

## Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

das Lob über die letzte Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft in Wiesbaden habe ich bereits in AE 4/2012 gesungen. Vor uns liegt München, ein geschätzter Veranstaltungsort. Ein besonderes Highlight aber wird die diesjährige Herbstveranstaltung werden, denn Riga gibt aufgrund seiner Situation als „Neueinsteiger“ in das europäische Recht nicht nur Anlass, sich mit dem spannenden Thema des (widerstreitenden?) Verhältnisses zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht auseinanderzusetzen, sondern auch mit dem, was Deutsche in der langen Geschichte Rigas bewirkt oder verursacht haben. Für all das bietet das Bild der Altstadt von Riga einen überwältigenden Rahmen und das allgegenwärtige Liedgut der Letten eine kulturelle Besonderheit. Also merken Sie sich unbedingt den 20./21. September dieses Jahres vor!

Bei unserer letzten Auslandstagung im September 2011 in Barcelona wurde im Workshop des Kollegen *Dr. Peter Schrader* heftig über die Auswirkungen des „Emmely-Urteils“ gestritten, u.a. auch über das Recht des Arbeitgebers, Abmahnungen länger als bisher aufzubewahren. Einer der damaligen Diskussteilnehmer, Kollege *Dr. Thomas Ritter* aus Berlin, hat sich mit dieser Frage intensiv in seinem Beitrag in der NZA 2012, 19-21, auseinandergesetzt, indem er zugleich seine Kreation einer „Verdachtsabmahnung“ vorstellte, beides als Reaktion auf das vom BAG erfundene Vertrauenskonto. Seiner Auffassung hat sich das BAG jetzt in dem unter Nr. 1 der nachfolgenden Entscheidungssammlung dargestellten Urteil angeschlossen. Besser als diese notwendige Reparaturmaßnahme wäre es jedoch gewesen, das BAG hätte auf das Emmely-Urteil verzichtet und damit den Eindruck vermieden, dem Druck der Boulevardpresse nicht standgehalten zu haben. Es ist schwer genug, unseren Mandanten erklären zu müssen, dass die Rechtsauslegung gelegentlich von sehr persönlichen Maßstäben des/der jeweiligen Richters/in abhängt und ein Wechsel im Vorsitz eines BAG-Senats eine vollständige Kehrtwendung in der Rechtsprechung bewirken kann. Auf eine Diskussion über den Einfluss der Presse auf die Rechtsprechung hätte ich gern verzichtet.

Anlass zu Diskussionen unter vielfältigen Gesichtspunkten bietet die Entscheidung zu Nr. 28. Danach soll zukünftig der Arbeitgeber beweisen müssen, dass ein Arbeitnehmer keine gute Gesamtbewertung verlangen kann, sondern nur eine befriedigende. Die 28. Kammer des Arbeitsgerichts Berlin meinte, da der größte Teil der Zeugnisse eine gute Bewertung ausweisen würden, sei das jetzt die durchschnittliche Bewertung, womit der Arbeitgeber – wie schon bisher – das Recht zur Abweichung nach unten belegen müsse. Ich teile diese Auffassung nicht, aber in einem ist sie verdienstvoll: Wird ihr in breiter Front Folge geleistet, begreift auch der letzte potentielle Arbeitgeber, dass Zeugnisse Muster ohne Wert sind.

Schließlich will ich noch auf die praxisorientierte Entscheidung zur außergegerichtlichen Befristungsvereinbarung im Zuge eines Kündigungsschutzprozesses hinweisen (Nr. 32) und vor allem auf die zum Anwaltsverschulden (Nr. 66): Übernehmen Sie ein Verfahren erst in der Berufungsinstanz, treffen Sie erhebliche Aufklärungspflichten zur Feststellung des Beginns der Berufungsfrist.

Alles in allem hoffe ich auch von dieser Entscheidungssammlung, die Kollegin *Dr. Nathalie Oberthür* für Sie zusammengestellt hat: Möge sie nützen!

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Berlin, im Februar 2013

Dr. Hans-Georg Meier

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Liste der AE-Einsender</b>	???
<b>Aufsätze/Beiträge</b>	???
Grußwort des Verlages	???
<i>Bettina Schmidt</i> , Betriebliches Eingliederungsmanagement: Bedeutung für das Zustimmungsverfahren nach den §§ 85 ff. SGB IX	???
<i>Thomas Marx</i> , „Datenschutz im arbeitsrechtlichen Mandat“ – Fachveranstaltungen auf Deutschem Anwaltstag	???
<i>Dr. Hans-Georg Meier</i> , Nachruf: Dr. Dieter Straub	???
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	???
<b>Entscheidungen</b>	???
Allgemeines Vertragsrecht	???
Bestandsschutz	???
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	???
Tarifrecht	???
Prozessuales	???
Sonstiges	???
Streitwert und Gebühren	???
<b>Rezensionen</b>	???
Bauer, Jobst-Hubertus: Recht kurios, Amüsantes und Trauriges	???
Hromadka, Wolfgang: Arbeitsrecht für Vorgesetzte	???
Lembke, Markus: Arbeitsvertrag für Führungskräfte	???
Ricardi/Dörner/Weber: Personalvertretungsrecht – Kommentar	???
<b>Stichwortverzeichnis</b>	???
Impressum	???

## Liste der AE-Einsender

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Bauer Berrisch Graumann Höser, Dr.	Bertram Hansjörg Ingo Jürgen	Ansbach Gießen Iserlohn Frechen	Mansholt Puhr-Westerheide Schrader, Dr.	Werner Christian Peter	Darmstadt Duisburg Hannover
---	---------------------------------------	--	---	------------------------------	-----------------------------------

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Brötzmann, Dr. Franzen Gussen, Dr. Hilligus Kelber, Dr. Koch, Dr. Link Lodzik	Ulrich Klaus-Dieter Heinrich Kurt-Jörg Markus Friedemann Jochen Michael	Mainz Bremen Rheda-Wiedenbrück Neustadt i.Holst. Berlin Berlin Villingen Darmstadt	Müller Neef, Prof. Dr. Rütte Schmitt Seidemann, Dr. Tschöpe, Dr. Weberling, Prof. Dr. Zeißig, Dr.	Steffen Klaus Klemens Jürgen Gisbert Ulrich Johannes Rolf	Iserlohn Hannover Hamm Stuttgart Berlin Gütersloh Berlin Berlin
--	--	---	--	--	--

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Banse, Dr. Bauer Behrens Chaudry Clausen Cornelius Dribusch Faecks Geus Gosda Gravenhorst, Dr. Heinemann Hertwig, Dr. Hesse, Dr. Jung Krügermeyer- Kalthoff	Thomas Dietmar Walter Ijaz Dirk Astrid Bernhard Friedhelm Franz Ralf Wulf Bernd Volker Walter Nikolaus Rolf	Düren Wiehl Hamburg Frankfurt/M. Nürnberg Darmstadt Detmold Marburg Schweinfurt Ahlen Düsseldorf St. Augustin Bremen Berlin Oberursel Köln	Krutzki Lampe, Dr. Matussek Müller-Knapp Müller-Wiechards Pauly, Dr. Peter Schäder, Dr. Schaefer Schmalenberg, Dr. Schramm Schulz, Dr. Sparla Straub, Dr. Thiele Weber Zahn	Gottfried Christian Rüdiger Klaus Wolfram Stephan Michael Gerhard Rolf Werner Joachim Georg R. Franz Dieter Volker Axel Thomas	Frankfurt a.M. Berlin Ratingen Hamburg Lübeck Bonn Bad Honnef München Hannover Bremen Lübbecke München Aachen München Düren Frankfurt/M. Berlin
---	--	---	---	--	---

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Beckmann Böse Brammertz, Dr. Clemens, Dr. Crämer Daniels Eckert, Dr. Fischer Fromlowitz Gehrmann Goergens Greinert, Grimm, Dr. Heimann Herbert, Dr. Hjort Karle Keller Kern Kistner Krafft	Paul-Werner Rainer Dieter Susanne Eckart Wolfgang Helmut Ulrich Horst Dietrich Dorothea Jaqueline Detlev Marco Ulrich Jens Gerd Thomas Jan H. Heinz Alexander	Herford Essen Aachen Gütersloh Dortmund Berlin Offenbach Frankfurt/Main Essen Aachen Hamburg Kassel Köln Cham Coburg Hamburg Balingen München Hamburg Hannover Öhringen	Kühn Kunzmann, Dr. Matissek Pouyadou, Dr. Preßer Pütter, Dr. Richter Richter, Dr. Schäfer Schipf, Dr. Schneider-Bodien Striegel Struckhoff Sturm Theissen- Graf Schweinitz Thieme Thon Vrana-Zentgraf Zirnbauer	Stefan Walter Reinhard Richard M. Wolfgang Albrecht Klaus Hanns-Uwe Dieter Johannes Marcus Bernhard Michael H. Joachim Ingo Hans Horst Silke Ulrich	Karlsruhe Euskirchen Kaiserslautern Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg Essen Gütersloh Düsseldorf Kassel München Bottrop Hagen Frankfurt/M. Offenbach Darmstadt Nürnberg
--	---	---	--	---	--

## Grußwort des Verlages: 10 Jahre AE im Deutschen Anwaltverlag! Herzlichen Glückwunsch!

Seit nunmehr 10 Jahren erscheinen die Arbeitsrechtlichen Entscheidungen im Deutschen Anwaltverlag. Für uns der richtige Zeitpunkt sich für die äußerst angenehme und professionelle Zusammenarbeit mit dem Herausgeber und Chefredakteur der „ersten Stunde“, Herrn Dr. Hans-Georg Meier, und dem Redaktionsteam, Frau Dr. Nathalie Oberthür und Herrn Roland Gross, ganz herzlich zu bedanken. Die Produktion der Zeitschrift begleitete in dieser Zeit kontinuierlich unsere Lektorin, Frau Anne Krauss. Ein Dankeschön auch für ihren Beitrag zur gelungenen Präsentation der AE.

Vier mal im Jahr präsentieren Ihnen die AE eine Fülle von Entscheidungen, die von Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft entweder selbst erstritten oder als bemerkenswert eingesandt wurden. Außerdem werden Ihnen aktuelle Aufsätze, in-

formative Beiträge und Informationen über die Aktivitäten der Arbeitsgemeinschaft geboten. Somit sind die Arbeitsrechtlichen Entscheidungen ihrem Auftrag, neben Urteilssammlung auch vorrangig Mitgliederzeitschrift zu sein, immer vorbildlich nachgekommen. Die AE stehen Ihnen darüber hinaus auch auf der Internetseite der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht zur Verfügung oder können mit Hilfe der gebundenen Ausgaben als persönliches repräsentatives Archiv genutzt werden.

Wir freuen uns auf die weitere Zusammenarbeit und wünschen dem Redaktionsteam auch in Zukunft viel Erfolg.

Uwe Hagemann  
Geschäftsführer  
Deutscher Anwaltverlag

## Betriebliches Eingliederungsmanagement: Bedeutung für das Zustimmungsverfahren nach den §§ 85 ff. SGB IX

Rechtsanwältin Bettina Schmidt, Bonn  
Fachanwältin für Arbeitsrecht, Fachanwältin für Sozialrecht

*Anmerkung des Verlages: Irrtümlich wurde dem Beitrag der Autorin in der AE 4/2012 ein zusätzlicher Textteil angehängt. Wir bitten, dies zu entschuldigen und präsentieren hier noch einmal den Beitrag in seiner ursprünglichen Form.*

Auch der EuGH hat klargestellt, dass das **Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung** Entlassungen entgegensteht, die unter Berücksichtigung der Arbeitgeberpflichten zu angemessenen Vorkehrungen am Arbeitsplatz nicht gerechtfertigt sind.<sup>1</sup>

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise angenommen, dass ein unterlassenes Präventionsverfahren ein Verfahrensfehler ist und zur formellen Rechtswidrigkeit des Zustimmungsbescheides des Integrationsamtes führt.<sup>2</sup> Dieser Auffassung ist nicht zu folgen,<sup>3</sup> da es sich weder beim Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX noch beim BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX um eine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung im Hinblick auf die Zulässigkeit der Kündigung handelt.<sup>4</sup>

Ist aber der kranke Beschäftigte schwerbehindert oder gleichgestellt, muss im Falle einer späteren Kündigung das **Integrationsamt** nach § 85 SGB IX der Kündigung zustimmen. Dieses entscheidet nach Ermessen und überprüft insbesondere jene Kündigungsgründe, die mit der Schwerbehinderung zusammenhängen.<sup>5</sup> Ist eine Zustimmung zur krankheitsbedingten Kündigung beantragt, muss das Integrationsamt seine Entscheidung danach ausrichten, ob die gesetzlich gebotenen

Möglichkeiten zur Vermeidung der Kündigung eines schwerbehinderten oder gleichgestellten Beschäftigten ausgeschöpft worden sind. Zu diesen Möglichkeiten gehört auch die Durchführung des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX.<sup>6</sup>

Daher führt die Nichtdurchführung des BEM vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung regelmäßig zur **Aussetzung des Zustimmungsverfahrens** nach den §§ 85 ff. SGB IX und zur Aufforderung des Arbeitgebers durch das Integrationsamt, das Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX nachzuholen.<sup>7</sup> Dies gilt nur dann nicht, wenn die Kündigung auch bei Durchführung des BEM nicht hätte verhindert werden können.

Praxistipp:

- 1 *EuGH vom 11.7.2006, Rs C-13/05 (Chacon Naves).*
- 2 *OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 9.1.2003 – 2 M 105/03, br 2005, 143.*
- 3 *So auch BVerwG vom 29.8.2007 – 5 B 77/07, br 2007, 193 = NJW 2008, 166, Rn 5.*
- 4 *So auch BAG vom 28.6.2007 – 6 AZR 750/06, NZA 2007, 1049, 1053; BAG vom 12.7.2007 – 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173, 175 f. jeweils m.w.N.*
- 5 *St. Rspr. vgl. nur BVerwG vom 19.10.1995 – 5 C 24/93, BVerwGE 99, 336, 338.*
- 6 *BVerwG vom 29.8.2007 – 5 B 77/07, br 2007, 193 = NJW 2008, 166, Rn 5.*
- 7 *Vgl. dazu auch Deinert, NZA 2010, 969, 974 m.w.N.*



In jedem Fall sind, insbesondere bei schwerbehinderten Arbeitnehmern, die möglichen **begleitenden Hilfen im Arbeitsleben**, die das Integrationsamt nach § 102 Abs. 3 SGB IX erbringen kann, sorgfältig zu prüfen. Mit diesen können die Kosten für den Arbeitgeber ausgeglichen oder gemindert werden, die ihm durch eine behindertengerechte Umgestaltung des Arbeitsplatzes, die Qualifikation des schwerbehinderten Beschäftigten und durch eine wesentlich verminderte Leistungsfähigkeit des schwerbehinderten Beschäftigten entstehen (§ 102 Abs. 3 Nrn. 1a, 1 e, 2 a und 2 b SGB IX).

Bislang nicht abschließend geklärt ist, welche **Folgen die Zustimmung des Integrationsamtes in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht** hat. Das BAG vertritt im Hinblick auf das Präventionsverfahren gemäß § 84 Abs. 1 SGB IX die Auffassung, dass das Präventionsverfahren die Kündigung nicht hätte vermeiden können, wenn das Integrationsamt der Kündigung zugestimmt hat.<sup>8</sup> Dies soll dies auch für das BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX gelten, weil das Integrationsamt vor jeder Zustimmungsentscheidung eine intensive Prüfung nach §§ 85 ff. SGB IX durchführe und das Zustimmungsverfahren aussetzen könne, bis das BEM durchgeführt sei.<sup>9</sup>

Dieser Auffassung ist aber nicht zu folgen,<sup>10</sup> weil § 84 Abs. 1 SGB IX nach seinem Anwendungsbereich nur für schwerbehinderte Menschen gilt,<sup>11</sup> während das Erfordernis des BEM nach § 84 Abs. 2 SGB IX für alle Arbeitnehmer, auch für nicht

schwerbehinderte Menschen besteht. Würde es auf die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamtes ankommen, so führt dies dazu, dass nicht behinderte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess besser gestellt wären, als schwerbehinderte Arbeitnehmer.<sup>12</sup>

8 BAG vom 7.12.2006 – 2 AZR 182/06, DB 2007, 1089 = NZA 2007, 617.

9 LAG Nürnberg vom 21.6.2006 – 4 (9) Sa 933/05, Rn. 45, BB 2006, 2362 = NZA-RR 2007, 75; Balders/Leppling, NZA 2005, 854, 857; vgl. dazu auch Beyer/Jansen, br 2010, 89, 93 m.w.N.

10 So im Ergebnis auch Deinert, NZA 2010, 969, 974; Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, § 84, Rn. 83.

11 BAG 7.12.2006 – 2 AZR 182/06, DB 2007, 1089 = NZA 2007, 617, 619; vgl. auch Schmidt, Schwerbehindertenarbeitsrecht, § 1 Rn 312 m.w.N.

12 So zu Recht Beyer/Jansen, br 2010, 89, 94; LAG Düsseldorf vom 30.1.2009 – 9 Sa 699/08, Rn 45, LAGE § 1 KSchG Krankheit Nr. 44; diese Entscheidung wurde zwar vom BAG mit Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 198/09, DB 2010, 1015 = NZA 2010, 639, aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das LAG zurück verwiesen; in diesem Punkt hat das BAG der Entscheidung des LAG Düsseldorf in seinem Urteil vom 10.12.2009 nicht widersprochen.

## „Datenschutz im arbeitsrechtlichen Mandat“ – Fachveranstaltungen auf Deutschem Anwaltstag

Rechtsanwalt Thomas Marx, Berlin

„Datenschutz im arbeitsrechtlichen Mandat“, so lautet das Veranstaltungsthema des Ausschusses Arbeitsrecht und der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV auf dem Deutschen Anwaltstag am 7. Juni in Düsseldorf. Auch die jüngst kurzzeitig wieder aufgeflamnte Diskussion um das Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes zeigt, dass das Thema hochaktuell ist. Dabei sind Daten beim Mandanten nur die eine Seite der Medaille. Denn auch der mandatierte Anwalt ist Datenverarbeiter, der sich in dieser Funktion an strikte datenschutzrechtliche Vorgaben halten muss.

### Was verlangt das BDSG?

Wenn Anfang Juni der Deutsche Anwaltverein in den Messehallen der Stadt Düsseldorf einlädt, werden dort gut andertausend Anwältinnen und Anwälte zum größten Anwaltskongress Deutschlands erwartet. Dort werden sie Kolleginnen und Kollegen treffen, über Rechts- und Berufspolitik

diskutieren und sich fortbilden. Der 64. Deutsche Anwaltstag, der in diesem Jahr unter dem Motto „Anwaltsmarkt 2030 – Zukunft jetzt gestalten“ steht, bietet ein breites Spektrum anwaltlicher Fortbildung. Auch für Arbeitsrechtler gibt es spannende und praxisrelevante Fachveranstaltungen. Am 7. Juni von 11:00 h bis 13:00 h veranstalten Arbeitsgemeinschaft und Ausschuss Arbeitsrecht eine Fachveranstaltung, auf der dargestellt und diskutiert wird, wie der Anwalt richtig mit Daten umzugehen hat. Das beginnt bei den Vorgaben des BDSG und den sich daraus ergebenden Fragestellungen aus der Arbeitsrechtspraxis. Was muss der Bewerber im Bewerbungsverfahren preisgeben, wonach darf der Arbeitgeber fragen? Und was darf der Arbeitgeber mit den einmal erlangten Daten machen? Welche Spielregeln gelten für die datenschutzrechtliche Einwilligung? Selbstverständlich führt jedes Unternehmen Personalakten über seine Arbeitnehmer. Aber was darf da rein? Und wer darf reingucken? Auch der Betriebsrat? Welche Instrumente der Überwachung und Kontrolle am Arbeitsplatz sind zulässig? Ein Abschnitt der Veranstaltung wird sich auch mit dem Datenschutz im Konzern befassen. Daten-

schutzfragen stellen sich auch im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements – auch dieser Aspekt soll in dem Fachprogramm beleuchtet werden.

