einen Betriebsübergang.

Mit Urteil vom 25. Juni 2009 (- 8 AZR 258/08 -)⁷⁴ hat der Achte Senat entschieden, dass bei einem Callcenter für die wirtschaftliche Wertschöpfung die Tätigkeit der Mitarbeiter und nicht sächliche Betriebsmittel, wie die Telefonanlage, im Vordergrund stehen, so dass bei Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals ein Betriebsübergang vorliegt. Dies gilt auch dann, wenn die übernommenen Mitarbeiter wegen einer Erweiterung des Service-Angebots durch den neuen Betreiber Fortbildungsmaßnahmen durchlaufen müssen.

2. Unterrichtung der Arbeitnehmer und Widerspruchsrecht

Bei einem Betriebsübergang kann ein Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber innerhalb eines Monats nach der Unterrichtung schriftlich widersprechen. Nach einem Urteil des Achten

⁷³ EzA § 613a BGB 2002 Nr 107; DB 2009, 1878-1880; NZA 2009, 905-908; ZIP 2009, 1976-1979; Ez-TöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 13; ArbR 2009, 46 (Anm. Beck); GWR 2009, 283 (Anm. Lüders); NJW-Spezial 2009, 547-548 (red. L, K); FA 2009, 312-313 (red. L); ZInsO 2009, 2024 (red. L); ZTR 2009, 538 (red. L); ZBVR online 2009, Nr 11, 22 (red. L); NZG 2009, 1065 (K)

⁷⁴ EzA-SD 2009, Nr 23, 13 (red. L); DB 2009, 2554 (red. L); BB 2009, 2533 (red. L); NJW-Spezial 2009, 739-740 (red. L, K); ArbuR 2009, 268 (K); AuA 2009, 483 (K); FA 2009, 250 (K); ZBVR online 2009, Nr 7/8, 25 (K); PersF 2009, Heft 9, 87 (K)

Senats vom 19. Februar 2009 (- 8 AZR 176/08 -)⁷⁵ bedarf es weder einer Begründung des Widerspruchs noch eines sachlichen Grundes. Das Widerspruchsrecht unterliegt den allgemeinen Schranken der Rechtsordnung und somit auch einer Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 BGB. Dabei liegt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht bereits vor, wenn der Arbeitnehmer keine sachlichen Gründe für den Widerspruch hat. Ein unlauteres Ziel wird nicht schon dann verfolgt, wenn es dem Arbeitnehmer nicht ausschließlich darum geht, den endgültigen Arbeitgeberwechsel zu verhindern, sondern wenn er mit dem Betriebserwerber über den Abschluss eines Arbeitsvertrags zu günstigeren Bedingungen verhandelt. Der Arbeitnehmer verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er Arbeiten für den Betriebserwerber verrichtet, dabei aber bei seinem Standpunkt bleibt, infolge seines Widerspruchs Arbeitnehmer des Veräußerers geblieben zu sein.

Im Urteil vom 23. Juli 2009 (- 8 AZR 357/08 -)⁷⁶ hat sich der Achte Senat erneut⁷⁷ mit der Verwirkung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers gem. § 613a Abs. 6 BGB beschäftigt. Disponiert der Arbeitnehmer durch Abschluss eines Aufhebungsvertrags über den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber, darf der Veräußerer annehmen, der Arbeitnehmer habe den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber und diesen damit als seinen neuen Arbeitgeber akzeptiert. Er kann davon ausgehen, der Arbeitnehmer werde sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben. Bei der Verwirkung des Widerspruchsrechts im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang genügt es, dass Veräußerer oder Erwerber von den vertrauensbildenden Umständen Kenntnis haben.

3. Erlassvertrag

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 nach einer Entscheidung des Achten Senats

⁷⁵ NZA 2009, 1095-1099; NJW 2009, 3386-3389; DB 2009, 2106-2108; ZIP 2009, 1779-1783; ArbR 2009, 86 (Anm. Diller); EzA-SD 2009, Nr 19, 11 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 97/09 (L); PersF 2009, Heft 12, 88 (L); EWiR 2009, 769 (L); ArbuR 2009, 368 (L); ZInsO 2009, 1720 (red. L); RDV 2009, 70 (red. L); FA 2009, 364 (red. L); BB 2009, 493 (K); ArbRB 2009, 61 (K); SAE 2009, 88 (K); AuA 2009, 240 (K)

⁷⁶ ArbR 2009, 13 (Anm. Lingemann); EzA-SD 2009, Nr 16, 11 (K); BB 2009, 1693 (K); SAE 2009, 232 (K); ArbRB 2009, 221 (K); FA 2009, 281-282 (K); ArbuR 2009, 310 (K); NZG 2009, 943 (K); AuA 2009, 543 (K); PersF 2009, Heft 10, 76 (K); ZInsO 2009, 2168 (K)

⁷⁷ Vgl. BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 175/07 - AP Nr 347 zu § 613a BGB; BB 2009, 784 (Anm. Zöll); EzA-SD 2008, Nr 24, 12 (red. L); DB 2008, 2716 (red. L); NJW-Spezial 2008, 756 (red. L, K); PersR 2009, 2 (red. L)

vom 19. März 2009 (- 8 AZR 722/07 -)⁷⁸ gegen zwingendes Gesetzesrecht und ist unwirksam. Ein Rechtsgeschäft darf und kann die mit ihm beabsichtigte Wirkung nicht entfalten, wenn es sich als objektive Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt. Das ist der Fall, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich verwendet werden. 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. Durch § 613a Abs. 1 BGB soll insbesondere verhindert werden, dass eine Betriebsveräußerung zum Anlass genommen wird, die erworbenen Besitzstände der Arbeitnehmer abzubauen. Ergibt sich aus der Bedingung des Erlassvertrags, dass für ihn der geplante Betriebsübergang Anlass und entscheidender Grund war, stellt er eine unzulässige Umgehung des zwingenden Gesetzesrechts dar.

⁷⁸ NZA 2009, 1091-1095; ZIP 2009, 1733-1736; NJW 2009, 3260-3262; MDR 2009, 1398-1399; ArbR 2009, 63 (Anm. Schuster); ArbRB 2009, 290-291 (Anm. Mues); BB 2009, 2319-2320 (Anm. Mohnke); EWIR 2009, 709-710 (Anm. Greiner); EzA-SD 2009, Nr 18, 14 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 96/09 (L); ZBVR online 2009, Nr 9, 23 (L, red. L); ArbuR 2009, 368 (L); FA 2009, 364 (L, red. L); PersF 2009, Heft 12, 88 (L)

4. Fortgeltung von Kollektivverträgen

In seiner Entscheidung vom 22. April 2009 (- 4 AZR 100/08 -)⁷⁹ hat der Vierte Senat seine bisherige Rechtsprechung⁸⁰ bestätigt, dass bei einem Betriebsübergang der gesamte Bestand der zwischen dem Betriebsveräußerer und dem tarifgebundenen Arbeitnehmer geltenden Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis zwischen Erwerber und Arbeitnehmer transformiert wird. Dies gilt auch, wenn sich die Regelungsbereiche der Tarifverträge überschneiden und einer der Tarifverträge auf Zeit den anderen verdrängt. Die transformierten Tarifnormen behalten ihren kollektivrechtlichen Charakter auch nach dem Betriebsübergang. Der Erwerber ist an die transformierten Regelungen in einer Weise gebunden, die der Nachbindung des aus einem tarifschließenden Arbeitgeberverband ausgetretenen Arbeitgebers gem. § 3 Abs. 3 TVG weitgehend entspricht, allerdings zeitlich begrenzt auf eine Höchstdauer von einem Jahr. Tarifnormen, die ohne die Vereinbarung einer Nachwirkung transformiert werden, entfallen beim Ende des Tarifvertrags, spätestens nach Ablauf der einjährigen Sperrfrist gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB im Verhältnis zwischen Erwerber und übergegangenem Arbeitnehmer ersatzlos. Die Transformation findet auch dann statt, wenn es sich bei dem vor dem Betriebsübergang zwischen Veräußerer und Gewerkschaft geschlossenen Firmentarifvertrag um einen Sanierungstarifvertrag handelt. Ist ein verdrängender Tarifvertrag nach Transformation ersatzlos weggefallen, lebt der vorübergehend verdrängte, aber ebenfalls transformierte Tarifvertrag wieder auf und gilt nach Maßgabe des § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4 BGB.

Nach dem ursprünglichen Wortlaut des § 613a Abs. 1 BGB trat der Betriebserwerber - ebenso wie heute nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB - in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis ein. Die Sätze 2 bis 4 des § 613a Abs. 1 BGB wurden erst durch das am 21. August 1980 in Kraft getretene Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz eingefügt. Kollektivverträge wurden von § 613a Abs. 1 BGB aF nicht erfasst, weil Kollektivnormen nicht Inhalt der Arbeitsverhältnisse sind, sondern auf diese wie Gesetze einwirken. Die Neuregelung des Jahres 1980 ist nach der Entschei-

⁷⁹ DB 2009, 2605-2609; ZIP 2009, 2461-2470; EzA-SD 2009, Nr 23, 12 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 119/09 (L); NJW-Spezial 2009, 740 (red. L, K)

⁸⁰ Vgl. BAG 19. September 2007 - 4 AZR 711/06 - BAGE 124, 123-133; AP Nr 328 zu § 613a BGB; EBE/BAG 2008, 29-32; EzA § 613a BGB 2002 Nr 78; ZIP 2008, 378-381; BB 2008, 447-450 (Anm. Kast); NZA 2008, 241-244; DB 2008, 643-646; ZTR 2008, 222-225; DRsp VI(602) 192c; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 12; ArbRB 2008, 111-112 (Anm. Oetter); AuA 2008, 437 (Anm. Stück); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 21/08 (L); NJW 2008, 1022 (L); MDR 2008, 458 (L); PersR 2008, 134 (L); PersF 2008, Heft 5, 94 (L); FA 2008, 148-149 (L, red. L)

derung des Fünften Senats vom 26. August 2009 (- 5 AZR 969/08 -)⁸¹ auch auf vor dem 21. August 1980 vollzogene Betriebsübergänge anzuwenden. Jedenfalls mit Inkrafttreten der Sätze 2 bis 4 des § 613a Abs. 1 BGB hatten die unter Geltung des § 613a BGB vollzogenen Betriebsübergänge für die noch bestehenden Arbeitsverhältnisse zur Folge, dass die durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags geregelten Rechte und Pflichten eines übergehenden Arbeitsverhältnisses transformiert wurden. Die transformierten Normen werden mit demjenigen Tarifstand Inhalt des Arbeitsverhältnisses, den sie zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs aufweisen. Bei einer dynamischen Verweisung auf andere Tarifverträge werden diese Normen lediglich mit ihrem Inhalt zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs in die Arbeitsverträge der übernommenen Arbeitnehmer einbezogen.

VI. Betriebliche Altersversorgung

Betriebliche Altersversorgung ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG gegeben, wenn einem Arbeitnehmer Leistungen der Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber zugesagt werden. Die Hinterbliebenenversorgung nach dem Betriebsrentengesetz knüpft nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 18. November 2008 (- 3 AZR 277/07 -)⁸² an das typisierte Versorgungsinteresse des Arbeitnehmers an und nicht an erbrechtliche Grundsätze. Das typische Versorgungsinteresse hat nichts mit der Frage zu tun, wer erbberechtigt ist. Der Arbeitgeber ist berechtigt, an - typisiert - unterschiedliche Versorgungsinteressen des Arbeitnehmers und dabei an ein Näheverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der begünstigten Person anzuknüpfen. Es ist daher rechtlich nicht unangemessen, wenn der Arbeitgeber den Kreis der berechtigten Hinterbliebenen gegenüber dem gesetzlich Möglichen einschränkt. Die Anknüpfung an einen typisierten Versorgungswillen und damit auch an eine entsprechende Nähebeziehung stellt ein rechtmäßiges Ziel nach § 3 Abs. 2 AGG dar, so dass eine unerlaubte mittelbare Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals - hier Religion oder Weltanschauung - nicht vorliegt. Es verstößt nicht gegen das Prinzip der Wertgleichheit bei Entgeltumwandlung, wenn im Rahmen der Hinterbliebenenversorgung ein Verfall von Ansprüchen eintritt,

⁸¹ EzA-SD 2009, Nr 25, 5-6 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 129/09 (L); BB 2009, 2702 (red. L); DB 2009, 2604-2605 (red. L)

⁸² DB 2009, 294-296; NZA-RR 2009, 153-158; FamRZ 2009, 422-423; BetrAV 2009, 167-170; EzA § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung Nr 13; FA 2009, 151-152 (red. L); ZBVR online 2009, Nr 5, 21-22 (red. L)

weil kein berechtigter Hinterbliebener vorhanden ist. Die Hinterbliebenenversorgung stellt keinen Sparvertrag, sondern eine Risikoabsicherung dar.

Grundsätzlich können nach dem Urteil des Dritten Senats vom 14. Januar 2009 (- 3 AZR 20/07 -)⁸³ Überlebende einer eingetragenen Lebenspartnerschaft aus Gründen der Gleichbehandlung einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung bei betrieblicher Altersversorgung haben, wenn für Ehegatten eine dahingehende Zusage besteht. Nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 1. April 2008 (- C 267/06 - Maruko)⁸⁴ sind die überlebenden Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bei der im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung gewährten Hinterbliebenenversorgung überlebenden Ehegatten gleichzustellen, wenn die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist. Mit dem „Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ ist ab 1. Januar 2005 für eingetragene Lebenspartner eine vergleichbare Situation auch hinsichtlich der im Arbeitsverhältnis zugesagten Hinterbliebenenversorgung geschaffen. Überlebende eingetragene Lebenspartner haben im gleichen Maße wie überlebende Ehegatten Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung. Voraussetzung ist, dass am 1. Januar 2005 noch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsberechtigten und dem Versorgungsschuldner bestand. Der Senat hat in dieser Entscheidung noch offengelassen, ob dazu ein Arbeitsverhältnis erforderlich ist oder ob es ausreicht, wenn der Arbeitnehmer mit Betriebsrentenansprüchen oder unverfallbaren Anwartschaften ausgeschieden ist. Auch tatsächliche Unterschiede führen nicht dazu, dass eine nicht vergleichbare Situation vorliegt. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sind in erster Linie Vergütung des berechtigten Arbeitnehmers. Insofern kommt es darauf an, ob eine unterschiedliche Lohnhöhe gerechtfertigt ist. Eine unterschiedliche Lohnhöhe kann allenfalls bei einem

⁸³ AP Nr 315 zu Art 3 GG; BetrAV 2009, 259-264; BB 2009, 954-960 (Anm. Böhm); NZA 2009, 489-495; MDR 2009, 698-700; DB 2009, 1545-1548; ZTR 2009, 365-369; VuR 2009, 265-267; EzTöD 100 § 25 TVöD-AT Nr 10; EzA § 2 AGG Nr 3; ArbRB 2009, 170-171 (Anm. Ohle); ErbStB 2009, 242-243 (Anm. Hartmann); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 43/09 (L); ArbuR 2009, 185 (L); FamRZ 2009, 1139 (L); PersF 2009, Heft 8, 94 (L); JR 2009, 484 (L)

⁸⁴ Slg 2008, I-1757-1816; ABI EU 2008, Nr C 128, 6-7 (L); AP Nr 9 zu Richtlinie 2000/78/EG; EzA Richtlinie 2000/78 EG-Vertrag 1999 Nr 4; NZA 2008, 459-463; NVwZ 2008, 537-541; DB 2008, 996; EWS 2008, 194-196 (Anm. Adamietz); EuroAS 2008, 80-81; FamRZ 2008, 957-960; SuP 2008, 316-326; NJW 2008, 1649-1653; EuZW 2008, 314-319 (Anm. Mahlmann); ZTR 2008, 336-338; EuGRZ 2008, 294-299; ZESAR 2008, 289-300 (Anm. Bieback); JZ 2008, 787-792 (Anm. Brinktrine); EAS Teil C RL 2000/78/EG Art 1 Nr 2; ZBR 2008, 375-379; EzTöD 100 § 25 TVöD-AT Nr 8; NZS 2009, 31-35; GiP 2009, Nr 1, 27-38 (Anm. Roetteken); ArbRB 2008, 337-338 (Anm. Kotthaus); AuA 2008, 499-500 (Anm. Alscher); BB 2008, 1180 (Anm. Schreier); GPR 2008, 251-254 (Anm. Schlachter)

typisierten unterschiedlichen Versorgungsbedarf des Hinterbliebenen gerechtfertigt sein. Dabei darf die unterschiedliche Behandlung nicht an Unterscheidungsmerkmale anknüpfen, die keinen unmittelbaren tatsächlichen Zusammenhang mit einem unterschiedlichen Versorgungsbedarf herstellen. Die Unterscheidung zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft einerseits und Ehe andererseits ist nicht gerechtfertigt, da sich die Lebenssituationen innerhalb beider Gruppen zu unterschiedlich darstellen. Die Ansprüche ergeben sich seit seinem Inkrafttreten im Jahre 2006 aus dem Allgemeinen Gleichstellungsgesetz (AGG) und für die Zwischenzeit aus der im Arbeitsrecht allgemein geltenden Pflicht zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmern.

