

## BBH-News zum Arbeitsrecht

Oktober 2011

Mit diesem Newsletter informieren wir Sie in regelmäßigen Abständen über interessante Neuigkeiten und Entwicklungen im Bereich des Arbeitsrechts, insbesondere mit Bezug zur Energieversorgung und zur Kommunalwirtschaft. Im Mittelpunkt dieser Ausgabe steht eine aktuelle Entscheidung des BAG zur Frage, welche Arbeitnehmervertretung ein öffentlicher Arbeitgeber beteiligen muss, bevor er einem an eine privatrechtlich organisierte Einrichtung entsandten Arbeitnehmer kündigt. Zudem liegen aktuelle BAG-Urteile zu Folgefragen der durch den EuGH geänderten Urlaubsrechtsprechung sowie zum Tarifvertrag Versorgungsbetriebe vor. Weitere Beiträge zu aktuellen arbeitsrechtlichen Themen finden Sie auch im Internet in unserem Blog unter <http://www.derenergieblog.de/category/arbeitsrecht>. Sofern Sie Fragen zu einzelnen Themen haben, zögern Sie nicht, uns anzusprechen. Wir freuen uns über Ihre Meinung zu den BBH-News sowie Anregungen zu künftigen Inhalten. Ihre Ansprechpartner finden Sie am Schluss des Newsletters.

### Inhaltsübersicht

- TEIL 1: BAG: ANHÖRUNG DES BETRIEBSRATS VOR EINER KÜNDIGUNG DURCH ÖFFENTLICHE ARBEITGEBER BEI PERSONALGESTELLUNG AN EIN GEMEINSCHAFTSUNTERNEHMEN**  
**TEIL 2: BAG: ZEITLICHE GRENZEN FÜR URLAUBS- UND URLAUBSABGELTUNGSANSPRÜCHE**  
**TEIL 3: BAG: WANN IST EIN FEIERTAG EIN ZUSCHLAGSPFLICHTIGER FEIERTAG?**  
**TEIL 4: LAG HAMM: KEINE AUßERORDENTLICHE KÜNDIGUNG BEI VERARBEITUNG DES BÜROALLTAGS IN EINEM ROMAN**

#### Teil 1: BAG: Anhörung des Betriebsrats vor einer Kündigung durch öffentliche Arbeitgeber bei Personalgestellung an ein Gemeinschaftsunternehmen

Gem. § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Spricht der Arbeitgeber die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats aus, ist die Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Das BAG hatte am 09.06.2011 (6 AZR 132/10) anlässlich einer ordentlichen Probezeitkündigung vom 22.09.2008 über folgende Konstellation zu entscheiden:

Der zum 01.04.2008 von der beklagten Stadt eingestellte Kläger wurde mit seinem Einverständnis einer in der Rechtsform einer GmbH gebildeten gemeinsamen Einrichtung der Beklagten und der örtlichen Arbeitsagentur (ARGE) zugewiesen. Ein Kooperationsvertrag sah vor, dass die Beklagte das notwendige Personal zur Verfügung stellen und alleinige Dienstherrin bzw. Arbeitgeberin der entsandten Beamten und Angestellten bleiben soll. Der Geschäftsführer der GmbH erhielt nur ein fachliches Weisungsrecht.



Am 13.08.2008 wurde in der gemeinsamen Einrichtung ein eigener Betriebsrat gewählt. Vor Ausspruch der Kündigung hörte die beklagte Stadt nur den bei ihr bestehenden Personalrat an; eine Anhörung des bei der GmbH gewählten Betriebsrates unterblieb.

Der Kläger machte geltend, die Kündigung sei mangels Anhörung des bei der GmbH gewählten Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Die Vorinstanzen folgten dieser Ansicht und gaben der Klage statt.