### Fragen an den Arbeitsrechtsanwalt

Um das Bild abzurunden, informiert die Veranstaltung auch über die besonderen Fragestellungen des beratenden Anwalts. Was ist bei Due Diligence und Kündigungsschutzverfahren zu berücksichtigen? Gibt es Vorgaben für die Nutzung von Daten, die der Anwalt in Parallelverfahren gewonnen hat? Welche Datenschutz-Schranken bestehen bei der Zusammenarbeit in internationalen Kanzleiverbänden? Die Referentinnen und Referenten dieses umfassenden Programms haben sich vorgenommen, sowohl die Arbeitgeber- wie die Arbeitnehmerperspektive zu untersuchen. Ausschuss und Arbeitsgemeinschaft freuen sich, dass die renommierten Kolleginnen *Dr. Nathalie Oberthür* und *Dr. Barbara Reinhard* für die Vorträge gewonnen werden konnten. Im Anschluss daran werden die beiden Referentinnen mit den Kollegen *Roland Gross*

und *Prof. Dr. Heinz-Josef Willemsen* an einer gemeinsamen Podiumsdiskussion teilnehmen. Damit erwarten (nicht nur) die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht in der Messehalle Düsseldorf zwei Stunden Fortbildung nach § 15 FAO, vollgepackt mit Information.

### Veranstaltung zum Thema Arbeitsmigration

Wer noch mehr Fortbildung wünscht, ist herzlich eingeladen zu einer weiteren Fachveranstaltung, die der Ausschuss Arbeitsrecht gemeinsam mit der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht am selben Tag von 16:00 h bis 18:00 h durchführt. Dort richten Rechtsanwalt *Thomas Oberhäuser* und Syndikusanwältin *Dr. Frederike Rahne*, Referentin für Internationale Sozialpolitik bei Südwestmetall, den Blick weit nach vorne im Rahmen einer Fortbildungsveranstaltung unter der Überschrift „Sicherung der Zukunft durch Arbeitsmigration – anwaltliche Aufgabe der nächsten Dekaden“. Sie sind alle herzlich eingeladen zu unseren Veranstaltungen auf dem Deutschen Anwaltstag am 7. Juni!

## Nachruf: Dr. Dieter Straub †

Der allergrößte Teil der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht scheidet durch altersbedingte Aufgabe des Berufes aus. Gelegentlich verlieren wir aber auch ein aktives Mitglied durch Tod.

So haben wir diesmal Abschied zu nehmen von

### Dr. jur. Dieter Straub,

Partner von CMS in München, der am 30. Dezember 2012 im Alter von 62 Jahren verstarb.

Dr. Dieter Straub war ein sehr aktiver Arbeitsrechtler. Vielen arbeitsrechtlich tätigen Anwältinnen und Anwälten war er verbunden durch seine Mitgliedschaft nicht nur in der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, sondern auch im Ausschuss Arbeitsrecht der BRAK, in der EELA, im ffa und in der Initiativegruppe „Blick über den Zaun“. Im Rahmen unserer Arbeitsgemeinschaft glänzte er mit einem „großen“ Vortrag und der Leitung eines Workshops. Er war Fachbuchautor, z.B. mit seinem Arbeits-Handbuch Personal, Recht und Praxis für das Personal-Management. Und natürlich hat er auch zur Festschrift

anlässlich des 25-jährigen Bestehens der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht beigetragen.

Vor allem aber war er ein liebenswerter Kollege, charmant, hilfsbereit und voller Anteilnahme. Das haben besonders die kennengelernt, die mit ihm jedes Jahr im Rahmen der Fachgruppe „Blick über den Zaun“ durch die Welt zogen: von China über Israel bis Graz. Stets verbreitete er nicht nur gute Laune, sondern bewies auch ein großes Einfühlungsvermögen. So erinnert sich der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, Kollege Axel Filges, dankbar daran, wie Dieter Straub die Betroffenheit des heranwachsenden Filges-Sohnes Max nach dem Besuch von Yad Vashem aufzunehmen wusste. Für Graz übernahm Dieter Straub in allerletzter Minute die Durchführung der Organisation. Es wurde eine fachlich anregende und menschlich harmonische Veranstaltung. Für die in diesem Jahr geplante und jetzt abgesagte Veranstaltung in Brüssel zeichnete er wieder verantwortlich. Wir werden ihn bei unseren Veranstaltungen vermissen.

Dr. Hans-Georg Meier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>			
1. Abmahnung wegen Pflichtverletzung, Aufbewahrungsdauer, Dokumentationsinteresse infolge des Emmely-Urteils	10	18. Freistellung, Angebot auf Erlassvertrag	17
2. AGB-Kontrolle, Ausschlussfrist, unterschiedliche Regelung in Arbeits- und Tarifvertrag	13	19. Gleichbehandlungsanspruch, Anforderung an die Stärke der Vergleichsgruppe	17
3. AGB-Kontrolle, Ausschlussfrist, formelle Intransparenz	13	20. Mobbing, Abgrenzung zu sozialtypischen beruflichen Konflikten, Obligation des Betroffenen zur Bereinigung von Konflikten	17
4. AGB-Kontrolle, Arbeitnehmerüberlassung, equal pay, unwirksame Verweisung auf mehrgliedrigen Tarifvertrag	13	21. Mobbing, Abgrenzung zum sozialadäquaten Arbeitsplatzkonflikt	17
5. AGG, Bewerbungsverfahren, Kopftuch als religiöses Bekenntnis	13	22. Mobbing, kein Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Entschädigungsanspruchs	17
6. AGG, Bewerbungsverfahren, Begriff der Weltanschauung, Sympathie für die kommunistische Partei Chinas, Klagefrist	13	23. Persönlichkeitsrecht, Anordnung amtsärztlicher Untersuchung, Leistungsverweigerungsrecht	18
7. AGG, Bewerbungsverfahren, unzureichende Mitteilung der Schwerbehinderung, Verletzung der Prüf- und Meldepflichten gem. §§ 81, 82 SGB IX, Höhe der angemessenen Entschädigung	13	24. Vergütung, Anrechnung übertariflicher Zulage	18
8. Aufhebungsvertrag, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	15	25. Vergütung, Überstunden, Darlegungs- und Beweislast, Anschein der Arbeitsleistung durch Anwesenheit	19
9. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung	15	26. Vergütung, Annahmeverzug, Streikteilnahme eines gekündigten Arbeitnehmers	19
10. Betriebliche Altersversorgung, gespaltene Rentenformel, Abschlag bei vorgezogenem Rentenbezug	15	27. Vergütung, Sonderzahlung, Freiwilligkeitsvorbehalt	19
11. Betriebsübergang, Abgrenzung von Betriebseinstellung und Betriebsübergang	15	28. Zeugnis, Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers	20
12. Betriebsübergang, Abgrenzung von Betriebseinstellung und Betriebsübergang	15	<b>Bestandsschutz</b>	
13. Betriebsübergang, wirtschaftliche Tätigkeit, Arbeitsvermittlung in öffentlich-rechtlich organisierter Einheit	16	29. Änderungskündigung, fehlerhafte Kündigungsfrist, Bestimmtheit, Änderungsangebot zum falschen Kündigungstermin	20
14. Direktionsrecht, billiges Ermessen, leidensgerechter Arbeitsplatz	16	30. Änderungskündigung, kein berechtigtes Interesse an der Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen	20
15. Direktionsrecht, billiges Ermessen, Berücksichtigung der Kinderbetreuung	16	31. Befristung, Sachgrund, Vertretung, Beschäftigung auch außerhalb des Vertretungsbedarfs	20
16. Direktionsrecht, keine Zuweisung geringerwertiger Tätigkeit	16	32. Befristung, Sachgrund, außergerichtliche Vereinbarung eines Prozessarbeitsverhältnisses	20
17. Entgeltfortzahlung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus EU-Land, Mitteilung der Auslandsanschrift	16	33. Befristung, Sachgrund, gerichtlicher Vergleich	21
		34. Befristung, Sachgrund, Projektarbeit, Kettenbefristung	21
		35. Befristung, ohne Sachgrund, Arbeitgeberbegriff im Gemeinschaftsbetrieb	21
		36. Befristung, ohne Sachgrund, Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG auf Betriebsratsmitglieder	21



	Seite		Seite
37. Integrationsamt, Zustimmungserfordernis vor Ausspruch der Kündigung	21	56. Wahlverfahren, Schwerbehindertenvertretung, vereinfachtes Wahlverfahren	24
38. Kündigungserklärung, Erkennbarkeit außerordentlicher Kündigung	21	<b>Tarifvertragsrecht</b>	
39. Massenentlassung, Rechtsfolgen fehlerhafter Anzeige	21	57. Tariffähigkeit, CGZP-Tarifverträge, kein Institut eines „fehlerhaften Tarifvertrages“	24
40. Personenbedingte Kündigung, Alkoholerkrankung, negative Prognose bei Rückfall	21	58. Tarifvertrag, persönlicher Geltungsbereich, Stichtagsregelung, mittelbare Benachteiligung älterer Arbeitnehmer	24
41. Personenbedingte Kündigung, Alkoholerkrankung, außerordentliche Kündigung bei ordentlicher Unkündbarkeit	22	59. Tarifvertrag, Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erwerbsminderungsrente wirksam	25
42. Probezeit, Kündigung, keine Treuwidrigkeit bei Kündigung nach Arbeitsunfall	22	60. Tarifvertrag, Gebot der Rechtsquellenklarheit, Teilungswirksamkeit	25
<b>Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht</b>		<b>Prozessuales</b>	
43. Aufsichtsratswahl, Klagefrist für die Anfechtung	22	61. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats	25
44. Betriebsratsmitglied, Arbeitsbefreiung zur Betriebsratstätigkeit	22	62. Klagefrist, AGG, Feststellungsantrag genügt nicht zur Fristwahrung	25
45. Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungsanspruch, zulässige Bevorzugung älterer Arbeitnehmer	22	63. Nachträgliche Klagezulassung, Antragsfrist, kein Zulassungsantrag in bloßer Nachfrage des Prozessbevollmächtigten	25
46. Einigungsstelle, Zuständigkeit für Gefährdungsbeurteilung	22	64. Nichtzulassungsbeschwerde, Klärungsbedürftigkeit verneint (AGG-Entschädigung), Rechtsmissbrauch, Bedeutung des Anforderungsprofils	26
47. Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten, Ankleidezeiten als Arbeitszeit i.S.v. § 87 Nr. 2 BetrVG	22	65. Rechtsweg, Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnis nach Geschäftsführerbestellung	27
48. Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten, Vorrang des Tarifvertrages Unterlassungsanspruch	23	66. Wiedereinsetzung, Berufungsfrist, Verpflichtung des Prozessbevollmächtigten zur Feststellung des Zustellungsdatums	27
49. Mitbestimmungsrecht im personellen Angelegenheiten, Einstellung, dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung als institutioneller Rechtsmissbrauch	23	67. Zwangsvollstreckung, Erstellung von Lohnabrechnungen	27
50. Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten, Einstellung, Teilzeit während der Elternzeit	23	68. Zwangsvollstreckung, Weiterbeschäftigungsanspruch, keine Einstellung wegen Produktionsüberhangs	27
51. Personalvertretung, Unwirksamkeit einer Befristung bei unzureichender Beteiligung	23	<b>Sonstiges</b>	
52. Schwerbehindertenvertretung, Bereitstellung einer E-Mail-Adresse	23	69. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch, Überwiegen von Sicherheitsbedenken bei unwirksamer Kündigung	27
53. Wahlanfechtung, Betriebsrat, Vorschlagslisten	24	70. PKH, Vergleichsmehrwert, keine eigenständige Antragstellung	28
54. Wahlanfechtung, Betriebsrat, unwirksamer Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG, Wahrung der Anfechtungsfrist	24	71. PKH, Aufhebung der Bewilligung bei Säumnis mit Ratenzahlung	28
55. Wahlverfahren, Schwerbehindertenvertretung, Wahlausschreiben für ausländische Arbeitnehmer	24		

## Allgemeines Vertragsrecht

	Seite		Seite
<b>Streitwert und Gebühren</b>		73. Kostenquotelung nach Baumbach'scher Formel bei mehreren Beklagten, Klagerücknahme statt gebotener Erledigungserklärung	28
72. Gebühren, Verfahrensgebühr, Berufung, Erfordernis expliziter Auftragserteilung	28	74. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahmen	28

## Allgemeines Vertragsrecht

### 1. Abmahnung wegen Pflichtverletzung, Aufbewahrungsdauer, Dokumentationsinteresse infolge des Emmely-Urteils

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte der Klägerin. (...)

Mitte Juli 2007 übergab die Klägerin die Zahlstelle (...). Anstelle des Originalkassenbuchs händigte sie (...) eine von ihr gefertigte Zweitfassung (...) aus, (...). Die Klägerin gab bei einer Anhörung an, sie habe das Kassenbuch am 26.4.2007 an Frau H übergeben. (...).

Mit Schreiben vom 16.4.2008 mahnte der Beklagte die Klägerin ab. Er beanstandete, dass das Kassenbuch in der Zeit abhanden gekommen sei, zu der sie für die Verwaltung der Zahlstelle verantwortlich gewesen sei. Sie habe dadurch gegen ihre Pflicht zur sorgfältigen Führung der Zahlstelle verstoßen. Zudem habe sie durch ihre Erklärungen den Eindruck erweckt, die Verantwortung für die nicht ordnungsgemäße Führung der Zahlstelle und das Abhandenkommen des Kassenbuchs treffe die Vertreterin.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Rücknahme der Abmahnung verlangt. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

(...) 1. Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht (BAG, v. 12.8.2010 – 2 AZR 593/09 – Rn 10, AP GG Art. 4 Nr. 8; 27.11.2008 – 2 AZR 675/07 – Rn 13 – 17 m.w.N., AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33 = EzA BGB 2002 § 314 Nr. 4). 2. Nicht zu beanstanden ist, dass das Landesarbeitsgericht nicht zwischen einem Anspruch auf Rücknahme der Abmahnung und einem solchen auf ihre Entfernung aus der Personalakte differenziert hat.

a) Das Begehren auf Rücknahme einer Abmahnung wird neben dem auf ihre Entfernung aus der Personalakte zumeist nicht eigenständig verfolgt. Eine mit dem Klageantrag verlangte „Rücknahme und Entfernung“ der Abmahnung ist dann als einheitlicher Anspruch auf Beseitigung der durch die Abmahnung erfolgten Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zu verstehen (vgl. BAG, v. 27.1.1988 – 5 AZR 604/86 – RzK I 1 Nr. 26; Hessisches LAG, v. 22.6.2010 – 12 Sa 829/09 – Rn 17; LAG Köln, v. 15.6.2007 – 11 Sa 243/07 – Rn 26 f.). Kann der Klagebegründung dagegen entnommen werden, der Kläger begehre neben einer Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte beispielsweise den Widerruf darin enthaltener Äußerungen, kann ein Antrag auf Rücknahme der Abmahnung in diesem Sinne auszulegen sein (vgl. LAG Nürnberg, v. 14.6.2005 – 6 Sa 582/04 – zu 3 der Gründe, AR-Blattei ES 20 Nr. 41; Hessisches LAG, v. 22.6.2010 – 12 Sa 829/09 – a.a.O.).

b) Im Streitfall bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin neben der Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte einen weiteren Anspruch verfolgt. Sie hat sich nicht dagegen gewandt, dass die Vorinstanzen den Klageanspruch als ein einheitliches Begehren auf Rücknahme der Abmahnung eben durch ihre Entfernung aus der Personalakte verstanden haben.

3. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagte sei zur Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte der Klägerin verpflichtet, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, das Abhandenkommen des Originalkassenbuchs falle zwar in die Zeit der Verantwortlichkeit der Klägerin, der Beklagte habe aber kein schutzwürdiges Interesse mehr daran, dass die Abmahnung in deren Personalakte verbleibe.

a) Personalakten sind eine Sammlung von Urkunden und Vorgängen, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse eines Mitarbeiters betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen. Sie sollen ein möglichst vollständiges, wahrheitsgemäßes und sorgfältiges Bild über diese Verhältnisse geben (BAG, v. 8.2.1989 – 5 AZR 40/88 – RzKI 1 Nr. 47; v. 9.2.1977 – 5 AZR 2/76 – zu II 2 der Gründe, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 83 = EzA BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 21). Ein Arbeitnehmer kann deshalb nur in Ausnahmefällen die Entfernung auch solcher Aktenvorgänge verlangen, die auf einer richtigen Sachverhaltsdarstellung beruhen (BAG, v. 8.2.1989 – 5 AZR 40/88 – zu II 2 der Gründe, a.a.O.;

## Allgemeines Vertragsrecht

v. 7.9.1988 – 5 AZR 625/87 – zu III der Gründe, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 17; v. 13.4.1988 – 5 AZR 537/86 – zu I der Gründe, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 100 = EzA BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 47). Ein solcher Fall liegt vor, wenn eine Interessenabwägung im Einzelfall ergibt, dass die weitere Aufbewahrung zu unzumutbaren beruflichen Nachteilen für den Arbeitnehmer führen könnte, obwohl der beurkundete Vorgang für das Arbeitsverhältnis rechtlich bedeutungslos geworden ist (BAG, v. 30.5.1996 – 6 AZR 537/95 – zu II 4 der Gründe, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; v. 8.2.1989 – 5 AZR 40/88 – a.a.O.; v. 7.9.1988 – 5 AZR 625/87 – a.a.O.).

b) Diesen Maßstab hat das Landesarbeitsgericht verkannt.

aa) Es hat angenommen, eine Abmahnung könne nach längerem einwandfreien Verhalten des Arbeitnehmers ihre Wirkung verlieren, wofür die Umstände des Einzelfalls maßgeblich seien (vgl. BAG, v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84 – zu II 5 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 4). Dies trifft zwar zu. So kann es nach einer längeren Zeit einwandfreier Führung einer erneuten Abmahnung bedürfen, bevor eine verhaltensbedingte Kündigung wegen einer erneuten gleichartigen Pflichtverletzung gerechtfertigt wäre (vgl. BAG, v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84 – a.a.O.). Berücksichtigt worden ist damit aber nur die Warnfunktion einer Abmahnung. Mit einer Abmahnung übt ein Arbeitgeber dagegen seine arbeitsvertraglichen Gläubigerrechte in doppelter Hinsicht aus. Zum einen weist er den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam (*Rüge- und Dokumentationsfunktion*). Zum anderen fordert er ihn für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, sofern ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an (Warnfunktion) (BAG, v. 11.12.2001 – 9 AZR 464/00 – zu I der Gründe, BAGE 100, 70; v. 30.5.1996 – 6 AZR 537/95 – zu II 1 der Gründe, AP BGB § 611 Nebentätigkeit Nr. 2 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 34; v. 26.1.1995 – 2 AZR 649/94 – zu B III 4 a der Gründe, BAGE 79, 176).

bb) Ein Anspruch auf Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung setzt demnach nicht nur voraus, dass die Abmahnung ihre Warnfunktion verloren hat. Der Arbeitgeber darf auch kein berechtigtes Interesse mehr an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung haben. Der Arbeitnehmer kann die Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung aus seiner Personalakte nur dann verlangen, wenn sie für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses unter keinem rechtlichen Aspekt mehr eine Rolle spielen kann. Das durch die Abmahnung gerügte Verhalten muss für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht rechtlich bedeutungslos geworden sein. Das ist nicht der Fall, solange eine zu Recht erteilte Abmahnung etwa für eine zukünftige Entscheidung über eine Versetzung oder Beförderung und die entsprechende Eignung des Arbeitneh-

mers, für die spätere Beurteilung von Führung und Leistung in einem Zeugnis oder für die im Zusammenhang mit einer möglichen späteren Kündigung erforderlich werdende Interessenabwägung von Bedeutung sein kann. Darüber hinaus kann es im berechtigten Interesse des Arbeitgebers liegen, die Erteilung einer Rüge im Sinne einer Klarstellung der arbeitsvertraglichen Pflichten weiterhin dokumentieren zu können. Demgegenüber verlangen die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers nicht, einen Anspruch auf Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung schon dann zu bejahen, wenn diese zwar ihre Warnfunktion verloren hat, ein Dokumentationsinteresse des Arbeitgebers aber fortbesteht. Auch wenn sich eine Abmahnung noch in der Personalakte befindet, ist im Rahmen eines möglichen Kündigungsrechtsstreits stets zu prüfen, ob ihr noch eine hinreichende Warnfunktion zukam (vgl. etwa BAG, v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84 – zu II 5 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 4).

cc) Diese Voraussetzungen eines Entfernungsanspruchs hat das Landesarbeitsgericht nicht sämtlich geprüft.