In seinem Urteil vom 15. September 2009 (- 3 AZR 294/09 -)⁸⁵ hat der Dritte Senat die von ihm in seinem Urteil vom 14. Januar 2009 (- 3 AZR 20/07 -)⁸⁶ herausgearbeiteten Grundsätze für die Behandlung eingetragener Lebenspartner in der Hinterbliebenenversorgung bestätigt. An dem Stichtag 1. Januar 2005 aufgrund des „Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ ist festzuhalten. Entscheidend ist die Vergleichbarkeit der rechtlichen Situation eingetragener Lebenspartner mit der von Ehegatten. Erst durch das Überarbeitungsgesetz wurden Regelungen, die die Altersversorgung betreffen, in das Gesetz eingefügt. Der Senat hat entschieden, es sei nicht erforderlich, dass zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber zum maßgeblichen Zeitpunkt noch ein Arbeitsverhältnis besteht. Ausreichend ist vielmehr, wenn der Arbeitnehmer mit unverfallbaren Anwartschaften aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden oder Betriebsrentner ist und das damit begründete Rechtsverhältnis am 1. Januar 2005 noch besteht. Eine vergleichbare Situation mit verheirateten Arbeitnehmern entfällt nicht deshalb, weil die Arbeitsvertragsparteien die Anwendung des Beamtenversorgungsrechts vereinbart hatten. Ein Vergleich der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes mit Beamten ist wegen erheblicher Unterschiede beider Rechtsverhältnisse grundsätzlich ungeeignet, um daraus Rechtsfolgen herzuleiten.

Bei der Anpassung der Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG ist die wirtschaftliche Lage des versorgungspflichtigen Arbeitgebers entscheidend. Auch wenn es sich beim versorgungspflichtigen Arbeitgeber um eine konzernabhängige Tochtergesellschaft handelt, sind grundsätzlich seine eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse maßgebend. Nach

⁸⁵ ZVv.

⁸⁶ Siehe Fußnote 83.

einer Entscheidung des Dritten Senats vom 10. Februar 2009 (- 3 AZR 727/07 -)⁸⁷ kann es auf eine schlechte wirtschaftliche Lage der Konzernobergesellschaft oder des Gesamtkonzerns nur dann ankommen, wenn am Anpassungstichtag ausreichend konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in den nächsten drei Jahren die im Konzern bestehenden Schwierigkeiten mit hoher Wahrscheinlichkeit auf das Tochterunternehmen „durchschlagen“. Entscheidend ist, welche Entwicklungen sich bereits am Anpassungstichtag konkret abzeichneten und ob zu diesem Zeitpunkt mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen war, dass sich die wirtschaftliche Lage des Tochterunternehmens nachhaltig verschlechtern wird.

Viele Versorgungsordnungen sehen für den Teil des versorgungsfähigen Einkommens oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze höhere Prozentsätze vor als für den Teil des versorgungsfähigen Einkommens bis zur Beitragsbemessungsgrenze („gespaltene Rentenformel“). Sinn und Zweck einer solchen Rentenformel ist es, den im Einkommensbereich über der Beitragsbemessungsgrenze bestehenden erhöhten Versorgungsbedarf über die hierfür vorgesehene Leistung abzudecken, da dieser Teil der Bezüge nicht durch die gesetzliche Altersrente abgesichert ist. Versorgungsordnungen mit einer solchen gespaltene Rentenformel sind durch die außerplanmäßige Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze um 500 Euro im Jahre 2003 nach § 275c SGB VI lückenhaft geworden. Nach der Entscheidung des Dritten Senats vom 21. April 2009 (- 3 AZR 695/08 -)⁸⁸ sind diese dahingehend zu ergänzen, dass sich die Betriebsrente ohne Berücksichtigung der außerordentlichen Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze berechnet. Von der so ermittelten monatlichen betrieblichen Betriebsrente ist jedoch der Betrag in Abzug zu bringen, um den sich die gesetzliche Rente infolge höherer Beitragszahlungen erhöht hat. Die außerordentliche Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze führt dazu, dass das Versorgungsziel verfehlt wird. Die Einkommensbestandteile, die über dem allgemeinen Anstieg der Gehälter liegen, werden nur mit einem niedrigeren Versorgungsprozentsatz verpunktet. Dies führt zu erheblichen Versorgungseinbußen, solange den Beitragszeiten noch keine entsprechende Verbesserung der gesetzlichen Rente gegenübersteht.

⁸⁷ ZIP 2009, 2213-2216; DB 2009, 2554-2556; ArbR 2009, 189 (Anm. Seeger); BB 2009, 2763-2767 (Anm. Fandel); VuR 2009, 181 (Anm. Glock); EzA-SD 2009, Nr 23, 13-14 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 120/09 (L); ArbuR 2009, 94 (K); BetrAV 2009, 174-175 (K); AuA 2009, 175 (K); PersF 2009, Heft 4, 95 (K); AiB Newsletter 2009, Nr 4, 4 (K); FA 2009, 117 (K)

⁸⁸ DB 2009, 2162-2164; EBE/BAG 2009, 158-160; BetrAV 2009, 662-666; ArbR 2009, 121 (Anm. Beck); EzA-SD 2009, Nr 20, 11 (L); ArbuR 2009, 370 (L); FA 2009, 183-184 (K); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 103/09 (L)

Nach § 303 Abs. 1 AktG hat im Fall der Beendigung eines Beherrschungs- oder eines Gewinnabführungsvertrags der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister als bekannt gemacht gilt, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. In seinem Urteil vom 26. Mai 2009 (- 3 AZR 369/07 -)⁸⁹ hat der Dritte Senat entschieden, dass der Anspruch auf künftige Rentenanpassung nach § 16 BetrAVG zwar sicherungsfähig iSd. § 303 AktG ist, es jedoch an einem Sicherungsinteresse des Versorgungsgläubigers fehlt. In dem Fall, in dem die Versorgungsschuldnerin zu Recht die Anpassung unterlässt, wäre die Sicherheit nicht verwertbar und müsste freigegeben werden. Lässt die wirtschaftliche Lage eine Anpassung zu, sichert im Regelfall die wirtschaftliche Lage des Versorgungsschuldners auch ihre Auszahlung. Die Verletzung der Verpflichtung des herrschenden Unternehmens, die abhängige Gesellschaft so auszustatten, dass sie nach Beendigung des Beherrschungsvertrags die für die Anpassung der Betriebsrenten erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt, kann zu Schadensersatzansprüchen der Versorgungsberechtigten gegenüber dem herrschenden Unternehmen führen. Das herrschende Unternehmen ist verpflichtet, die abhängige Gesellschaft grundsätzlich so auszustatten, dass sie nach Beendigung des Beherrschungsvertrags die für die Anpassung der Betriebsrenten erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt.

Das Erfordernis der Wertgleichheit gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG besagt, dass im Zeitpunkt einer Entgeltumwandlungsvereinbarung der Wert der künftigen Entgeltansprüche dem der durch die Entgeltumwandlung zu erzielenden Anwartschaft auf Versorgungsleistungen entspricht. Nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 15. September 2009 (- 3 AZR 17/09 -)⁹⁰ sind auch auf gezillmerten Tarifen beruhende Direktversicherungen als wertgleich anzusehen. Sie können jedoch eine unangemessene Benachteiligung iSd. § 307 BGB darstellen. Unter einer Zillmerung ist zu verstehen, dass das Konto des Arbeitnehmers mit den bei Abschluss des Versicherungsvertrags anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten sofort be-

⁸⁹ EBE/BAG 2009, 165-168; DB 2009, 2384-2386; ZIP 2009, 2166-2170; AG 2009, 829-832; BetrAV 2009, 762-766; ArbR 2009, 141 (Anm. Beck); GWR 2009, 368 (Anm. Otte); EzA-SD 2009, Nr 21, 9 (L, red. L); FA 2009, 389-390 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 112/09 (L); BB 2009, 2365 (L); ArbuR 2009, 435 (L); GmbHR 2009, 1335 (L)

⁹⁰ ZIP 2009, 2401-2407; ArbR 2009, 110 (Anm. Diller); EzA-SD 2009, Nr 25, 6-7 (L, red. L); StuB 2009, 826 (K); BB 2009, 2085 (K); AuA 2009, 608 (K); ArbuR 2009, 355 (K); PersF 2009, Heft 11, 81 (K); BetrAV 2009, 671-672 (K); FA 2009, 363 (K); ZTR 2009, 576 (K); NZG 2009, 1300 (K)

lastet und dementsprechend in den ersten Jahren nach Beginn des Versicherungsverhältnisses überhaupt kein oder nur ein verhältnismäßig geringes Deckungskapital aufgebaut wird. Es erscheint zweifelhaft, ob die Zillmerung des Versicherungstarifs, die bei frühzeitigen Beitragsfreistellungen zu Nullleistungen oder sehr geringen Leistungen führt, mit der betriebsrentenrechtlichen Regelungskonzeption zu vereinbaren ist. Angemessen könnte es sein, die bei der Direktversicherung anfallenden einmaligen Abschluss- und Vertriebskosten auf fünf Jahre zu verteilen. Weder ein Verstoß gegen das Wertgleichheitsgebot noch eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 BGB führen zu einem „Wiederaufleben“ der umgewandelten Entgeltansprüche. Dem Arbeitnehmer steht allenfalls eine höhere Versorgungsanwartschaft zu.

Im Urteil vom 11. August 2009 (- 3 AZR 23/08 -)⁹¹ hat der Dritte Senat erneut⁹² festgestellt, dass sich die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auch auf Betriebsrentner erstreckt. Das gilt auch dann, wenn die Betriebsrentner nach der Satzung der Gewerkschaft nur noch außerordentliche Mitglieder ohne Stimmrecht sind. Die Betriebsrentner haben einen Anspruch darauf, an den tarifpolitischen Entscheidungsprozessen, soweit sie sie betreffen, ebenso mitzuwirken wie Gewerkschaftsmitglieder, die noch aktive Arbeitnehmer sind. In dem entschiedenen Fall wurden diejenigen, die an einem Stichtag bereits Betriebsrentner waren oder das 63. Lebensjahr vollendet hatten, nicht in einen Tarifvertrag übergeleitet, der erhebliche Verbesserungen der betrieblichen Altersversorgung enthielt. Die Ausschlusstatbestände verstoßen nicht gegen das AGG, gegen europarechtliche Vorschriften, Art. 3 Abs. 1 GG oder das aus Art. 20 Abs. 3 GG folgende Verbot der Rückwirkung. Die Ausschlusstatbestände führen zu einer weniger günstigen Behandlung wegen des Alters; diese ist jedoch nach § 10 Sätze 1 und 2, Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt. Die Festsetzung von Altersgrenzen in den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit ist europarechtlich idR zulässig. § 10 Sätze 1 und 2, Satz 3 Nr. 4 AGG sind gemeinschaftsrechtskonform. Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG, soweit es um betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit geht, bei der Umsetzung in nationales Recht nicht verpflichtet, die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG einzuhalten. Das vom nationalen Gesetzgeber verfolgte Ziel der Förderung der betrieblichen Altersversorgung ist ein legitimes Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG. Die Festsetzung von Altersgrenzen in Versorgungsordnungen ist daher auch nach deutschem Recht im Regelfall

⁹¹ ZVv.

⁹² Vgl. bereits BAG 17. Juni 2008 - 3 AZR 409/06 - AP Nr 136 zu Art 9 GG (Anm. Waas); DB 2008, 2314-2316; EBE/BAG 2008, 164-168; NZA 2008, 1244-1248; BetrAV 2008, 806-808; ArbRB 2008, 372 (Anm. Groeger); BB 2009, 56 (Anm. Hock); EzA-SD 2008, Nr 21, 9 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 127/08 (L); ArbuR 2008, 407 (red. L); FA 2008, 377-378 (red. L); MDR 2008, 1403 (L)

zulässig. Mit einem Ausschluss der Betriebsrentner und der diesen gleichgestellten ehemaligen Arbeitnehmer von der Teilhabe an einer verbesserten Altersversorgung haben die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Eine solche Regelung entspricht den Voraussetzungen des § 10 Sätze 1 und 2, Satz 3 Nr. 4 AGG und ist im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel der Förderung der betrieblichen Altersversorgung angemessen. Der Eintritt des Versorgungsfalls ist eine wesentliche Zäsur und deshalb ein sachgerechter Anknüpfungspunkt für versorgungsrechtliche Vorschriften.