Das BAG erklärte die Kündigung nun für wirksam und wies die Klage ab. Dabei kam es zu dem Ergebnis, dass wie bei der Arbeitnehmerüberlassung auch in gleichgelagerten Fällen der Personalgestellung grundsätzlich nur der Betriebs- oder Personalrat des Vertragsarbeitgebers zu beteiligen ist. Den bei ihr bestehenden Personalrat hatte die beklagte Stadt ordnungsgemäß beteiligt. Der bei der GmbH gewählte Betriebsrat hingegen sei nicht zuständig gewesen. Denn nur die beklagte Stadt sei befugt gewesen, ihre arbeitsvertraglichen Beziehungen mit dem Kläger durch Kündigung zu

# BBH-News zum Arbeitsrecht

Oktober 2011

beenden. Hierbei musste sie nicht den nicht bei ihr selbst, sondern bei der GmbH gebildeten Betriebsrat beteiligen.

Etwas anderes hätte sich nur ergeben können, wenn es sich bei der gegründeten GmbH um einen gemeinsamen Betrieb i.S.v. § 1 Abs. 2 BetrVG gehandelt hätte. In ständiger Rechtsprechung des BAG ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen auszugehen, wenn „die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden, und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Arbeitsapparat gesteuert wird“. Die einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und auch personellen Angelegenheiten beziehen.

Im vorliegenden Fall ergab schon der Kooperationsvertrag, dass sowohl personelle als auch soziale Angelegenheiten als wesentliche Arbeitgeberfunktionen nicht der GmbH oblagen, sondern im Entscheidungsbereich der Beklagten geblieben waren.

Für Arbeitnehmer, die bei einem öffentlichen Arbeitgeber angestellt und einem wie hier privatrechtlich organisierten Gemeinschaftsunternehmen zugewiesen sind, ohne dass diesem die Kernfunktionen eines Arbeitgebers im personellen und sozialen Bereich übertragen wurden, zog das BAG nun eine Parallele zu Leiharbeitnehmern im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Denn diese bleiben nach § 14 AÜG auch während ihrer Arbeitsleistung bei einem Dritten weiterhin Angehörige des entsendenden Verleiherbetriebes. Dasselbe soll auch bei anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes gelten, bei denen eine derartige Aufspaltung der Arbeitgeberbefugnisse vorliegt.

Das BAG stellte somit einzelfallübergreifend den Leitsatz auf, dass bei Arbeitnehmern eines öffentlichen Arbeitgebers, die einem privatrechtlichen Gemeinschaftsunternehmen, wie etwa einer als GmbH gebildeten ARGE zugewiesen oder „gestellt“ werden, vor einer Kündigung grundsätzlich nicht der beim Gemeinschaftsunternehmen bestehende Betriebsrat, sondern nur der beim Arbeitgeber selbst gebildete Personalrat zu beteiligen ist.

## ■ Was folgt hieraus?

*Nicht nur bei Kündigungen, sondern auch bei sonstigen Maßnahmen, die an ein privatrechtlich organisiertes Gemeinschaftsunternehmen „gestellte“ oder entsandte Arbeitnehmer betreffen, gilt die Faustregel: Welches Vertretungsorgan zu beteiligen ist, hängt davon ab, bei*

*welchem Rechtsträger nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen die jeweilige Entscheidungsbefugnis liegt. Um sicher zu gehen, sollte aber jeder Einzelfall genau geprüft werden.*

## Teil 2: BAG: Zeitliche Grenzen für Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche

Die aufsehenerregende Entscheidung des EuGH vom 20.01.2009 – C 350/06 („Schultz-Hoff“-Entscheidung) zur Frage der Verfallbarkeit von Urlaubsansprüchen (siehe unser Blog vom 30.09.2011) nach länger andauernder Krankheit warf viele neue Unsicherheiten und Diskussionen zum Urlaubsrecht auf. Insbesondere wurde eine zeitlich völlig unbegrenzte Anhäufung von Urlaubsansprüchen Langzeitkranker befürchtet. Hierzu hat das BAG nun am 09.08.2011 mit zwei Urteilen etwas mehr Klarheit geschaffen.

