

■ [RAe Thannheiser u. Koll., Rühmkorffstr. 18, 30163 Hannover](#)

## Info-Brief

### für alle Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten

Datum / Az.: Dezember 2010



- **Achim Thannheiser**  
Rechtsanwalt + Betriebswirt
- **Angelika Küper**  
Rechtsanwältin
- **Gabriele Köhler**  
Rechtsanwältin + Mediatorin  
Fachanwältin für Miet- und WEG-Recht
- **Volker Mischewski**  
Rechtsanwalt + Mediator  
Fachanwalt für Arbeitsrecht
- **Lothar Böker**  
Rechtsanwalt + Mediator
- **Nadia Ben Hatit-Lochte**  
Rechtsanwältin

☎ 0511 / 990 490  
📄 0511 / 990 49 50

✉ Rühmkorffstr. 18  
30163 Hannover

Rechtsanwalt@Thannheiser.de  
[www.Thannheiser.de](http://www.Thannheiser.de)



Zum Jahresabschluss möchten wir es nicht versäumen, allen ein besinnliches Weihnachtsfest und einen guten Rutsch ins neue Jahr zu wünschen.

Das Team der Rechtsanwaltskanzlei Thannheiser

#### Kettenbefristungen vor dem Aus?

BAG v. 17.11.2010 – 7 AZR 443/09

Das Bundesarbeitsgericht hat den EuGH angerufen in der Frage, ob es § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 (Rahmenvereinbarung) vereinbar ist, wiederholt befristete Arbeitsverträge abzuschließen, und auf den Sachgrund der Vertretung zu stützen – und zwar auch dann, wenn ständig Vertretungsbedarf besteht.

#### Anmerkung:

Das BAG ging bislang davon aus, dass sich ein Arbeitgeber auch dann auf den Sachgrund der Vertretung berufen kann, wenn bei Ihm ständig Arbeitskräfte ausfallen. Nun sieht es hier wohl europäisches Recht verletzt.

#### Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifvertrag

BAG v. 17.11.2010 – 4 AZR 391/09

Das BAG hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach eine arbeitsvertragliche so genannte dynamische Verweisung auf das Ta-

rifrecht einer bestimmten Branche (so genannte kleine dynamische Verweisung) über ihren Wortlaut hinaus nur dann als Bezugnahme auf den jeweils für den Betrieb fachlich/betrieblich geltenden Tarifvertrag (so genannte große dynamische Verweisung oder Tarifwechselklausel) ausgelegt werden kann, wenn sich dies aus besonderen Umständen ergibt. Das gilt auch für Bezugnahmeklauseln, die aus Gründen des Vertrauensschutzes noch (BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - BAGE 122, 74) als sogenannte Gleichstellungsabreden auszulegen sind.

#### **Anmerkung:**

Im Fall des Betriebsübergangs geht eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB mit unverändert rechtsbegründender Bedeutung als Bestandteil des Arbeitsvertrags auf den neuen Inhaber über. Davon zu trennen ist § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die individualrechtliche Weitergeltung kollektivrechtlicher Normen angeordnet ist. Diese setzt die normative, d. h. kollektive, Geltung der Tarifnormen voraus. Wenn die Tarifregelungen für das Arbeitsverhältnis vor Betriebsübergang kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung galten, ist für eine Bezugnahmeklausel kein Raum, weder direkt, noch analog oder im Wege der Auslegung.

Das BAG bekräftigte hier seine Rechtsprechung, wonach eine kleine dynamische Verweisung nur unter besonderen Umständen als Tarifwechselklausel ausgelegt werden kann. Das gilt auch, wenn sie wegen Vertrauensschutz noch als sog. Gleichstellungsabrede auszulegen ist.

#### **Einsicht in die Personalakte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

BAG v. 16.11.2010 – 9 AZR 573/09

Die Richter entschieden, dass ein Arbeitnehmer auch nach seinem Ausscheiden

Einsicht in die Personalakte nehmen kann. Der Arbeitnehmer habe auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein berechtigtes Interesse daran, den Inhalt seiner Personalakte auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.

#### **Anmerkung:**

Eine richtige Entscheidung. Der Arbeitgeber hat im Rahmen seiner Rücksichtnahmepflicht auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Zu den berechtigten Interessen gehört auch das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht stammende Recht auf informationelle Selbstbestimmung.



#### **Kenntnis des Arbeitgebers von Schwerbehinderung innerhalb von drei Wochen nach der Kündigung**

LAG Schleswig-Holstein v. 6.7.2010, 1 SA 403 e/09

Kündigt der Arbeitgeber einem Schwerbehinderten ohne von dessen Schwerbehinderung oder dem Antrag auf Schwerbehinderung zu wissen, muss der Arbeitnehmer ihn innerhalb von drei Wochen nach der Kündigung auf die Schwerbehinderung oder den Antrag auf Schwerbehinderung hinweisen. Informiert der Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht innerhalb dieser Frist darüber, verliert er den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX.