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Abmahnung sei wegen Zeitablaufs nicht mehr wirksam und deshalb aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen. Mit der Verwaltung der Zahlstelle sei die Klägerin offensichtlich überfordert gewesen. Ihr seit der Abmahnung beanstandungsfreies Verhalten lasse den Schluss zu, sie werde künftig ihre arbeitspflichten ordnungsgemäß erfüllen.

(2) Die Begründung des Landesarbeitsgerichts lässt nicht erkennen, an welchem Maßstab es sich orientiert und diese Einzelfallumstände gewürdigt hat. Es ist nicht ersichtlich, dass es geprüft hätte, ob die Abmahnung für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht rechtlich bedeutungslos geworden ist. Das Landesarbeitsgericht hat nicht alle rechtlichen Gesichtspunkte erwogen und ausgeschlossen, unter denen der Beklagte ein berechtigtes Interesse an dem weiteren Verbleib der Abmahnung in der Personalakte der Klägerin haben könnte. Es hat insbesondere nicht gewürdigt, ob das gerügte Fehlverhalten der Klägerin weiterhin von Bedeutung für eine Beurteilung ihrer Fähigkeiten und Leistungen als Haushaltssachbearbeiterin sein konnte. Dagegen spricht nicht schon der Umstand, dass nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts die Gefahr einer erneuten Pflichtverletzung nicht mehr bestand. Sollte mit dem Landesarbeitsgericht anzunehmen sein, die Klägerin sei mit der Verwaltung der Zahlstelle überfordert gewesen, spricht dies mit Blick auf künftige Einsatzmöglichkeiten eher für ein berechtigtes Interesse des Beklagten an einer Beibehaltung der Dokumentation.

II. Ob der Beklagte verpflichtet ist, die Abmahnung vom 16.4.2008 aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen, steht danach noch nicht fest.

1. Eine solche Verpflichtung besteht auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht deshalb, weil die Abmahnung eine falsche Tatsachenbehauptung oder unzutreffende recht-

## Allgemeines Vertragsrecht

liche Wertung insoweit enthielte, wie der Beklagte rügt, die Klägerin habe Frau H bezichtigt, für das Verschwinden des Kassenbuchs die Verantwortung zu tragen.

a) Der Beklagte hat sowohl im Text der Abmahnung als auch im Rechtsstreit angegeben, worauf er diesen Vorwurf stützt. Die Klägerin habe bei ihrer Anhörung angegeben, der Kollegin am 26.4.2007 das Originalkassenbuch übergeben und es von ihr nicht wieder zurückerhalten zu haben. Dies treffe nicht zu.

b) Entspreche die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe das Originalkassenbuch Ende April 2007 nicht ihrer Kollegin übergeben, der Wahrheit, enthielte seine Rüge, die Klägerin habe dadurch die Kollegin bezichtigt, für das Verschwinden des Kassenbuchs verantwortlich zu sein, weder eine falsche Tatsachenbehauptung, noch beruhe sie auf einer unzutreffenden rechtlichen Würdigung. Es ginge dann nicht nur um eine möglicherweise von der Klägerin missverstandene Beschlusslage von Anfang März 2007, wie das Arbeitsgericht gemeint hat. Die Klägerin hätte vielmehr selbst unzutreffende Angaben zu einer tatsächlichen Übergabe des Kassenbuchs mit der Folge gemacht, dass ihre Kollegin als verantwortlich für das Verschwinden des Kassenbuchs erscheinen musste.

2. Sonstige Gründe für einen Anspruch der Klägerin auf Entfernung der Abmahnung sind auf Basis der bisherigen Feststellungen nicht gegeben. Die Abmahnung ist weder inhaltlich zu unbestimmt noch verstößt sie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

3. Umgekehrt ist ein Anspruch der Klägerin auf Entfernung der Abmahnung vom 16.4.2008 nicht deshalb generell ausgeschlossen, weil die Abmahnung für die bei einer möglichen späteren Kündigung erforderlich werdende Interessenabwägung während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses ihre Bedeutung behielte. Maßgeblich sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls.

a) Im Schrifttum wird teilweise angenommen, der Arbeitgeber habe ein dauerhaftes Interesse an dem Verbleib einer zu Recht erteilten Abmahnung in der Personalakte des Arbeitnehmers (vgl. *Kleinebrink*, BB 2011, 2617, 2622; *Ritter*, DB 2011, 175, 176 f.; *Schrader*, NZA 2011, 180, 181). Die Abmahnung möge zwar nach einem gewissen Zeitablauf ihre Warnfunktion verlieren, im Rahmen der Interessenabwägung müsse sich der Arbeitgeber aber weiterhin auf sie berufen dürfen (*Schrader*, a.a.O.). Durch bloßen Zeitablauf könne die Abmahnung nicht bedeutungslos werden, weil für die Abwägung der beiderseitigen Interessen erheblich sein könne, ob das Arbeitsverhältnis während seines – gesamten – Bestands störungsfrei gewesen sei (*Ritter*, DB 2011, 175, 176). Der Arbeitgeber müsse die Möglichkeit haben, Unterlagen, die einen Vertrauenszuwachs verhindern könnten, dauerhaft in der Personalakte zu belassen (*Kleinebrink*, a.a.O.).

b) Zutreffend ist, dass eine Abmahnung für eine spätere Interessenabwägung auch dann noch Bedeutung haben kann, wenn sie ihre kündigungrechtliche Warnfunktion verloren

hat. So kann in die Interessenabwägung bei einer verhaltensbedingten Kündigung ein zuvor störungsfreier Verlauf des Arbeitsverhältnisses einzubeziehen sein (vgl. BAG, v. 7.7.2011 – 2 AZR 355/10 – Rn 20, AP BGB § 626 Nr. 237 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 38; v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 – Rn 34, BAGE 134, 349). An einem solchen kann es fehlen, wenn der Arbeitnehmer schon einmal abgemahnt wurde. Gleichwohl besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Dokumentation einer Pflichtverletzung nicht zwangsläufig für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses. So kann ein hinreichend lange zurückliegender, nicht schwerwiegender und durch beanstandungsfreies Verhalten faktisch überholter Pflichtenverstoß seine Bedeutung für eine später erforderlich werdende Interessenabwägung gänzlich verlieren. Eine nicht unerhebliche Pflichtverletzung im Vertrauensbereich wird demgegenüber eine erhebliche Zeit von Bedeutung sein.

III. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht die folgenden Erwägungen zu berücksichtigen haben.

1. Bislang ist nicht aufgeklärt, ob die Abmahnung vom 16.4.2008 eine unrichtige Tatsachenbehauptung oder falsche rechtliche Bewertung enthält. Die Klägerin hat zwar nicht bestritten, bei ihrer Anhörung angegeben zu haben, sie habe ihrer Kollegin schon Ende April 2007 die Zahlstelle übergeben. Eine Pflichtverletzung läge darin aber nur, wenn dies nicht der Wahrheit entspreche. Hierzu haben die Parteien widerstreitend vorgetragen.

2. Ebenso wenig wie für das Fortbestehen der Warnfunktion einer Abmahnung (vgl. BAG, v. 18.11.1986 – 7 AZR 674/84 – zu II 5 der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 4) gibt es eine fest bemessene Frist für die Dauer, für welche ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an ihrem Verbleib in der Personalakte des Arbeitnehmers anzuerkennen ist. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Schwere des gerügten Fehlverhaltens. Je schwerer eine Pflichtverletzung wiegt, desto länger kann sie für die Beurteilung der Führung, der Leistungen und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers und ggf. für seine Vertrauenswürdigkeit von Bedeutung sein. Ein auf nur geringer Nachlässigkeit beruhender Ordnungsverstoß kann seine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis deutlich eher verlieren (vgl. dazu BAG, v. 27.1.1988 – 5 AZR 604/86 – zu III der Gründe, RzK I 1 Nr. 26) als ein Fehlverhalten, welches geeignet ist, das Vertrauen in die Integrität des Arbeitnehmers erheblich zu beeinträchtigen. Auch eine schwere Pflichtverletzung im Leistungsbereich wird ein Interesse des Arbeitgebers an einem Verbleib der Abmahnung in der Personalakte angesichts der Möglichkeit, die Qualität der Arbeitsleistung und die Befähigung des Arbeitnehmers für höherwer-

## Allgemeines Vertragsrecht

tige oder andere Tätigkeiten beurteilen zu müssen, für längere Zeit begründen können.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 18.7.2012, 2 AZR 782/11  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Ritter  
Allvaterstraße 2, 14129 Berlin  
Tel.: 030/805804-40, Fax: 030/805804-42  
www.thomasritterlegal.de; kanzlei@thomasritterlegal.de

### 2. AGB-Kontrolle, Ausschlussfrist, unterschiedliche Regelung in Arbeits- und Tarifvertrag

Ist im Arbeitsvertrag eine (unproblematische) einstufige Verfallfrist geregelt und in einem arbeitsvertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrag eine zweistufige Frist, ist die Verpflichtung, die einstufige arbeitsvertragliche Frist einzuhalten jedenfalls dann nicht unklar, wenn zusätzlich im Vertrag noch darauf hingewiesen wurde, dass die für den Arbeitnehmer günstige Regelung Geltung hat. An der Geltung der einstufigen Frist kann insoweit kein Zweifel bestehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 2.7.2012, 2 Sa 238/12

### 3. AGB-Kontrolle, Ausschlussfrist, formelle Intransparenz

Die Unterbringung einer Ausschlussfristenregelung an unerwarteter Stelle (hier unter der Überschrift „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“) ist überraschend und daher nicht zum Vertragsinhalt allgemeiner Geschäftsbedingungen geworden (§ 305c Abs. 1 BGB).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 22.6.2012, 10 Sa 88/12

### 4. AGB-Kontrolle, Arbeitnehmerüberlassung, equal pay, unwirksame Verweisung auf mehrgliedrigen Tarifvertrag

1. Die arbeitsvertraglich vereinbarte einseitige Ersetzungsbefugnis des Arbeitgebers im Hinblick auf den im Arbeitsverhältnis maßgeblichen Tarifvertrag benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.

2. Setzt der Entleiher im Aufgabengebiet des Leiharbeitnehmers keine eigenen Stammkräfte, sondern ausschließlich Leiharbeitnehmer ein, folgt aus § 10 Abs. 4 AÜG bei richtlinienkonformer Auslegung, dass der Leiharbeitnehmer dann die Vergütung beanspruchen kann, die für ihn maßgeblich wäre, wenn er vom Entleiher für die gleiche Aufgabe eingestellt worden wäre.

3. Die einzelvertragliche Bezugnahme auf einen mehrgliedrigen Tarifvertrag verstößt gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 21.9.2012, 6 Sa 112/12

### 5. AGG, Bewerbungsverfahren, Kopftuch als religiöses Bekenntnis

1. Trägt eine muslimische Frau in der Öffentlichkeit ein Kopftuch, ist dies als Teil ihres religiösen Bekenntnisses und als Akt der Religionsausübung anzuerkennen.

2. Wird eine Bewerberin bereits vor dem Abschluss des Bewerbungsverfahrens aus dem Kreis der in Betracht zu ziehenden Bewerberinnen ausgeschlossen, weil sie auf Nachfrage des potenziellen Vertragspartners angibt, das Kopftuch auch während der Arbeitszeit nicht ablegen zu wollen, wird die Bewerberin wegen ihrer muslimischen Religionszugehörigkeit diskriminiert.

3. Gesetzgeberische Intention des AGG ist es auch, dass sich die Subjekte der Vertragsfreiheit nicht von dem Gedanken leiten lassen mögen, der potenzielle Vertragspartner zeige in Lebensfragen im Sinne von § 1 AGG eine Haltung, die von der Mehrheitshaltung abweicht.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 28.3.2012, 55 Ca 2426/12

### 6. AGG, Bewerbungsverfahren, Begriff der Weltanschauung, Sympathie für die kommunistische Partei Chinas, Klagefrist

1. Der Begriff der Weltanschauung ist weit zu fassen und kann über eine feste innere, religionsähnliche Vorstellung von der Welt auch die Überzeugung von der Richtigkeit politischer Programme beinhalten. Nicht geschützt nach Art 2 Abs. 5 EGRL 78/2000 sind danach ausdrücklich nur Überzeugungen, die auf die Einschränkung von Rechten und Freiheiten anderer abzielen.

2. Auch bei einer weiten Auslegung des Begriffs der Weltanschauung im Sinne des § 1 AGG erfüllt die bloße Sympathie für eine politische Partei ohne tiefer gehende Identifizierung mit deren Zielen noch nicht das Merkmal der Weltanschauung. Ein Wohlwollen gegenüber einer politischen Richtung oder politischen Partei erreicht noch nicht die Tiefe, die den Begriff der Weltanschauung beziehungsweise „Überzeugung“ (in anderen EG-Sprachen) kennzeichnet.

3. Nur eine Klage auf Entschädigung nicht aber eine Feststellungsklage wahrt die Frist aus § 61b ArbGG.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13.2.2012, 2 Sa 768/11

### 7. AGG, Bewerbungsverfahren, unzureichende Mitteilung der Schwerbehinderung, Verletzung der Prüf- und Meldepflichten gem. §§ 81, 82 SGB IX, Höhe der angemessenen Entschädigung

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Beklagte hat nicht schon deshalb ein Indiz für eine Benachteiligung des Klägers gesetzt, weil sie den Kläger nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat (§ 82 Satz 2 SGB IX). (...) Der Kläger hat unstreitig in seinem Bewerbungsschreiben vom 17.8.2009 **keine Mitteilung von seiner**

## Allgemeines Vertragsrecht

**Schwerbehinderung** gemacht. Eine positive Kenntnis der zuständigen Personen ist erst nach dem Bewerbungsschluss zum 31.8.2009 mit Zugang seines Schreibens vom 14.10.2009 am 16.10.2009 feststellbar. Zu diesem Zeitpunkt war das Einstellungsverfahren so weit fortgeschritten, dass eine Einladung des Klägers zu einem Vorstellungsgespräch nicht mehr erfolgen musste. Der Beklagte hatte bereits am 3.9.2009 die eingegangenen 19 Bewerbungen sortiert und sieben aus seiner Sicht am besten geeignete Bewerber ausgesucht. Der zuständige Personalausschuss des Kreistages hatte in seiner Sitzung vom 14.9.2009 darüber abgestimmt, welche der ausgewählten Bewerber zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden und die Vorstellungsgespräche am 9.10. und 14.10.2009 waren bereits erfolgt. Unabhängig davon, dass ergänzend auch noch am Montag, den 19.10.2009 ein letztes Vorstellungsgespräch stattfand, hätte für den Beklagten die erneute Einbeziehung des Klägers in das Auswahlverfahren durch die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch bedeutet, dass der gesamte, bereits geplante Entscheidungsprozess verzögert wird. Im Hinblick auf den Bewerbungsschluss am 31.8.2009 war dies dem Beklagten nicht zuzumuten. Der öffentliche Arbeitgeber ist berechtigt, die **nachträgliche Offenlegung** einer Schwerbehinderung genauso, wie eine nachträgliche Bewerbung **unberücksichtigt** zu lassen und in einem solchen Fall von einer Einladung zu einem Vorstellungsgespräch abzusehen, wenn das Bewerbungsverfahren schon weit fortgeschritten ist oder die Auswahlentscheidung – zumindest intern – schon getroffen wurde (BAG, v. 18.11.2008, 9 AZR 643/09).

Der **Formulierung im Bewerbungsschreiben**: „Meine **Behinderung** schränkt mich bei einer Tätigkeit im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht ein.“ musste die Beklagte nicht entnehmen, dass beim Kläger eine Schwerbehinderung vorliegt. Aufgrund der Weite des Behindertenbegriffs fallen auch Einschränkungen hierunter, die ggf. weit unterhalb der Schwelle eines Grades der Behinderung von 50 (§ 2 Abs. 2 SGB IX) liegen und daher die besonderen Pflichten nach §§ 81, 82 SGB IX, die nur für schwerbehinderte und diesen gleichgestellte behinderte Menschen gelten (§ 68 Abs. 1 SGB IX), nicht auslösen (BAG, v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10). Der Beklagte musste auch aus der Tatsache, dass der Kläger in fortgeschrittenem Lebensalter eine Ausbildung für den gehobenen Verwaltungsdienst gemacht hat, nicht auf eine Schwerbehinderung schließen. Der Arbeitgeber muss sich nicht in detektivischer Weise mit einer Bewerbung auseinandersetzen und hinterfragen, wann und aus welchen Gründen der Bewerber seine Qualifikationen erwerben konnte und etwaigen Vermutungen oder Möglichkeiten für das Bestehen einer Schwerbehinderung nachgehen. Ein Bewerber, der sich auf die für Schwerbehinderte geltenden Schutzvorschriften berufen möchte, muss vielmehr von sich aus eine bestehende Schwerbehinderung deutlich machen. Eine **Pflicht** des Arbeitgebers, sich nach einer Schwerbehinderteneigenschaft **zu erkundigen**, besteht grundsätzlich nicht. Eine solche Pflicht

kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Arbeitgeber nicht berechtigt ist, sich tätigkeitsneutral nach dem Bestehen einer Schwerbehinderteneigenschaft zu erkundigen, wenn er hiermit keine positive Fördermaßnahme verbinden will. Gerade durch solche Nachfragen kann der Arbeitgeber Indiztatsachen schaffen, die ihn bei einer Entscheidung gegen den schwerbehinderten Bewerber in die Darlegungslast nach § 22 AGG bringen können. Hierzu kann der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein (BAG, v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10).

