

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier zum 60. Geburtstag

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

aus besonderem Anlass – und deshalb nur ausnahmsweise – finden Sie heute an dieser Stelle ein Editorial von mir in meiner Funktion als Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV vor:

Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Herausgeber der *AE* hat am 29. November 2008 sein 60. Lebensjahr vollendet. In Schwerin geboren, ist er nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Berlin und Tübingen seit 1976 als Anwalt in Berlin tätig, seit 1987 als Fachanwalt für Arbeitsrecht. 1991 promovierte der Jubilar bei *Klaus Adomeit*, Freie Universität Berlin. *Hans-Georg Meier* ist Namenspartner der Sozietät *Danckert Böh Meier*, Mitglied des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V., ehrenamtlicher Richter am Landesarbeitsgericht Berlin und war viele Jahre Mitglied des Anerkennungsausschusses für das Fachgebiet Arbeitsrecht beim Vorstand der Rechtsanwaltskammer Berlin und nebenamtlicher Prüfer am Justizprüfungsamt Berlin. Er ist Herausgeber arbeitsrechtlicher Periodika, Autor von Fachbüchern, Verfasser vieler Publikationen und zählt zu den renommierten Fachanwälten für Arbeitsrecht in Deutschland.



Dr. Hans-Georg Meier

Besonders zu würdigen sind jedoch die Verdienste *Hans-Georg Meiers* als Mitglied der Arbeitsgemeinschaft und ihres Geschäftsführenden Ausschusses. Mitglied ist er seit November 1981 und damit ein „Urgestein“. 1991 wurde er in den Geschäftsführenden Ausschuss gewählt. *Hans-Georg Meier* hat das Wirken der Arbeitsgemeinschaft und ihre Tagungen entscheidend mitgeprägt. Dort nahm er an den im Anschluss an die Referate stattfindenden-

den Diskussionen stets aktiv und mit profunden Beiträgen teil. Auch hat er selbst referiert, z.B. zu höchst informativen Themen wie „Beteiligung des Betriebsrats bei Versetzungen und Änderungskündigungen“ (Frühjahrstagung 1988 in Bremen), „Rechtsschutzversicherung und Kosten im Arbeitsrecht“ und – mehrfach – zu „aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht“.

Peter Hamacher hat in der Festschrift zum 25-jährigen Bestehen (S. 1224) die Geschichte der Arbeitsgemeinschaft dargestellt und dabei besonders die Leistungen für die Mitglieder in Form des „Informationsdienstes“ hervorgehoben (1233 f.). Zweck des Informationsdienstes war und ist es, über interessante Entwicklungen im Arbeitsrecht zu unterrichten, insbesondere der instanzgerichtlichen Rechtsprechung. Dieser Informationsdienst erschien zunächst in Form regelmäßiger Rundschreiben, wobei Idee und Realisierung ausschließlich auf *Hans-Georg Meier* zurückgingen. Der Informationsdienst – alsbald nur anerkennend „*Meier-Dienst*“ genannt – war quasi die Morgengabe des Jubilars, die er 1991 mit seiner Wahl in den Geschäftsführenden Ausschuss den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft schenkte. 1996 hat *Hans-Georg Meier* aus dem Informationsdienst die vierteljährlich erscheinende Zeitschrift „*AE Arbeitsrechtliche Entscheidungen*“ entwickelt. Die Zeitschrift, deren Spiritus Rector und Chefredakteur der Jubilar nach wie vor ist, erfreut sich höchster Wertschätzung.

Würdigt man die Verdienste *Hans-Georg Meiers* um die Arbeitsgemeinschaft, darf aber auch sein gelungenes Zusammenspiel mit seiner Frau *Brigitte* nicht vergessen werden. Die Veranstaltungen der Arbeitsgemeinschaft zeichnen sich nämlich nicht nur durch Wissensvermittlung aus, sondern auch durch Lebendigkeit und humorvoll-geselligen Umgang ihrer Mitglieder, die fast alle die üblichen freitäglichen Abendessen in festlichem Rahmen genießen. Unvergessen sind dabei die Jubiläumsfeste, die *Hans-Georg* und *Brigitte Meier* 2001 (20 Jahre Arbeitsgemeinschaft) und 2005 (50. Tagung), jeweils in Berlin, organisiert haben. Zu hoffen ist deshalb, dass *Brigitte Meier* ihren Mann weiterhin hegen und pflegen möge, damit er der Arbeitsgemeinschaft, ihrem Geschäftsführenden Ausschuss und der AE noch viele Jahre erhalten bleibt. Das Ehepaar *Meier* mag sich auch vergegenwärtigen, dass das nächste Jubiläumsfest (30 Jahre Arbeitsgemeinschaft) unaufhaltsam naht!

Und so bleibt mir nur noch, dem Jubilar im Namen aller Mitglieder unserer Arbeitsgemeinschaft und ihres Geschäftsführenden Ausschusses zuzurufen:

Ad multos annos!

Stuttgart, im Dezember 2008

Ihr
Jobst-Hubertus Bauer
Vorsitzender des Geschäftsführenden Ausschusses
der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einsenderliste	252
Aufsatz	
<i>Dr. Thomas Griebe: Mediation im Arbeitsleben – Sichtweisen eines anwaltlichen Beraters</i>	253
Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	
Entscheidungen	
Allgemeines Vertragsrecht	260
Bestandsschutz	277
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	298
Tarifrecht	321
Sonstiges	324
Streitwert und Gebühren	334
Rezensionen	
Thüsing: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	340
Neumann/Biebl: Arbeitszeitgesetz	340
Cornelius-Winkler/Ennemann: Rechtsschutzversicherung und Gebühren im Arbeitsrecht	340
Stichwortverzeichnis	342
Impressum	339

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

Berrisch Mansholt	Hansjörg Werner	Gießen Darmstadt	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
----------------------	--------------------	---------------------	---------------	-------	----------

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Graumann Kelber, Dr. Lodzik Neef, Dr.	Ingo Markus Michael Klaus	Iserlohn Berlin Darmstadt Hannover	Puhr-Westerheide Schmitt Tschöpe, Dr. Zeißig, Dr.	Christian Jürgen Ulrich Rolf	Duisburg Stuttgart Bad Honnef Berlin
--	------------------------------------	---	--	---------------------------------------	---

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Bauer Behrens Brötzmann, Dr. Dribusch Faecks Franzen Geus Gosda Gravenhorst, Dr. Gussen, Dr. Heinemann Hilligus Höser, Dr. Jung	Dietmar Bertram Walter Ulrich Bernhard Friedhelm Klaus-Dieter Franz Ralf Wulf Heinrich Bernd Kurt-Jörg Jürgen Nikolaus	Wiehl Ansbach Hamburg Mainz Detmold Marburg Bremen Schweinfurt Ahlen Düsseldorf Rheda-Wiedenbrück St. Augustin Neustadt i.Holst. Frechen Oberursel	Krutzki Lampe, Dr. Müller-Knapp Müller-Wiechards Peter Rütte Schaefer Schmalenberg, Dr. Schramm Schulz, Dr. Seidemann, Dr. Sparla Weber Weberling, Prof. Dr.	Gottfried Christian Klaus Wolfram Michael Klemens Rolf Werner Joachim Georg R. Gisbert Franz Axel Johannes	Frankfurt a.M. Berlin Hamburg Lübeck Bad Honnef Hamm Hannover Bremen Lübbecke München Berlin Aachen Frankfurt/M. Berlin
---	--	--	---	---	--

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Böse Clausen Crämer Daniels Eckert, Dr. Fischer Fromlowitz Gehrmann Goergens Grimm, Dr. Heimann Hennige, Dr. Herbert, Dr. Hertwig, Dr. Hesse, Dr. Hjort Keller Kern Koch, Dr. Krafft Krügermeyer- Kalthoff Kühn Kunzmann, Dr.	Rainer Dirk Eckart Wolfgang Helmut Ulrich Horst Dietrich Dorothea Detlev Marco Susanne Ulrich Volker Walter Jens Thomas Jan H. Friedemann Alexander Rolf Stefan Walter	Essen Nürnberg Dortmund Berlin Offenbach Frankfurt/Main Essen Aachen Hamburg Köln Cham Gütersloh Coburg Bremen Berlin Hamburg München Hamburg Berlin Öhringen Köln Karlsruhe Euskirchen	Link Matissek Matyssek Müller Pouyadou, Dr. Preßer Pütter, Dr. Richter Richter, Dr. Schäder, Dr. Schäfer Schipp, Dr. Schwartzek, Dr. Straub, Dr. Striegel Struckhoff Theissen- Graf Schweinitz Thiele Thieme Thon Vrana-Zentgraf Zahn Zirnbauer	Jochen Reinhard Rüdiger Steffen Richard M. Wolfgang Albrecht Klaus Hanns-Uwe Gerhard Dieter Johannes Thomas Dieter Bernhard Michael H. Ingo Volker Hans Horst Silke Thomas Ulrich	Villingen Kaiserslautern Ratingen Iserlohn Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg München Essen Gütersloh Berlin München Kassel München Hagen Düren Frankfurt/M. Offenbach Darmstadt Berlin Nürnberg
--	--	---	--	---	--

Mediation im Arbeitsleben

– Sichtweisen eines anwaltlichen Beraters

Dr. Thomas Griebe, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wirtschaftsmediator, Hamburg*

Als anwaltlicher Berater freut man sich über Konflikte. Keiner will sie, jeder hat sie! Wir Anwälte verdienen unser Geld mit Konflikten, allerdings in der Regel damit, dass wir einen bereits entstandenen Sachverhalt rechtlich bewerten und versuchen daraus eine Rechtsposition für die Mandantschaft abzuleiten, die im besten Fall durch den „Gegner“ befriedigt wird. Insofern kommt man sich zuweilen vor wie ein Historiker, der Geschehenes betrachtet, um am Ende des Tages die Frage zu beantworten: Wer hatte Recht?

Mal ehrlich, ist das eine ideale Konfliktlösung?

Macht es nicht auch dem anwaltlichen Berater mehr Freude, gestaltend und zukunftsorientiert zu beraten? Ist es nicht sinnvoller, für den Mandanten in kurzer Zeit ein häufig sehr viel besseres Ergebnis als in einem Rechtsstreit zu erzielen, und das zu geringeren Kosten? Wären nicht auch viele Mandanten froh darüber, wenn sie ihre Konflikte nicht in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung vor der Öffentlichkeit, sondern in einer vertraulichen, geschützten Atmosphäre verhandeln dürften? Wenn Sie bereits diese wenigen Fragen mit Ja beantworten, sollten Sie sich dringend mit Themen wie Alternative Dispute Resolution (ADR), Konfliktmanagement und insbesondere Mediation beschäftigen.

Lassen Sie mich als im Arbeitsrecht tätiger anwaltlicher Berater ein wenig Werbung für diese Ansätze machen. Lassen Sie mich dabei auch einige Vorurteile ansprechen, die im Hinblick auf Mediation gebetsmühlenartig aufgesagt werden. Seien Sie versichert, mit Räucherstäbchen, Wattebäuschchen oder therapeutischen Gesprächen hat Mediation absolut nichts gemein. Warum sollten Sie sich damit befassen? Ich kann Ihnen sagen, warum ich mich sehr damit befasse:

1. Sie lernen, was Sie in Ihrer juristischen Ausbildung und Praxis bisher regelmäßig nicht gelernt haben: Zu verhandeln, und zwar erfolgreich zu verhandeln. Selbst, wenn Sie nicht als Mediator tätig sein werden, profitieren Sie täglich von diesen Fähigkeiten.
2. Sie erweitern ihr Geschäftsfeld. Überlassen Sie diesen Bereich nicht auch noch anderen Berufsgruppen. Wir Anwälte müssen unser Terrain immer mehr gegen Rechtsberatung aus allen Richtungen (Banken, Versicherungen, Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung, etc.) verteidigen.
3. Erhöhen Sie die Zufriedenheit Ihrer Mandantschaft durch schnelle, kostengünstige und gute Lösungen bei Konflikten.

Diese Aufzählung ließe sich fortsetzen, aber ich möchte Ihnen lieber erläutern, weshalb ich davon überzeugt bin, dass Angebote wie Konfliktmanagement und Mediation in der Arbeitswelt eines Tages reißenden Absatz finden werden. Zahlreiche Unternehmen in Deutschland haben dies bereits erkannt und nehmen eine mutige Vorreiterrolle ein (SAP, Siemens, E.ON, Deutsche Bahn, etc.).

I. Fakten

Die Menschen verbringen einen erheblichen Teil ihrer Lebenszeit in der Arbeitswelt. Das Arbeitsleben ist geprägt von dauerhaften persönlichen und menschlichen Beziehungen, die naturgemäß auch zu zahlreichen Konflikten führen. Führungskräfte verbringen zwischen 25 und 30 % ihrer Zeit mit Konflikten. Auch die Qualität von Entscheidungen leidet durch konfliktbelastete Mitarbeiter. Kreativität oder funktionierende Teamarbeit wird man von konfliktbelasteten Mitarbeitern nicht erwarten können. Zudem sind konfliktbelastete Mitarbeiter doppelt so häufig krank. Bereits die durch Mobbing verursachten Kosten belaufen sich in der Bundesrepublik auf über 30 Milliarden Euro jährlich. Schließlich führen ungelöste Konflikte in der Arbeitswelt am Ende häufig zu Eigenkündigung oder erzwingen zumindest die Umgestaltung von Arbeitsabläufen.

Die Konflikte spielen sich auf ganz unterschiedlichen Ebenen und zwischen verschiedenen Beteiligten ab: Das Unternehmen gegen Mitarbeiter, der Betriebsrat gegen das Unternehmen, das Unternehmen gegen die Gewerkschaft, Mitarbeiter gegen Mitarbeiter oder sogar der Betriebsrat gegen die Gewerkschaft, Konflikte überall! Um welche Art von Konflikten handelt es sich? Zumeist handelt es sich um Sach-, Beziehungs-, Werte-, Verteilungs- oder Entscheidungskonflikte. Die Arbeitswelt ist folglich ein fruchtbarer Nährboden für Auseinandersetzungen aller Art. Aber auf welche Weise werden diese Konflikte bisher bewältigt?

II. Konfliktbewältigung im Unternehmen

Nach einer wissenschaftlichen Untersuchung von PricewaterhouseCoopers und der Europa-Universität Viadrina (Frankfurt,

* Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Autors anlässlich eines Workshops, den er auf der 56. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des DAV vom 19.-21. September 2008 leitete.

Oder) aus dem Jahre 2007 bewältigen Unternehmen ihre Konflikte in erster Linie und nach eigenen Angaben mit Verhandlungen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass diese Verhandlungen zumeist der eigentlichen Konfliktlösung lediglich vorgeschaltet sein dürften und am Ende nicht zum Erfolg führen. Sodann werden ganz überwiegend Gerichtsverfahren als Methode zur Konfliktbewältigung angestrengt. Danach folgen Schiedsgerichtsverfahren, Schiedsgutachten, Schlichtung und schließlich Mediation als am wenigsten genutzte Konfliktbewältigung. Daraus wird folgendes Erkennbar: Die Konfliktparteien haben in der Praxis ganz überwiegend die Neigung ihren Konflikt auf einen Dritten zu delegieren, der diesen Konflikt für sie entscheidet. Mit Zunahme der Eigenverantwortlichkeit bei der Konfliktbewältigung nimmt die tatsächliche Nutzung dieser Konfliktbewältigung ab. Insoweit ist nur folgerichtig, dass die Mediation, bei der die Konfliktbewältigung nahezu ausschließlich in den Händen der Parteien liegt, Schlusslicht bei der Häufigkeit der tatsächlichen Nutzung ist. Am liebsten wird ein Gericht gebeten, den Konflikt für und an Stelle der Parteien zu entscheiden.

Soweit allerdings Unternehmen danach befragt wurden, welche Art der Konfliktbewältigung mit den meisten Vorteilen verbunden ist, schneidet die Mediation neben der Verhandlung am besten ab. Gerichtsverfahren landen auf dem letzten Platz. Daraus wird erkennbar, dass die tatsächliche Handhabung und die – theoretische – Vorteilsbewertung einzelner Methoden erheblich voneinander abweichen. Warum?

Eine Betrachtung der bei der Untersuchung zugrunde gelegten Beurteilungskriterien macht dies schnell deutlich. Dabei werden auch die Vorteile der Mediation gegenüber einem herkömmlichen Gerichtsverfahren offenkundig: Die Autonomie bei der Verfahrensgestaltung ist vor Gericht im Gegensatz zur Durchführung eines Mediationsverfahrens sehr eingeschränkt. Mediationsverfahren finden zudem außerhalb der Öffentlichkeit statt, so dass eine Vertraulichkeit gegenüber einem öffentlichen Gerichtsverfahren gewährleistet ist. Die Verfahrensdauer beträgt bei einer Mediation lediglich wenige Wochen von der Entscheidung, eine Mediation durchzuführen bis zum Abschluss der erfolgreichen Mediationsverhandlung. Gerichtsverfahren können hingegen Jahre dauern. Die Ergebnisqualität von gerichtlichen Entscheidungen ist ambivalent. Ergebnisse einer Mediation in Form eines Vergleiches sind durch die Parteien und ihre anwaltlichen Berater selbst entwickelt und gestaltet, so dass deren Qualität zumeist deutlich vorzugswürdig ist. Die Mediation ist darauf angelegt, eine zukunftsorientierte Beilegung des Konfliktes zu erzielen, so dass eine Fortführung der Geschäftsbeziehung in fast allen Fällen erfolgreicher Mediationen gewährleistet ist. Nach Durchführung einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist die Fortführung der Geschäftsbeziehung durch die Parteien hingegen die Ausnahme.

Ein weiteres Beurteilungskriterium waren die Kosten. Ein entscheidender Vorteil der Mediation ergibt sich aus einem Vergleich der direkten und indirekten Verfahrenskosten. Ein Mediationsverfahren ist ab einem Streitwert von Euro 10.000,00 deutlich günstiger als die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens (auf Basis RVG). Entscheidend sind aus meiner Sicht allerdings die indirekten Verfahrenskosten, die zumeist nicht hinreichend wahrgenommen werden. Man denke an die Ressourcenbindung, die durch die Aufarbeitung von Sachverhalten, die Durchsicht von Unterlagen, die Vorbereitung und Abstimmung von Schriftsätzen sowie die Wahrnehmung von Besprechungen und Terminen erfolgt. Darüber hinaus entsteht durch die erhebliche Verfahrensdauer eine hohe Planungsunsicherheit, die zukünftige Entscheidungen erschwert oder sogar unmöglich macht. Ein derartiges erzwungenes Zuwarten kann erhebliche indirekte Kosten verursachen. Im Arbeitsrecht sei lediglich das Annahmeverzugsrisiko oder ein langwieriges Einigungsstellenverfahren zu einer beabsichtigten Betriebsänderung angesprochen. Schließlich kann das finanzielle Ausfall- und Insolvenzrisiko mit zunehmender Verfahrensdauer erheblich zunehmen, sodass selbst bei einem Obsiegen in einem gerichtlichen Verfahren am Ende lediglich ein „nackter Mann“ bleibt, dem man nicht in die Tasche greifen kann.

Unter Berücksichtigung dieser Parameter ist einleuchtend, weshalb die Unternehmen in Deutschland die Mediation als sehr vorteilhaft bewerten; sie allerdings bisher nicht hinreichend praktizieren. Was ergibt sich daraus für den anwaltlichen Berater? Aus meiner Sicht kann der Mediation vor diesem Hintergrund eine erfolgreiche Zukunft vorausgesagt werden. Allerdings bedarf dies erheblicher Bemühungen, insbesondere der Anwaltschaft, die versuchen sollte, dieses Bedürfnis der Unternehmen zu erkennen und mittelfristig zu befriedigen. Wir Anwälte sollten daran mitwirken, die Praxis- und Theorielücken zum Thema Mediation in den Unternehmen zu schließen und die Systemwiderstände in einzelnen Unternehmen zu überwinden. Wir sollten unsere Mandanten davon überzeugen, die Mediation als eine Möglichkeit der Problembewältigung ins Auge zu fassen und dabei die Vorteile dieses Ansatzes bewerben.

III. Warum Mediation? – How to make friends?

Bei der Beratung von Mandanten, die unsere Unterstützung bei Konflikten suchen, verwende ich gern den Hinweis, dass man sich lediglich über das streiten kann, über das man sich einigen möchte. Die Mandanten stimmen dem fast immer zu. Damit sind wir bereits bei einer wichtigen Voraussetzung für die Mediation, der Einigungsbereitschaft. Es ist kein Geheimnis, dass eine Einigungsbereitschaft bei den Mandanten ganz überwiegend besteht. Hinweise des anwaltlichen Beraters auf die zu erwartenden Kosten, die lange Verfahrensdauer sowie den ungewissen Prozessausgang nach einigen Jahren befördern diese Einigungsbereitschaft regelmäßig. Der Mediator

verwendet in diesem Zusammenhang häufig auch die Frage an die Parteien nach ihren jeweiligen Erfolgsaussichten. Sie können Wetten darauf annehmen, dass die Summe der beiden angegebenen Erfolgswahrscheinlichkeiten deutlich über 100 % liegt, da jede Partei nahezu immer eine Erfolgswahrscheinlichkeit von über 50% ansetzt. Da dies kaum eintreten wird, steigt die Einigungsbereitschaft.

Soweit diese Einigungsbereitschaft besteht, versuchen wir, unsere Mandanten von den Vorteilen einer Mediation zu überzeugen. Dabei entsteht in der Praxis zuerst das Problem, dass derjenige, der in einem Konflikt eine Mediation vorschlägt als jemand angesehen wird, der „schlechte Karten hat“ und sich lieber einigen möchte. Dieses Problem versuchen wir für Mandanten schon in einem sehr frühem Stadium zu vermeiden, indem wir anraten, Mediationsklauseln bereits in Vertragswerken (Anstellungsverträgen, Betriebsvereinbarungen, Gesellschaftsverträgen, etc.) aufzunehmen, wonach sich die Parteien verpflichten, im Falle eines Konfliktes eine Mediation durchzuführen, bevor der Weg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet wird. In anderen Rechtsordnungen sind Mediationsklauseln fester Bestandteil fast jeden Vertrages (z.B. USA). Kommt es später zum Konflikt genügt ein Hinweis auf diese Klausel und Zeichen von Schwäche können nicht vermutet werden. Soweit eine solche Regelung nicht besteht, genügt nach unserer Erfahrung häufig ein Hinweis auf die Vorteile der Mediation und insbesondere die beeindruckende hohe Erfolgsquote der Mediation: 80-90%!

Natürlich werden Sie denken, dass das absolut noch nichts über die Qualität des Ergebnisses aussagt. Richtig, aber die Zufriedenheit der Parteien mit dem Ergebnis ist ebenfalls untersucht worden und kommt zu einem gleichlautenden Ergebnis. Dabei ist übrigens Folgendes festgestellt worden: Man hat sowohl die Parteien als auch die anwaltlichen Berater nach Erfolg und Qualität des Ergebnisses befragt. Die Parteien waren fast durchweg sehr zufrieden und glücklich mit dem Ergebnis. Anders die anwaltlichen Berater. Sie hätten sich zu einem erheblichen Teil nicht zu den jeweiligen Bedingungen geeinigt! Was lernen wir Anwälte daraus? Der Wurm soll dem Fisch schmecken, nicht dem Angler!

In diesem Zusammenhang müssen wir Anwälte auch lernen, dass wir als Parteivertreter bei einer Mediation eine andere Rolle haben. Wir verhandeln nicht für unsere Mandanten wie wir das üblicherweise vor und außerhalb der Gerichte tun. Es verhandeln die Mandanten selbst, es ist ihr Konflikt, und sie kennen ihre Interessen am besten. Wir Anwälte sind lediglich – rechtlich – beratend tätig und halten uns bei einer Mediation zurück. Manchmal wollen die Parteien nicht selbst reden und verhandeln, sondern alles ihrem Anwalt überlassen. Der Mediator wird es gleichwohl erreichen, dass der Mandant seine Interessen vertritt und verhandelt. Wir Anwälte müssen lediglich wissen, dass dies zu einer erfolgreichen Verhandlung gehört und es in Ordnung ist, wenn wir dem Mandanten beim

Verhandeln zuschauen. Der Mediator wird dies vorab auch allen Beteiligten erklären.

Warum ist die Mediation so erfolgreich und wo können wir sie in der Arbeitswelt nutzbar machen? Mediation ist im Kern ein freiwilliges Verhandeln der Parteien (nicht der Anwälte!) mit dem Ziel, eine rechtsverbindliche Vereinbarung zu erzielen. Der Mediator ist dabei lediglich als allparteilicher Dritter behilflich und sorgt für einen strukturierten Ablauf der Verhandlungen.

Fast alle Anwälte meinen, sie seien sehr erfahren und geschult im Verhandeln und bräuchten keinen Dritten, der Ihnen zeigt, wie man verhandelt. Auch ich habe dies anfangs geglaubt, schließlich verhandeln wir Arbeitsrechtler den ganzen Tag über Abfindungen, Mitbestimmungsrechte, Tarifverträge, etc. Aber glauben Sie mir, solange Sie nicht zumindest die Grundelemente der Verhandlungslehre verinnerlicht und intensiv praktiziert haben, besteht viel Raum für Optimierung der Verhandlungsfähigkeiten. Oder können Sie mir aus dem Stand erläutern, was BATNA, caucus, ZOPA oder bridging bedeuten? Der Mediator ist im Verhandeln ausgebildet und kann auf diese Weise zu einem erfolgreichen Abschluss der Verhandlungen beitragen.

Warum sollte man es auch im Arbeitsleben häufiger mit einer Mediation versuchen? Üblicherweise enden arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen als „Nullsummenspiel“. Eine Partei begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung oder den Verstoß eines Arbeitgebers gegen eine Betriebsvereinbarung und das Gericht entscheidet mit gehobenem oder gesenktem Daumen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts. Eine Wertschöpfung findet bei dieser Art der Konfliktlösung nicht statt. Der Mediator versucht hingegen den Kuchen zu vergrößern, bevor er unter den Parteien aufgeteilt wird. Bei der Mediation wird nicht lediglich über Positionen wie die Höhe einer Abfindung oder den Anspruch aus einer Betriebsvereinbarung entschieden, sondern es werden die hinter diesen Positionen stehenden Interessen der Parteien herausgearbeitet und bei der Lösungsfindung berücksichtigt (sog. Harvard-Konzept).

Nehmen wir als einfaches Beispiel eine außerordentliche Kündigung, die ein Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochen hat, da dieser die Sekretärin des Geschäftsführers angeblich sexuell belästigt hat. Der Arbeitgeber hat fristlos, hilfsweise fristgerecht gekündigt und wird im Gütertermin erfahrungsgemäß versuchen, den Rechtsstreit durch einen „billigen“ Vergleich zu beenden. Die Parteien streiten im Gütertermin regelmäßig lediglich über die Höhe der Abfindung und begründen ihre Vorstellungen mit ihrem jeweiligen Rechtsstandpunkt und den von ihnen angenommenen Erfolgswahrscheinlichkeiten in dem Rechtsstreit. Worum geht es tatsächlich und welche Partei hat eigentlich welche Interessen, die bei einer Einigung berücksichtigt werden sollen? Ty-

pische Interessen des Arbeitnehmers sind in diesen Konstellationen finanzielle Liquidität, Rehabilitation und insbesondere Existenzsicherung. Der Arbeitgeber wird ein Interesse an einer schnellen Lösung und seiner Gesichtswahrung haben, die gefährdet wäre, wenn der Arbeitnehmer vor Gericht obsiegt und mit einem breiten Grinsen in das Unternehmen zurückkehrt. Das Interesse an der schnellen Lösung begründet sich üblicherweise in dem Annahmeverzugslohnrisiko, welches mit zunehmender Dauer eines Prozesses erheblich ansteigt. Wo liegt nun der Vorteil der Mediation?

Ein Vorteil der Mediation liegt darin, dass diese Interessen überhaupt erkannt und berücksichtigt werden. Eine Lösung wird schneller erreicht, wenn die Parteien ihre Interessen gewahrt sehen. Der strukturierte Ablauf der Mediation geht sodann in die sogenannte Ideenphase über. In dieser Phase werden die Parteien mit Unterstützung des Mediators versuchen, Ideen für Lösungen zu entwickeln, die den Interessen der Parteien möglichst weitreichend Rechnung tragen. Dabei gelingt es in der Praxis häufig, kreative Lösungen zu finden, die über den eigentlichen Streitgegenstand weit hinausgehen. Dies folgt auch daraus, dass diese Ideen zum einen völlig unverbindlich sind und zunächst nicht bewertet werden, so dass jede Partei völlig frei an diesem brainstorming teilnehmen kann. Ziel ist es, eine win-win-Situation zu erzeugen.

Sie fragen sich, was einem in diesem Fall einfallen soll, um die Interessen beider Parteien möglichst zu befriedigen? Die Antwort lautet: Nichts. Warum? Nun, es sind die Parteien, die Lösungsideen entwickeln, die vom Mediator lediglich visualisiert werden. Die Erfahrung zeigt, dass jede Partei für sich selbst am besten beurteilen kann, welche Lösungsansätze in Frage kommen. Sie werden sich wundern, auf welche Ideen Parteien in dieser Phase kommen und wie oft in der darauf folgenden Lösungsphase Einvernehmen erzielt wird. Nochmals: Die Erfolgsquote beträgt über 80%!

In unserem kleinen Fall gab es folgende Ideen, die zu einer Lösung führten: Der Arbeitnehmer war bereit, das Anstellungsverhältnis sofort zu lösen, auch ohne Abfindung. Er war ferner bereit, sich bei der Sekretärin zu entschuldigen. Er wollte allerdings ein gutes Zeugnis und die Aufhebung eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes. Damit war der Arbeitgeber einverstanden. Warum? Das wesentliche Interesse des Arbeitnehmers bestand darin, zum Wettbewerber zu wechseln. Dies wusste der Mediator aus einem vertraulichen Einzelgespräch mit dem Arbeitnehmer, welches er geführt hatte (sog. caucus). Diese Einzelgespräche sind im Zusammenspiel mit der sog. shuttle diplomacy Teil fast jeder Mediation und werden vertraulich geführt. Erst wenn die Partei dem Mediator erlaubt, die gewonnen Erkenntnisse dem Verhandlungspartner mitzuteilen, kann er dies offenbaren. Auf diese Weise gewinnt der Mediator wertvolle Erkenntnisse für die Verhandlungen, da er die „geheimen Wünsche“ oder auch „nightmares“ der Parteien kennt und so besser beurteilen kann, ob eine Lösung

möglich oder noch weit entfernt ist. Das wesentliche Interesse des Arbeitgebers bestand darin, den Arbeitnehmer auf jeden Fall aus dem Unternehmen zu entfernen, da er selbst eine Affäre mit seiner Sekretärin hatte. Diese hatte ihm mitgeteilt, dass sie diese Affäre beenden werde, wenn er nicht dafür sorgen würde, dass der Arbeitnehmer aus dem Unternehmen verschwindet. Dafür war der Inhaber des Unternehmens bereit, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot aufzuheben. Er hatte folglich ein sehr persönliches Interesse. Glauben Sie, dass Sie das in einem Gütetermin erreicht hätten?

Es wird deutlich, dass die Mediation mit einem weiteren Vorteil verbunden ist. Im Rahmen der Mediation kommen häufig Umstände zur Sprache, die im üblichen Abfindungspoker keinen Platz haben. Es geht dabei oft um private Probleme der Beteiligten, Zukunfts- und Existenzängste, psychologische Schief lagen oder Kommunikationsstörungen. Diese Erkenntnisse sind insbesondere auch für Arbeitgeber von hohem Interesse, da sie Ihnen einen Einblick auch in das Innenleben ihrer Belegschaft verschaffen. Häufig zeigen sich auf diese Weise auch konzeptionelle Mängel des Arbeitgebers, die zu bestimmten Konflikten geführt haben. Auch insofern erfolgt hier eine Art Wertschöpfung.

Aber auch bei betriebsverfassungs- und tarifrechtlichen Auseinandersetzungen sind die Interessen der Beteiligten Grundlage der Verhandlungen. Nach unseren Erfahrungen hat ein Betriebsrat häufig ein hohes Interesse an der Würdigung seiner Arbeit und Anerkennung durch die Belegschaft. Gelegentlich geht es auch lediglich darum, seine Macht zu demonstrieren, um den Schmerz über in der Vergangenheit erlittene Verletzungen zu kompensieren. Dies kann umgekehrt genauso für den Arbeitgeber gelten. Nehmen Sie als Beispiel den Tarifkonflikt der Deutschen Bahn, den die Frankfurter Allgemeine Zeitung mit einem Foto der Herren *Mehdorn* und *Schell* mit „Zwei Dickköpfe und ein Nadelöhr“ betitelte. Allen Lesern war damals offenkundig, dass es in dem Konflikt nicht um die Sache ging. Der Mediator wird versuchen diese Interessen durch geschicktes Gestalten der Verhandlungsgespräche ans Licht befördern, so dass die Parteien auf dieser Grundlage versuchen können, zukunftsorientierte Lösungen zu erarbeiten.

Wie können wir die Mediation im Arbeitsleben nutzen? Aus der Praxis sind Fälle anzusprechen, in denen die Parteien eine Mediation statt einer Einigungsstelle vereinbaren oder die Mediation einer Einigungsstelle vorschalten. Eine unserer Mandantinnen ist ein Unternehmen, welches einem Tarifvertrag mit erweiterter Mitbestimmung unterliegt und der Betriebsrat jeder Kündigung zustimmen muss. Geschieht dies nicht, kommt es zur Einigungsstelle. Inzwischen haben sich das Unternehmen und der Betriebsrat darauf verständigt, statt der Einigungsstelle eine Mediation durchzuführen. Mit großem Erfolg! Es wird Geld und Zeit gespart und die Ergebnisse fallen zur Zufriedenheit aller aus. Im Tarifrecht besteht ebenfalls die Möglichkeit statt oder vor einer Schlichtung eine Mediation

zwischen den Tarifvertragsparteien zu versuchen. In den Vereinigten Staaten ist dies gängige Praxis.

Hinzu kommt Folgendes: Im Arbeitsleben haben wir es grundsätzlich mit dauerhaften Beziehungen zu tun, die bei Konflikten nicht zerbrechen, sondern fortgeführt werden sollen und müssen. Dies gilt sowohl im Individualarbeitsrecht als auch bei betriebsverfassungs- und tarifrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Betriebspartnern oder Tarifvertragsparteien. Auch sind im Arbeitsleben die personellen und emotionalen Bezüge von Konflikten sehr ausgeprägt und somit der Mediation besonders zugänglich. Allerdings wird auch in der Mediation hart verhandelt. Eine Kernlehre des Harvard-Konzeptes besteht darin, hart in der Sache aber sanft zu den beteiligten Menschen zu sein. Erst wenn beide Parteien ihre Interessen mit aller Härte vertreten, stimulieren sie ihre Kreativität beim Nachdenken über eine für beide vorteilhafte Lösung.

IV. Das Verhandlungsergebnis

Aus unserer Erfahrung kann das Festhalten und Dokumentieren des Verhandlungsergebnisses am Ende der Mediation noch zu einer Herausforderung werden, da die Beteiligten erschöpft und müde sind. Insbesondere kommen an dieser Stelle wir anwaltlichen Berater zum Einsatz und neigen dazu, das erzielte Ergebnis sehr kleinteilig zu formulieren, so dass Widerstände des Verhandlungspartners wegen bestimmter Formulierungen entstehen können. In der Sache handelt sich regelmäßig um einen Anwaltsvergleich, der mit einer Vollstreckbarkeitsklärung durch einen Notar versehen werden kann, um die Zwangsvollstreckung zu gewährleisten. Soweit der Mediator als Gütestelle anerkannt ist, kommt auch ein Gütestellenvergleich in Betracht. Schließlich besteht die Möglichkeit, den Vergleich bei einem schwebenden Gerichtsverfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO beschließen zu lassen.

Die Verjährung ist im Übrigen während der Verhandlung der Parteien gehemmt, § 203 BGB. Die im Arbeitsrecht häufig anzutreffenden Klage- und Ausschlussfristen stellen auch kein Hindernis für eine Mediation dar. Es wird üblicherweise vereinbart, Klagen zur Wahrung von Klage- oder Ausschlussfristen zuzulassen, soweit anschließend ein Ruhen des Verfahrens beantragt wird, § 251 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG. Der einstweilige Rechtsschutz wird in der Praxis regelmäßig von Mediationsklauseln ausgenommen, so dass dieser jederzeit in Anspruch genommen werden kann.

V. Mediation als Geschäftsfeld für Rechtsanwälte

Lassen Sie mich Folgendes behaupten: Die Mediation ist kein Allheilmittel, sie wird sich allerdings als ein zusätzliches und

wertvolles Instrument zur Konfliktbewältigung durchsetzen. Dies gilt in besonderem Maße für das Arbeitsrecht mit seinen Besonderheiten. Sie sollten versuchen, daran teilzuhaben, sei es als Mediator, als Parteivertreter in der Mediation oder indem Sie Konfliktmanagement-Beratung für Unternehmen anbieten. Insofern glaube ich an ein zusätzliches Geschäftsfeld für uns Rechtsanwälte. Wir müssen allerdings dafür sorgen, dass die Mediation beworben und eingesetzt wird. Die Vorteile der Mediation machen es uns einfach, dies zu tun: Schnelligkeit, Vertraulichkeit, hohe Erfolgsquote, geringere Kosten, Ergebnisqualität, Autonomie beim Verfahren sowie regelmäßig Fortsetzung der Geschäftsbeziehung sind wichtige Stichworte in diesem Zusammenhang.

Es ist auch anzusprechen, dass bereits einige Rechtsschutzversicherer darüber nachdenken, die Kosten von – vorgeschalteten – Mediationen zu übernehmen oder die Kostenübernahme abzulehnen, wenn zuvor keine Mediation versucht worden ist. Auch die Versicherer fangen folglich an, die Vorteile der Mediation zu erkennen. Darüber hinaus gibt es Ansätze in der Rechtsprechung zum Beratungsverschulden des Anwaltes, der bei der Mandantenberatung nicht auf die Möglichkeit einer Mediation hinweist.

Auch die Gerichte sehen die Vorteile der Mediation und führen bereits in vielen Bundesländern die gerichtsinterne Mediationen ein. Das Arbeitsgericht Hamburg hat die gerichtsinterne Mediation bereits vor geraumer Zeit eingeführt. Der große Durchbruch der Mediation lässt trotz der erwähnten Vorteile gleichwohl noch auf sich warten. Nach meinem Dafürhalten sind wir Anwälte daran nicht ganz unschuldig. Wir sind diejenigen, die in aller Regel zuerst angesprochen werden, wenn Konflikte entstehen. Wir empfehlen den Ratsuchenden sodann Wege zur Konfliktlösung, allerdings selten den Weg in die Mediation, was angesichts der geschilderten Vorteile nicht nachvollziehbar ist. Oder doch?

Die anwaltlichen Berater nennen viele Gründe, sich der Mediation zu verschließen. Die Angst, gegenüber dem Mandanten als „Weichei“ dazustehen, die Angst das Mandat zu verlieren (auch an den Mediator!), die Angst weniger Honorar zu verdienen, die Angst, etwas falsch zu machen und den Konflikt aus den Händen zu geben. Wenn Sie mich fragen, sind diese Ängste vor allem in einem begründet: Unkenntnis und Unerfahrenheit. Mediation ist für viele Anwälte eine black box und diese Ängste erinnern an die Seefahrer vor vielen hundert Jahren, die Angst hatten, am Ende des Meeres von der Erde zu fallen. Tun Sie sich das nicht an, bereichern Sie Ihre Praxis und Ihre Fertigkeiten und beschäftigen Sie sich mit diesem Thema.

Selbst die Bürokratie in Brüssel hat das Thema Mediation inzwischen entdeckt und eine Richtlinie dazu verabschiedet, die bis 2011 in Deutschland umgesetzt werden muss. Auch der Deutsche Juristentag 2008 hat sich ausgiebig mit der Media-

tion befasst. Und wussten Sie, dass Mediation seit 2003 eine Schlüsselqualifikation in der Juristenausbildung ist, § 5a DRiG? Es geht folglich nicht um Exotisches, sondern um etwas Handfestes, packen Sie es an und lassen mich mit einem Zitat von

Albert Einstein schließen, dem ich mich nur anschließen kann: „Wirklich dauerhafte und transformierende Lösungen können wir eben nur finden, wenn wir das Denkniveau verlassen, das wir inne hatten, als wir die Probleme schufen.“

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht			
212. Abmahnung, Elternzeit, Teilzeit, Nebentätigkeit	260	232. Außerordentliche personenbedingte Kündigung wegen Entzug betrieblicher Fahrerlaubnis, Annahmeverzug	278
213. AGB, Abrufarbeit	261	233. Außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung mit Auslauffrist, Schlechtleistung, Betriebsratsmitglied	278
214. AGB, Versetzungsklausel	261	234. Betriebsbedingte Kündigung, Insolvenz, Interessenausgleich, Erwerberkonzept	281
215. AGB, Klauselkontrolle, Widerrufsvorbehalt, Verwirkung	261	235. Betriebsbedingte Kündigung, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bei vorausschauender Personalplanung, Ultima-Ratio-Prinzip, Vorrang der Änderungskündigung, Auflösungsvertrag des Arbeitgebers	281
216. Altersteilzeit, intendiertes Ermessen	263	236. Krankheitsbedingte Kündigung, schwerbehinderter Mensch	285
217. Altersteilzeit, Regelarbeitsentgelt, Provisionen	265	237. Krankheitsbedingte Kündigung, häufige Kurzzeiterkrankungen, betriebliches Eingliederungsmanagement	286
218. Ausbildungskosten, Rückzahlungsvereinbarung	265	238. Teilkündigung, Bestellung/Abberufung, Widerrufsrecht, Direktionsrecht, Weiterbeschäftigung	290
219. Arbeitszeitreduzierung, betriebliche Gründe	267	239. Kündigungserklärung, Zurückweisung mangels Vollmacht	291
220. Arbeitszeitreduzierung, betriebliche Gründe	268	240. Kündigungserklärung, Schriftform, Vollmacht	292
221. Arbeitszeitreduzierung, Kinderbetreuung, Anspruch auf Unterlassung hindernder Arbeitszeitzuweisung	270	241. Kündigungsschutzprozess, Bestreiten der Betriebsratsanhörung	292
222. Betriebsübergang, Rechtmisbrauch, Anfechtung	270	242. Kündigungsschutzprozess, Personalratsbeteiligung	293
223. Direktionsrecht, Personalgespräch über Vertragsänderung	273	243. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung	293
224. Fahrtkosten, Erstattung bei wechselnden Einsatzorten	273	244. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Sachgrund, Vertretung mittelbar; Direktionsrecht im öffentlichen Dienst	294
225. Gleichbehandlung, Abfindung	273	245. Berufsausbildungsverhältnis, Auflösung, Schadensersatz, Verfrühungsschaden; Feststellungsklage	295
226. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	274		
227. Urlaubsgeld	274		
228. Weihnachtsgeld	274		
229. Weihnachts- und Urlaubsgeld, Rückzahlungsvereinbarung, Abruf von Arbeit	275		
230. Zeugnis, wesentlicher Inhalt, elternzeitbedingte Ausfallzeit	276		
Bestandsschutz			
231. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung, (keine) Weiterbeschäftigung	277		

	Seite		Seite
246. Beschäftigungsanspruch während der Kündigungsfrist, einstweilige Verfügung	296	268. Streikexzesse, Streikposten als Verrichtungshilfe, Haftung für Handeln des Streikleiters	323
247. Beschäftigungsanspruch, einstweilige Verfügung	297		
Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht		Sonstiges	
248. Anhörung des Personalrats nach NPersVG, Unterzeichnungsgebot	298	269. Berufungsbegründung, Anforderungen an den Inhalt, Betriebsübergang, Sanierungstarifvertrag	324
249. Beschlussverfahren, einstweilige Verfügung, Feststellungsantrag, Mitgliedschaft im Personalrat	298	270. Klage auf zukünftige Leistung, Rechtsschutzbedürfnis, Zulässigkeit	327
250. Betriebsratskosten, Handy- und Telefonkosten	298	271. Prozesskostenhilfe, Schmerzensgeldanspruch	327
251. Betriebsratswahl, Anfechtung, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Restmandat	299	272. Prozesskostenhilfe, allgemeiner Feststellungsantrag	329
252. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Restmandat	300	273. Prozesskostenhilfe, Reisekosten	329
253. Betriebsratswahl, Anfechtung, gemeinsamer Betrieb	302	274. Prozesskostenhilfe, Beschwerdeverfahren, Rechtsbeschwerdeverfahren	330
254. Betriebsratswahl, Anfechtung, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, zuständige Gewerkschaften nach § 3 BetrVG	304	275. Rechtsweg, Geschäftsführer, sic-non	331
255. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Übergangsmandat	304	276. Rechtsweg, Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, sic-non-Prinzip	332
256. Betriebsratswahl, Wahlberechtigung in mehreren Betrieben desselben Unternehmens	307	277. Rechtsweg, Aufnahmeanspruch nach § 137 Abs. 1 SGB IX	332
257. Personalratswahl, Wahlberechtigung, ARGE	307	Streitwert und Gebühren	
258. Einigungsstelle, Anfechtung des Spruchs, Arbeitszeitflexibilisierung	308	278. Streitwert, Beschlussverfahren, Zuständigkeit BR/GBR	334
259. Einigungsstelle, Ermessen, Urlaubsquote	311	279. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Einigungsstellenspruch	334
260. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Zuständigkeit Gesamtbetriebsrat	312	280. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung einer Betriebsratswahl	334
261. Gesamtbetriebsrat, Telefonnutzung, Handlungspflichten	313	281. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung, Spruch Einigungsstelle, einstweilige Verfügung	335
262. Gesamtbetriebsrat, Zuständigkeit, Mitarbeitergespräch	313	282. Streitwert, Beschlussverfahren, Monatsgespräch	336
263. Mitbestimmung des Betriebsrat in personellen Angelegenheiten, Zustimmungsverweigerung, Schriftform, elektronische Form	315	283. Streitwert, Beschlussverfahren, Bestand Betriebsrat	336
264. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Einzelmaßnahmen, Fristaussetzung	315	284. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, mehrere Kündigungen, Arbeitszeitreduzierung	338
265. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Einstellung, Auszubildender	316	285. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, Vergleichsmehrwert, Freistellung, Dienstfahrzeug	338
266. Mitbestimmung des Betriebsrats in soziale Angelegenheiten, Ethikrichtlinie	316	286. Streitwert, Kündigungsschutzprozess, Vergleichsmehrwert, Arbeitszeitreduzierung	338
Tarifrecht		287. Streitwert, Freistellungsvereinbarung	338
267. Streik, keine Parteifähigkeit von Unterorganisationen der IG Metall, Friedenspflicht	321	288. Streitwert, Weiterbeschäftigungsantrag	339

Allgemeines Vertragsrecht

Allgemeines Vertragsrecht

212. Abmahnung, Elternzeit, Teilzeit, Nebentätigkeit

Tatbestand:

Während einer Elternzeit vom 01.03.2004 bis 31.08.2004 arbeitete der Kläger bei dem Beklagten 20 Stunden wöchentlich. Vom 01.08.2005 bis 30.09.2005 beanspruchte der Kläger wiederum Elternzeit und arbeitete wöchentlich 19,5 Stunden. Zuletzt ruhte das Arbeitsverhältnis wegen Elternzeit ab 01.06.2006 bis 31.08.2007.