### 1. Urlaubsabgeltungsansprüche unterliegen tarifvertraglichen Verfallfristen

In dem einem am 09.08.2011 entschiedenen Verfahren (9 AZR 352/10) war die Klägerin bis einschließlich 31.03.2008 im öffentlichen Dienst angestellt, allerdings seit dem 19.10.2006 über Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus durchweg arbeitsunfähig krank. Am 25.02.2009 machte sie beim beklagten Arbeitgeber die Abgeltung ihres Resturlaubs aus den Jahren 2007 und 2008 geltend, den sie wegen ihrer Krankheit nicht mehr einbringen konnte. Nach der bis zur EuGH-Entscheidung vom 20.01.2009 geltenden Rechtsprechung des BAG wäre der Resturlaub aus 2007 schon deshalb verfallen gewesen, weil die Klägerin im gesamten Urlaubsjahr und auch noch im Übertragungszeitraum des Folgejahres arbeitsunfähig krank war. Ein Abgeltungsanspruch wäre schon deshalb nicht in Frage gekommen. Seit aber der EuGH entschied, dass Urlaubsansprüche dauerkranker Mitarbeiter nicht verfallen, ist auch in diesen Fällen ein Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 Abs. 4 BUrlG gegeben. Danach ist der nicht verfallene Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden konnte.

Das BAG hatte nun darüber zu entscheiden, ob die Urlaubsabgeltung hier der Ausschlussfrist des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren § 37 Abs. 1 TV-L (Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder) unterlag, wonach Ansprüche verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Das BAG entschied nun, dass auch bei fortdauernder Krankheit der Abgeltungsanspruch sofort mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsteht sowie fällig wird, und nicht erst bei Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit, wie dies nach der früheren Rechtsprechung galt. Der Urlaubsabgeltungsanspruch unterliege wie jeder andere Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis

den jeweiligen arbeits- oder tarifvertraglichen Ausschlussfristen.

Da die Klägerin ihre Ansprüche erst nahezu 11 Monate nach dem Ende ihres Arbeitsverhältnisses, unmittelbar nach Bekanntwerden des EuGH-Urteils, geltend machte, wurde ihre Klage wegen Versäumung der Ausschlussfrist abgewiesen.

## 2. Befristung von Urlaubsansprüchen

In einem weiteren vom BAG am 09.08.2011 entschiedenen Fall (9 AZR 425/10) war der Kläger ebenfalls längere Zeit arbeitsunfähig krank, und zwar vom 11.01.2005 bis einschließlich 06.06.2008. Der Kläger war aber nach wie vor bei der Beklagten beschäftigt und hatte auch die Arbeit wieder aufgenommen, jedoch im Jahr 2008 dann nur den aktuellen Jahresurlaub genommen. Er machte erst später geltend, dass ihm noch aus den Jahren 2005 bis 2007 ein nicht genommener Urlaubsanspruch von insgesamt 90 Tagen weiterhin zustünde, der nach der durch den EuGH inzwischen geänderten Rechtsprechung nicht verfallen sei.

Hier ging es somit um die Frage, inwieweit ein gemäß neuer EuGH-Rechtsprechung aus mehreren Jahren angehäufter Urlaub nach Genesung und Wiederkehr dann innerhalb zeitlicher Grenzen einzubringen ist. Nach § 7 Abs. 3 BUrlG muss Urlaub „im laufenden Kalenderjahr“ genommen werden und wird nur bei Vorliegen bestimmter Hinderungsgründe wie einer Erkrankung bis Jahresende auf „das nächste Kalenderjahr“ übertragen, wobei er dann in den ersten drei Monaten des Folgejahres zu nehmen ist. Anderenfalls verfällt er.