2. Die Beklagte hat aber ihre **Prüf- und Meldepflichten** nach §§ 81 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, 82 Satz 1 SGB IX und ihre Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX verletzt und hierdurch in zweifacher Weise eine Indizwirkung i.S.d. § 22 AGG dahingehend begründet, dass er den Kläger als Behinderten benachteiligt. (...)

3. Für die **Höhe der** dem Kläger nach § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG zustehenden **angemessenen Entschädigung** erscheint ein Betrag von EUR 4.000,00 (aufgerundet **1,5 Bruttomonatsvergütungen**) angemessen.

§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG räumt dem Gericht einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Höhe der Entschädigung ein, um bei der Prüfung der Angemessenheit der Entschädigung die Besonderheiten jedes einzelnen Falls berücksichtigen zu können. (...) Hierbei ist vorliegend zu berücksichtigen, dass der Beklagte allein gegen die Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1, 2 und 9, sowie § 82 Satz 1 SGB IX verstoßen hat und aus dem gesamten Ablauf des Verfahrens hervorgeht, dass das **Verhalten** des Beklagten **nicht auf eine Diskriminierung** des Klägers **angelegt** war, sondern von inhaltlichen Anforderungen an die Qualifikation der Bewerber getragen war und insbesondere die zu einem Vorstellungsgespräch eingeladenen Bewerber über relevante Berufserfahrung für die auszuübende Tätigkeit verfügten. Demnach steht fest, dass der Kläger auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und es damit nicht um die Person des Klägers ging, so dass die Folgen der Benachteiligung für den Kläger durch die vorliegenden Verfahrensverstöße insgesamt nicht gravierend waren. Hinzukommt, dass der Kläger es selber zu vertreten hat, dass der Beklagte erst weit nach Schluss der Bewerbungsfrist und in einem Stadium, in dem das Einstellungsverfahren weit fortgeschritten war, Kenntnis von der Schwerbehinderung der Klägers erhalten hat. Dennoch **wiegt** in diesem Zusammenhang **der Verstoß** des Beklagten **gegen die Pflicht, die Ablehnung gem. § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX zu begründen, schwerer, als die Verstöße gegen die Prüfungs- und Meldebestimmungen** der §§ 81 Abs. 1 Satz 1 und 2, 82 Satz 2 SGB IX. Der Beklagte wusste zu diesem Zeitpunkt um die Schwerbehinderung des Klägers und hätte mit einer entsprechenden Begründung, die insbesondere auf den zeitlichen Ablauf des Einstellungsverfahrens hinweist und dem Kläger erläutert, weshalb er ohne Ansehen seiner Person bei der Einstellung nicht berücksichtigt werden konnte, beim Kläger den Eindruck vermeiden können, dass er als schwerbehinderter Mensch unter systematischer Missachtung der einschlägigen

## Allgemeines Vertragsrecht

Schutzbestimmungen benachteiligt wird. **Zugunsten** des Beklagten ist zu berücksichtigen, dass er seit der Forderung des Klägers nach Entschädigung **die einschlägigen Schutzvorschriften berücksichtigt**. Auch in Anbetracht der Tatsache, dass die Entschädigung geeignet sein muss, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber zu haben, erscheint es angesichts der eher leichten Persönlichkeitsrechtsverletzung unter den vorliegenden Umständen angemessen, den vom Kläger genannten Betrag von drei Bruttomonatsvergütungen nicht voll auszuschöpfen, sondern insgesamt ein Betrag von EUR 4.000,00 festzusetzen.

■ Landesarbeitsgericht München  
vom 25.6.2012, 7 Sa 1247/12  
eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link  
Niedere Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen  
Tel.: 07721-33166; Fax: 07721-33197  
link@anwaltskanzlei-vs.de; www.anwaltskanzlei-vs.de

### 8. Aufhebungsvertrag, Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Im Verschweigen von Tatsachen bzw. im Unterlassen einer Aufklärung (hier Nichtoffenbaren einer abgegebenen eidesstattlichen Versicherung) kann eine zur Anfechtung berechtigte Täuschung nur dann liegen, wenn eine Offenbarungspflicht besteht, etwa weil das Verschweigen gegen Treu und Glauben verstößt und der Vertragspartner unter den gegebenen Umständen die Mitteilung der verschwiegenen Tatsachen hätte erwarten dürfen. Grundsätzlich ist es Sache jeder Partei, ihre eigenen Interessen selbst wahrzunehmen. Es besteht keine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein könnten.

2. Die Darlegungs- und Beweislast für die eine vorsätzliche Täuschung begründenden Umstände sowie deren Ursächlichkeit für die angefochtene Willenserklärung trägt der Anfechtende; das gilt auch, soweit es um eine Täuschung durch arglistiges Verschweigen geht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 27.3.2012, 12 Sa 811/11

### 9. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung

1. Der für den Anpassungsbedarf und die reallohnbezogene Obergrenze maßgebliche Prüfungszeitraum reicht vom Rentenbeginn bis zum Anpassungsstichtag.

2. Erweist sich die Anpassungsentscheidung des Arbeitgebers als unwirksam, ist eine Anpassung nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex vorzunehmen. Dies gilt allerdings nicht schon dann, wenn die ursprünglich vom Arbeitgeber getroffenen Erwägungen mit § 16 BetrAVG nicht vereinbar sind. Der Arbeitgeber kann für die getroffene Anpassungsentscheidung neue Berechnungen in den Prozess einführen, weil entscheidend darauf abzustellen ist, ob die getroffene Anpassungs-

entscheidung im Ergebnis billigem Ermessen entspricht.

3. Der Nettolohn i.S.v. § 16 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG ist der Teil des Arbeitsverdienstes, der den aktiven Arbeitnehmern nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen üblicherweise verbleibt. Dies ergibt sich daraus, dass § 16 BetrAVG der Aufrechterhaltung eines bestimmten Lebensstandards dient. Dieser hängt vom verfügbaren Einkommen ab.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13.4.2012, 5 Sa 354/11

### 10. Betriebliche Altersversorgung, gespaltene Rentenformel, Abschlag bei vorgezogenem Rentenbezug

1. Keine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts durch sog. gespaltene Rentenformel in der Versorgungsordnung.

2. Bei der vorgezogenen Inanspruchnahme der Betriebsrente nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles kann, wenn die Versorgungsordnung selbst keinen versicherungsmathematischen Abschlag vorsieht, ein sog. untechnischer versicherungsmathematischer Abschlag nur vorgenommen werden, wenn die Versorgungsordnung einen solchen nicht ausschließt, hier Ausschluss bejaht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 3.4.2012, 12 Sa 1043/11

### 11. Betriebsübergang, Abgrenzung von Betriebseinstellung und Betriebsübergang

Bei der Abgrenzung zwischen Betriebsstilllegung und Betriebsübergang ist zwischen der Entscheidung, die eigene unternehmerische Tätigkeit aufzugeben und der Entscheidung, den Betrieb einzustellen, zu unterscheiden. Handelt es sich um die OGS-Betreuung von Grundschulkindern in einer kommunalen Schule, liegt die Entscheidung, die Betreuung der Kinder einzustellen, bei der Kommune. Solange diese einen neuen Träger zur Übernahme der Aufgabe sucht, kann der bisherige Träger nicht von einer Betriebsstilllegung ausgehen. Ihm steht nicht die Entscheidung zu, am vorgegebenen Standort Kinderbetreuung nicht mehr durchzuführen.

Im Rahmen des Betriebsbegriffs ist der Unterschied in der Rechtspersönlichkeit des Betriebsinhabers kein Abgrenzungskriterium. Voraussetzung des Betriebsübergangs ist gerade, dass sich die Inhaberschaft des Betriebs ändert.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 2.7.2012, 2 Sa 102/12

### 12. Betriebsübergang, Abgrenzung von Betriebseinstellung und Betriebsübergang

1. Es kann eine Umgehung des nach § 613a BGB bezweckten Schutzes der Arbeitnehmer vorliegen, wenn bei einem Betriebsübergang die beschäftigten Arbeitnehmer durch Veräu-

## Allgemeines Vertragsrecht

Berber und Erwerber veranlasst werden, gleichzeitig zu vereinbaren

a. die Aufhebung des mit dem Veräußerer bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses und die befristete Einstellung bei einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft, und

b. den Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber, das zu dem Zeitpunkt beginnt, zu dem auch die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer und die befristete Einstellung bei der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft wirksam werden sollen.

2. Die Übernahme wird den beschäftigten Arbeitnehmern verbindlich in Aussicht gestellt, wenn die geplante Fortführung des Betriebs ohne Unterbrechung nur mit der ganz überwiegenden Zahl der Stammarbeitnehmer möglich ist.

3. Die Bestandschutzregelungen des § 613a BGB finden auch im Insolvenzverfahren uneingeschränkt Anwendung und stehen weder von den Voraussetzungen noch von den Rechtsfolgen her zur Disposition der Tarifvertragsparteien und/oder der Betriebsparteien.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 7.3.2012, 9 Sa 1310/11

### 13. Betriebsübergang, wirtschaftliche Tätigkeit, Arbeitsvermittlung in öffentlich-rechtlich organisierter Einheit

Als wirtschaftliche Tätigkeit gelten auch Dienste, die im allgemeinen Interesse und ohne Erwerbzweck im Wettbewerb mit den Diensten von Wirtschaftsteilnehmern erbracht werden, die einen Erwerbzweck verfolgen, ohne dass es sich um eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt (im Anschluss an EuGH, v. 6.9.2011 – [Scattolon] – Rs. C 108/10).

■ Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 1.11.2012, 4 Sa 1528/11

### 14. Direktionsrecht, billiges Ermessen, leidensgerechter Arbeitsplatz

1. Dem Arbeitnehmer kann ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB zustehen, wenn der Arbeitgeber schuldhaft seine Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB dadurch verletzt hat, dass er dem Arbeitnehmer nicht durch Neuausübung seines Direktionsrechts einen leidensgerechten Arbeitsplatz zuweist (im Anschluss an BAG, v. 19.5.2010 – 5 AZR 162/09).

2. Ist der Arbeitgeber aufgrund der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch zu machen, so schließt das die Pflicht ein, etwaige Hindernisse für die Zuweisung der neuen Tätigkeit zu beseitigen, soweit dies dem Arbeitgeber möglich und zumutbar ist.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 6.6.2012, 4 Sa 2152/11

### 15. Direktionsrecht, billiges Ermessen, Berücksichtigung der Kinderbetreuung

1. Trotz der Personensorgepflicht der Klägerin für ihr Kind und dem Umstand, dass der Ehemann der Klägerin ebenfalls bei der Beklagten beschäftigt ist, besteht kein Anspruch der Klägerin, nur zu den von ihr beantragten Zeiten von 9.00 Uhr bis 20.00 Uhr zur Arbeit eingeteilt zu werden.

2. Bei der Bestimmung der Lage der Arbeitszeit muss der Arbeitgeber nach Möglichkeit auch auf die Personensorgepflichten des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen, sofern betriebliche Gründe oder berechtigte Belange anderer Arbeitnehmer nicht entgegenstehen (Anschluss an LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 26.11.2008, 2 Sa 217/08. Dies führt vorliegend aber nicht zu einer Reduzierung des Arbeitgeberermessens „auf Null“.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 27.3.2012, 12 Sa 987/11

### 16. Direktionsrecht, keine Zuweisung geringwertiger Tätigkeit

Wenn die Arbeitspflicht arbeitsvertraglich nicht auf eine genau bestimmte Tätigkeit begrenzt (konkretisiert) ist, kann dem Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes jede Tätigkeit übertragen werden, die den Merkmalen seiner Vergütungsgruppe und seinen Kräften und Fähigkeiten entspricht, sofern ihm die Tätigkeit auch im Übrigen billigerweise zugemutet werden kann. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasst nicht die Befugnis zur Versetzung des Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz mit einer geringwertigeren Tätigkeit. Dies gilt selbst dann, wenn die bisher gezahlte Vergütung fortgezahlt wird.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 25.4.2012, 8 Sa 677/11

### 17. Entgeltfortzahlung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus EU-Land, Mitteilung der Auslandsanschrift

1. Durch eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die in einem Land der EU ausgestellt worden ist und für die die Verordnung (EWG) Nr. 547/72 des Rates vom 21.3.1972 gilt, wird der volle Beweis für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit erbracht.

2. Nach § 5 Abs. 2 EFZG ist der Arbeitnehmer, der sich bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland aufhält, verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und die Adresse am Aufenthaltsort in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen. Teilt aber der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine im Ausland eingetretene Arbeitsunfähigkeit telefonisch mit und fragt der Arbeitgeber nicht nach der Urlaubsanschrift, so kann er die Entgeltfortzahlung nicht mit der Begründung verweigern, ihm sei dadurch



## Allgemeines Vertragsrecht

die Möglichkeit genommen worden, die Arbeitsunfähigkeit überprüfen zu lassen (BAG, v. 19.2.1997 – 5 AZR 83/96).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 1.6.2012, 4 Sa 115/12

### 18. Freistellung, Angebot auf Erlassvertrag

Die typische Erklärung im Kündigungsschreiben „Sie werden ab sofort unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung und unter Anrechnung bestehender Urlaubsansprüche bis zum Ablauf der Kündigungsfrist von der Erbringung der Arbeitsleistung unwiderruflich freigestellt.“ stellt ein Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrages im Sinne von § 397 BGB dar.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 24.8.2012, 13 Sa 499/12

### 19. Gleichbehandlungsanspruch, Anforderung an die Stärke der Vergleichsgruppe

Für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist es nicht erforderlich, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer der Vergleichsgruppe begünstigt ist (hier: ausreichend 31 % der Vergleichsgruppe).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 18.5.2012, 4 Sa 1506/11

### 20. Mobbing, Abgrenzung zu sozialtypischen beruflichen Konflikten, Obligation des Betroffenen zur Bereinigung von Konflikten

1. Einzelne Konflikte zwischen einer Lehrerin und der Schulleitung über das richtige Verhalten gegenüber Schülern und Eltern und die fehlende Anerkennung des Einsatzes der Lehrerin sind ohne systematische und zielgerichtete Anfeindung nicht zwingend als „Mobbing“ anzusehen.

2. Schultypische Konflikte sind üblicherweise in Gesprächen zwischen dem sich benachteiligt fühlenden Lehrer und der Schulleitung sowie dem Lehrerkollegium zu erörtern mit dem Ziel, sie beizulegen. Dabei kann es dem betroffenen Lehrer obliegen, derartige Gespräche anzustoßen, insbesondere wenn die erhebliche Auswirkung der Konflikte auf seine Gesundheit für die Schulleitung und die anderen Lehrer so nicht erkennbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 29.2.2012, 9 Sa 1221/11

### 21. Mobbing, Abgrenzung zum sozialadäquaten Arbeitsplatzkonflikt

1. Ein sogenannter Mobbing-Tatbestand, der geeignet sein kann, eine Schadensersatzpflicht zu begründen, unterscheidet sich von sozialadäquaten Arbeitsplatzkonflikten dadurch, dass er eine Kette von einseitigen Persönlichkeitsrechtsverletzungen aufweist, die systematisch und zielgenau gegen eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist.

2. Soll der Arbeitgeber als solcher wegen eines Mobbing-Tatbestands in Anspruch genommen werden, ist darzulegen, dass die Mobbing-Handlungen von Personen ausgehen, die dabei gegenüber der oder den Betroffenen in ihrer Eigenschaft als Arbeitgebervertreter auftreten.

3. Eine Haftung des Arbeitgebers kommt ferner dann in Betracht, wenn dieser es unterlässt, den oder die Betroffenen vor entsprechenden Verletzungshandlungen anderer Mitarbeiter in Schutz zu nehmen, obwohl ihm der Mobbing-Tatbestand bekannt ist oder bekannt sein müsste.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 21.7.2011, 7 Sa 1570/10

### 22. Mobbing, kein Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Entschädigungsanspruchs

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger hat keinen Auskunftsanspruch bezüglich der verlangten Angaben über die vom Beklagten beauftragte Detektei.

1. Im Arbeitsverhältnis wird ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB anerkannt, wenn der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete unschwer Auskunft erteilen kann (BAG, v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93). Ein Ungleichgewicht kann etwa aus einer wirtschaftlichen Übermacht oder aus einem erheblichen Informationsgefälle resultieren. Eine solche Situation kann es erfordern, Auskunftsansprüche zu statuieren, die eine Vertragspartei zur Wahrnehmung ihrer materiellen Rechte aus dem Vertrag benötigt. Im Regelfall setzt das einen dem Grunde nach feststehenden Leistungsanspruch voraus (BAG, v. 27.6.1990 – 5 AZR 334/89; BGH, v. 7.12.1988 – IVa ZR 290/87; MüKoBGB/Krüger, § 260 Rn 15 f.). Innerhalb vertraglicher Beziehungen, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen, kann der Auskunftsanspruch darüber hinaus die Funktion haben, dem Berechtigten Informationen auch schon über das Bestehen des Anspruchs dem Grunde nach zu verschaffen (ErfK/Preis, § 611 BGB Rn 633). Besteht ein billigenswertes Interesse an einer Auskunft, z.B. weil sie zur Geltendmachung eines Leistungsanspruchs erforderlich ist, kann sie verlangt werden, soweit die Verpflichtung keine übermäßige Belastung des Vertragspartners darstellt und die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess berücksichtigt bleibt: Die Darlegungs- und Beweissituation darf nicht durch die Gewährung materiellrechtlicher Auskunftsansprüche unzulässig verändert werden (BAG, v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93). Der Auskunftsanspruch kann nach Treu und Glauben nur da ergänzend eingreifen, wo auch die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast einer entsprechenden Korrektur bedarf (BAG, v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93).