VII. Berufsbildung

Nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 18. November 2008 (- 3 AZR 192/07 -)⁹³ ist das Berufsbildungsgesetz nicht anwendbar, wenn die praktische Tätigkeit in einem Betrieb Teil eines Studiums ist. In diesem Fall treten die für das Studium geltenden Regeln an die Stelle des Berufsbildungsgesetzes. Dies gilt auch für Studiengänge an staatlich anerkannten privaten Hochschulen. Dies setzt allerdings voraus, dass das Praktikum durch staatliche Entscheidung anerkannt ist. Nur wenn die Praxisphase in der Prüfungsordnung der Hochschule geregelt ist, findet das Berufsbildungsgesetz keine Anwendung. Das Berufsbildungsgesetz steht einer Rückzahlungsverpflichtung von verauslagten Studiengebühren nicht entgegen. Jedoch verstößt eine Überwälzung der Ausbildungskosten auch für den Fall, dass der potentielle Arbeitgeber dem potentiellen Arbeitnehmer keinen ausbildungsadäquaten Arbeitsplatz anbieten kann oder will, gegen § 307 Abs. 1 BGB. Handelt es sich bei den verauslagten Ausbildungskosten um eine Investition im Interesse des arbeitgeberischen Unternehmens, ist eine Rückzahlungsklausel nur interessengerecht, wenn dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, der Rückzahlungspflicht durch Betriebstreue zu entgehen. Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob bereits ein Arbeitsverhältnis besteht. Auch bei erstmaliger Ausbildung zum Zwecke der Heranziehung von Nachwuchs investiert der potentielle Arbeitgeber in eigenem Interesse in das berufliche Wissen des potentiellen Arbeitnehmers.

Nach § 24 BBiG gilt ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn Auszubildende im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis beschäftigt werden, ohne dass hierüber ausdrücklich etwas vereinbart worden ist. Nach § 21 Abs. 1 und 2

⁹³ DB 2009, 853-854; NZA 2009, 435-439; EzTöD 100 § 5 TVöD-AT Rückzahlungsklausel Nr 5; EzA § 307 BGB 2002 Nr 42; ArbRB 2009, 165-166 (Anm. Lunk); ArbuR 2009, 426-428 (Anm. Wohlgemuth);

BBiG endet das Ausbildungsverhältnis mit dem Ablauf der Ausbildungszeit oder vor deren Ablauf mit der Bekanntgabe des Ergebnisses durch den Prüfungsausschuss, falls der Auszubildende die Abschlussprüfung besteht. Ein Arbeitsverhältnis nach § 24 BBiG durch Beschäftigung über das Ende des Berufsausbildungsverhältnisses hinaus entsteht nach der Entscheidung des Dritten Senats vom 14. Januar 2009 (- 3 AZR 427/07 -)⁹⁴ nicht, wenn das Berufsausbildungsverhältnis im Anschluss an die vereinbarte Ausbildungszeit verlängert wird. Nach § 21 Abs. 3 BBiG verlängert sich das Berufsausbildungsverhältnis auf Verlangen des Auszubildenden bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung, höchstens um ein Jahr, wenn der Auszubildende die Abschlussprüfung nicht besteht. Der Senat hat offengelassen, ob der Auszubildende in den Fällen, in denen die Prüfung erst nach Ende der vereinbarten Ausbildungszeit abgelegt wird, in erweiternder oder entsprechender Anwendung von § 21 Abs. 3 BBiG eine Verlängerung bis zur Bekanntgabe des Prüfungsergebnisses verlangen kann. Im öffentlichen Dienst kann der Auszubildende in diesen Fällen nach § 16 Abs. 2 iVm. § 16 Abs. 1 Satz 2 des Tarifvertrags für Auszubildende des öffentlichen Dienstes (TVAöD) eine Verlängerung verlangen.

2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht

I. Arbeitskampfrecht

In seinem Urteil vom 22. September 2009 (- 1 AZR 972/08 -)⁹⁵ hat sich der Erste Senat mit der Zulässigkeit streikbegleitender „Flashmob-Aktionen“ befasst. Streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der Gewerkschaften, die der Verfolgung tariflicher Ziele dienen, unterfallen dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Dabei handelte es sich in dem entschiedenen Fall um eine gewerkschaftliche Aktion, bei der kurzfristig aufgerufene

BB 2009, 893 (red. L); NJW 2009, 1532 (red. L); FA 2009, 150 (red. L); EzB BBiG § 14 Abs 1 Nr 3 Nr 12 (red. L)

⁹⁴ NZA 2009, 738-740; SAE 2009, 254-256; EzTöD 500 § 16 TVAöD-AT Nr 1; PersR 2009, 261-263; PersV 2009, 392-395; EzB BBiG § 21 Abs 3 Nr 18; DB 2009, 2722-2723; ArbRB 2009, 197-198 (Anm. Müller-Mundt); EzA-SD 2009, Nr 8, 14 (red. L); FA 2009, 388 (red. L)

⁹⁵ ArbR 2009, 93 (Anm. Lingemann); ArbRB 2009, 325-326 (Anm. Braun); BB 2009, 2757 (L); EzA-SD 2009, Nr 20, 15 (K); ZTR 2009, 576 (K); ArbuR 2009, 356 (K); PersF 2009, Heft 11, 81 (K); AuA 2009, 671 (K); PERSONAL 2009, Nr 11, 54 (K); dbr 2009, Nr 11, 8 (K); FA 2009, 359 (K)

Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Befüllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft eine Störung betrieblicher Abläufe herbeiführten. Eine derartige Aktion greift in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers ein. Ein solcher Eingriff kann aber aus Gründen des Arbeitskampfes gerechtfertigt sein. Bei der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erweisen sich streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ nicht als generell rechtswidrig. Arbeitskampfmittel sind rechtswidrig, wenn sie zur Durchsetzung der erhobenen Forderungen offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich oder wenn sie unangemessen sind. Streikbegleitende, von der Gewerkschaft getragene „Flashmob“-Aktionen, bei denen die betroffenen Arbeitgeber aufgrund der ihnen bekannten Umstände die Art des Kampfmittels und die dafür verantwortliche Gewerkschaft erkennen können, sind nicht stets unverhältnismäßig. Der Arbeitgeberseite stehen in diesem Fall wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung. Der Arbeitgeber hat grundsätzlich die Möglichkeit, gegenüber den Aktionsteilnehmern von seinem Hausrecht Gebrauch zu machen. Er hat ferner die Möglichkeit, der gewerkschaftlichen Arbeitskampfmaßnahme durch eine vorübergehende Betriebschließung zu begegnen. Eine derartige Aktion stellt typischerweise auch keine Betriebsblockade dar.

II. Koalitionsrecht

Ein tarifschließender Arbeitgeberverband muss nach der Entscheidung des Vierten Senats vom 22. April 2009 (- 4 AZR 111/08 -)⁹⁶ seine Mitglieder, die nicht an Tarifverträge gebunden sind (OT-Mitgliedschaften), von den Entscheidungen über Tarifangelegenheiten ausschließen. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erfordert im Hinblick auf den Abschluss von Tarifverträgen und deren normative Wirkung für hiervon betroffene Dritte grundsätzlich den Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit bezüglich der tariflichen Vereinbarungen. Nur so ist die Unterwerfung der Mitglieder der Tarifvertragsparteien unter die Normen des Tarifvertrags legitimiert und nur so kann von der Angemessenheitsvermutung der in Tarifverträgen ausgehandelten und vereinbarten (Mindest-)Arbeitsbedingungen ausgegangen werden. OT-Mitglieder dürfen daher nicht über die Verwendung eines Fonds, der im Falle eines Arbeits-

⁹⁶ ArbR 2009, 191 (Anm. Haußmann); EZA-SD 2009, Nr 23, 20-21 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 118/09 (L); BB 2009, 1013 (K); ArbuR 2009, 177 (K); ArbRB 2009, 125 (K); AuA 2009, 367 (K); FA 2009, 185-186 (K); PersF 2009, Heft 7, 77 (K); ZTR 2009, 304-305 (K)

kampfes die Unterstützung von Verbandsmitgliedern vorsieht, die an Tarifverträge gebunden sind, entscheiden. Haben OT-Mitglieder auf die Verwendung eines Arbeitskampffonds unmittelbaren Einfluss, kann ein Wechsel eines bisher tarifgebundenen Mitgliedsunternehmens in den OT-Status nicht wirksam erfolgen. Damit ist das Unternehmen als Verbandsmitglied gem. § 3 Abs. 1 TVG weiter an die vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge gebunden.

Die Begründung einer Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft) in einem Arbeitgeberverband setzt nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 26. August 2009 (- 4 AZR 294/08 -)⁹⁷ voraus, dass die Satzung zu dem Zeitpunkt, zu dem ein bisheriges Vollmitglied eine OT-Mitgliedschaft begründen will, eine solche vorsieht. Dies ist nur dann der Fall, wenn eine dahingehende Satzungsänderung bereits in das Vereinsregister eingetragen ist. Die Eintragung wirkt nicht auf den Tag der Beschlussfassung zurück. Dies bedeutet, dass ein Mitglied, das bereits zu einem früheren Termin in die vom Verein beschlossene OT-Mitgliedschaft wechseln möchte, auch dann an die bis zum Wirksamwerden der Satzungsänderung vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge gebunden bleibt, wenn das Verbandspräsidium diesem Wunsch durch bestätigende Erklärung entsprochen hat.

Der Zuständigkeitsbereich einer Gewerkschaft wird ausschließlich durch die in Ausübung ihrer Satzungsautonomie von ihr selbst beschlossene Satzung und den für diese geltenden Bestimmtheitsgrundsatz begrenzt. Nach einem Beschluss des Ersten Senats vom 10. Februar 2009 (- 1 ABR 36/08 -)⁹⁸ müssen die Zuständigkeitsgrenzen für die handelnden Organe der Vereinigung selbst, für den sozialen Gegenspieler und für Dritte zuverlässig zu ermitteln sein. Dabei gebietet die Rechtssicherheit, dass Umstände außerhalb der Satzung, die in ihr keinen Niederschlag gefunden haben, keine Rolle spielen. Eine die nach diesen Grundsätzen ermittelten Zuständigkeitsgrenzen übersteigende Annex-Zuständigkeit der Vereinigung besteht nicht.

Die Mitgliederwerbung und Information von Arbeitnehmern ist Teil der von Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. Daher ist nach einem

⁹⁷ ZVv.

⁹⁸ EBE/BAG 2009, 116-120; DB 2009, 1657-1660; NZA 2009, 908-913; EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr 12; ArbRB 2009, 266-267 (Anm. Müller-Mundt); BB 2009, 2432 (Anm. Ebeling); FA 2009, 315 (L, red. L); ArbuR 2009, 321-322 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 79/09 (L); ZTR 2009, 474 (red. L); ZBVR online 2009, Nr 9, 23 (red. L)

Urteil des Ersten Senats vom 20. Januar 2009 (- 1 AZR 515/08 -)⁹⁹ eine tarifzuständige Gewerkschaft grundsätzlich berechtigt, E-Mails auch ohne Einwilligung des Arbeitgebers und ohne vorherige Aufforderung seitens der Arbeitnehmer an die betrieblichen E-Mail-Adressen der Beschäftigten zu versenden. Dem Interesse der Gewerkschaft an einer effektiven Werbung und Information durch E-Mail-Versand können verfassungsrechtliche Belange des Arbeitgebers und ggf. Belange des Gemeinwohls entgegenstehen. Mögliche Eigentumsstörungen oder Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb müssen der Gewerkschaft zurechenbar und darüber hinaus geeignet sein, den Gebrauch des Eigentums bzw. das Funktionieren des Betriebs in spürbarer Weise zu beeinträchtigen. Auf die mögliche Verletzung von Persönlichkeitsrechten der Beschäftigten kann sich der Arbeitgeber zur Begründung eines eigenen Unterlassungsanspruchs gegen die Gewerkschaft nicht berufen. Dem Arbeitgeber steht bezogen auf die Gruppe der Gewerkschaftsmitglieder auch kein gegen die Gewerkschaft gerichteter Unterlassungsanspruch aus § 7 BDSG zu. Der Gewerkschaft ist die Verwendung der betrieblichen E-Mail-Adresse ihrer Mitglieder nach Maßgabe von § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG gestattet.

III. Tarifrecht

Viele Tarifverträge enthalten in unterschiedlichen Formen Regelungen, die nur Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft Rechte einräumen sollen (sog. Differenzierungsklauseln). In seinem Urteil vom 18. März 2009 (- 4 AZR 64/08 -)¹⁰⁰ hat der Vierte Senat entschieden, dass eine sog. einfache Differenzierungsklausel, wonach in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung von 535,00 Euro gemacht wird, keinen grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Beeinträchtigt die einfache Differenzierungsklausel die Ausübung der Vertragsfreiheit nicht, kann von ihr nicht mehr Druck auf den Außenseiter ausgehen als von jeder anderen Tarifnorm auch, die einen normativen Anspruch allein für

⁹⁹ AP Nr 137 zu Art 9 GG (Anm. Ulrici); EzA Art 9 GG Nr 96; NJW 2009, 1990-1997 (Anm. Dzida); NZA 2009, 615-622; DB 2009, 1410-1414; EBE/BAG 2009, 99-104; ZfPR online 2009, Nr 8, 16-25 (Anm. Süllwold); ZBVR online 2009, Nr 7/8, 9-18 (Anm. Süllwold); DRsp VI(636) 66a-c; ZTR 2009, 413-418; RDV 2009, 172-178; MDR 2009, 1051-1052; EzTöD 100 § 3 TVöD-AT Gewerkschaften Nr 3; ZfPR 2009, 105-110 (Anm. Süllwold); ZMV 2009, 277-281 (Anm. Schwarz-Seeberger); MMR 2009, 747-751; ArbRB 2009, 234 (Anm. Groeger); BB 2009, 2096 (Anm. Lipinski); EWIR 2009, 475-476 (Anm. Lelley); GWR 2009, 180 (Anm. Straube)

¹⁰⁰ NZA 2009, 1028-1042; ArbuR 2009, 362-366; ArbRB 2009, 294 (Anm. Mues); GWR 2009, 330 (Anm. Lüders); FA 2009, 395 (L, red. L); EzA-SD 2009, Nr 19, 14-15 (L, red. L); NJW-Spezial 2009, 643 (red. L, K); BB 2009, 717 (K); ZBVR online 2009, Nr 4, 24-25 (K); PersF 2009, Heft 5, 89 (K); AiB Newsletter 2009, Nr 5, 4 (K); ZTR 2009, 304 (K); PKR 2009, 51-52 (K)

nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG tarifgebundene Arbeitnehmer vorsieht. Der Senat musste nicht entscheiden, ob eine einfache Differenzierungsklausel Rechtfertigungsgründe bedarf oder ob im Hinblick auf § 4 Abs. 1 TVG diese sogar regelmäßig erlaubt sind. Die einfache Differenzierungsklausel in ihrer konkreten Ausgestaltung übt keinen unzulässigen, gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter verstoßenden Druck zum Gewerkschaftsbeitritt aus. Die fragliche Leistung liegt nicht im Kernbereich des arbeitsvertraglichen Austauschverhältnisses und überschreitet auch der Höhe nach nicht die Grenze, von der an von einem nicht mehr hinnehmbaren Druck auszugehen ist. Eine Vorlage an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts musste nicht erfolgen. Der Große Senat hat in seinem Beschluss vom 29. November 1967 (- GS 1/67 -)¹⁰¹ keine bindende Entscheidung über eine einfache Differenzierungsklausel getroffen. Aber auch bei Anwendung der dort aufgestellten Rechtssätze hält die Regelung den Anforderungen stand und ist nicht sozial inadäquat.