Während der letzten Elternzeit begab sich der Kläger zur Bundesagentur für Arbeit. Er meldete sich arbeitsuchend und wollte eine Beschäftigung, die möglichst unter 30 Wochenstunden lag, vermittelt haben. Er strebte gegebenenfalls die Übernahme einer Lehrtätigkeit von wöchentlich 15 Stunden an. Der Kläger konnte sich nicht vorstellen, dass es bei dem Beklagten eine Arbeit gab, die seinen Wünschen hinsichtlich der Verteilung der Teilzeitarbeit und der Art der Tätigkeit entsprochen hätte. Eine Anfrage hierüber stellte er nicht bei dem Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I. ... 2. ... Die Abmahnung ist aber auch deshalb aus den Personalunterlagen des Klägers zu entfernen, weil sie keinen Pflichtverstoß enthält, der dem Kläger vorwerfbar wäre. Vor Ausspruch der Abmahnung war der Kläger nicht verpflichtet, sein Vermittlungersuchen bei der Bundesagentur für Arbeit dem Beklagten anzuzeigen. Er hat auch nicht versäumt, die Zustimmung zu einer beabsichtigten Nebentätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber einzuholen.

Jedem Arbeitnehmer steht es frei, sich an die Bundesagentur für Arbeit zu wenden und deren Vermittlung in Anspruch zu nehmen. Die Bundesagentur für Arbeit prüft eigenständig, ob die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld gegeben sind bzw. ob sie verpflichtet ist, Vermittlungsleistungen zu erbringen. Dies ist offenbar auch erfolgt, denn die Bundesagentur für Arbeit hat sich an den Arbeitgeber des Klägers gewandt und der Kläger hat eine Arbeitsbescheinigung vom Arbeitgeber ausfüllen lassen. Dass der Kläger hier unwahre Angaben gemacht hat, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Schließlich ist damit der Kläger seiner Informationspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber nachgekommen. Es ist nicht ersichtlich, woraus sich eine Verpflichtung ergeben soll, zunächst den Arbeitgeber nach einer Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit zu fragen, wenn der Kläger in erster Linie eine andere Tätigkeit, zu möglicherweise anderen Bedingungen als bei dem Beklagten vorhanden, anstrebt. Der Beklagte hat auch keine Tatsachen dafür vorgetragen, dass der Kläger in jedem Fall versäumt hätte, die für eine Teilzeitbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber erforderliche Zustimmung einzuholen. Richtig ist, dass nach § 15 Abs. 4 BEEG Teilzeitarbeit bei einem anderen Arbeitgeber der Zustimmung des Arbeitgebers bedarf. Eine Zustimmung kann jedoch erst dann erteilt werden, wenn ein konkretes Arbeitsangebot ge-

macht wurde und der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Informationen geben kann, welcher Art die Tätigkeit ist, bei welchem Arbeitgeber und in welchem Umfang beabsichtigt ist, Teilzeitarbeit zu leisten. Dass diese Informationen Voraussetzungen sind für die Prüfung, zeigt das von dem Beklagten entwickelte Formular zur Genehmigung und Anzeige von Nebentätigkeiten, worin Name und Anschrift des Unternehmens und die Art der Nebentätigkeit abgefragt wird, ebenso der Zeitraum und der zeitliche Umfang der Nebentätigkeit. Diese Angaben konnte der Kläger nicht machen, da ihm noch kein entsprechendes Angebot von der Bundesagentur für Arbeit unterbreitet worden war. Hieraus kann nicht geschlussfolgert werden, dass der Kläger zu keinem und auch zu keinem späteren Zeitpunkt eine solche Zustimmung zur Nebentätigkeit eingeholt hätte. Nach dem Gesetz besteht auch keine Verpflichtung, zunächst den Arbeitgeber nach einer Erwerbstätigkeit während der Elternzeit zu fragen.

Es kann dem Kläger auch nicht unterstellt werden, dass er eine konkurrierende Tätigkeit aufnehmen wollte. Hierfür sind keine Tatsachen vorgetragen, insbesondere auch deshalb nicht, da der Kläger dargelegt hat, dass er beabsichtigte, eine Lehrtätigkeit aufzunehmen, da er bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine entsprechende Nebentätigkeitsgenehmigung erhalten hatte.

Auch wenn der Gesetzeszweck des § 15 BEEG den Arbeitnehmern die Möglichkeit einer Teilzeitarbeit eröffnen wollte, wenn der eigene Arbeitgeber keine entsprechende Verkürzung der Arbeitszeit ermöglichen kann und die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers die Grenze dieses Anspruchs bilden, schließt dies nicht aus, dass eine Zustimmung zur Teilzeitarbeit dann erteilt werden muss, wenn der Arbeitnehmer eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit und einen bestimmten geringen Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit wünscht und konkurrierende Interessen dem nicht entgegenstehen. Der Arbeitnehmer ist zunächst frei, sich verschiedene Arbeitsangebote einzuholen und Arbeitsmöglichkeiten zu erkunden, ohne dass dies sein Arbeitgeber erfährt. Dies ermöglicht der Schutz des Art. 12 GG.

Erst ab dem Zeitpunkt, ab dem er tatsächlich beabsichtigt eine Arbeit aufzunehmen, ist er verpflichtet, hiervon Anzeige zu machen und eine Zustimmung einzuholen. Dass ein solcher Fall gegeben war, behauptet der Beklagte nicht.

Auch ein Ansehensverlust des Beklagten ist nicht zu befürchten vor dem Hintergrund des Handelns des Klägers. Der Kläger hat keine unwahren Angaben gemacht. Dass möglicherweise sein Antrag auf Arbeitslosengeld nicht begründet ist, führt zu keinem Ansehensverlust des Beklagten. Er hat weder eine Straftat begangen noch ist in anderer Weise das Ansehen des MDR als öffentlich rechtliche Anstalt geschädigt worden. Die Anzeige der vollen Verfügbarkeit gegenüber der Bundesagentur für Arbeit widerspricht nicht dem Gesetz, da der Kläger tatsächlich in keinem Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 119 SGB III im Zeitpunkt der Antrag Stellung stand. Dass er vor Annahme eines entsprechenden Arbeitsangebotes des

Beklagten hätte fragen müssen, ändert nichts an seiner Verfügbarkeit im Sinne des § 119 SGB III. Sofern hier möglicherweise nicht die Voraussetzungen des § 119 Abs. 5 SGB III gegeben sein sollten, weil der Kläger zwar eine mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Versicherungspflichtige Beschäftigung ausüben kann, jedoch noch nicht weiß, ob er dies darf, berührt dies den Prüfungsmaßstab der Bundesagentur für Arbeit gegenüber dem Kläger und nicht die Pflichtenlage gegenüber dem Arbeitgeber des Klägers. Dieser kommt seiner Treuepflicht bzw. Anzeige- und Zustimmungspflicht nach, wenn er ein entsprechendes Arbeitsangebot erhält und die Zustimmung danach einholt. Da ein solches Angebot noch nicht abgegeben war, konnte der Kläger keine Pflichten verletzen.

■ **Arbeitsgericht Dresden**

vom 16.04.2008, 11 Ca 3324/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

213. AGB, Abrufarbeit

1. Treffen die Parteien im Arbeitsvertrag keine Regelung zur Dauer der Arbeitszeit richtet sich diese nach der betriebs- bzw. branchenüblichen Regelarbeitszeit und der gelebten Vertragspraxis.

2. Vereinbaren die Parteien in einem Formularvertrag Arbeit auf Abruf ohne Mindestarbeitszeit, so verstößt dies gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB.

3. Zu den gesetzlichen Vorschriften i.S.d. § 306 Abs. 2 BGB gehören auch tarifvertragliche Normen.

■ **Landesarbeitsgericht Niedersachsen**

vom 23.05.2007, 17 Sa 746/06 II

214. AGB, Versetzungsklausel

Eine Versetzungsklausel, die erheblich von dem Grundgedanken des arbeitsrechtlichen Inhaltsschutzes nach Maßgabe des § 2 KSchG abweicht (hier: Zuweisungsmöglichkeit einer anderen als der vertraglich vereinbarten Tätigkeit), benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist daher nach § 307 BGB unwirksam.

■ **Landesarbeitsgericht Köln**

vom 24.01.2008, 6 Sa 1281/07

215. AGB, Klauselkontrolle, Widerrufsvorbehalt, Verwirkung

Entscheidungsgründe:

I. Die Klage ist sowohl zulässig als auch begründet.

A. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO an der begehrten Feststellung. Streitig ist vorliegend zwar nicht der Bestand oder der Inhalt des gesamten (Arbeits-)Rechtsverhältnisses, sondern nur die Frage der Fortgeltung des Nachtrages vom 06.08.1996. Die Feststel-

lungsklage kann jedoch auf einzelne Beziehungen oder auf Folgen aus einem Rechtsverhältnis beschränkt werden. Streiten die Parteien darüber, ob der Arbeitgeber aufgrund eines vorbehaltenen Widerrufsrechts eine Änderung der Arbeitsbedingungen herbeiführen konnte, kann der Arbeitnehmer dies im Wege der Feststellungsklage klären lassen. Eine Leistungsklage würde demgegenüber nur für einen bestimmten Zeitabschnitt zu einer rechtskräftigen Klärung führen (vgl. BAG, Urteil v. 12.01.2005 – 5 AZR 364/04 – NZA 2005, 465, 466, m.w.N.).

B. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin über den 31.12.2005 hinaus eine außertarifliche Intensivzulage in Höhe von 51,13 EUR brutto pro Monat gemäß dem Nachtrag zum Anstellungsvertrag vom 06.08.1996 zu zahlen. Der Widerruf der Beklagten vom 22.12.2005 ist unwirksam, denn der Widerrufsvorbehalt im Nachtrag zum Anstellungsvertrag vom 06.08.1996 verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB.

1. Bei dem Widerrufsvorbehalt im Nachtrag zum Anstellungsvertrag vom 06.08.1996 handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wie sich bereits aus dem Wortlaut des Schreibens vom 06.08.1996 ergibt, hat die Beklagte diesen Nachtrag allen Krankenschwestern und -pflegern der Intensiv- und Intermediate Gare-Stationen ab Vergütung nach Vergütungsgruppe Kr. VI angeboten.

2. Der Widerrufsvorbehalt im Nachtrag vom 06.08.1996 wird den formellen Anforderungen der §§ 308 Nr. 4, 307 BGB nicht gerecht und ist daher unwirksam.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. Urteil vom 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87, 89) muss die Bestimmung betreffend ein Widerrufsrecht des Arbeitgebers die Angemessenheit und Zumutbarkeit des Widerrufs erkennen lassen. Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf. Voraussetzungen und Umfang der vorbehaltenen Änderungen müssen möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein, damit der Arbeitnehmer erkennen kann, was gegebenenfalls „auf ihn zukommt“. Bei den Voraussetzungen der Änderung, also den Widerrufsgründen, ist zumindest die Richtung anzugeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Welches die Gründe sind, ist keineswegs selbstverständlich und für den Arbeitnehmer durchaus von Bedeutung. Der Grad der Störung (wirtschaftliche Notlage des Unternehmens, negatives wirtschaftliches Ergebnis der Betriebsabteilung, nicht ausreichender Gewinn, Rückgang bzw. Nichterreichen der erwarteten wirtschaftlichen Entwicklung, unterdurchschnittliche Leistungen des Arbeitnehmers, schwerwiegende Pflichtverletzungen) muss konkretisiert werden, wenn der Verwender hierauf abstellen will und nicht schon allgemein auf die wirtschaftliche Entwicklung, die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers gestützte Gründe nach dem Umfang des Änderungs-

Allgemeines Vertragsrecht

vorbehalts ausreichen und nach der Vertragsregelung auch ausreichen sollen.

b) Den vorgenannten Anforderungen wird der Widerrufsvorbehalt im Nachtrag vom 06.08.1996 nicht gerecht. In ihm sind keine Widerrufsgründe genannt. Die Beklagte soll vielmehr zu einem jederzeitigen Widerruf berechtigt sein.

3. Die unwirksame Vertragsklausel fällt jedoch nicht ersatzlos weg, da die vertragliche Regelung der Parteien bereits vor dem In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und damit der Regelungen der §§ 305 ff. BGB am 01.01.2002 vereinbart worden ist. Da das Gesetz auch für Altverträge gilt und dies hinsichtlich der Anforderungen an die Vertragsformulierung auf eine echte Rückwirkung hinausläuft, bedarf es der verfassungskonformen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren Auslegung und Anwendung. Das führt dazu, dass die unwirksame Klausel nicht gemäß § 306 Abs. 2 BGB ersatzlos wegfällt. Eine Bindung des Arbeitgebers an die vereinbarte Leistung ohne Widerrufsmöglichkeit würde unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen. Mit einer solchen Rechtsfolge konnte, musste und durfte niemand rechnen. Sie würde keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten. Da der Verwender bei Abschluss des Arbeitsvertrages die §§ 307 ff. BGB nicht berücksichtigen konnte und die Klausel nur deswegen unwirksam ist, weil sie in formeller Hinsicht den neuen Anforderungen nicht genügt, bedarf es zur Schließung der entstandenen Lücke der ergänzenden Vertragsauslegung. Es ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit der Widerrufsklausel bekannt gewesen wäre (BAG, Urteil v. 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – NZA 2007, 87, 90, m.w.N.).

Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass die Parteien bei Kenntnis der neuen gesetzlichen Anforderungen die Widerrufsmöglichkeit für den Fall vereinbart hätten, dass der von der Beklagten mit dem Nachtrag verfolgte Zweck in der Folgezeit durch eine neue tarifliche Regelung erfasst wird. Diese Bedingung ist jedoch entgegen der Ansicht der Beklagten nicht durch das In-Kraft-Treten des Tarifvertrages vom 01.06.2005 eingetreten.

Nach dem Inhalt des Schreibens vom 06.08.1996 wollte die Beklagte die außertarifliche Intensivzulage „in Anerkennung der anspruchsvollen Tätigkeiten“ Krankenschwestern und -pflegern der Intensiv- und Intermediate Gare-Stationen ab Vergütung nach Vergütungsgruppe Kr. VI gewähren. Damit gewährte die Beklagte eine Zahlung, die über die zum damaligen Zeitpunkt höchste Vergütungsgruppe für Intensivkrankenschwestern hinausging. Ein Widerruf wäre entsprechend dann gerechtfertigt, wenn die Tarifvertragsparteien den besonderen Anforderungen an Krankenschwestern auf Intensivstationen dadurch Rechnung getragen hätten, dass sie deren Vergütung im Vergleich zu „normalen“ Krankenschwestern überdurchschnittlich, jedenfalls im Umfang von

51,13 EUR brutto pro Monat, angehoben hätten. Dies ist nach dem Vorbringen der Beklagten nicht erkennbar.

Nach dem Inhalt der alten Vergütungsordnung der Tarifverträge vom 24.07.1992 und 24.03.1997 waren die Krankenschwestern, die in Einheiten der Intensivmedizin tätig waren, regelmäßig eine Vergütungsgruppe höher eingruppiert als „normale“ Krankenschwestern. Hieran hat sich durch den Tarifvertrag vom 01.06.2005 nichts geändert. Der Unterschied in der Vergütungsordnung besteht allein darin, dass nunmehr ein Zeitaufstieg in drei Stufen erfolgt, während es vormals nur zwei Stufen waren. Der Abstand beträgt aber in jeder Phase des Aufstiegs immer eine Vergütungsgruppe. Auch die Vergütungshöhe der Klägerin ist nicht überdurchschnittlich, jedenfalls nicht im Umfang von 51,13 EUR brutto pro Monat gestiegen. Bezog die Klägerin bis zum 30.11.2005 eine Grundvergütung zuzüglich einer tariflichen Zulage in Gesamthöhe von 2.098,00 EUR brutto, waren es nach dem 01.12.2005 2.100,00 EUR brutto Grundvergütung bei gleichzeitigem Entfall der tariflichen Zulage. Dass sich gleichzeitig der Familienzuschlag/die Kinderzulage von 57,00 EUR auf 75,00 EUR pro Monat erhöht hat, ist ohne Belang. Die Zahlung des Familienzuschlages/der Kinderzulage dient(e) ersichtlich nicht dem Zweck, Erschwernisse der Arbeitsleistung auszugleichen.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, Grund für den Widerruf sei die erstmalige Differenzierung im Tarifvertrag vom 01.06.2005 zwischen Krankenschwestern auf Intensivstationen und Krankenschwestern auf Intermediate Gare-Stationen, kann dem nicht gefolgt werden. Richtig ist zwar, dass die Tarifverträge vom 24.07.1992 und 24.03.1997 nur die Krankenschwestern in Einheiten der Intensivmedizin und nicht die Krankenschwestern in Einheiten der Intermediate Gare-Stationen kannten. Letztere werden erstmals im Tarifvertrag vom 01.06.2005 genannt. Auch differenziert der Tarifvertrag vom 01.06.2005 in der Höchststufe zwischen Krankenschwestern auf Intermediate Gare-Stationen (Vergütungsgruppe 10a) und solchen auf Intensivstationen (Vergütungsgruppe 11). Diese Differenzierung trägt aber nicht dem Zweck des Nachtrags vom 06.08.1996 Rechnung. Zweck des Nachtrags war ein größerer Vergütungsabstand zu „normalen“ Krankenschwestern. Diese Zielsetzung wird nicht dadurch gegenstandslos, dass nunmehr in der höchsten Vergütungsgruppe die Intensivkrankenschwestern besser als die Krankenschwestern auf Intermediate Gare-Stationen gestellt werden.

4. Schließlich steht dem Anspruch der Klägerin auch nicht entgegen, dass sie den Widerruf der Beklagten erst fast zwei Jahre nach dessen Erklärung durch die Beklagte angegriffen hat. Die Klägerin hat insbesondere ein etwaig im Schreiben der Beklagten vom 22.12.2005 liegendes Änderungsangebot nicht dadurch angenommen, dass sie hierauf geschwiegen und dem Widerruf der Intensivzulage nicht unverzüglich widersprochen hat.

Ein Vertrag kommt durch ein Angebot und dessen Annahme

zustande. Schweigen stellt, wie aus § 147 BGB hervorgeht, in der Regel keine Willenserklärung dar. Wer auf ein Angebot nicht reagiert, stimmt diesem nicht zu. Vor allem dann, wenn eine Partei eine bestehende Vertragssituation nachteilig verändern möchte, kann sie nicht ohne weiteres unterstellen, dass die andere Vertragspartei damit einverstanden ist. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch Ausnahmen. Nach § 151 Satz 1 BGB kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass diese Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Dies betrifft in erster Linie für den Annehmenden günstige Angebote. Einen Fall der nach der Verkehrssitte nicht zu erwartenden ausdrücklichen Erklärung hat das Bundesarbeitsgericht aber auch darin gesehen, dass ein Änderungsangebot des Arbeitgebers gemäß §§ 133, 157 BGB durch widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit angenommen werden kann, wenn die Vertragsänderung sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, so lange deren Folgen nicht hervortreten (vgl. BAG, Urteil v. 24.11.2004 – 10 AZR 202/04 – NZA 2005, 349, 351, m.w.N.).

Ausgehend hiervon stellt die widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch die Klägerin ab dem 01.01.2006 keine Annahme eines eventuell im Schreiben der Beklagten vom 22.12.2005 liegenden Änderungsangebotes dar. Die von der Beklagten angetragene Vertragsänderung hat sich nicht unmittelbar im Arbeitsverhältnis ausgewirkt. Dadurch, dass die Beklagte an die Stelle der widerrufenen Intensivzulage eine gleich hohe „Funktionszulage 2“ gesetzt hat, änderte sich die Vergütungshöhe für die Klägerin nicht.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 02.04.2008, 10 Ca 5258/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04105 Leipzig
leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

216. Altersteilzeit, intendiertes Ermessen

Entscheidungsgründe:

II. 1. Das Arbeitsgericht ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass beim Kläger zwar die tariflichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 W ATZ für einen Anspruch auf Altersteilzeit unbestritten vorliegen, für die Ablehnung des Antrages auf Abschluss eines Altersteilzeitverhältnisses in einem bestimmten Arbeitszeitmodell durch die Beklagte bedürfe es jedoch nicht dringender betrieblicher Gründe. Die Entscheidung habe der Arbeitgeber vielmehr nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB zu treffen.

Die Beklagte habe die Grenzen billigen Ermessens bei der Ablehnung des vom Kläger gewünschten Blockmodells gewahrt. Die tarifliche Regelung selbst enthalte keine Vorgaben für die Interessenabwägung. Ausreichend seien somit alle sachlichen

Gründe, die die Entscheidung nachvollziehbar und nicht offenbar unbillig erscheinen ließen.

Im vorliegenden Fall berufe sich die Beklagte auf den Erlass des BMI vom 21.02.2006. Der Erlass beziehe sich auf den Beschluss des Rechnungsprüfungsausschusses vom 17.02.2006, der auf die hohe Kostenbelastung der Inanspruchnahme des Blockmodells und die zunehmenden personalwirtschaftlichen Probleme im Hinblick auf den demografischen Wandel abstelle. Die höhere finanzielle Belastung angesichts der Kosteneinsparung im öffentlichen Dienst sei ein anzuerkennender sachlicher Grund.

Weiterhin sei die Ablehnung des Blockmodells aufgrund der Ungewissheit für die Beklagte gerechtfertigt, ob es zu einer künftigen Neubesetzung in der Freistellungsphase kommen werde. Nach § 15 Abs. 2 und 3 des Haushaltsgesetzes komme es bei Inanspruchnahme des Blockmodells zum Wegfall der Stelle des Klägers bis Eintritt in die Freistellungsphase. Selbst bei Vorliegen unabwiesbaren Bedarfs für die Nachbesetzung werde die Stelle als geringwertig eingestuft.

Die vom Kläger vorgetragene persönlichen Gründe vermögen die Entscheidung der Beklagten nicht als unbillig erscheinen lassen. Es sei nachvollziehbar, weshalb der Kläger das Teilzeitmodell ablehne, jedoch würden die sachlichen Gründe der Beklagten überwiegen. Der Kläger könne auch wegen der fehlenden Erörterung der Verteilung der Arbeitszeit eine ermessensfehlerhafte Entscheidung nicht begründen. Der Tarifvertrag selbst sehe keine Sanktion bei fehlender Erörterung vor. Hinzu komme, dass der Kläger bereits bei seinem Antrag vom 16.01.2006 das Teilzeitmodell abgelehnt habe.

2. Die Kammer folgt zunächst den zuvor kurz zusammengefassten Entscheidungsgründen des Arbeitsgerichts und macht sich die dortigen Ausführungen zu Eigen. Die Berufungsbegründung rechtfertigt keine für den Kläger günstigere Entscheidung.

a) Der Kläger erfüllt unstreitig sämtliche Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 TV ATZ. Er hat am 27.08.2006 das 60. Lebensjahr vollendet und seinen Anspruch mehr als 3 Monate vor dem geplanten Beginn des Altersteilzeitverhältnisses geltend gemacht (§ 2 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ). Damit hat der Kläger einen Anspruch auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung (BAG, v. 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – ZTR 2001, 441).

Inhaltlich richtet sich der Anspruch auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung. „Vereinbarung“ entspricht dem Begriff „Vertrag“. Der Vertragsschluss vollzieht sich nach den allgemein für das Zustandekommen von Verträgen geltenden Bestimmungen (§§ 145 ff. BGB). Der Arbeitnehmer unterbreitet den Vertragsantrag. Diesen hat der Arbeitgeber anzunehmen (BAG, v. 23.01.2007 – 9 AZR 624/06 – AP AVR Diakonisches Werk § 1 Nr. 14). Dessen Inhalt, das „Wie“, richtet sich nach den Tarifbestimmungen (BAG, v. 23.01.2007 – 9 AZR 393/06 – AP ATG § 2 Nr. 8). Die Beklagte weigert sich nicht grundsätzlich, mit dem Kläger einen Altersteilzeitvertrag abzuschließen. Tatsächlich hat die Beklagte dem Kläger im Gütertermin vom 18.07.2006 sowie im Wege eines Vergleichsvor-

Allgemeines Vertragsrecht

schlags mit Schriftsatz vom 16.01.2008 im Berufungsverfahren den Abschluss eines Altersteilzeitvertrages in Teilzeit angeboten. Dies wurde vom Kläger jedoch abgelehnt.

b) Der Kläger kann die Durchführung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses jedoch nicht im Blockmodell beanspruchen.

Der TV ATZ befasst sich in § 3 Abs. 2 und 3 mit der Verteilung der Arbeitszeit. Die möglichen Modelle – Blockmodell und Teilzeitmodell – stehen nach § 3 Abs. 2 TV ATZ gleichwertig nebeneinander. Einen Anspruch auf eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit lässt sich dem W ATZ dagegen nicht entnehmen. Das ergibt sich aus § 3 Abs. 3 W ATZ, nach der der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer die Arbeitszeitverteilung erörtern soll. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn der Arbeitnehmer die Lage der Arbeitszeit selbst bestimmen könnte (BAG, v. 23.01.2007 – 9 AZR 393/06 – AP ATG § 2 Nr. 8). Die Verteilung der Arbeitszeit obliegt deshalb nach § 106 Satz 1 GewO vorbehaltlich abweichender tariflicher Regelungen dem allgemeinen Weisungsrecht des Arbeitgebers. Bei der Ausübung seines Weisungsrechts ist er an den Maßstab billigen Ermessens gebunden (BAG a.a.O.).

Im vorliegenden Fall fehlen abweichende tarifliche Regelungen, die die Beklagte bei der Ausübung ihres Weisungsrechts beschränken. Die Entscheidung der Beklagten, eine Vereinbarung über die Altersteilzeit im Blockmodell abzulehnen, ist nicht ermessensfehlerhaft. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt.

aa) Der Arbeitgeber wahrt billiges Ermessen dann, wenn er die wesentlichen Umstände des Einzelfalles und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt. Ob die Grenzen des Bestimmungsrechts gewahrt sind, unterliegt der vollständigen gerichtlichen Kontrolle (BAG, v. 03.12.2002 – 9 AZR 457/01 – AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 2). Welche tatsächlichen Umstände in die Ermessensabwägung einzubeziehen sind, richtet sich nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand. Geht es wie hier, um die Verteilung von Arbeitszeit, sind alle sachlichen Gründe berücksichtigungsfähig, die sich auf die Lage der Arbeitszeit als solche beziehen (BAG, v. 23.01.2007 – 9 AZR 624/06 – AP AVR Diakonisches Werk § 1 Nr. 14). In Betracht kommen insbesondere auf den Betriebsablauf bezogene Gründe; die erhöhte finanzielle Belastung durch das jeweilige Modell ist dagegen für die Verteilung der Arbeitszeit ohne Bedeutung (BAG, v. 23.01.2007, a.a.O.).

bb) Von vorstehenden Voraussetzungen ausgehend, ist die Entscheidung der Beklagten nicht ermessensfehlerhaft.

Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich eine fehlerhafte Ermessensausübung nicht bereits aus dem Umstand, dass die Beklagte ihrer Erörterungspflicht nach § 3 Abs. 3 TV ATZ nicht nachgekommen wäre.

Danach kann der Arbeitnehmer verlangen, dass sein Wunsch nach einer bestimmten Verteilung der Arbeitszeit mit Ziel einer einvernehmlichen Regelung erörtert wird. Allerdings sieht die Regelung eine bestimmte Form der Erörterung nicht vor. Der Kläger hat mit seinem Schreiben vom 16.01.2006 Altersteilzeit im Blockmodell beantragt. Dies wurde von der Beklag-

ten mit Schreiben vom 13.03.2006 abgelehnt unter Hinweis auf den Erlass des Rechnungsprüfungsausschusses. Daraufhin hat der Kläger mit erneutem Schreiben vom 29.03.2006 seinen Antrag, insbesondere hinsichtlich des Blockmodells, ausführlich begründet. Darauf hat die Beklagte mit einem Schreiben vom 24.05.2006 erwidert. In dem vorgenannten Briefwechsel kann insoweit eine Erörterung der beiderseitigen Vorstellungen gesehen werden. Die Beklagte hat dann spätestens in der Güteverhandlung einen Vergleichsvorschlag gemacht. Eine einvernehmliche Regelung ist aber bisher an den gegensätzlichen Auffassungen beider Seiten gescheitert. Dabei kann allerdings nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte den Wunsch und die Begründung des Klägers bei ihrer Entscheidung nicht berücksichtigt hat.

Soweit der Kläger eine am Einzelfall orientierte Ermessensübung bestreitet, weil sich die Beklagte an den Erlass des BMI vom 08.03.2006 gebunden gefühlt hat, ist dies unbeachtlich. Es ist zwar richtig, dass die Ermessensentscheidung des Arbeitgebers regelmäßig eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles verlangt. Das schließt aber generelle Vorentscheidungen des Arbeitgebers, wie er eine Tarifnorm in die Praxis umsetzt, nicht aus. Derartige Regelungen dienen zum einen einer einheitlichen Anwendung der Tarifvorschriften. Sie tragen außerdem dem Bedürfnis nach Transparenz Rechnung; der Arbeitnehmer weiß, welche Kriterien für die Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich sind (BAG, v. 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – AP ATG § 3 Nr. 1).

Im Ausgangsfall hat das BMI mit dem genannten Erlass – eine Form des intendierten Ermessens, was in dem Wort „soll“ zum Ausdruck kommt, – Direktiven für den Ermessensgebrauch der untergeordneten Behörden aufgestellt (LAG Schleswig-Holstein, v. 31.10.2007 – 6 Sa 136/07 -). Der Erlass bezieht sich zudem auf den Beschluss des Rechnungsprüfungsausschusses vom 17.02.2006, der auf die hohe Kostenbelastung der Inanspruchnahme des Blockmodells und die zunehmenden personalwirtschaftlichen Probleme im Hinblick auf den demografischen Wandel abstellt. Zutreffend ist das Arbeitsgericht in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass die höhere finanzielle Belastung angesichts der Kosteneinsparung im öffentlichen Dienst (von 1,5 % im Bereich der Bundesverwaltung) einen anzuerkennenden sachlichen Grund darstellt.

Im Übrigen ist dadurch auch nicht der Anspruch des betroffenen Arbeitnehmers auf Altersteilzeit insgesamt beseitigt worden. Uneingeschränkt möglich bleibt Altersteilzeit weiterhin in Form des Teilzeitmodells, in bestimmten Bereichen auch in Form des Blockmodells.

Die Beklagte hat ihre Entscheidung auch nicht ausschließlich mit dem in dem Erlass angeordneten grundsätzlichen Ausschluss von Altersteilzeit im Blockmodell begründet. Sie hat dargelegt, dass für die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zu dessen Eintritt in das Rentenalter bei der Beklagten Bedarf besteht, der in der Freistellungsphase nicht ohne weiteres abgedeckt werden kann. Nicht nur, dass die Stelle des Klägers

nicht mehr besetzt werden kann, sondern die Stelle muss an das Ministerium zurückgegeben werden.

Soweit der Kläger insoweit auf seine Freistellung als Personalratsmitglied verweist, folgt die Kammer den Ausführungen des Arbeitsgerichts.

Der Kläger hat hinsichtlich des von ihm verlangten Blockmodells persönliche Gründe ausgeführt. Insoweit ist dem Kläger zuzugeben, dass für ihn ein Altersteilzeitvertrag in Form von Teilzeit – und sei es auch nur auf wenige Tage in der Woche verteilt –, sehr ungünstig ist. Seine Aufwendungen würden sich bei vermindertem Einkommen jedenfalls für die gesamte Dauer der Arbeitszeit nicht vermindern. Andererseits muss jedoch beachtet werden, was der Zweck des W ATZ ist. Insoweit wollten die Tarifvertragsparteien mit Hilfe des Tarifvertrages älteren Beschäftigten einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand ermöglichen und dadurch vorrangig Auszubildenden und Arbeitslosen Beschäftigungsmöglichkeiten eröffnen. Die Gewährung von Altersteilzeit dient somit nicht in erster Linie dazu, bei den betroffenen Arbeitnehmern Kosten einzusparen. Jedenfalls überwiegen die Interessen des Klägers nicht gegenüber denen der Beklagten.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 29.04.2008, 7 Sa 820/06

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltschhaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

217. Altersteilzeit, Regelarbeitsentgelt, Provisionen

Unabhängig von den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen steht dem Kläger eine erhöhte Altersteilzeitvergütung nicht entsprechend dem Altersteilzeitgesetz zu. Gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 1. a) Altersteilzeitgesetz setzt der Anspruch auf die Leistungen nach § 4 unter anderem voraus, dass der Arbeitgeber aufgrund eines Tarifvertrages, einer Betriebsvereinbarung oder einer Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer das Regelarbeitsentgelt für die Altersteilzeitarbeit um mindestens 20 von Hundert aufgestockt hat, wobei die Aufstockung auch weitere Entgeltbestandteile umfassen kann. Was unter dem Regelarbeitsentgelt zu verstehen ist, ist in § 6 Abs. 1 Altersteilzeitgesetz geregelt. Danach ist das Regelarbeitsentgelt für die Altersteilzeitarbeit im Sinne dieses Gesetzes das auf einen Monat entfallende vom Arbeitgeber regelmäßig zu zahlende sozialversicherungspflichtige Arbeitsentgelt, soweit es die Beitragsbemessungsgrenze des 3. Buches Sozialgesetzbuch nicht überschreitet. Entgeltbestandteile, die nicht laufend gezahlt werden, sind ausdrücklich nicht berücksichtigungsfähig. Mit dieser ab dem 01. Juli 2004 in Kraft getretenen Neuregelung hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die Ermittlung der Entgeltbestandteile die beim Altersteilzeitentgelt zu berücksichtigen sind, durch die Einführung des Regelarbeitsentgelts zu vereinfachen. Während bis zum 30. Juni 2004 die Entgeltbestandteile aufgrund einer konkre-

ten Betrachtungsweise ermittelt wurden, wobei auch unregelmäßig gezahlte Entgeltbestandteile Berücksichtigung fanden, bleiben bei der Ermittlung des Regelarbeitsentgelts ab dem 01. Juli 2004 nicht laufend und regelmäßig gezahlte Entgeltbestandteile außer Betracht. Von daher sind beim Beklagten die an diesen ausgezahlten Provisionen zu Recht außer Ansatz geblieben (vgl. zur Ermittlung des Regelarbeitsentgelts *Kallhoff*, Umbau des Altersteilzeitgesetzes im Rahmen von „Hartz III“, NZA 2004, 692; *Kittner/Zwanziger*, Arbeitsrecht Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 130 Rn 52a). Die weiteren in § 3 Abs. 1 Ziff. 1a Altersteilzeitgesetz genannten Voraussetzungen sind zwischen den Parteien nicht streitig.

Der Kläger hat die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nicht dargetan. Gemäß § 280 Abs. 1 BGB kann, wenn der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung zu vertreten hat. Es ist nicht ersichtlich, welche Pflicht die Beklagte verletzt haben könnte. Es ist der Beklagten unbenommen eine – ggf. auch unzutreffende – Rechtsansicht zu vertreten. Zwischen den Parteien war während der Verhandlungen über den Altersteilzeitvertrag streitig, ob Provisionen beim Regelarbeitsentgelt zu berücksichtigen sind. Die Beklagte war der Ansicht, dass das nicht der Fall sei, und hat eine erneute Überprüfung zugesagt. Selbst wenn diese Überprüfung ergeben hätte, dass die Provisionen beim Regelarbeitsentgelt zu berücksichtigen wären, würde sich ein Erhöhungsanspruch des Klägers nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, sondern nur dann ergeben, wenn die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen gemäß dem Altersteilzeitgesetz vorlägen. Die Altersteilzeitvergütung müsste sodann vom Schuldner, nämlich der früheren Beklagten zu 2), auf der Basis des entsprechend erhöhten Regelarbeitsentgelts neu berechnet und ausgezahlt werden.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 20.06.2008, 10 Sa 1717/07

eingereicht von Rechtsanwalt Martin Schaffhausen, Myliusstraße 15, 60323 Frankfurt, Tel.: 069/9712060, Fax: 069/725586
www.plagemann-rae.de

218. Ausbildungskosten, Rückzahlungsvereinbarung

Entscheidungsgründe:

1. ... b) Unabhängig davon ist der durch den Beklagten geltend gemachte Anspruch, auf Erstattung der Lehrgangskosten unbegründet. Die zwischen den Parteien vereinbarte Vertragsklausel/Rückzahlungsklausel ist wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

aa) Bei dieser Vertragsklausel handelt es sich auch um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Beklagte einen vorformulierten Text für eine Vielzahl von Verträgen zur Verwendung bringt. Wird ein Text in mindestens drei Fällen zur Grundlage

Allgemeines Vertragsrecht

von Vertragsbedingungen gemacht, ist das Merkmal „vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen“ i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt (BAG, Urteil vom 25.05.2005 - 5 AZR 572/04 – SAGE 115, 19, zu VII. der Gründe). Zunächst ist mit dem Beklagten davon auszugehen, dass die im Falle des Klägers und der Mitarbeiterin des Beklagten, Frau F., verwendeten Klauseln inhaltsgleich sind. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist jedoch auch die im Fortbildungsvertrag mit dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten verwandte Rückzahlungsklausel identisch. Dies ergibt sich nicht nur aus dem weitgehend gleichen Wortlaut der Regelungen, sondern auch daraus, dass der Beklagte auch in diesem Fall eine aus einem Handbuch stammende Vertragsklausel verwandt hat. Die Rückzahlungsmodalitäten sind im Kern identisch. In allen Fällen werden die Arbeitnehmer für die Dauer von drei Jahren an das Arbeitsverhältnis gebunden, wonach jeweils nach Ablauf eines Jahres 1/3 der Ausbildungskosten erlassen wird. Auch andere Umstände deuten auf Allgemeine Geschäftsbedingungen hin. Aus dem Inhalt und der äußeren Gestaltung der in einem Vertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein vom Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung formuliert worden sind (BAG, Urteil vom 01.03.2006 – 5 AZR 363/05 – Rn 20, BAGE 117, 155; BGH, v. 24.11.2005 – VII ZR 87/04 – WM 206, 247, zu II.2.a aa der Gründe). Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (BAG, Urteil vom 01.03.2006 – 5 AZR 363/05 – a.a.O.).

Bei Abgleich der vorgelegten Verträge des Klägers und des Prozessbevollmächtigten des Beklagten ergibt sich eine vollständige Identität der Regelung, soweit vereinbart wurde, dass die Teilnahme des Arbeitnehmers im Interesse seiner beruflichen Fort- und Weiterbildung liegt und ein Kostenerstattungsanspruch dann nicht besteht, soweit das Arbeitsamt oder ein sonstiger Sozialversicherungsträger die Kosten übernimmt. Gleiches gilt im Weiteren für die hier streitgegenständliche Rückzahlungsklausel. Unabhängig davon ergibt auch die über § 307 BGB i.V.m. § 310 Abs. 3 BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle die Unwirksamkeit der Vertragsklausel. Für Arbeitsverträge ist anerkannt, dass es sich bei zwischen Unternehmern (Arbeitgeber) und Verbrauchern (Arbeitnehmer) geschlossene Verträge um Verbraucherverträge i.S.v. § 310 Abs. 3 BGB handelt (BAG, Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 572/04 – BAGE 115, 19, zu V. 1. der Gründe). Es kommt deshalb letztlich nicht darauf an, ob der Beklagte die von ihm vorformulierte Vertragsklausel mehrmalig verwendete. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB findet § 307 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher (Arbeitnehmer) aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, sie nicht ausgehandelt wurden. Nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bedeutet aushandeln, ernsthaft zur Disposition

stellen. Davon kann selbst nach dem Vortrag des Beklagten nicht ausgegangen werden. Vielmehr spricht die Verwendung eines Formulars aus einem für Rechtsanwälte gefertigten Handbuches eindeutig dafür, dass sie vorformuliert und nicht ausgehandelt wurden. Zudem ergibt sich aus dem Vortrag der beklagten Partei nicht, was konkret „ausgehandelt“ wurde. Gerade das zur Disposition stellen einzelner Alternativen und vertraglicher Konditionen ist nicht vorgetragen.

bb) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine formularmäßige Vertragsbestimmung unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch nur dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ohne ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Das Bundesarbeitsgericht hat schon vor der Einbeziehung des Arbeitsrechts in die allgemeine Inhaltskontrolle so genannte Rückzahlungsklauseln, wie hier, einer Angemessenheitskontrolle unterzogen. Derartige Vereinbarungen, nach denen sich ein Arbeitnehmer an den Kosten der vom Arbeitgeber finanzierten Ausbildung zu beteiligen hat, wenn er vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, hat es als grundsätzlich zulässig beurteilt (BAG, Urteil vom 05.06.2007 m.w.N. = AP Nr. 40 zu § 611 Ausbildungsbeihilfe). Rückzahlungsabreden für Aus- und Fortbildungskosten benachteiligen den Arbeitnehmer nicht generell unangemessen. Eine Rückzahlungsklausel ist nicht zu beanstanden, wenn die Rückzahlungsverpflichtung bei verständiger Betrachtung einem billigenwertigen Interesse des Arbeitgebers entspricht und der Arbeitnehmer mit der Fortbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungsverpflichtung erhalten hat. Das Interesse des Arbeitgebers geht dahin, die vom Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig für seinen Betrieb nutzen zu können. Dieses grundsätzlich berechnete Interesse gestattet es ihm, als Ausgleich für seine finanziellen Aufwendungen von einem sich vorzeitig abkehrenden Arbeitnehmer die Kosten der Ausbildung ganz oder zeitanteilig zurückzuverlangen. Die berechtigten Belange des Arbeitgebers sind gegen das Interesse des Arbeitnehmers abzuwägen, seinen Arbeitsplatz ohne Belastung mit der Erstattungspflicht wählen zu können. Dabei sind nach der Rechtsprechung u. a. die Dauer der Ausbildung und die Wertigkeit der erlangten Befähigung zu vergleichen, ohne dass es hierbei auf starre Grenzen ankäme. Eine Bindungsdauer von drei Jahren bei einer Fortbildung von etwa 6 Monaten ist danach als unangemessen beurteilt worden. Auch bei kürzerer Fortbildung kann eine verhältnismäßig lange Bindung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet. Die Abwägung hat sich insbesondere daran zu orientieren, ob und inwieweit der Arbeitnehmer mit der Aus- oder Fortbildung einen geldwerten Fortteil erlangt (vgl. BAG, Urteil vom 11.04.2006 – 9 AZR 610/05 – Rn 25, AP BGB § 307 Nr. 16 = EzA BGB 2002, § 307 Nr. 14).

cc) Unter den hier vorliegenden Umständen war der Kläger an

lediglich 12 Arbeitstagen unter Fortzahlung der Bezüge von der Arbeitsleistung freigestellt. Die Lehrgangskosten haben sich insgesamt auf 2.445,50 € belaufen. Unter diesen Bedingungen und unter Abwägung der oben genannten Rechtsgrundsätze erweist sich die vereinbarte Bildungswirkung von drei Jahren als zu lang und damit als unwirksam.