2. Hier macht der Kläger den Auskunftsanspruch geltend, da er in den von dem Beklagten beauftragten Überwachungsmaßnahmen einen weiteren Mobbing-Vorfall erkennt, den er

## Allgemeines Vertragsrecht

seinem Schmerzensgeldantrag zugrunde legen möchte. Die Darlegungs- und Beweislast für die gerügte Pflichtverletzung trägt nach allgemeinen Grundsätzen auch in sog. Mobbing-Fällen der Arbeitnehmer, der sich als „gemobbt“ ansieht. Würde der Beklagte hier antragsgemäß zur Auskunft verurteilt werden, so würde die gesetzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in unzulässiger Weise verschoben werden. Es ist nicht Aufgabe des Beklagten, die Gegenseite mit Tatsachen zu versorgen, um deren Antrag eventuell schlüssig zu machen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 9.8.2012, 11 Sa 731/11  
eingereicht von Rechtsanwalt Georg Wohlleben  
Schlossstraße 7, 56856 Zell/Mosel  
Tel.: 06542-969777-0; Fax: 06542-96977711  
cieplick@mueller-wohlleben.de; www.mueller-wohlleben.de

### 23. Persönlichkeitsrecht, Anordnung amtsärztlicher Untersuchung, Leistungsverweigerungsrecht

#### Leitsatz:

Ein Arbeitnehmer, der gemäß § 3 Abs. 5 Satz 1 TV-L verpflichtet ist, seine Leistungsfähigkeit durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, ist zur Verweigerung einer zu diesem Zweck angeordneten amtsärztlichen Untersuchung berechtigt, wenn der Arbeitgeber in seinem Schreiben an den amtsärztlichen Dienst überschießende Angaben zu Problemen des Arbeitnehmers bei der Arbeit gemacht und Fragen gestellt hat, die über eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit hinausgehen.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Klägerin ist nicht verpflichtet, sich aufgrund der Anordnung des Beklagten vom amtsärztlichen Dienst des Landkreises auf ihre Dienstfähigkeit untersuchen zu lassen. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 Satz 1 TV-L für eine solche Anordnung waren aufgrund der krankheitsbedingten Ausfallzeiten der Klägerin und ihrer Angaben zu ihrem Gesundheitszustand an sich erfüllt. Die Klägerin ist jedoch gemäß § 275 Abs. 3 BGB berechtigt, die Leistung eines Nachweises aufgrund einer Untersuchung des amtsärztlichen Dienstes des Landkreises zu verweigern. Das Leistungshindernis ergab sich für die Klägerin aus dem Schreiben des Beklagten mit dem dieser die Amtsärztin des Landkreises mit der Erstellung eines Gutachtens über die Arbeitsfähigkeit betraute. Soweit der Beklagte in seinem Schreiben danach fragte, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen immer wieder zur Arbeitsunfähigkeit der Klägerin führten, ob ein einheitliches Grundleiden bestehe und ob und ggf. welche Funktionseinschränkungen bestünden, war dies von der Nachweispflicht der Klägerin nach § 3 Abs. 5 TV-L nicht gedeckt. Rechtsfolge davon war jedoch **kein bloßes Verwertungsverbot** entsprechender Antworten. Vielmehr stellte der mit einer Beantwortung verbundene Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin (dazu BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94 -BGHZ 128, 1 zu III der

Gründe; BAG, Urt. v. 23.4.2009 – 6 AIR 189/08 – BAGE 130, 347 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 40 R 21) ein **Hindernis** dar, sich überhaupt erst einer darauf gerichteten ärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

2. Ein weiteres, nicht wieder ausräumbares Hindernis wurde dadurch geschaffen, dass der Beklagte in seinem Schreiben ausführte, es habe **innerdienstliche Spannungen** zwischen der Klägerin, Schulleitern, Lehrkräften und Eltern und erhebliche Störungen des Vertrauensverhältnisses gegeben, es lägen massive Beschwerden von Eltern vor, welche die Klassenleitertätigkeit der Klägerin abgelehnt hätten, und es habe Abmeldungen von Schülern gegeben, die nicht von der Klägerin hätten unterrichtet werden wollen. Dies ging über eine Schilderung konkreter Umstände hinaus, die Anlass für Zweifel an der gesundheitlichen Leistungsfähigkeit der Klägerin geben konnten (vgl. LAG Hamburg, Urt. v. 13.9.2007 – 8 Sa 35/07 – zu 3 b der Gründe), und war geeignet, die Amtsärztin als Adressatin gegenüber der Klägerin **voreingenommen** zu machen, indem es deren Fantasie überlassen blieb, welche Verhaltensweisen die Klägerin an den Tag gelegt haben mag. Zugleich lag darin eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch Übermittlung i.S.v. § 3 Abs. 1 und 4 Satz 1 DSGVO, die nach § 32 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BÜSG nur erlaubt ist, soweit dies für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.

3. Da sich einerseits die Klägerin einer Untersuchung durch eine nicht selbst gewählte, nun aber möglicherweise gerade durch das Vorgehen des Beklagten voreingenommene Ärztin unterziehen soll, andererseits für den Beklagten die Möglichkeit besteht, sein Leistungsinteresse nach Absprache mit dem Personalrat durch Beauftragung eines anderen Arztes zu befriedigen, musste die gemäß § 275 Abs. 3 BGB gebotene Abwägung zugunsten der Klägerin ausfallen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 24.8.2012, 6 Sa 568/12  
eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch  
Marburger Straße 16, 10789 Berlin  
Tel. 0 30/2 12 48 99-0; Fax: 0 30/2 12 48 99 20  
kanzlei@friedemann-koch.de; www.friedemann-koch.de

### 24. Vergütung, Anrechnung übertariflicher Zulage

Ob eine tarifliche Entgelterhöhung individualvertraglich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab. Haben die Arbeitsvertragsparteien dazu eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, gilt diese. Andernfalls ist aus den Umständen zu ermitteln, ob eine Befugnis zur Anrechnung besteht. Die Anrechnung ist grundsätzlich möglich, sofern dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbstständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden ist.

2. Da sich durch eine Anrechnung – anders als beim Widerruf der Zulage – die Gesamtgegenleistung des Arbeitgebers für

## Allgemeines Vertragsrecht

die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung nicht verringert, ist die mit einer Anrechnung verbundene Veränderung der Zulagenhöhe dem Arbeitnehmer regelmäßig zumutbar.

- Landesarbeitsgericht Köln  
vom 17.4.2012, 12 Sa 468/11

### 25. Vergütung, Überstunden, Darlegungs- und Beweislast, Anschein der Arbeitsleistung durch Anwesenheit

I. Arbeitsgericht Berlin

1. Hat sich der Anspruchsteller im Rechtsstreit um die Vergütung von Mehr-/Überarbeit zur Entgegennahme und Befolgung von Arbeitsanweisungen (§ 106 GewO) im Betrieb aufgehalten, so ist es Sache des Arbeitgebers, näheren Aufschluss darüber zu verschaffen, warum es sich entgegen erstem Anschein nicht um vergütungspflichtige Anwesenheitszeiten gehandelt haben sollte (vgl. BAG, v. 16.5.2012 – 5 AZR 347/11). Die betriebliche Anwesenheit eines Arbeitnehmers begründet die Vermutung, dass diese auch jeweils notwendig gewesen sei (LAG Berlin, v. 6.4.1983 – 12 Sa 3/83 – n.v.; LAG Berlin-Brandenburg, v. 23.12.2011 – 6 Sa 1941/11).

2. Soweit es in diesem Zusammenhang noch auf die „Duldung“ entsprechender Mehr-/Überarbeit durch den Arbeitgeber im Sinne der diesbezüglichen Judikatur des Bundesarbeitsgerichts (s. etwa schon BAG, v. 15.6.1961 – 2 AZR 436/60) ankommt, kann dieser sich nicht mit Erfolg darauf berufen, er habe die fraglichen Zustände nicht gekannt, wenn die betreffenden Zeiten in vom Arbeitgeber selber geführten Aufstellungen (hier: „Zeiterfassung Journal“) dokumentiert sind. Es gelten insofern die Grundsätze des Bundesgerichtshofs zur sogenannten „Wissenszurechnung“ innerhalb arbeitsteiliger Organisationen (s. namentlich BGH, v. 2.2.1996 – V ZR 239/94).

II. Landesarbeitsgericht Berlin Brandenburg

1. Im Überstundenprozess genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, indem er vorträgt, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Auf diesen Vortrag muss der Arbeitgeber im Rahmen einer gestuften Darlegungslast substantiiert erwidern (1. Prüfungsschritt).

2. Ist streitig, ob der Arbeitnehmer Überstunden geleistet hat, muss der Arbeitnehmer nach der neueren Rechtsprechung des BAG nicht mehr von vornherein darlegen, welche geschuldete Tätigkeit er während der Mehrarbeit verrichtet hat.

3. Die Anwesenheit eines Arbeitnehmers im Betrieb an seinem Arbeitsplatz begründet eine Vermutung dafür, dass die Überstunden zur Erledigung der Arbeit jeweils notwendig waren. Hierauf hat der Arbeitgeber substantiiert für jeden einzelnen Tag zu erwidern (2. Prüfungsschritt).

4. Die Darlegung der Leistung von Überstunden durch den Arbeitnehmer hat nicht in Anlagen, sondern im Schriftsatz

selbst zu erfolgen. Dies gilt jedenfalls bei Anlagen, die nicht aus sich heraus verständlich sind.

- Arbeitsgericht Berlin  
vom 2.11.2012, 28 Ca 13586/12
- Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 19.9.2012, 15 Ta 1766/12

### 26. Vergütung, Annahmeverzug, Streikteilnahme eines gekündigten Arbeitnehmers

Beteiligt sich ein außerordentlich gekündigter Arbeitnehmer an einem Streik, steht ihm für diese Zeit auch dann kein Annahmeverzugslohn zu, wenn in einem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird. Wer streikt, ist nicht leistungswillig i.S.d. § 297 BGB.

- Bundesarbeitsgericht  
vom 17.7.2012, 1 AZR 567/11  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Tschöpe  
Münsterstraße 21, 33330 Gütersloh  
Tel.: 05241-9033-0, Fax: 05241-14859  
info@t-s-c.eu; www.t-s-c.eu

### 27. Vergütung, Sonderzahlung, Freiwilligkeitsvorbehalt

Aus dem Tatbestand:

Der Arbeitsvertrag enthält folgende Regelungen:

12. Sonderzahlungen

Sonderzahlungen, auf die kein gesetzlicher oder tariflicher Anspruch besteht, erfolgen freiwillig mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass daraus für die Zukunft kein Anspruch hergeleitet werden kann, auch wenn die Zahlung mehrmals erfolgt. Arbeitnehmer im gekündigten Verhältnis haben keinen Anspruch auf Sonderzahlungen.

15. Besondere Vereinbarungen

Der Mitarbeiter erhält im Jahr 2002 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von 420,00 DM. Im Jahr 2003 bis 2006 beträgt diese 500,00 DM und im Jahr 2007 50 % des Bruttolohnes. Anschließend steigt die Gratifikation jährlich um 10 % bis max. 100 % des monatlichen Bruttoarbeitslohnes.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klage auf Zahlung eines Weihnachtsgeldes ist unbegründet. Zwar findet sich im Arbeitsvertrag der Parteien in Ziffer 15 eine Regelung zum Weihnachtsgeld. Diese Klausel gibt dem Kläger jedoch keinen Rechtsanspruch auf das Weihnachtsgeld. Dagegen steht Ziffer 12 des Arbeitsvertrages, wonach Sonderzahlungen, auf die kein gesetzlicher oder tariflicher Anspruch besteht, freiwillige Leistungen des Arbeitgebers sind. Die Kammer teilt die Bedenken des Klägers gegen die Wirksamkeit dieser Klausel nicht. Sie macht dem Adressaten hinreichend klar, dass Sonderzahlungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt versehen sind und damit zugleich gesagt ist,

## Bestandsschutz

dass ein Rechtsanspruch auf Sonderzahlungen nicht besteht und nicht entstehen kann.

■ Arbeitsgericht Aachen  
vom 28.6.2012, 8 Ca 253/12d/12  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Banse  
Tivolistraße 4, 52349 Düren  
Tel.: 02421-407680, Fax: 02421-4076825  
info@kanzlei-banse.de; www.kanzlei-banse.de

### 28. Zeugnis, Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers

1. Will der Arbeitnehmer anstelle des unter Verwendung der sogenannten Notenskala als „befriedigend“ erteilten Zeugnisses eine „gute“ Gesamtbewertung erreichen, so obliegt es im Rechtsstreit dem Arbeitgeber diejenigen Tatsachen beizubringen, die dem entgegenstehen (sollen).

2. Angesichts aktueller empirischer Erkenntnisse, wonach mittlerweile in 86,6 v.H. der erteilten Arbeitszeugnisse „gute“ oder bessere Leistungen bescheinigt werden (s. dazu Franz-Josef Düwell/Holger Dahl, NZA 2011, 958 ff.), kann dem Arbeitnehmer nicht länger der Nachweis dafür auferlegt werden, er sei in die Gruppe der schwächsten 13,4 v.H. aller Beschäftigten zu Unrecht eingereiht worden.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 26.10.2012, 28 Ca 18230/11  
eingereicht von Rechtsanwalt Ulrich Kreuzmüller  
Hofkamp 86, 42103 Wuppertal  
Tel.: 0202 – 248220; Fax: 020 – 2482220  
kanzlei@rechtsanwaelte-wippermann.de; www.rechtsanwaelte-wippermann.de

## Bestandsschutz

### 29. Änderungskündigung, fehlerhafte Kündigungsfrist, Bestimmtheit, Änderungsangebot zum falschen Kündigungstermin

1. Das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot muss eindeutig bestimmt, zumindest bestimmbar sein. Ihm muss zweifelsfrei zu entnehmen sein, welche Arbeitsbedingungen ab wann zukünftig gelten sollen (vgl. BAG, v. 29.9.2011 – 2 AZR 523/10).

2. Da sich das Schriftformerfordernis des § 623 BGB nicht nur auf die Kündigungserklärung als solche, sondern auch auf das Änderungsangebot erstreckt, ist nach der Ermittlung des wirklichen rechtsgeschäftlichen Willens weiter zu prüfen, ob dieser in der Urkunde Ausdruck gefunden hat. Bei formbedürftigen Erklärungen ist nur der Wille beachtlich, der unter Wahrung der vorgeschriebenen Form erklärt worden ist (vgl. BAG, v. 16.12.2010 – 2 AZR 576/09; BAG, v. 16.9.2004 – 2 AZR 628/03).

3. Im entschiedenen Fall war die Kündigung zu einem zu frühen Zeitpunkt, vorsorglich aber zum Ablauf der maßgebli-

chen Kündigungsfrist ausgesprochen worden. Das Angebot war hingegen ausschließlich mit Wirkung zu dem Zeitpunkt erklärt worden, der dem Kündigungstermin unmittelbar nachfolgte. Dieser falsche Termin war zudem auch noch in dem Kündigungsschreiben mit der zu diesem Datum erfolgenden Sitzverlagerung begründet worden. Vor diesem Hintergrund konnte die betroffene Klägerin nicht mit der gebotenen Sicherheit davon ausgehen, dass das Angebot erst nach Ablauf der zutreffenden Kündigungsfrist seine Wirkung entfalten sollte.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 17.10.2012, 26 Sa 1052/12

### 30. Änderungskündigung, kein berechtigtes Interesse an der Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen

Das Interesse des Arbeitgebers an der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen (einheitliches Tarifwerk) in seinem Betrieb rechtfertigt keine Änderungskündigung.

■ Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 21.9.2012, 6 Sa 111/12

### 31. Befristung, Sachgrund, Vertretung, Beschäftigung auch außerhalb des Vertretungsbedarfs

Wird ein Arbeitnehmer zur Vertretung einer aufgrund von Kurzerkrankungen häufig ausfallenden Stammkraft (hier: Bote) eingestellt, so ist die Vertretung nicht sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer durchgehend auch in den Zeiträumen beschäftigt wird, in denen keine Stammkraft fehlt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 21.3.2012, 9 Sa 1030/11

### 32. Befristung, Sachgrund, außergerichtliche Vereinbarung eines Prozessarbeitsverhältnisses

1. Ein schriftlich (§ 14 Abs. 4 i.V.m. § 21 TzBfG) vereinbartes, auflösend bedingtes Prozessbeschäftigungsverhältnis bedarf eines Sachgrundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG i.V.m. § 21 TzBfG).

2. Ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 TzBfG liegt nicht vor, wenn es sich um einen außergerichtlich vereinbartes Prozessbeschäftigungsverhältnis handelt.

3. Ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG scheidet für ein außergerichtlich vereinbartes Prozessbeschäftigungsverhältnis im Hinblick auf die Kündigungsschutzklage aus.

4. Die auflösend bedingte Prozessbeschäftigung ist jedoch durch einen sonstigen nicht genannten Sachgrund gerechtfertigt. Denn der damit verfolgte Zweck, das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers abzuwenden, hat in den Anrechnungsvorschriften der § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG seine rechtliche Anerkennung gefunden und ist den Sachgründen nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 8 TzBfG von ihrem Gewicht her gleichwertig.

Anmerkung:



Revision anhängig 7 AZR 696/12. (me)

- Landesarbeitsgericht Köln  
vom 5.4.2012, 13 Sa 1360/11

### 33. Befristung, Sachgrund, gerichtlicher Vergleich

Das Bestehen eines offenen Streits der Parteien über die Rechtslage hinsichtlich des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses ist auch dann zu bejahen, wenn die Parteien mit dem gerichtlichen Vergleich den Streit über die Besetzung eines Dienstpostens beenden und der Kläger ein Eilverfahren zur Sicherung der Teilnahme an einem Bewerberauswahlverfahren führt.

- Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 6.8.2012, 8 Sa 501/12

### 34. Befristung, Sachgrund, Projektarbeit, Kettenbefristung

Der projektbezogene Einsatz von Mitarbeitern an Forschungsvorhaben gestattet die Befristung des Arbeitsvertrages gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Ziffer 1 TzBfG.

Ein Missbrauch der befristungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeit i.S.v. § 242 BGB liegt noch nicht vor, wenn die Gesamtdauer von drei befristeten Verträgen mit diesem Sachgrund 11 Jahre und 4 Monate beträgt.

- Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 11.7.2012, 4 Sa 82/12

### 35. Befristung, ohne Sachgrund, Arbeitgeberbegriff im Gemeinschaftsbetrieb

Sind mehrere natürliche oder juristische Personen dauerhaft zur Führung eines gemeinsamen Betriebes oder einer gemeinsamen öffentlichen Einrichtung verbunden, so sind sie als derselbe Arbeitgeber im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG anzusehen (hier: Jobcenter, die von der Bundesagentur für Arbeit und einer Stadt als gemeinsame Einrichtung betrieben werden).

- Landesarbeitsgericht Köln  
vom 9.3.2012, 4 Sa 1184/11

### 36. Befristung, ohne Sachgrund, Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG auf Betriebsratsmitglieder

1. § 14 Abs. 2 TzBfG ist nicht richtlinienkonform dahingehend einzuschränken, dass er auf befristete Arbeitsverhältnisse von Betriebsratsmitgliedern keine Anwendung findet.
2. Der von Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG geforderte Mindestschutz für die Arbeitnehmervertreter im deutschen Recht wird auch bei nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsverträgen von Betriebsratsmitgliedern unter anderem durch §§ 78 Satz 2, 119 BetrVG (i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB) gewährleistet.
3. Aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG kann sich ein Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Ab-

schluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages ergeben, wenn die Nichtübernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis allein auf der Betriebsratsstätigkeit beruht. Die Darlegungs- und Beweislast für eine derartige Benachteiligung trägt der Arbeitnehmer. Der von Art. 7 der Richtlinie 2002/14/EG geforderte effektive Mindestschutz ist dadurch zu gewähren, dass im Rahmen von § 78 Satz 2 BetrVG von einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast auszugehen ist.

4. Mangels einer planwidrigen Regelungslücke kann § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht analog angewandt werden.

- Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 8.8.2012, 2 Sa 1733/11

### 37. Integrationsamt, Zustimmungserfordernis vor Ausspruch der Kündigung

Die behördliche Zustimmung zur Kündigung muss vor Ausspruch der Kündigung vorliegen. Selbst wenn in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Zustimmung zur Kündigung erteilt würde, rechtfertigt diese nur eine danach auszusprechende Kündigung. Eine Aussetzung eines Verfahrens über eine vorzeitig ausgesprochene Kündigung kommt deshalb nicht in Betracht.

- Landesarbeitsgericht Köln  
vom 12.3.2012, 2 Sa 999/11

### 38. Kündigungserklärung, Erkennbarkeit außerordentlicher Kündigung

Die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund muss für den Erklärungsempfänger zweifelsfrei den Willen des Erklärenden erkennen lassen, von der sich aus § 626 Abs. 1 BGB ergebenden besonderen Kündigungsbefugnis Gebrauch zu machen. Ist dies nicht der Fall, ist die Erklärung regelmäßig als ordentliche Kündigung zu werten.