Mit Urteil vom 1. Juli 2009 (- 4 AZR 261/08 -)¹⁰² hat der Vierte Senat entschieden, dass nach dem Wegfall der Tarifgebundenheit nach § 3 Abs. 1 TVG infolge eines Austritts aus dem Arbeitgeberverband die Tarifverträge gem. der in § 3 Abs. 3 TVG geregelten Nachbindung unmittelbar und zwingend bis zur Beendigung des Tarifvertrages weitergelten. Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut von § 3 Abs. 3 TVG ist eine Begrenzung der Nachbindung auf die zeitlich erste Möglichkeit der Kündigung des Verbandstarifvertrags nach dem Austritt oder auf die Dauer eines Jahres unter Heranziehung des Rechtsgedankens von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB nicht möglich. Die Fortgeltung der Bindung an den Tarifvertrag ist durch die frühere Mitgliedschaft des Arbeitgebers im Arbeitgeberverband legitimiert. Die Gebundenheit an den Tarifvertrag endet für das nicht mehr tarifgebundene vormalige Verbandsmitglied mit dessen Ende oder mit der Änderung des Tarifvertrags. Während der Nachbindung kann nach § 4 Abs. 3 TVG keine zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichende Vereinbarung getroffen werden. Bei dem Günstigkeitsvergleich können nur die Regelungen verglichen werden, die miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Dies ist bei Arbeitszeit

oder Arbeitsentgelt einerseits und einer Beschäftigungsgarantie andererseits nicht der Fall. Nach Ablauf des Tarifvertrags gelten nach § 4 Abs. 5 TVG die Rechtsnormen wei-

¹⁰¹ BAGE 20, 175; AP Nr 13 zu Art 9 GG; EZA Art 9 GG Nr 3; JZ 1969, 105-113 (Anm. Ritter); SAE 1969, 246-268 (Anm. Wiedemann); BB 1968, 993; DB 1968, 1539; AR-Blattei Tarifvertrag V Entsch 2; ArbuR 1971, 4; ASP 1968, 318; MDR 1968, 956; JuS 1968, 532; ARST 1968, 169; Sozialer Fortschritt 1968, 279; DÖV 1972, 41; PersV 1972, 55

¹⁰² DB 2009, 2612 (L, red. L); EZA-SD 2009, Nr 24, 12 (L, red. L); BB 2009, 2589 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 131/09 (L); ArbuR 2009, 268-269 (K); ZBVR online 2009, Nr 7/8, 24 (K); ArbRB 2009, 221 (K); NZG 2009, 943 (K); FA 2009, 286 (K); ArbN 2009, Nr 6, 34 (K); PersF 2009, Heft 9, 87 (K)

ter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Diese kann auch schon vor Eintritt der Nachwirkung abgeschlossen werden. Die Abrede muss aber vom Regelungswillen der Parteien her darauf gerichtet sein, eine bestimmte bestehende Tarifregelung in Anbetracht ihrer absehbar bevorstehenden Beendigung und des darauf folgenden Eintritts der Nachwirkung abzuändern.

IV. Betriebsverfassungsrecht

1. Wahl des Betriebsrats

Eine Betriebsratswahl kann nach § 19 Abs. 1 BetrVG beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Durch einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG kann die betriebsverfassungsrechtliche Organisation abweichend von den gesetzlichen Vorgaben ausgestaltet werden. Nach einem Beschluss des Siebten Senats vom 29. Juli 2009 (- 7 ABR 27/08 -)¹⁰³ muss der Abschluss eines derartigen Tarifvertrags nicht gemeinsam durch alle im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften erfolgen. Für den Abschluss eines Tarifvertrags nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG sind die Tariffähigkeit und die Tarifzuständigkeit der abschließenden Arbeitnehmerkoalition für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer erforderlich. Die Abschlussfreiheit für einen Tarifvertrag nach § 3 BetrVG ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht eingeschränkt. Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion der Vorschrift, wonach ein Tarifvertrag zur Vermeidung einer künftig möglichen Tarifkonkurrenz nur von mehreren tarifzuständigen Gewerkschaften gemeinsam abgeschlossen werden kann, liegen nicht vor.

2. Wahl der Schwerbehindertenvertretung

Nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX gelten für die Anfechtung der Wahl der Schwerbehindertenvertretung die Vorschriften über die Anfechtung der Wahl des Personalrats sinngemäß. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Sächsisches Personalvertretungsgesetz (SächsPersVG) sind die in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften zur Anfecht-

¹⁰³ EzA-SD 2009, Nr 25, 10-12; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 130/09 (L); BB 2009, 1749 (K); AuA 2009, 542 (K); ArbuR 2009, 310 (K); PersF 2009, Heft 10, 76 (K); FA 2009, 313 (K)

tung der Personalratswahl berechtigt. Trotz der Verweisung auf diese Bestimmung besteht bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung nach dem Beschluss des Siebten Senats vom 29. Juli 2009 (- 7 ABR 25/08 -)¹⁰⁴ kein Anfechtungsrecht der in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften. Das Recht der Gewerkschaften zur Anfechtung der Personalratswahl beruht darauf, dass das SächsPersVG den in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften bei der Personalratswahl eigene Rechte einräumt. Derartige Regelungen enthalten das SGB IX und die Wahlordnung für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung nicht. Den in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften steht daher als an der Wahl Unbeteiligten kein eigenes Anfechtungsrecht zu.

3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats

Mit Urteil vom 23. April 2009 (- 6 AZR 263/08 -)¹⁰⁵ hatte der Sechste Senat über die Wirksamkeit einer einzelvertraglich vereinbarten Erweiterung des dem Betriebsrat bei Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts zu entscheiden. Die Vereinbarung ist unwirksam, da für die einzelvertragliche Erweiterung des dem Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz vor Ausspruch von Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage fehlt. § 102 Abs. 6 BetrVG eröffnet lediglich den Betriebspartnern die Möglichkeit, durch Betriebsvereinbarung festzulegen, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem einseitig zwingenden Charakter der Mitbestimmungsregelungen des Betriebsverfassungsgesetzes. Die Arbeitsvertragsparteien sind rechtlich nicht befugt, das Verhältnis der Betriebspartner untereinander zu regeln.

Mit Beschluss vom 22. April 2009 (- 4 ABR 14/08 -)¹⁰⁶ hat der Vierte Senat entschieden, dass bei der Überleitung von Beschäftigten zu den Entgeltgruppen und den Stufen der Entgelttabelle des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) nach den Regelungen des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrecht (TVÜ-VKA) der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist. Die Einordnung in die neue Vergütungs-

¹⁰⁴ EBE/BAG 2009, 162-163; NZA 2009, 1221-1222; PersR 2009, 493-494; ZTR 2009, 668-669; ArbR 2009, 144 (Anm. Müller); EzA-SD 2009, Nr 22, 9 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 110/09 (L); ArbuR 2009, 436 (L); FA 2009, 394 (red. L); ZfPR online 2009, Nr 11, 23 (red. L)

¹⁰⁵ AP Nr 160 zu § 102 BetrVG 1972 (Anm. Rieble); EzA § 102 BetrVG 2001 Nr 24; ZIP 2009, 1294-1295; EBE/BAG 2009, 106-107; NZA 2009, 915-917; RDV 2009, 171; MDR 2009, 1050; DB 2009, 1995-1996; AuA 2009, 612; ArbRB 2009, 265-266 (Anm. Lunke); BB 2009, 2320 (Anm. Chwalisz); dbr 2009, Nr 12, 41 (Anm. Klein); GWR 2009, 207 (Anm. Raif); NJ 2009, 390-391 (Anm. Krollop); ArbuR 2009, 281-282 (L, K); FA 2009, 283 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 70/09 (L)

ordnung des TVöD stellt einen Akt der Rechtsanwendung dar, bei dem die Beteiligung des Betriebsrats die korrekte Anwendung der maßgebenden Vergütungsordnung gewährleisten soll. Erforderlich sind in Bezug auf jeden Arbeitnehmer die Ermittlung der für die Überleitung maßgebenden Tatsachen und ihre Subsumtion anhand von Rechtsvorschriften des TVÜ-VKA. Damit einher geht eine Richtigkeitskontrolle des gefundenen Ergebnisses.

Über die Mitbestimmung bei Errichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG hat der Erste Senat mit Beschluss vom 21. Juli 2009 (- 1 ABR 42/08 -)¹⁰⁷ entschieden. Danach hat der Betriebsrat weder ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Frage, an welchem Ort die Beschwerdestelle einzurichten ist noch hinsichtlich der personellen Besetzung der Beschwerdestelle. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 AGG haben die Beschäftigten das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren. Die Vorschrift begründet selbständig keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergibt sich kein Recht zur Mitbestimmung. Weder die Verortung der Beschwerdestelle noch ihre personelle Besetzung betrifft die Ordnung im Betrieb oder das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Es handelt sich um eine mitbestimmungsfreie organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers. Im Falle des Bestehens einer Beschwerdestelle hat der Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen bei der Einführung und Ausgestaltung des Verfahrens einer Beschwerdestelle. Das Mitbestimmungsrecht umfasst auch ein entsprechendes Initiativrecht. Wird eine betriebsübergreifende Beschwerdestelle errichtet, steht das Initiativrecht nicht dem örtlichen Betriebsrat, sondern dem Gesamtbetriebsrat zu.

Sozialplanleistungen sollen die künftigen Nachteile ausgleichen, die den Arbeitnehmern durch eine Betriebsänderung entstehen können.¹⁰⁸ Bei der Abfindungshöhe können die Betriebsparteien auf das vergangenheitsbezogene Kriterium der Betriebszuge-

¹⁰⁶ NZA 2009, 1286-1295; ZTR 2009, 663-667; EzA-SD 2009, Nr 23, 16-17 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 117/09 (L); PKR 2009, 54 (K); BB 2009, 1013 (K); ArbuR 2009, 177 (K); dbr 2009, Nr 6, 7 (K); ZBVR online 2009, Nr 5, 20 (K); AuA 2009, 367 (K); FA 2009, 184 (K); PersF 2009, Heft 7, 77 (K)

¹⁰⁷ NZA 2009, 1049-1051; ZIP 2009, 1922-1924; DB 2009, 1993-1995; EBE/BAG 2009, 147-150; ZBVR online 2009, Nr 10, 11-15 (Anm. Sommer); ZTR 2009, 604-605; ArbR 2009, 22 (Anm. Bauer); ArbRB 2009, 295-296 (Anm. Groeger); AuA 2009, 676 (Anm. Kiehn); EzA-SD 2009, Nr 19, 13-14 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 100/09 (L); FA 2009, 385 (L, K); ArbuR 2009, 370 (L); PersF 2009, Heft 12, 89 (L); NJW-Spezial 2009, 611-612 (red. L, K)

¹⁰⁸ Vgl. BAG 11. November 2008 - 1 AZR 475/07 - AP Nr 196 zu § 112 BetrVG 1972; EzA § 112 BetrVG 2001 Nr 30; ZIP 2009, 336-341; DB 2009, 347-350; ZBVR online 2009, Nr 2, 21-25; NZA 2009, 210-214; MDR 2009, 335-336; ZInsO 2009, 927-931 (Anm. Schmidt); AuA 2009, 372-373 (Anm. Laws); EWIR 2009, 429-430 (Anm. Klasen); ArbuR 2009, 106 (L, K); NJW 2009, 1103 (L); FA 2009, 119-120 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 18/09 (L); PersF 2009, Heft 6, 85 (L)

hörigkeit abstellen.¹⁰⁹ Nach einem Urteil des Ersten Senats vom 26. Mai 2009 (- 1 AZR 198/08 -)¹¹⁰ ist die damit verbundene mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Auch die Regelung eines Sozialplans, wonach Arbeitnehmer, die vorzeitig Altersrente in Anspruch nehmen können, geringere Abfindungen erhalten, wird durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ermöglicht. Nach dieser Vorschrift können die Betriebsparteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen, in der sie die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigen, oder auch Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausschließen, weil diese, ggf. nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind. Diese gesetzliche Bestimmung ist gemeinschaftsrechtskonform. Es ist ein Ungleichbehandlungen wegen des Alters rechtfertigendes, iSv. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2000/78/EG legitimes sozialpolitisches Ziel des deutschen Gesetzgebers, es den Betriebsparteien zu ermöglichen, in Sozialplänen danach zu unterscheiden, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren. Der Gesetzgeber will der Tatsache Rechnung tragen, dass ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben als jüngere. Die drohenden wirtschaftlichen Nachteile können geringer sein, wenn Arbeitnehmer nach dem Bezug von Arbeitslosengeld in der Lage sind, Altersrente in Anspruch zu nehmen. Die Betriebsparteien sind auch nicht verpflichtet, sich innerhalb eines Sozialplans auf eine Berechnungsformel zu beschränken. Sie können bei rentennahen Jahrgängen eine andere Berechnungsformel zugrunde legen, da bei rentennahen Jahrgängen die zu besorgenden wirtschaftlichen Nachteile typischerweise konkreter einschätzbar sind als bei rentenfernen Jahrgängen.

Die Betriebsparteien können nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 21. Juli 2009 (- 1 AZR 566/08 -)¹¹¹ die Abfindungshöhe begrenzen. Einer solchen Kappungs-

¹⁰⁹ Vgl. BAG 13. März 2007 - 1 AZR 262/06 - AP Nr 183 zu § 112 BetrVG 1972; EzA § 112 BetrVG 2001 Nr 22; NZA 2008, 190-192; ArbRB 2007, 234 (Anm. Lunk); dbr 2007, Nr 10, 37 (Anm. Riechers); ArbuR 2007, 285 (red. L.); FA 2007, 250 (red. L)

¹¹⁰ AP Nr 200 zu § 112 BetrVG 1972; NZA 2009, 849-855; ZIP 2009, 1584-1590; EBE/BAG 2009, 123-128; DB 2009, 1766-1769; RIW 2009, 647-652; ArbuR 2009, 359-362 (Anm. Laskawy); BB 2009, 2428-2432 (Anm. Döring); ZMV 2009, 330-334 (Anm. Schwarz-Seeberger); ArbR 2009, 21 (Anm. Müller); ArbRB 2009, 264 (Anm. Kappelhoff); EWiR 2009, 729-730 (Anm. Dahlbender); GWR 2009, 282 (Anm. Raif); sj 2009, Nr 20, 41 (Anm. Leising); EzA-SD 2009, Nr 16, 13-14 (L, red. L); FA 2009, 365 (L, red. L); PersR 2009, 470 (L); PersF 2009, Heft 12, 89 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 81/09 (L)

¹¹¹ EBE/BAG 2009, 146-147; NZA 2009, 1107-1109; DB 2009, 2666-2667; ZIP 2009, 1834-1836; ArbR 2009, 95 (Anm. Gerstner); ArbRB 2009, 324-325 (Anm. Range-Ditz); EzA-SD 2009, Nr 20, 14 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 99/09 (L); FA 2009, 391-392 (L, red. L); ArbuR 2009, 436 (L); ZBVR online 2009, Nr 10, 22 (red. L); ZTR 2009, 662-663 (red. L)

grenze liegt die Einschätzung der Betriebsparteien zugrunde, dass die wirtschaftlichen Nachteile der davon betroffenen Arbeitnehmer bei typisierender Betrachtungsweise mit dem entsprechenden Höchstbetrag angemessen ausgeglichen sind. Eine solche Regelung verstößt weder gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen das Verbot, Personen wegen ihres Alters zu benachteiligen. Zweck der Begrenzung ist es, eine Bevorzugung derjenigen Mitarbeiter zu vermeiden, die sonst allein wegen ihrer langjährigen Beschäftigungsdauer einen Vorteil erhalten, der keine verteilungsgerechte Überbrückungshilfe bis zu einem ungewissen neuen Arbeitsverhältnis oder dem Bezug einer Altersrente ist. Es soll allen von einem Arbeitsplatzverlust betroffenen Arbeitnehmern eine verteilungsgerechte Abmilderung der sie voraussichtlich treffenden wirtschaftlichen Nachteile zukommen. Die Betriebsparteien sind insoweit nicht gehalten, die jeweiligen Nachteile individuell zu prognostizieren und auszugleichen.