Eine geltungserhaltende Reduktion der vertraglichen Bedingungen scheidet aus.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 24.09.2008, 2 Ca 4200/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

219. Arbeitszeitreduzierung, betriebliche Gründe

Das Vorbringen der Beklagten lässt keine der gewünschten Teilzeitbeschäftigung entgegenstehenden betrieblichen Gründe erkennen.

Nach § 8 Abs. 4 S. 1 u. 2 TzBfG hat der Arbeitgeber der Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit zuzustimmen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Umsetzung des Arbeitszeitverlangens die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Insoweit genügt es, wenn der Arbeitgeber rational nachvollziehbare Gründe hat. Dringende betriebliche Gründe sind nicht erforderlich. Die Gründe müssen jedoch hinreichend gewichtig sein. Der Arbeitgeber kann die Ablehnung daher nicht allein mit seiner abweichenden unternehmerischen Vorstellung von der „richtigen“ Arbeitszeitverteilung begründen (BAG, v. 16.10.2007, NZA 2008, S. 289 ff. unter Hinweis auf die st. Rspr. des erkennenden Senates).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erfolgt die Prüfung der Gründe des Arbeitgebers regelmäßig in drei Stufen. Zunächst ist festzustellen, ob der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung überhaupt ein betriebliches Organisationskonzept zugrunde liegt und – wenn das zutrifft – um welches Konzept es sich handelt (1. Stufe). In der Folge ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen tatsächlich entgegensteht (2. Stufe). Schließlich ist in einer 3. Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen. Dabei ist die Frage zu klären, ob das betriebliche Organisationskonzept oder die zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung durch die vom Arbeitnehmer gewünschte Abweichung wesentlich beeinträchtigt werden.

Maßgeblich für das Vorliegen der betrieblichen Gründe ist der Zeitpunkt der Ablehnung des Arbeitszeitwunsches durch den Arbeitgeber (BAG, v. 23.10.2004 – 9 AZR 644/03 –; BAG, v. 21.10.2006 – 9 AZR 138/06).

Eine Interessenabwägung findet nach dem Gesetz nicht statt.

Für die Beurteilung des Anspruchs nach § 8 TzBfG ist es unerheblich, aus welchen Gründen ein Arbeitnehmer die Reduzierung der Arbeitszeit begehrt. Aus dem Teilzeit- und Befristungsgesetz lässt sich nicht entnehmen, dass für die Beurteilung eines Teilzeitanspruchs die Interessen des Arbeitnehmers an der Inanspruchnahme von Teilzeit mit den gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers abzuwägen sind. Nach der Gesetzessystematik hat vielmehr jeder Arbeitnehmer, soweit die allgemeinen Voraussetzungen nach § 8 TzBfG vorliegen, einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit. Persönliche Belange des Arbeitnehmers sind im Gesetz nicht erwähnt. Eine Interessenabwägung, bei der die Gründe des Arbeitnehmers für die Inanspruchnahme der Teilzeitarbeit zu berücksichtigen sind, findet lediglich dann statt, wenn der Arbeitgeber unter mehreren Teilzeitwilligen eine Auswahl treffen muss oder in dem Fall, wenn der Arbeitnehmer seinen Teilzeitwunsch im Eilverfahren durchsetzen will.

Die in § 8 Abs. 4 TzBfG enthaltenen Beispiele beziehen sich zwar nach dem Wortlaut nur auf die Verringerung der Arbeitszeit, nicht aber auf ihre Neuverteilung. Trotzdem ist wegen des abstrakt gleichen Maßstabes „betriebliche Gründe“ davon auszugehen, dass die Regelbeispiele auch herangezogen werden können, wenn betriebliche Gründe gegen die Neuverteilung der Arbeitszeit zu prüfen sind (BAG, v. 18.02.2003, AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG; BAG, v. 19.08.2008 AP Nr. 4 zu § 8 TzBfG; BAG, v. 16.03.2004, AP Nr. 10 zu § 8 TzBfG). Die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit in § 8 Abs. 4 TzBfG sind daher einheitlich zu behandeln. Jede Arbeitszeitverringerung führt zwangsläufig zu einer neuen Arbeitszeitverteilung.

Im Streitfall macht die Beklagte geltend, der Teilzeitwunsch der Klägerin beeinträchtigt die betriebliche Organisation.

Im Streitfall hat die Beklagte kein dem Teilzeitwunsch der Klägerin tatsächlich entgegenstehendes Organisationskonzept dargelegt.

Unter Organisation im Sinne des § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG ist das Ergebnis einer Planung, die den betrieblichen Ablauf in allen seinen Teilen als ganzes festlegt, zu verstehen. Planung beruht auf einer systematischen gedanklichen Vorbereitung. Die in § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG angesprochene Organisation bezieht sich auf die Personalorganisation und die Festlegung des Arbeitszeitkonzeptes.

Auf der Grundlage dieser Überlegungen besteht das Organisationskonzept der Beklagten in der Abteilung Export darin, verschiedene Ländergruppen zu bilden und diese Ländergruppen verschiedenen Mitarbeitern zuzuordnen.

Gründe für eine Organisation der Sachbearbeitung im Export ausschließlich auf Vollzeitbasis lassen sich nicht erkennen und sind auch von der Beklagten nicht angeführt worden.

Der Teilzeitwunsch der Klägerin widerspricht nicht dem Organisationskonzept der Beklagten, in dem er sich der Aufgliederung in Ländergruppen nicht entgegenstellt. Er lässt sich vielmehr in dieses Konzept einfügen, da ohne weiteres Ländergruppen zu bilden sind, mit denen ausschließlich oder überwiegend an Vormittagen kommuniziert werden kann.

Allgemeines Vertragsrecht

Dem Teilzeitwunsch der Klägerin steht daher letztlich nicht ein Organisationskonzept der Beklagten entgegen, sondern lediglich die Zuweisung eines neu geschaffenen Teilzeitarbeitsplatzes ausschließlich im USA-Geschäft. Die Einbindung dieser Arbeitsplatzzuweisung in ein Organisationskonzept hat die Beklagte indessen nicht nachvollziehbar dargelegt.

Es ist nicht erkennbar, dass sie alles zumutbare unternommen hat, um den Teilzeitwunsch der Klägerin zu realisieren. Der Arbeitgeber ist nämlich verpflichtet, zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um den Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers in das betriebliche Organisationskonzept einzupassen (ArbG Dortmund, v. 11.12.2007 – 7 Ca 5586/01). Soweit Umsetzungen oder die Verschiebung der Arbeitszeit anderer Arbeitnehmer im Wege des Direktionsrechtes möglich sind, muss der Arbeitgeber diesen Weg einschlagen. Dass und inwieweit die Beklagte im Streitfall solche Überlegungen angestellt hat, hat sie nicht hinreichend verdeutlicht.

Dem Klageantrag auf Verringerung der Arbeitszeit und Festlegung der Lage der Arbeitszeit war daher stattzugeben.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 16.07.2008, 1 Ca 398/08

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,

Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

220. Arbeitszeitreduzierung, betriebliche Gründe

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt im Sinne des § 253, Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin erstrebt auf der Grundlage von § 8 Abs. 1, 2 TzBfG die Zustimmung zur Verringerung und Neuverteilung ihrer regelmäßigen Arbeitszeit auf 25 Wochenarbeitsstunden an 5 Tagen in der Woche unter Beibehaltung der bestehenden Gleitzeitregelung. Damit verlangt die Klägerin die Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 894 Abs. 1 ZPO. Durch die Bezugnahme auf die bestehende Gleitzeitregelung wird der Gegenstand der der Zustimmung der Beklagten bedürftigen Willenserklärung dahingehend bestimmt, dass Abweichungen von der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit nach Maßgabe der bestehenden Gleitzeitregelung möglich sind. Der Gegenstand der Regelung im Falle einer Zustimmungsfiktion nach § 894 Abs. 1 ZPO ist hinreichend bestimmt.

Die Klage ist auch begründet.

Dem Antrag der Klägerin steht nicht bereits entgegen, dass eine rückwirkende Vertragsänderung seit dem 1. Juli 2007 begehrt wird. Nach § 306 BGB a.F. war die Verurteilung zur Eingehung eines rückwirkenden Vertragsverhältnisses ausgeschlossen. Die Rechtslage hat sich seit dem Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB in der ab dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung des BGB geändert. Der Wirksamkeit eines Vertrages steht nicht mehr entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB n. F. nicht zu leisten braucht, auch wenn das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. Nach

§ 275 Abs. 1 BGB n. F. ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Der rückwirkende Abschluss eines Vertrages ist nicht mehr nichtig. Damit ist eine dahingehende Verurteilung möglich (vgl. BAG, Urt. v. 27.04.2004 – 9AZR 522/03 –; Urteil v. 08.05.2007 – 9 AZR 1112/06 –; jeweils in juris).

Die allgemeinen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Zustimmung nach § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG waren im Zeitpunkt des Änderungsverlangens der Klägerin am 20. Februar 2007 erfüllt. Das Arbeitsverhältnis bei der Beklagten bestand seit 1988, also länger als 6 Monate (§ 8 Abs. 1 TzBfG). Die Beklagte beschäftigt in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer (§ 8 Abs. 7 TzBfG). Die Klägerin hat mit ihrem Schreiben vom 20. Februar 2007 die 3-monatige Mindestankündigungsfrist des § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eingehalten. Die von ihr gewünschte Verringerung der vertraglich vereinbarten Vollzeitbeschäftigung und Neuverteilung der Arbeitszeit sollten zum 1. Juli 2007 wirksam werden.

Die Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin form- und fristgerecht mit Schreiben vom 9. Mai 2007 und damit länger als einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung ab. Die Arbeitszeit der Klägerin reduziert sich deshalb nicht bereits kraft Gesetzes nach § 8 Abs. 5 S. 2 TzBfG.

Dem von der Klägerin verfolgten Verringerungs- und Neuverteilungsverlangen stehen keine betrieblichen Gründe im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 TzBfG entgegen.

Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 TzBfG hat der Arbeitgeber der Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit zuzustimmen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Umsetzung des Arbeitszeitverlangens die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Insoweit genügt es, wenn der Arbeitgeber rational nachvollziehbare Gründe hat. Dringende betriebliche Gründe sind nicht erforderlich. Die Gründe müssen jedoch hinreichend gewichtig sein. Der Arbeitgeber kann die Ablehnung daher nicht allein mit einer abweichenden unternehmerischen Vorstellung von der „richtigen Arbeitszeitverteilung“ begründen (vgl. BAG, Urt. v. 08.05.2007 – 9 AZR 1112/06 –; Urt. v. 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 –; jeweils in juris).

Nach der Rechtsprechung des BAG erfolgt die Prüfung der Gründe des Arbeitgebers regelmäßig in drei Stufen. Dabei ist zunächst festzustellen, ob der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung überhaupt ein betriebliches Organisationskonzept zugrunde liegt und – wenn das zutrifft – um welches Konzept es sich handelt (1. Stufe). In der Folge ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen tatsächlich entgegensteht (2. Stufe). Schließlich ist in einer 3. Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen. Dabei ist die Frage zu klären, ob das betriebliche Organisationskonzept oder die zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung durch die vom Arbeitnehmer gewünschte

Abweichung wesentlich beeinträchtigt werden (vgl. BAG, Urt. vom 08.05.2007 – 9 AZR 1112/06 –; Urteil v. 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 –; jeweils in juris). Dieser Prüfungsmaßstab gilt nicht nur für die Verringerung der Arbeitszeit, sondern auch für ihre Neuverteilung. Maßgeblich für das Vorliegen des betrieblichen Grundes ist der Zeitpunkt der Ablehnung des Arbeitszeitwunsches durch den Arbeitgeber, die hier mit Schreiben vom 9. Mai 2007 erfolgte (vgl. BAG, Urt. v. 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 – m.w.N. in juris).

Die Beklagte hat das Vorliegen entgegenstehender betrieblicher Gründe im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 TzBfG nicht hinreichend dargelegt, so dass dahinstehen kann, ob und inwieweit die Beklagte hinsichtlich der vorgetragenen betrieblichen Umstände, die einer Teilzeitbeschäftigung der Klägerin entgegenstehen könnten, wegen einer Verletzung der Erörterungspflicht gem. § 8 Abs. 3 S. 1 TzBfG präkludiert ist.

Zu Gunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass es ein Organisationskonzept der Beklagten dahingehend gibt, dass ein BT-EMR-Ingenieur innerhalb eines übertragenen Bereiches eigenständig tätig wird; eine Arbeitsteilung mit anderen BT-EMR-Ingenieuren, abgesehen von Krankheits- oder Urlaubsvertretung, grundsätzlich nicht stattfindet. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass das angenommene Organisationskonzept dem Arbeitszeitverlangen der Klägerin tatsächlich entgegensteht. Unstreitig betreut die Klägerin mit dem überwiegenden Anteil ihrer Arbeitszeit den vorgegebenen operativen Bereich Betrieb 417 sowie damit in Zusammenhang stehende Projekte in allen Belangen der Automatisierungs-, Prozess- und Steuerungstechnik. Nach dem Vortrag der Klägerin, welchen die Beklagte nicht substantiiert bestritten hat, und welcher durch entsprechende Stundennachweise für das Jahr 2007 belegt ist, war die Klägerin mit 40,2 % ihrer Arbeitszeit mit der Betreuung des Betriebes 417 und mit 12,6 % mit der Betreuung der damit in Zusammenhang stehenden Projekte befasst. Hieraus ergibt sich, dass die Klägerin diese Tätigkeiten vom zeitlichen Umfange her bei der Reduzierung der Arbeitszeit auf 66 % ihrer bisherigen Arbeitszeit ohne Weiteres eigenständig wahrnehmen kann. Die verbleibenden Aufgaben wie Betriebsbetreuung anderer Betriebe, Projekte anderer Betriebe, interne Aufgaben und Schulungen könnten unter Beachtung des Organisationskonzeptes der Beklagten zwischen der Klägerin und einer Ersatzkraft aufgeteilt und jeweils zur eigenständigen Wahrnehmung übertragen werden. Da die Klägerin auch bei einer Arbeitszeit von 66 % eines Vollzeitbeschäftigten mit der Betriebsbetreuung für den Betrieb B 417 und damit in Zusammenhang stehender Projekte nicht voll ausgelastet ist, könnte die Klägerin weiterhin ihre Kollegen bei bestimmten Aufgaben, wie z. B. der Automatisierung der Anlagen auf PLT und EMS unterstützen. Dass die Tätigkeit eines BT-EMR-Ingenieurs aufgrund der hiermit verbundenen Arbeitsinhalte schlechterdings nicht in Teilzeit ausgeübt werden kann, hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Hiergegen spricht auch die von der Beklagten vorgelegte

Stellenbeschreibung für die der Klägerin angebotene Stelle in Worms, welche als Teilzeitstelle im Umfang von 18,75 Stunden pro Woche ausgeschrieben ist. Die Beklagte hat insoweit nicht vorgetragen, dass gravierende Unterschiede zwischen dem in Worms zu betreuenden Betriebsbereich einerseits und dem in Darmstadt zu betreuenden Betrieb 417 andererseits bestehen. Dass die Aufgaben eines BT-EMR-Ingenieurs, soweit es nicht um aktuelle Betriebsstörungen geht, planbar und (teilweise) aufschiebbar sind, ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten zur Gestaltung der Krankheits- und Urlaubsvertretung im Aufgabenbereich der BT-EMR-Ingenieure. Die Beklagte hat insoweit vorgetragen, dass Aufträge und Projekte vertretungsweise auf Aktionen und Maßnahmen beschränkt werden, die nach Absprache mit dem erkrankten bzw. urlaubsbedingt abwesenden Ingenieur unbedingt notwendig sind. Mithin dürfte es im Regelfall möglich sein, dass die Klägerin Aufgaben, die sie während eines regelhaften 5-stündigen Arbeitstages nicht fertig stellen kann, am darauffolgenden Arbeitstag weiterführt.

Dass eine regelmäßige tägliche Arbeitszeit von 5 Stunden die zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung erforderliche Kommunikation nicht ermöglicht, hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Gerade unter Nutzung der heute üblichen Kommunikationsmittel wie E-Mail und Telefax und Nutzung von Mailboxen etc. ist es ohne besonderen Aufwand möglich, Informationen auch an abwesende Mitarbeiter weiterzugeben. Notwendige persönliche Besprechungen könnten während der regelmäßigen 5-stündigen Anwesenheit der Klägerin stattfinden. Dass eine ständige Kommunikation zwischen dem BT-EMR-Ingenieur einerseits, dem Betriebsingenieur, anderen BT-EMR-Ingenieuren oder aber Kunden andererseits im Sinne einer dauernden persönlichen Erreichbarkeit tatsächlich nicht stattfindet und erforderlich ist, ergibt sich daraus, dass auch Vollzeitbeschäftigte nur zu einem geringen Anteil der Maschinenlaufzeiten anwesend sind und in dem Bereich, in dem die Klägerin tätig wird, bislang eine Rufbereitschaft nicht besteht. Aufgrund der in der Abteilung der Klägerin praktizierten Gleitzeitregelung sind die vollzeitbeschäftigten BT-EMR-Ingenieure auch während ihrer wöchentlichen Arbeitszeit nicht notwendig täglich anwesend. Auch bei vollzeitbeschäftigten BT-EMR-Ingenieuren kann nach dem Organisationskonzept der Beklagten die Situation eintreten, dass der vollzeitbeschäftigte BT-EMR-Ingenieur nicht anwesend bzw. erreichbar ist, so dass eine Notvertretung durch andere Ingenieure stattfinden muss. Die Klägerin hat auch ihre Bereitschaft bekundet und im Rahmen der von ihr gewünschten Arbeitszeitregelung berücksichtigt, bei entsprechendem Bedarf auch über ihre regelmäßige Arbeitszeit hinaus tätig zu werden. Hierdurch kann bei unaufschiebbaren Maßnahmen, insbesondere Störfällen, eine zusätzliche Belastung der Kollegen vermieden werden.

Da die von der Klägerin gewünschte Arbeitszeitregelung unter Beibehaltung des angenommenen arbeitgeberseitigen Organisationskonzeptes erfolgen kann, ist nicht ersichtlich, dass

Allgemeines Vertragsrecht

bei der dargestellten Aufgabenverteilung die Notwendigkeit zur dauernder Querinformation besteht, und hierdurch der Arbeitsablauf bzw. Arbeitsfortschritt behindert würde oder gar in besonderen Situationen die Sicherheit von Personen oder Anlagen gefährdet wäre. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass im Produktionsbereich, insbesondere soweit dieser mit erhöhten Gefährdungen verbunden ist, bereits aufgrund gesetzlicher Vorgaben sowie entsprechender Vorgaben aufgrund einer Zertifizierung ohnedies eine umfassende Dokumentation der maßgeblichen Informationen erfolgen muss.

Die Beklagte hat auch nicht ausreichend dargelegt, dass ein BT-EMR-Ingenieur bzw. eine BT-EMR-Ingenieurin im Umfang von 12,5 Wochenstunden auf dem Arbeitsmarkt nicht zu bekommen sei. Nach Überzeugung des erkennenden Gerichts ist der entsprechende Nachweis, dass eine Ersatzkraft nicht gefunden werden kann, erst dann geführt, wenn der Arbeitgeber tatsächlich zumutbare Bemühungen entfaltet hat, eine entsprechende Ersatzkraft zu finden, indem er innerhalb und außerhalb des Betriebes in geeigneter Weise entsprechende Stellenangebote veröffentlicht hat. Selbst wenn man einen entsprechenden Fachkräftemangel unterstellt, ist es keineswegs ausgeschlossen, dass im Einzugsbereich Darmstadt eine Fachkraft zur Verfügung steht, die gerade an einer derartigen Stelle interessiert ist, beispielsweise eine entsprechende Fachkraft, die aufgrund eigener familiärer Verpflichtungen nicht Vollzeit arbeiten kann. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ergibt sich auch nicht zwangsläufig, dass der Arbeitsumfang von 12,5 Stunden notwendig auf 5 Arbeitstage verteilt werden muss. Es ist nicht ersichtlich, dass die Aufgaben, welche auf eine Ersatzkraft übertragen werden müssten, zwingend eine tägliche Anwesenheit der Ersatzkraft erforderten. Dies gilt auch insbesondere für Aufgaben wie die Unterstützung der Kollegen der Klägerin in der Dokumentation, Dokumentationsverwaltung, Betreuung der internen BA-Studenten, Einführung in Eplan. Mithin steht keineswegs fest, dass die für die Ersatzkraft verbleibende Arbeitszeit von dieser nicht sinnvoll genutzt werden könnte.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, da sie unterlegen ist.

Den Streitwert hat die Kammer in Höhe von 3 Bruttomonatsentgelten der Klägerin festgesetzt.

■ Arbeitsgericht Darmstadt
vom 28.02.2008, 11 Ca 213/07

eingereicht von Rechtsanwältin Silke Vrana-Zentgraf, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461
kanzlei@mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

221. Arbeitszeitreduzierung, Kinderbetreuung, Anspruch auf Unterlassung hindernder Arbeitszeitzuweisung

Stellt eine Arbeitnehmerin nach Rückkehr aus der Elternzeit einen Antrag auf Teilzeitbeschäftigung, um sich weiter der

Betreuung ihres Kindes widmen zu können, kann mit der Klage auf Erteilung der Zustimmung zu einer bestimmten Arbeitszeitverteilung ein Antrag auf Unterlassung einer Beschäftigung zu anderen Zeiten verbunden werden. Unter Berücksichtigung der Wertungen des Art. 6 Abs. 1 GG ist auch unterhalb der Schwelle des einstweiligen Rechtsschutzes das verfassungsrechtlich geschützte Interesse eines Elternteils an der Betreuung des Kindes wirksam zu gewährleisten. Ein derartiger Unterlassungstitel ist nach § 62 Abs. 1 S. 1 ArbGG vorläufig vollstreckbar.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 15.04.2008, 11 Sa 1374/07

222. Betriebsübergang, Rechtsmissbrauch, Anfechtung

Die Klage ist im Wesentlichen begründet.

Der vom Kläger im Wege der Leistungsklage und für die Zukunft im Wege eines Feststellungsantrages geltend gemachte Anspruch auf Gehaltserhöhung besteht dem Grunde nach.

Anspruchsgrundlage hierfür ist der Arbeitsvertrag, der noch mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten abgeschlossen worden ist, aus dem sich ein vereinbartes Grundgehalt von 3.923,- € brutto sowie die Anwendbarkeit der Tarifverträge für die private Versicherungswirtschaft ergibt.

Dieser ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht wirksam abgelöst worden durch die Vereinbarung vom 08.08.07, der in § 3 die Möglichkeit der Anrechnung von tariflichen Gehaltserhöhungen bis zur Erreichung der „statischen Zulage“ in Höhe von 898,- € brutto vorsieht.

Die Nichtigkeit der Vergütungsabrede ist zwar nicht wegen Umgehung des § 613a BGB zu bejahen.

Insoweit teilt die Kammer die Auffassung der Beklagten.

Ein Rechtsgeschäft darf und kann die mit ihm beabsichtigte Wirkung nicht entfalten, wenn es sich als objektive Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt. Das ist der Fall, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, d.h. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnorm sachlich rechtfertigenden Grund, verwendet werden. Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt ein Betriebserwerber im Falle des Betriebsübergangs in die Rechte und Pflichten aus einem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnis ein. Außerdem ist nach § 613a Abs. 4 BGB die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebsveräußerer oder -erwerber „wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils“ unwirksam. § 613a Abs. 1 BGB bezweckt zunächst einen (nicht zwingenden) einzelvertraglichen Inhaltsschutz (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB) und – bei Fehlen kollektivrechtlicher Regelungen im Erwerberbetrieb – einen kollektivrechtlichen Inhaltsschutz, der gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nur für ein Jahr zwingende Wirkung entfaltet. Soweit eine nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an sich unverändert übergeleitete Regelung der Disposition der Arbeitsvertragsparteien unterliegt, kann sie durch Vereinbarung mit dem alten oder neuen

Inhaber geändert werden. Es herrscht grundsätzlich die gleiche Vertragsfreiheit, wie sie im Veräußererbetrieb bestanden hat. Aus § 613a BGB lassen sich keine weitergehenden Einschränkungen der Privatautonomie ableiten. Abändernde Verträge zur Höhe der Vergütung zukünftiger, noch zu erbringender Arbeitsleistungen bedürfen hierfür nicht einmal eines die Vertragsänderung rechtfertigenden sachlichen Grundes (BAG, 07.11.2007, 5 AZR 1007/06, AP Nr. 329 zu § 613a BGB). Der Kläger weist diesbezüglich zwar darauf hin, dass anders als in der zitierten Entscheidung das Angebot zur Vertragsänderung vor dem anstehenden Betriebsübergang vorlag und angenommen wurde. Dies macht für die Bewertung jedoch keinen Unterschied. Wie sich aus den wiedergegebenen Ausführungen entnehmen lässt, enthält § 613a BGB keinerlei Einschränkungen, einzelvertragliche Regelungen abzuändern, unabhängig davon, ob diese Änderungen mit dem Veräußerer, dem Erwerber oder mit beiden vereinbart werden. Folglich spielt auch der Zeitpunkt der Vertragsänderung keine Rolle.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die vorliegende Konstellation nicht doch mit den mehrfach entschiedenen Fällen zu vergleichen ist, in denen der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Veräußerer, verbunden mit dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit dem Erwerber zu geänderten Bedingungen, wegen Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB als unwirksam angesehen wurde (zuletzt etwa BAG, 25.10.2007, 8 AZR 917/06, BB 2008, 1175). So wurde zwar kein ausdrücklicher Aufhebungsvertrag zwischen dem Kläger und der GV-D abgeschlossen, wohl aber eine dreiseitige Vereinbarung vom 08./14.08.07, in der die Parteien und die GV-D die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der GV-D bei gleichzeitigem Beginn eines Arbeitsverhältnisses der Parteien zum 01.10.2007 vereinbarten. Im Ergebnis liegt hierin jedoch keine Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB. Vielmehr wurde lediglich die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge des nahtlosen Übergangs des Arbeitsverhältnisses vom Erwerber auf den Veräußerer in der Vereinbarung erneut festgeschrieben. Die Problematik liegt darin, dass die Beklagte hierbei den Eindruck erweckte, als hinge der Eintritt dieser Rechtsfolge davon ab, dass der Kläger sich auf die gleichzeitig vorgesehene Änderung der Vertragsbedingungen einlässt, wie sich etwa darin zeigt, dass die Überleitungsvereinbarung „unter der Bedingung“ stand, dass der Kläger den gleichzeitig vorgelegten Vertragsentwurf unterzeichnet (Bl. 7 der Akte). Dies ist jedoch nicht gleichzusetzen mit einer objektiven Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB,

Allerdings ist die Annahme des Änderungsangebots durch den Kläger, die er mit seiner Unterschrift unter den Vertragsentwurf vom 08.08.07 abgegeben hat, gem. § 142 BGB durch wirksame Anfechtung rückwirkend als nichtig anzusehen.

Der Kläger hat innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB am 19.06.2008 wegen widerrechtlicher Drohung die Anfechtung seiner zum Abschluss des Änderungsvertrages führenden Willenserklärung erklärt.

Es besteht ein Anfechtungsgrund im Sinne des § 123 BGB.

Die Androhung der Beklagten, das Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung beenden zu wollen, wenn der Kläger nicht den angebotenen Änderungsvertrag abschließe, stellte eine Drohung i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB dar.

Die Beklagte kündigte hierdurch gegenüber dem Kläger die Zufügung eines zukünftigen empfindlichen Übels an.

Gemäß § 123 Abs. 1 BGB kann derjenige, der widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, die Willenserklärung mit der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB anfechten. Eine Drohung i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB setzt die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraus, dessen Zufügung in irgendeiner Weise als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird. Der Bedrohte muss einer Zwangslage ausgesetzt sein, die ihm subjektiv das Gefühl gibt, sich nur noch zwischen zwei Übeln entscheiden zu können. Die Widerrechtlichkeit der Drohung kann sich aus der Widerrechtlichkeit des eingesetzten Mittels oder des verfolgten Zwecks ergeben. Bedient sich der Drohende zwar an sich erlaubter Mittel zur Verfolgung eines an sich nicht verbotenen Zwecks, kann sich die Widerrechtlichkeit aus der Inadäquanz, d.h., der Unangemessenheit des gewählten Mittels im Verhältnis zum verfolgten Zweck, ergeben. Hat der Drohende an der Erreichung des verfolgten Zwecks kein berechtigtes Interesse oder ist die Drohung nach Treu und Glauben nicht mehr als angemessenes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks anzusehen, ist die Drohung rechtswidrig (BAG, v. 13.12.2007, 6 AZR 200/07, ZTR 2008, 333-334). Die Beklagte vermag in dem im Tatbestand zitierten Schreiben vom 08.08.07, dem Überleitungsvertrag und Änderungsvertrag beigefügt waren, schon keine Drohung zu erkennen.

Dabei heißt es im vorletzten Absatz ausdrücklich, dass der Kläger für den Fall, dass er sich gegen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten entscheide, mit einer Kündigung rechnen müsse. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch arbeitgeberseitige Kündigung ist ein Übel und ihr In-Aussicht-Stellen demzufolge eine Drohung. Es lässt sich auch nicht entgegen halten, dass es an der erforderlichen Verknüpfung der Drohung mit dem angestrebten Ziel, der Unterzeichnung des Änderungsvertrages, fehlt. Die Beklagte weist hierzu darauf hin, dass laut Schreiben die fehlende Bereitschaft des Klägers, sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten als Arbeitgeberin fortzusetzen, die Kündigung nach sich ziehen könne. Die drohende Kündigung werde also gerade nicht mit der Nichtannahme des Änderungsangebots verknüpft.

Hierbei lässt die Beklagte jedoch außer Acht, dass die vorhergehenden Absätze des Schreibens nach Auffassung der Kammer nicht anders als dahingehend verstanden werden können, dass die Weigerung, die Vertragsentwürfe zu unterzeichnen, die Entscheidung beinhaltet, das Arbeitsverhältnis nicht bei der Beklagten fortsetzen zu wollen.

So wird eingangs nach einem kurzen Hinweis auf die bevorstehende Übernahme erklärt, dass GV-D und Beklagte „beschlossen“ hätten, „die Übernahme und Fortsetzung“ des Arbeitsverhältnisses „nach den Bestimmungen des beigefüg-

Allgemeines Vertragsrecht

ten neuen Arbeitsvertrages anzubieten“. Direkt im Anschluss heißt es: „Im Falle der Annahme des Angebots auf Fortsetzung“ des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten gelten die Bestimmungen eines mit dem Konzernbetriebsrat vereinbarten Eckpunktepapiers. Und im folgenden Absatz wird darauf hingewiesen, dass das Angebot nach Ablauf einer 3-wöchigen Frist nicht mehr gelte. Damit wird zum einen der Eindruck erweckt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten von einer Annahmeerklärung des Klägers abhing, was mit Blick auf § 613a Abs. 1 BGB offensichtlich unrichtig ist. Die Beklagte kann sich nicht einmal darauf zurückziehen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durchaus vom Willen des Klägers abhing, da er zumindest durch einen Widerspruch den Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte hätte verhindern können. Insoweit weist die Beklagte selbst zutreffend darauf hin, dass im Fall einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge kein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB besteht (BAG, 21.02.2008, 8 AZR 157/07, BB 2008, 497). Auch auf Seite 2 des Schreibens wird das vermeintliche Junktim von Annahme des Änderungsangebots und Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch einmal betont, wenn Verständnis für die schwierige Entscheidung, den Arbeitgeber zu wechseln, und im nächsten Satz Hoffnung auf die Annahme von Überleitungs- und Änderungsvertrag zum Ausdruck gebracht werden. In dem Schreiben wird also keineswegs die objektive Rechtslage wiedergegeben, sondern in Abweichung von den klaren Regelungen des § 613a BGB der Eindruck erweckt, dass es für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten einer Einigung der Parteien bedürfe und, in einem zweiten Schritt, dass im Fall einer Nichteinigung der Verlust des Arbeitsplatzes droht.

Diese Drohung ist widerrechtlich im Sinne des § 123 BGB. Wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen muss, die angedrohte Kündigung werde im Falle ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten, darf er die Kündigungserklärung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Vereinbarung zu veranlassen (BAG, 15.12.2005, G AZR 197/05, AP BGB § 123 Nr. 86). Dem entspricht im Ergebnis die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach ist die Drohung mit einer Kündigung widerrechtlich, wenn der Rechtsstandpunkt des Erklärenden nicht mehr vertretbar ist (BGH, 19.04.2005, X ZR15/04, NJW 2005, 2766). Der Arbeitnehmer muss darlegen und beweisen, dass der Drohende als verständiger Arbeitgeber nicht annehmen durfte, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses sei unzumutbar und deshalb die Kündigung gerechtfertigt. Da es sich dabei jedoch um einen Negativbeweis handelt, genügt hierfür zunächst eine entsprechende pauschale Behauptung. Wegen der Schwierigkeiten des Negativbeweises ist von der Arbeitgeberin als Anfechtungsgegnerin nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast das substantiierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände zu verlangen

(BAG, v. 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag; BGH, v. 19.04.2005, X ZR 15/04, NJW 2005, 2766, 2768).

Die Beklagte hätte also in diesem Zusammenhang erläutern müssen, wieso sie vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung des § 613a BGB annehmen durfte, dass die Nichtannahme von Überleitung und Änderungsvertrag irgendeinen rechtlichen Nachteil für den Kläger bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte nach sich ziehen können. Dies ist nicht geschehen und dürfte mit Blick auf § 613a Abs. 4 BGB auch nicht zu leisten sein. Der Umstand, dass dem Kläger eine Bedenkzeit eingeräumt wurde, ist nicht geeignet, die Widerrechtlichkeit der Drohung zu beseitigen (BAG, v. 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag).

Der Kläger ist durch die widerrechtliche Drohung zur Annahme des Vertragsangebots vom 08.08.07 bestimmt worden. Entgegen dem Verständnis der Beklagten hat der Kläger eine entsprechende Behauptung bereits in der Klageschrift vom 11.03.2008 aufgestellt, in der es auf Seite 4 heißt, dass sich der Kläger „unter dem Eindruck dieser Drohung „veranlasst“ sah, den Änderungsvertrag zu unterzeichnen. Gemäß § 123 Abs. 1 BGB muss die Drohung für die angefochtene Willenserklärung des Bedrohten ursächlich gewesen sein. Dabei genügt es, dass die Drohung nach der Vorstellung des Drohenden mit ursächlich gewesen ist (BAG, v. 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag; v. 23.11.2006, 6 AZR 394/06, AP BGB § 623 Nr. 8; v. 15.12.2005, 6 AZR 197/05, AP BGB § 123 Nr. 66). Der Anfechtende muss noch bei der Abgabe der Willenserklärung unter dem Eindruck der Drohung gehandelt haben und nicht auf Grund einer davon nicht mehr maßgeblich beeinflussten autonomen Willensbildung. Davon ist regelmäßig auch dann auszugehen, wenn dem widerrechtlich Bedrohten eine Bedenkzeit eingeräumt wurde. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände ändert eine dem Arbeitnehmer eingeräumte Bedenkzeit nichts an der Ursächlichkeit der Drohung. Für eine von der Drohung nicht mehr maßgeblich beeinflusste Willensbildung spricht, dass der Anfechtende die Bedenkzeit dazu genutzt hat, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung durch aktives Verhandeln – z.B. neue eigene Angebote – erheblich zu seinen Gunsten zu beeinflussen, insbesondere wenn er selbst rechtskundig ist oder zuvor Rechtsrat eingeholt hat bzw. auf Grund der Dauer der eingeräumten Bedenkzeit hätte einholen können (BAG, 28.11.2007, 6 AZR 1108/06, AP Nr. 36 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag). Mit Blick darauf, dass der Kläger kein Interesse an einer Verschlechterung seiner Vertragsbedingungen haben konnte als das, den drohenden Arbeitsplatzverlust abzuwenden, ist von der Ursächlichkeit von Drohung und Abgabe der Willenserklärung auszugehen. Weitere Umstände sprechen nicht gegen diese Annahme. Das Schreiben vom 08.08.07 lässt nicht erkennen, dass Verhandlungsspielräume hinsichtlich des Inhalts der Änderungsvereinbarung bestanden. Ebenso unstrittig ist, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt versucht hat, einzelne Bedingungen des Änderungsvertrages zu verhandeln.

Aus dem Umstand allein, dass der Kläger die Gelegenheit hatte, Rechtsrat einzuholen, statt den Ausführungen seines Arbeitgebers zu vertrauen, lässt sich nicht herleiten, dass es an der erforderlichen Kausalität von Drohung und Annahme des Änderungsangebots fehlt.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf
vom 10.07.2008, 6 Ca 1542/08
eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek, Düsseldorf
StraÙe 21, 40878 Ratingen, Tel.: 02102/7114012, Fax:
02102/7114047
perlitz@matyssek-kirchmann.de

223. Direktionsrecht, Personalgespräch über Vertragsänderung

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO betrifft nur die Konkretisierung der Arbeitspflicht, nicht aber den Inhalt des Arbeitsvertrages.

Daher ist ein Arbeitnehmer nicht verpflichtet, auf Weisung des Arbeitgebers an einem Personalgespräch teilzunehmen, in dem es ausschließlich um Verhandlungen über vom Arbeitgeber gewünschte Änderungen des Arbeitsvertrages gehen soll.

Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass der Arbeitgeber eine Abmahnung, die er wegen der Nichtteilnahme an einem solchen Personalgespräch ausgesprochen hat, aus der Personalakte entfernt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 03.06.2008, 3 Sa 1041/07

224. Fahrtkosten, Erstattung bei wechselnden Einsatzorten

Entscheidungsgründe:

I. Vorliegend besteht schon dem Grunde nach kein Fahrtkostenerstattungsanspruch.

1. Aus § 670 BGB ergibt sich ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Fahrtkosten von seiner Wohnung zum jeweiligen Einsatzort nicht. § 670 BGB gilt für den Geschäftsbesorgungsvertrag und findet im Arbeitsverhältnis nur entsprechende Anwendung. Was zur selbstverständlichen Einsatzpflicht des Arbeitnehmers bei der Arbeit gehört, wird durch die Vergütungszahlung ausgeglichen (BAG, v. 14.10.2003, 9 AZR 657/02, AP BGB § 670 Nr. 32). Nur wer im Interesse des Arbeitgebers und auf dessen Wunsch hin Aufwendungen macht, die durch keine Vergütung abgegolten werden, kann Ersatz dieser Aufwendungen verlangen (st.Rspr.d. BAG zuletzt BAG, v. 16.10.2007, 9 AZR 170/07, NJW 2008, 1612). Die Aufwendungen für Fahrten von seinem Wohnort zu seiner regelmäßigen Arbeitsstätte hat grundsätzlich der Arbeitnehmer selbst und nicht sein Arbeitgeber zu tragen (BAG, v. 19.01.1977, 4 AZR 595/75, AP Nr. 5 zu § 42 BAT; BAG, v. 28.07.1999, 4 AZR 192/98, DB 1999, 2523). Für einen von diesem Grundsatz abweichenden Erstattungsanspruch bedarf es daher einer besonderen Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, die hier nicht vor-

liegt. Grundsätzlich ist es Sache des Arbeitnehmers wie er zur Arbeit kommt und welche Beförderungsmittel er dabei benutzt. Dies gilt auch bei wechselnden Einsatzorten. Bezeichnenderweise hat sich deshalb die Beklagte in § 4 Nr. 11 des Arbeitsvertrages unter bestimmten Voraussetzungen die Erstattung der Fahrtkosten nicht vom Wohnsitz des Klägers, sondern von ihrer Geschäftsstelle bis zum Einsatzort beim Entleiher vorbehalten. Ob die dafür maßgebliche Voraussetzung, nämlich ein Zeitaufwand von mehr als 1,5 Stunden für die Fahrt von der Geschäftsstelle bis zum Einsatzort erfüllt ist, kann dem Vortrag des Klägers nicht entnommen werden. Die Beklagte hat in diesem Fall eine Fahrtkostenbeteiligung lediglich unter der Voraussetzung zugesagt, dass über die Aufwandsentschädigung vor dem Einsatzbeginn eine schriftliche Vereinbarung geschlossen wird. Eine derartige schriftliche Vereinbarung liegt vorliegend unstreitig nicht vor.

■ Landesarbeitsgericht Hamm
vom 16.07.2008, 2 Sa 1797/07
eingereicht von Rechtsanwalt Gerd H.W. Redeker, Gerichtsstraße 19, 59227 Ahlen, Tel.: 02382/82056, Fax: 02382/82055
www.kanzlei-redeker.de

225. Gleichbehandlung, Abfindung

Entscheidungsgründe:

II. 1e) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung. Zwar ist der Arbeitgeber bei der Gewährung zusätzlicher Leistungen an den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden, wenn er nach von ihm gesetzten allgemeinen Regeln freiwillig Sonderzahlungen leistet. Er darf einzelne Arbeitnehmer nicht sachfremd gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage schlechter stellen. Gewährt der Arbeitgeber auf Grund einer abstrakten Regelung eine freiwillige Leistung nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip und legt er gemäß dem mit der Leistung verfolgten Zweck die Anspruchsvoraussetzungen für die Leistung fest, darf er einzelne Arbeitnehmer von der Leistung nur ausnehmen, wenn dies sachlichen Kriterien entspricht. Arbeitnehmer werden dann nicht sachfremd benachteiligt, wenn sich nach dem Zweck der Leistung Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, diesen Arbeitnehmern die den anderen Arbeitnehmern gewährte Leistung vorzuenthalten. Die Zweckbestimmung einer Sonderzahlung ergibt sich vorrangig aus ihren tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, wobei die Bezeichnung nicht allein maßgeblich ist. Ist die unterschiedliche Behandlung nach dem Zweck der Leistung nicht gerechtfertigt, kann der benachteiligte Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der begünstigten Arbeitnehmer behandelt zu werden (st. Rspr. des BAG, so Urt. v. 28.03.2007, – 10 AZR 261/06 – AP Nr. 265 zu § 61, 1 BGB Gratifikation Nr.; 26.09.2007, – 10 AZR 569/06 –, NZA2007, 1424). Nach diesen Grundsätzen ist ein Anspruch des Klägers nicht gegeben. Dieses wäre dann

Allgemeines Vertragsrecht

der Fall, wenn der Kollege K. in die Tauschbörse aufgenommen worden wäre, obwohl er als Betriebsmittelkonstrukteur von der personellen Maßnahme gar nicht betroffen war und somit durch sein Ausscheiden auch der Arbeitsplatz eines anderen Arbeitnehmers nicht erhalten werden konnte. Dies behauptet der Kläger selbst nicht.