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 25.4.2012, 8 Sa 677/11

### 39. Massenentlassung, Rechtsfolgen fehlerhafter Anzeige

Eine fehlerhafte Massenentlassungsanzeige führt dann nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn die Bundesagentur für Arbeit mit bestandskräftigen Bescheid die Wirksamkeit der Massenentlassungsanzeige bestätigt hat (Anschluss an Hessisches LAG, Urt. v. 25.7.2011, 17 Sa 123/11; abweichend von LAG Düsseldorf, Urt. v. 15.9.2010, 12 Sa 627/10 und vom 10.11.2010, 12 Sa 1321/10).

- Landesarbeitsgericht Köln  
vom 17.1.2012, 12 Sa 580/11

### 40. Personenbedingte Kündigung, Alkoholerkrankung, negative Prognose bei Rückfall

1. Es bestehen Bedenken, ob ein einziger erneuter Alkoholkonsum während einer ambulanten Therapie bei einem an Al-

## Betriebsverfassungsrecht

koholsucht leidenden Arbeitnehmer eine negative Prognose rechtfertigen kann.

2. Jedenfalls kann eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen nicht festgestellt werden.

3. Die Ungeeignetheit eines Arbeitnehmers unter dem Gesichtspunkt der Eigen- und Fremdgefährdung kann in der Regel nicht angenommen werden, wenn es an alkoholbedingten Ausfallerscheinungen bei der betrieblichen Tätigkeit fehlt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 5.9.2012, 15 Sa 911/12

### 41. Personenbedingte Kündigung, Alkoholkrankung, außerordentliche Kündigung bei ordentlicher Unkündbarkeit

Krankheit ist als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB nicht grundsätzlich ungeeignet. In eng zu begrenzenden Ausnahmefällen kann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem kranken Arbeitnehmer für den Arbeitgeber trotz ordentlicher Unkündbarkeit unzumutbar sein (hier bejaht bei prognostisch dauerhafter Arbeitsunfähigkeit).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 16.8.2012, 11 Sa 147/12

### 42. Probezeit, Kündigung, keine Treuwidrigkeit bei Kündigung nach Arbeitsunfall

Eine Kündigung innerhalb der Probezeit ist nicht schon deshalb treuwidrig, weil sie im Zusammenhang mit einer Arbeitsunfähigkeit oder einem Arbeitsunfall ausgesprochen wurde.

■ Arbeitsgericht Solingen vom 10.5.2012, 2 Ca 198/12

## Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht

### 43. Aufsichtsratswahl, Klagefrist für die Anfechtung

Die Einhaltung der Anfechtungsfrist des § 22 Abs. 2 S. 2 MitbestG setzt voraus, dass der Antrag innerhalb der dort geltenden Zweiwochenfrist beim Arbeitsgericht eingeht und die Antragschrift den unmittelbar beteiligten Aufsichtsratsmitgliedern „demnächst“ i.S.d. § 167 ZPO zugestellt wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 27.4.2012, 4 TaBV 93/11

### 44. Betriebsratsmitglied, Arbeitsbefreiung zur Betriebsratstätigkeit

Gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG ist Arbeitsbefreiung auch für erforderliche Betriebsratstätigkeit an solchen Tagen zu gewähren, an denen das Betriebsratsmitglied wegen vorangegangener

Betriebsratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit gem. § 37 Abs. 3 BetrVG bereits vollständig von der Arbeit freigestellt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 3.2.2012, 4 Sa 888/11

### 45. Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungsanspruch, zulässige Bevorzugung älterer Arbeitnehmer

1. Betriebsparteien können vorsehen, dass ältere Arbeitnehmer bevorzugt wiedereinzustellen sind.

2. Die Betriebsparteien sind bei der Gestaltung eines Wiedereinstellungsanspruchs rechtlich nicht verpflichtet, die anspruchsberechtigten Arbeitnehmer nach den gleichen Kriterien wie bei der sozialen Auswahl zu bestimmen. Dies folgt bereits daraus, dass § 1 Abs. 3 KSchG auf den Wiedereinstellungsanspruch weder unmittelbar noch analog anzuwenden ist.

3. Die bevorzugte Berücksichtigung älterer Arbeitnehmer bei der Wiedereinstellung führt nicht zu einer unzulässigen Altersdiskriminierung. Eine derartige Regelung enthält zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen Alters; diese erweist sich jedoch durch das berechtigte Anliegen, ältere Arbeitnehmer im Erwerbsleben wegen der für sie bestehenden faktischen Nachteile besonders zu schützen, als gerechtfertigt.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 11.5.2012, 5 Sa 1009/10

### 46. Einigungsstelle, Zuständigkeit für Gefährdungsbeurteilung

Die Einigungsstelle ist für den Regelungsgegenstand „Gefährdungsbeurteilung nach §§ 4 ff. ArbSchG“ auch dann zuständig, wenn der Arbeitgeber bereits gem. § 13 Abs. 2 ArbSchG einen Dritten beauftragt hat. (Weiterentwicklung zu BAG, v. 18.8.2009 – 1 ABR 43/08).

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 28.6.2012, 4 TaBV 17/12

### 47. Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten, Ankleidezeiten als Arbeitszeit i.S.v. § 87 Nr. 2 BetrVG

Ist für die Ausübung von Tätigkeiten öffentlich-rechtlich vorgeschrieben, dass die Beschäftigten nach dem jeweiligen Stand von Technik, Arbeitsmedizin, Hygiene und sonstigen arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen spezifische Berufskleidung tragen müssen (s. zur Gleichachtung von Hygieneaspekten mit klassischen arbeitsschutzrechtlichen Themen LAG Düsseldorf, v. 26.4.2001 – 13 Sa 1804/00; LAG Niedersachsen, v. 11.6.2002 – 13 Sa 53/02), so ist der dem An- und Ablegen dieser Kleidung gewidmete Zeitaufwand des Personals am Arbeitsort als „Arbeitszeit“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu klassifizieren.

■ Arbeitsgericht Berlin vom 17.10.2012, 28 BV 14611/12

## Personalvertretungsrecht

### 48. Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten, Vorrang des Tarifvertrages Unterlassungsanspruch

1. Dem Betriebsrat steht zur Sicherung seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG kein allgemeiner Unterlassungsanspruch zu, wenn es sich zwar bei der Weisung der Arbeitgeberin um einen kollektiven Tatbestand handelt, der grundsätzlich dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegen würde, das Mitbestimmungsrecht im vorliegenden Fall indes durch den Tarifvorbehalt in § 87 Abs. 1 BetrVG ausgeschlossen ist.

2. Nach § 16 Abs. 3 Manteltarifvertrag Flugsicherung darf der Arbeitgeber nur in begründeten Einzelfällen die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verlangen. Dies steht einer generellen Anweisung an alle Mitarbeiter, während eines Arbeitskampfes bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit eine entsprechende Bescheinigung vorzulegen, entgegen. Damit entfällt auch ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, das durch einen allgemeinen Unterlassungsanspruch zu schützen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 14.8.2012, 7 TaBV 468/12

### 49. Mitbestimmungsrecht im personellen Angelegenheiten, Einstellung, dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung als institutioneller Rechtsmissbrauch

1. Der Dauerverleih von Arbeitnehmern im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist seit der Neufassung des AÜG vom 20.12.2011, mit dem die Richtlinie 2008/104/EG umgesetzt wurde, unzulässig.

2. Beabsichtigt der Arbeitgeber die unbefristete Einstellung einer Arbeitnehmerin auf einem sog. Dauerarbeitsplatz, kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG, § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wegen Gesetzesverstößes verweigern.

3. Stellt der Arbeitgeber grundsätzlich nur noch Leiharbeiter ein, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen, so kann dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als institutioneller Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB) ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen. In einem solchen Fall kann nicht festgestellt werden, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war (§ 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG).

■ Landesarbeitsgericht Hannover vom 19.9.2012, 17 TaBV 124/11

### 50. Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten, Einstellung, Teilzeit während der Elternzeit

Die Vereinbarung und der Einsatz von Mitarbeitern/innen in Teilzeit während der Elternzeit, die vor der Elternzeit vollbe-

schäftigt waren, ist gemäß §§ 99, 100 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 18.4.2012, 3 TaBV 92/11

### 51. Personalvertretung, Unwirksamkeit einer Befristung bei unzureichender Beteiligung

Aus den Entscheidungsgründen:

1. ( ) Die Unwirksamkeit der Befristungsabrede ergibt sich bereits daraus, dass der Personalrat vorliegend nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde. Gemäß den §§ 75 Abs. 1 Nr. 2 und 69 LPVG BW unterliegt die Einstellung und Befristung eines Arbeitsvertrages der Mitbestimmung des Personalrates. Dabei gilt jede Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages als Neueinstellung (Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 3. Aufl. 2008, § 75 Bundespersonalvertretungsgesetz Rn 13). Liegt die erforderliche Zustimmung des Personalrates zur Befristung eines Arbeitsvertrages nicht vor, ist die gleichwohl vereinbarte Befristung unwirksam. Die Zustimmung kann nicht nachträglich erteilt werden (BAG, Urt. v. 20.2.2002, Az: 7 AZR 707/00; ebenso LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 14.10.2010, Az.: 11 Sa 21/10). Dieser gefestigten und zutreffenden Rechtsprechung schließt sich das erkennende Gericht an. Die vorliegend unstrittig unterbliebene Beteiligung des Personalrates vor Abschluss des Arbeitsvertrages vom 11.8.2011 führt deshalb zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede. Rechtsfolge ist gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 TzBfG, dass der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt und das beklagte Land zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen war.

■ Arbeitsgericht Freiburg vom 3.7.2012, 4 Ca 74/12

### 52. Schwerbehindertenvertretung, Bereitstellung einer E-Mail-Adresse

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach § 96 Abs. 9 SGB VI steht der Geschäftsbedarf, den der Arbeitgeber dem Betriebsrat für dessen laufende Geschäftsführung zur Verfügung stellt, für die gleichen Zwecke auch der Schwerbehindertenvertretung zur Verfügung, soweit ihr hierfür nicht eigene sächliche Mittel zur Verfügung gestellt werden. Anders als nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat die Schwerbehindertenvertretung keinen Anspruch auf die Zurverfügungstellung eigener Räume, sächlicher Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal. Zur Informationstechnik im Sinne von § 40 Abs. 2 BetrVG gehört das Internet. Auch die Einrichtung oder Zuweisung von E-Mail-Adressen mit bestimmten Konfigurationen fällt unter den Begriff der Informations- und Kommunikationstechnik (BAG, v. Beschl. v. 14.7.2010 – 7 ABR 80/08). Nach § 96 Abs. 9 SGB IX ist die Schwerbehindertenvertretung darauf verwiesen, die sächlichen Mittel des Betriebsrates mitzunutzen, soweit ihr

## Tarifvertragsrecht

keine eigenen sächlichen Mittel zur Verfügung gestellt werden.

Vorliegend hat die Arbeitgeberin der Schwerbehindertenvertretung – jedenfalls bis Ende April 2012 – zur Teilnahme am elektronischen Postverkehr die E-Mail-Adresse „xxx“ zur Verfügung gestellt. Diese E-Mail-Adresse genügt zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der ihr nach § 95 SGB IX obliegenden Aufgaben. Ein Rechtsanspruch der Schwerbehindertenvertretung darauf, ein persönliches Mitarbeiterpostfach der Vertrauensperson dauerhaft und uneingeschränkt zu nutzen, besteht nicht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 19.7.2012, 10 TaBV 13/12

### 53. Wahlanfechtung, Betriebsrat, Vorschlagslisten

Nach § 11 Abs. 2 WO sind die Vorschlagslisten (nur) unter Angabe der beiden an erster Stelle benannten Bewerberinnen oder Bewerber aufzuführen. § 11 Abs. 2 WO ist eine wesentliche und zwingende Wahlvorschrift. Eine Betriebsratswahl ist anfechtbar, wenn auf dem Stimmzettel alle Kandidaten aufgeführt werden

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 5.3.2012, 5 TaBV 29/11

### 54. Wahlanfechtung, Betriebsrat, unwirksamer Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG, Wahrung der Anfechtungsfrist

1. Die Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG wird durch einen Schriftsatz gewahrt, aus dem sich ergibt, wer Antragsteller ist und konkret welche Betriebsratswahl mit welcher Begründung angefochten wird; nicht erforderlich ist die Nennung aller nach § 83 ArbGG notwendig zu beteiligenden natürlichen und/oder juristischen Personen auf Arbeitgeberseite.

2. Werden Tochterunternehmen bei Abschluss eines Tarifvertrages gemäß § 3 Abs. 1 BetrVG nicht wirksam durch die Muttergesellschaft vertreten, so führt die auf Grundlage dieses Tarifvertrages erfolgte Einbeziehung der Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer der Tochterunternehmen zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl wegen Verkennung des Betriebsbegriffs.

■ Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 19.10.2012, 6 TaBV 82/10

### 55. Wahlverfahren, Schwerbehindertenvertretung, Wahlausschreiben für ausländische Arbeitnehmer

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob die im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer der deutschen Sprache im Sinne von § 2 Abs. 5 SchwbWO mächtig sind, ist im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, ausländischen Arbeitnehmern die wesentlichen Grundsätze über die durchzuführende Wahl zu vermitteln, um ihnen in gleicher Weise wie deutschen Arbeitnehmern die Wahrnehmung ihres aktiven und passiven Wahlrechts zu ermöglichen, nicht lediglich darauf abzustellen, ob sie sich bei der täglichen Arbeit hinreichend verständigen

können. Entscheidend ist vielmehr, ob ihre Deutschkenntnisse ausreichen, um die zum Teil komplizierten Wahlvorschriften und den Inhalt eines Wahlausschreibens verstehen zu können.

2. Im Zweifelsfall muss der Wahlvorstand von unzureichenden deutschen Sprachkenntnissen ausgehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn im Betrieb eine größere Anzahl ausländischer Arbeitnehmer im gewerblichen Bereich mit einfachen Hilfsarbeiten beschäftigt ist, da zur Erledigung dieser Tätigkeiten in der Regel nur geringe Deutschkenntnisse erforderlich sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 8.3.2012, 13 TaBV 82/11

### 56. Wahlverfahren, Schwerbehindertenvertretung, vereinfachtes Wahlverfahren

1. Erfolgt die Wahl der Schwerbehindertenvertretung im vereinfachten Wahlverfahren nach §§ 18 ff. SchwbVVO, so hat der Wahlleiter selbst im Wahltermin die Wahlberechtigung der Wahlteilnehmer als schwerbehinderte Menschen oder ihnen nach § 2 Abs. 3 SGB IX Gleichgestellte zu prüfen.

2. Der Umstand, dass die Gleichstellung bereits vor längerer Zeit erfolgt ist, begründet für sich genommen keinen Zweifel an dem Fortbestand der Gleichstellung und rechtfertigt nicht den Ausschluss von der Wahl.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 25.4.2012, 9 TaBV 96/11

## Tarifvertragsrecht

### 57. Tariffähigkeit, CGZP-Tarifverträge, kein Institut eines „fehlerhaften Tarifvertrages“

Die von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge sind nichtig. Etwas Anderes ergibt sich nicht aus der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag. Den Ansprüchen aus dem Grundsatz des equal pay steht nicht das Gebot des Vertrauensschutzes entgegen. Die in Bezug genommenen tariflichen Ausschlussfristen des CGZP-Vertrags finden schon deshalb keine Anwendung, weil der arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifvertrag unwirksam ist. Die nachfolgende Bezugnahmeklausel auf die DGB-Tarifverträge verstößt – wie ausgeführt – gegen das Transparenzgebot.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 13.6.2012, 24 Sa 213/12

### 58. Tarifvertrag, persönlicher Geltungsbereich, Stichtagsregelung, mittelbare Benachteiligung älterer Arbeitnehmer

1. Die in der Protokollnotiz II.3. des Änderungs- und Ergänzungstarifvertrags Nr. 4 zum Tarifvertrag Übergangsvorsorge für das Cockpitpersonal der Deutschen Lufthansa AG vom 15./16.5.2000 idF des 3. Ergänzungstarifvertrages vom 20.12.2007 mit Hilfe des Stichtags 1.12.1992 vorgenommene



Beschränkung der Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags für die Übergangsversorgung Deutsche Lufthansa ist wegen mittelbarer Benachteiligung aufgrund des Alters unwirksam.

2. Allein die Begrenzung der Kosten kann für sich genommen nicht als rechtmäßiges Ziel i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG anerkannt werden.

3. Diese Ungleichbehandlung kann nur durch eine Anpassung „nach oben“ bestätigt werden.

 **Merkung:**

Revision anhängig unter 4 AZR 687/12. (me)

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 8.5.2012, 12 Sa 692/11 (Parallelentscheidungen 12 Sa 1125/11, 12 Sa 1452/11, 12 Sa 1453/11)

### 59. Tarifvertrag, Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erwerbsminderungsrente wirksam

§ 33 TVöD verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, soweit er das Ende des Arbeitsverhältnisses anordnet, wenn ein Rentenbescheid zugestellt wird, wonach die/der Beschäftigte voll und auf Dauer erwerbsgemindert ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 26.9.2012, 2 Sa 75/12

### 60. Tarifvertrag, Gebot der Rechtsquellenklarheit, Teilungswirksamkeit

1. Das vom BAG entwickelte Gebot der Rechtsquellenklarheit gilt für kollektive arbeitsrechtliche Normenverträge, die normative Regelungen enthalten, durch welche der Inhalt von Arbeitsverhältnissen unmittelbar und zwingend gestaltet werden soll. Es gilt nicht für schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien und/oder betriebsverfassungsrechtlichen Vertretungsorganen, welche Rechte und Pflichten nur für und gegen die vertragsschließende Parteien selbst begründen.

2. Auf einen Tarifvertrag mit normativen Regeln über den Inhalt von Arbeitsverhältnissen ist § 139 BGB grundsätzlich nicht anwendbar, es sei denn, dass der für sich betrachtet rechtswirksame Teil ohne den unwirksamen Teil keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung mehr ergäbe.