Mit Beschluss vom 23. Juni 2009 (- 1 ABR 23/08 -)¹¹² hat der Erste Senat entschieden, dass dem Betriebsrat kein allgemeiner Unterlassungsanspruch zur Verhinderung betriebsverfassungswidrig durchgeführter personeller Einzelmaßnahmen zusteht. Im Fall einer Verletzung von § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG sieht das Gesetz in § 101 BetrVG einen Abwehranspruch zugunsten des Betriebsrats vor. Der allgemeine Unterlassungsanspruch führte zu einer Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats trotz einer vom Gesetz erkennbar gewollten Beschränkung und hätte, da mit dem allgemeinen Unterlassungsanspruch ein allgemeiner Beseitigungsanspruch einhergeht, zugleich die Bedeutungslosigkeit der expliziten gesetzlichen Regelung zur Folge. Der allgemeine Unterlassungsanspruch ist auch hinsichtlich nur kurzzeitig beabsichtigter Maßnahmen ausgeschlossen. Zwar geht der gesetzliche Aufhebungsanspruch bei nur für kurze Zeit beabsichtigten Maßnahmen vielfach ins Leere. Es entsteht jedoch keine Schutzlücke, die nicht auch bei längerfristigen Maßnahmen bestünde. Bei diesen hat der Betriebsrat den rechtswidrigen Zustand so lange hinzunehmen, bis sein Aufhebungsanspruch rechtskräftig tituliert ist. Je kürzer die rechtswidrige Maßnahme währt, desto geringer ist der Rechtsverstoß.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Form, Ausgestaltung und Verwaltung von Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist. Das Mitbestimmungsrecht

¹¹² EBE/BAG 2009, 181-184; EzA-SD 2009, Nr 24, 8-9; EBE/BAG Beilage 2009, Ls 124/09 (L); FA 2009, 383 (L, K)

setzt nach einem Beschluss des Ersten Senats vom 10. Februar 2009 (- 1 ABR 94/07 -)¹¹³ voraus, dass die Einrichtung für die Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernangehörigen vorgesehen und nicht einem unbestimmten Personenkreis zugänglich ist. Unschädlich ist es jedoch, wenn Außenstehende als Gäste zugelassen werden. Die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG sind belegschaftsbezogen. Dies rechtfertigt es, eine Mitbestimmung zu verneinen, wenn die Sozialeinrichtung unterschiedslos für einen unbestimmten Nutzerkreis geöffnet ist. Maßgeblich für die Beurteilung ist der vom Arbeitgeber vorgegebene Zweck der Sozialeinrichtung. Auf das äußere Erscheinungsbild kommt es hingegen nicht an. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG steht dem Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat zu, für dessen Betrieb, Unternehmen oder Konzern die Sozialeinrichtung errichtet ist.

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. In seinem Beschluss vom 21. Juli 2009 (- 1 ABR 35/08 -)¹¹⁴ hat der Erste Senat entschieden, dass der Betriebsrat im Betrieb des Entleihers seine Zustimmung zur Übernahme eines Leiharbeitnehmers nicht mit der Begründung verweigern kann, die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers verstießen gegen das Gleichstellungsgebot von § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG („equal-pay-Gebot“). Dieses untersagt grundsätzlich Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen. Die Gesamtkonzeption des AÜG gebietet es nicht, im Falle eines Verstoßes gegen das Gleichstellungsgebot bereits die Übernahme des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers als solche zu unterbinden. Erst durch die Übernahme in den Entleiherbetrieb ergibt sich für den Leiharbeitnehmer überhaupt die Möglichkeit, die bei Verletzung des Gleichstellungsgebots bestehenden Ansprüche geltend zu machen.

§ 34 Abs. 3 BetrVG sieht vor, dass die Mitglieder des Betriebsrats das Recht haben, die Unterlagen des Betriebsrats und seiner Ausschüsse jederzeit einzusehen. Nach

¹¹³ AP Nr 21 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung; EzA § 87 BetrVG 2001 Sozialeinrichtung Nr 1; EBE/BAG 2009, 66-69; NZA 2009, 562-565; DB 2009, 1655-1657; ZBVR online 2009, Nr 4, 14-18 (Anm. Süllwold); ArbRB 2009, 169-170 (Anm. Oetter); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 41/09 (L); BB 2009, 893 (L); FA 2009, 175 (L, K); PersF 2009, Heft 8, 95 (L); NJW-Spezial 2009, 276 (red. L, K); ArbuR 2009, 186 (red. L)

¹¹⁴ EBE/BAG 2009, 155-158; NZA 2009, 1156-1159; DB 2009, 2157-2159; ZBVR online 2009, Nr 11, 7-11; ArbR 2009, 120 (Anm. Schindele); ArbRB 2009, 326-327 (Anm. Hülbach); BB 2009, 2251 (L);

einem Beschluss des Siebten Senats vom 12. August 2009 (- 7 ABR 15/08 -)¹¹⁵ gehören zu den Unterlagen iSd. Vorschrift nicht nur die in Papierform verkörperten Aufzeichnungen, sondern sämtliche auf Datenträgern gespeicherten Dateien sowie die Korrespondenz des Betriebsrats unter dessen E-Mail-Anschrift. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass sich jedes Betriebsratsmitglied ohne zeitliche Verzögerung über die Vorgänge im Betriebsrat informieren kann. Dieses Einsichtsrecht kann innerhalb des Betriebsrats nicht durch Maßnahmen nach § 9 Satz 1 BDSG iVm. der dazu geltenden Anlage beschränkt werden. Das BetrVG enthält Vorschriften über den Umgang mit personenbezogenen Daten innerhalb des Betriebsrats, die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vorgehen. Der Betriebsrat ist jedoch dem Datenschutz verpflichtet und hat über Maßnahmen zu beschließen, um einem Missbrauch der Daten innerhalb seines Verantwortungsbereichs zu begegnen.

4. Freizeitausgleich eines Betriebsratsmitglieds

Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich von Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen ist, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied außerhalb seiner Arbeitszeit im Zusammenhang mit betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben aufwendet, können einen Anspruch auf Freizeitausgleich auslösen, wenn eine im Betrieb geltende tarifvertragliche oder betriebliche Regelung über die Durchführung von Dienstreisen die Bewertung von Reisezeiten als Arbeitszeit vorsieht. Dabei hat der Arbeitgeber nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 12. August 2009 (- 7 AZR 218/08 -)¹¹⁶ für die Dauer des Freizeitausgleichs nach dem Lohnausfallprinzip grundsätzlich die Vergütung zu zahlen, die dem Arbeitnehmer zustünde, wenn er keinen Freizeitausgleich erhalten, sondern gearbeitet hätte. Dazu gehören auch die in einem Tarifvertrag geregelten Zeitzuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit. Der Senat hatte nicht zu entscheiden, ob Betriebspartner in einer Betriebsvereinbarung die Höhe der Vergütung für Zeiten des Freizeitausgleichs gegenüber tarifvertraglichen oder gesetzlichen Vorgaben mindern können oder darauf beschränkt sind, Reisezeiten überhaupt nicht oder nur zeit-

EBE/BAG Beilage 2009, Ls 104/09 (L); ArbuR 2009, 436 (L); FA 2009, 386 (L, K); EzA-SD 2009, Nr 20, 13-14 (red. L); Mitbestimmung 2009, Nr 11, 6 (K)

¹¹⁵ EzA-SD 2009, Nr 23, 18-20; NZA 2009, 1218-1221; DB 2009, 2439-2441; ArbR 2009, 168 (Anm. Kramer); FA 2009, 384 (L, K); DSB 2009, Nr 12, 18 (red. L, K); ZTR 2009, 671 (red. L)

¹¹⁶ NZA 2009, 1284-1286; ZBVR online 2009, Nr 11, 11-14 (Anm. Sommer); ArbR 2009, 165 (Anm. Göpfert); EzA-SD 2009, Nr 22, 12-13 (red. L); DB 2009, 2554 (red. L); NJW-Spezial 2009, 772 (red. L, K); FA 2009, 391 (red. L); ZTR 2009, 671-672 (red. L)

weise als Arbeitszeit zu werten und damit den Umfang des Freizeitausgleichsanspruchs zu beeinflussen.

3. Abschnitt Insolvenzrecht

Nach der Entscheidung des Sechsten Senats vom 5. Februar 2009 (- 6 AZR 110/08 -)¹¹⁷ ändert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Einzelunternehmers, der einen Betrieb des Bauhauptgewerbes betreibt, für sich allein nichts an der weiteren Anwendbarkeit des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV). Die Beitragsschuld des Arbeitgebers zu den Sozialkassen des Baugewerbes ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die fortbestehenden Arbeitsverhältnisse eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO, weil die Verpflichtung zur Zahlung des Sozialkassenbeitrags unmittelbar an den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den baugewerblichen Arbeitgeber anknüpft. Der Anwendbarkeit des VTV steht auch nicht entgegen, wenn der Insolvenzverwalter den Geschäftsbetrieb einstellt und allen Arbeitnehmern kündigt. Der Betrieb besteht bis zur rechtlichen Beendigung der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich fort. Durch die Einstellung der Geschäftstätigkeit und die Freistellung der Arbeitnehmer von der Erbringung der Arbeitsleistung ändert sich nicht die arbeitstechnische Zweckrichtung des Betriebs, so dass er nicht den Charakter eines Baubetriebs verliert. Dies gilt auch im Fall einer Freigabe des Betriebsvermögens des Schuldners. Soweit es nach § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unpfändbar ist, hat die Freigabe nur deklaratorische Bedeutung. Aber auch wenn pfändbare Betriebsmittel vorhanden sind, kann der Insolvenzverwalter nicht zusammen mit diesen die zulasten der Masse bestehenden Arbeitsverhältnisse einseitig „freigeben“. Eine einseitige echte Freigabe kann sich nur auf Massegegenstände, nicht dagegen auf zweiseitige Arbeitsverträge beziehen. Gibt der Insolvenzverwalter allerdings Betriebsmittel frei, die sich als eine „Einheit“ iSd. § 613a BGB darstellen, kann entsprechend § 613a BGB das Arbeitsverhältnis auf den Schuldner im Zuge der Freigabe „übergehen“, wenn der Arbeitnehmer nicht entsprechend § 613a Abs. 6 BGB widerspricht.

¹¹⁷ AP Nr 308 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr 136; ZIP 2009, 984-986; EBE/BAG 2009, 82-83; ZInsO 2009, 1116-1119 (Anm. Schmidt); DZWIR 2009, 284-288 (Anm. Heinze); NZA 2009, 1215-1218; EWiR 2009, 615-616 (Anm. Hertzfeld); sj 2009, Nr 12, 40-42 (Anm. Kistlers-Kölkes); FA 2009, 223-224 (L, red. L); ArbuR 2009, 226 (L); DB 2009, 1360 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 57/09 (L)

Nach § 114 Abs. 3 Satz 3 2. Halbs. iVm. § 89 Abs. 2 Satz 2 InsO bleiben vor Insolvenzeröffnung erwirkte Vollstreckungsmaßnahmen von Unterhaltsgläubigern in den erweitert pfändbaren Teil der Bezüge (§ 850d ZPO) wirksam. Ein vor Insolvenzeröffnung zugestellter Pfändungs- und Überweisungsbeschluss behält danach seine Wirkung, soweit er nach Insolvenzeröffnung entstandene Unterhaltsforderungen erfasst. Nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 17. September 2009 (- 6 AZR 369/08 -)¹¹⁸ können demgegenüber rückständige Unterhaltsansprüche ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch dann nicht mehr im Wege der Zwangsvollstreckung begetrieben werden, wenn der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vor Eröffnung der Insolvenz zugestellt worden ist. Rückständige Unterhaltsansprüche aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind bloße Insolvenzforderungen. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens allen Gläubigern eine Einzelvollstreckung wegen Unterhaltsforderungen, die Insolvenzforderungen sind, untersagt. Dies gilt gem. § 294 InsO auch für die Wohlverhaltensphase, wenn dem Schuldner des Verbraucherinsolvenzverfahrens Restschuldbefreiung nach § 291 InsO in Aussicht gestellt wird.

¹¹⁸ FamRZ 2009, 2084-2086; EzA-SD 2009, Nr 25, 7-8 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 128/09 (L); DB 2009, 2668 (red. L); StuB 2009, 825-826 (K); BB 2009, 2141 (K); ArbuR 2009, 356 (K)

4. Abschnitt Prozessrecht

Ermöglicht bei einem Telefongespräch einer der Gesprächspartner einer im Raum befindlichen weiteren Person zielgerichtet, das Gespräch heimlich mitzuhören, indem er zB den Raumlautsprecher des Telefons anstellt oder das Gerät vom Ohr weghält, verletzt er das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners. Der Dritte darf in diesem Fall nicht als Zeuge zum Inhalt der Äußerung des Gesprächspartners vernommen werden. Die gerichtliche Verwertung dieses Beweismittels hätte eine Verletzung des unmittelbar durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Rechts am gesprochenen Wort zur Folge. Mit Urteil vom 23. April 2009 (- 6 AZR 189/08 -)¹¹⁹ musste der Sechste Senat die Situation beurteilen, dass eine Arbeitnehmerin für die Richtigkeit ihrer Behauptung, die Personaldisponentin der Arbeitgeberin habe ihr gesagt, sie solle trotz Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit kommen, andernfalls müsse sie mit einer Kündigung rechnen, sich auf das Zeugnis einer bei dem Telefonat anwesenden Freundin berief, die das Gespräch zufällig ohne ihr Wissen mitgehört habe. Droht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit nicht zur Arbeit erscheint, und kündigt der Arbeitgeber unmittelbar nach der Weigerung des Arbeitnehmers, die Arbeit aufzunehmen, das Arbeitsverhältnis, liegt ein Sachverhalt vor, der eine Maßregelung iSd. § 612a BGB indiziert. Nach der Entscheidung des Sechsten Senats besteht dann, wenn der Beweispflichtige nichts dazu beigetragen hat, dass der Dritte das Telefongespräch mithören konnte, kein Beweisverwertungsverbot, so dass das Landesarbeitsgericht von der Vernehmung der Freundin als Zeugin nur absehen durfte, wenn die Arbeitnehmerin dieser zielgerichtet ermöglicht hatte, das Telefongespräch heimlich mitzuhören.