Ein Anspruch könnte auch dann bestehen, wenn die Beklagte generell an freiwillig ausscheidende Arbeitnehmer, ohne dass die Voraussetzungen der Tauschbörse gegeben gewesen wären, die Sozialplanabfindung gezahlt hätte, um einen bestimmten zahlenmäßigen Personalabbau durchführen zu können. Dies sagt der Kläger ebenfalls selbst nicht.

Alein die Tatsache, dass die Beklagte in einem bestimmten Einzelfall mit einem Arbeitnehmer, eben dem Herrn K., eine Individualvereinbarung über sein Ausscheiden gegen Abfindung getroffen hat, obwohl die Voraussetzungen nach dem Sozialplan nicht gegeben waren, erzeugt noch keinen Anspruch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Insoweit herrscht der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Nur wenn der Arbeitgeber Gruppen von Arbeitnehmern bildet, die nach einem allgemeinen Schema Zuwendungen erhalten, greift der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn einzelne Arbeitnehmer von den Zuwendungen ohne Sachgrund ausgenommen werden. Dies ist vorliegend nicht zugunsten des Klägers erkennbar.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 15.04.2008, 19 Sa 1973/07

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

226. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war jedoch abzuweisen, da das Gericht einen Verfügungsanspruch hier nicht sieht.

Dies folgt schon daraus, dass nach dem zwischen den Parteien im Anstellungsvertrag vereinbarten nachvertraglichen Wettbewerbsverbot dieses bundesweit gelten soll. Wollte man vom Verfügungsbeklagten verlangen, dieses Wettbewerbsverbot einzuhalten, dann käme das nach Auffassung des Gerichts für ihn einem Berufsausübungsverbot gleich. Auch das Gericht ist der Auffassung, dass man vom Verfügungsbeklagten nicht verlangen kann, in seinem erlernten Beruf als Zahntechniker zu arbeiten, denn nachdem er seit acht Jahren nicht mehr in diesem Beruf gearbeitet hat, hat er hier wesentliche Entwicklungen nicht mitgemacht. Sein Wissensstand und seine Fertigkeiten sind zwangsläufig für die Tätigkeit eines Zahntechnikers unter Berücksichtigung der Weiterentwicklungen auf diesem Gebiet zwischenzeitlich veraltet; beim Verfügungsbeklagten überwiegt nunmehr ein theoretisches Wissen, bezogen auf den Bereich Vertrieb.

Darüber hinaus ist aber auch das Gericht der Auffassung,

dass die Verfügungsklägerin verpflichtet gewesen wäre, an den Verfügungsbeklagten die vertraglich zugesagte Karenzentschädigung zu zahlen. Gem. § 74b HGB wäre eine Karenzentschädigung bereits nach dem Ende des Monats Januar 2008 sowie nach dem Ende des Monats Februar 2008 zu zahlen gewesen. Dem Gericht ist nicht nachvollziehbar, dass die Verfügungsklägerin diesen Teil der vertraglichen Verpflichtungen für sich als unverbindlich ansieht, denn anders kann man es nicht auslegen, dass sie Zahlungen nicht geleistet hat, andererseits aber vom Verfügungsbeklagten die Einhaltung verlangt. Auch nach Auffassung des Gerichts hätte die Verfügungsklägerin Karenzentschädigung zahlen oder zumindest beim Verfügungsbeklagten Auskunft über anderweitige Verdienste verlangen müssen.

Die Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen ergibt nach Auffassung des Gerichts, dass hier das Wettbewerbsverbot nicht als verbindlich anzusehen ist, so dass dem Beklagten die Tätigkeit für die Firma AG nicht untersagt werden kann.

■ Arbeitsgericht Neumünster

vom 26.03.2008, 3 Ga 3a/08

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Krügermeyer-Kalthoff, Rösrather Straße 568, 51107 Köln, Tel.: 0221/8804060, Fax: 0221/88040629

eisenbeis-koeln@etl.de, www.eisenbeis-rechtsanwaelte.de

227. Urlaubsgeld

1. Die nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Auslegung einer einzelvertraglichen Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer im Juni ein Urlaubsgeld erhält, kann ergeben, dass es sich hierbei nicht um ein zusätzliches Entgelt für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen (sog. Entgelt im engeren Sinne), sondern um eine von der eigentlichen Vergütung unabhängige Zahlung (sog. Entgelt im weiteren Sinne) handelt, die an den Arbeitnehmer auch dann zu leisten ist, wenn er im betreffenden Kalenderjahr ununterbrochen arbeitsunfähig erkrankt war.

2. Das Zusammentreffen von Freiwilligkeits- und Widerrufsklauseln lässt die jeweiligen vertraglichen Bestimmungen unklar erscheinen mit der Folge, dass dadurch lediglich ein Widerrufsvorbehalt des Arbeitgebers für den darauf bezogenen Anspruch des Arbeitnehmers begründet wird (im Anschluss an LAG Berlin, Urteil vom 19.08.2005 – 6 Sa 1 106/05, NZA-RR 2006, 68 f.).

3. Die Ausübung eines arbeitsvertraglich vereinbarten Widerrufsrechts durch den Arbeitgeber führt nicht zum Wegfall von Leistungen, die zuvor bereits fällig geworden sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 02.11.2007, 11 Sa 550/07

228. Weihnachtsgeld

1. Wird ein Weihnachtsgeld zugesagt, so ist darin mangels gegenteiliger Anhaltspunkte eine Stichtagsregelung enthalten, wonach Anspruchsvoraussetzung ist, dass das Arbeitsverhältnis

nis zu Weihnachten noch bestehen muss (im Anschluss an BAG 30.03.1994 – 10 AZR 134/93 – NZA 1994, 651).

2. Bei vorzeitigem Ausscheiden im Laufe des Kalenderjahres entsteht daher auch kein anteiliger Anspruch.

3. Die Verwendung des Begriffs Weihnachtsgeld ist eindeutig und verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 24.09.2007, 14 Sa 539/07

229. Weihnachts- und Urlaubsgeld, Rückzahlungsvereinbarung, Abruf von Arbeit

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2007.

Die Klägerin war seit 24.07.2006 bei der Beklagten als Sekretärin beschäftigt. Die Beschäftigung richtete sich zuletzt nach dem Arbeitsvertrag vom 31.08.2006 (Bl. 9 ff. d. A.). Der Vertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

„§ 3 Fest vereinbarte Arbeitszeit

1. Die Dauer der fest vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit beträgt 32 Stunden. Sie verteilt sich regelmäßig auf fünf Tage. (...)

§ 4 Stundenkontingent auf einseitigen Abruf/ Vergütung dieses Stundenkontingentes

1. Die Arbeitnehmerin verpflichtet sich, je nach Arbeitsanfall auf Aufforderung des Arbeitgebers bis zu 40 Stunden in der Woche zu arbeiten.

2. Der Arbeitgeber teilt der Arbeitnehmerin spätestens bis Mittwoch einer Woche schriftlich die Arbeitszeitdauer und die konkrete Lage der Abrufarbeit für die Folgewoche mit, wenn er Arbeitsleistung über die fest vereinbarte Arbeitszeit abrufen möchte. Ruft er keine weitere Arbeitsleistung ab, bleibt es bei der fest vereinbarten Arbeitszeit in Verbindung mit ggf. anfallenden Überstunden.

3. Die Vergütung erfolgt nach den im Rahmen des Stundenkontingentes angeordneten Stunden verhältnismäßig zusätzlich zum Festgehalt.

4. Erfolgt kein Abruf des Stundenkontingentes bis zu 40 Stunden durch den Arbeitgeber, verbleibt es bei der fest vereinbarten Arbeitszeit im Sinne des § 3 des Arbeitsvertrages und der Festvergütung. (...)

§ 6 Vergütungsregelungen/widerrufbare Leistungen

1. Die Arbeitnehmerin erhält für ihre geleisteten Dienste im Rahmen der fest vereinbarten Arbeitszeit ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 1.280,00 EUR. (...)

3. Ruft der Arbeitgeber Arbeitszeit im Sinne des § 4 des Vertrages rechtzeitig ab, so erhöht sich die Bruttomonatsvergütung verhältnismäßig um die abgerufene Arbeitszeit.

4. Die Arbeitnehmerin hat Anspruch auf eine Weihnachtsgeldzuwendung, die mit dem Novembergehalt ausbezahlt wird. Die prozentuale Höhe der Weihnachtsgeldzuwendung im Verhältnis zum Bruttomonatsgehalt richtet sich nach den Vorgaben

des Landes Berlin. Voraussetzung für die Zahlung einer Weihnachtsgeldzuwendung ist, dass im laufenden Kalenderjahr insgesamt mindestens sechs Monate das Arbeitsverhältnis bestand und tatsächlich umgesetzt worden ist. Ferner verpflichtet sich die Arbeitnehmerin, gewährte Weihnachtsgeldzuwendungen in voller Höhe zurückzuzahlen, sollte das Arbeitsverhältnis aufgrund eigenen Verschuldens oder auf ihren Wunsch bis zum 31.03. des Folgejahres beendet werden. (...).“

Die Klägerin arbeitete seit Beginn ihrer Tätigkeit mindestens 40 Stunden/Woche.

Mit der Abrechnung für November 2007 (Bl. 14 d. A.) rechnete die Beklagte neben einem Gehalt in Höhe von 1.700,00 EUR brutto, ein Weihnachtsgeld in Höhe von 1.396,38 EUR ab.

Mit Schreiben vom 27.11.2007 (Bl. 15 d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass ab dem 03.12.2007 die Dauer der mit ihr fest vereinbarten Arbeitszeit 32 Stunden betrage. Die Vergütung sinke damit auf 1.280,00 EUR.

Mit Schreiben vom 30.11.2007 (Bl. 16 d. A.) kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2007. Zugleich beantragte sie ihren noch offenen Urlaub im Umfang von 14 Tagen und bat um Freizeitausgleich für geleistete Mehrarbeit am 6. und 7. Dezember. Ihr letzter Arbeitstag werde daher der 5. Dezember sein.

Mit der Abrechnung für den Monat Dezember 2007 vom 17.12.2007 (Bl. 17 d. A.) rechnete die Beklagte ein Gehalt von 1.700,00 EUR brutto ab und zog das Weihnachtsgeld von 1.396,38 EUR brutto wieder ab, sodass sich für diesen Monat ein Gesamt brutto von 303,62 EUR ergab und – unter Verrechnung bestimmter anderer Positionen – ein Nettoauszahlungsbetrag von 448,85 EUR.

Entscheidungsgründe:

A. Die Klägerin war gemäß § 6 Abs. 4 des Arbeitsvertrages der Parteien grundsätzlich zur Rückzahlung des Weihnachtsgeldes verpflichtet.

Die arbeitsvertragliche Vorschrift verstößt nicht gegen § 307 BGB, sie stellt keine unangemessene Benachteiligung dar.

Eine unangemessene Benachteiligung folgt zum einen nicht aus dem Zusammenhang mit der im Arbeitsvertrag geregelten – und hier zuletzt auch vollzogenen – Rückführungsmöglichkeit der Wochenstundenzahl von 40 auf 32 Stunden. Mit einem Umfang von weniger als einem Viertel der wöchentlichen Arbeitszeit nimmt der flexible Anteil des Wochenstundenvolumens noch keinen Umfang an, der sich als übermäßige Überwälzung des Unternehmerrisikos auf die Arbeitnehmerseite darstellt und etwa als Umgehung der Annahmeverzugslohnregelung zu bewerten wäre (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.2005, dargestellt und erläutert in: *Hohenstatt/Schramm*, Neue Gestaltungsmöglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeit, NZA 2007, 238; m.w.N.).

Eine unangemessene Benachteiligung folgt auch nicht daraus, dass in § 6 Abs. 4 der Klausel nicht ausdrücklich der Fall ausgeschlossen ist, dass ein Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst worden ist.

Sofern er zu einer fristgemäßen Kündigung veranlasst worden

Allgemeines Vertragsrecht

ist und die Kündigung zeitlich so ausspricht, dass er zu einer Rückzahlung verpflichtet ist, dann ergibt sich aus der Rückzahlungsklausel klar und deutlich die Zahlungspflicht. Eine Unangemessenheit ist hierin nicht zu sehen, da der Sinn einer Weihnachtsgratifikation auch darin bestehen kann, eine Betriebstreue für die Zukunft zu sichern und der besonnene Arbeitnehmer den Zeitpunkt seiner fristgemäßen Kündigung grundsätzlich in der Hand hat, die Folgen abwägen kann und die Kündigung so aussprechen kann, dass er nicht der Rückzahlungspflicht unterfällt.

Sollte tatsächlich ein Grund für eine fristlose Kündigung gegeben sein, der es dem Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar erscheinen lässt, sich auf diese Fristen einzustellen, dann kann ggf. der Rückzahlungsverpflichtung im Einzelfall ein Schadensersatzanspruch seinerseits entgegenstehen (vgl. § 628 Abs. 2 BGB). Diese Folge steht aber bereits im Gesetz.

Die Vertragsklausel wird nicht unklar und unverständlich und stellt auch ansonsten keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar, weil dieser Fall nicht außerdem ausdrücklich in ihr aufgenommen ist.

Den von der Klägerin zitierten Fall (Urteil des LAG Rheinland-Pfalz, v. 13.07.2007, 6 Sa 315/07 (juris)) erscheint im vorliegenden Fall nicht aussagekräftig, denn dort ging es wohl um eine Klausel, die undifferenziert auf die „Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ abstellte, damit auch betriebsbedingte Kündigungen umfasste, während vorliegend auf das Verschulden und den Wunsch des Arbeitnehmers abgestellt wird.

War die Beklagte somit grundsätzlich berechtigt, das Weihnachtsgeld zurückzufordern, hatte sie gleichwohl die Pfändungsfreigrenzen im Dezember 2007 zu beachten (§ 394 BGB, §§ 850 ff. ZPO). Da im Falle der Klägerin der Betrag von 989,99 EUR netto pfändungsfrei wäre, war ihr im Dezember 2007 dieser Betrag zu belassen. Der Auszahlungsbetrag durfte daher diesen Nettobetrag nicht unterschreiten, sodass die Beklagte zur Differenz zwischen 989,99 EUR und den gezahlten 448,85 EUR, mithin zu 541,14 EUR netto zu verurteilen ist. Dem Anspruch steht nicht der Treuwidrigkeitseinwand (dolo-facit-Einwand) entgegen in Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch der Klägern (Widerklageanspruch zu 3)). Klage- und Widerklageforderungen können rechtlich und tatsächlich unterschiedliche Wege gehen. Die Pfändungsfreigrenzen sollen vor diesem Hintergrund, auch im Interesse der Allgemeinheit, dagegen sicherstellen, dass jedenfalls das Arbeitsentgelt auszuzahlen ist, das eine angemessene Lebensführung gewährleistet. Der Zinsanspruch folgt aus dem Gesichtspunkt des Verzuges (§§ 286, 288 BGB).

B. Der Widerklageanspruch ist – spiegelbildlich zu den Ausführungen zu A) – hinsichtlich des Antrags zu 3) begründet. Hinsichtlich der Anträge zu 1) und 2) hingegen ist die zulässige Widerklage unbegründet.

Die Beklagte hat für Dezember 2007 zutreffend das Gehalt auf der Basis von 1.700,00 EUR abgerechnet und ausgezahlt. Ein Rückforderungsanspruch steht ihr insofern nicht zu.

Dem Einwand der Beklagten, sie habe an einigen Tagen nach

dem 02.12.2007 arbeitstäglich weniger als 8 Stunden gearbeitet, tritt die Klägerin durch substantiierten Vortrag im Schriftsatz vom 26.06.2008 entgegen, ohne dass die Beklagte weiter auf ihrer Behauptung beharrt.

Die Kammer hatte daher gemäß § 138 Abs. 3 ZPO davon auszugehen, dass die Klägerin in den ersten Dezembertagen 2007 jeweils 8 Stunden gearbeitet hatte, und dass die Tage der Freistellung am 05. und 06.12.2007 jeweils auch 8 Stunden abdeckten.

Die Berechnung des Urlaubsanspruchs für die Zeit ab dem 10.12.2007 bis zum Ende Dezember 2007 richtet sich nach § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG, wonach der Berechnung das durchschnittliche Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen ist, das der Arbeitnehmer in den letzten dreizehn Wochen vor dem Beginn des Urlaubs erhalten hat, mit Ausnahme des zusätzlich für Überstunden gezahlten Arbeitsverdienstes.

In den letzten 13 Wochen – und darüber hinaus – vor dem Beginn des Urlaubs hatte die Klägerin jedoch durchgehend das Arbeitsentgelt für 40 Wochenstunden erhalten. Die Urlaubsabgeltung hat dies zu berücksichtigen. Um „Überstunden“ im Sinne des § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG handelt es sich bei der Differenz von 32 zu 40 Stunden im Übrigen nicht, es handelt sich vielmehr um eine bereits vertragliche ausbedungene Wahlmöglichkeit zu Gunsten der Beklagten hinsichtlich der regelmäßigen Wochenarbeitszeit. Folgerichtig hat die Beklagte selbst daher auch für den Dezember 2007 ein Gehalt von 1.700,00 EUR abgerechnet. Die Widerklage ist daher hinsichtlich der Anträge zu 1) und 2) abzuweisen.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 23.07.2008, 35 Ca 6259/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Markus Kelber, Reinhardtstraße 29, 10117 Berlin, Tel.: 030/2475740, Fax: 030/2424555
kelber@zenk.com, www.zenk.com

230. Zeugnis, wesentlicher Inhalt, elternzeitbedingte Ausfallzeit

Entscheidungsgründe:

III. ... 1. Für den Inhalt des Zwischenzeugnisses gelten die gleichen Grundsätze wie für das bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszustellende Zeugnis. Seit dem 01.01.2003 ist die maßgebliche Rechtsgrundlage für alle Arbeitnehmer § 109 GewO. Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss sich das Zeugnis auf Leistung und Verhalten erstrecken. Der Arbeitgeber erfüllt den Anspruch mit einem Zeugnis, das nach Form und Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Der gesetzlich geschuldete Inhalt des Zeugnisses bestimmt sich nach den mit ihm verfolgten Zwecken. Er dient dem Arbeitnehmer regelmäßig als Bewerbungsunterlage und ist insoweit Dritten, insbesondere möglichen künftigen Arbeitgebern, Grundlage für die Personalauswahl. Daraus ergeben sich als inhaltliche Anforderungen das Gebot der Zeugniswahrheit und der Zeugnisklarheit. Insbesondere muss das Zeugnis ein objektives Bild über den Verlauf des Arbeitsverhältnisses vermitteln. Dabei

darf Unwesentliches verschwiegen werden. Der Grundsatz der Zeugniswahrheit wird ergänzt durch das Verbot, das weitere Fortkommen des Arbeitnehmers ungerechtfertigt zu erschweren (BAG, Urteil vom 10.05.2005 – 9 AZR 261/04 – AP Nr. 30 zu § 630 BGB).

2. Diesen Grundsätzen wird das von der Beklagten erteilte Zeugnis vom 06.02.2006 gerecht. Das Arbeitsgericht hat daher die Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen. Das Berufungsgericht nimmt zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe der Vorinstanz Bezug, denn es kommt auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens zu übereinstimmenden Feststellungen, § 69 Abs. 2 ArbGG. Ergänzend ist folgendes auszuführen:

a. Die Erwähnung der elternzeitbedingten Ausfallzeit ist rechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht der Zeugniswahrheit. Allerdings sind nicht alle Unterbrechungen der Tätigkeit in ein Arbeitszeugnis aufzunehmen. Das berechnete Informationsinteresse bezieht sich nicht auf gewöhnliche Ausfallzeiten kürzerer Dauer wie z. B. Erkrankungen, Urlaub und Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz. Anders ist dies bei längeren Unterbrechungen wie vorliegend 2 Jahren. Dabei können schematische Grenzen über die Dauer der Ausfallzeit nicht gezogen werden. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalles an. Deshalb ist auch nicht schematisch auf ein Verhältnis der Ausfallzeit zur Gesamtzeit des Arbeitsverhältnisses abzustellen. So ist es ein Unterschied, ob die Ausfallzeit zu Beginn oder zum Ende eines Arbeitsverhältnisses war. Bei einem Zwischenzeugnis, das Grundlage für eine Bewerbung sein kann, ist es für den potentiellen neuen Arbeitgeber wichtig zu wissen, ob der Bewerber auf dem neuesten Stand des von ihm ausgeübten Berufes ist. Deshalb wird es ihn auch weniger interessieren, was der Kläger in den 90er Jahren gemacht hat, sondern was er in dem schnelllebigen technischen beruflichen Umfeld in den letzten Jahren gemacht hat. Da der Kläger in den letzten 3 Jahren vor Ausstellung des Zwischenzeugnisses 2 Jahre nicht in seinem Beruf gearbeitet hat, ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser wahre Sachverhalt in ein Arbeitszeugnis nicht aufgenommen werden dürfte. Diese Entscheidung steht insoweit auch nicht im Widerspruch zu dem zitierten Urteil des BAG vom 10.05.2005. Abzustellen ist jeweils auf die Umstände des Einzelfalles.

Eine andere Frage ist, ob der Grund für eine Unterbrechung im Arbeitszeugnis angegeben werden darf. Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade die Angabe der Gründe geeignet sein kann zu verhindern, dass der potentielle Arbeitgeber über den Grund der Ausfallzeit für den Arbeitnehmer nachteilige Mutmaßungen (etwa Verbüßen einer Freiheitsstrafe) anstellt. Grundsätzlich kann das Einverständnis des Arbeitnehmers unterstellt werden, wenn die Gründe angegeben sind, wie etwa beim Wehr- und Zivildienst und auch bei der Elternzeit. Im vorliegenden Prozess ist Ziel der Klage nicht die isolierte Streichung des privaten Grundes für die Ausfallzeit, sondern die ersatzlose Streichung der gesamten elternzeitbedingten Un-

terbrechung. Darauf hat der Kläger keinen Anspruch (BAG a.a.O., m. Anm. *Schießmann*).

Ein Anspruch auf Nichterwähnung der Ausfallzeit lässt sich nicht aus dem Zwischenzeugnis vom 30.12.2005 (Bl. 6 d. A.) herleiten. In diesem ersten etwas kürzer gehaltenen Zwischenzeugnis hatte die Beklagte die elternzeitbedingte Ausfallzeit, zwei Positionen bei der Tätigkeitsbeschreibung und Ergänzungen bzw. Verbesserungen bei der Beurteilung von Leistung und Verhalten des Klägers, die Gegenstand des späteren Zwischenzeugnisses vom 06.02.2006 wurden, noch nicht erwähnt. Nachdem der Kläger gegen dieses Zeugnis vom 30.12.2005 Einwendungen erhoben hatte, erstellte die Beklagte das streitgegenständliche etwas ausführlichere Zwischenzeugnis vom 06.02.2006. Die Beklagte war nicht gehindert, sich das vom Kläger beanstandete Zeugnis vom 30.12.2005, wie sie im Termin erklärte, näher anzusehen und neben einer ausführlichen Tätigkeitsbeschreibung und einer besseren Beurteilung wahrheitsgemäß auch die Ausfallzeit in das neue Zwischenzeugnis vom 06.02.2006 aufzunehmen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30.08.2008, 10 Sa 482/07

Bestandsschutz

231. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung, (keine) Weiterbeschäftigung

Entscheidungsgründe:

I. ... 1. Dringende betriebliche Erfordernisse rechtfertigen ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung gerade darin zu sehen ist, dass wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung der Arbeitgeber den Arbeitnehmer notfalls bis zum Erreichen der Pensionsgrenze weiter beschäftigen müsste und ihm dies unzumutbar ist. Es geht im Wesentlichen darum zu vermeiden, dass der tarifliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung dem Arbeitgeber Unmögliches oder evident Unzumutbares aufbürdet. Dies kann vor allem dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber ohne außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gezwungen wäre, ein sinnloses Arbeitsverhältnis über viele Jahre hinweg allein durch Gehaltszahlungen aufrecht zu erhalten, denen keine entsprechende Arbeitsleistung gegenüber steht. Dabei ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. In erheblich weiterem Umfang als bei einer ordentlichen Kündigung ist es dem Arbeitgeber einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit gegenüber einem tariflich unkündbaren Arbeitnehmer zumutbar, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden (vgl. BAG, vom 10.05.2007 – 2 AZR 626/05).

Ein solcher Ausnahmefall liegt insbesondere bei unvorhersehbaren Ereignissen vor, die nicht mehr dem wirtschaftlichen Risiko des Arbeitgebers zugerechnet werden können und die Fortführung des Betriebes ganz oder teilweise un-

Bestandsschutz

möglich machen oder die Existenz des Unternehmens bedrohen, wenn alle Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden. Fällt die Beschäftigungsmöglichkeit auf Grund einer Unternehmerentscheidung weg, die grundlegende Veränderungen der betrieblichen Verhältnisse zur Folge hat, ist dem Arbeitgeber unter Umständen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, wenn absolut keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht (vgl. *KR-Fischermeier*, 8. Auflage, § 626 BGB, Rn 157, 158 m.w.N.).

Jedenfalls muss der Arbeitgeber bei der außerordentlichen Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers mit allen zumutbaren Mitteln eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses versuchen. Besteht noch irgendeine Alternative, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, diese andere Möglichkeit zu wählen. Erst wenn alle Lösungsversuche gescheitert sind, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit vorliegen. Bei der Abgrenzung, unter welchen Voraussetzungen eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit aus betriebsbedingten Gründen gegenüber einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer zulässig ist, ist stets die besondere Ausgestaltung des tariflichen Sonderkündigungsschutzes zu berücksichtigen (vgl. BAG a.a.O.).

2. Bei Anlegung dieser Grundsätze hält die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung einer Überprüfung nicht stand. Dabei ist davon auszugehen, dass dem Kläger grundsätzlich gemäß § 20 Ziffer 4 MTV/Metall auf Grund seines Lebensalters und der Betriebszugehörigkeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann.

a. Der Kündigung vom 25.09.2007 liegt eine unternehmerische Entscheidung zugrunde und nicht ein von außen kommendes, nicht von der Beklagten zu beeinflussendes Ereignis. Diese unternehmerische Entscheidung bedeutet keine Veränderung der grundlegenden Verhältnisse im Betrieb. Vielmehr wurde lediglich die Bearbeitung der ein- und ausgehenden Post modifiziert. Zwar mögen betriebswirtschaftliche Überlegungen für die Veränderung sprechen. Ohne diese Maßnahme und mit einer Weiterbeschäftigung des Klägers im bisherigen Umfang träte jedoch keine Existenzgefährdung der Beklagten ein. Auch ist die Maßnahme nicht so zwingend, dass ohne die ausgesprochene Kündigung nur ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis bestünde.

II. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen.

Der Arbeitnehmer hat im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, soweit nicht überwiegend schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Ist ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Kündigung anhängig, so überwiegt in dieser Zeit der Unsicherheit das Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Diese Interessenlage ändert sich, sobald durch eine Entscheidung erster Instanz der Kündigungsschutzprozess zugunsten des Arbeitnehmers aus-

gegangen ist. Will der Arbeitgeber auch für diesen Fall die Beschäftigung verweigern, so muss er zusätzliche Umstände anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergibt (BAG NZA 1985, 702).

Solche Tatsachen liegen hier vor. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte die geplanten Maßnahmen zum 01.01.2008 umgesetzt hat. Zwar hat der Kläger diesen Vortrag bestritten. Jedoch reicht sein einfaches Bestreiten nicht aus. Notwendig wäre ein substantiiertes Bestreiten mit konkretem Tatsachenvortrag oder ein Bestreiten mit Nichtwissen, falls sich die Veränderungen im Betrieb trotz Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Maßnahme seiner Beobachtung entziehen. Hat die Beklagte jedoch die Poststelle unter anderem durch Fremdvergabe des Postausgangs anders organisiert, so ist ihr zunächst Gelegenheit zu geben, diese Maßnahme rückgängig zu machen, bevor sie zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt wird.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 17.01.2008, 4 Ca 2199/07

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,

Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

232. Außerordentliche personenbedingte Kündigung wegen Entzug betrieblicher Fahrerlaubnis, Annahmeverzug

Unter dieser Überschrift hatten wir in AE 2/2007 Nr. 200 eine Entscheidung des LAG Düsseldorf veröffentlicht, in der der Entzug einer innerbetrieblichen Fahrberechtigung, ergangen für einen Omnibusfahrer des öffentlichen Personenverkehrs, und die darauf gestützte Kündigung für unwirksam erklärt worden ist. Diese Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht durch Zurückweisung der Revision bestätigt. Das Bundesarbeitsgericht hat insbesondere ausgeführt, auch für den Entzug einer innerbetrieblichen Fahrerlaubnis bedürfe es einer klaren Rechtsgrundlage, die es weder in der „Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BO-Kraft)“ noch in einer vom Arbeitnehmer schriftlich als für ihn geltend bestätigten Dienstanweisung für den Fahrdienst Bus (DFBus) erkennen konnte.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 5. Juni 2008, 2 AZR 984/06

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Fromlowitz, Kettwiger Straße 20, 45127 Essen,

Tel.: 0201/230001, Fax: 0201/230004

info@rae-teigelack.de; www.rae-teigelack.de

233. Außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung mit Auslaufzeit, Schlechtleistung, Betriebsratsmitglied

Entscheidungsgründe:

I. 1. Die Kündigung vom 02.05.2008 hat das Arbeitsverhältnis weder fristlos noch außerordentlich mit sozialer Auslaufzeit zum 30.09.2008 beendet.

a) Gemäß § 626 BGB kann das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung des Vorliegens eines wichtigen Kündigungsgrundes erfolgt in zwei Stufen: Zunächst ist zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles an sich geeignet sind, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Liegt ein an sich geeigneter Kündigungsgrund vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles und der Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar wäre (vgl. BAG, v. 17.05.1984, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14, v. 02.03.1989, AP-BGB § 626 Nr. 101).

Ein Betriebsratsmitglied steht hinsichtlich der Beurteilung des wichtigen Grundes grundsätzlich jedem anderen Arbeitnehmer gleich; seine Eigenschaft als Amtsträger im Sinne des § 15 KSchG darf weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden (vgl. LAG Köln, v. 28.11.2006, LAGE § 15 KSchG Nr. 14). Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung bei Betriebsratsmitgliedern auf die fiktive Kündigungsfrist des § 622 BGB abzustellen. Demnach kann ein Betriebsratsmitglied nach § 626 BGB nur dann fristlos gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren Arbeitnehmer ohne betriebsverfassungsrechtliche Funktion dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre (vgl. BAG, v. 10.02.1999, AP § 15 KSchG 1969 Nr. 42; BAG, v. 27.09.2001, 2 AZR 487/00, EzA § 15 KSchG Nr. 54).

Nach diesen Grundsätzen scheidet der Ausspruch einer fristlosen Kündigung ohne Auslauffrist von vorneherein aus.

Selbst wenn dem Kläger die in den Abmahnungen vorgeworfenen Pflichtverletzungen zur Last fallen und er es auch pflichtwidrig versäumt hat, am 21.04.2008 und am 22.04.2008 die Baustelle aufzuräumen, kommt eine fristlose Kündigung nicht in Betracht. Der Kläger hätte jeweils eine ihm obliegende Leistungspflicht verletzt. Ein konkreter Schaden ist der Beklagten an den von ihr genannten Tagen nicht entstanden. Es ist unerheblich, dass es in der Vergangenheit bereits zu Diebstählen gekommen ist. Dies mag Anlass genug gewesen sein, eine klare Anweisung an die Mitarbeiter zu erteilen. Selbst wenn ein Mitarbeiter sich wiederholt nicht an diese Mitteilung hält, so ist es der Beklagten jedoch nicht unzumutbar, diesen Mitarbeiter jedenfalls bis zum Ende der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass der Kläger jedenfalls allein auf den Baustellen tätig war. Soweit weitere Mitarbeiter tätig sind, können auch diese – bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist – ihr Augenmerk darauf

legen, dass die Baustelle abgeräumt wird. Insoweit ist der Kläger, nicht allein verantwortlich. Selbst wenn der Kläger als Maschinist gelegentlich alleine auf Baustellen zum Dienstschluss tätig sein sollte, so ist der Beklagten auch das Risiko zuzumuten, dass im Einzelnen eine Baustelle nicht aufgeräumt ist. Gegebenenfalls könnte sie dies durch eine Überwachung feststellen. Wie die von ihr durchgeführten Stichproben zeigen, ist es ihr nicht unmöglich, solche Überwachungsmaßnahmen zu ergreifen.

b) Die Kündigung ist auch nicht als verhaltensbedingte fristlose Kündigung mit Auslauffrist gerechtfertigt.

aa) Es ist umstritten, ob dem Betriebsratsmitglied, dem allein aufgrund des Umstandes, dass für ihn die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, nicht verhaltensbedingt ordentlich gekündigt werden kann, zumindest verhaltensbedingt außerordentlich mit Gewährung einer Auslauffrist gekündigt werden kann (bejahend: *Fitting*, u.a., BetrVG, 24. Aufl., § 103 Rn 28, *KR-Etzel*, § 15 KSchG, Rn 22 – ablehnend: LAG Köln AiB 2002, 69 – offen gelassen vom BAG, v. 10.02.1999, AP § 15 KSchG 1969 Nr. 42; BAG, v. 27.09.2001, AiB 2002, 446).

bb) Die Entscheidung dieser Streitfrage kann hier dahinstehen, da auch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung vorliegend nicht gerechtfertigt wäre.

Ein die Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG aus Gründen des Verhaltens des Arbeitnehmers rechtfertigender Grund liegt vor, wenn das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten eine Vertragspflicht verletzt, das Arbeitsverhältnis dadurch konkret beeinträchtigt wird, keine zumutbare Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung besteht und die Lösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Parteien billigenwert und angemessen erscheint (vgl. BAG, v. 16.09.2004, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50). Die verhaltensbedingte Kündigung des Klägers wäre aufgrund der soeben zuletzt genannten Interessenabwägung in jedem Fall ungerechtfertigt, selbst wenn dem Kläger die Vertragspflichtverletzungen, wie von der Beklagten behauptet, zur Last fallen.

Spezifische Abwägungskriterien aus der Sicht des Arbeitgebers sind insbesondere die Intensität und die Beharrlichkeit der Vertragspflichtverletzung und die Bedeutung der verletzten Vertragspflicht im Gefüge des Arbeitsverhältnisses (Art, Schwere und Häufigkeit der Pflichtwidrigkeit) sowie die durch die Pflichtverletzung hervorgerufenen Störungen im Betriebsablauf (vgl. LAG Schleswig-Holstein, v. 28.11.2006, NZA-RR 2007, 129). Aus der Sicht des Arbeitnehmers entlastend zu berücksichtigen sind eine etwaige Mitverantwortlichkeit des Arbeitgebers, der z.B. durch unklare oder verwirrende Arbeitsanweisungen beim Arbeitnehmer Zweifel über den Inhalt seiner Pflichten verursacht hat (vgl. BeckOK RGKU/Rolfs, § 1 KSchG, Rn 233). Zunächst ist festzuhalten, dass Gegenstand der Kündigung vorliegend allein das Nichtbeachten von Verhaltenspflichten ist. Ein tatsächlicher Schaden ist der Beklagten nicht entstanden. In keinem der drei genannten Fälle ist es tatsächlich zu einem Schaden gekommen. Gleich-

Bestandsschutz

wohl kann selbstverständlich auch ohne den Eintritt des Schadens eine verhaltensbedingte ordentliche Kündigung bei wiederholter Pflichtverletzung in Betracht kommen.

Dies gilt jedoch aufgrund der Abwägung der beiderseitigen Interessen im vorliegenden Fall nicht. Die Beklagte verhält sich widersprüchlich. Einerseits kündigt sie dem Kläger wegen des Nichtaufräumens der Baustelle am 21.04.2008 und 22.04.2008. Andererseits ist nicht zu erkennen, dass die Beklagte das Nichtaufräumen der Baustelle als derart gravierend empfunden hätte, dass sie die Hinweise des Klägers, dass sich die Baustelle schon bei Beginn der Tätigkeit des Klägers auf der Baustelle in dem gleichen Zustand befunden habe, wie er sich auch am Abend dargestellt habe, nachgegangen wäre. Die Beklagte lässt es gemäß ihrer Ausführung auf Seite 8 der Klageerwiderung (Bl. 43 d.A.) hingegen ausdrücklich offen, ob die Baustelle bei Übernahme durch den Kläger aufgeräumt gewesen ist.

Die Beklagte hat sodann lediglich Abmahnungen vorgelegt für insgesamt vier Vorfälle. An diesen vier Vorfällen war dreimal der Kläger beteiligt. Es gibt noch einen Vorfall, bei dem zwei Kollegen abgemahnt wurden, mit denen der Kläger am jeweiligen Tag nicht zusammengearbeitet hat.

Angesichts dessen erscheint es bereits aufgrund des Vertrags der Beklagten zufällig, dass der Kläger bereits dreimal angegriffen wurde. Wenn die Beklagte das Nichtaufräumen der Baustelle als derart gravierend ansieht, dass sie bei dreimaliger Wiederholung gedenkt, die Arbeitsverhältnisse zu den jeweiligen betroffenen Mitarbeitern zu beenden, so ist dies unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer an dem Erhalt ihrer Arbeitsplätze nur dann plausibel und nachvollziehbar, wenn die Beklagte zusätzlich Maßnahmen ergreift, um eine einigermaßen gleichmäßige Überwachung vorzunehmen. Beschränkt sich die Beklagte hingegen auf Stichproben, sind weitere Ausführungen dazu erforderlich, warum es nicht gerade zufällig ist, dass der einzelne Arbeitnehmer im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern dreimal dabei beobachtet wurde, eine Baustelle nicht aufgeräumt zu haben,

cc) Richtiger Ansicht nach ist zudem die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung von vorneherein gegenüber dem Kläger ausgeschlossen. Aus diesem Grund kommt eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit bereits prinzipiell nicht in Betracht. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung kann nicht zum Nachteil des Klägers gereichen und die härtere Sanktion der außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit rechtfertigen (vgl. LAG Köln, v. 24.08.2001, 4 Sa 377/01, AiB 2002, 639 – 640). Hierfür spricht, dass nach § 15 KSchG die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen ist. Dieser Wille des Gesetzgebers würde umgangen, wenn man gleichwohl in den Fällen, in denen eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht kommt, statt dessen eine außerordentliche Kündigungsfrist mit Auslaufzeit gelten lassen wollte. Sofern einzelne Äußerungen in der Literatur dahingehend zu verstehen sein

sollten, dass gleichwohl eine verhaltensbedingte fristlose Kündigung mit Auslaufzeit in Betracht kommt (vgl. *Fitting* u.a., BetrVG, 24. Aufl., § 103 Rn 28), so überzeugt dies nicht. Die verhaltensbedingte Kündigung ist von der Natur der Sache her von der betriebsbedingten bzw. der personenbedingten Kündigung zu unterscheiden. Besondere Härten entstehen für den Arbeitgeber nur dann, wenn auch die betriebsbedingte bzw. personenbedingte Kündigung in jedem Fall ausgeschlossen ist. Dies folgt daraus, dass eine verhaltensbedingte Kündigung in besonders dramatischen Fällen immer zulässig ist, wie sich aus § 626 BGB ergibt. Aufgrund dessen ist eine Sonderregelung über den Gesetzeswortlaut hinaus für eine verhaltensbedingte Kündigung nicht erforderlich. Bereits § 626 BGB ordnet an, dass unabhängig von etwaigen Vereinbarungen der Parteien über einen Kündigungsausschluss bzw. entsprechende Gesetze die verhaltensbedingte Kündigung in gravierenden Fällen immer zulässig ist. Nur für den Bereich der betriebsbedingten bzw. personenbedingten Kündigung gibt es eine solche Anordnung nicht. Dies hat das Bundesarbeitsgericht zu Recht dazu bewogen, auch insoweit eine fristlose Kündigung in Betracht zu ziehen, diese jedoch zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit einer Auslaufzeit auszustatten. Diese Systematik kann jedoch auf verhaltensbedingte Kündigungsgründe nicht ohne weiteres übertragen werden. Denn hierdurch liefe der gesetzliche Kündigungsschutz leer. Dies kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass ein Verstoß gegen § 78 S. 2 BetrVG, also dem Verbot der Besserstellung von Betriebsratsmitgliedern gegenüber anderen Arbeitnehmern, erblickt wird. Ein Verstoß liegt schon deshalb nicht vor, weil der Ausschluss der verhaltensbedingten Kündigung unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus § 15 KSchG, erfolgt. § 15 KSchG ist *lex specialis* zu § 78 BetrVG (BeckOK RGKU/*Leder*, § 15 KSchG, Rn 57). Insoweit ist das Betriebsratsmitglied in diesen Fällen von Gesetzes wegen besser gestellt als der sonstige Arbeitnehmer. Es handelt sich zudem um keine ungerechtfertigte Besserstellung der Betriebsratsmitglieder. Vielmehr ist der Ausschluss der verhaltensbedingten Kündigung gem. § 15 KSchG erforderlich, um die Betriebsratsarbeit effizient zu gestalten und zu schützen. Wäre die verhaltensbedingte Kündigung nicht ausgeschlossen, so wäre ein Arbeitgeber frei, gerade bei Betriebsratsmitgliedern in besonderer Weise darauf zu achten, inwieweit sie ihre Leistungs- und Verhaltenspflichten wahrnehmen, um dann ggfls. eine verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. In diesen Fällen wäre nicht überprüfbar, ob sich andere Arbeitnehmer ggf. genauso verhalten und nur seltener kontrolliert werden.

■ Arbeitsgericht Duisburg

vom 30.07.2008, 3 Ca 1126/08

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Pühr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/30000, Fax: 02065/300050

info@ra-npp.de, www.ra-npp.de

234. Betriebsbedingte Kündigung, Insolvenz, Interessenausgleich, Erwerberkonzept

Entscheidungsgründe:

I. ... 2. ... Grundsätzlich setzt eine betriebsbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse, die vom Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen sind, voraus. Die Regelung gemäß § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO modifiziert diesen Grundsatz für die im Interessenausgleich namentlich bezeichneten Arbeitnehmer dahingehend, dass für diesen Personenkreis vom Vorliegen betrieblicher Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen, auszugehen ist. Diese Vermutungsregel erstreckt sich im Falle eines Betriebsüberganges auch darauf, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt (§ 128 Abs. 2 InsO). Bei der Regelung der §§ 125, 128 InsO handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die im Kündigungsschutzprozess zur Beweislastumkehr führt, aber gemäß § 292 ZPO widerlegbar ist (BAG, vom 29.09.2005 – 8 AZR 647/04 – EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140).

Von diesen Grundsätzen ist das Arbeitsgericht ausgegangen und hat zu Recht erkannt, dass der Kläger die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt hat.

Zutreffend bezieht sich allerdings der Kläger darauf, dass die genannte Vermutungswirkung nicht grenzenlos ist. So gilt – übrigens gerade nach der vorstehenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts –, dass für eine aus §§ 125, 128 InsO folgende Vermutung kein Raum mehr besteht, wenn mangels endgültiger Stilllegungsabsicht die Kündigung nicht aus betriebsbedingten Gründen gerechtfertigt ist (BAG a.a.O.).