### Kleinbetriebsklausel bei mehreren Betriebsstätten

BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 392/09

Unterhält ein Unternehmen mehrere Betriebsstätten, werden die Arbeitnehmer für die Frage der Anwendbarkeit der Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 KSchG nicht addiert, solange es sich um selbstständige Einheiten handelt. Dies ist nicht bereits ausgeschlossen, nur weil dem Betrieb eines der typischen Merkmale für Kleinbetriebe fehlt.

#### Anmerkung:

Die sog. Kleinbetriebsklausel in § 23 Abs. 1 KSchG ist Voraussetzung dafür, dass das Kündigungsschutzgesetz überhaupt anwendbar ist. Unterhalb der Schwelle von z.Zt. 10 Arbeitnehmern wäre das KSchG nicht anwendbar, mit der Folge, dass eine Kündigung nur danach überprüft werden kann, ob der Arbeitgeber willkürlich gekündigt hat (sog. Willkürschutz des BVerfG).

### Probleme im Umgang mit anderen können regelmäßig keine personenbedingte Kündigung rechtfertigen

Hessisches LAG v. 29.10.2010 – 19 Sa 275/10

Hat ein Arbeitnehmer Probleme im Umgang mit Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden, so rechtfertigt dies in aller Regel keine personenbedingte Kündigung oder Änderungskündigung.

Hier sei in der Regel der Kündigungsgrund der verhaltensbedingten Kündigung gegeben, so dass regelmäßig zunächst eine Abmahnung ausgesprochen werden muss.

### Öffentliche Arbeitgeber können bei Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden

EuGH v. 25.11.2010, C-429/09 (Fuß .J. Stadt Halle)

Im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer i.S.d. Gemeinschaftsrechts können bei Überschreitung der wöchentlichen

Höchstarbeitszeit gem. Art. 6b Richtlinie 2003/88/EG unmittelbar aus der Richtlinie einen Anspruch auf Ausgleichsansprüche gegen die Behörde haben.

In diesem Fall hatte ein verbeamteter Feuerwehrmann einen Ausgleich für geleistete Mehrarbeit verlangt. Diese Ausgleichsansprüche bestehen, so die Richter. Allerdings können hier die Mitgliedsstaaten selbst festlegen, wie der Ausgleich erfolgt, also in Geld oder in Freizeit.

#### Anmerkung:

Europäische Richtlinien gelten immer dann direkt, wenn die Umsetzungsfrist, innerhalb derer die Richtlinie in nationales Recht hätte umgesetzt werden müssen, überschritten ist.



### Verzehr von übrig gebliebenen Patientenessen rechtfertigt ohne vorherige Abmahnung keine fristlose Kündigung

LAG Schleswig Holstein v. 29.9.2010 – 3 Sa 233/10

In diesem Fall hatte ein langjährig bestandungslos beschäftigter Arbeitnehmer ein Stück einer Patientenpizza sowie einen nicht verbrauchten Rest einer Patientenportion Gulasch verzehrt. Ihm wurde daraufhin fristlos gekündigt.

Diese Kündigung ist unwirksam, so die Richter des LAG. Eine fristlose Kündigung diene der Vermeidung des Risikos weiterer arbeitsvertraglicher Verstöße. Bei einem steuerbaren Verhalten sei in aller Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich, um eine negative Zukunftsprognose zu objektivieren. Nach diesen Grundsätzen wäre vor-

liegend eine Abmahnung auszusprechen gewesen.

**Anmerkung:**

Eine Abmahnung ist nur dann entbehrlich, wenn keine Verhaltensänderung zu erwarten ist oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass der Arbeitgeber eine solche Pflichtverletzung nicht hinnehmen muss.

**„Verpartnerte“ Beamte haben weitgehend Anspruch auf dieselben Leistungen wie verheiratete Beamte**

BVerwG v. 28.10.2010 – 2 C 47/09

Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, haben hinsichtlich der Auslandszuschläge bzw. der Aufwandsentschädigung für Auslandsaufenthalte und der Hinterbliebenenversorgung einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit verheirateten Beamten.

Eine Ungleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf liege dann vor, wenn sich Personen oder Gruppen im Hinblick auf eine Norm in vergleichbarer Lage befinden und dennoch ungleich behandelt werden.

Dies gelte auch dann, wenn die Anspruchgrundlage ihrem Wortlaut nach nur für verheiratete Beamte gilt. Die Vorschriften sind dann „richtlinienkonform“ auszulegen.