Die Berufungsbegründung muss als bestimmender Schriftsatz die Unterschrift des für sie verantwortlich Zeichnenden tragen. Nach § 130 Nr. 6 ZPO sollen die vorbereitenden Schriftsätze die Unterschrift der Person, die den Schriftsatz verantwortet, bei Übermittlung durch einen Telefaxdienst (Telekopie) die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie, enthalten. Ein Faksimile-Stempel genügt diesen Anforderungen nach einer Ent-

¹¹⁹ EzA § 611 BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr 9; DB 2009, 1936-1938; NZA 2009, 974-980; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Wartezeit Nr 1; MDR 2009, 1351-1352; AA 2009, 135-137 (Anm. Theus); ArbR 2009, 16 (Anm. Paul); ArbRB 2009, 298-299 (Anm. Boudon); GWR 2009, 306 (Anm. Raif); BB 2009, 1805 (L); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 88/09 (L); ArbuR 2009, 322 (L); ZIP 2009, 2220 (L); ZfPR online 2009, Nr 11, 23-24 (L); FA 2009, 367 (L, red. L); PersR 2009, 470 (L); PersF 2009, Heft 12, 88 (L); ZTR 2009, 661 (L)

scheidung des Zehnten Senats vom 5. August 2009 (- 10 AZR 692/08 -)¹²⁰ nicht. Ein solcher ist keine eigenhändige Unterschrift der Person, die den Schriftsatz verantwortet iSd. § 130 Nr. 6 ZPO. Die Vorschrift enthält trotz der Verwendung der Worte „sollen enthalten“ ein zwingendes Erfordernis der eigenhändigen Unterschriftsleistung. Dieses soll nicht im Zuge der technischen Entwicklung allmählich aufgeweicht werden, sondern weiterhin fortbestehen. In der Rechtsprechung ist es bisher auch nur dort für verzichtbar gehalten worden, einen Schriftsatz mit eigenhändiger Unterschrift zu versehen, wo die technischen Hilfsmittel es so weit wie möglich sicherstellen, dass der Schriftsatz auch tatsächlich vom Urheber herrührt. Die gesetzlichen Ausnahmen von dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschriftsleistung in § 130 Nr. 6 Alt. 2, in §§ 130a und 130b ZPO sowie die Einschränkungen, die durch die Rechtsprechung gemacht wurden, zwingen nicht dazu, die eigenhändige Unterschrift durch einen Faksimile-Stempel für ersetzbar zu halten.

5. Abschnitt Zwangsvollstreckungsrecht

Ergibt sich aus einem Weiterbeschäftigungstitel die Art der ausgeurteilten Beschäftigung des Arbeitnehmers, ist dies nach einem Beschluss des Dritten Senats vom 15. April 2009 (- 3 AZB 93/08 -)¹²¹ für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausreichend. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle, da dem Arbeitgeber das Weisungsrecht nach § 106 GewO zusteht. Es ist ausreichend, wenn eine Verurteilung zur Beschäftigung als „Angestellter“ erfolgt und sich aus dem Titel ergibt, mit welcher Art der Tätigkeit der Arbeitnehmer beschäftigt war. Dabei sind bei der Auslegung des Urteils die in Bezug genommenen Unterlagen mitzuberücksichtigen. Gründe, die bereits Gegenstand des Erkenntnisverfahrens bis zum Erlass des Titels waren, können im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht angeführt werden.

Nach der Entscheidung des Zehnten Senats vom 6. Mai 2009 (- 10 AZR 834/08 -)¹²² wird eine Schadensersatzforderung des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, die an

¹²⁰ EzA-SD 2009, Nr 21, 14-16; NZA 2009, 1165-1168; NJW 2009, 3596-3599; FA 2009, 355 (red. L, K); NJW-Spezial 2009, 707-708 (red. L, K)

¹²¹ EzA § 253 ZPO 2002 Nr 2; NZA 2009, 917-919; MDR 2009, 1284; ArbR 2009, 48 (Anm. Winzer); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 94/09 (L); ArbUR 2009, 323 (L); FA 2009, 319 (L, red. L); NJW-Spezial 2009, 548 (red. L, K); ZTR 2009, 551 (red. L); BB 2009, 1749 (K)

die Stelle eines aufgrund einer tariflichen Ausschlussfrist verfallenen Vergütungsanspruchs tritt, von einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erfasst, der sich auf das gesamte Arbeitseinkommen erstreckt. Es darf zwar kein Zweifel bestehen, welche Forderungen von einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss erfasst werden. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass die Forderungen in allen ihren Einzelheiten gekennzeichnet werden und das Rechtsverhältnis, aus dem sie hergeleitet werden, gemäß der wahren Rechtslage zutreffend bezeichnet wird. Es reicht aus, dass dieses Rechtsverhältnis wenigstens in allgemeinen Umrissen angegeben wird. Wenn ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss von der Pfändung der Forderung auf Zahlung des gesamten Arbeitseinkommens spricht, ist unter „Arbeitseinkommen“ das zu verstehen, was auch § 850 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 ZPO als Arbeitseinkommen iSd. Vollstreckungsrechts definieren. Danach ist nicht nur laufende Arbeitsvergütung Arbeitseinkommen. Eine ungenaue oder unrichtige Bezeichnung des Drittschuldners in dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bewirkt nicht die Nichtigkeit des Beschlusses, wenn trotz der Ungenauigkeit zweifelsfrei feststeht, wer Drittschuldner ist.

¹²² NJW 2009, 2324-2326; ZInsO 2009, 1359-1363; NZA 2009, 805-808; MDR 2009, 989; DRsp IV(424) 190a-b; EzA § 850 ZPO 2002 Nr 1; GWR 2009, 233 (Anm. Chwalisz); EBE/BAG Beilage 2009, Ls 69/09 (L); FA 2009, 288 (L, red. L); ArbuR 2009, 321 (L); ZTR 2009, 663 (L)

C. Über das Bundesarbeitsgericht

I. Bibliothek

Die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts ist die größte juristische Spezialbibliothek mit Schwerpunkt Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Der Bestand umfasste Ende 2009 ca 86.000 Medieneinheiten und 92.000 Tarifverträge in einer hausinternen Sondersammlung.

Seit der Verlegung des Gerichts nach Erfurt im Jahr 1999 steht der Bibliothek im repräsentativen Neubau auf dem Petersberg eine Gesamtfläche von ca 1.700 qm mit 31 Arbeitsplätzen im Lesebereich zur Verfügung. Bestand und Dienstleistungen der Bibliothek sind gezielt auf die Bedürfnisse der Beschäftigten ausgelegt, können aber auch von externen Benutzern während der allgemeinen Dienstzeiten in Anspruch genommen werden. Den Gerichtsangehörigen sind die Bestände jederzeit zugänglich.

Der gesamte Medienbestand ist im Online-Katalog verzeichnet, der an den Arbeitsplätzen im Haus, an den Auskunftsplätzen in der Bibliothek und im Internet nutzbar ist. Der Zeitschriftenbestand der Bibliothek ist außerdem in der Zeitschriftendatenbank (ZDB) nachgewiesen.

Die Bücher sind frei zugänglich nach einer eigenen Systematik gegliedert aufgestellt. Neben dem Online-Katalog stehen verschiedene juristische Datenbanken auf CD-ROM oder online zur Verfügung.

II. Dokumentation

Die Dokumentationsstelle des Bundesarbeitsgerichts wertet die ihr zugänglichen arbeitsrechtlichen Dokumente aus und erfasst sie sowohl in einer hausinternen Datenbank (bis 1999: Rechtskartei) als auch in Dateien, die in das juristische Informationssystem juris Eingang finden. Daneben führt sie eine gerichtsinterne chronologische Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. In einem internen wöchentlich erscheinenden Informationsdienst weist die Dokumentationsstelle auf aktuelle Beiträge und Rechtsentwicklungen im nationalen und supranationalen Arbeitsrecht hin.

Dokumentiert werden insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte, der Arbeitsgerichte, der Schiedsgerichte, der Kirchengerichte (seit 2007) sowie supranationaler Gerichte in Arbeitsrechtsstreitigkeiten, das einschlägige Schrifttum aus Periodika (Fachzeitschriften, Jahrbüchern etc.), Festschriften und anderen Sammelwerken sowie die einschlägigen Verwaltungsvorschriften aus Verkündungsblättern, Ministerialblättern etc., soweit ein Bezug zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsgerichtsbarkeit besteht.

Die juris-Datenbank Rechtsprechung enthält über 1.041.000 Dokumente aus allen Gerichtsbarkeiten, davon etwa ein Drittel mit Langtext. Etwa 73.500 dieser Dokumente betreffen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen. Das sind im Wesentlichen alle veröffentlichten, ab Entscheidungsjahrgang 1980 auch die nicht zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (22.900) sowie die veröffentlichten Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgerichte 42.200, Arbeitsgerichte 7.900).

Seit 1995 werden - unabhängig von ihrer Veröffentlichung - alle beim Bundesarbeitsgericht im Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren anhängigen Instanzentscheidungen mit ihrem Verfahrensgang (Eingang, Terminierung, Erledigungsart und -datum) für die juris-Datenbank dokumentiert, sofern nicht das Verfahren unmittelbar nach Eingang beim Bundesarbeitsgericht beendet wird.

In der juris-Datenbank Literaturnachweise (Aufsätze und Bücher) mit einem Bestand von ca. 761.000 Dokumenten betreffen mehr als 109.000 Dokumente Literatur (seit 1970) mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, etwa 41.500 hiervon wurden vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert.

An Verwaltungsregelungen (Erlassen, Bekanntmachungen, Richtlinien etc.) werden in der juris-Datenbank Verwaltungsvorschriften für den Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts ca. 31.000 Dokumente angeboten. Etwa 3.000 Dokumente davon betreffen Regelungen mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, die zum Teil vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert worden sind.

III. Presse- und Öffentlichkeitsarbeit

Die Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts informiert jeweils in einer vierteljährlichen Terminvorschau über anstehende Verhandlungen in Fällen, die wegen ihres Gegenstands oder wegen der aufgeworfenen Rechtsfragen von besonderem Interesse sind.

Sobald in rechtlich bedeutsamen und für die Öffentlichkeit interessanten Fällen die Entscheidung ergangen ist, wird in einer Pressemitteilung hierüber berichtet. Dabei werden allerdings von den in den Terminvorschauen enthaltenen Verhandlungen nur solche Entscheidungen berücksichtigt, deren tatsächliche Grundlagen und rechtliche Erwägungen für eine derartige Kurzinformation geeignet sind.

Im Jahr 2009 wurden die Terminvorschauen an 631 Abonnenten und die insgesamt 121 Pressemitteilungen an 920 Bezieher versandt.

Das Bundesarbeitsgericht stellt in Zusammenarbeit mit der juris GmbH auch im Internet Informationen zur Verfügung. Unter der Adresse <http://www.bundesarbeitsgericht.de> befinden sich allgemeine Informationen über die Arbeitsgerichtsbarkeit, die Aufgaben des Bundesarbeitsgerichts, die Bibliothek und die Dokumentationsstelle sowie eine Vorschau auf anstehende Verhandlungen. Im Übrigen kann die Sammlung der Pressemitteilungen des laufenden Jahres sowie der vorangegangenen vier Jahre aufgerufen werden.

Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ab 2006 stehen ebenfalls im Internet zur Verfügung. Hier ist eine Suche nach Daten, Nummer der Pressemitteilung oder Textstichworten möglich.

In einem jährlichen Pressegespräch werden ausführlich Geschäftsentwicklung, Schwerpunkte der Rechtsprechung im abgelaufenen Geschäftsjahr und zu erwartende arbeitsrechtliche Fragen erörtert.

Im Jahr 2009 haben 103 Gruppen, und zwar insbesondere Betriebs- und Personalräte sowie Führungskräfte, Referendare, Studenten und Schüler, Verhandlungen des Gerichts besucht. Sie wurden durch wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und wissenschaftliche Mitarbeiter über die zur Entscheidung anstehenden Sachverhalte sowie die Arbeitsgerichtsbarkeit und die Aufgaben des Bundesarbeitsgerichts informiert.

Im Übrigen besteht nach wie vor ein großes Interesse an der Architektur des Gerichtsgebäudes und den Arbeitsbedingungen des Bundesarbeitsgerichts. Auch im vergangenen Jahr besichtigten 22 Besuchergruppen das Bundesarbeitsgericht und wurden von fachkundigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Haus geführt .

Am 14. und 15. Mai fand im Bundesarbeitsgericht zum sechsten Mal ein Europarechtliches Symposium statt. Die Tagung wurde gemeinsam mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband veranstaltet. Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München, referierte zum Thema „Kollektives Arbeitsrecht in Europa - Überblick über das Arbeitskampfrecht und das Tarifsysteem der Mitgliedstaaten“. Über nationale Koalitionsfreiheit vs. europäische Grundfreiheiten sprachen aus deutscher Sicht Herr Dr. Bertram Zwanziger, Richter am Bundesarbeitsgericht, sowie aus schwedischer Sicht Herr Michael Koch, Präsident des Nationalen Arbeitsgerichts Stockholm, Schweden. Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten wurde von Herrn Prof. Dr. Vassilios Skouris, dem Präsidenten des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, betrachtet. Über aktuelle Tendenzen der deutschen und der europäischen Rechtsentwicklung zum Individualrecht referierten aus deutscher Sicht Frau Prof. Dr. Monika Schlachter, Universität Trier, und aus europäischer Sicht Herr Prof. Dr. Ulrich Runggaldier, Universität Wien. Das Symposium wurde von insgesamt mehr als 300 in- und ausländischen Gästen besucht.

Im Jahr 2009 waren Delegationen aus Spanien, Russland und China sowie von verschiedenen Institutionen aus dem Inland zu Gast beim Bundesarbeitsgericht und informierten sich über die Arbeit eines Obersten Gerichtshofes des Bundes vor Ort .