Nach dem zu entscheidenden Sachverhalt ging es beim Bundesarbeitsgericht allerdings darum, dass durch den Eingang eines Übernahmekonzepts zeitig vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigungen der im Interessenausgleich namentlich benannten Arbeitnehmer durch den Insolvenzverwalter feststand, dass mangels endgültiger Stilllegungsabsicht die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen nicht gerechtfertigt war. Dies gilt nach der angezogenen Entscheidung insbesondere dann, wenn der Interessenausgleich eine Verpflichtung zu Neuverhandlungen festlegt, wann ein Betriebsübergang auf einen dritten Interessenten erfolgt.

Eben darum ging es hier nicht. Weder sieht der Interessenausgleich eine Verpflichtung zu Neuverhandlungen vor noch ging es um eine Stilllegungsabsicht. Denn beabsichtigt war – aus welchen Gründen auch immer – jedenfalls keine Stilllegung, sondern eine Kündigung nach Erwerberkonzept, die sich eben gerade aufgrund dieses Erwerberkonzepts als aus dringenden betrieblichen Erfordernissen heraus gerechtfertigt erweisen kann.

Weder der Interessenausgleich selbst noch die Ereignisse nach Kündigung sprechen gegen eine Kündigung nach Erwerberkonzept. § 1 des Interessenausgleichs deutet gerade auf das Gegenteil hin, wenn es heißt, dass eine Fortführung des

Betriebes nur mit entsprechender Reorganisationsmaßnahme und mit dem Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen möglich sei. Eine Betriebsfortführung ist – wenn auch unter Ausspruch von Kündigungen – keine Betriebsstilllegung. Zu dieser ist es hier auch faktisch nicht gekommen. Nicht nur sind die – nicht einfach zu vernachlässigenden – Beschäftigten mit Sonderkündigungsschutz vom Erwerber übernommen worden, vielmehr sind nach dem eigenen Vorbringen des Klägers frühere Beschäftigte für den Betrieb wieder eingestellt worden.

Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass ein Betriebsübergang, oder Betriebsübergänge vorgekommen sind. Eben dies ist von den Beklagten nie, in Abrede gestellt worden und auch Konsequenz des Erwerberkonzepts. Sie haben sich vielmehr – und das können sie eben auch – lediglich darauf bezogen, dass nicht „wegen“ Betriebsüberganges gekündigt worden sei.

Die Kammer hat erwogen, eine – weitere – Ausnahme von der Vermutungswirkung zuzulassen, wenn es ohne rechtfertigenden Grund zu selektiven Kündigungen kündigungsgesetzlich besonders geschützter Mitarbeiter gekommen wäre. Dies hätte als Indiz dafür taugen können, dass es in Wahrheit doch um eine Betriebsstilllegung gegangen ist. Allerdings ist es zu herausgreifenden Kündigungen nicht gekommen. Auch gehört der Kläger nicht zu dem kündigungsgesetzlich besonders geschützten Personenkreis.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 12.12.2007, 2 Sa 248/07

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,

Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

235. Betriebsbedingte Kündigung, anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bei vorausschauender Personalplanung, Ultima-Ratio-Prinzip, Vorrang der Änderungskündigung, Auflösungsvertrag des Arbeitgebers

Entscheidungsgründe:

II. ... 1. Die Kündigung der Beklagten vom 02.12.2005 ist rechtsunwirksam. Sie ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstünden. Sie ist damit sozial ungerechtfertigt im Sinne dieser Vorschrift.

a. Es kann an dieser Stelle zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass sie im Vorfeld der streitigen Kündigung die unternehmerische Entscheidung zu einer Umstrukturierung ihres Konstruktionsbereiches getroffen und im Zuge dieser Umstrukturierung der arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitsplatz des Klägers als eines Chief-Designers weggefallen ist. Dies hätte nämlich lediglich zur Folge, dass kein Bedarf der Beklagten an einer Weiterbeschäftigung des Klägers als Chief-Designer mehr bestanden hätte.

Bestandsschutz

b. Verliert ein Arbeitnehmer aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung seines Arbeitgebers zur Umstrukturierung des Betriebes seinen angestammten Arbeitsplatz, erweist sich eine darauf gestützte betriebsbedingte Kündigung gleichwohl als sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt hätte, die Kündigung durch Zuweisung eines anderen freien und für den betroffenen Arbeitnehmer geeigneten Arbeitsplatzes zu vermeiden; denn der Ausspruch einer Beendigungskündigung kann gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG stets nur dann als sozial gerechtfertigt anerkannt werden, wenn sie die ultima ratio für den Arbeitgeber darstellt, um sein berechtigtes Interesse wahren zu können, einen Arbeitnehmer nicht weiter beschäftigen zu müssen, für dessen Weiterbeschäftigung schlechthin kein betrieblicher Bedarf mehr besteht.

Mit anderen Worten: Das betriebliche Erfordernis zur Kündigung eines Arbeitnehmers, dessen angestammter Arbeitsplatz im Rahmen einer Umstrukturierungsmaßnahme weggefallen ist, kann nicht mehr als „dringend“ im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG anerkannt werden, wenn die zumutbare Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem für ihn geeigneten anderen Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen.

c. So liegt der Fall auch hier: Zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung wäre es der Beklagten möglich und ohne weiteres zumutbar gewesen, den Kläger auf einem anderen Arbeitsplatz als demjenigen des Chief-Designers weiter zu beschäftigen.

aa. In erster Linie kam hierfür der Arbeitsplatz des Projektleiters Chassis Advanced Project in Betracht.

bb. Dem steht nicht entgegen, dass dieser Arbeitsplatz zum Zeitpunkt des Ausspruchs der hier streitigen Kündigung am 02.12.2005 von der Beklagten kurz zuvor, nämlich zum 01.11.2005, bereits neu besetzt worden war.

aaa. Zwar verstößt der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nur dann gegen das Ultima-Ratio-Prinzip, wenn der für den von einer betriebsbedingten Kündigung bedrohten Arbeitnehmer in Frage kommende Alternativarbeitsplatz im Zeitpunkt des Ausspruchs dieser Kündigung tatsächlich frei, d. h. unbesetzt ist, oder zu diesem Zeitpunkt absehbar ist, dass er bis spätestens zum Ablauf der Kündigungsfrist frei sein wird. Im Zeitpunkt des Ausspruchs der hier zu beurteilenden Kündigung, mithin am 02.12.2005, war der Arbeitsplatz des Projektleiters Advanced Project nicht mehr frei, sondern seit dem 01.11.2005 mit dem Zeugen D besetzt.

bbb. Die Beklagte verstößt jedoch gegen den Grundgedanken des § 162 BGB und damit letztendlich gegen Treu und Glauben, wenn sie sich hierauf beruft (vgl. BAG, vom 25.4.2002, AP Nr. 121 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung); für sie war nämlich im Zeitpunkt der Neubesetzung dieser für den Kläger geeigneten Alternativstelle längst absehbar gewesen, dass dem Kläger konkret und kurzfristig der Verlust seines Arbeitsplatzes als Chief-Designer drohte.

Dies ergibt sich aus dem eigenen Sachvortrag der Beklagten. So hat die Beklagte vorgetragen, dass ihr Personalleiter

L bereits im Jahre 2004 den Auftrag erhalten hatte, die Organisationsstruktur des Konstruktionsbereichs einer kritischen Würdigung zu unterziehen und Pläne zu einer Optimierung zu entwickeln. Schon Anfang 2005 ging die Beklagte sodann – wiederum ihrem eigenen Vortrag zu Folge – auf den Kläger mit dem Wunsch zu, diesen von seinem arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsplatz als Chief-Designer zu entbinden und entweder das Arbeitsverhältnis gänzlich zu beenden oder eine Weiterbeschäftigung als Leiter der Abteilung Advanced Project Group zu vereinbaren. Bereits zu diesem Zeitpunkt verfolgte die Beklagte demnach Planungen, die den Kläger an seinem bisherigen Arbeitsplatz als Chief-Designer als entbehrlich ansahen.

Diese durch das von der Beklagten initiierte Gespräch mit dem Kläger von Februar 2005 indizierten Umstände werden massiv durch den weiteren Sachvortrag der Beklagten untermauert, wonach die Arbeitsaufgaben des Klägers an seinem Arbeitsplatz als Chief-Designer während des Jahres 2005 einem fortlaufenden Erosionsprozess unterworfen gewesen seien mit der drastischen Folge, dass der Kläger bereits Monate vor Ausspruch der Kündigung – der Beklagten zufolge – nichts mehr zu tun gehabt haben soll als Kaffee zu trinken und mit unbekanntem Dritten Telefonate zu führen. Wenn die Beklagte dann noch selbst, wie im Schriftsatz vom 23.04.2007 geschehen, klarstellt, dass dieses von ihr behauptete „Nichtstun“ des Klägers **nicht** Ausdruck eines arbeitsvertraglichen Fehlverhaltens war, sondern Folge „der erfreulichen Entwicklung eigenen Know-hows der nachgeordneten Konstrukteure“, die bewirkte, „dass der Kläger ihnen nichts mehr vermitteln konnte“, so wird vollends deutlich, dass sich für die Beklagte der Arbeitsplatzverlust des Klägers als Chief-Designer schon lange vor der von ihr auf den 28.11.2005 datierten unternehmerischen Entscheidung überdeutlich abzeichnete und von der Beklagten, wie das Gespräch von Februar 2005 zeigt, auch bereits aktiv forciert wurde.

Die Beklagte musste somit nicht erst im Zeitpunkt der Neubesetzung der Stelle des Projektleiters Advanced Projects zum 01.11.2005, sondern auch schon im von ihr behaupteten Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages mit dem von ihr für diese Stelle vorgesehenen D ins Kalkül ziehen, dass sie sich anschickte einen Arbeitsplatz neu zu besetzen, der auch für den akut von einem Arbeitsplatzverlust bedrohten Kläger in Betracht gekommen wäre.

cc. Ebenso wenig kann die Beklagte sich darauf berufen, dass der Kläger bei den Gesprächen im Februar 2005 auf ihr Ansinnen, auf dem Arbeitsplatz des Projektleiters Advanced Project weiter zu arbeiten, zunächst nicht eingegangen ist. Unstreitig hat die Beklagte dem Kläger weder ein konkretes, unterschriftsreifes Angebot vorgelegt, aus dem auch ihre Vorstellungen über die finanziellen Bedingungen der Weiterbeschäftigung hervorgingen, noch hat sie dem Kläger seinerzeit vor Augen geführt, dass dieser für den Fall der Ablehnung des Angebots mit der betriebsbedingten Kündigung rechnen musste.

dd. Zwar ist die Stelle des Projektleiters Advanced Project auf einer niedrigeren Hierarchieebene angesiedelt als es die arbeitsvertragliche Stelle des Klägers als Chief-Designer war. Die Beklagte konnte die Beendigungskündigung des Klägers somit nicht einfach im Wege des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts durch eine Versetzung vermeiden, wäre in einem solchen Fall anerkanntermaßen aber gehalten gewesen, anstelle einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen (BAG, vom 21.9.2006, NZA 2007, 431 ff.; LAG Köln, vom 20.11.2003, 6 Sa 46/03). Auch dies gebietet der Ultima-Ratio-Grundsatz, da auch die Änderungskündigung im Vergleich zu der von der Beklagten gewählten Beendigungskündigung ein milderes Mittel der Interessenwahrnehmung darstellt.

ee. Die Beklagte hat keinerlei Tatsachenbelege dafür beibringen können, dass der Kläger auch im Falle einer Änderungskündigung das Angebot einer Weiterarbeit als Projektleiter Advanced Project in jedem Fall abgelehnt und keinesfalls auch nur unter dem Vorbehalt einer sozialen Rechtfertigung angenommen hätte.

ff. Schließlich kann die Beklagte auch nicht mit dem Einwand gehört werden, der Kläger sei für die Position eines Projektleiters Advanced Project fachlich nicht geeignet gewesen.

aaa. Diese These hat die Beklagte durch ihr eigenes Verhalten bereits selbst eindeutig widerlegt; denn wenn die Beklagte den Kläger jedenfalls im Februar 2005 nicht noch für geeignet gehalten hätte, den fraglichen Posten zu übernehmen, hätte sie ihm diesen nicht aus eigener Initiative angetragen.

bbb. Die durchgängige Behauptung der Beklagten, der Kläger sei als „Designer alter Schule“ wegen EDV-technischer Defizite den modernen Anforderungen – insbesondere auf dem Gebiet der Computersimulation – ohnehin nicht mehr gewachsen, klingt in Anbetracht des beruflichen Vorlebens des Klägers und der Gesamtumstände für einen außenstehenden Dritten wenig nachvollziehbar und überzeugend. Schon zu dem Zeitpunkt, als der Kläger von der Beklagten gerade wegen seiner herausragenden Erfahrung und Fachkompetenz für ihr neu gegründetes Formel 1 – Team rekrutiert wurde, wurde in dieser geradezu klassischen High-Tech-Branche schon seit vielen Jahren unverzichtbar EDV-gesteuerte Arbeit geleistet. Ungeachtet dessen hätte die Beklagte aber allein schon im Hinblick auf ihren Vorschlag aus Februar 2005 darlegen müssen, was zwischen Februar und November 2005 passiert sein soll, das zur Folge hatte, dass eine im Februar noch von der Beklagten selbst angenommene Eignung des Klägers als Projektleiter Advanced Project im November plötzlich nicht mehr vorhanden gewesen wäre.

Ebenfalls hätte die Beklagte zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung bei Wegfall des Arbeitsplatzes als Chief-Designer eine Weiterbeschäftigung des Klägers als Projektleiter der Projektgruppe Future Car in Erwägung ziehen müssen. Auch insoweit verstößt die Kündigung vom 02.12.2005 gegen das Ultima-Ratio-Prinzip. Zur Begründung

gelten die obigen Ausführungen zum Arbeitsplatz des Projektleiters Advanced Project entsprechend.

2. Erweist sich die betriebsbedingte Kündigung der Beklagten vom 02.12.2005 somit entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts Köln als sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam, so ist der von der Beklagten hilfsweise gestellte Auflösungsantrag nach § 9, 10 KSchG in der Berufungsinstanz zur Entscheidung angefallen. Auch der hilfsweise gestellte Antrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, konnte keinen Erfolg haben. Es ist für das Berufungsgericht nicht feststellbar, dass es der Beklagten unzumutbar sein soll, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger trotz Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung vom 02.12.2005 fortzusetzen. Die Beklagte hat keine ausreichenden Tatsachen dargelegt, die es befürchten lassen, dass eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen ihr und dem Kläger nicht zu erwarten sei.

Die Beklagte fasst in der Berufungsinstanz die Unzumutbarkeitsgründe wie folgt zusammen: Sie gehöre einem Weltunternehmen an, welches einen tadellosen Ruf genieße, wirtschaftlich außerordentlich erfolgreich und frei von jeglichen Skandalen sei. Der Kläger jedoch stelle dieses Unternehmen dar, als ob es Werksspionage betreibe, er darüber etwas wisse, weswegen man ihn in rüdem Stil auf die Straße gesetzt habe und ihm verbiete, den „wahren“ Hintergrund seiner Entlassung auch nur anzudeuten, anderenfalls ihm 1,9 Millionen Euro nicht gezahlt würden. Diese vermeintlichen Unzumutbarkeitsgründe halten einer tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a. So ist nicht ersichtlich, dass der Kläger im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens oder in einem anderen von der Beklagten angeführten Sachzusammenhang den Vorwurf erhoben habe, die Beklagte betreibe Werksspionage.

aa. Richtig ist, dass der Kläger im Verlaufe des vorliegenden Verfahrens Spekulationen darüber angestellt hat, dass die hier zu beurteilende Kündigung vom 02.12.2005 nicht betriebsbedingter Natur sei, sondern in Wirklichkeit andere Gründe habe. Der Kläger, der bekanntlich mit zwei anderen ehemaligen Repräsentanten der Beklagten von der Staatsanwaltschaft wegen Verstoßes gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb verfolgt wird, hat dabei aus seiner Sicht auf zeitliche Zusammenhänge hingewiesen einmal zwischen der Erstattung der Strafanzeige in jenem Strafverfahren und dem von der Beklagten initiierten Gespräch über eine etwaige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Februar 2005, zum anderen zwischen dem auf Mitte November 2005 datierten Entschluss der Staatsanwaltschaft, im Strafverfahren Anklage zu erheben, und dem Ausspruch der Kündigung Anfang Dezember 2005. Es gehört noch zu der Wahrnehmung berechtigter Interessen eines Arbeitnehmers in einem Kündigungsschutzprozess, wenn der Arbeitnehmer, der die von seinem Arbeitgeber zur Rechtfertigung der Kündigung herangeführten betriebsbedingten Gründe nicht für stichhaltig hält, Spe-

Bestandsschutz

kulationen darüber anstellt, dass die „wahren“ Gründe für eine Kündigung anderer Natur sein könnten.

Wenn der Kläger dabei den Wunsch der Beklagten, das Arbeitsverhältnis mit ihm zu beenden, mit dem unter anderem gegen ihn geführten Strafverfahren wegen unlauteren Wettbewerbs in Zusammenhang bringt, so bedeutet dies jedoch keineswegs zwingend, dass er damit der Beklagten gegenüber mittelbar den Vorwurf erheben will, die Beklagte habe den Tatbestand der Werkspionage, der Gegenstand des Strafverfahrens ist, tatsächlich verwirklicht. Immerhin ist der Kläger selbst in eigener Person Beschuldigter bzw. Angeklagter des Strafverfahrens, und er hat dort mit anwaltlicher Unterstützung der Beklagten (!) die gegen ihn von der Staatsanwaltschaft erhobenen Vorwürfe in Abrede gestellt und der Staatsanwaltschaft gegenüber keinerlei Beschuldigungen zu Lasten der Beklagten erhoben. Der Kläger würde sich auch tendenziell zuvörderst selber schaden, wenn er gleichwohl nunmehr in einem öffentlichen Gerichtsverfahren zivilrechtlicher Art oder gar gegenüber Presseorganen die Behauptung aufstellen würde, die Beklagte habe tatsächlich zu Mitteln der Werkspionage gegriffen.

bb. Wenn der Kläger daher einen Zusammenhang herstellt zwischen dem gegen ihn durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren einerseits und dem Wunsch der Beklagten andererseits, das Arbeitsverhältnis mit ihm zu beenden, so erscheint es naheliegender, dies so zu interpretieren, dass die Kündigung der Beklagten seiner Meinung nach Ausdruck ihres Bemühens ist, jegliche Berührungspunkte zwischen ihr als Unternehmen und dem laufenden Strafverfahren zu minimieren, um dadurch vorbeugend dem Sprichwort Rechnung zu tragen: „aliquid semper haeret (etwas bleibt immer hängen)“.

b. Allein der Vorwurf eines von einer bestrittenen Kündigung betroffenen Arbeitnehmers, die offiziellen Kündigungsgründe seien nur vorgeschoben, reicht für sich betrachtet nicht aus, um die Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung zu begründen, wenn sich die fragliche Kündigung als rechtsunwirksam erweist.

c. Aus entsprechenden Gründen kann auch die Formulierung in dem Artikel des S 35/2006 („Würde er auch nur andeuten, was wohl der Hintergrund seiner Entlassung ist, riskierte er keinen Cent zu bekommen.“) den Auflösungsantrag nicht rechtfertigen. Hinzu kommt, dass bei der Lektüre dieses S – Artikels sprachlich nicht einmal eindeutig feststellbar ist, ob der fragliche Satz in indirekter Rede eine Aussage des Klägers wiedergeben soll – der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestritten, eine solche Aussage gemacht zu haben – oder ob es sich um eine Schlussfolgerung des den Artikel verfassenden Journalisten handelt.

d. Auch der Inhalt des Interviews des Klägers mit der Zeitschrift M Aktuell vom 23.01.2006 vermag den Auflösungsantrag der Beklagten nicht zu rechtfertigen. In Frage kommt hier allenfalls die Äußerung des Klägers, bezogen auf die

Umstände der Kündigungserklärung: „Ich wurde zum Personalchef gerufen, und man sagte mir, ich hätte 10 Minuten Zeit, um meinen Krempel zu packen“; denn diese Schilderung entspräche nach der Darstellung der Beklagten nicht den Tatsachen.

aa. Es kann jedoch dahin gestellt bleiben, ob anlässlich der Übergabe des Kündigungsschreibens dem Kläger tatsächlich wörtlich oder auch nur sinngemäß gesagt worden sei, „er hätte 10 Minuten Zeit, um seinen Krempel zu packen“. Ein wahrer Tatsachenkern verbirgt sich hinter der Äußerung immerhin insofern, als das Gespräch, bei dem es zur Übergabe des Kündigungsschreibens kam, tatsächlich nur wenige Minuten gedauert hat, als dem Kläger im Rahmen dieses Gespräches nahe gelegt wurde, nach Hause zu gehen und als der Kläger alsbald für die Dauer der Kündigungsfrist von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei gestellt wurde.

bb. Mag die Darstellung des Klägers möglicherweise auch überspitzt sein, so ist sie doch als Ausdruck seines subjektiven Empfindens zu würdigen, dass er zu einem für ihn überraschenden Zeitpunkt mit dem Ausspruch der Kündigung und der alsbaldigen Suspendierung von der Arbeit vor vollendete Tatsachen gestellt wurde. Dies erscheint zur Überzeugung des Berufungsgerichts nicht so gravierend, als dass daraus die Unzumutbarkeit einer weiteren Zusammenarbeit der Parteien in Anbetracht der Unwirksamkeit der streitigen Kündigung gefolgert werden könnte.

e. Sollte die Beklagte schließlich auch in der Berufungsinstanz noch den Auflösungsantrag auch auf die erstinstanzliche Prozessdarstellung des Klägers stützen wollen, wonach die Beklagte an der Auflösung seines Vertrages mit dem früheren Arbeitgeber M aktiv mitgewirkt habe, so kann dies erst Recht nicht den streitigen Auflösungsantrag rechtfertigen.

aa. Unstreitig erfolgte der Wechsel des Klägers von M zur Beklagten auf Initiative der Beklagten und äußerst kurzfristig. Wie die Beklagte im Nachhinein ebenfalls einräumen musste, hat sie dem Kläger zumindest teilweise auch bei der Abwicklung seiner Angelegenheiten mit M anwaltliche Hilfestellung geleistet.

bb. Explizit hat der Kläger niemals behauptet, die Beklagte habe ihn seinerzeit zum Vertragsbruch verleiten wollen und ihn wettbewerbswidrig von M abgeworben, zumal er sich mit einem solchen Vortrag selber in ein schlechtes Licht gesetzt hätte, da er sich schließlich zum kurzfristigen Wechsel zur Beklagten bereit gefunden hat. Der Kläger hat dies in seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 30.05.2006 (dort Seite 24) auch ausdrücklich klargestellt. Dem Kläger kam es vielmehr insbesondere im Zusammenhang mit den zwischen den Parteien weiter streitigen Zahlungsansprüchen lediglich darauf an darzustellen, dass die Beklagte seinerzeit ein hohes Interesse an einem kurzfristigen Wechsel des Klägers zeigte. Dies wiederum entspricht den unstreitigen Tatsachen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13.06.2007, 7 Sa 1299/06

236. Krankheitsbedingte Kündigung, schwerbehinderter Mensch

Der Bescheid des Amtes für Familie und Soziales vom 20.06.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Sächsischen Landesamtes für Familie und Soziales vom 27.03.2007 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO –).

Die angefochtene Zustimmung, die gemäß § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO der Rechtmäßigkeitskontrolle mit Blick auf den Widerspruchsbescheid unterliegt, findet ihre Rechtsgrundlage in § 85 Abs. I SGB IX, wonach die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung der zuständigen Integrationsbehörde – hier des Amtes für Familie und Soziales Leipzig – bedarf. Der zu 30 % in seiner Erwerbsfähigkeit geminderte Kläger unterfällt aufgrund der Gleichstellung mit einem schwer behinderten Menschen gemäß Bescheid der Bundesagentur für Arbeit vom 29.11.2001 dem hierin geregelten Kündigungsschutz.

Die Zustimmungsentscheidung steht dabei im – pflichtgemäßen – Ermessen der zuständigen Behörde und ist daher gemäß § 114 VwGO gerichtlich nur dahin gehend zu überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde, d.h., ob die Behörde in ihre Ermessenserwägungen all das eingestellt hat, was nach Lage der Dinge einzustellen ist, ob sie von einem zutreffend und vollständig aufgeklärten Sachverhalt ausgegangen und die sodann vorgenommene Abwägung widerspruchsfrei bzw. sachgerecht erfolgt ist.

Gemessen daran hält die angefochtene Zustimmung zur Kündigung einer Überprüfung stand.

Die formellen Voraussetzungen – Beteiligung des Personalrats, Kündigungsschutzverhandlung sind eingehalten. Insbesondere ist die Entscheidung des Beklagten nicht etwa deshalb rechtswidrig, weil möglicherweise vor Erteilung der Zustimmung kein Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX durchgeführt wurde. Allein ein Verstoß gegen § 84 Abs. 2 SGB IX könnte nicht die Rechtswidrigkeit der Zustimmung zur Kündigung nach § 85 SGB IX begründen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Beklagte im Rahmen dieses Verfahrens die Form der Vorschriften eingehalten hat und auch eine Einigung im Sinne des Erhalts eines Arbeitsplatzes bei der Beigeladenen versucht bzw. entsprechende Maßnahmen hierzu geprüft hat. Zudem hat die Beigeladene erst nach einem Zeitraum von über drei Jahren einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung wegen erheblicher krankheitsbedingter Fehlzeiten gestellt, nachdem sie zuvor versuchte durch eine Umgestaltung des Arbeitsplatzes Abhilfe zu schaffen.

Die Entscheidung des Beklagten ist auch materiell rechtmäßig. Entsprechend dem dem Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX zugrunde liegenden Fürsorgegebot soll

die Regelung den schwer behinderten Menschen vor den besonderen Gefahren, denen er wegen seiner Behinderung auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt ist, bewahren und sicherstellen, dass er gegenüber den nicht schwer behinderten Menschen aufgrund seiner Behinderung nicht benachteiligt wird. Das hat auch Leitlinie der Ermessensentscheidung über die Zustimmung der Kündigung zu sein. Welche Umstände im Einzelnen und mit welchem Gewicht für die Interessenabwägung maßgeblich sind, lässt sich nicht allgemein bestimmen; entscheidend sind der Bezug zur Behinderung und die Bedeutung, die einzelnen Sachverhaltselementen im Hinblick auf die Zweckrichtung des Kündigungsschutzes zukommt. Dabei gewinnt die Schutzwürdigkeit des Interesses des schwer behinderten Menschen am Fortbestand seines Arbeitsplatzes an Gewicht, wenn die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben. In diesem Fall sind an die im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigende Zumutbarkeitsgrenze des Arbeitgebers grundsätzlich besonders hohe Anforderungen zu stellen (BVerwG, Ur. v. 19.10.1995, BVerwGE 99, 336 ff.).

In der Rechtsprechung ist weiter geklärt, dass es für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der erteilten Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten auf den so genannten „historischen Sachverhalt“, nämlich denjenigen, der im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung gegeben war, ankommt (vgl. u. a. BVerwG, Beschl. v. 7.3.1991 – 5 B 114.89 –, zitiert nach juris). Grund für die schließlich nach erfolgter Zustimmung ausgesprochene Kündigung mit Schreiben vom 27.6.2006 zum 31.12.2006 war die Arbeitsunfähigkeit des Klägers, im Jahr 2003 (110 Tage), 2004 (97 Tage), 2005 (78 Tage) und 2006 (bis zum Zeitpunkt der Antragstellung 16 Tage und im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung 52 Tage). Insoweit ist zwischen den Beteiligten im Wesentlichen auch unstrittig, dass diese Fehlzeiten vornehmlich auf der Behinderung des Klägers beruhen.

Arbeitsunfähigkeit kann unter weiteren Voraussetzungen die Zustimmung der Behörde zur beabsichtigten Kündigung rechtfertigen. Zwar mag der Schutz des Schwerbehinderten – wie dargelegt – dort an Gewicht gewinnen, wo die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die ihre Ursachen in der Behinderung selbst haben und der Arbeitgeber eines schwer behinderten Arbeitnehmers daher in Ausnahmefällen verpflichtet sein, diesen durchzuschleppen. Dies bedeutet indes nicht, dass der Schwerbehinderte „praktisch unkündbar“ wäre. Insbesondere soll der Kündigungsschutz nicht dahin führen, dass schwer behinderte Arbeitnehmer, deren Leistung – sei es auch aufgrund ihrer Behinderung – unterhalb des betrieblich oder wirtschaftlich Vertretbaren liegen, weiterbeschäftigt werden müssen. In derartigen Fällen ist dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Schwerbehinderten regelmäßig nicht mehr zuzumuten (vgl. VGH Bad.-Württ., Ur. v. 30.6.1997 – 6 S 1905/87 –; BVerwG, Beschl. v. 16.6.1990 – 5 B 127.89 –). Die Behörde ist daher

Bestandsschutz

verpflichtet, lange Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers in die Abwägung der Interessen des Schwerbehinderten an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und den Belangen des Arbeitgebers einzubeziehen, damit dessen Freiheit, sein Unternehmen zu planen und zu führen, mithin das ihm rechtlich zustehende Direktionsrecht, nicht ausgehöhlt wird. Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers einerseits und wirtschaftliche Lage des zur Beschäftigung verpflichteten Betriebes andererseits sind daher bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Die Annahme des Beklagten, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beigeladenen die Grenze der Zumutbarkeit erreicht hat, ist jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft. Unzumutbarkeit liegt vor, wenn die krankheitsbedingten Fehlzeiten ein das Übliche wesentlich überschreitendes Maß erreichen und eine lang andauernde Krankheit im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung absehbar zu verzeichnen ist, aufgrund einer Prognose davon auszugehen ist, dass die Arbeitsfähigkeit objektiv auf unabsehbare Zeit nicht wiederhergestellt werden kann, die mit den – auch künftigen – Fehlzeiten verbundenen Leistungsausfälle beim Arbeitgeber zu erheblichen betrieblichen oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten führen und schließlich beim Arbeitgeber kein anderer Arbeitsplatz vorhanden ist, an dem der Schwerbehinderte ungeachtet seiner Behinderung weiterbeschäftigt werden könnte.

Der Beklagte hat den zur Klärung dieser Fragen entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig aufgeklärt. Insbesondere bedurfte es zur Beurteilung der absehbaren Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Klägers im Rahmen der zu treffenden Prognose nicht der Einholung weiterer ärztlichen Stellungnahmen. Denn bereits aus den vorliegenden Stellungnahmen, insbesondere des den Kläger behandelnden Dr. K vom 23.5.2006 ergibt sich, dass aufgrund des gesundheitlichen Zustands des Klägers auch künftig mit weiteren Krankheitsfällen zu rechnen ist.

Der Beklagte geht zutreffend davon aus, dass im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin unter Zugrundelegung der Jahre 2003, 2004 und 2005 das übliche Maß wesentlich überschritten haben. Zudem war der Kläger offenbar im Jahr 2006 wiederum bis zum 12.5.2006, und zwar von 72 Tagen 52 Tage dauerhaft krank.

Vor diesem Hintergrund ist auch die vom Beklagten aufgestellte Prognose über die künftige Entwicklung des Gesundheitszustandes des Klägers und damit im Zusammenhang stehende Ausfallzeiten nicht zu beanstanden. Bereits Fehlzeiten von 30 % durchschnittlich über einen Zeitraum von drei Jahren können, weil diese erheblich sind, grundsätzlich eine Kündigung rechtfertigen (vgl. OVG Münster, Urt. v. 21.3.1990 – 13 A 1605/89 –).

Die Annahme, dass beim Vorliegen weiterer möglicher krankheitsbedingter Ausfälle, ein planbarer Ablauf und die Mehrbelastung der anderen Mitarbeiter erheblich erschwert werden

würde, ist nachvollziehbar. Denn bedingt dadurch, dass der Kläger nur leichte bis mittelschwere Arbeiten verrichten darf, ist bereits ohne krankheitsbedingte Ausfälle die Mehrbelastung der anderen Mitarbeiter gegeben. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Beigeladene ihren gegenüber dem schwer behinderten Kläger obliegenden Fürsorgepflichten nachgekommen ist, indem sie spätestens ab 2003 den Arbeitsplatz leidensgerecht gestaltete, um dem Kläger seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Denn erheblichen Fehlzeiten des Klägers zeichneten sich nicht erst im Jahr 2003 ab, vielmehr war der Kläger ausweislich des in der Verwaltungsakte befindlichen Schreibens der AOK Sachsen vom 31.1.2006 bereits im Jahr 2002 in überdurchschnittlichem Umfang erkrankt. Die Bemühungen zur Umgestaltung des Arbeitsplatzes konnten offensichtlich erhebliche Ausfallzeiten in der Zukunft nicht verhindern.

Die bisherigen Minderleistungen des Klägers, die sich aufgrund der Fehlzeiten ergeben, haben bei der Beigeladenen bereits in der Vergangenheit zu erheblichen betrieblichen Schwierigkeiten geführt. Die Ausführungen des Beklagten hierzu sind in sich widerspruchsfrei und sachgerecht. Dass die Fehlzeiten jedenfalls insoweit zu betrieblichen Problemen geführt haben, als die übrigen Mitarbeiter den Arbeitsausfall des Klägers zusätzlich aufgefangen haben, versteht sich von selbst.

■ Verwaltungsgericht Leipzig

vom 24.04.2008, 3 K 451/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwalts Haus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

237. Krankheitsbedingte Kündigung, häufige Kurzzeiterkrankungen, betriebliches Eingliederungsmanagement

Entscheidungsgründe:

II. Die Kündigung ist nicht aus personenbedingten Gründen im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial gerechtfertigt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (vgl. Urteil vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 42 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 52 mit weiteren Nachweisen) ist die Kündigung wegen häufiger (Kurz-) Erkrankungen in drei Stufen zu prüfen.

Danach ist zunächst – erste Stufe – eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Es müssen, und zwar abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt, objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen. Häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit können indiziell für eine entsprechende künftige Entwicklung des Krankheitsbildes sprechen. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Krankheiten ausgeheilt sind. Bei einer negativen Indizwirkung hat der Arbeitnehmer gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen ist.

Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes – zweite Stufe – festzustellen ist. Dabei können neben Betriebsablaufstörung auch wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen.

Liegt eine solche erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, so ist in einem dritten Prüfungsschritt im Rahmen der nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen. Dabei ist u. a. zu berücksichtigen, ob die Erkrankungen auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind, ob und wie lange das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zunächst ungestört verlaufen ist, ob der Arbeitgeber eine Personalreserve vorhält und etwa neben Betriebsablaufstörungen auch noch hohe Entgeltfortzahlungskosten aufzuwenden hatte. Ferner ist das Alter, der Familienstand und die Unterhaltspflichten sowie ggf. eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen (BAG, v. 10.11.2005 – 2 AZR 44/05, a.a.O.).

Dabei kann zu Gunsten der Beklagten zunächst unterstellt werden, dass zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 16.02.2007 eine negative Zukunftsprognose im Hinblick auf weitere erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten des Klägers bestanden hat. Dafür sprechen nämlich die Fehlzeiten des Klägers seit 01.01.2003 (1.). Die Kündigung ist jedoch sozial nicht gerechtfertigt, weil die betrieblichen Interessen der Beklagten im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht erheblich beeinträchtigt waren (2.) und außerdem aufgrund der gebotenen Interessenabwägung die zu erwartenden Beeinträchtigungen von der Beklagten noch hingenommen werden mussten (3.).

1. Aus den Fehlzeiten wegen Magen-Darmbeschwerden (Gastroenteritis, Gastroduodenitis) sowie wegen Infektionen der oberen Atemwege (Bronchitis, Sinusitis) folgt, dass auch in Zukunft mit krankheitsbedingten Fehlzeiten zu rechnen ist.

Fehlzeiten, die auf Erkrankungen beruhen, bei denen keine Wiederholungsgefahr besteht, scheiden für die negative Prognose aus. Das betrifft beispielsweise ausgeheilte Leiden, Unfälle, soweit sie einmalige Ereignisse darstellen und sonstige offenkundig einmalige Gesundheitsschäden (BAG, vom 07.11.2002 – 2 AZR 599/01 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 40 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 50; BAG, vom 12.12.1996 – 2 AZR 7/96 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 41 = Rz K I 5g Nr. 66).

Die Fehlzeiten wegen Bronchitis bzw. Infektion der oberen Atemwege und Gastroenteritis bzw. Gastroduodenitis rechtfertigen eine Wiederholungsgefahr auch für die Zukunft. Es handelt sich dabei zwar um Erkrankungen, die jeden gesun-

den Menschen treffen können. Bei dem Kläger liegt aber eine Krankheitsanfälligkeit insoweit vor. Bei Erkältungs- bzw. Entzündungserkrankungen sowie bei Beschwerden des Bewegungsapparates liegt grundsätzlich die Gefahr einer Wiederholung nahe, selbst wenn die akuten Erkrankungsfälle ausgeheilt sind. Sie zeugen nämlich von einer gewissen Anfälligkeit (BAG, vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 42 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 52). Im Jahr 2003 entfielen auf diese Krankheitsbilder 22 Fehltage, im Jahr 2004 allein 17 Fehltage, im Jahr 2005 10 Fehltage, im Jahr 2006 20 Fehltage und im Jahr 2007 bis zum 09.03.2007 8 Fehltage.

Die Behauptung des Klägers, aufgrund seines verbesserten Allgemeinzustandes sei er widerstandsfähiger gegenüber Erkältungskrankheiten geworden, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Hiergegen spricht zum einen, dass im September, November und Dezember 2006 sowie im Februar und im März 2007 trotz der behaupteten Verbesserung des Allgemeinzustandes weitere Fehlzeiten wegen der beiden Krankheitsbilder aufgetreten sind.

Zum anderen ist der Kläger mit seinem Vortrag der abgestuften Darlegungslast bei der negativen Prognose nicht nachgekommen. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Da der Arbeitgeber, die Diagnosen für krankheitsbedingte Fehlzeiten nicht kennt, kann aus dem Umfang und der jeweiligen Dauer von Kurzerkrankungen in der Vergangenheit auf eine negative Prognose in der Zukunft geschlossen werden. Liegt eine solche negative Indizwirkung vor, hat der Arbeitnehmer gemäß § 138 Abs. 2 ZPO darzulegen, weshalb mit einer baldigen Genesung zu rechnen ist, wobei er seiner prozessualen Mitwirkungspflicht schon dann genügt, wenn er die Behauptungen des Arbeitgebers nicht nur bestreitet, sondern seinerseits vorträgt, die ihn behandelnden Ärzte hätten die gesundheitliche Entwicklung positiv beurteilt, und wenn er die ihn behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbindet. Erst dann ist es wiederum Sache des Arbeitgebers, den Beweis für das Vorliegen einer negativen Gesundheitsprognose zu führen (vgl. SAG, vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 42 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 52). Der Kläger hat zwar den ihn behandelnden Arzt für seinen sehr guten Allgemeinzustand als Zeugen benannt. Er hat insoweit jedoch lediglich behauptet, dies habe ihm sein behandelnder Arzt auch ausdrücklich bestätigt. Darin liegt jedoch keine Erklärung, dass dadurch, wie in der Vergangenheit, Fehlzeiten wegen Gastroenteritis oder Gastroduodenitis sowie wegen Infektionen der oberen Atemwege nicht mehr auftreten würden.

Ob insbesondere die Fehlzeiten wegen der Rücken- und Schulterbeschwerden sowie der Hämatemesis und der Epicondylitis deswegen eine negative Prognose nicht mehr begründen könnten, da sie nach der Kur und wegen des besseren gesundheitsfördernden Verhalten des Klägers bzw. der Verbesserung seines Allgemeinzustandes nicht mehr

Bestandsschutz

auftreten würden, was streitig ist, kann vorliegend offen bleiben.

2. Die zweite Stufe der Prüfung ergibt nämlich, dass keine erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen vorliegen, die die Kündigung rechtfertigen könnten.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (vgl. Urteil vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 42 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 52; vom 07.11.2002 – 2 AZR 599/01 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 40 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 50) stellen schon allein die entstandenen und zukünftig zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten, die jeweils für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen jährlich aufzuwenden sind, eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen dar.

Im Hinblick auf den bisherigen Ablauf des Arbeitsverhältnisses seit dem Jahr 2003 kann es möglich sein, dass auch in Zukunft regelmäßig mit Entgeltfortzahlungskosten von mehr als sechs Wochen pro Jahr für die Beklagte zu rechnen ist. Denn mit einer Ausnahme im Jahr 2004 übersteigen die Entgeltfortzahlungszeiträume immer sechs Wochen.

Allerdings ist eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen dann zu verneinen, wenn die künftig zu erwartenden Ausfallzeiten durch andere geeignete und mildere Mittel als eine Kündigung vermieden oder zumindest erheblich reduziert werden können. Hätten Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden, die eine Kündigung vermieden hätten, so wäre der Arbeitgeber nach dem dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet gewesen, dem Arbeitnehmer diese alternative Beschäftigungsmöglichkeit anzubieten (vgl. BAG, vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/07 – AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 personenbedingte Kündigung = EzA § 84 SGB IX Nr. 3). Dies gilt jedenfalls innerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes (BAG, vom 24.01.2008 – 6 AZR 96/07 – EzA SD 2008 Nr. 8; 28.08.2003 – 2 AZR 333/02 -AP § 242 BGB Kündigung Nr. 17 = EzA § 242 BGB 2002 Kündigung Nr. 4). Im vorliegenden Verfahren findet das KSchG – wie dargestellt – Anwendung. Deswegen kann die Kündigung auch an dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit geprüft werden.

Da der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Darlegung- und Beweislast für die Tatsachen trägt, die die Kündigung bedingen, obliegt es ihm auch, fehlende – alternative – Beschäftigungsmöglichkeiten darzulegen. Dabei kann er zunächst pauschal behaupten, es bestehe keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer. Dieser muss dann konkret darlegen, wie er sich eine Änderung des bisherigen Arbeitsplatzes oder eine andere Beschäftigungsmöglichkeit – an einem anderen Arbeitsplatz – vorstellt, die seine Ausfallzeiten zumindest erheblich verringern würde (vgl. BAG, vom 12.07.2007 – 2 AZR 716/07 – AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 personenbedingte Kündigung = EzA § 84 SGB IX Nr. 3).

Nach § 84 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber bei einem Be-

schäftigten, der innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen wiederholt arbeitsunfähig gewesen ist, mit der zuständigen Interessenvertretung und mit Zustimmung der betroffenen Person die Möglichkeiten zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers erhalten werden kann. Das Erfordernis eines solchen betrieblichen Eingliederungsmanagements besteht für alle Arbeitnehmer und nicht nur für behinderte Menschen. Die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung, da § 84 Abs. 2 SGB IX kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB darstellt (vgl. BAG, vom 12.07.2007, a.a.O.). Hat der Arbeitgeber allerdings kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt, darf er sich durch seine dem Gesetz entsprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen. Es bedarf vielmehr eines umfassenden konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher inne gehaltenen Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne (vgl. BAG, vom 12.07.2007, a.a.O.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze können die krankheitsbedingten Fehlzeiten wegen der Rücken- bzw. Schulterprobleme des Klägers in der Vergangenheit nicht für eine Prognose dahingehend herangezogen werden, dass diese auch bei leidensgerechter Beschäftigung in der Zukunft entstehen würden. Unstreitig ist nämlich, dass es eine Empfehlung des Werksarztes aus dem Jahr 2005 gibt, nach der der Kläger nicht mehr als 10 Kilogramm heben durfte. Dennoch beinhaltete seine Beschäftigung mindestens 1 Stunde täglich das Heben von ca. 20 Kilogramm schweren Kabeln in Kisten. Unstreitig ist insoweit auch, dass zwar die Anweisung bestand, dass zwei Arbeitnehmer diese Arbeit verrichten sollten. Unstreitig ist jedoch auch, dass der Kläger die Kabel dennoch auch allein in die Kisten hob.

Der Kläger hat sich insoweit auch auf einen leidensgerechten anderen Arbeitsplatz berufen. So hat er beispielsweise behauptet, dass nach seiner Weiterbeschäftigung aufgrund des erstinstanzlichen Urteils sein Einsatz sich geändert habe. Er werde an der Anbaulinie im „Triebsatz“ eingesetzt, bei der schwere Teile mit Hilfe mehrerer Hebevorrichtungen bewegt würden. Auch deswegen seien keine Rückenbeschwerden mehr aufgetreten.