3. Zu möglichen individuellen Ersatzansprüchen einzelner Arbeitnehmer, wenn eine im Gegenzug zu einem zehnpromzentigen Entgeltverzicht abgegebene Standortsicherungszusage nicht für die volle zugesagte Frist eingehalten wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 11.8.2012, 7 Sa 125/11

## Prozessuales

### 61. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats

Aus den Entscheidungsgründen:

Ein Verfügungsgrund besteht, wenn die Besorgnis besteht, dass die Verwirklichung des Rechts ohne alsbaldige einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§§ 935, 940 ZPO). Die auf eine Befriedigung gerichtete Unterlassungsverfügung ist erforderlich, da andernfalls der Anspruch des Betriebsrates auf Durchführung der Betriebsvereinbarung für die Zeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens durch den Zeitablauf vereitelt wird. Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, maßgeblich für die Eilbedürftigkeit sei nicht, ob dem Betriebsrat die Ausübung seiner Beteiligungsrechte ganz oder jedenfalls für die Vergangenheit unmöglich gemacht werde, sondern ob für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer mitbestimmten Regelung der damit bezweckte notwendige Schutz der Arbeitnehmer unwiederbringlich vereitelt wird (Germelmann, ArbGG, 7. Aufl., § 85 Rn 37), so wird diese Auffassung von der Kammer nicht geteilt. Denn zum einen sind nach § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG Beschlüsse in anderen als vermögensrechtlichen Angelegenheiten erst nach Rechtskraft vollstreckbar. Das heißt, der Betriebsrat hätte über einen zum Teil mehrjährigen Zeitraum hinzunehmen, dass die Pflicht zur Durchführung der Betriebsvereinbarung missachtet wird. Dies selbst dann, wenn der Verfügungsanspruch eindeutig besteht. Zum anderen ist es dem Betriebsrat grundsätzlich verwehrt, in Prozessstandschaft Rechte einzelner Arbeitnehmer der Belegschaft geltend zu machen. Sein Anspruch ist beschränkt auf Durchführung der von ihm abgeschlossenen Betriebsvereinbarung bzw. auf die Durchsetzung seines Mitbestimmungsrechtes (vgl. BAG, v. 21.1.2003, 1 ABR 9/02; Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 77 Rn 7). Wenn der Betriebsrat jedoch darauf verwiesen wird, nur eigene Rechte geltend zu machen, können auch nicht im Wege der Interessenabwägung Belange Dritter berücksichtigt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 12.6.2012, 12 Ta 95/12

### 62. Klagefrist, AGG, Feststellungsantrag genügt nicht zur Fristwahrung

Eine Feststellungsklage ist nicht geeignet, die Klagefrist des § 61b ArbGG zu wahren. Eine Teilfeststellung eines Schadens, ohne dass der Schadensteil abgrenzbar wäre, ist unzulässig.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13.2.2012, 2 Sa 768/11

### 63. Nachträgliche Klagezulassung, Antragsfrist, kein Zulassungsantrag in bloßer Nachfrage des Prozessbevollmächtigten

(...)

## Prozessuales

2. Eine Anfrage des Prozessbevollmächtigten an das Gericht, ob und ggf. wann ein bestimmter, früher von ihm gefertigter Klageerweiterungsschriftsatz bei Gericht eingegangen ist, kann auch dann nicht selbst als nachgeholte Klageerweiterung i.S.v. § 5 Abs. 2 S. 1 KSchG angesehen werden, wenn der Anfrage eine nicht unterschriebene Kopie des früheren Schriftsatzes beigelegt war. Dies gilt erst recht, wenn in einem später gestellten Antrag auf nachträgliche Zulassung hierauf nicht Bezug genommen wird, vgl. § 5 Abs. 2 S. 1, letzter Halbs. KSchG.

3. Die Zwei-Wochen-Frist des § 5 Abs. 3 S. 1 KSchG beginnt nicht erst mit positiver Kenntnis von der Versäumung der Klagefrist zu laufen, sondern bereits dann, wenn der Arbeitnehmer oder sein Anwalt aufgrund konkreter Anhaltspunkte bei gehöriger Sorgfalt erkennen muss, dass die Klagefrist möglicherweise versäumt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15.3.2012, 7 Sa 964/11

### 64. Nichtzulassungsbeschwerde, Klärungsbedürftigkeit verneint (AGG-Entschädigung), Rechtsmissbrauch, Bedeutung des Anforderungsprofils

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Beklagte hält es erstens für grundsätzlich klärungsbedürftig, „unter welchen Voraussetzungen eine AGG-Klage abgesehen von der Frage der subjektiven Ernsthaftigkeit der Bewerbung rechtsmissbräuchlich und ein Entschädigungsanspruch unter diesem Gesichtspunkt ausgeschlossen ist.“ Nicht entschieden sei, „ob auch unabhängig von der Frage der Ernsthaftigkeit der Bewerbung – beispielsweise ab einer bestimmten Anzahl von Klagen oder bei der bekundeten Absicht, noch mehrere hundert Klagen zu erheben – eine Entschädigungsklage rechtsmissbräuchlich“ sein könne.

Damit wird ein **grundsätzlicher Klärungsbedarf bei der Frage des Rechtsmissbrauchs** nicht aufgezeigt. Wann die Geltendmachung eines materiellen oder prozessualen Rechts nach dem auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtsmissbräuchlich ist, wird in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts regelmäßig fallgruppenbezogen unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls entschieden (Beschl. v. 30.4.2008 – BVerwG 6 B 16.08). Dabei ist es in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass eine Entschädigungsklage eines schwerbehinderten Bewerbers wegen Vorenthaltung des Vorstellungsgesprächs insbesondere wegen mangelnder Ernsthaftigkeit der Bewerbung rechtsmissbräuchlich sein kann (Urt. v. 3.3.2011 – BVerwG 5 C 16.10). Dies schließt es nicht aus, eine Entschädigungsklage aus anderen Gründen als rechtsmissbräuchlich zu bewerten. Jedoch muss für die rechtsgrundsätzliche Anerkennung weiterer Fallgruppen ein Verhalten dargelegt werden, dass unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls als rechtsmissbräuchlich gewertet werden kann. Allein der Umstand, dass jemand ein ihm zuste-

hendes Recht gerichtlich geltend macht, bei mehrfacher Rechtsverletzung eine Vielzahl von Prozessen führt und für den Fall erneuter Rechtsverletzung weitere Klagen ankündigt, kann im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht als Rechtsmissbrauch angesehen werden.

2. Die Beklagte hält es zweitens für grundsätzlich klärungsbedürftig, „unter welchen Voraussetzungen ein Bewerber im Sinne des § 82 Satz 3 SGB IX fachlich offensichtlich ungeeignet ist.“ Es sei „insbesondere zu klären, ob zum Anforderungsprofil auch ungeschriebene Fähigkeiten zählen können wie z.B. Berufs- und Leitungstauglichkeit, die durch den geforderten Abschluss nicht ohne Weiteres belegt werden.“ Auch damit zeigt die Beschwerde keinen fallübersteigenden und im vorliegenden Verfahren entscheidungserheblichen Klärungsbedarf auf. Es ist in der Rechtsprechung des Senats bereits geklärt, dass abgesehen von hier nicht entscheidungserheblichen Fallkonstellationen einer aus Rechtsgründen ausgeschlossenen fachlichen Eignung (vgl. dazu Urt. v. 15.12.2011 – BVerwG 2 A 13.10) die Frage einer offensichtlichen fachlichen Ungeeignetheit durch einen Vergleich zwischen dem vom Arbeitgeber aufgestellten Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle und dem Leistungsprofil des Bewerbers zu beantworten ist. Dabei muss der öffentliche Arbeitgeber das **fachliche Anforderungsprofil vor Beginn des Auswahlverfahrens dokumentieren**, damit die Gründe für seine Entscheidung transparent sind und die Entscheidung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden kann. Ohne Dokumentation wäre es dem öffentlichen Arbeitgeber ansonsten in nahezu jedem Fall möglich, Eignungsmerkmale nachzuschieben, die das Absehen von der Einladung zu einem Vorstellungsgespräch rechtfertigen. Daher kann das Fehlen „ungeschriebener“ fachlicher Fähigkeiten weder das Urteil einer offensichtlichen fachlichen Ungeeignetheit begründen noch die unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch rechtfertigen.

3. Die Beklagte kann schließlich auch mit ihrer dritten Grundsatzzüge keinen Erfolg haben. Sie hält die Frage für grundsätzlich klärungsbedürftig, „ob ein Kriterium, das im Anforderungsprofil nur als **Idealvorstellung** und nicht als zwingend genannt ist, den Dokumentationsanforderungen genügt und der öffentliche Arbeitgeber den Voraussetzungen des § 22 AGG genügt, wenn dargelegt wird, dass alle eingeladenen Bewerber diesen Idealvorstellungen entsprachen“. Diese Frage bedarf schon deswegen keiner rechtsgrundsätzlichen Klärung in einem Revisionsverfahren, weil sich ihre Beantwortung teils unmittelbar aus dem Gesetz und teils aus der bisherigen Rechtsprechung ergibt. Wird in einer Stellenausschreibung eine Befähigung nur als wünschenswert beschrieben, dann ist diese Wunschvorstellung zwar ausreichend dokumentiert. Es liegt jedoch auf der Hand, dass das Fehlen einer nicht zwingend vorausgesetzten Befähigung nicht den Schluss rechtfertigt, der Bewerber sei im Sinne von § 82 Satz 3 SGB IX offensichtlich fachlich ungeeignet. Erfüllt der öffentliche Arbeitgeber gleichwohl die Verpflichtung zur Durchführung eines Vor-

stellungsgesprächs mit dem schwerbehinderten Bewerber nicht, können für den nach § 22 AGG möglichen Nachweis, dass für die Nichteinladung ausschließlich andere Gründe als die Behinderung maßgeblich waren, grundsätzlich nur solche Gründe herangezogen werden, die nicht die fachliche Eignung betreffen.

■ Bundesverwaltungsgericht  
vom 4.9.2012, 5 B 31.12  
eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link  
Niedere Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen  
Tel.: 07721-33166; Fax: 07721-33197  
link@anwaltskanzlei-vs.de; www.anwaltskanzlei-vs.de

### 65. Rechtsweg, Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnis nach Geschäftsführerbestellung

1. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann auch dann gegeben sein, wenn die Klägersseite Ansprüche aus einem auch während der Zeit als Geschäftsführer nicht aufgehobenen Arbeitsverhältnis nach Abberufung als Organmitglied geltend macht.

2. Hierunter fällt auch der Fall, dass die Bestellung zum Organvertreter auf einem Arbeitsvertrag beruht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 10.7.2012, 10 Ta 316/11

### 66. Wiedereinsetzung, Berufungsfrist, Verpflichtung des Prozessbevollmächtigten zur Feststellung des Zustellungsdatums

1. Die ordnungsgemäße und insbesondere fristgerechte Erteilung des Rechtsmittelauftrags macht es erforderlich, dass für den Lauf der Rechtsmittelfrist maßgebliche Datum der Urteilszustellung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise zu ermitteln.

2. Der Beklagtenvertreter darf sich damit nicht darauf verlassen, dass der von der Beklagten aufgebrauchte Eingangsstempel auf der Durchschrift des Urteils dem tatsächlichen Zustelldatum entspricht. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten muss, um seinen Sorgfaltspflichten ausreichend nachzukommen, den Zugangszeitpunkt für das Urteil ermitteln. Gemäß § 182 Abs. 2 Nr. 6 ZPO wird der Tag der Zustellung auf dem Umschlag vermerkt und bringt damit die Zeit der Zustellung dem Empfänger zur Kenntnis. Der Beklagtenvertreter muss die von der Beklagten eingereichten Unterlagen, die nach seinem Vortrag auch den gesamten Schriftverkehr einschließlich der gerichtlichen Unterlagen enthielten, danach durchsehen müssen, ob sich dort der Umschlag befindet, auf dem der Zeitpunkt der Zustellung des Urteils vermerkt worden ist. Kann er diesen Umschlag nicht auffinden, muss er sich bei seiner Partei rückversichern, ob der Eingangsstempel dem tatsächlichen Zustelldatum entspricht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 8.5.2012, 12 Sa 439/12

### 67. Zwangsvollstreckung, Erstellung von Lohnabrechnungen

Die Ermächtigung zur Ersatzvornahme verpflichtet den Schuldner zur Duldung der in diesem Zusammenhang vom Gläubiger zu treffenden Maßnahmen. Im Falle der Vollstreckung einer Pflicht zur Erteilung einer Lohnabrechnung kann sich daraus die Pflicht des Schuldners zur Überlassung von Unterlagen und Arbeitsmöglichkeiten und die Gewährung des Zutritts zu seinen Wohn- und Geschäftsräumen ergeben.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 18.5.2012, 12 Ta 47/12

### 68. Zwangsvollstreckung, Weiterbeschäftigungsanspruch, keine Einstellung wegen Produktionsüberhangs

Die Einstellung der Zwangsvollstreckung eines titulierten Weiterbeschäftigungsanspruches ist nur dann gerechtfertigt, wenn durch die Beschäftigung selbst ein materieller oder immaterieller Schaden entsteht, der nicht rückgängig gemacht werden kann. Besteht im Betrieb des Arbeitgebers ein Betriebsrat, steht den Betriebsparteien mit §§ 87 Abs. 1 Nr. 3, 77 Abs. 4 BetrVG ein Instrumentarium zur Verfügung, mit dem eine etwaige Produktionsüberkapazität reduziert werden kann. Eine in diesem Rahmen bestehende Betriebsvereinbarung ist auch für den Arbeitnehmer verbindlich, über dessen Arbeitsverhältnis ein gerichtlicher Streit anhängig ist. Der Arbeitgeber kann deshalb nicht damit gehört werden, es bestehe ein Personalüberhang, der dazu führe, dass unter erheblichen Kosten nicht absetzbare Produkte hergestellt würden, die später sogar verschrottet werden müssten.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 5.11.2012, 7 Sa 385/12

## Sonstiges

### 69. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch, Überwiegen von Sicherheitsbedenken bei unwirksamer Kündigung

Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens besteht nicht, wenn überwiegende und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Der regelmäßige Konsum von Cannabis beeinträchtigt die Eignung eines Arbeitnehmers, als Gleisbauer mit Sicherungsaufgaben im laufenden Straßenbahnbetrieb tätig zu werden, wenn die Betriebsärzte bei diesem entsprechend den bei dem Arbeitgeber geltenden Sicherheitsrichtlinien Sicherheitsbedenken, gesundheitliche Bedenken und eine eingeschränkte Tauglichkeit festgestellt haben. Über diese betriebsärztlichen Feststellungen und Untersuchungsergebnisse kann sich der Arbeitgeber schon deswegen nicht hinweg setzen, da er ebenfalls an die Einhaltung der Sicherheitsrichtlinien und die Festlegungen

## Streitwert und Gebühren

der Betriebsärzte gebunden ist. Jedenfalls ist der Arbeitgeber rechtlich verpflichtet, im Rahmen des Fürsorgeprinzips darauf zu achten, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsaufgaben nur dann durchführt, wenn aus arbeitsmedizinischer Sicht feststeht, dass er weder für sich noch für andere Personen ein Sicherheitsrisiko darstellt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 28.8.2012, 19 Sa 306/12

### 70. PKH, Vergleichsmehrwert, keine eigenständige Antragstellung

1. Mangels besonderer Anhaltspunkte ist in der Regel davon auszugehen, dass eine Partei einen PKH-Antrag auch auf den Mehrwert eines im weiteren Verlauf des Prozesses geschlossenen Vergleichs erstreckt wissen will, von dem weitere Streitpunkte erfasst werden, die in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen. Die ausdrückliche Erstreckung des Antrags ist in diesen Fällen regelmäßig nur vergessen worden.

2. In Zweifelsfällen muss das Gericht gemäß § 139 ZPO für Klarstellung sorgen.

3. Die erforderliche Erfolgsaussicht (§ 114 Satz 1 ZPO) ergibt sich aus dem Umstand, dass ein Vergleich zustande gekommen ist (wie BAG, v. 16.2.2012 – 3 AZB 34/11).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 23.7.2012, 1 Ta 153/12

### 71. PKH, Aufhebung der Bewilligung bei Säumnis mit Ratenzahlung

Die PKH-Bewilligung kann nicht gemäß § 124 Nr. 4 ZPO aufgehoben werden, sofern der Antragsteller mit der Ratenzahlung wegen eines Umstandes säumig bleibt, den er nicht zu vertreten hat. Diesen Umstand kann er auch noch im Beschwerdeverfahren glaubhaft machen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 17.9.2012, 11 Ta 178/12

## Streitwert und Gebühren

### 72. Gebühren, Verfahrensgebühr, Berufung, Erfordernis expliziter Auftragserteilung

Die Festsetzung einer – ermäßigten – Verfahrensgebühr nach Rücknahme der Berufung durch den Gegner setzt voraus, dass ein Auftrag zur Durchführung des Berufungsverfahrens erteilt worden war. Eine vor Einreichung der Klage „für alle Instanzen“ erteilte Prozessvollmacht genügt hierfür nicht.

■ Arbeitsgericht Frankfurt (Oder)  
vom 23.8.2012, 17 Ta (Kost) 6079/12

### 73. Kostenquotelung nach Baumbach'scher Formel bei mehreren Beklagten, Klagerücknahme statt gebotener Erledigungserklärung

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klage hatte ein Bestandsschutzbegehren (Streitwert: Vierteljahresvergütung) sowie ein Weiterbeschäftigungsbegehren (Streitwert: zweifache Bruttomonatsvergütung) zum Gegenstand, so dass sich der Gebührenstreitwert auf 7.500,00 EUR belief. Die Klage richtete sich ursprünglich gegen zwei Beklagte. Die gegen eine Partei gerichtete Klage ist im Laufe des Verfahrens zurückgenommen worden. Daneben ist der Weiterbeschäftigungsantrag in der mündlichen Verhandlung vom 27.6.2012 insgesamt zurückgenommen worden.

Wegen der ursprünglichen Klage, gerichtet gegen zwei Beklagte, ist zur Ermittlung der Kostenquote zunächst ein fiktiver Streitwert von 15.000,00 EUR zu bilden (Baumbach'sche Kostenformel). Gemessen an diesem fiktiven Streitwert obsiegt die Klägerin mit dem gegen den Insolvenzverwalter gerichteten Kündigungsschutzbegehren (Wert: 4.500,00 EUR), was gemessen am gesamten fiktiven Streitwert einer Quote von 30 Prozent entspricht. Im Übrigen ist die Klage in einem fiktiven Wert von 10.500,00 EUR zurückgenommen, was einem Anteil am fiktiven Gesamtstreitwert von 70 Prozent entspricht.

Soweit die Klägerin darauf hinweist, dass der Weiterbeschäftigungsantrag anfänglich begründet war und nur wegen des Zeitablaufs und der zwischenzeitlichen Stilllegung zurückgenommen worden ist, wird darauf hingewiesen, dass in diesem Fall alternativ zur Abwendung der Kostentragungslast auch eine teilweise Erledigungserklärung in Betracht gekommen wäre.

■ Arbeitsgericht Bielefeld  
vom 31.8.2012, 4 Ca 2154/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Heinz Gussen  
Rietberger Straße 2, 33378 Reda-Wiedenbrück  
Tel.: 05242-9204-0; Fax: 05242-920449  
info@drgussen.de; www.gussen-arbeitsrecht.de

### 74. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahmen

1. Die Bemessung des Gegenstandswertes für die anwaltliche Tätigkeit bei Beteiligungsrechten gemäß §§ 99, 100 BetrVG bzw. der Aufhebung personeller Maßnahmen gemäß § 101 BetrVG richtet sich nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG, da es sich um nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten handelt.