Das BAG entschied nun, dass nicht nur der aktuelle Urlaub für das laufende Kalenderjahr, sondern auch ein nach der EuGH-Rechtsprechung aufgelaufenes Urlaubsguthaben der in § 7 Abs. 3 BUrlG geregelten Befristung unterliegt. Der Urlaubsanspruch des Klägers aus den Jahren 2005 bis 2007 war demnach mit Ablauf des 31.12.2008 verfallen, denn es lag nach Wiederaufnahme der Arbeit kein Übertragungsgrund des § 7 Abs. 3 BUrlG mehr vor. Ein solcher liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen an der Urlaubsnahme gehindert ist, wie etwa bei Arbeitsunfähigkeit. Diese war aber schon ab Mitte 2008 beendet, so dass der Kläger rein zeitlich gesehen auch die 90 Resturlaubstage aus den Vorjahren noch hätte nehmen können. Das BAG fordert demnach von einem Arbeitnehmer, der während eines laufenden Kalenderjahres rechtzeitig wieder genesen ist, dass er innerhalb der

verbleibenden Zeit des Jahres seinen gesamten aufgelaufenen Urlaub nimmt, soweit dies zeitlich möglich ist. Unterlässt er dies, erlischt auch der aus früheren Zeiträumen mitgenommene Urlaubsanspruch.

### ■ Was folgt hieraus?

*Aus Arbeitgebersicht ist es zu begrüßen, dass die durch die EuGH-Rechtsprechung ermöglichte Anhäufung mehrjähriger Urlaubsguthaben langzeiterkrankter Mitarbeiter nun mit der Anwendbarkeit von Ausschlussfristen auf Urlaubsabgeltung sowie mit einer Frist für die Einbringung des Alturlaubs erste zeitliche Grenzen erhalten hat.*

*Noch immer nicht höchstrichterlich entschieden ist allerdings, inwieweit auch die gesetzliche Regelverjährungsfrist von drei Jahren die Anhäufung von mehrjährigen Urlaubsansprüchen eingrenzt. Hierzu liegen gegensätzliche Urteile verschiedener Landesarbeitsgerichte vor, so dass auch hierzu eine baldige Klärung durch das BAG wichtig wäre.*



### Teil 3: BAG: Wann ist ein Feiertag ein zuschlagspflichtiger Feiertag?

Anhand des Feiertagszuschlags nach § 10 TV-V (Tarifvertrag Versorgungsbetriebe) hatte das BAG am 17.08.2011 (10 AZR 347/10) die auf den ersten Blick banal erscheinende Frage zu entscheiden, wann ein zuschlagspflichtiger Feiertag vorliegt. Das BAG kam zu dem Schluss, dass tarifvertraglich vorgesehene Feiertagszuschläge regelmäßig nur für die Arbeit an *gesetzlichen* Feiertagen anfallen. Aber wie kam es dazu, dass diese Frage durch das BAG entschieden werden musste?

Der Kläger ist bei einem Arbeitgeber in Sachsen-Anhalt beschäftigt, bei dem der TV-V gilt. Dieser Tarifvertrag regelt in § 10 Abs. 1 d, dass der Arbeitnehmer für Feiertagsarbeit einen Zuschlag je Stunde von 135 v.H. erhält, der tarifliche Zuschlag für Sonntage aber nur 25 v.H. pro Stunde beträgt.

Der Kläger verlangte nun für seine am Oster- und am Pfingstsonntag geleistete Arbeit den höheren Zuschlag von 135 v.H.

Das BAG wies die Klage ab, weil Ostersonntag wie Pfingstsonntag nach Landesrecht in Sachsen-Anhalt keine Feiertage sind. Der tariflich geregelte Feiertagszuschlag könne aber nur für gesetzlich bestimmte Feier



# BBH-News zum Arbeitsrecht

Oktober 2011

tage gelten. Für eine weitergehende Auslegung des Begriffs und ein weitergehendes „tarifliches“ Verständnis des „Feiertags“ bestehe kein Anhaltspunkt.