Die Beklagte hat aber insoweit kein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt.

Es kann schon festgestellt werden, dass unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung – unstreitig – keinerlei dementsprechende Maßnahme erfolgte. Dies wäre aber, insbesondere vor dem Hintergrund der Kurmaßnahme im Jahr 2006 erforderlich gewesen.

Mit dem Verfahren nach § 84 Abs. 2 SGB IX soll versucht werden, in drei Richtungen Lösungen zu finden, nämlich wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und wie der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Danach entspricht es dem Sinn und Zweck des § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX, wenn nach durchgeführter Kurmaßnahme und dennoch auftretender Fehlzeiten in erheblichen Umfang das Gespräch mit dem Arbeitnehmer gesucht wird, um evtl. andere Lösungen zu finden.

Im Übrigen wird auch das Personalgespräch vom 15.03.2006 den Anforderungen an ein betriebliches Eingliederungsmanagement nicht gerecht. Die Beklagte hat weder die in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgegebenen Bedingungen, noch die von ihr selbst in der Betriebsvereinbarung vom 01.06.1996 aufgestellten Regelungen beachtet. Nach § 84 Abs. 2 S. 3 SGB IX ist die betroffene Person vor der Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements auf dessen Ziele sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen. Diese Vorschrift dient der bestmöglichen Vorbereitung des Verfahrens durch den Arbeitnehmer. Nur wenn ihm Gelegenheit gegeben wird, den Termin vorzubereiten, kann der dargestellte Zweck erfüllt werden. So ist es dem Kläger im vorliegenden Verfahren nur möglich gewesen, zu den einzelnen Ursachen der Fehlzeiten aufgrund einer schriftlichen Auskunft der Krankenkasse Stellung zu nehmen. U. a. solchen Handlungen des Arbeitnehmers dient Satz 3 des § 84 Abs. 2 SGB IX. Eine Mitteilung an den Kläger über die Ziele des betrieblichen Eingliederungsmanagements sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten erfolgte nicht.

Außerdem hat die Beklagte auch nicht die Regelungen nach der Betriebsvereinbarung Gesundheitsförderung VWN eingehalten. Es liegen weder die entsprechenden Gesprächsbelege Nr. 2 und 3 nach Ziffer 1 der Betriebsvereinbarung vor, noch hat die Beklagte dargelegt, dass die zuständige Meisterin nach Ziffer 5 der Betriebsvereinbarung ein Gesprächsprotokoll oder ähnliches bearbeitet hätte.

Die Beklagte hat insoweit nur vorgetragen, es habe mit dem Kläger ein Fehlzeitengespräch stattgefunden. Welchen genauen Inhalt dieses hatte und welche Möglichkeiten zur Verbesserungen angesprochen wurden, hat die Beklagte nicht dargelegt. Sie hat lediglich Allgemeinziele von Fehlzeitengesprächen mitgeteilt. Damit wird sie ihrer Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das konkrete Gespräch mit dem Kläger nicht gerecht.

Entscheidend ist auch, dass es keinen konkreten Sachvortrag der Beklagten dazu gibt, warum der Einsatz des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz, an dem keine Lasten von mehr als 10 Kilogramm manuell gehoben werden müssen, nicht möglich ist. Da die Beklagte der Behauptung des Klägers, er werde zwischenzeitlich an einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt, an dem dies möglich sei, nicht entgegengetreten ist, kann

gerade nicht von einer fehlenden anderweitigen Einsatzmöglichkeit des Klägers ausgegangen werden.

Damit kann in der Zukunft nicht mehr von erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen ausgegangen werden. Die Fehlzeiten wegen Rücken- bzw. Schulterbeschwerden seit dem Jahr 2003 belaufen sich nämlich für das Jahr 2003 auf 10 Arbeitstage (Radikulopathie), für das Jahr 2005 auf 17 Arbeitstage (Radikulopathie, Bursitis im Schulterbereich, Impingement-Syndrom der Schulter), für das Jahr 2006 auf 16 Arbeitstage (Radikulopathie, Lesionen der Rotatorenmanschette).

Unter Abzug dieser Fehlzeiten, für die sämtlich Entgeltfortzahlung geleistet wurde, bestanden Entgeltfortzahlungsverpflichtungen der Beklagten nur noch im folgenden Umfang:

für das Jahr 2003 in Höhe von 29 Arbeitstagen,

für das Jahr 2004 für 17 Arbeitstage,

für das Jahr 2005 für 18 Arbeitstage,

für das Jahr 2006 für 50 Arbeitstage,

für das Jahr 2007 bis zum 30.04.2007 für 26 Arbeitstage.

Damit liegt nur für das Jahr 2006 ein sechs Wochen übersteigender Entgeltfortzahlungszeitraum vor. Allein aus diesem Umstand und dem Umstand, dass in den ersten vier Monaten des Jahres 2007 der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum schon fast erreicht ist, lässt sich allerdings noch nicht mit hinreichender Sicherheit darauf schließen, dass für die Beklagte bei leidensgerechtem Einsatz des Klägers auch in der Zukunft weiterhin Entgeltfortzahlungskosten über jeweils sechs Wochen pro Jahr entstehen werden.

Zwar ergibt sich aus dem Zahlenmaterial ein Ansteigen der Entgeltfortzahlungskosten im Jahr 2006. Dieses Ansteigen kann jedoch noch nicht mit hinreichender Sicherheit als Prognosebasis für die Zukunft herangezogen werden.

Für die Indizwirkung ist allerdings nicht auf einen „starren“ Zeitraum der letzten drei Jahre abzustellen. Genügend für eine Indizwirkung sind ausreichend prognosefähige Fehlzeitenräume; Dies können die letzten drei Jahre sein, müssen es aber nicht. Ausreichend kann sowohl ein kürzerer Zeitraum als auch bei einzelnen Fehlzeiten erst ein längerer Zeitraum sein, um eine negative Prognose zu rechtfertigen (vgl. BAG, vom 10.11.2005 – 2 AZR 44/05 – AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 42 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 52). Diese Rechtsprechung für die Indizwirkung bei der ersten Stufe der Prüfung einer krankheitsbedingten Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen ist auch in der zweiten Stufe heranzuziehen da es auch hier um eine Prognose für die Zukunft geht.

Bei einem so langjährigen Beschäftigungsverhältnis, wie es das Arbeitsverhältnis des Klägers ist, kann die Prognose für die betrieblichen Beeinträchtigungen in der Zukunft nicht auf einem der letzten vier Jahre basieren.

Die Jahre 2001 und 2002 konnten zur Begründung der Kündigung nicht herangezogen werden. Die Beklagte hat zwar im Berufungsverfahren auch für diese Jahre die Fehlzeiten sowie die Entgeltfortzahlungskosten jeweils in einer Summe mitgeteilt. Diese Daten sind jedoch vom Kläger bestritten worden.

Bestandsschutz

Sie konnten durch die Kammer ihrer Entscheidung auch nicht zu Grunde gelegt werden. Dem Beweisantritt der Beklagten für die Entgeltfortzahlungskosten war nicht nachzugehen. Der Vortrag der Beklagten ist nämlich entgegen der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast nicht hinreichend konkret. Die Beklagte hat nämlich weder aufgeschlüsselt, an welchen Tagen der Kläger für wie lange jeweils arbeitsunfähig war und für welche dieser Zeiträume in welcher Höhe Entgeltfortzahlungskosten anfielen. Dies wäre aber erforderlich gewesen, wie sich schon daran zeigt, dass nur eine solche konkrete Darlegung es dem Arbeitnehmer ermöglicht, die entsprechenden Diagnosen vorzutragen und die möglicherweise vorliegende Indizwirkung zu erschüttern. Da der Kläger selbst auf den insofern nur pauschalen Vortrag der Beklagten in seinem Schriftsatz vom 14.04.2008, Seite 3 (Bl. 108 d. A.) hingewiesen hatte, bedurfte es eines dementsprechenden Hinweises durch das Gericht nicht.

Andere erhebliche betriebliche Beeinträchtigungen konnten der Entscheidung nicht zugrunde gelegte werden, da die Beklagte solche nicht vorgetragen hat.

3. Letztendlich scheidet die Kündigung jedoch auch an der dritten Stufe der Prüfung. Nach Auffassung der Kammer muss die Beklagte die vorliegenden Beeinträchtigungen billigerweise auch (noch) hinnehmen. Zu ihren Gunsten ist zwar zu berücksichtigen, dass sie neben den Entgeltfortzahlungskosten zusätzlich noch mit den Kosten für die von ihr vorgehaltene Personalreserve belastet ist. Zu Gunsten des Klägers ist jedoch die langjährige Beschäftigungszugehörigkeit von über 20 Jahren, sein Lebensalter und seine Unterhaltspflicht zu berücksichtigen. Von einem beanstandungsfreien Arbeitsverhältnis kann zwar nicht ausgegangen werden. Hiergegen spricht schon die im Jahr 1989 ausgesprochene krankheitsbedingte Kündigung. Allerdings kann auch nicht zu Gunsten der Beklagten von einem Arbeitsverhältnis mit langjährigen erheblichen Fehlzeiten ausgegangen werden. Der Vortrag der Beklagten hierzu ist nämlich nicht hinreichend konkret. Sie hat zwar behauptet, in welcher Summe jeweils krankheitsbedingte Fehlzeiten in den Jahren 1994 bis 2002 aufgetreten seien. Da diese Fehlzeiten jedoch vom Kläger bestritten wurden, hätte – wie schon in der zweiten Stufe der Prüfung dargelegt – die Beklagte die genauen Zeitpunkte sowie Dauer der Fehlzeiten mitteilen müssen. Darüber hinaus hat die Beklagte auch nicht dargelegt, für welche dieser behaupteten Fehlzeiten Entgeltfortzahlung geleistet werden musste.

Es liegen auch – bis auf im Jahr 2006 – keine besonders hohen Entgeltfortzahlungskosten vor. Im Jahr 2003 wird der Sechs-Wochen-Zeitraum nur um knapp zwei Wochen überschritten, im Jahr 2004 sogar um mehr als zwei Wochen unterschritten, im Jahr 2005 nur um eine Woche überschritten und in den ersten vier Wochen des Jahres 2007 um knapp eine Woche unterschritten. Selbst nach dem – bestrittenen – Vortrag der Beklagten lagen im Jahr 2001 nur zwei Fehltag über dem Sechs-Wochen-Zeitraum, im Jahr 2002 13 Fehltag.

Aufgrund aller dieser Umstände hielt die Kammer es noch für

zumutbar, die Beeinträchtigungen durch die Fehlzeiten des Klägers hinzunehmen.

Somit ist die Kündigung vom 14.02.2007 sozial nicht gerechtfertigt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 23.06.2008, 14 Sa 1713/07

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/215556333, Fax: 0551/215556343

kanzlei@neef-schrader-straube.de;

www.neef-schrader-straube.de

238. Teilkündigung, Bestellung/Abberufung, Widerrufsrecht, Direktionsrecht, Weiterbeschäftigung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Grundsätzlich stehen die einzelnen Teile eines Arbeitsvertrages nicht isoliert nebeneinander sondern in einem inneren Zusammenhang und in Wechselwirkung. Dem liefe es zuwider, wollte man einer Partei das Recht zubilligen, einseitig einzelne unwillkommene Teile des Vertrages aufzukündigen und dadurch den Vertragspartner zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter für ihn ungünstigen oder zumindest ungewollt veränderten Bedingungen zu zwingen. Daher sind Teilkündigungen nur ausnahmsweise zulässig (vgl. BAG, vom 13.03.2007 – 9 AZR 612/05 -). Auch der Widerruf einzelner Vertragsbedingungen ist nur ausnahmsweise bei entsprechender Vereinbarung möglich. Bestimmte Arbeitsbedingungen unterliegen jedoch dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Das Direktionsrecht beinhaltet das Recht des Arbeitgebers, die Einzelheiten der vom Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages zu erbringenden Leistungen einseitig zu bestimmen, soweit dies im Vertrag selbst nicht abschließend geschehen ist. Der Umfang des Direktionsrechts bestimmt sich nach dem Inhalt des Arbeitsvertrages. Es kann einzelvertraglich oder auch durch tarifliche Regelungen innerhalb bestimmter Grenzen erweitert werden, die sich etwa aus der Einhaltung unverzichtbarer gesetzlicher Bestimmungen wie der des Kündigungsschutzgesetzes ergeben (vgl. BAG, vom 10.11.1992 – 1 AZR 185/92).

2. Die streitbefangene Maßnahme ist nicht durch ein Widerrufsrecht oder das Direktionsrecht der Beklagten gedeckt. Weder haben die Parteien ein solches Recht einzelvertraglich vereinbart noch ergibt sich ein solches aus den einschlägigen tariflichen Bestimmungen.

Gemäß § 5 des Bundesentgeltvertrages der Chemischen Industrie sind Vorarbeiter Arbeitnehmer, denen die Aufsicht über eine Arbeitsgruppe übertragen worden ist und die in ihrer Funktion vom Arbeitgeber schriftlich bestellt bzw. bestätigt worden sind.

Allein aus der Regelung der schriftlichen Bestellung bzw. Bestätigung lässt sich eine Widerruflichkeit dieser Maßnahme nicht ableiten. Ein Schriftformerfordernis dient in der Regel dem Zweck der Klarstellung und Beweiserleichterung. Allein

der Begriff „Bestellung“ lässt nicht den Rückschluss zu, dass die Übertragung der Vorarbeiterposition tarifvertraglich dem Dispositionsrecht des Arbeitgebers unterstellt ist. Die Tarifnorm benutzt den Begriff der Bestellung gleichrangig neben dem der „Bestätigung“. Schriftlich bestätigt werden können auch einvernehmliche Regelungen.

Weitere Regelungen, die auf die Existenz eines erweiterten Direktionsrechts hindeuten, wie in dem der Entscheidung des BAG vom 10.11.1992 zugrunde liegenden Fall, enthält der hier einschlägige Tarifvertrag nicht. Insbesondere finden sich keine Berechnungsregeln für den Fall, dass die Bestellung im Laufe eines Monats widerrufen wird.

II. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen.

Der Arbeitnehmer hat im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu den vereinbarten Bedingungen, soweit nicht überwiegend schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Ist ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Maßnahme anhängig, so überwiegt in dieser Zeit der Unsicherheit das Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu unveränderten Bedingungen zu beschäftigen. Diese Interessenlage ändert sich, sobald durch eine Entscheidung erster Instanz der Prozess zugunsten des Arbeitnehmers ausgegangen ist. Will der Arbeitgeber auch für diesen Fall die Beschäftigung verweigern, so muss er zusätzliche Umstände anführen, aus denen sich sein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergibt (vgl. BAG NZA 1985, 702).

Solche Umstände hat die Beklagte nicht vorgetragen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 17.04.2008, 4 Ca 369/08

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,

Fax: 02371/835556

239. Kündigungserklärung, Zurückweisung mangels Vollmacht

Entscheidungsgründe:

I. Zwar ist es nicht von der Hand zu weisen, dass eine Vollmacht, die mit „Kündigung“ überschrieben ist oder im Textteil ausdrücklich den Begriff „Kündigung“ erwähnt, noch klarer den Umfang der Vollmacht aufgezeigt hätte. Dies ist im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aber nicht erforderlich. Eine Vollmachtsurkunde ist bereits dann ausreichend klar formuliert, wenn sie nach Anwendung der Auslegungsregeln für Willenserklärungen gem. § 133 BGB für den Erklärungsgegner eindeutig den Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht erkennen lässt (BAG, v. 31.08.1979 – 7 AZR 674/77 – AP Nr. 3 zu § 174 BGB, zu 2. a) d.Gr.). Wie das Arbeitsgericht unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Recht angenommen hat, genügt die Vollmachtsurkunde diesen Anforderungen.

Der im Berufungsverfahren hervorgehobene Einwand des Klägers, ein juristischer Laie könne mit der Begrifflichkeit in der Vollmachtsurkunde nichts anfangen, greift im Ergebnis nicht durch.

Richtig ist zwar, dass es für die Beurteilung der Vollmachtsurkunde nicht auf die Verständnismöglichkeiten eines Juristen ankommt. Da die Auslegung nach dem Empfängerhorizont erfolgt, kommt es vielmehr auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Teilnehmers am Rechtsverkehr bzw. eines Angehörigen des jeweils angesprochenen Personenkreises (vgl. MünchK/Schramm, BGB, § 127 Rn 3; Soergel-Leptien, BGB, 13. Aufl., § 172 Rn 2), also auf einen rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsarbeitnehmer an. Dies bedeutet indes nicht, dass die Vollmachtsurkunde – wie der Kläger anzunehmen scheint – auf den ersten Blick verständlich sein müsste. Sofern der Empfänger einer Willenserklärung nicht weiß oder erkennt, was der Erklärende gemeint hat, kommt es darauf an, wie die Erklärung verstanden werden müsste (vgl. BAG, v. 12.01.1994 – 5 AZR 41/93 – Rn 20 zitiert nach juris; BAG, v. 05.04.1999 – 10 AZR 290/98 – Rn 40 zitiert nach juris). Der Erklärungsempfänger darf sich nicht darauf verlassen, dass die Erklärung so gilt, wie er sie verstanden hat oder es für ihn am günstigsten ist. Er muss sich seinerseits mit der gebotenen Sorgfalt darum bemühen, anhand aller erkennbaren Umstände den Sinn der Erklärung zu erforschen (vgl. BGH, 12.02.1981 – IV a ZR 103/80 – Rn 26, zitiert nach juris; Palandt-Heinrichs, BGB, § 133 Rn 9). Auszugehen ist dabei vom Wortlaut und dem allgemeinen Sprachgebrauch, wie er sich aus Wörterbüchern und Lexika ergibt. Eine Willenserklärung ist danach eine Willensäußerung, mit dem Ziel rechtlich etwas zu erreichen (vgl. Duden, Wörterbuch; Wahrig, Deutsches Wörterbuch). Der Begriff der Willenserklärung umfasst mithin im allgemeinen Sprachgebrauch eine Kündigung ohne weiteres.

Für den Arbeitnehmer besteht regelmäßig ausreichend Gelegenheit, sich die erforderliche Kenntnis über die Bedeutung des Wortlauts in der Vollmachtsurkunde zu verschaffen. Nach § 174 Satz 1 BGB muss die Zurückweisung nicht „sofort“ erfolgen. Dem Erklärungsempfänger ist vielmehr eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung eines Rates durch eine rechtskundige Person darüber, ob er das einseitige Rechtsgeschäft wegen fehlender Vollmachtsvorlage zurückweisen soll, einzuräumen (vgl. z. B. BAG, v. 11.03.1999 – 2 AZR 427/98 – NZA 1999, 818 (819), m.w.N.). Die Erstreckung der Vollmacht auf die Kündigung ergibt sich mithin bereits aus der Urkunde mit der gebotenen Eindeutigkeit. Der Kläger kann sich auf eine fehlerhafte Vorlage einer Vollmacht bei der Kündigung nicht berufen.

Damit kann dahinstehen, inwieweit die Zurückweisung des Klägers überhaupt ordnungsgemäß erfolgt ist. Nach § 174 Satz 1 BGB muss die Zurückweisung „aus diesem Grund“, d.h. wegen fehlenden Vollmachtsnachweises erklärt werden. Ein konkludenter Hinweis auf den Zurückweisungsgrund genügt, doch muss die Zurückweisung eindeutig sein (BAG,

Bestandsschutz

v. 18.12.1980 – 2 AZR 980/78 – Rn 25, zitiert nach juris). Das Rechtsgeschäft kann nicht aus anderen Gründen zurückgewiesen werden. Es ist durchaus zweifelhaft, ob das Zurückweisungsschreiben vom 31.07.2007 diesen Anforderungen genügt. In ihm wird nämlich wiederholt darauf hingewiesen, dass die Kündigung „mangels ordnungsgemäßer Vollmacht zurückgewiesen“ werde. Dies könnte auch als eine Beanstandung der fehlenden Vertretungsmacht im Sinne von § 180 BGB zu verstehen sein. Eine Beanstandung der behaupteten Vertretungsmacht nach § 180 BGB, enthält aber nicht zugleich auch eine Zurückweisung wegen des fehlenden Nachweises der Vertretungsmacht (BAG, v. 18.12.1980 – 2 AZR 980/78 – Rn 25, zitiert nach juris).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 28.03.2008, 3 Sa 61/08

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Neubecker, Kaiserstraße 58, 63065 Offenbach, Tel.: 069/8200090, Fax: 069/82000949
info@hmf-anwaelte.de, www.hmf-anwaelte.de

240. Kündigungserklärung, Schriftform, Vollmacht

Entscheidungsgründe:

I. 1. a) Nach § 626 BGB bedarf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform wird nach § 126 Abs. 1 BGB dadurch erfüllt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet wird. Das gesetzliche Schriftformerfordernis hat vor allem Klarstellungs- und Beweisfunktion. Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift erfüllt darüber hinaus zusätzliche Zwecke. Durch die eigenhändige Unterschrift wird der Aussteller der Urkunde erkennbar. Die Unterschrift stellt damit eine unzweideutige Verbindung zwischen der Urkunde und dem Aussteller her. Außerdem wird durch die Verbindung zwischen Unterschrift und Erklärungstext gewährleistet, dass die Erklärung inhaltlich vom Unterzeichner herrührt. Schließlich erhält der Empfänger der Erklärung die Möglichkeit zu überprüfen, wer die Erklärung abgegeben hat und ob die Erklärung echt ist. Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, dass alle Erklärenden die schriftliche Willenserklärung unterzeichnen. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter die Erklärung, muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Die Wahrung der gesetzlichen Schriftform setzt bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts damit voraus, dass die Urkunde erkennen lässt, dass die Unterschrift der handelnden Gesellschafter auch die Erklärung des nicht unterzeichnenden Gesellschafter decken soll, diese also auch in dessen Namen erfolgt. Hierbei sind außer dem Wortlaut der Erklärung alle Umstände zu berücksichtigen, die unter Beachtung der Verkehrssitte Schlüsse auf den Sinn der Erklärung zulassen, insbesondere die dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden

Lebensverhältnisse, die Interessenlage, der Geschäftsbereich, dem der Erklärungsgegenstand angehört, und typische Verhaltensweisen (vgl. BAG, vom 21.04.2005 – 2 AZR 162/04 –).

b. Bei Anlegung dieser Grundsätze bestehen keine Bedenken gegen die Formwirksamkeit der Kündigung und einer wirksamen Vertretung der Beklagten zu 1) bei Ausspruch der Kündigung.

Die Kündigung sollte – wie sich aus dem Briefkopf ergibt – erkennbar durch die Beklagte zu 1) ausgesprochen werden. Angesichts der identischen Gestaltung der Einstellungsvereinbarung vom 19.12.2007 wurde die Beklagte regelmäßig durch die „Verwaltung F. Müller (Name geändert), also den Beklagten zu 2), vertreten. Daraus ist zu schließen, dass Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Einstellung und der Entlassung von Arbeitnehmern nicht durch beide Gesellschafter der Beklagten zu 1) sondern allein durch den Beklagten zu 2) abgegeben werden.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 17.04.2008, 4 Ca 155/08

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,
Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

241. Kündigungsschutzprozess, Bestreiten der Betriebsratsanhörung

Entscheidungsgründe:

II. 1. Die streitbefangene Kündigung ist nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen worden.

a. Der Einwand des Klägers, den dieser erstmalig in seiner Berufungsbegründung vom 22.11.2007 erhebt, mit Nichtwissen zu bestreiten, dass der Betriebsrat vor Ausspruch der streitbefangenen Kündigung ordnungsgemäß angehört wurde, ist nicht gemäß § 6 KSchG ausgeschlossen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten vermag aus § 6 KSchG nicht abgeleitet zu werden, dass sich ein Arbeitnehmer grundsätzlich innerhalb der Klagefrist auf alle Unwirksamkeitsgründe berufen müsse und dies nur ausnahmsweise bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nachgeholt werden könne. Dies ergibt sich bereits aus § 4 S. 1 KSchG, der für die rechtzeitige Klageerhebung mit Geltendmachung jedweder Art von Unwirksamkeit lediglich eine rechtzeitige Klageerhebung mit dem dort bezeichneten Antrag verlangt. Ist die Klage erhoben, können daher grundsätzlich alle Einwendungen in den Grenzen des prozessualen Novenrechts (§§ 61a, 67 ArbGG) vorgebracht werden (BAG, Urteil vom 12.05.2005 – 2 AZR 426/04 –, NZA 2005,1259; HWK-Pods/Quecke, § 6 Rn 2 m.w.N.).

Da zu einem entsprechenden Vortrag die Anhörung des Betriebsrats betreffend beachtliche Auflagen des Arbeitsgerichts gemäß § 61a ArbGG seitens des Klägers nicht missachtet waren und soweit erforderlich – auf die Berufungserweiterung eine für erforderlich gehaltene Ladung von Zeugen zur

ordnungsgemäßen Durchführung der Betriebsratsanhörung noch hätte veranlasst werden können, stehen Grenzen des allgemeinen prozessualen Novenrechts der Berücksichtigung des Bestreitens zur ordnungsgemäßen Betriebsanhörung in der Berufungsschrift nicht entgegen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 23.01.2008, 8 Sa 1141/07

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Banse, Tivolistraße 4, 52349 Düren, Tel.: 02421/407680, Fax: 02421/4076825

info@kanzlei-banse.de, www.kanzlei-banse.de

242. Kündigungsschutzprozess, Personalratsbeteiligung

Entscheidungsgründe:

I. ... 2. Die Kündigung war gemäß § 73 Abs. 7 SächsPersVG unwirksam, da die Beklagte den Personalrat vor Ausspruch der Kündigung nicht nach § 78 Abs. 1 SächsPersVG beteiligt hat.

Für die Beteiligung des Personalrats im Anhörungsverfahren zu einer Kündigung gelten dieselben Grundsätze wie für die Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG. Als ersten Verfahrensabschnitt hat der Arbeitgeber eine aus der Begründungspflicht nach § 73 Abs. 6 SächsPersVG abzuleitende Unterrichtung des Personalrats durchzuführen. Eine ordentliche Kündigung ist danach nicht erst dann unwirksam, wenn eine Unterrichtung ganz unterblieben ist, sondern schon dann, wenn diese nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Zu einer ordnungsgemäßen Unterrichtung gehört die Mitteilung der Personalien des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, die Angabe der Kündigungsfrist, sofern sie dem Betriebsrat nicht ohnehin bekannt ist, unter Umständen die des Kündigungstermins sowie eine Darstellung, der Kündigungsgründe, die so konkret ist, dass der Personalrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen, um sich über seine Stellungnahme schlüssig zu werden. Hinsichtlich der Personalien sind lediglich Angaben zum Alter und zur Betriebszugehörigkeit sowie zu einem eventuell bestehenden Sonderkündigungsschutz unentbehrlich (BAG, Urteil vom 16.03.2000, 2 AZR 828/98, Rn 51, zur Beteiligung des Personalrats bei einer Probezeitkündigung, juris). Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Kündigung tritt bereits dann ein, wenn einzelne dieser Angaben fehlen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 05.09.2008, 15 Ca 877/08

Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advogross.de; www.advogross.de

243. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung

Entscheidungsgründe:

II. 1. Die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ist abzulehnen.

a. Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG, wonach innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erhoben sein muss, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Kläger versäumt. Für die am 31.03.2008 zugegangene Kündigungserklärung lief die Frist zur Klageerhebung mit Ablauf des 21.04.2008 ab (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Die Klageerhebung am 25.04.2008 erfolgte demzufolge um vier Tage verspätet, so dass es auf den Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ankommt.

b. Zunächst ist aus Sicht der Kammer unschädlich, dass der Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragte und nicht innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG förmlich als den Antrag zur nachträglichen Zulassung der Kündigungsschutzklage bezeichnete. Denn der Zulassungsantrag braucht nicht ausdrücklich gestellt zu werden; allerdings genügt die Klageerhebung allein nicht, vielmehr muss zum Ausdruck gebracht werden, dass die Klage trotz Fristversäumung noch zugelassen werden möge (vgl. von *Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz, 14. Auflage, § 5 Rn 41). Den letztbenannten Erfordernissen genügt der Antrag vom 25.04.2008 jedenfalls seinem Inhalte nach, der darauf gerichtet ist, die eventuell versäumte Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen. Denn schon die Begründung dieses Antrages in der Kündigungsschutzklage lässt erkennen, dass der Kläger wegen des Haftantrittes und der Gesamtheit aller noch zu regelnden Probleme nicht ausreichend Gelegenheit gehabt haben will, rechtzeitig eine Kündigungsschutzklage zu erheben. Mithin ist der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage gestellt und auch innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG erhoben und damit zulässig.

c. Der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage ist jedoch unbegründet. Denn eine Kündigungsschutzklage ist auf Antrag des Arbeitnehmers nachträglich zuzulassen, wenn er nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG).

aa) Diesem Maßstab der zuzumutenden Sorgfalt genügt das Handeln des Klägers nicht. Zunächst will die Kammer zugunsten des Klägers unterstellen, der Haftantritt am 07.04.2008 sei für ihn tatsächlich überraschend erfolgt. Die Kammer hat hierzu, obschon die Beklagte dies bestritten hat und behauptete, die Ladung zum Haftantritt sei rechtzeitig erfolgt, dieses Tatsachengeschehen nicht weiter aufgeklärt. Denn bei Haftantritt am 07.04.2008 war die Klagefrist noch nicht abgelaufen und das Ende der Klagefrist erst am 21.04.2008 und damit noch zwei Wochen entfernt. Insoweit geht auch das Argument der Beklagten fehl, der Kläger genüge nicht der erforderlichen Sorgfalt, weil er bis zum letzten Tag mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage gewartet habe. Dieses Argument wird allenfalls dann Berücksichtigung finden können, wenn tatsächlich die Klagefrist insgesamt abzulaufen drohte.

Bestandsschutz

bb) Die dem Kläger zuzumutende Sorgfalt ist unter Berücksichtigung der Umstände der Inhaftierung des Klägers ab 07.04.2008 einem strengeren Maßstab unterfallend, als der Kläger meint. Denn im engeren Sinne trägt er überhaupt nichts dazu vor, welche Handlungen von ihm ausgingen, um die ablaufende Klagefrist zu wahren. Dass er ein Gespräch mit einem Sozialarbeiter anstrebte und dieses auch stattfand und sich zugleich darum bemühte, dass ein Bekannter ihn in der Haftanstalt besuchen sollte, belegt für sich noch nichts darüber, dass der Kläger dies überhaupt mit dem Ziel einer Kündigungsschutzklage verbunden hatte. Ersichtlich war zwar im Gespräch mit dem Sozialarbeiter die Rede von einer Kündigung mit der entsprechenden Antwort, eine rechtzeitige Meldung bei der Bundesagentur für Arbeit müsse erfolgen. Dafür, dass der Kläger sich aber um Rat, Auskunft oder sonstige Hilfestellung an den Sozialarbeiter gewandt hat, um die Unwirksamkeit der Kündigung herbeizuführen, wird von dem Kläger nichts vorgetragen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 14.08.2008, 9 Ca 1829/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwalts Haus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

244. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Sachgrund, Vertretung mittelbar; Direktionsrecht im öffentlichen Dienst

Die nach § 17 Satz 1 TzBfG rechtzeitig erhobene Befristungskontrollklage ist begründet.

Das Arbeitsverhältnis ist durch die im Arbeitsvertrag vom 14.12.2006 vereinbarte Befristung zum 31.12.2007 nicht aufgelöst worden, denn die Befristung ist nicht durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG gerechtfertigt.

Der Sachgrund der Vertretung setzt nicht voraus, dass der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die Aufgaben der vorübergehend ausgefallenen Stammkraft erledigt. Der Vertreter kann auch mit anderen Aufgaben betraut werden, denn die befristete Beschäftigung zur Vertretung lässt die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers unberührt. Der Arbeitgeber kann bei einem vorübergehenden Ausfall eines Stammarbeitnehmers darüber bestimmen, ob er den Arbeitsausfall überhaupt überbrücken will, ob er im Wege der Umverteilung die von dem zeitweilig verhinderten Arbeitnehmer zu erledigenden Arbeitsaufgaben einem anderen Arbeitnehmer zuweist oder ob er dessen Tätigkeiten ganz oder teilweise von einer Vertretungskraft erledigen lässt. Der Arbeitgeber kann den zeitweiligen Ausfall des Stammarbeitnehmers und die dadurch bedingte Einstellung einer Ersatzkraft auch zum Anlass einer Umorganisation nehmen, die dazu führt, dass ein völlig neuer Arbeitsplan erstellt wird, in dem die Aufgaben des zeitweilig ausgefallenen Mitarbeiters einem dritten Arbeitnehmer übertragen werden, dieser

für Aufgaben nicht mehr zur Verfügung steht und für diese anderen Aufgaben nunmehr eine Ersatzkraft eingestellt wird. Der Sachgrund der Vertretung setzt einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters voraus. Durch dieses Erfordernis wird gewährleistet, dass der Vertretungsfall für die Einstellung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers ursächlich und der vom Arbeitgeber geltend gemachte Sachgrund der Vertretung nicht nur vorgeschoben ist. Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs durch den Arbeitgeber richten sich nach der Form der Vertretung. Wird die Tätigkeit des zeitweise ausgefallenen Arbeitnehmers nicht von dem Vertreter, sondern einem oder mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (sog. mittelbare Vertretung), hat der Arbeitgeber grundsätzlich die Vertretungskette zwischen Vertretenem und Vertreter vorzutragen. Nimmt der Arbeitgeber den Ausfall des Mitarbeiters zum Anlass, die Aufgaben in seinem Bereich oder seiner Dienststelle neu zu verteilen, so muss er zunächst die bisher dem vertretenen Arbeitnehmer übertragenen Aufgaben darstellen. Anschließend ist die Neuverteilung dieser Aufgaben auf einen oder mehrere anderer Arbeitnehmer zu schildern. Schließlich ist vorzutragen, dass sich die dem Vertreter zugewiesenen Tätigkeiten aus der geänderten Aufgabenzuweisung ergeben. Da der Arbeitgeber auf Grund seines Organisationsrechts in seiner Entscheidung über die Umverteilung der Arbeitsaufgaben des zeitweise ausgefallenen Mitarbeiters frei ist, kann er von der Neuverteilung der Arbeitsaufgaben absehen und dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Tätigkeiten übertragen, die der vertretene Arbeitnehmer zu keiner Zeit ausgeübt hat. Der für den Sachgrund der Vertretung notwendige Kausalzusammenhang besteht in diesem Fall, wenn der Vertreter mit Aufgaben betraut wird, die von dem Vertretenen nach dessen Rückkehr ausgeübt werden könnten. Der Arbeitgeber muss nach dem Arbeitsvertrag berechtigt sein, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer bei seiner Weiterarbeit oder nach seiner Rückkehr den anderen Aufgabenbereich zuzuweisen. Die gedankliche Zuordnung des Arbeitgebers, welchem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer die vom Vertreter ausgeübten Tätigkeiten übertragen werden könnten, muss erkennbar sein. Der Sachgrund (mittelbarer) Vertretung kann daher angenommen werden, wenn die Zuordnung zwischen einem zeitweilig abwesenden Arbeitnehmer und dem Vertreter aus der Angabe im Arbeitsvertrag ersichtlich ist und der Arbeitgeber tatsächlich und rechtlich die Möglichkeit hat, dem ausfallenden Mitarbeiter bei seiner Rückkehr die Aufgaben des Vertreters im Wege des Direktionsrechts zu übertragen. Eine fachliche Austauschbarkeit zwischen dem Vertretenem und dem Vertreter reicht hingegen nicht aus (BAG, Urteil vom 15.02.2006 – 7 AZR 232/05 – AP § 14 TzBfG Vertretung Nr. 1 m.w.N.).

Im Streitfall scheidet die Annahme einer wirksamen Befristungsabrede auf Grund mittelbarer Stellvertretung bereits daran, dass das beklagte Land aus Rechtsgründen nicht befugt ist, der Regierungsbeschäftigten R. einseitig im

Wege des Direktionsrechtes die Tätigkeiten der Klägerin zu übertragen. Im öffentlichen Dienst erstreckt sich das Direktionsrecht des Arbeitgebers auf alle Tätigkeiten, deren Merkmale in der Vergütungsgruppe aufgeführt sind, in der der Angestellte eingestuft ist. Dem Arbeitnehmer können neue Tätigkeiten zugewiesen werden, soweit sie den Merkmalen seiner bisherigen Vergütungsgruppe entsprechen. Die Zuweisung von Tätigkeiten einer anderen tariflichen Wertigkeit bedarf hingegen einer Vertragsänderung (vgl. z.B.: BAG, Urteil vom 30.08.1995 – 1 AZR 47/95 – AP § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 44; BAG, Urteil vom 23.06.1993 – 5 AZR 337/92 – AP § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 42; BAG, Urteil vom 14.12.1961 – 5 AZR 180/61 – AP § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 17; *Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese*, Stand November 2005, § 4 TvÖD Rz 15; *Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck*, Stand Juni 2006, § 4 TvÖD Rn 30). Da die Vereinbarung einer übertariflichen Vergütung weder behauptet noch ersichtlich ist, ist davon auszugehen, dass es sich bei der Tätigkeit der Klägerin als Geschäftsstellenverwalterin einer Serviceeinheit um eine solche handelt, die sich nach den Tätigkeitsmerkmalen der Vergütungsgruppe V c BAT aus der Vergütungsgruppe VI b BAT auf Grund ihrer Schwierigkeit heraushebt. Die Tätigkeit der Regierungsbeschäftigten P. nach der früheren Vergütungsgruppe VII BAT ist die einer Geschäftsstellenverwalterin, bei der das besondere Heraushebungsmerkmal der Schwierigkeit jedoch nicht vorgelegen hat. Der höherwertige Aufgabenbereich der Klägerin kann der Mitarbeiterin P. nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts zugewiesen werden. Die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit bedarf vielmehr einer Vertragsänderung.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 21.05.2008, 10 Ca 240/08

eingereicht von Rechtsanwalt Hans-Helmut Schaefer, Eisenstraße 28, 50667 Köln, Tel.: 0221/2570406, Fax: 0221/2570407
info@thiel-schaefer.de, www.thiel-schaefer.de

245. Berufsausbildungsverhältnis, Auflösung, Schadensersatz, Verfrühungsschaden; Feststellungsklage

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

Der mit dem Klageantrag zu 2) gestellte Feststellungsantrag ist zulässig.

Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Die Klägerin begehrt gemäß § 23 BBiG Schadensersatz wegen vorzeitiger Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses. Der nach § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG zu ersetzende Schaden ist ein sog. „Verfrühungsschaden“. Er ist aus der Differenz der Vermögenslage der Klägerin zu berechnen, wie sie ohne die vorzeitige Auflösung des Berufsausbildungsverhältnisses bestanden hätte und der Vermögenslage, die aufgrund dieser vorzeitigen Auflösung besteht. Wer einen derartigen „Verfrühungsschaden“ geltend machen will, kann bereits bei Auflösung des Ausbildungsverhältnisses Feststellungsklage mit dem Ziel erheben, den ehemaligen Ausbilden-

den zu verpflichten, ihm alle künftigen Schäden wegen der vorzeitigen Auflösung des Berufsausbildungsverhältnisses zu ersetzen. Für das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse reicht es dabei aus, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Schadens wahrscheinlich ist (vgl. BAG, Urt. vom 08.05.2007 – 9 AZR 527/06 m.w.N., juris). Im vorliegenden Fall ist die Entstehung eines Verfrühungsschadens wahrscheinlich, da sich infolge der vorzeitigen Beendigung des Ausbildungsverhältnisses der Zeitpunkt, zu dem die Klägerin über eine abgeschlossene Berufsausbildung und damit über einen vollwertigen Verdienst verfügen wird, vermutlich um ca. ein Jahr verzögern wird. Aufgrund dessen ist ein Schadenseintritt sehr wahrscheinlich.

Die Feststellungsklage ist auch begründet. Der Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin den ab dem 1. Mai 2007 aufgrund des Schreibens des Beklagten vom 26. April 2007 entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Anspruch ergibt sich aus § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG können, wenn das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit vorzeitig gelöst wird, der Auszubildende oder der Auszubildende Ersatz des Schadens verlangen, wenn die andere Person den Grund für die Auflösung zu vertreten hat. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung liegt eine vorzeitige Lösung des Berufsausbildungsverhältnisses nach der Probezeit vor. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Schreiben vom 26. April 2007 um eine Kündigung gehandelt hat und ob hierdurch eine rechtswirksame Beendigung des Ausbildungsverhältnisses eingetreten ist. Für den Anspruch nach § 23 Abs. 1 BBiG genügt es, wenn sich eine Vertragspartei nach Ablauf der Probezeit endgültig vom Berufsausbildungsverhältnis löst, indem sie ihre Pflichten aus dem Berufsausbildungsverhältnis dauerhaft nicht mehr erfüllt (sog. tatsächliche Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses). Nach Sinn und Zweck der Anspruchsnorm ist es unerheblich, ob das Vertragsverhältnis überhaupt oder in rechtlich zulässiger Weise beendet wurde. Die tatsächliche Beendigung, z.B. durch Verweigerung der weiteren Ausbildung im ungekündigten Berufsausbildungsverhältnis ohne Vertragsbruch, ist ausreichend. Eine wirksame Kündigung ist nicht erforderlich. Gerade die rechtswidrige und damit rechtlich unwirksame Kündigung ist vielfach Ausgangspunkt für den Schadensersatzanspruch. Entscheidend ist, dass sich mindestens ein Vertragsteil vom Berufsausbildungsverhältnis tatsächlich löst (vgl. BAG, Urt. v. 17.08.2000 – 8 AZR 578/99 –; Urt. v. 17.07.2007 – 9 AZR 103/07 –; jeweils in juris). Gelöst ist das Berufsausbildungsverhältnis im Sinne des § 23 Abs. 1 BBiG, wenn es tatsächlich oder rechtlich beendet wurde. Auch ein Lösen im gegenseitigen Einvernehmen kann in Betracht kommen, wenn eine entsprechende Ursache vorliegt. Der Begriff des „Lösens“ ist weit zu verstehen und auf fast jeden Fall der tatsächlichen Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses vor dem regulären Ende anzuwenden (vgl. BAG, Urt. v. 17.07.2007 – 9 AZR 103/07 –, juris).

Es liegt ein Lösen des Ausbildungsverhältnisses im vorge-

Bestandsschutz

nannten Sinne vor. Mit Schreiben vom 26. April 2007 hat der Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass sein Arbeitsvertrag mit der X-Versicherungen und somit auch der mit der Klägerin geschlossene Ausbildungsvertrag ende. Mit Schreiben vom 21. Juni 2007 hat sein Prozessbevollmächtigter gegenüber dem damaligen Rechtsanwalt der Klägerin den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Fortsetzung der Ausbildung als unbegründet zurückgewiesen und darauf hingewiesen, dass seiner Auffassung nach das Schreiben vom 26. April 2007 eine rechtswirksame Kündigung darstelle. Das Ausbildungsverhältnis wurde unstrittig ab dem 1. Mai 2007 auch tatsächlich nicht mehr fortgeführt.