**Anmerkung:**

Ungleiches ungleich zu behandeln ist erlaubt. Nur wer Gleiches ungleich behandelt, begeht einen Gesetzesverstoß.

**Beamte in eingetragener Lebenspartnerschaft haben Anspruch auf den "Ehegattenzuschlag"**

BVerwG v. 28.10.2010 – 2 C 10/09 und 2 C 21/09

Beamte, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben, haben einen Anspruch

auf Zahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 (Ehegattenzuschlag). Der Zuschlag wird laut Gesetz zwar nur Ehegatten gewährt. Die Vorschrift sei jedoch dahingehend gemeinschaftsrechtskonform auszulegen, dass der Zuschlag auch eingetragenen Lebenspartnern zusteht.

**Auch bereits erfolgte Ernennungen können im Konkurrentenstreit aufgehoben werden**

BVerwG v. 4.11.2010 – 2 C 16/09

In diesem Fall hatte sich ein Präsident des Landgerichts zusammen mit dem Präsidenten eines Landessozialgerichts um das höher eingestufte Amt des Präsidenten des Oberlandesgerichts beworben. Der Justizminister entschied sich für den Präsidenten des Landessozialgerichts. Diese Ernennung wurde auf Klage des Präsidenten des Landgerichts durch das BVerwG aufgehoben.

Die Klage auf Aufhebung der Ernennung eines Konkurrenten habe dann Erfolg, wenn die Bewerberauswahl Rechte des Mitbewerbers verletze. Dies sei dann der Fall, wenn der Dienstherr – wie hier geschehen – den ausgewählten Bewerber ernennt, bevor der unterlegene Bewerber die Möglichkeiten der gerichtlichen Nachprüfung ausgeschöpft habe.

**Anmerkung:**

Die Aufhebung der Ernennung kann daher in allen Fällen durchgesetzt werden, in denen dem nicht berücksichtigten Bewerber kein wirkungsvoller Rechtsschutz zugestanden wurde. Hintergrund des Urteils ist wohl das Urteil des BAG v. 17.8.2010 (9 AZR 347/09). Die Richter hatten entschieden, dass Verfahrensmängel bei der Besetzung eines öffentlichen Amtes den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens seitens der Behörde rechtfertigen können. Mit einem berechtigten Abbruch werde der etwaige Besetzungsanspruch des unterlegenen Be-

werbers aus Art. 33 Abs. 2 GG beseitigt. Ihm bleibt dann nur die Möglichkeit, sich bei einer erneuten Stellenausschreibung wieder zu bewerben.

### AUS DEM MIETRECHT

BGH: Verbrauchswerte eines nicht geeichten Wasserzählers sind für den Nachweis der Richtigkeit des Verbrauchs bei einer Betriebskostenabrechnung nicht verwertbar.

BGH v. 17.11.2010 – VIII ZR 112/10

In diesem Fall wurden Verbrauchswerte mit einem nicht geeichten Wasserzähler abgelesen. Die Mieter behaupteten, der Wasserzähler habe nicht ordnungsgemäß funktioniert, so dass sie die Position Wasser nicht bezahlen müssen.

Die Richter gingen davon aus, dass nur bei geeichten Messgeräten die Richtigkeit der abgelesenen Werte vermutet wird. Durch nicht geeichte Geräte wiedergegebenen Werten kommt diese Vermutung nicht zu. In diesem Fall müsse der Vermieter nachweisen, dass die abgelesenen Werte trotz des nicht geeichten Gerätes zutreffend sind. Erst wenn dem Vermieter dieser Nachweis gelingt, können die Messwerte verwendet werden.

### UNTERHALTSRECHT

BGH: Kinder können Informationen über das Einkommen der neuen Ehegatten verlangen.

BGH v. 2.6.2010 – XII ZR 124/08

In diesem Fall verlangte ein volljähriger Kläger, der bei seiner Mutter lebt, Auskunft über das Einkommen der neuen Ehefrau seines Vaters. Der Vater schuldete ihm monatlichen Unterhalt. Über das Vermögen des Vaters wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Er lebte von den Einkünften seiner neuen Ehefrau. Dem Kläger stehe gegenüber dem Beklagten, seinem Vater, ein Anspruch auf grobe Information über die Ein-

kommensverhältnisse seiner Ehefrau zu. Das Gesetz sehe vor, dass nicht nur über die eigenen Einkommensverhältnisse Auskunft zu geben sei, sondern auch zusätzlich Angaben über die Einkünfte der Ehegatten zu machen.



### Adventskranz und Weihnachtsbaum

In der Weihnachtszeit können durchaus auch Schäden zu verzeichnen sein, sei es durch brennende Kerzen oder Wunderkerzen. Hier nun ein paar Urteile zur Weihnachtszeit:

#### Kerze auf Deckchen

AG Neunkirchen v. 08.01.1996 – 5 C 12807/95

Grob fahrlässig handelt, wer eine brennende Kerze auf einem Deckchen 15 bis 20 Minuten unbeaufsichtigt lässt. Die Versicherung muss nicht zahlen.