Übersicht über die Pressemitteilungen 2009

lfd. Nr.	Nr.	Datum	Stichwort
1824	1/09	13.01.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 5 AZR 31/08 -
1825	2/09	14.01.09	Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner bei betrieblicher Hinterbliebenenrente - 3 AZR 20/07 -
1826	3/09	14.01.09	Unverfallbarkeitsfrist bei Versorgungszusagen aus der Zeit vor dem 1. Januar 2001 - 3 AZR 529/07 -
1827	4/09	14.01.09	Überlange Bindung des Arbeitnehmers durch Rückzahlungsklauseln für Fortbildungskosten - 3 AZR 900/07 -
1828	5/09	15.01.09	Betriebsbedingte Änderungskündigung gegenüber Leiharbeiter mit dem Ziel der arbeitsvertraglichen Bindung an tarifvertragliche Regelungen der Verleihbranche - 2 AZR 641/07 -
1829	6/09	15.01.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 2 AZR 282/07 -
1830	7/09	20.01.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 9 AZR 171/08 -
1831	8/09	20.01.09	Gewerkschaftswerbung per E-Mail - 1 AZR 515/08 -
1832	9/09	22.01.09	Keine Zeitgutschrift bei Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter während der Gleitzeit - 6 AZR 78/08 -
1833	10/09	22.01.09	Diskriminierung wegen des Alters - Entschädigung - 8 AZR 906/07 -
1834	11/09	28.01.09	Geschäftslage des Bundesarbeitsgerichts zum 1. Januar 2009
1835	12/09	28.01.09	Eingruppierung in der Entgeltgruppe 1 TVöD - Beschäftigte mit einfachsten Tätigkeiten - 4 ABR 92/07 -
1836	13/09	02.02.09	Richter am Bundesarbeitsgericht Günther Bott im Ruhestand

1837	14/09	05.02.09	Stundenweise Rufbereitschaft iSv. § 8 Abs. 3 TVöD - 6 AZR 114/08 -
1838	15/09	05.02.09	Ansprüche der ZVK auf Sozialkassenbeiträge nach Insolvenz eines Einzelunternehmers - 6 AZR 110/08 -
1839	16/09	10.02.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 3 AZR 483/06 -
1840	17/09	10.02.09	Betriebsrentenanpassung im Konzern - 3 AZR 727/07 -
1841	18/09	17.02.09	Arbeitskleidung - Kostenpauschale - Pfändungsschutz - 9 AZR 676/07 -
1842	19/09	19.02.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 2 AZR 649/07 -
1843	20/09	19.02.09	Betriebsübergang - Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses - Rechtsmissbrauch - 8 AZR 176/08 -
1844	21/09	25.02.09	Mitteilung zum Verfahren - 7 AZR 710/07 -
1845	22/09	25.02.09	Fallgruppenübergreifender Bewährungsaufstieg - 4 AZR 19/08 -
1846	23/09	05.03.09	Europarechtliches Symposium beim Bundesarbeitsge- richt
1847	24/09	10.03.09	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 695/08 -
1848	25/09	10.03.09	Mitbestimmung bei Verschwiegenheitserklärung - 1 ABR 87/07 -
1849	26/09	12.03.09	Kündigung des Arbeitnehmers - 2 AZR 894/07 -
1850	27/09	18.03.09	Zur Zulässigkeit „einfacher Differenzierungsklauseln“ - 4 AZR 64/08 -
1851	28/09	18.03.09	Tarifliche Funktionszulage bei Teilzeitarbeit - 10 AZR 338/08 -
1852	29/09	19.03.09	Gesetzliche Überleitung eines Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber - Gleichbehandlung - 8 AZR 689/07 -

1853	30/09	19.03.09	Verzicht auf Lohnansprüche, um einen Betriebsübergang zu ermöglichen - 8 AZR 722/07 -
1854	31/09	24.03.09	Urlaubsabgeltung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit - 9 AZR 983/07 -
1855	32/09	24.03.09	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 109/08 -
1856	33/09	25.03.09	Sachgrundlose Befristung und kirchliche Arbeitsrechtsregelungen - 7 AZR 710/07 -
1857	34/09	26.03.09	Sonderkündigungsschutz für Abfallbeauftragten - 2 AZR 633/07 -
1858	35/09	21.04.09	Vorzeitige Beendigung und Übertragung von Elternzeit - 9 AZR 391/08 -
1859	36/09	21.04.09	Außerplanmäßige Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze; ergänzende Auslegung einer Versorgungsordnung - 3 AZR 695/08 -
1860	37/09	22.04.09	Vergütung während der Kurzarbeit - Baugewerbe - 5 AZR 310/08 -
1861	38/09	22.04.09	Lohnwucher - 5 AZR 436/08 -
1862	39/09	22.04.09	Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei der Überleitung in die Entgeltordnung des TVöD - 4 ABR 14/08 -
1863	40/09	22.04.09	Unzureichende Trennung zwischen tarifgebundenen und nicht-tarifgebundenen Mitgliedern in der Satzung eines Arbeitgeberverbandes - 4 AZR 111/08 -
1864	41/09	23.04.09	Mithören von Telefongesprächen - Beweisverwendungsverbot - 6 AZR 189/08 -
1865	42/09	23.04.09	Personalratsanhörung bei Probezeitkündigung - 6 AZR 516/08 -
1866	43/09	30.04.09	Richterin am Bundesarbeitsgericht Birgit Reinecke im Ruhestand

1867	44/09	30.04.09	Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Friedhelm Rost im Ruhestand
1868	45/09	13.05.09	Europarechtliches Symposium
1869	46/09	19.05.09	Urlaubsgeld bei dauernder Arbeitsunfähigkeit - 9 AZR 477/07 -
1870	47/09	19.05.09	Anspruch auf rauchfreien Arbeitsplatz - 9 AZR 241/08 -
1871	48/09	20.05.09	„Andere Abmachung“ nach Ablauf des Tarifvertrages - 4 AZR 230/08 -
1872	49/09	20.05.09	Mitteilung zum Verfahren - 4 ABR 18/08 -
1873	50/09	26.05.09	Altersdifferenzierung in Sozialplänen - 1 AZR 198/08 -
1874	51/09	26.05.09	Gläubigerschutz nach Ende eines Beherrschungsvertrages; Sicherheitsleistung für künftige Rentenanpassungen - 3 AZR 369/07 -
1875	52/09	28.05.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 8 AZR 287/08 -
1876	53/09	28.05.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 8 AZR 520/08 -
1877	54/09	28.05.09	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts - 8 AZR 536/08 -
1878	55/09	28.05.09	Keine Vergütung von zwangsläufig an Bord eines Schiffes verbrachter Freizeit - 8 AZR 141/08 -
1879	56/09	28.05.09	Kündigung eines Arbeitnehmers in Vorgesetztenstellung wegen „ungebührlichen Behandelns“ von Untergebenen - 2 AZR 403/06 -
1880	57/09	28.05.09	Nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage - Zurechnung des Verschuldens eines gewerkschaftlichen Bevollmächtigten - 2 AZR 548/08 -
1881	58/09	08.06.09	Terminaufhebung 10. Juni 2009 in Sachen - 4 AZR 227/08 -

1882	59/09	16.06.09	Mitteilung zum Verfahren - 1 ABR 32/09 -
1883	60/09	17.06.09	Mitteilung zum Beschlussverfahren - 7 ABR 96/07 -
1884	61/09	17.06.09	Wirksamkeit tariflicher Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten - 7 AZR 12/08 (A) -
1885	62/09	23.06.09	Abmahnung wegen Weigerung, an einem Personalge- spräch teilzunehmen - 2 AZR 606/08 -
1886	63/09	23.06.09	Kündigung eines angestellten Pressefotografen wegen seines Auftretens in der Öffentlichkeit - 2 AZR 283/08 -
1887	64/09	24.06.09	Vergleichsentgelt bei Überleitung eines Arbeitsverhält- nisses vom BAT in den TVöD - 8 AZR 236/08 -
1888	65/09	24.06.09	Freistellung von der Haftung - Ausschlussfrist - 8 AZR 236/08 -
1889	66/09	24.06.09	Betriebsübergang - Callcenter - 8 AZR 258/08 -
1890	67/09	01.07.09	Nachbindung an einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 3 TVG - „Andere Abmachung“ nach § 4 Abs. 5 TVG - 4 AZR 261/08 -
1891	68/09	01.07.09	„Andere Abmachung“ nach § 4 Abs. 5 TVG - 4 AZR 250/08 -
1892	69/09	08.07.09	Burghard Kreft neuer Vorsitzender Richter am Bun- desarbeitsgericht
1893	70/09	15.07.09	Gleichbehandlung bei Lohnerhöhungen - 5 AZR 486/08 -
1894	71/09	21.07.09	Beschwerdestelle nach AGG und Mitbestimmung des Betriebsrats - 1 ABR 42/09 -
1895	72/09	23.07.09	Betriebsübergang - Verwirkung des Widerspruchs- rechts des Arbeitnehmers - 8 AZR 357/08 -
1896	73/09	23.07.09	Neue Richterin am Bundesarbeitsgericht Kristina Schmidt

1897	74/09	23.07.09	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Waldemar Reinfelder
1898	75/09	23.07.09	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinrich Kiel
1899	76/09	28.07.09	Nichtzulassungsbeschwerde - 3 AZN 224/09 -
1900	77/09	29.07.09	Tarifvertrag über die Zuordnung von Betrieben - 7 ABR 27/08 -
1901	78/09	05.08.09	Gleichbehandlung von Arbeitnehmern bei freiwilligen Sonderzahlungen - 10 AZR 666/08 -
1902	79/09	13.08.09	Besitzstandszulage für kinderbezogenen Ortszuschlag und Gegenkonkurrenzklausel der AVR Caritas - 6 AZR 319/08 -
1903	80/09	13.08.09	Stufenaufstieg von Arbeitern des öffentlichen Dienstes - 6 AZR 177/08 -
1904	81/09	18.08.09	Altersdiskriminierende Stellenausschreibung - 1 ABR 47/08 -
1905	82/09	20.08.09	Abmahnung wegen religiöser Kopfbedeckung in der Schule - 2 AZR 499/08 -
1906	83/09	26.08.09	Weiterführung eines Sanierungstarifvertrages nach Betriebsübergang - 4 AZR 280/08 -
1907	84/09	26.08.09	Keine OT-Mitgliedschaft ohne rechtswirksame Satzung - 4 AZR 294/08 -
1908	85/09	27.08.09	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Wilhelm Mestwerdt
1909	86/09	27.08.09	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Josef Biebl
1910	87/09	27.08.09	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Jens Suckow
1911	88/09	02.09.09	Befristung eines Arbeitsvertrags nach § 57b Abs. 1 Satz 2 HRG - 7 AZR 291/08 -
1912	89/09	02.09.09	Wirksamkeit einer Haushaltsbefristung - 7 AZR 162/08 -

1913	90/09	15.09.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 9 AZR 637/08 -
1914	91/09	15.09.09	Rückzahlung von Ausbildungskosten - 3 AZR 173/08 -
1915	92/09	15.09.09	Gezillmerte Versicherungstarife bei Entgeltumwandlungen - 3 AZR 17/09 -
1916	93/09	17.09.09	Zwangsvollstreckung von rückständigen Unterhaltsansprüchen in der Verbraucherinsolvenz des Unterhaltsschuldners - 6 AZR 369/08 -
1917	94/09	17.09.09	Bestimmung des Vergleichsentgelts bei Beschäftigung des Ehegatten beim Bayerischen Roten Kreuz (BRK) - 6 AZR 481/08 -
1918	95/09	22.09.09	Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ - 1 AZR 972/08 -
1919	96/09	23.09.09	Entgeltsteigerung aufgrund von Tätigkeitszeiten als Arzt im Praktikum (AiP)? - 4 AZR 382/08 -
1920	97/09	24.09.09	Entschädigung wegen Belästigung - Ausländerfeindliche Parolen - 8 AZR 705/08 -
1921	98/09	24.09.09	Pflicht des Arbeitgebers zur Wahrung der Interessen seiner Arbeitnehmer - 8 AZR 444/08 -
1922	99/09	30.09.09	Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts Hans-Jürgen Dörner im Ruhestand
1923	100/09	30.09.09	Dr. Rudi Müller-Glöge neuer Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts
1924	101/09	01.10.09	Wolfgang Linsenmaier neuer Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht
1925	102/09	01.10.09	Neue Pressesprecher beim Bundesarbeitsgericht
1926	103/09	22.10.09	Mitteilung zum Rechtsstreit - 8 AZR 520/08 -
1927	104/09	22.10.09	Betriebsübergang - Haftung des Betriebserwerbers - 8 AZR 766/08 -
1928	105/09	30.10.09	Richter am Bundesarbeitsgericht Johann Kremhelmer im Ruhestand

1929	106/09	30.10.09	Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Peter Freitag im Ruhestand
1930	107/09	30.10.09	Prof. Dr. Ernst Mikosch neuer Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht
1931	108/09	10.11.09	Betriebliche Altersversorgung: Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten - 3 AZR 406/08 -
1932	109/09	11.11.09	Mitteilung zum Verfahren - 7 AZR 387/08 -
1933	110/09	17.11.09	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 745/08 -
1934	111/09	18.11.09	Wirksame Vertretung bei Abschluss eines Firmentarif- vertrages - keine neue Entscheidung zur Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln - 4 AZR 491/08 -
1935	112/09	19.11.09	Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienst - 6 AZR 624/08 -
1936	113/09	19.11.09	Berücksichtigung von Verspätungen im Busbetrieb bei der tariflich geregelten teilweisen Anrechnung von Lenkzeitunterbrechungen auf die Arbeitszeit - 6 AZR 374/08 -
1937	114/09	09.12.09	Oberärztin/Oberarzt - neue Eingruppierungsregeln - 4 AZR 841/08 -
1938	115/09	10.12.09	Mitteilung zum Verfahren - 2 AZR 618/08 -
1939	116/09	15.12.09	Höhe des Urlaubsentgelts - 9 AZR 887/08 -
1940	117/09	17.12.09	Keine gleichheitswidrige Begünstigung von Arbeitern gegenüber Angestellten bei Überleitung in den TVöD - 6 AZR 665/08 -
1941	118/09	17.12.09	Entschädigung wegen Diskriminierung bei der Stellen- besetzung aufgrund einer vermuteten Behinderung - 8 AZR 670/08 -
1942	119/09	17.12.09	Entschädigung wegen Altersdiskriminierung bei der Einstellung - 8 AZR 780/08 -
1943	120/09	17.12.09	Betriebsübergang bei Änderung des Betriebskonzepts - 8 AZR 1019/08 -

1944	121/09	22.12.09	Abfindung der im Insolvenzverfahren erdienten Versorgungsanwartschaft - 3 AZR 814/07 -
------	---------------	----------	---

IV. Personalien

Richter am Bundesarbeitsgericht Günther Bott ist mit Ablauf des 31. Januar 2009 in den Ruhestand getreten. Er gehörte seit April 1994 dem Vierten Senat an. (Pressemitteilung Nr. 13/09)

Richterin am Bundesarbeitsgericht Birgit Reinecke ist mit Ablauf des 30. April 2009 in den Ruhestand getreten. Sie gehörte seit Januar 1997 dem Neunten Senat an. (Pressemitteilung Nr. 43/09)

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Friedhelm Rost ist mit Ablauf des 30. April 2009 in den Ruhestand getreten. Prof. Dr. Rost wurde im Juli 1991 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt und gehörte überwiegend dem Ersten Senat an. Am 1. Oktober 2000 wurde er zum Vorsitzenden Richter ernannt und leitete seitdem den Zweiten Senat. (Pressemitteilung Nr. 44/09)

Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts Hans-Jürgen Dörner ist mit Ablauf des 30. September 2009 in den Ruhestand getreten. Im Februar 1986 wurde Herr Dörner zum Richter am Bundesarbeitsgericht berufen und war zunächst im Sechsten und Neunten Senat tätig. Am 12. Juli 1996 wurde er zum Vorsitzenden Richter ernannt und leitete seitdem den Siebten Senat. Am 1. September 2002 wurde Herr Dörner zum Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts ernannt. (Pressemitteilung Nr. 99/09)