2. Bei der Wertfestsetzung kann nicht auf die Vergütungshöhe des eingestellten Arbeitnehmers abgestellt werden. Die Auffassung, § 42 Abs. 3 S. 1 GKG (n.F.) (= § 42 Abs. 4 S. 1 GKG (a.F.)) könne analog angewandt oder sonst zur Ermessenskonkretisierung herangezogen werden (vgl. LAG Düsseldorf, Beschl. v. 13.8.2008, 6 Ta 324/08 und vom 16.6.2006, 6 Ta 288/06 m.w.N.; LAG Hamm, Beschl. v. 30.11.2009, 10 Ta 601/09; LAG Hamburg, Beschl. v. 26.7.2010, 7 Ta 13/10 und vom 19.7.2010, 4 Ta 11/

10), überzeugt nicht. Die Regelung des § 42 Abs. 3 S. 1 GKG (n.F.) betrifft eine vermögensrechtliche Streitigkeit, während bei der Aufhebung personeller Maßnahmen gemäß § 101 BetrVG der Wert der anwaltlichen Tätigkeit in einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit zu bestimmen ist. Im vorlie-

genden Verfahren stehen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates in Streit und nicht die individualrechtliche Wirksamkeit von Einstellungsmaßnahmen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 11.7.2012, 12 Ta 78/12

## Rezensionen

Jobst-Hubertus Bauer

### **Recht kurios, Amüsantes und Trauriges**

Verlag C.H. Beck, 2012, 292 Seiten broschiert, 29,80 EUR  
ISBN 978-3-406-64238-8

Der Autor, geschätztes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, seit 1991 Mitglied des Geschäftsführenden Ausschusses und sein (nunmehr scheidender) Vorsitzender ist als ein Mann bekannt, der dem Scherz nicht abgeneigt ist und ihn gern bei passender Gelegenheit mit seinem Beruf verbindet. Eine Kostprobe davon hat er uns mit seinem Beitrag im Rahmen der Abendveranstaltung anlässlich der Frühjahrstagung 2011 in Hamburg geliefert. Die eine oder andere Anekdote, mit der er damals unterhalten hat, findet sich nun auch in dem hier zu besprechenden Werk. Wiedergegeben werden darin makabre, lustige oder auch nur verquere Beispiele aus der Rechtsprechung und sonstige Anekdoten aus der wundersamen Welt der Juristen. Dabei beschränkt sich der Autor nicht auf die im Laufe seines langen Anwaltslebens selbst erfahrenen Beispiele. Er hat sich vielmehr auch im zivil-, verwaltungs-, sozial- und strafrechtlichen Bereich umgesehen und gewährt dem Leser nun Einblick in juristische Geschehnisse, die der Laie gelegentlich als pure kabarettistische Erfindung einschätzen könnte und damit völlig falsch liegt, denn *Bauer* belegt mit 520 (!) Fundstellen jede seiner Darstellungen, soweit er nicht schlicht Witze erzählt, was aber nur eine Randnote ist, denn im Wesentlichen geht es um tatsächliche „Fälle“. Dabei erweisen sich in vielen der zitierten Urteile auch Richter als mit Humor gesegnet, wie schon einst E.T.A Hoffmann, und es fehlt keiner der literarisch bekannten Juristen mit satirischem Hauptberuf von Ludwig Thoma bis Kurt Tucholsky. Als Appetithäppchen möge das Nachlesen der Kapitelüberschriften anregen, wie: „Über richterliche Narren und ihre Elaborate“, „Skurile Fälle des Verwaltungsrechts“, „Zivilgerichtliche Erleuchtungen“, „Dichtende Finanzrichter“ und „Gebrauchsmuster für Schlitzohren“.

Nach alledem empfehle ich also dieses Buch als Geschenk, als Anregung für Gespräche auf gesellschaftlicher Ebene, bei denen man nach Entdeckung der Profession ja unweigerlich auf die große Distanz zwischen dem Denken des „Normalen“ Menschen und des Juristen hingewiesen wird, aber auch zur eigenen Erbauung, weil, wie der Autor in seinem Schlusswort schreibt, der Beruf und die Juristerei „besser zu bewältigen

sind, wenn sie hie und da von Humor und feinsinniger Ironie begleitet werden“.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Wolfgang Hromadka

### **Arbeitsrecht für Vorgesetzte**

Verlag C.H. Beck, 3. Aufl. 2012, 411 Seiten,  
kartoniert, 19,90 EUR  
ISBN 978-3-406-62363-9

Dieses Buch ist auch für Nichtjuristen verständlich. Es ist aus der Erkenntnis heraus zusammengestellt, dass Mitarbeiterführung zwar mehr verlangt als Kenntnisse im Arbeitsrecht, jedoch ohne diese auch nicht auskommt. Führungskräfte müssen keine Spezialisten im Arbeitsrecht sein; sie sollten allerdings einen guten Überblick und ein Gefühl dafür haben, welche Auswirkungen bestimmte Entscheidungen haben können und mit welchen rechtlichen Herausforderungen bei welchen Themen zu rechnen ist.

Das Werk ist in 22 Kapitel gegliedert, die diese Grundkenntnisse anschaulich und in klarer Gliederung vermitteln. Die Kapitel sind jeweils einzelnen Themenkomplexen gewidmet, die im Arbeitsleben Relevanz haben, und sei es nur als Schlagwort, mit dem sich eine Führungskraft auseinandersetzen muss. Der Themenbogen reicht „Von der Bewerbung bis zur Einstellung“ über die Wahl der richtigen Vertragsform, Arbeitszeit, Dienstreisen, Urlaub, Elternzeit, Pflegezeit, „Krankheit und Krankfeiern“, Mitarbeiterkontrolle, Mobbing bis hin zu Diskriminierungsverbot und „Gewerkschaft im Betrieb“.

Schon das erste Kapitel („Von der Bewerbung bis zur Einstellung“) lässt mit den Stichpunkten Personalsuche, interne und externe Stellenausschreibung, Zeugnisse, Einladung zum Vorstellungsgespräch, Mitteilungs- und Auskunftspflichten, Tests und grafologische Gutachten, ärztliche Untersuchung, Abbruch von Verhandlungen, Mitbestimmung des Betriebsrats etc. alle wesentlichen Entscheidungsstationen bis zur Einstellung eines neuen Mitarbeiters und deren rechtliche Voraussetzungen Revue passieren, so dass dem Vorgesetzten hier ein ausführlicher Überblick geboten wird, was es zu bedenken und welchen rechtlichen Strukturen es zu folgen gilt.

Das Buch richtet sich in erster Linie an Führungskräfte mit Personalverantwortung, und in gleicher Weise kann es Betriebsräten ans Herz gelegt werden, um ein arbeitsrechtliches Ver-

ständnis zu erwerben. Und wer sich als Anwalt gelegentlich inspirieren lassen möchte, wie man dem betrieblichen Praktiker arbeitsrechtliche Grundbegriffe anschaulich, informativ und durchaus detailliert erklären kann, der wird sich über die Anschaffung des gar nicht einmal schmalen und zudem sehr günstigen Taschenbuchs ebenfalls immer wieder freuen.

*Dr. Thomas Baumgarten*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Markus Lembke

### **Arbeitsvertrag für Führungskräfte**

Verlag C.H. Beck, 5. Aufl. 2012, 246 Seiten, kartoniert mit CD-ROM, 39,80 EUR

ISBN 978-3-406-61016-5

Das Buch handelt ein schmales Kapitel des Arbeitsrechts ab, nämlich die geeignete Gestaltung von Arbeitsverträgen für Führungskräfte, und versteht darunter im Wesentlichen leitende Angestellte im Sinne des Betriebsverfassungsrechts und die sogenannten AT-Angestellten. Zur Entwicklung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten von Vertragsregelungen für diesen Personenkreis knüpft der Autor an bestimmten Thesen an, dass es sich nämlich um Arbeitnehmer mit besonderer Verantwortung, korrespondierenden besonderen Befugnissen, überdurchschnittlicher Vergütung mit Leistungskomponenten, besonderen Einblicken in Betriebsgeheimnisse und besonderem Bedürfnis nach Schutz des Arbeitgebers vor Wettbewerbssituationen handele.

Auf Grundlage dieser einleuchtenden Ausgangsüberlegung präsentiert das Buch einen ausführlichen Musterarbeitsvertrag mit zahlreichen Varianten, die auf den anschließenden Seiten informativ kommentiert werden. Die Vorschläge orientieren sich an den Besonderheiten der Arbeits- und Vertragsbedingungen der Führungskräfte, etwa betreffend Arbeitszeit, Zielvereinbarungen, Abschlussboni, Change-of-Control-Vereinbarungen, Dienstwagenklauseln etc.

Besonders positiv für die anwaltliche Beratungspraxis: Fast alle Regelungsvarianten werden durch Rechtsprechung unterlegt. Beispielsweise zeichnet die Kommentierung zum Klauselvorschlag für einen Widerrufsvorbehalt beim 13. Monatsgehalt die jüngere Kasuistik des BAG nach und weist darauf hin, dass im Text der Klausel die Widerrufsgründe nicht nur der Richtung nach angegeben sein müssen, sondern nach der aktuellen BAG-Entscheidung vom 13.4.2010 in der Weise, dass dem Arbeitnehmer deutlich werde, was gegebenenfalls auf ihn zukommen könne.

Positiv zu erwähnen sind ferner der klare Aufbau der Darstellung, ein übersichtliches Schriftbild und die beiliegende CD, die eine schnelle und effiziente Nutzung fördern.

Der Band wendet sich insbesondere an den angesprochenen Personenkreis selbst, an Personalleiter, Arbeitgeber und Anwälte und ist eine wertvolle und fundierte Hilfe bei der Erstellung und Prüfung praxisgerechter Arbeitsverträge für Führungskräfte.

*Dr. Thomas Baumgarten*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Richardi/Dörner/Weber

### **Personalvertretungsrecht – Kommentar**

Verlag C.H. Beck, 4. neu bearb. Aufl. 2012, 1527 Seiten, in Leinen, 159,00 EUR

ISBN 978-3-406-63151-1

Um die Herausgeber, *Prof. Dr. Reinhard Richardi*, *Hans-Jürgen Dörner*, Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts aD, und *Prof. Dr. Christoph Weber*, haben sich fünf weitere Professoren geschart, u.a. *Prof. Dr. Matthias Jacobs* von der Bucerius Law School, der erst im Herbst letzten Jahres vor der Arbeitsgemeinschaft einen hochgeschätzten Vortrag gehalten hat. Eine Richterin und ein Richter vom Bundesarbeitsgericht vervollständigen die Rechtsprechungsseite.

Seit der 3. Auflage waren bis zur Fertigstellung dieses Werkes im Mai 2012 fünf Jahre vergangen. Die Neuauflage bringt alles wieder auf den neuesten Stand. Einbezogen sind weiterhin alle landesrechtlichen Regelungen und deren etwaige Besonderheiten. Zugleich legen die Autoren strukturelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht und die daraus erwachsenden praktischen Folgen dar, auch hinsichtlich des Betriebsverfassungsgesetzes, soweit sie Bedeutung für das Personalvertretungsrecht haben, anhand neuester Entscheidungen. Eingearbeitet wurden weiterhin die Modifikationen durch das Dienstrechtsneuordnungsgesetz vom 5. Februar 2009.

Wie sich aus der Zusammensetzung der Autorenschaft ergibt, kommen sowohl die gerichtliche Praxis als auch die wissenschaftliche Tiefgründigkeit zum Zuge, was sich bei der sorgfältigen Auswahl von Rechtsprechung und Literatur niederschlägt.

Bei aller Internet-Lastigkeit unserer heutigen Recherchearbeit kann auf Kommentare dieser Art nicht verzichtet werden, weder von dem, der sich in das Thema einarbeiten muss, noch von dem, der sich sorgfältig absichern will oder nach Lösungen in speziellen Problemen sucht. Sehr empfehlenswert!

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

## Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

### Abmahnung

- Aufbewahrungsdauer – 1
- Entfernungsanspruch – 1
- fehlerhafte Bewertung – 1
- Rücknahme – 1
- Verhältnismäßigkeit – 1

### Abrechnungspflicht

- Zwangsvollstreckung – 67

### AGB-Kontrolle

- Ausschlussfrist – 2, 3
- Bezugnahmeklausel – 57
- freiwillige Leistung – 26
- Transparenzgebot – 3, 4, 57
- überraschende Klausel – 3
- unangemessene Benachteiligung – 4

### AGG

- Altersdiskriminierung – 45
- Entschädigungsanspruch – 7
- Feststellungsantrag – 62
- Geschlechtsdiskriminierung – 10
- Indiztatsachen – 7
- Klagefrist – 6
- Kopftuch – 5
- positive Maßnahme – 45
- Religion – 5
- Schwerbehinderung – 7
- Vorstellungsgespräch – 7
- Weltanschauung – 6
- Widerlegung der Vermutung – 6

### Amtsärztliche Untersuchung

- Persönlichkeitsrecht – 23

### Änderungskündigung

- Bestimmtheit – 29
- Kündigungsfrist – 29
- Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen – 30

### Anfechtung

- Aufhebungsvertrag – 8
- Betriebsratswahl – *siehe dort*

### Annahmeverzug

- Leistungsbereitschaft – 26
- Streikteilnahme – 26

### Arbeitnehmerüberlassung

- Dauerhafte – 49
- equal pay – 4
- Mitbestimmung – 49

### Aufsichtsratswahlen

- Klagefrist – 43

### Auskunftsklage

- Mobbing – 22

### Auslegung

- Kündigungserklärung – 38

### Außerordentliche Kündigung

- Alkoholkrankheit – 41

### Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Betriebsratsmitglied – 36
- Gemeinschaftsbetrieb – 35
- gerichtlicher Vergleich – 33
- Kettenbefristung – 34
- Prozessarbeitsverhältnis – 32
- Vertretungsbedarf – 31

### Beschlussverfahren

- einstweilige Verfügung – 61

### Betriebliche Altersversorgung

- Anpassung von Betriebsrenten – 9
- Gleichbehandlung – 10
- vorgezogene Altersgrenze – 10

### Betriebsrat

- Unterlassungsanspruch – 48, 61

### Betriebsratsmitglied

- Freistellungsanspruch – 44

### Betriebsratswahl

- Anfechtung – 53,54
- Anfechtungsfrist – 54
- ausländische Arbeitnehmer – 55
- Tarifvertrag – 54
- Vorschlagsliste – 53

### Betriebsübergang

- Begriff – 11, 12, 13

### Betriebsvereinbarung

- Altersdiskriminierung – 45
- Rechtsquellenklarheit – 60
- Wiedereinstellung – 45

### Darlegungs- und Beweislast

- billiges Ermessen – 14, 15, 16
- geringwertigere Tätigkeit – 16
- Kinderbetreuungspflichten – 15
- leidensgerechter Arbeitsplatz – 14
- Schadenersatz – 14
- Überstunden – 25

## Stichwortverzeichnis

Wissenszurechnung – 25

Zeugnis – 28

### Einigungsstelle

Gefährdungsbeurteilung – 46

### Einstweilige Verfügung

Beschlussverfahren – 61

### Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Adressmitteilung – 17

ausländische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – 17

### Erlassvertrag

Freistellung – 18

### Freistellung

Erlassvertrag – 18

### Gleichbehandlung

Vergleichsgruppe – 19

### Integrationsamt

Zustimmungserklärung – 37

### Kostenquotelung

mehrere Beteiligte – 73

### Kündigung

– *siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte, außerordentliche oder personenbedingte* –

### Probezeit – 42

treuwidrige – 42

### Kündigungserklärung

Auslegung – 38

### Kündigungsschutzklage

nachträgliche Zulassung (*siehe auch dort*) – 63

### Massenentlassung

Anzeige – 39

### Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten

Arbeitnehmerüberlassung – 49

Einsatz Betriebsfremder – 49

Einstellung – 49, 50

Teilzeitkräfte – 50

### Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten

Arbeitszeit – 47

Gefährdungsbeurteilung – 46

Tarifvorrang – 48

### Mobbing

Auskunftsanspruch – 22

Begriffsbestimmung – 20, 21

Voraussetzungen – 20

### Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage

Antragsfrist – 63

Zulassungsantrag – 63

### Nichtzulassungsbeschwerde

grundsätzliche Bedeutung, Darlegung – 64

### Personalrat

Mitbestimmung bei Befristung – 51

### Personenbedingte Kündigung

Alkoholkrankheit – 40, 41

### Persönlichkeitsrecht

amtsärztliche Untersuchung – 22

### Probezeit

Arbeitsunfall – 42

Kündigung – 42

### Prozesskostenhilfe

Aufhebung – 71

### Prozessvollmacht

Auftragserteilung – 72

### Rechtsanwaltsgebühren

Auftragserteilung – 72

Verfahrensgebühr – 72

### Rechtsschutzversicherung

verglichen, nicht rechtshängig – 70

### Rechtsweg

Geschäftsführer – 65

### Schwerbehindertenvertretung

Ausstattung – 52

Wahlverfahren – 55, 56

### Sonderzuwendung

Freiwilligkeitsvorbehalt – 27

### Streitwert

Beschlussverfahren – *siehe dort*

### Streitwert im Beschlussverfahren

Aufhebungsantrag – 74

personelle Einzelmaßnahme – 74

### Tarifvertrag

Abschlussvollmacht – 54

Altersdiskriminierung – 58

Beendigungsregelungen – 59

Bezugnahmeklausel – 57

einzelvertragliche Abmachung – 4

fehlerhafter – 57

Nichtigkeit – 57

Rechtsquellenklarheit – 60

Regelungsmacht, Grenzen – 59

Stichtagsregelung – 58

Teilunwirksamkeit – 60



**Überstunden**

Darlegungs- und Beweislast – 25

**Übertarifliche Zulage**

Anrechnung – 24

**Vergleichswert**

Freiwilligkeitsvorbehalt – 27

**Vergütungsanspruch**

Streikteilnahme – 26

Überstunden – 25

**Vergütungshöhe**

übertarifliche Zulage – 24

**Weiterbeschäftigungsanspruch**

allgemeiner – 69

Sicherheitsbedenken – 69

Zwangsvollstreckung – 68

**Wiedereinsetzung**

Anwaltsverschulden – 66

**Zeugnis**

Darlegungs- und Beweislast – 28

**Zwangsvollstreckung**

Abrechnung – 67

Weiterbeschäftigung – 68

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber, Chefredaktion- und Anschrift:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Tautenzienstraße 11  
10789 Berlin  
Telefon (030) 25 45 91 55  
Telefax (030) 25 45 91 66  
E-Mail: m.bendel@advocati.de

**Redaktion:**

Rechtsanwalt Roland Gross  
Kanzlei gross:rechtsanwälte  
Neumarkt 16-18  
04109 Leipzig  
Telefon (0341) 984 62-0  
Fax (0341) 984 62-24  
E-Mail: leipzig@advo-gross.de;  
www.advo-gross.de

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür  
Kanzlei RPO Rechtsanwälte  
Im Mediapark 6  
50670 Köln  
Telefon (0221) 355051-50  
Fax (0221) 355051-35  
E-Mail: oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DeutschenAnwaltverein (Adresse s. unten)

**Geschäftsführender Ausschuss:**

Dr. Jobst-Hubertus Bauer (Vors.)  
Geschäftsstelle:  
c/o Dr. Johannes Schipp  
Münsterstraße 21  
33330 Gütersloh  
Telefon (0 52 41) 90 33-0  
Telefax (0 52 41) 1 48 59

**Deutscher Anwaltverein  
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle  
Peter Altmeier  
Littenstraße 11  
10179 Berlin  
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171  
Telefax (030) 72 61 52-195

**Verlag:**

Deutscher AnwaltVerlag  
Wachsbleiche 7  
53111 Bonn  
Telefon: (0228) 9 19 11-0  
Telefax: (0228) 9 19 11-23  
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

**Anzeigen**

sales friendly Verlagdienstleistungen  
Bettina Roos  
Siegburger Str. 123  
53229 Bonn  
Telefon: (0228) 9 78 98-0  
Telefax: (0228) 9 78 98-20  
E-Mail: roos@sales-friendly.de  
Gültig ist die Preisliste Nr. 4 vom 1.1.2007

**Lektorat**

Anne Krauss

**Satz**

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

**Druck**

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich

**Bezugspreise 2013**

Inland € 104,- (zzgl. Versand)  
Einzelheft € 32,50 (zzgl. Versand)

Alle Preise verstehen sich inkl. Mehrwertsteuer. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

**Urheber- und Verlagsrecht**

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

**Manuskripte**

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.