## ■ Was folgt hieraus?

*„Gefühlte“ Feiertage sind nicht immer auch gesetzlich bestimmte Feiertage im jeweiligen Bundesland. Bevor also für vermeintliche Feiertage ein höherer Zuschlag bezahlt wird, lohnt ein Blick in das Feiertagsgesetz des betreffenden Bundeslandes. Soll hingegen ein höherer Zuschlag für gesetzlich nicht festgelegte, aber als solche empfundene Feiertage gelten, müssen diese Tage in der Zuschlagsregelung auch ausdrücklich genannt werden.*

## Teil 4: LAG Hamm: Keine außerordentliche Kündigung bei Verarbeitung des Büroalltags in einem Roman

Das LAG Hamm hatte mit Urteil vom 15.07.2011 (13 Sa 436/11) über eine außerordentliche Kündigung zu entscheiden, der ein nicht alltäglicher Sachverhalt zugrunde lag:

Der gekündigte Mitarbeiter, als Betriebsratsmitglied ohnehin nur außerordentlich kündbar, hatte im Oktober 2010 unter seinem Namen einen Roman mit dem Titel „Wer die Hölle fürchtet, kennt das Büro nicht!“ veröffentlicht und diesen auch im Betrieb zum Verkauf angeboten. In diesem Buch schildert der Kläger aus der Perspektive eines fiktiven Ich-Erzählers unter Verwendung ebenso fiktiver Namen von Kollegen und Vorgesetzten Vorgänge und Personen in einem vergleichbaren Betrieb. Diese Schilderung wies nicht nur nach Ansicht des beklagten Arbeitgebers, sondern auch vieler Mitarbeiter Parallelen zum Unternehmen auf, wenn auch deutlich überspitzt und ohne völlige Übereinstimmung. Zahlreiche Passagen wurden aber als beleidigende, ausländischerfeindliche und sexistische Äußerungen über erkennbare Kollegen und Vorgesetzte des Klägers verstanden. Durch den Roman fühlten sich nicht nur mehrere Betriebsangehörige persönlich angegriffen, sondern eine türkische Mitarbeiterin musste sich nach einem Zusammenbruch im Betrieb sogar in ärztliche Behandlung begeben. Sie war von verschiedener Seite als Romanfigur „Fatma“ identifiziert worden, über deren körperliche Merkmale, Intellekt und sprachliche Fähigkeiten der Kläger detailliert, drastisch und eindeutig sexistisch sowie beleidigend herzog. Außerdem seien mindestens zwei weitere Romanfiguren als tatsächliche Mitarbeiter

zu identifizieren gewesen, die der Kläger unter anderem als „Feigling“ und als Rauschmittelkonsument beschrieb.

Der Betriebsrat des Unternehmens stimmte der außerordentlichen Kündigung zu.

Der Kläger hingegen verwies darauf, dass es sich bei seinem Buch um einen fiktiven Roman handele, und berief sich auf das Grundrecht der Kunstfreiheit.

Das LAG Hamm befand, dass das Buch nicht als Tagebuch, sondern als fiktiver Roman zu verstehen sei, und sah zu wenig Ansätze für eine Übersetzung des Romans in die Wirklichkeit. Daher gab es der Klage statt und erklärte die Kündigung für unwirksam, da sich der Kläger auf die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG berufen könne, bei der auch eine „Niveauekontrolle“ nicht vorgesehen sei. Es bestehe die Vermutung, dass es sich bei einem Roman um eine fiktionale Darstellung und nicht um die Darstellung tatsächlicher Gegebenheiten handele. Etwas anderes gelte nur, wenn alle Eigenschaften einer Romanfigur einem tatsächlichen Vorbild entsprächen. Da dies im Streitfall nicht ausreichend festgestellt werden konnte und der beklagte Arbeitgeber selbst betonte, die im Roman überspitzt gezeichneten Zustände würden nicht die realen Verhältnisse im Betrieb widerspiegeln, erhielt das Grundrecht des Klägers auf Kunstfreiheit den Vorrang vor dem gestörten Betriebsfrieden.