Die Lösung des Ausbildungsverhältnisses ist auch vom Beklagten zu vertreten. Ein Vertretenmüssen im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 BBiG liegt vor, wenn der Anspruchsgegner schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig, im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB gehandelt hat. Der Beklagte hat die vorzeitige Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses zu vertreten, da er sich mit den Schreiben vom 26. April 2007 sowie vom 21. Juni 2007 einseitig von dem Ausbildungsverhältnis mit der Klägerin gelöst hat, ohne dass es hierfür einen nachvollziehbaren Grund gegeben hätte. Ausweislich des Schreibens vom 26. April 2007 erfolgte die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses mit Wirkung zum 30. April 2007, weil der Arbeitsvertrag des Beklagten mit den X-Versicherungen zu diesem Zeitpunkt ende. Im Schreiben vom 21. Juni 2007 wurde die Kündigung mit der Schließung des Ausbildungsbetriebes begründet. Die vom Beklagten angegebene Begründung rechtfertigt die vorzeitige Beendigung des Ausbildungsverhältnisses nicht. Dass durch die Beendigung der Zusammenarbeit mit der X-Versicherungen die Durchführung einer ordnungsgemäßen Ausbildung für die Klägerin nicht mehr gewährleistet war, ist nicht ersichtlich. Das Büro des Beklagten und damit der Ausbildungsbetrieb ist auch nicht geschlossen worden. Vielmehr wurde das Büro und damit der Ausbildungsbetrieb lediglich räumlich verlegt nach Wiesbaden. Soweit der Beklagte behauptet, dass die Klägerin dauerhaft nicht dazu bereit gewesen wäre, im Hinblick auf die Beendigung der Zusammenarbeit mit der X-Versicherungen und die räumliche Verlegung des Ausbildungsbetriebes nach Walluf ihre Ausbildung fortzusetzen, ist sein Vorbringen unsubstantiiert. Es fehlen Angaben dazu, wann genau die Klägerin ihm gegenüber welche konkreten Aussagen gemacht hat. Zwar ist die Klägerin grundsätzlich als Anspruchstellerin darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass ein Vertretenmüssen des Beklagten vorliegt. Sofern und soweit der Beklagte aber in Abweichung von den von ihm abgegebenen schriftlichen Erklärungen in den Schreiben vom 26. April 2007 sowie vom 21. Juni 2007 einen Sachverhalt behauptet, der ggf. ein Vertretenmüssen ausschließt, ist er im Sinne einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast gehalten, die maßgeblichen Umstände so substantiiert darzulegen, dass der Klägerin eine Einlassung und ggf. Widerlegung seines Sachvortrages möglich ist. Dem genügt der Sachvortrag des

Beklagten nicht, da diesem insbesondere keine prüfbareren Angaben zum Zeitpunkt etwaiger Telefongespräche mit der Klägerin zu entnehmen sind.

■ Arbeitsgericht Darmstadt
vom 17.04.2008, 11 Ca 225/07
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461
kanzlei(at)mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

246. Beschäftigungsanspruch während der Kündigungsfrist, einstweilige Verfügung

Zwar hat die Verfügungsklägerin grundsätzlich einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung bis zum Ende der Kündigungsfrist. Im bestehenden Arbeitsverhältnis kann der Arbeitnehmer nämlich verlangen, nach Maßgabe des Arbeitsverhältnisses auch tatsächlich beschäftigt zu werden (grundlegend dazu BAG, vom 10.11.1955, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Von diesem allgemeinen Beschäftigungsanspruch zu unterscheiden ist der Weiterbeschäftigungsanspruch innerhalb eines in seinem rechtlichen Bestand umstrittenen Arbeitsverhältnisses. Auf diesen – im Streitfall nicht einschlägigen – Weiterbeschäftigungsanspruch bezieht sich die rechtliche Argumentation des Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten in seinem Schriftsatz vom 28.09.2007.

Im ungekündigten Arbeitsverhältnis und im gekündigten Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist ist der Arbeitnehmer uneingeschränkt zu beschäftigen (BAG, a.a.O.). Ein besonderes Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers wird nicht vorausgesetzt. Im gekündigten Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig von der Beschäftigungspflicht suspendieren, wenn schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers an der Freistellung die des Arbeitnehmers an der Beschäftigung überwiegen.

Ausnahmen von dieser allgemeinen Beschäftigungspflicht werden anerkannt, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers unmöglich geworden ist. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitsplatz durch organisatorische Maßnahmen weggefallen ist (BAG EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 44).

Das ist vorliegend der Fall. Der Arbeitsplatz der Klägerin ist mit der Übertragung der Lohn- und Finanzbuchhaltung auf ein Steuerberaterbüro am 08.08.2007 weggefallen. Dieses hat die Verfügungsbeklagte durch ihre eidesstattlichen Versicherungen vom 26.09. und 27.09.2007 glaubhaft gemacht. Das Verbleiben von Resttätigkeiten mit einem zeitlichen Umfang von etwa 10 Minuten täglich rechtfertigt keine andere Betrachtungsweise. Allein vom zeitlichen Umfang her ergeben diese Resttätigkeiten auch keinen Teilzeitarbeitsplatz für eine Lohn- und Finanzbuchhalterin.

Erweist sich nach alledem im Streitfall bereits die Durchsetzbarkeit des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs als nicht gegeben, musste dem Antrag der Erfolg versagt bleiben in Ermangelung des Vorliegens eines Verfügungsanspruchs. Die

Verfügungsbeklagte kann nicht zu einer ihr tatsächlich unmöglichen Leistung verpflichtet werden. Mit der Frage, ob im Streitfall von der Klägerin ein Verfügungsgrund dargelegt und glaubhaft gemacht worden ist, brauchte sich das Gericht nicht näher zu beschäftigen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 10.10.2007, 1 Ga 47/07

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,

Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

247. Beschäftigungsanspruch, einstweilige Verfügung

Der Antrag der Verfügungsklägerin, sie im Außendienst der sozialpädagogischen Familienhilfe zu beschäftigen, ist unzulässig, da für diesen Antrag kein Verfügungsgrund besteht. Der im Falle einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund stellt eine besondere Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses dar. Ein Verfügungsgrund liegt vor, wenn für den Antrag eine besondere Eilbedürftigkeit vorliegt. Dies kann in Einzelfällen auch dazu führen, dass eine Befriedigung des Gläubigers eintritt. Dann müssen aber besondere Umstände vorliegen, die einen derartigen Anspruch rechtfertigen. Ein solcher Eilbedarf ist nicht gegeben, soweit die Verfügungsklägerin geltend macht, gerade im Außenbereich der sozialpädagogischen Familienhilfe eingesetzt zu werden. Zum einen ist es der Verfügungsklägerin zumutbar, bis zum Abschluss der Hauptsache in einem anderen Bereich beschäftigt zu werden, der ihrem Arbeitsvertrag entspricht. Zum anderen braucht der Arbeitnehmer einer unwirksamen Versetzung auch nicht nachzukommen. Sollte die Versetzung unwirksam sein, kann die Verfügungsklägerin die Tätigkeit in diesem Bereich ablehnen, ohne dass der Verfügungsbeklagte arbeitsrechtliche Konsequenzen daraus ziehen kann.

Im Übrigen ist der Antrag zulässig und begründet.

Der Verfügungsanspruch der Verfügungsklägerin auf Beschäftigung gemäß dem abgeschlossenen Arbeitsvertrag als Sozialpädagogin ergibt sich aus § 611 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Artikel 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG.

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Achtung und Anerkennung eines Menschen auch auf seiner beruflichen Leistung beruht. Hierbei ist nicht nur von Bedeutung, welches Gehalt ein Arbeitnehmer bekommt, sondern die soziale Anerkennung ergibt sich gerade auch aus der tatsächlichen Betätigung eines Arbeitnehmers. Erst die Beschäftigung an sich verschafft dem Arbeitnehmer die Anerkennung als vollwertiges Glied der Gesellschaft. Der Arbeitgeber verletzt daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, wenn er dauerhaft verhindert, dass der Arbeitnehmer die vertraglich vorgesehene Tätigkeit ausüben kann (vgl. BAG, Urteil vom 10.11.1955, Aktenzeichen: 2 AZR 591/54).

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht fort.

Eine Kündigung hat der Verfügungsbeklagte nicht ausgesprochen. Der Verfügungsbeklagte ist zur Suspendierung der Verfügungsklägerin nicht berechtigt. Die Parteien haben die Suspendierung nicht vereinbart. Eine solche Vereinbarung liegt weder für den Zeitraum ab dem 14.07.2008 vor, noch gibt es eine Suspendierungsklausel im Arbeitsvertrag oder in den AVR.

Es liegt auch keine wirksame einseitige Suspendierung durch den Verfügungsbeklagten vor. Eine solche ist nur dann zulässig, wenn unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung unzumutbar ist.

Der Verfügungsbeklagte hat zur Begründung angegeben, er könne so schnell keine Familie finden, welche für die Verfügungsklägerin geeignet ist. Dies kann ihn aber allenfalls hindern, die Verfügungsklägerin im Außenbereich der sozialpädagogischen Familienhilfe zu beschäftigen. Dies hindert den Verfügungsbeklagten keinesfalls daran, die Verfügungsklägerin überhaupt als Sozialpädagogin zu beschäftigen.

Das Gleiche gilt für den Vortrag des Verfügungsbeklagten, die Mitarbeiter der Familienhilfe bzw. Familienpflege lehnten eine Mitarbeit der Verfügungsklägerin ab. Ob dies ausreicht, um eine Suspendierung des Arbeitgebers zu rechtfertigen, kann dahinstehen. Dem Verfügungsbeklagten ist jedenfalls zuzumuten, die Verfügungsklägerin weiter im Innendienst einzusetzen.

Auch die vom Verfügungsbeklagten außergerichtlich vorgebrachte Begründung, er müsse wegen § 618 BGB erst ein Eingliederungsmanagement durchführen, reicht nicht aus, um eine Weiterbeschäftigung der Verfügungsklägerin unzumutbar erscheinen zu lassen. Diese Absicht des Verfügungsbeklagten rechtfertigt es nicht, die Verfügungsklägerin gar nicht mehr zu beschäftigen. Im Übrigen hat der Verfügungsbeklagte auch nicht vorgetragen, die Maßnahmen zum Eingliederungsmanagement, insbesondere Gespräche mit der Mitarbeitervertretung und der Verfügungsklägerin, geführt zu haben.

Für diesen Antrag, gerichtet auf die vertragsgemäße Beschäftigung der Verfügungsklägerin, besteht auch ein Verfügungsgrund. Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfolgt für jeden Tag, an dem der Arbeitnehmer nicht beschäftigt wird und wird mit jedem Tag, an dem der Arbeitnehmer nicht beschäftigt wird, verstärkt. Ein Urteil im Hauptsacheverfahren würde nicht ausreichen, um dem Beschäftigungsanspruch gerecht zu werden, da ein Urteil die erfolgte Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor Ausspruch des Urteils nicht mehr rückgängig machen kann.

■ Arbeitsgericht Aachen

vom 08.08.2008, 5 Ga 36/08d

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Banse, Tivolistraße 4, 52349 Düren, Tel.: 02421/407680, Fax: 02421/4076825

info@kanzlei-banse.de, www.kanzlei-banse.de

Betriebsverfassungsrecht

Anmerkung des Einreichers:

Gegenstand der Entscheidung ist der Beschäftigungsanspruch im ungekündigten Arbeitsverhältnis. Der Beschäftigungsanspruch lag hier evident vor. Entgegen der wohl herrschenden Auffassung (vgl. nur LAG Köln, Urteil vom 02.08.2005, Az 1 Sa 952/05 oder LAG Hamm, vom 21.09.2004, Az 12 Sa Ga 1212/04) bejahte das Arbeitsgericht das Vorliegen des Verfügungsgrunds. Die herrschende Meinung bejaht den Verfügungsgrund nur, wenn der Arbeitnehmer auf die sofortige Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs dringend angewiesen ist, etwa um seine beruflichen Chancen zu erhalten. Das war im vorliegenden Fall unstreitig nicht der Fall. Das Gericht folgt der im Vordringen befindlichen Meinung, der Verfügungsgrund bestehe schon dann, wenn der Verfügungsanspruch durch Zeitablauf vereitelt wird, wenn dem Arbeitgeber die Beschäftigung nicht per einstweiliger Verfügung aufgegeben wird. Denn schließlich ist der Beschäftigungsanspruch für die vergangene Zeit nicht nachholbar (so richtig LAG Hessen, vom 03.03.2005, Az 9 Sa Ga 2286/04 und vom 19.08.2002, Az 16 Sa Ga 1118/02; LAG München, vom 07.05.2003, Az 5 Sa 344/03 und vom 19.08.1992, Az 5 Ta 185/92; ArbG Stuttgart, vom 18.03.2005, Az 26 Ga 4/05, Sächsisches LAG, Urteil vom 09.08.2007, 6 Sa Ga 10/07, Beckmann, NZA 2004, 1131, 1134; Korinth, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Auflage, S. 241).

Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

248. Anhörung des Personalrats nach NPersVG, Unterzeichnungsgebot

Eine ordnungsgemäße Anhörung des Personalrats liegt nicht vor, wenn lediglich der Vorsitzende des Personalrats die Stellungnahme unterschrieben hat. Auch das der Gruppe der zu Kündigenden angehörige Mitglied muss diese mit unterschreiben (§ 28 Abs. 2 NPersVG).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 28.04.2008, 4 Ca 599/06

249. Beschlussverfahren, einstweilige Verfügung, Feststellungsantrag, Mitgliedschaft im Personalrat

Die Beschwerde, über die der Senat unter Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter ohne Anhörung gemäß § 89 Abs. 3 SächsPersVG i.V.m. § 88 Abs. 2 SächsPersVG, § 85 Abs. 2 ArbGG und § 937 Abs. 2 ZPO entscheidet, ist unbegründet.

Der Antrag, im Wege einer einstweiligen Verfügung vorläufig festzustellen, dass die 6-monatige Abordnung eines Polizeihauptkommissars im Rahmen eines Auswahlverfahrens für die Zulassung zur Aufstiegsausbildung für den höheren Polizeivollzugsdienst in die Abteilung 3 – Landespolizeipräsidium – des Sächsischen Staatsministeriums des Innern nicht zum Er-

löschen der Mitgliedschaft im Polizei-Hauptpersonalrat nach § 29 Abs. 1 Nr. 5 SächsPersVG geführt hat, ist nicht statthaft.

Aus den Regelungen der §§ 935 und 940 ZPO wird deutlich, dass die einstweilige Verfügung dazu dient, Ansprüche und den bestehenden Zustand rechtlicher Beziehungen durch vollstreckbare Ge- und Verbote zu sichern. Mit Feststellungen, die im Wege einer einstweiligen Verfügung getroffen werden, kann dieses Ziel nicht erreicht werden. Die Statthaftigkeit feststellender Verfügungen kann im Hinblick darauf nur in engen Grenzen angenommen werden. Statthaft ist ein Antrag auf Erlass einer feststellenden vorläufigen Verfügung nur dann, wenn es schlechterdings unzumutbar wäre, den Antragsteller auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen. Unzumutbar wäre dies, wenn dem Antragsteller ohne Erlass der beantragten Verfügung schwere, nicht revidierbare Nachteile drohen (vgl. hierzu auch OVG Hamburg, Beschl. v. 15.7.1993 – Bs PH 1/93). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, hat der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht; im Übrigen ist dies auch nicht erkennbar. Dabei verkennt der Senat nicht, dass der Antragsteller ein erkennbares Interesse an der Klärung der Frage hat, wer zu seinen Mitgliedern gehört. Die beantragte – vorläufige – Feststellung ist jedoch nicht geeignet, hier die erforderliche Klarheit zu schaffen.

■ Sächsisches Oberverwaltungsgericht
vom 30.07.2008, PL 9 B 95/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

250. Betriebsratskosten, Handy- und Telefonkosten

Entscheidungsgründe: ...

II. 1. Der Antrag ist zulässig, insbesondere ist er hinreichend bestimmt i.S.v. § 253 ZPO. Soweit es Festnetz- und Handytelefonate betrifft, ist klar, welche technischen Geräte betroffen sind. Soweit es die einzelnen Gespräche betrifft, werden diese durch den jeweiligen Einzelverbindungsanruf hinreichend nach Datum, Uhrzeit, Dauer und gewählter Telefonnummer konkretisiert. Die Einschränkung der betrieblichen Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass nur Telefonate die zur Erfüllung der Personalvertretungsarbeit im Rahmen der Gesamtvertretung zu erstatten sind.

2. Dem Antragsteller steht der geltend gemachte Anspruch gemäß § 29 Abs. 1 TV PV zu. Unabhängig von den regelmäßigen Sitzungen des Antragstellers und der Möglichkeit, einen Dringlichkeitsausschuss einzuberufen, ergibt sich im heutigen Büroalltag ganz generell die Notwendigkeit, telefonisch erreichbar zu sein bzw. andere Kollegen oder Dritte anrufen zu müssen. Der Antragsteller hat dies bspw. für den Fall dargelegt, dass andere Standorte (z.B. Düsseldorf) von seinen Mitgliedern besucht und betreut werden, wo es kein ausgestattetes Büro für den Antragsteller gibt. Auch aus § 2 der Regelungsabsprache kann nichts Gegenteiliges entnom-

men, denn hiernach ist die Tätigkeit des Antragstellers nur grundsätzlich in Frankfurt vorzunehmen, sodass Ausnahmen – auch von Seiten der Antragsgegnerin – anerkannt sind. Da die gewählten Mitglieder des Antragstellers ihr Ehrenamt auch dann ausfüllen, wenn sie zum Dienst eingeteilt und demnach nicht freigestellt sind, sind selbst dann erfolgte Telefonate mit privaten Handys oder vom Festnetztelefon notwendig, wenn und soweit sie in der Erfüllung der Tätigkeit der Gesamtvertretung/Personalvertretung erfolgen.

■ Arbeitsgericht Frankfurt

am Main vom 27.08.2008, 7 BV 205/08

eingereicht von Rechtsanwalt Oliver Kranz, Kaiserstraße 50, 60329 Frankfurt, Tel.: 069/240045900, Fax: 069/240045911

frankfurt@adjulex.de, www.adjulex.de

251. Betriebsratswahl, Anfechtung, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Restmandat

Entscheidungsgründe: ...

II. Der Betriebsrat Bensheim verfügt über ein Vollmandat in Form eines Übergangsmandates im Sinne des § 21a Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 und 1 BetrVG für den Standort der vormaligen Firma S. in Bensheim. Ob der Betriebsrat Bensheim auch für die ca. 199 Arbeitnehmer am selben Standort, die seit jeher bei der Arbeitgeberin beschäftigt sind, zuständig ist, braucht nicht entschieden zu werden, da diese Frage nicht Gegenstand des Antrags des Betriebsrats Bensheim ist.

Mit der vormaligen Firma S. auf die Arbeitgeberin hat eine Zusammenfassung im Sinne des § 21a Abs. 2 BetrVG des Betriebsteils in Bensheim mit dem Hauptbetrieb in Walldorf stattgefunden.

Die Entstehung eines Übergangsmandates bei dem Betriebsrat Bensheim ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass eine Eingliederung in einen Betrieb erfolgte, der mit dem Betriebsrat Walldorf bereits über einen eigenen Betriebsrat verfügt. Gemäß § 21a Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BetrVG entsteht kein Übergangsmandat für den Betriebsrat eines Betriebes, der in einen anderen Betrieb eingegliedert wird, wenn der aufnehmende Betrieb seinerseits über eine Arbeitnehmervertretung verfügt.

Die Voraussetzung, dass der Betrieb in Walldorf über einen eigenen Betriebsrat verfügt, trifft nicht zu. Nach § 3 BetrVG kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Abstimmung in der Belegschaft ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat errichtet werden, wenn dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten der Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient. Wenn keine tarifliche Regelung und auch kein Betriebsrat in dem Unternehmen bestehen, können die Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 3 S. 1 BetrVG „mit Stimmenmehrheit“ die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen. Erforderlich wäre die absolute Mehrheit der Stimmen aller Arbeitnehmer des Unternehmens gewesen (Erf.-Komm./Eisenmann, § 3 BetrVG Rn 10; *Fitting* u.a., BetrVG, § 3 Rn 95; *Richardi*, BetrVG, § 3 Rn 87; *Däub-*

ler/Kittner/Klebe, BetrVG, § 3 Rn 137 unter Verweis auf BT – Drucks. 14/5741, S. 34). Mit der Anzahl der abgegebenen 1.534 Ja-Stimmen wurde die erforderliche absolute Mehrheit nicht erreicht.

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin reicht die Mehrheit der abgegebenen Stimmen nicht aus. Hätte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollen, dass die einfache Mehrheit ausreicht, so hätte es des Zusatzes „Stimmenmehrheit“ nicht bedurft. Zu Recht weist das Arbeitsgericht Düsseldorf (12. Juni 2008, 6 BV 58/08, zu ersehen aus Bl. 414 ff. d.A.) daraufhin, dass ein Blick auf die weiteren Regelungen des BetrVG, wie z.B. in § 27 Abs. 2 S. 2 oder § 36 BetrVG, ergibt, dass der Gesetzgeber in der Wahl seiner Formulierung in § 3 Abs. 3 BetrVG konsequent gehandelt und nicht lediglich vergessen hat, das Wort „abgegebene“ Stimmen einzufügen. Mit dem Arbeitsgericht Düsseldorf kann ferner die erkennende Kammer der Argumentation der Arbeitgeberin nicht folgen, die sich auf § 20 Abs. 1 S. 1 SprAuG bezieht, wonach die Bildung eines Unternehmensausschusses möglich ist, wenn die „Mehrheit der leitenden Angestellten“ dies verlangt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber das Ziel gehabt haben sollte, für die Bildung eines Unternehmenssprecherausschusses eine höhere demokratische Legitimation zu verlangen als für die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats. Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff „Stimmenmehrheit“ tatsächlich nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen gemeint haben könnte, liegen nicht mit ausreichender Deutlichkeit vor. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Beschlusses ist selbstverständlich immer, dass sich eine Mehrheit für eine bestimmte Sache ausspricht. Hätte der Gesetzgeber eine relative Mehrheit ausreichen lassen wollen, so hätte es keines weiteren Zusatzes bedurft. Dies zeigt, dass er mit der Formulierung „mit Stimmenmehrheit“ zum Ausdruck bringen wollte, dass die Mehrheit der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats beschließen muss.

Im Übrigen spricht auch die Tatsache, dass die Abstimmung i.S.d. § 3 Abs. 3 BetrVG keinen Formerfordernissen unterliegt, für die Annahme des Erfordernisses einer absoluten Mehrheit. Die unter Verstoß gegen § 3 Abs. 3 BetrVG erfolgte Wahl des Betriebsrats Walldorf hat die Nichtigkeit dieser Betriebsratswahl zur Folge. Die Anfechtungsfrist von 2 Wochen des § 19 BetrVG kommt daher nicht zur Anwendung.

Eine Betriebsratswahl ist nichtig, wenn gegen wesentliche Grundsätze des Wahlrechts in einem so hohen Maße verstoßen worden ist, dass nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt. Erforderlich ist ein grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche gesetzliche Wahlregeln. In diesen Fällen hat der Ausspruch der Nichtigkeit der Wahl nur deklaratorische Wirkung (BAG, 29.04.1998 – 7 ABR 42/97 – AP Nr. 58 zu § 40 BetrVG 1972). Auch wenn die Frage, ob für einen Beschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG eine einfache Mehrheit ausreicht, noch nicht höchst richterlich ent-

Betriebsverfassungsrecht

schieden ist, so ist doch die Wahl eines Betriebsrats, die unter Verkennung des erforderlichen Quorums erfolgt, ein grober Verstoß gegen eine wesentliche gesetzliche Wahlregelung.

Wie das Arbeitsgericht Düsseldorf (a.a.O.) zu Recht feststellt, ist die vorliegende Fallkonstellation nicht mit jener vergleichbar, in der eine Wahl lediglich unter Verkennung des Betriebsbegriffs erfolgt. Die Verkennung des Betriebsbegriffs ist aufgrund der Komplexität der damit zusammenhängenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen viel leichter möglich als die fehlerhafte Annahme, es sei das nach § 3 Abs. 3 BetrVG erforderliche Quorum erreicht oder nicht. Es fehlte von vornherein die Voraussetzung für die Wahl eines unternehmens einheitlichen Betriebsrats. Das war auch offensichtlich, denn die fehlende höchstrichterliche Klärung dieser Rechtsfrage hat hierbei außer Betracht zu bleiben. Zu vergleichen ist die vorliegende Fallkonstellation mit der, dass in einem Betrieb mit in der Regel nur 3 oder 4 ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern (vergleiche § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG) ein Betriebsrat gewählt wird.

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin gilt der Betrieb der vormaligen Firma S. in Bensheim auch nicht als unselbständiger Betriebsteil des Hauptbetriebs in Walldorf. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG gelten Betriebsteile als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG erfüllen und räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.

Der Betrieb in Bensheim ist vom Betrieb in Walldorf räumlich weit entfernt im Sinne dieser Vorschrift. Zwar beträgt die Entfernung zwischen diesen Betrieben laut Routenplaner 24 nur 46,56 km bei einer geschätzten Fahrdauer mit dem Pkw von 27 Minuten. Wegen der Relativität der Bewertungsfaktoren, auf die zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „räumlich weite Entfernung“ zurückzugreifen ist, ermöglicht die umfangreiche Kasuistik keine verallgemeinerungsfähige Grenzziehung nach Entfernungskilometern; schon ein Entfernungsbereich von 15 bis 30 km kann zu Wertungsschwierigkeiten führen, wenn die Leichtigkeit des Verkehrs im Einzelfall nicht gewährleistet ist (BAG, 21.06.1995 – 2 AZR 783/94 – nicht aml. veröff. – juris). In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall betrug die kürzeste Verkehrsverbindung zwischen beiden Betriebsstätten 22 km, die bei unproblematischen Straßenverhältnissen mit einem Fahrzeug in etwa 20 Minuten zurückzulegen waren. Ein ständiger Dienstfahrtverkehr zwischen den Betriebsstätten und eine regelmäßige Busverbindung waren nicht eingerichtet. Bei Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel trug der Zeitaufwand für die Hin- und Rückfahrt über 1,5 bzw. über 2 Stunden. Es konnte nicht sicher davon ausgegangen werden, dass im Bedarfsfall entweder für die Mitglieder des Betriebsrats oder für die in der auswärtigen Betriebsstätte beschäftigten Arbeitnehmer ein Fahrzeug zur Verfügung gestanden hätte.

So liegt der Fall auch hier, so dass es nicht darauf ankommt, ob, wie der Betriebsrat Bensheim geltend macht, alleine schon

die häufig vorkommenden Verkehrsstaus auf der Autobahn A 5 zu der Annahme führen müssen, dass eine räumlich weite Entfernung vorliegt. Nach Auskunft unter reiseauskunft.bahn.de vom 05. August 2008 beträgt die einfache Fahrzeit von Bensheim nach Walldorf unter Benutzung von Bahn und Bus zwischen 58 Minuten und 1 Stunde 11 Minuten bis 1 Stunde 39 Minuten. Dies entspricht noch nicht dem Zeitaufwand für eine Fahrt zwischen beiden Betriebsstätten, da der Weg zum Bahnhof oder zur Bushaltestelle noch nicht berücksichtigt ist. Somit ist von einem Zeitaufwand für Hin- und Rückfahrt von regelmäßig mehr als 2 Stunden auszugehen. Anhaltspunkte dafür, dass ein ständiger Dienstfahrtverkehr oder eine anderweitige regelmäßige Busverbindung vorliegt, bestehen nicht. Liegen aber die Betriebsstätte Walldorf und Bensheim räumlich weit voneinander entfernt, so kann selbst bei unterstellter offenkundiger organisatorischer Unselbständigkeit der Betriebsstätte in Bensheim angesichts der gesetzlichen Wertung in § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht angenommen werden, es handele sich dabei um einen unselbständigen Betriebsteil des Hauptbetriebs in Walldorf.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 06.08.2008, 1 BV 5/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

252. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Restmandat

Entscheidungsgründe: ...

II. Der Antrag des Betriebsrates Dresden ist zurückzuweisen.

Das Betriebsratsmandat des Betriebsrates Dresden hat mit der Verschmelzung der Firma S. auf die Firma X. geendet.

Unberührt hiervon bleibt das dem Betriebsrat Dresden zugestandene Restmandat im Sinne von § 21b BetrVG.

1. Rechtsgeschäftliche Grundlage für die hier im Streit stehende Rechtsfrage ist die Verschmelzung der Firma S. mit der Firma F.

Bei der Verschmelzung überträgt der übertragende Rechtsträger sein Vermögen unter Auflösung ohne Abwicklung auf einen anderen bestehenden Rechtsträger oder im Wege der Neugründung auf einen oder mehrere übernehmende Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaftsrechten des übernehmenden Rechtsträger (§ 2 UmwG). Zum Verschmelzungstichtag 01.04.2008 existierte das Unternehmen S., dessen Teil der Betrieb Dresden war, nicht mehr.

Betriebsverfassungsrechtlich treten die Rechtsfolgen des § 21a BetrVG ein, soweit die dort beschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

Der Rechtsauffassung des Betriebsrates Dresden kann daher nicht uneingeschränkt beigetreten werden, dass im Falle einer Verschmelzung von Unternehmen oder Betrieben gesetzliche Regelungen im Betriebsverfassungsgesetz fehlen wür-

den. Aus dem Umkehrschluss, dass bei Vorliegen entsprechender Tatbestandsvoraussetzungen des § 21a BetrVG ein oder kein Übergangsmandat besteht, lassen sich Schlussfolgerungen ziehen, welche Rechtsfolgen eintreten müssen, wenn die Tatbestandsvoraussetzung des § 21a BetrVG nicht vorliegen.

Gemäß § 21a Abs. 3 BetrVG gelten die Absätze 1 und 2 auch in den Fällen, in denen die Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz erfolgt. Unter eine Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz (§ 2) fällt die hier streitgegenständliche Verschmelzung beider Unternehmen.

Ein Übergangsmandat käme dann in Betracht, wenn in entsprechender Anwendung von Absatz 1 (§ 21a Abs. 2 S. 2 BetrVG) keine Eingliederung in den anderen, also übernehmenden Betrieb erfolgt, in dem ebenfalls ein Betriebsrat vorhanden ist (§ 21a Abs. 1 S. 1 BetrVG).

Folglich kommt es zunächst darauf an, ob der Betrieb Dresden in den Betrieb F. eingegliedert wurde. Liegt dieser Fall vor, würde der Betriebsrat Dresden sein Betriebsratsmandat zugunsten eines Übergangsmandates des Unternehmensbetriebsrates verlieren. Ein solches Übergangsmandat ist jedoch nicht entstanden.

Bei der Definition des Übergangsmandates im Sinne des § 21a Abs. 1 BetrVG handelt es sich um ein negatives Tatbestandsmerkmal. Sein Vorliegen schließt das Entstehen eines Übergangsmandates aus. Nach Abs. 1 S. 1 BetrVG, der für den Fall der Zusammenfassung entsprechend gilt (§ 21a Abs. 2 S. 2 BetrVG) entsteht kein Übergangsmandat, wenn ein Betrieb oder ein ausgegliederter Teil des Betriebes in einen Betrieb eingegliedert wird, für den bereits ein Betriebsrat gewählt ist. Insofern werden die aufgenommenen Arbeitnehmer Teil der Belegschaft des aufnehmenden Betriebes (vgl. *Fitting*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 23. Auflage 2006, Rn 14 zu § 21a BetrVG). Von einer Eingliederung/Zusammenlegung ist dann zu sprechen, wenn der Ursprungsbetrieb unter Auflösung seiner Identität in einen anderen Betrieb eingegliedert wird, für den bereits ein Betriebsrat gewählt ist. Eine Legaldefinition des Begriffes der Identität enthält das Gesetz nicht. Ob sich die Identität eines Betriebes geändert hat, bestimmt sich daher nach den konkreten Umständen des Einzelfalls.

Das Betriebsverfassungsgesetz beruht auf dem Gedanken der betriebsbezogenen Interessenvertretung der Arbeitnehmer. Dazu knüpft es die Zuständigkeit des Betriebsrates an den Betrieb als Organisationseinheit, für den er gewählt ist. Die organisatorische Einheit eines Betriebes wird maßgeblich durch den Leitungsapparat bestimmt, der den Einsatz der Betriebsmittel wie den der Arbeitnehmer koordiniert und dazu die wesentlichen mitbestimmungspflichtigen Entscheidungen trifft. Demnach setzt der Vollzug einer Eingliederung eine Änderung der bestehenden Leitungsstrukturen voraus, soweit nicht andere Kriterien auf eine Änderung der Identität des bisherigen Betriebes hindeuten.

Ob eine Änderung in der Leitungsstruktur des Betriebsteils Dresden im Zuge der Verschmelzung der Unternehmen eingetreten ist, erscheint fraglich. Die F. schildert zwar, wie die Leitung funktional gegliedert vom Sitz des Hauptbetriebes in Walldorf aus erfolgen soll. Einer Veränderung der Leitungsstruktur stünde jedoch entgegen, dass die Betriebe und so auch der Betrieb Dresden der S. in der Vergangenheit ebenso funktional und zentral von Bensheim organisiert wurden. In Bezug auf den Betrieb Dresden wäre eine wesentliche Änderung in der Art und Weise der Ausübung der Leitungsmacht nicht erfolgt. Andere Anknüpfungspunkte, die zu Überlegungen dahin führen könnten, dass die betriebliche Identität unter anderen Kriterien verloren gegangen ist, lassen sich nicht feststellen und sind im Hinblick auf gleich geartete Strukturen beider Unternehmen und dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat ausdrücklich nicht geltend gemacht.

Ob eine Änderung in der Ausübung der Leitungsmacht für den Verlust der Betriebsidentität ausreicht, muss jedoch auch unter dem Aspekt bezweifelt werden, dass Betriebsteile auch dann betriebsratsfähig sind, wenn sie gemäß § 4 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt liegen, ohne dass in diesem Falle zu berücksichtigen wäre, ob in diesen vom Hauptbetrieb entfernt liegenden Betriebsteilen Leitungsgremien mit Entscheidungsbefugnis vorhanden sind oder nicht.

Mit der Verschmelzung im Rechtssinne beider Unternehmen lässt sich daher der Verlust der Identität der bisherigen Unternehmensbetriebe der S. nicht begründen.

2. Die Eingliederung eines Betriebes im Falle der Verschmelzung mit dem Hauptbetrieb ist im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes jedoch nicht nur durch tatsächliche Organisationsänderungen im verschmelzenden Betrieb möglich, sondern auch aufgrund vorgeschriebener tariflicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Vereinbarungen.

Gemäß § 3 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG kann durch Tarifvertrag für Unternehmen mit mehreren Betrieben die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates bestimmt werden. Besteht keine tarifliche Regelung und gilt auch kein Tarifvertrag, kann die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates durch Betriebsvereinbarungen beschlossen werden (§ 3 Abs. 2 BetrVG). Dieser Fall liegt hier vor.

Mit Betriebsvereinbarung vom 21.02.2008 hat der unternehmenseinheitliche Betriebsrat und die F. für jetzt und die Zukunft bestimmt, das sämtliche als Betriebe, Betriebsteile und Kleinstbetriebe anzusehenden Betriebsstätten der F. einen einheitlichen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes bilden (Ziffer 2 Abs. 2 S. 1).

Aus der Regelung zum Geltungsbereich (Ziffer 1 Abs. 1) folgt die Geltung dieser Betriebsvereinbarung für alle Betriebe, Betriebsteile und Kleinstbetriebe der F., ohne dass hiervon eine Ausnahme vereinbart wurde, insbesondere enthält der Geltungsbereich keine Ausnahme für Betriebe, Betriebsteile und Kleinstbetriebe, die erst zu einem späteren Zeitpunkt,

Betriebsverfassungsrecht

aufgrund welchen Rechtsgeschäfts auch immer, „Betrieb des Unternehmens F.“ werden.

Die Vereinbarung zielt daher nicht nur darauf ab, künftig nur einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat wählen zu wollen (Ziffer 2 Abs. 2 S. 2, Abs. 3), sondern auch darauf, alle selbständigen Betriebe und unselbständigen Betriebsteile unter diesem einheitlichen Betriebsbegriff zu vereinen.

Der Gesetzgeber hat insbesondere keine Einschränkung für den Fall wie den hiesigen vorgesehen, dass ein „stärkerer“ Betrieb mit Betriebsrat den (zahlenmäßig) „schwächeren“ Betrieb ohne Rücksicht darauf vereinnahmt, dass dort ein eigener Betriebsrat besteht. Folglich kommt es auch nicht auf den (mutmaßlichen) Willen der Arbeitnehmer des „übernommenen“ Betriebes an, ob sie einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat für vorteilhaft halten oder nicht. Maßgeblicher Wille des Gesetzgebers ist, dass ein Betrieb, der bisher über einen Betriebsrat verfügte, nicht betriebsratslos wird.

Der Betriebsrat Dresden kann die Wirksamkeit der Betriebsvereinbarung zwischen unternehmenseinheitlichem Betriebsrat und F. auch nicht dadurch infrage stellen, dass ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat die Interessen der Arbeitnehmer der einzelnen Unternehmensbetriebe nicht sachgerecht wahrnehmen kann. Zum ersten kann diese Behauptung in dieser Allgemeinheit nicht gelten. Zum anderen genügt es, wenn eine der gesetzlich geregelten Alternativen des § 1 Abs. 1 Ziffer 1 vorliegt, nämlich, wenn die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates die Bildung von Betriebsräten erleichtert. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass es leichter sein soll, sechs oder noch mehr Betriebsräte zu bilden als nur einen unternehmenseinheitlichen.

3. Die Unwirksamkeit der vorgenannten Betriebsvereinbarung lässt sich auch nicht darauf stützen, wie der Betriebsrat Dresden meint, dass der vertragsschließende unternehmensweite Betriebsrat aufgrund einer unwirksamen Wahl zum Vertragsabschluss nicht berechtigt gewesen sei.

Unstreitig hat eine Wahlanfechtung (§ 19 BetrVG) nicht nur in der gesetzlich vorgesehenen Frist nicht stattgefunden. Die Wahl ist unangefochten geblieben. Die Beklagte kann sich daher nur auf so erhebliche Verletzungen des Wahlrechts stützen, die zur Nichtigkeit der Wahl führen.

Solche Nichtigkeitsgründe liegen insbesondere nicht in der behaupteten Tatsache, dass die Abstimmung zur Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates unwirksam gewesen sei.

Hierzu bestimmt § 3 Abs. 3 S. 1 BetrVG, dass die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit in den Fällen, in denen keine tariflichen Regelungen bestehen und im Unternehmen kein Betriebsrat existiert, die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates beschließen können.

Entgegen der Rechtsansicht des Betriebsrates Dresden verlangt das Gesetz nicht, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates beschließen muss. Dies folgt nicht aus der gesetzlichen Formulierung, wonach die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit

die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates beschließen können.

Unter Zugrundelegung eines allgemeinen Verständnisses (eines Rechtskundigen) zu den Grundsätzen des demokratischen Wahlrechtes ist die gesetzliche Formulierung nicht anders zu verstehen, als das die Stimmenmehrheit derer über einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat entscheidet, die an einer entsprechenden Wahl teilnehmen. Hätte der Gesetzgeber von dieser Regel der so genannten einfachen Stimmenmehrheit abrücken wollen, hätte er dies ausdrücklich im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen. Denn selbst im Falle einer qualifizierten Stimmenmehrheit wäre klarzustellen, ob sich die Anzahl der Stimmen auf die abgegebenen Stimmen oder auch auf die Stimmberechtigten bezieht. Im Übrigen erscheint die gesetzliche Formulierung auch unter dem Gesichtspunkt hinreichend als einfache Stimmenmehrheit auslegbar, als die Wahl des Betriebsrates selbst durch einfache Stimmenmehrheit entschieden wird. Entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen über die Wahl des Betriebsrates, muss auch dieselbe Mehrheit der abgegebenen Stimmen für die Entscheidung darüber genügen, ob ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gewählt wird oder nicht.

Es gibt daher keine rechtlichen Bedenken an der Wirksamkeit der Wahl des unternehmenseinheitlichen Betriebsrates, der über die Eingliederung des Betriebes Dresden durch Betriebsvereinbarung vom 21.02.2008 beschließen konnte.

Mit der betriebsverfassungsrechtlichen Eingliederung des Betriebes Dresden in den unternehmensweiten Betrieb F. hat das Betriebsratsmandat des bisher betriebsverfassungsrechtlich selbständigen Betriebes Dresden zum 01.04.2008 geendet.

■ Arbeitsgericht Dresden

vom 19.06.2008, 5 BV 25/08

Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

253. Betriebsratswahl, Anfechtung, gemeinsamer Betrieb

Entscheidungsgründe: ...

II. Die Anträge der Beteiligten zu 2., 4., 5., 7. bis 11. und 14., sind bereits unzulässig, da diese keine Arbeitnehmer beschäftigen und dementsprechend nicht als Arbeitgeber gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG angesehen werden können. Für sie besteht bereits keine Antragsbefugnis.

Im Übrigen sind die Anträge zulässig, da sie innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses bei Gericht eingegangen sind, § 19 Abs. 5 S. 2 BetrVG.

Die Anträge sind jedoch nicht begründet, da der Beteiligte zu 17. nicht gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG verstoßen hat.

Insoweit berufen sich die Antragsteller im Wesentlichen da-

rauf, dass im Verhältnis zwischen den Antragstellern zu 1. bis 14. und 16. zum Antragsteller zu 15. kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG bestehe, so dass die Wahl eines einheitlichen Betriebsrats unzulässig sei.

Diese Auffassung ist indessen unzutreffend, da von einem gemeinsamen Betrieb aller Antragsteller auszugehen ist. Von einem solchen ist die Rede, wenn mindestens zwei Unternehmen die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Mittel für einen oder mehrere einheitliche arbeitstechnische Zwecke zusammenfassend zuordnen, gezielt einsetzen und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstrecken (so etwa BAG, vom 11. Februar 2004, AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb). Die Funktionen des Arbeitgebers müssen institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden. Für das Bestehen eines gemeinsamen Betriebs kommt es weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung, sondern vielmehr auf die gemeinsame Organisation an. Dabei erfordert der einheitliche Leitungsapparat eine rechtliche Verbindung der beteiligten Unternehmen (so auch BAG, vom 25. Mai 2005, Az.: 7 ABR 38/04 in juris). Werden die Arbeitgeberfunktionen im personellen und sozialen Bereich im Wesentlichen einheitlich ausgeübt, kann regelmäßig auf eine zumindest konkludente Führungsvereinbarung geschlossen werden.

Gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG wird ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden. Vermutet wird nach dem Willen des Gesetzgebers die gemeinsame Führung des Betriebs durch die beteiligten Rechtsträger und damit als Ergebnis dem Wortlaut der Vorschrift folgend ein gemeinsamer Betrieb. Daher darf das Wort „eingesetzt“ nicht als gemeinsame Leitung verstanden werden, da die Vermutung sonst überflüssig wäre (so auch ErfK/Eisemann, 8. Auflage, § 1 BetrVG Rn 15 m.w.N.). Als Vermutungstatbestand sind vielmehr schon eine gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel und der gemeinsame Einsatz der Arbeitnehmer ausreichend, wobei erforderlich nicht die gemeinsame Nutzung aller, sondern der wesentlichen Betriebsmittel ist. Als Indiztatsachen für den gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern kommt die gemeinsame räumliche Unterbringung, eine personelle, organisatorische und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe, eine gemeinsame Lohnbuchhaltung, Sekretariat, Kantine oder Druckerei in Betracht (so auch Erfurter Kommentar, a.a.O.; *Fitting u. a.*, 23. Auflage, § 1 Rn 87 m.w.N.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Beteiligte zu 17.,

also der Betriebsrat, hier hinreichende Indizien dargelegt, die die Vermutung des § 1 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG begründen.

Ein gemeinsamer Betrieb der Beteiligten zu 1. bis 14. sowie der Beteiligten zu 16. zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl wird seitens der Antragsteller selbst nicht in Frage gestellt, zumal deren Geschäftsführer seinerzeit noch Herr K. gewesen ist.

Aber auch im Verhältnis dieser Unternehmen zur Beteiligten zu 15. greift der Vermutungstatbestand des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG ein. Hierfür spricht, dass gerade zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl in der wöchentlichen „Meisterbesprechung“ regelmäßig eingeteilt wurde, welches Unternehmen, wann, welche Aufträge übernimmt, was sowohl für eine organisatorische als auch für eine personelle Verknüpfung der beteiligten Unternehmen spricht.

Weitere Indizien sind die zur Verfügungsstellung aller Betriebsfahrzeuge und auch deren Einteilung durch eine Gesellschaft, namentlich die Beteiligte zu 2. Gleiches gilt für den Materialeinkauf, der unstreitig für alle Antragsteller von der Beteiligten zu 7. ausgeführt wurde.

Darüber hinaus hat die Beteiligte zu 15. unstreitig von der Beteiligten zu 13. alle Werkzeuge zur Verfügung gestellt bekommen, die für die Ausführung ihrer Aufträge notwendig waren. Schon daraus ergibt sich der gemeinsame Einsatz wesentlicher Betriebsmittel.