#### Ablenkung im Schlafzimmer

OLG Düsseldorf v. 31.09.1999 – 4 U 182/98

Wer morgens nach dem Aufstehen im Wohnzimmer die Kerzen am Adventskranz anzündet, danach nur kurz in das Schlafzimmer zurückkehrt, dabei aber von den körperlichen Vorzügen des Partners abgelenkt wird und die Kerzen vergisst, handelt nach einem Urteil des OLG Düsseldorf nicht grob fahrlässig.

#### Anmerkung:

Eine Entscheidung für das Raritätenkabinett. Die Versicherung muss also dafür eintreten, dass der Verstand unterhalb der Gürtellinie sitzt.

### Verkettung unglücklicher Umstände

LG Nürnberg-Fürth, v. 26.10.2001 – 7 S 4331/01

Der Gang zur Toilette, während Kerzen am Adventskranz brennen, ist zulässig. Das gilt auch, wenn danach jemand an der Haustür läutet und beim Öffnen der Haustür, die nur angelehnte Wohnungstür ins Schloss fällt. Wer in dieser Situation keinen Wohnungsschlüssel dabei hat, haftet für einen Wohnungsbrand nicht. Es liegt keine grobe Fahrlässigkeit vor. Die Versicherung muss also bezahlen.

### Wunderkerze in der Nähe

OLG Frankfurt, v. 18.05.06 – 3 U 104/05

Lässt eine Wunderkerze, die in der Nähe eines Weihnachtsbaumes angezündet wird, den Baum explosionsartig in Flammen aufgehen, liegt keine grobe Fahrlässigkeit vor. Diese Gefahr ist nach Auffassung des OLG Frankfurt/Main nicht allgemein bekannt.

### Anmerkung:

Grobe Fahrlässigkeit ist jedoch dann gegeben, wenn die Wunderkerze am Baum hängt.

### Unbeaufsichtigter Adventskranz

LG Krefeld v. 20.04.2006 – 5 0 422/05

Wer seinen Adventskranz oder Adventsgesteck 30 Minuten unbeaufsichtigt lässt, obwohl Kerzen brennen, handelt grob fahrlässig. Das gilt auch, wenn der VN vorher aus dem Garten mehrmals durch das Fenster nach dem Rechten gesehen hat.

### Das Gute zum Schluss

Der Familienvater will seine vierjährige Tochter zum Weihnachtsfest überraschen. Er leiht sich ein Weihnachtsmannkostüm aus, zieht es sich im Schlafzimmer an, bewaffnet sich mit Sack und Rute und geht in das Wohnzimmer, wo seine Tochter und seine Frau sind und sagt sein Sprüchlein auf: "Drauß' vom Walde komm' ich her. Ich muss euch sagen, es Weihnachtet sehr, und überall auf den Tannenspitzen, sah ich goldene Lichtlein blitzen."

Darauf die Tochter: "Mama, ist der Papa wieder mal besoffen?"

"Ach, Omi, die Trommel von dir war wirklich mein schönstes Weihnachtsgeschenk."

"Tatsächlich?", freut sich Omi.

"Ja, Mami gibt mir jeden Tag fünf Mark, wenn ich nicht darauf spiele!"

#### ■ Achim Thannheiser - Rechtsanwalt & Betriebswirt

TSP: Arbeitsrecht - Beratung MA, BR/PR, gerichtl. Vertretung, Einigungsstellen, Schulungen, Vereinbarungen, Gutachten

#### ■ Angelika Küper - Rechtsanwältin

ISP: Verbraucherrecht, Erbrecht, Reiserecht, Vertragsrecht, Dozentin für Veranstaltungs- und Europarecht

#### ■ Gabriele Köhler - Rechtsanwältin & Mediatorin, Fachanwältin für Miet- und WEG-Recht

ISP: Mietrecht, Gewerberaummietrecht, Wohnungseigentumsrecht, Verkehrsrecht

#### ■ Volker Mischewski - Rechtsanwalt & Mediator, Fachanwalt für Arbeitsrecht

TSP: Arbeitsrecht - Beratung u. Vertretung von Beschäftigten, Betriebs- & Personalräten u. MAV, Strafrecht, Schulungen

#### ■ Lothar Böker - Rechtsanwalt & Mediator

TSP: Arbeitsrecht - Beratung von Beschäftigten und BR/PR; Mietrecht

#### ■ Nadia Ben Hatit-Lochte - Rechtsanwältin

ISP: Mietrecht, Strafrecht, Verkehrsrecht