## ■ Was folgt hieraus?

*Das Urteil zeigt nicht nur die besondere Bedeutung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis und im Kündigungsrecht, sondern es belegt auch, wie schwierig im Einzelfall die Durchsetzung einer verhaltensbedingten, insbesondere außerordentlichen Kündigung sein kann, selbst wenn ein auf den ersten Blick untragbares Verhalten des Arbeitnehmers vorzuliegen scheint, das den Betriebsfrieden nachhaltig stört. Vorliegend war dem Arbeitgeber der notwendige Nachweis nicht gelungen, dass die beleidigenden, sexistischen bzw. ausländischerfeindlichen Darstellungen in dem Roman tatsächlich auf konkrete Betriebsangehörige gemünzt waren. Dass der Großteil der Belegschaft dies so empfand, reichte nicht aus.*

*Arbeitgeber, die eine verhaltensbedingte, noch dazu außerordentliche Kündigung planen, sind also gehalten, alle Einzelfallumstände und Kausalzusammenhänge objektiv nachzuweisen. Subjektive Einschätzungen und Wahrscheinlichkeiten reichen im Regelfall nicht aus.*

## Über BBH

Als Partnerschaft von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern ist BBH ein führender Anbieter von Beratungsdienstleistungen für Energie- und Infrastrukturunternehmen und deren Kunden. Weitere Schwerpunkte bilden das Medien- und Urheberrecht, die Steuerberatung und Wirtschaftsprüfung, das allgemeine Zivil- und Wirtschaftsrecht und das gesamte öffentliche Recht.

## Hinweis

Bitte beachten Sie, dass der Inhalt dieses Becker Büttner Held Newsletters nur eine allgemeine Information darstellen kann, die wir mit großer Sorgfalt zusammenstellen. Eine verbindliche Rechtsberatung erfordert immer die Berücksichtigung Ihrer konkreten Bedürfnisse und kann durch diesen Newsletter nicht ersetzt werden.

Herausgeber:  
Becker Büttner Held, Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater  
Untere Weidenstr. 5, 81543 München  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)  
**[www.DerEnergieblog.de](http://www.DerEnergieblog.de)**

## Ansprechpartner



Rechtsanwalt Bernd Günter  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
[bernd.guenter@bbh-online.de](mailto:bernd.guenter@bbh-online.de)



Rechtsanwalt Dr. Jost Eder  
[jost.eder@bbh-online.de](mailto:jost.eder@bbh-online.de)



Rechtsanwalt Jörg B. Soetebeer  
[joerg.soetebeer@bbh-online.de](mailto:joerg.soetebeer@bbh-online.de)

### BBH Berlin

Magazinstr. 15-16  
D-10179 Berlin  
Telefon (030) 611 28 40-0  
Telefax (030) 611 28 40-99  
[berlin@bbh-online.de](mailto:berlin@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Köln

KAP am Südkai  
Agrippinawerft 30  
D-50678 Köln  
Telefon (0221) 650 25-0  
Telefax (0221) 650 25-299  
[koeln@bbh-online.de](mailto:koeln@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH München

Untere Weidenstr. 5  
D-81543 München  
Telefon (089) 231 164-0  
Telefax (089) 231 164-570  
[muenchen@bbh-online.de](mailto:muenchen@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Stuttgart

Industriestraße 3  
D-70565 Stuttgart  
Telefon (0711) 722 47-0  
Telefax (0711) 722 47-499  
[stuttgart@bbh-online.de](mailto:stuttgart@bbh-online.de)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)

### BBH Brüssel

Avenue Marnix 28  
B-1000 Brüssel  
Telefon +32 (267) 24 367  
Telefax +32 (267) 27 016  
[bruessel@bbh-online.be](mailto:bruessel@bbh-online.be)  
[www.bbh-online.de](http://www.bbh-online.de)