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Peter Freitag ist mit Ablauf des 31. Oktober 2009 in den Ruhestand getreten. Dr. Freitag wurde im Februar 1986 zum Richter am Bundesarbeitsgericht berufen. Er gehörte dem Vierten, dem Zehnten und dem Sechsten Senat als Richter an. Nach seiner Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht im Januar 1998 leitete er den Zehnten Senat. (Pressemitteilung Nr. 106/09)

Richter am Bundesarbeitsgericht Johann Kremhelmer ist mit Ablauf des 31. Oktober 2009 in den Ruhestand getreten. Herr Kremhelmer wurde im Mai 1990 zum Richter am Bundesarbeitsgericht berufen. Er war zunächst dem Siebten und kurzzeitig dem Zweiten Senat zugeteilt. Seit 1994 gehörte er dem Dritten Senat an. (Pressemitteilung Nr. 105/09)

Der Bundespräsident hat das Mitglied des niedersächsischen Landesrechnungshofs Dr. Heinrich Kiel am 23. Juli 2009 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Dr. Kiel wurde dem Siebten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 75/09)

Der Bundespräsident hat den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Waldemar Reinfelder am 23. Juli 2009 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Reinfelder wurde dem Neunten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 74/09)

Der Bundespräsident hat die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Kristina Schmidt am 23. Juli 2009 zur Richterin am Bundesarbeitsgericht ernannt. Frau Schmidt wurde dem Achten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 73/09)

Der Bundespräsident hat den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Josef Biebl mit Wirkung vom 1. November 2009 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Dr. Biebl wurde dem Fünften Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 86/09)

Der Bundespräsident hat den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Wilhelm Mestwerdt mit Wirkung vom 1. November 2009 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Mestwerdt wurde dem Zehnten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 85/09)

Der Bundespräsident hat den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Jens Suckow mit Wirkung vom 1. November 2009 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Dr. Suckow wurde dem Dritten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 87/09)

Am 8. Juli 2009 wurde der Richter am Bundesarbeitsgericht Burghard Kreft zum Vorsitzenden Richter ernannt. Herr Kreft, der zuvor dem Ersten Senat angehörte, übernahm den Vorsitz im Zweiten Senat. (Pressemitteilung Nr. 69/09)

Am 1. Oktober 2009 wurde der Vorsitzende Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Rudi Müller-Glöge zum neuen Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts ernannt. Herr Dr. Müller-Glöge ist Vorsitzender des Fünften Senats. (Pressemitteilung Nr. 100/09)

Mit Wirkung vom 1. Oktober 2009 wurde der Richter am Bundesarbeitsgericht Wolfgang Linsenmaier zum Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Linsenmaier, der zuvor dem Ersten Senat angehörte, übernahm den Vorsitz im Siebten Senat. (Pressemitteilung Nr. 101/09)

Mit Wirkung vom 1. November 2009 wurde der Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ernst Mikosch zum Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Prof. Dr. Mikosch, der zuvor dem Fünften Senat angehörte, übernahm den Vorsitz im Zehnten Senat. (Pressemitteilung Nr. 107/09)

Richter am Bundesarbeitsgericht Christoph Schmitz-Scholemann wurde am 1. Oktober 2009 zum neuen Pressesprecher des Bundesarbeitsgerichts berufen. Neue stellvertretende Pressesprecherin ist Richterin am Bundesarbeitsgericht Inken Gallner. (Pressemitteilung Nr. 102/09)

D. Tabellarischer Anhang

Geschäftsjahr 2009

Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Zeilen Nr.	Anhängige Verfahren	Verfahren	
		Insgesamt	Veränderungen gegenüber Vorjahr
1	Revisionen		
11	Unerledigte Revisionen am Jahresanfang	1252	+ 159
12	Eingelegte Revisionen	873	- 172
	davon aus:		
1201	Baden-Württemberg	47	- 62
1202	Bayern	85	- 41
1203	Berlin-Brandenburg	104	+ 9
1204	Bremen	8	- 7
1205	Hamburg	30	+ 2
1206	Hessen	105	- 31
1207	Mecklenburg-Vorpommern	11	- 11
1208	Niedersachsen	71	+ 17
1209	Nordrhein-Westfalen	273	- 40
1210	Rheinland-Pfalz	26	- 7
1211	Saarland	11	+ 5
1212	Sachsen	29	- 14
1213	Sachsen-Anhalt	31	+ 2
1214	Schleswig-Holstein	36	+ 9
1215	Thüringen	6	- 3
13	Revisionen insgesamt	2125	- 13
14	Erledigte Revisionen	911	+ 25
141	Nach der Art der Erledigung:		
1411	Streitiges Urteil	594	+ 69
1412	Sonstiges Urteil	2	0
1413	Beschluss nach § 91a ZPO	3	- 23
1414	Sonstigen Beschluss	6	- 8
1415	Vergleich	82	- 25
1416	Rücknahme	213	+ 27
1417	Auf sonstige Art	11	- 15
142	Durch Streitiges Urteil erledigte Revisionen (Zeile 1411) nach der Dauer des Verfahrens		
1421	bis zu 6 Monaten	3	- 1
1422	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	178	+ 59
1423	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	400	+ 25
1424	über 2 Jahren	15	- 12

15	Unerledigte Revisionen am Jahresende	1214	- 38
2	Rechtsbeschwerden		
21	Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresanfang	132	+ 33
22	Eingereichte Rechtsbeschwerden	141	+ 37
	davon aus:		
2201	Baden-Württemberg	12	+ 11
2202	Bayern	9	+ 14
2203	Berlin-Brandenburg	14	+ 4
2204	Bremen	3	+ 2
2205	Hamburg	5	+ 10
2206	Hessen	13	+ 16
2207	Mecklenburg-Vorpommern	3	0
2208	Niedersachsen	11	+ 8
2209	Nordrhein-Westfalen	32	+ 22
2210	Rheinland-Pfalz	1	+ 3
2211	Saarland	33	+ 1
2212	Sachsen	2	+ 1
2213	Sachsen-Anhalt	0	- 1
2214	Schleswig-Holstein	3	- 8
2215	Thüringen	0	0
23	Rechtsbeschwerden insgesamt	273	+ 70
24	Erledigte Rechtsbeschwerden	102	+ 31
	davon:		
241	durch mündliche Verhandlung	36	+ 8
242	ohne mündliche Verhandlung	10	- 3
243	durch Einstellung des Verfahrens gem. § 94 Nr. 3 ArbGG oder auf sonstige Art	56	+ 26
25	Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden (Zeilen 241 - 242) nach der Dauer des Verfahrens		
251	bis zu 6 Monaten	1	+ 1
252	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	5	+ 2
253	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	38	+ 1
254	über 2 Jahre	1	0
26	Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresende	171	- 32

3	Nichtzulassungsbeschwerden		
31	Verfahren gem. § 72a ArbGG		
311	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	286	- 198
312	Beantragte Verfahren	1125	- 112
313	Verfahren insgesamt	1411	- 310
314	Erledigte Verfahren	1160	- 275
	davon durch:		
3141	Stattgebenden Beschluss	82	0
3142	Zurückweisung	463	- 140
3143	Zurückverweisung	55	+ 1
3144	Verwerfung	350	- 121
3145	Rücknahme	200	- 2
3146	Auf sonstige Art	10	- 13
3147	Unerledigte Verfahren am Jahresende	251	- 35
32	Verfahren gem. § 92a ArbGG		
321	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	22	+ 1
322	Beantragte Verfahren	118	+ 10
323	Verfahren insgesamt	140	+ 11
324	Erledigte Verfahren	112	+ 5
	davon durch:		
3241	Stattgebenden Beschluss	12	+ 8
3242	Zurückweisung	64	+ 26
3243	Zurückverweisung	1	- 1
3244	Verwerfung	8	- 37
3245	Rücknahme	20	+ 4
3246	Auf sonstige Art	7	+ 5
3247	Unerledigte Verfahren am Jahresende	28	+ 6
4	Revisionsbeschwerden		
41	Verfahren gem. § 72b ArbGG:		
411	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	0	0
412	Beantragte Verfahren	3	- 1
413	Verfahren insgesamt	3	- 1
414	Erledigte Verfahren	2	- 2
	davon durch:		
4141	Stattgebenden Beschluss (Zurückverweisung)	1	- 3
4142	Zurückweisung	1	+ 1
4143	Verwerfung	0	0
4144	Rücknahme	0	0
4145	Auf sonstige Art	0	0
415	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	+ 1

42	Verfahren gem. § 77 ArbGG:		
421	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	3	+ 1
422	Beantragte Verfahren	5	- 6
423	Verfahren insgesamt	8	- 5
424	Erledigte Verfahren	7	- 3
	davon durch:		
4241	Stattgebenden Beschluss	0	0
4242	Zurückweisung	0	- 1
4243	Verwerfung	6	- 2
4244	Rücknahme	0	0
4245	Auf sonstige Art	1	0
425	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	- 1
43	Verfahren gem. § 78 ArbGG:		
431	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	12	0
432	Beantragte Verfahren	30	- 56
433	Verfahren insgesamt	42	- 56
434	Erledigte Verfahren	35	- 51
	davon durch:		
4341	Stattgabe	6	- 5
4342	Zurückweisung	12	- 2
4343	Verwerfung	13	- 34
4344	Rücknahme	3	- 6
4335	Auf sonstige Art	1	- 4
435	Unerledigte Verfahren am Jahresende	7	- 5
5	Bestimmungen des zuständigen Gerichts		
51	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	2	+ 1
52	Eingereichte Anträge	4	+ 2
53	Anträge insgesamt	6	+ 3
54	Erledigte Anträge	6	+ 4
55	Unerledigte Anträge am Jahresende	0	- 1
6	Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe		
61	Anträge außerhalb einer anhängigen Revision:		
611	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	2	- 3
612	Eingereichte Anträge	23	+ 6
613	Anträge insgesamt	25	+ 3
614	Erledigte Anträge	25	+ 5
615	Unerledigte Anträge am Jahresende	0	- 2

62	Ergangene Entscheidungen bei anhängigen Revisionsverfahren (Zahl der Beschlüsse)	8	- 16
7	Entscheidung über Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung	8	- 5
8	In das allgemeine Register eingetragene Anträge und Anfragen	361	+ 274
9	Großer Senat (Anrufungen)		
91	Unerledigte Vorlagen am Jahresanfang	0	0
92	Eingereichte Vorlagen	0	0
93	Vorlagen insgesamt	0	0
94	Entschiedene Vorlagen	0	0
95	Unerledigte Vorlagen am Jahresende	0	0

Revisionen (AZR) nach der Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2009

Art der Erledigungen		Zulassung		Summe Spalten 2a –2b	Entschieden zu- gunsten	
		durch LAG	durch BAG		Arbeit- geber	Arbeit- nehmer
1		2a	2b	3	3a	3b
I.	durch streitiges Urteil					
	1. als unzulässig verworfen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	3	0	3	2	1
	b) im schriftlichen Verfahren	0	0	0	0	0
	2. als unbegründet zurückgewiesen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	368	21	389	208	181
	b) im schriftlichen Verfahren	30	2	32	21	11
	3. unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zurückverwiesen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	45	4	49	20	29
	b) im schriftlichen Verfahren	1	1	2	2	0
	4. der Revision ganz oder teilweise stattgegeben					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	110	4	114	56	58
	b) im schriftlichen Verfahren	5	0	5	3	2
II.	durch sonstiges Urteil	2	0	2	0	2
III.	durch Beschluss					
	1. als unzulässig verworfen	6	0	6	2	2
	2. Kostenbeschluss § 91a ZPO	3	0	3		
IV.	durch Vergleich					
	1. gerichtlichen Vergleich	69	7	76		
	2. außergerichtlichen Vergleich	6	0	6		
V.	durch Rücknahme	208	5	213		
VI.	auf sonstige Art	11	0	11		
	Summe	867	44	911	314	286

Rechtsbeschwerden (ABR) nach Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2009

Zulassung	Zulassung		Summe Spalte 2a-2b
	durch LAG	durch BAG	
1	2a	2b	3
1. Als unzulässig verworfen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	0	0	0
b) Ohne mündliche Anhörung	1	0	1
2. Als unbegründet zurückgewiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	21	0	21
b) Ohne mündliche Anhörung	4	0	4
3. Aufgehoben und zurückverwiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	4	1	5
b) Ohne mündliche Anhörung	4	0	4
4. Ganz oder teilweise stattgegeben			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	10	0	10
b) Ohne mündliche Anhörung	1	0	1
5. Einstellung gem. § 94 Abs. 3 ArbGG	30	1	31
6. Sonstige Art	25	0	25
Summe	100	2	102

Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Ingrid Schmidt

1. Senat

Materielles Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und kirchliches Mitarbeitervertretungsrecht, Vereinigungsfreiheit, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit, Arbeitskampfrecht

Vorsitzende:
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts
Schmidt

2. Senat

Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung sowie daran anschließende Weiterbeschäftigungs- und Abfindungsansprüche, Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung, Abmahnungen

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Kreft

3. Senat

Betriebliche Altersversorgung und Lebensversicherung einschließlich Versorgungsschäden, Fragen der Berufsbildung

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Dr. Reinecke

4. Senat

Tarifvertragsrecht und Recht der Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgesellschaften, Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen sowie Beschäftigung nach bestimmten Vergütungs- und Lohngruppen

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Prof. Bepler

5. Senat

Arbeitnehmerstatus, Arbeitsentgeltansprüche einschließlich Ansprüche aus Annahmeverzug, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und für Feiertage, Mutterschutz

Vorsitzender:
Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts
Dr. Müller-Glöge

6. Senat

Auslegung von Tarifverträgen und Dienstordnungen im öffentlichen Dienst, bei der Deutschen Bahn, der Deutschen Post, der Postbank, der Deutschen Telekom und bei den Alliierten Streitkräften sowie von Tarifverträgen und Arbeitsvertragsrichtlinien im kirchlichen Bereich, Insolvenzrecht, Beendigung des Arbeitsverhältnisses in anderer Weise als durch Kündigung sowie daran anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung, Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Dr. Fischermeier

7. Senat

Formelles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund einer Befristung oder Bedingung oder aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, Ansprüche auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgerichts
Linsenmaier

8. Senat

Schadensersatz, Betriebsübergang

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Hauck

9. Senat

Recht des Erholungs-, Bildungs-, Sonder- und Erziehungsurlaubs sowie der Elternzeit, Vorruhestand- und Altersteilzeit, Zeugnisrecht, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst, Arbeitnehmererfindungen

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Düwell

10. Senat

Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen, Tätigkeitszulagen und Erschwerniszulagen, ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen, Wettbewerbs-, Handelsvertreter- und Zwangsvollstreckungsrecht, Streitigkeiten über Rechtsfragen, die das Verhältnis zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien betreffen

Vorsitzender:
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht
Prof. Dr. Mikosch

Großer Senat

Vorsitzende:
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts
Schmidt

Verwaltungsabteilung

Frau Fuchs

Bibliothek
Frau Lieberknecht

Geschäftsstelle
Frau Lißner

Dokumentationsstelle
Frau Kagemann