Weitere Indizien, die für das Eingreifen der Vermutungen des § 1 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG sprechen, sind die unstreitig einheitliche Lohnbuchhaltung und das einheitliche Sekretariat. Ferner der gemeinsame Winterdienst, der von den Beteiligten zu 15. und 16. ausgeübt wird.

Zwar ist die Vermutung eines gemeinsamen Betriebes nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG widerlegbar. Sind jedoch die Tatsachen, welche die Vermutungsgrundlage abgeben, unstreitig, muss der Prozessgegner darlegen und beweisen, dass eine gemeinsame Leitung nicht besteht und man daher nicht von einem gemeinsamen Betrieb ausgehen kann (Erfurter Kommentar, a.a.O.). Eine Widerlegung der Vermutungswirkung ist hier jedoch nicht erfolgt. Vielmehr haben die Antragsteller lediglich pauschal auf das Bestehen von Dienstleistungsverträgen, die schon vor dem maßgeblichen Zeitraum abgeschlossen worden sein sollen, abgehoben ohne konkret darzulegen, wann die beteiligten Geschäftsführer diese unter welchen Umständen abgeschlossen haben, bzw. wann, wo und unter welchen Umständen eine jeweilige Verlängerung erfolgt ist. Die Vorlage einer Exceltabelle, in der die einzelnen Dienstleistungen mit den diesbezüglichen Beträgen für das Jahr 2007 ausgewiesen sind, reicht hierfür nicht aus.

Auch die pauschale Behauptung der Existenz eines Verrechnungskontos, das zwischen den beteiligten Geschäftsführern vereinbart worden sein soll, reicht nicht aus. Auch insoweit fehlt es an einem konkreten Tatsachenvortrag.

Aus diesem Grunde kann auch offen bleiben, ob, angesichts der Vielzahl der für einen gemeinsamen Betrieb im Sinne der Vermutung nach § 1 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG sprechenden Indizien, das Vorhandensein der behaupteten Dienstleistungsver-

Betriebsverfassungsrecht

einbarungen und eines Verrechnungskontos überhaupt geeignet ist, die Vermutung zu widerlegen.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 16.04.2008, 5 BV 45/07

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461
kanzlei(at)mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

254. Betriebsratswahl, Anfechtung, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, zuständige Gewerkschaften nach § 3 BetrVG

1. Im Verfahren um die Anfechtung einer Betriebsratswahl wegen der Unwirksamkeit eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG abgeschlossenen Tarifvertrags ist die Gewerkschaft im Beschlussverfahren gem. § 83 Abs. 3 ArbGG zu beteiligen, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat.

2. Reklamieren mehrere tarifzuständige Gewerkschaften den Abschluss eines Tarifvertrags gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, so kann der Tarifvertrag nur unter Einbeziehung aller die Zuständigkeit beanspruchenden Gewerkschaften einheitlich abgeschlossen werden.

3. Wird eine tarifzuständige Gewerkschaft an dem Tarifabschluss i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG entgegen Ziffer 2. des Leitsatzes nicht beteiligt, so ist die unter Zugrundelegung der getroffenen – unwirksamen – Tarifregelung durchgeführte Betriebsratswahl anfechtbar aber nicht nichtig.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 21.02.2008, 5 TaBV 14/07

255. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, Übergangsmandat

Entscheidungsgründe: ...

II. Der Antrag ist auch begründet.

Der Antragsteller verfügt über ein Vollmandat in Form eines Übergangsmandates im Sinne des § 21a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BetrVG gegenüber der Beteiligten zu 2) für den nunmehr einheitlichen Standort R.

§ 21a Abs. 2 BetrVG setzt für die Entstehung eines Übergangsmandates die Zusammenfassung mehrerer Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb voraus.

Eine solche Zusammenfassung ist durch die Integration des Standortes der S. in den Betrieb der Beteiligten zu 2) erfolgt. Es ist in der mündlichen Verhandlung zwischen den Beteiligten übereinstimmend klar gestellt worden, dass die beiden Standorte in R. schon in der Vergangenheit eng verzahnt waren und nunmehr auch von einer einheitlichen Leitungsmacht, die von der Zentrale der Beteiligten zu 2) in W. ausgeübt wird, geführt werden. Entsprechend wurde in der Antragsänderung berücksichtigt, dass nunmehr ein einheitlicher Betrieb oder zumindest ein qualifizierter Betriebsteil im Sinne des § 4 Abs. 1 BetrVG in R. besteht.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) ist die Entstehung eines Übergangsmandates beim Antragsteller nicht da-

durch ausgeschlossen, dass eine Eingliederung in den eigenen Standort erfolgte, der mit dem Beteiligten zu 3) bereits über einen Betriebsrat verfügt.

Gem. § 21a Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BetrVG entsteht kein Übergangsmandat für den Betriebsrat eines Betriebes, der in einen anderen Betrieb eingegliedert wird, wenn der aufnehmende Betrieb seinerseits über eine Arbeitnehmervertretung verfügt.

Eine Eingliederung des Standortes der S. in den der Beteiligten zu 2) ist erfolgt.

Von einer Eingliederung ist auszugehen, wenn die Arbeitnehmer des aufgenommenen Betriebes in die Abteilungen des aufnehmenden Betriebes verteilt werden und dort gegebene Tätigkeiten wahrnehmen, wenn also der aufnehmende Betrieb in seiner Organisationsstruktur unverändert bleibt. Der aufnehmende Betrieb wird lediglich größer, ohne dass er dadurch tiefgreifende Veränderungen erfährt (LAG Frankfurt, 06.05.2004, 9 TaBV Ga 61/04, juris; *Feudner*, DB 2003,882; *Thüsing*, DB 2002,738,739). Insoweit tragen die Beteiligten übereinstimmend vor, dass die beiden Standorte schon in der Vergangenheit in einer Form zusammenarbeiteten, dass diese Zusammenarbeit einem Gemeinschaftsbetrieb sehr nahe kam. Dies gilt sowohl hinsichtlich des jeweiligen Betriebszwecks, – Integration bzw. Implementierung von SAP-Systemen beim Kunden, – als auch hinsichtlich des wechselseitigen Einsatzes von Mitarbeitern. Hinsichtlich der Ausübung der personellen Leitungsmacht gab es bis zur Verschmelzung allerdings noch eine klare Trennung. Diese ist mit der Übernahme der Leitungsmacht durch die Beteiligte zu 2), die diese bisher nur für den eigenen Standort wahrnahm, nunmehr aber zusätzlich für den ehemaligen Standort der S. wahrnimmt, auch in einer Hand. Das bedeutet, dass sich weder hinsichtlich des Orts und Inhalts der Tätigkeit noch der Organisation für die Mitarbeiter an beiden Standorten Änderungen ergeben haben. Es ist lediglich für den ehemaligen Betrieb der S. zu einem Wechsel des Leitungsapparates gekommen.

Verlangt man für die Annahme einer Eingliederung darüber hinaus, dass der aufnehmende Betrieb wesentlicher größer sein muss als der andere Betrieb oder Betriebsteil (so etwa *GK/Kreitz*, BetrVG, 7. Aufl., § 21a Rz 61), entsteht nach Auffassung der Beteiligten zu 2) ebenso wenig ein Übergangsmandat des Antragstellers. Dieses läge nach Auffassung der Beteiligten zu 2) gem. § 21a Abs. 2 BetrVG beim Beteiligten zu 3) als dem Betriebsrat des größeren Betriebes. Der aufnehmende Standort in R. verfügt jedoch nicht über einen wirksam errichteten Betriebsrat. Der Beteiligte zu 3) ist nicht wirksam errichtet worden. Denn eine entsprechende Betriebsratswahl zur Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates hätte nicht stattfinden dürfen.

Die Voraussetzungen für die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates lagen bei der Beteiligten zu 2) nicht vor. Nach § 3 BetrVG kann durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Abstimmung in der Belegschaft ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat errichtet werden,

wenn dies die Bildung von Betriebsräten erleichtert oder einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient. Eine solche Abstimmung fand bei der Beteiligten zu 2) am 11.09.06 statt. Von den zumindest 3.388 wahlberechtigten Arbeitnehmern stimmten 1.534 Mitarbeiter für die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates. Damit waren die Voraussetzungen für die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates nach § 3 Abs. 3 BetrVG nicht erfüllt. Die Abstimmung durfte zwar mangels bestehenden Tarifvertrages und Betriebsrates durchgeführt werden. Die Arbeitnehmer hätten die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates jedoch mit „Stimmenmehrheit“ beschließen müssen. Die absolute Stimmenmehrheit aller Arbeitnehmer des Unternehmens wäre demnach erforderlich gewesen (*Fitting*, BetrVG, 24. Aufl., § 3 Rz 95; *GK-Kraft*, BetrVG, 7. Aufl., § 3 Rz 34; *Däubler*, BetrVG, 9. Aufl., § 3 Rz 137; *Richardi*, BetrVG, 10. Aufl., § 3 Rz 87). Diese wurde nicht erreicht. Die Beteiligte zu 2) scheint es demgegenüber zumindest für vertretbar zu halten, dass die erreichte Mehrheit der abgegebenen Stimmen den Weg zur Errichtung des Beteiligten zu 3) frei gemacht hat.

Sie bezieht sich hierzu auf § 20 Abs. 1 S. 1 SprAuG, wonach die Bildung eines Unternehmensausschusses möglich ist, wenn die „Mehrheit der leitenden Angestellten“ dies verlangt. Die unterschiedliche Formulierung weist darauf hin, dass der Gesetzgeber auch in der Sache unterschiedliche Regelungen habe treffen wollen. Warum allerdings der Gesetzgeber das Ziel gehabt haben sollte, für die Bildung eines Unternehmenssprecherausschusses eine höhere demokratische Legitimation zu verlangen als für die Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates, erläutert die Beteiligte zu 2) nicht und lässt sich wohl auch nicht tragfähig begründen. Die unterschiedliche Formulierung der beiden Normen lässt sich schlicht damit begründen, dass § 20 SprAuG kein Abstimmungsverfahren mit einer entsprechenden Stimmabgabe vorsieht, sondern mit Blick auf die meist überschaubare Zahl der leitenden Angestellten in einem Unternehmen lediglich ein „Verlangen“ der Mehrheit voraussetzt. Auch zeigt ein Blick in die weiteren Regelungen des BetrVG, in denen mit wortgleichen Formulierungen qualifizierte Mehrheiten verlangt werden, wie etwa in § 27 Abs. 2 S. 1 BetrVG oder auch § 36 BetrVG, dass der Gesetzgeber in der Wahl seiner Formulierung in § 3 Abs. 3 BetrVG durchaus konsequent und eindeutig war und nicht lediglich vergessen hat das Wort „abgegeben“ Stimmen einzuführen.

Die Beteiligte zu 2) geht in ihrer Argumentation weiter. Selbst wenn ein Fehler im Vorfeld der Wahl des Beteiligten zu 3) unterlaufen sei, liege hierin kein derart schwerwiegender und offensichtlicher Fehler, dass er über die Anfechtungsfrist hinaus als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden könne. Doch auch diese Auffassung überzeugt die Kammer nicht.

Zutreffend ist der Ausgangspunkt, dass Wahlmängel gem. § 19 BetrVG in der Regel nur innerhalb der Anfechtungsfrist von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses

geltend gemacht werden können. Eine Wahlanfechtung aus Gründen, die zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl führen, ist im Betriebsverfassungsgesetz weder hinsichtlich der Nichtigkeitsvoraussetzungen noch hinsichtlich der Nichtigkeitsfolgen gesetzlich geregelt. Es entspricht jedoch einem für das Betriebsverfassungsgesetz allgemein anerkannten Grundsatz, dass neben den im gesetzlich geregelten Wahlanfechtungsverfahren geltend zu machenden Wahlmängeln auch solche Gesetzesverstöße vorliegen können, die das Entstehen einer Arbeitnehmervertretung von vornherein ausschließen (BAG, 29.04.1998, 7 ABR 42/97, AP Nr. 58 zu § 40 BetrVG 1972). Eine Betriebsratswahl ist nichtig, wenn gegen wesentliche Grundsätze des Wahlrechts in einem so hohen Maße verstoßen worden ist, dass nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt. Erforderlich ist ein grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche gesetzliche Wahlregeln. In diesen Fällen hat der Ausspruch der Nichtigkeit der Wahl nur deklaratorische Wirkung (BAG, 29.04.1908, 7 ABR 42/97, AP Nr. 58 zu § 40 BetrVG 1972; 11.04.1978, 6 ABR 22/77, AP Nr. 8 zu § 19 BetrVG 1972).

Hieran knüpft die Beteiligte zu 2) an, wenn sie darauf hinweist, dass das Nichterreichen der erforderlichen Stimmenmehrheit in der Abstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG kein grober und auch kein offensichtlicher Fehler sei. Auch diese Auffassung teilt die Kammer nicht.

Die Tatsache, dass die Hälfte von 3.388 Arbeitnehmerstimmen nicht bei 1.534 liegt, ist offensichtlich. Dieser Fehler stellt gleichzeitig einen groben Verstoß dar, weil er zur Einleitung einer Wahl führte, die gar nicht hätte stattfinden dürfen. Insoweit ist diese Konstellation durchaus mit dem Fall vergleichbar, dass sich die vierköpfige Belegschaft eines Betriebes einen Betriebsrat wählt, obwohl die Voraussetzungen für seine Errichtung nach § 1 BetrVG nicht vorliegen. Die Beteiligte zu 2) sieht hingegen eine Vergleichbarkeit mit den Fällen, in denen eine Wahl unter Verkennung des Betriebsbegriffes erfolgt, was regelmäßig lediglich zur Anfechtbarkeit, nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl führt (vgl. etwa BAG, 31.05.2000, 7 ABR 78/98, AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb). Eine Vergleichbarkeit würde sich höchstens dann ergeben, wenn in Verkennung des Unternehmensbegriffs falsch entschieden wurde, wer zur Stimmabgabe berechtigt ist. Und selbst dann lässt sich die im Einzelfall rechtlich schwierige Frage, was ein Betrieb oder ein qualifizierter Betriebsteil ist, kaum vergleichen mit der ungleich leichteren Frage, welcher Arbeitnehmer welchem Unternehmen zuzuordnen ist. Hierfür dürfte in der Regel ein Blick in den Arbeitsvertrag genügen. Bei der Abstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG im Unternehmen der Beteiligten zu 2) wurde jedoch nicht verkannt, welche Arbeitnehmer stimmberechtigt sind. Es wurde verkannt, dass die erforderliche Stimmenmehrheit nicht erreicht wurde. Der Beteiligte zu 1) nimmt sogar an, dass wider besseres Wissens um die rechtlichen Voraussetzungen die Wahl zum Beteiligten zu 3) durchgeführt wurde. Er weist hierzu auf entsprechende

Betriebsverfassungsrecht

Wahlaufufe hin, die darauf hinwiesen, dass „Nichtabstimmung ... die Gefahr eines dezentralen Betriebsrates“ erhöhe (Bl. 274 der Akten). Diese Frage konnte jedoch offen bleiben, denn der Fehler ist zumindest offensichtlich, das heißt, er hätte gesehen werden müssen.

Unabhängig hiervon erscheint es der Kammer durchaus fraglich, ob bei einem Verstoß gegen § 3 BetrVG und der damit verbundenen Frage der Wirksamkeit der Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrates nur offensichtliche Fehler über die Anfechtungsfrist hinaus berücksichtigt werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Betriebsratswahl auch dann nichtig, wenn sie in einem Betrieb durchgeführt wird, der nach § 118 Abs. 2 BetrVG nicht unter den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fällt, weil es sich um eine karitative und erzieherische Einrichtung einer Religionsgemeinschaft handelt. Denn insoweit fehlt es von Anbeginn an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer Betriebsratswahl. Das Vorliegen dieses Nichtigkeitsgrundes ist in aller Regel nicht offenkundig (BAG, 29.04.1998, 7 ABR 42/97, AP Nr. 58 zu § 40 BetrVG 1972; 09.02.1982, 1 ABR 36/80, AP Nr. 24 zu § 118 BetrVG 1972).

Die Kammer sieht hierbei durchaus, dass die Beteiligte zu 2) nicht unter die Ausnahmvorschrift des § 118 Abs. 2 BetrVG fällt. Doch die Begründung, aus der das BAG die Nichtigkeit der Betriebsratswahl herleitet, ist übertragbar. Denn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Wahl fehlten auch beim Beteiligten zu 3). Die Beteiligte zu 2) hielt diesem Argument im Anhörungstermin entgegen, dass für Betriebe im Sinne des § 118 Abs. 2 BetrVG aus verfassungsrechtlichen Gründen der Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes von vornherein nicht eröffnet sei, für die Beteiligte zu 2) hingegen schon. Deshalb seien diese Konstellationen nicht miteinander vergleichbar. Richtig ist natürlich, dass die Beteiligte zu 2) unter den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes fällt. Nun ist aber § 3 Abs. 3 BetrVG eine Ausnahmvorschrift, die Unternehmen mit mehreren Betrieben eine Abweichung von der gesetzlichen Konzeption des örtlichen Betriebsrates, die das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht, erlaubt. Wenn nun, weil dies die Tarifvertragsparteien, die Betriebspartner oder die Belegschaft wünschen, die Konzeption des BetrVG verlassen werden soll, ist es durchaus vertretbar zu verlangen, dass die Voraussetzungen für eine solche Abweichung unabhängig von ihrer Offensichtlichkeit erfüllt sein müssen. Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 19 BetrVG. Im Interesse der Rechtssicherheit für die Betriebspartner können Verstöße gegen Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren nur im Rahmen einer Wahlanfechtung geltend gemacht werden. Der rechtliche Mangel ist hier jedoch nicht in der Art der Durchführung der Wahl begründet, sondern in dem Umstand, dass überhaupt eine solche stattgefunden hat. Wenn die Voraussetzungen für die Errichtung eines Betriebsrates jedoch nicht vorliegen, ob sich dies nun aus § 1, § 3 oder § 118 Abs. 2 BetrVG herleitet,

kann ein solcher Mangel schwerlich durch den Ablauf einer Anfechtungsfrist zu Fragen der Art der Durchführung einer Wahl geheilt werden.

Und zuletzt steht der Entstehung eines Übergangsmandates beim Antragsteller nicht entgegen, dass § 21a BetrVG reduzierend dahin auszulegen sei, dass im Fall der Integration eines Betriebes in einen bereits bestehenden, betriebsratslosen Betrieb kein Übergangsmandat entstehe. Soweit hierzu eine Gegenmeinung vertreten wird (*Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl., Rz 10; *GK-Kreitz*, BetrVG, 7. Aufl., Rz 61; *Löwisch/Kessel*, BB 2001, 2162), ist zunächst zu differenzieren.

Denn teilweise wird die Auffassung, dass eine Eingliederung nicht die Entstehung eines Übergangsmandates im Sinne des § 21a BetrVG verlange, damit verknüpft, dass von einer Eingliederung nur ausgegangen werden könne, wenn der aufnehmende Betrieb wesentlich größer sei (*GK-Kreitz*, BetrVG, 7. Aufl., Rz 62), sodass man nach dieser Auffassung dazu käme, dass ein Übergangsmandat besteht. Denn die beiden Standorte mit jeweils 270 und 370 Arbeitnehmern sind in ihrer Größenordnung nicht weit voneinander entfernt. Soweit unabhängig von den jeweiligen Größenordnungen angenommen wird, dass eine Integration ein Übergangsmandat nicht erfordere, wird zum einen mit dem Wortlaut argumentiert, § 21a Abs. 2 BetrVG verlange, dass der größere Betrieb den Betriebsrat stelle. Wenn dieser fehle, scheide eine unmittelbare Anwendung des § 21a BetrVG aus (*Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl., § 3 Rz 87). Nach dieser Auffassung dürfte auch im Fall einer Zusammenfassung mehrerer Betriebe zu einem neuen Betrieb kein Übergangsmandat entstehen, wenn der größte Betrieb oder Betriebsteil betriebsratslos ist. Warum jedoch im Fall einer Spaltung nach Abs. 1 der übergehenden Belegschaft mehr Schutz gewährt werden soll als im Fall des Zusammenschlusses, lässt sich weder mit dem Regelungszweck des § 21a BetrVG noch mit der Systematik der Vorschrift vereinbaren. Nach § 21a BetrVG soll dem Betriebsrat bei jeder Form der Betriebsspaltung oder Zusammenlegung ein Übergangsmandat zustehen, wenn die Organisationsänderung zu seinem Wegfall führt oder ein Teil der Belegschaft aus seinem Zuständigkeitsbereich herausfällt. Das Bedürfnis für ein Übergangsmandat besteht dann, wenn durch Organisationsänderungen neue betriebliche Einheiten entstehen, sodass die von den bisher gewählten Betriebsräten vertretenen Arbeitnehmer anderenfalls ihren betriebsverfassungsrechtlichen Schutz verlieren (LAG Frankfurt 06.05.2004, 9 TaBV Ga 61/04, juris; *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl., § 21a Rz 11a). Den betriebsverfassungsrechtlichen Schutz verliert auch der Arbeitnehmer, dessen Betrieb in einen größeren betriebsratslosen Betrieb eingegliedert wird. Zudem verweist § 21a Abs. 2 BetrVG in seinem Satz 2 auf den gesamten Absatz 1 des § 21a BetrVG, wonach ein Übergangsmandat nur bei einer Eingliederung in einen Betrieb mit Betriebsrat nicht entsteht, und nicht lediglich auf die Sätze 2 und 3. § 21a Abs. 2 BetrVG stellt klar, welcher von zwei konkurrierenden Betriebsräten das Übergangsmandat wahrnimmt. Das bedeutet im Umkehrschluss nicht,

dass beim Fehlen einer Konkurrenz der einzige existente Betriebsrat kein Übergangsmandat erhält mit der Konsequenz, dass die bisher vertretenen Arbeitnehmer ihre Interessenvertreter aufgrund einer Umstrukturierung verlieren. Das zweite Hauptargument der Gegenseite, dass die Entstehung eines Übergangsmandates dem größeren, bisher betriebsratslosen Betrieb nun einen Betriebsrat aufzwingt (*Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl., § 3 Rz 87), verfängt zumindest in der hier vorliegenden Fallgestaltung nicht. Die Arbeitnehmer des Standortes der Beteiligten zu 2) haben nicht entschieden, auf eine Arbeitnehmervertretung zu verzichten, sie wurden bisher von einem nicht wirksam errichteten Betriebsrat vertreten. Vor diesem Hintergrund müsste für diese Konstellation auch die Gegenmeinung zur Annahme eines Übergangsmandates kommen. Dass dieses nur durch den nicht nichtigen Betriebsrat wahrgenommen werden kann, ist selbstverständlich.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf

vom 12.06.2008, 6 BV 58/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

256. Betriebsratswahl, Wahlberechtigung in mehreren Betrieben desselben Unternehmens

Arbeitet ein Arbeitnehmer in mehreren Betrieben desselben Unternehmens und ist in diese jeweils eingegliedert, ist er auch in mehreren Betrieben wahlberechtigt zu den jeweiligen Betriebsratswahlen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 03.09.2007, 14 TaBV 20/07

257. Personalratswahl, Wahlberechtigung, ARGE

Entscheidungsgründe:

... II. ... 1. Die Beteiligte zu 1. ist anfechtungsberechtigt. Gemäß § 25 SächsPersVG – der nach § 94 Abs. 6 SGB IX sinngemäß anzuwenden ist – ist jede in der Dienststelle vertretene Gewerkschaft anfechtungsberechtigt. Ergänzend wird insoweit auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts in dem angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

2. Die Nichtbeteiligung der in der ARGE Leipzig beschäftigten Schwerbehinderten an der Wahl der Schwerbehindertenvertretung der Stadt Leipzig stellt einen erheblichen Verfahrensverstoß dar. Wahlberechtigt sind gemäß § 94 Abs. 2 SGB IX alle in der Dienststelle beschäftigten Schwerbehinderten. Dies umfasst auch die der ARGE Leipzig zugewiesenen Angestellten. Als Beschäftigte sind gemäß § 4 Abs. 1 SächsPersVG diejenigen Personen anzusehen, die auf Grund eines Angestelltenverhältnisses in eine Dienststelle eingegliedert sind und an der Erfüllung der dieser Dienststelle obliegenden Aufgaben mitwirken.

Die der ARGE zugewiesenen Beschäftigten der Beteiligten zu

3. nehmen Aufgaben wahr, die der Beteiligten zu 3. obliegen. Diese Aufgaben sind gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II dem Kompetenzbereich der Kommunalverwaltung übertragen und stellen somit eine Aufgabe des ausschließlichen Wirkungsbereiches der Beteiligten zu 3. dar.

Der Eingliederung in die Dienststelle steht nicht entgegen, dass die betroffenen Angestellten räumlich ausgegliedert sind. Dem kommunalen Träger wird dadurch nicht jede Möglichkeit zur Einwirkung auf eine gezielte Personalentwicklung genommen, sondern allenfalls erschwert. Die tatsächliche Ausübung des Einflusses der Beteiligten zu 3. wird zwar dadurch beeinträchtigt, dass dessen Wahrnehmung über den Umweg des Geschäftsführers der Arbeitsgemeinschaft erfolgen muss (s. a. BVerfG, v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04). Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die insoweit korrespondierende Weisungsgebundenheit der Angestellten, welche dem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis ihr Gepräge geben, verbleiben dennoch, wenn auch über den Geschäftsführer der ARGE als Vermittler, weiterhin bei der Beteiligten zu 3.

Selbst wenn man jedoch auf Grund der zwar vorhandenen, aber doch erheblich erschwerten Einwirkungsmöglichkeit zu der Auffassung gelangt, die der ARGE Leipzig zugewiesenen Beschäftigten wären nicht mehr als Beschäftigte der Dienststelle der Beteiligten zu 3. anzusehen, so haben diese ihr Wahlrecht dennoch nicht gemäß § 13 Abs. 2 SächsPersVG verloren. Zwar sind danach diejenigen Beschäftigten, die zu einer Dienststelle abgeordnet oder zugewiesen sind, in dieser wahlberechtigt, sobald die Abordnung oder Zuweisung am Wahltag länger als drei Monate gedauert hat, und verlieren im gleichen Zeitpunkt die Wahlberechtigung bei der alten Dienststelle. Dies setzt jedoch die Abordnung in eine Dienststelle voraus. Eine Dienststelle ist die organisatorische Einheit (Beschäftigungsstelle), die mit einem selbständigen Aufgabenbereich und mit organisatorischer Selbständigkeit ausgestattet ist. Diese Voraussetzungen erfüllt die ARGE nicht. Es erscheint bereits äußerst fraglich, ob die ARGE einen selbständigen Aufgabenbereich aufzeigen kann. Die Arbeitsgemeinschaften sind gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtungen der Bundesagentur und der kommunalen Träger zum Vollzug der Grundsicherung für Arbeitsuchende. Es spricht viel dafür, dass die ARGE nicht die Befugnis zur Erfüllung der Aufgaben erhalten haben, sondern dass in ihnen nur die Kompetenzen zur Wahrnehmung der Aufgaben gebündelt werden (Bundessozialgericht, Urteil vom 07.11.2006 – B 7b AS6/06 R –; Urteil vom 23.11.2006 – B 11fa AS 1/06 R – zitiert nach juris). Wenn aber bei fortbestehender Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Träger der Grundsicherung ein gemeinschaftlicher Vollzug von Aufgaben des Bundes und der kommunalen Träger bei der ARGE stattfindet, so ist dieser verfassungswidrig (BVerfG, Beschluss vom 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 und 2 BvR 2434/04 – zitiert nach juris).

Dies bedarf vorliegend jedoch keiner Entscheidung, weil es der ARGE bereits an organisatorischer Selbständigkeit

Betriebsverfassungsrecht

mangelt. Zwar erlässt die ARGE eigene Verwaltungsakte. Dies ist jedoch für die Beurteilung der organisatorischen Selbständigkeit unbeachtlich, da es insoweit nicht auf die Rechtsqualität der Aufgaben ankommt; erforderlich ist vielmehr, dass ihr Leiter zur eigenständigen Regelung von personellen und sachlichen Fragen befugt ist. Dementsprechend muss er über selbständige Regelungskompetenzen in personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten verfügen, also die relevanten Entscheidungsbefugnisse in den wichtigsten beteiligungspflichtigen Angelegenheiten gemäß §§ 71 ff. SächsPersVG besitzen. An diesen personalvertretungsrechtlichen Kompetenzen mangelt es vorliegend. Nach den rechtlichen Vorgaben aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Agentur für Arbeit Leipzig und der Stadt Leipzig über die Gründung und Ausgestaltung einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) vom 12.11.2004 verbleibt die Verantwortung für das zur Verfügung gestellte Personal bei dem jeweiligen Mitglied. Dienstvorgesetzte für die durch die Stadt Leipzig zur Verfügung gestellten Beschäftigten und damit auch Kompetenzträger für alle personalvertretungsrechtlichen Angelegenheiten bleibt die Stadt Leipzig.

Eine über den Wortlaut hinausgehende, erweiternde Auslegung des § 13 Abs. 2 SächsPersVG bzw. dessen analoge Anwendung dahingehend, dass bereits die Zuweisung an eine andere öffentliche Einrichtung die Anwendung dieser Norm nach sich zieht, scheidet aus. Danach würde bereits die Zuweisung an eine öffentliche Einrichtung ohne Dienststelleneigenschaft zum Verlust des Wahlrechts in der abgebenden Dienststelle führen, ohne dass ein Wahlrecht in der neuen Einrichtung entsteht. Eine solche Auslegung ist mit dem Sächsischen Verfassungsrecht nicht in Übereinstimmung zu bringen. Art. 26 der Sächsischen Verfassung normiert das Recht der Beschäftigten, in Betrieben, Dienststellen und Einrichtungen des Landes Vertretungsorgane zu bilden. Eine Auslegung dahingehend, dass bereits eine Entsendung als solche den Verlust des Wahlrechts nach sich zieht, ohne wiederum ein solches (mangels Dienststellenqualität) an der neuen Beschäftigungsstelle zu begründen, steht damit im Widerspruch zu der verfassungsrechtlich vorgesehenen lückenlosen Mitarbeitervertretung. Eine Analogie setzt darüber hinaus eine planwidrige Regelungslücke voraus. Dafür ist vorliegend nichts ersichtlich. Vielmehr spricht die verfassungsrechtliche Vorgabe dafür, dass die Regelung seitens des Landesgesetzgebers explizit auf diejenigen Fälle zugeschnitten ist, in denen am neuen Beschäftigungsort erneut ein Wahlrecht begründet wird.

Im Übrigen verstößt die durchgeführte Wahl ohne die bei der ARGE Leipzig schwerbehinderten Beschäftigten gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 GG, Art. 3 Sächsische Verfassung. Da dieser Grundsatz bei der Personalratswahl als Bestandteil der zu beachtenden Wahlrechtsgrundsätze Anwendung findet (s. a. BVerfGE 60, 162), ist er auf die Wahl der Schwerbehindertenvertretung zu erstrecken. Der Ausschluss der Beschäftigten berührt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl. Danach ist jedem der gleiche Zugang zur Wahl

zu gewähren. Die Schwerbehindertenvertretung wird durch die Wahl legitimiert, die gesetzlichen Beteiligungsrechte im Interesse der schwerbehinderten Beschäftigten wahrzunehmen und dafür zu sorgen, dass diese in einen angemessenen Ausgleich mit den Erfordernissen des Dienstbetriebes gebracht werden (vgl. zur Personalratswahl OVG Rheinland-Pfalz, 08.03.2006, 5 A 11469/05).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 14.02.2008, 6 TaBV 13/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advogross.de; www.advogross.de

258. Einigungsstelle, Anfechtung des Spruchs, Arbeitszeitflexibilisierung

Entscheidungsgründe: ...

II. ... 2. Soweit die Einigungsstelle Arbeitszeitregelungen für Beschäftigte getroffen hat, hat sie nach Auffassung der erkennenden Kammer mit ihrem Spruch vom 26.02.2007 die Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens überschritten, § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG.

a. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann eine Ermessensentscheidung der Einigungsstelle nur daraufhin überprüft werden, ob sie die Grenzen des ihr zustehenden Ermessens überschritten hat. Hält sich der Spruch einer Einigungsstelle innerhalb des gesetzlichen Ermessensrahmens, hat das Gericht ihn hinzunehmen. Dem Arbeitsgericht steht keine allgemeine Zweckmäßigkeitkontrolle, sondern nur eine Rechtskontrolle zu. Insbesondere darf das Arbeitsgericht nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Einigungsstelle setzen (BAG, v. 30.10.1979 – AP BetrVG 1972 § 120 Nr. 9; BAG, v. 22.01.1980 – AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 7; BAG, v. 27.05.1986 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 15). Die Ermessensüberprüfung eines Einigungsstellenspruchs hat nur die Frage zum Gegenstand, ob die durch den Spruch getroffene Regelung als solche die Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt und zu einem billigen Ausgleich bringt, wobei diese Belange und auch diejenigen tatsächlichen Umstände, die das jeweilige Gewicht dieser Belange begründen, festzustellen sind (BAG, v. 31.08.1982 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8; BAG, v. 17.10.1989 – AP BetrVG 1972 § 76 Nr. 39; BAG, v. 11.02.1992 – AP BetrVG 1972 § 76 Nr. 50). Bei dieser Überprüfung ist auch der Zweck des jeweiligen Mitbestimmungsrechtes zu beachten, d.h., dass die getroffene Regelung in ihrem Ergebnis auch denjenigen Interessen Rechnung tragen muss, um derentwillen dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zusteht. So kann ein Ermessensfehler etwa dann vorliegen, wenn die Einigungsstelle von sachfremden Erwägungen ausgegangen ist oder den ihr möglichen Regelungsspielraum verkannt hat. Ermessensfehlerhaft ist es, wenn ein Spruch einer Einigungsstelle keine sachgerechte In-

teressenabwägung enthält, etwa weil die Interessen der einen oder anderen Seite überhaupt nicht berücksichtigt sind, oder weil die Regelung objektiv völlig ungeeignet ist. Es kommt aber nicht darauf an, durch welche Tatsachen und Annahmen die Einigungsstelle zu ihrem Spruch gekommen ist und ob die diesem Spruch zugrunde liegenden Erwägungen der Einigungsstelle folgerichtig waren und eine erschöpfende Würdigung sämtlicher Umstände zum Inhalt haben. Allein das Ergebnis der Tätigkeit der Einigungsstelle ist auf seine Ermessensfehlerhaftigkeit zu überprüfen, nicht etwa die Überlegungen und Erwägungen der Einigungsstelle bei der Entscheidungsfindung (BAG, v. 11.03.1986 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 14; BAG, v. 21.09.1993 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 62; BAG, v. 14.12.1993 – AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 65; BAG, v. 28.04.2004 – AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 174; *Däubler/Kittner/Klebe/Berg*, BetrVG, § 76 Rz 92 m.w.N.).

b. Der Spruch der Einigungsstelle enthält keine sachgerechte Interessenabwägung, weil er keine Beteiligung des Betriebsrates bei der Aufstellung der Einzelschichtpläne vorsieht und deshalb die hier bestehenden Interessen der Arbeitnehmer nicht ausreichend berücksichtigt.

aa. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage.

Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage der Arbeitszeit und damit zugleich ihrer freien Zeit für die Gestaltung ihres Privatlebens zur Geltung zu bringen. Danach erfasst das Mitbestimmungsrecht nicht nur die Frage, ob im Betrieb in mehreren Schichten gearbeitet werden soll, sondern auch die Festlegung der zeitlichen Lage der einzelnen Schichten und die Abgrenzung des Personenkreises, der Schichtarbeit zu leisten hat. Mitbestimmungspflichtig ist auch der Schichtplan und dessen nähere Ausgestaltung bis hin zur Zuordnung der Arbeitnehmer zu den einzelnen Schichten (BAG, v. 28.5.2002 – 1 ABR 40/01 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 96; BAG, v. 29.09.2004 – 5 AZR 559/03 – AP BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 111). Der Betriebsrat hat ferner darüber mitzubestimmen, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise von bereits aufgestellten Schichtplänen abgewichen werden kann (BAG, v. 1.7.2003 – 1 ABR 22/02 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 103). Die Betriebsparteien sind frei in der Entscheidung, ob sie sich auf eine Regelung über die Grundsätze der Schichtplanung beschränken, oder ob sie jeden einzelnen Schichtplan selbst aufstellen wollen (BAG, v. 18.04.1989 – 1 ABR 2/88 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 34). Begnügen sie sich mit der Regelung von Kriterien und Grundsätzen, ist es zulässig, die Aufstellung von Einzelschichtplänen nach diesen Vorgaben dem Arbeitgeber zu überlassen (BAG, v. 28.05.2002 – 1 ABR 40/01 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 96; BAG v. 28.10.1986 – 1 ABR 11/85 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 20; BAG

v. 29.09.2004 – 5 AZR 559/03 – AP BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 111).

bb. Nach diesen Grundsätzen wahrt der Spruch der Einigungsstelle zwar das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Er überlässt der Arbeitgeberin bei der Festlegung der regelmäßigen Arbeitszeit (Ziffer 2 des Spruchs) die Aufstellung der Einzelschichtpläne nach rahmenmäßigen Vorgaben.

(1) Der Spruch der Einigungsstelle enthält materielle Regelungen über die Aufstellung von Schichtplänen. Unter Ziffer 2 wird die tarifliche Wochenarbeitszeit in Form von unregelmäßigen Arbeitszeitverteilungsplänen festgelegt. Hier werden durch die funktionsmäßige Zusammenfassung der Beschäftigten rahmenmäßige Vorgaben für die konkreten Schichtpläne gemacht. Er schreibt weiter vor, dass die für ein Quartal geltenden Arbeitszeitverteilungspläne periodisch fortgeführt werden (Ziffer 2.4), und dass die Arbeitnehmer gleichmäßig zur Arbeit am Wochenende herangezogen werden sollen (Ziffer 2.5). Er regelt, inwieweit Arbeit am Wochenende für jeden Arbeitnehmer festgelegt werden kann, wie der Ausgleich zu erfolgen hat (Ziffer 2.7), die Tauschmöglichkeit von Arbeitnehmern (Ziffer 2.8), die Schicht- und Pausenzeiten (Ziffer 2.9) und näheres zum Schichtwechsel (Ziffer 2.12).

(2) Der Spruch enthält aber keine Regelungen zum Verfahren über die Aufstellung der einzelnen Schichtpläne und zu deren Personalisierung. Dies hat das Arbeitsgericht, soweit es von der Widersprüchlichkeit des Spruchs ausgegangen ist, nicht ausreichend berücksichtigt. Da Aufgabe der Einigungsstelle die Regelung der Arbeitszeit war, und dazu der gesamte Komplex der Schichtarbeit bis zur Zuordnung der Mitarbeiter zu den konkreten Schichten gehört, kann die Festlegung nur allgemeiner Kriterien und Grundsätze, ohne dass eine weitere Beteiligung des Betriebsrates für die Aufstellung der einzelnen Schichtpläne festgeschrieben wurde, nur so verstanden werden, dass der Arbeitgeberin die Erstellung der Einzelpläne überlassen bleibt (vgl. hierzu *Fitting/Kaiser/Heither*, BetrVG, 21. Aufl., 2002, § 87 Rn 122). Die erkennende Kammer teilt insoweit die Auffassung des Betriebsrates. Für dieses Verständnis des Spruchs spricht auch der Umkehrschluss aus Ziffer 3.2, die den ausdrücklichen Hinweis darauf enthält, dass im Rahmen der Arbeitszeitflexibilisierung die Beteiligungsrechte des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG unberührt bleiben, während eine vergleichbare Regelung in den Bestimmungen zur Arbeitszeitregelung unter Ziffer 2. fehlt.

cc. Die alleinige Befugnis der Arbeitgeberin, in dem vorgegebenen Rahmen über die Aufstellung der Schichtpläne und die Zuweisung der Arbeitnehmer in die Schichtsysteme zu entscheiden, verletzt aber die Interessen der Arbeitnehmer.

(1) Es bestand kein sachlicher Grund, den Betriebsrat bei der Aufstellung der Einzelschichtpläne nicht mehr zu beteiligen. Der Betriebsrat hat sein Beteiligungsrecht zur Aufstellung der Einzelschichtpläne nach seiner Darstellung von Anfang an im Rahmen des Einigungsstellenverfahrens eingefordert. Gegen seine Beteiligung hat sich die Arbeitgeberin, die zuletzt die

Betriebsverfassungsrecht

Auffassung vertreten hat, dem Betriebsrat stehe sogar nach dem Einigungsstellenspruch ein solches Recht noch zu, nicht gewandt.

(2) An der Beteiligung haben die Beschäftigten auch ein erhebliches Interesse. Die Arbeitszeitverteilungspläne lassen der Arbeitgeberin hinsichtlich der Zuordnung der Mitarbeiter zu den konkreten Schichten noch einen nicht unerheblichen Spielraum. Zunächst wäre es Sache der Arbeitgeberin, die Mitarbeiter den einzelnen Funktionen zuzuweisen. Schon dies ist zwischen den Betriebspartnern keineswegs in allen Fällen geklärt. Danach wären die Mitarbeiter in den jeweiligen Funktionen konkreten Schichten zuzuordnen. In der selben Funktion kommen nach den Plänen ganz überwiegend mehrere unterschiedliche Arbeitszeiten in Betracht, z.B. mit einer unterschiedlichen Anzahl von Wochenenddiensten und zusammenhängenden freien Tagen (vgl. nur EBV A1: 4 Samstag, 7 Sonntage, 3x3 zusammenhängende freie Tage; EBV A2: 5 Samstag, 6 Sonntage, 1x3 zusammenhängende freie Tage; EBV A3: 2 Samstag, 7 Sonntage, 1x3 zusammenhängende freie Tage). Nach den vorgesehenen und fest geplanten 13 Wochen in der gleichen Schicht wäre es ferner möglich, ggfs. zur Einhaltung der Rahmenbedingungen (vgl. Ziffer 2,6 des Spruchs: In der Vorstufe – zu der die Mitarbeiter EBV A1, EBV A2 und EBV A3 gehören – können nur bis zu 26 Wochenenden pro Jahr als regelmäßige Arbeitszeit für jeden Mitarbeiter festgelegt werden) sogar erforderlich, die Mitarbeiter wieder anderen Schichten zuzuweisen. Soweit das Arbeitsgericht dies anders sieht und deshalb vor dem Hintergrund der in Ziffer 2.6 des Spruchs normierten Höchstgrenze von 26 Wochenenden in der Abteilung Vorstufe unter Hinweis auf die nach den Arbeitszeitverteilungsplänen von den Mitarbeitern EBV A1 und EBV A3 zu arbeitenden 28 Sonntagen pro Jahr von einer Widersprüchlichkeit des Einigungsstellenspruchs ausgeht, vermag die erkennende Kammer dem nicht zu folgen. Hinzu kommt, dass auch keine Vorgaben dazu bestehen, ob die einzelnen Funktionen (z.B. Betriebsschlosser bzw. Schichtelektriker A1) mit nur einer Kraft oder auch mit mehreren Arbeitnehmern besetzt werden können. Regelungen dazu, unter welchen Voraussetzungen Funktionen unbesetzt bleiben können, fehlen ebenfalls. Der Betriebsrat könnte deshalb bei der Aufstellung der Einzelpläne noch auf die Berücksichtigung konkreter Belange der Arbeitnehmer, auf deren Gleichbehandlung und auch auf eine gewisse Kontinuität der Arbeitszeit über einen längeren Zeitraum hinwirken. Da seine Beteiligung nicht mehr vorgesehen ist, werden die Interessen der Arbeitnehmer ohne rechtfertigenden Grund beeinträchtigt. Nach Auffassung der erkennenden Kammer ist dies nicht sachgerecht.

c. Der Spruch der Einigungsstelle erscheint auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil die Regelungen zur Arbeitszeitflexibilisierung unter Ziffer 3 erhebliche praktische Probleme bei der Umsetzung mit sich bringen und zu untauglichen Ergebnissen führen.

aa. Nach Ziffer 3 des Einigungsstellenspruchs können die un-

gleichmäßigen Arbeitszeitverteilungspläne bei ungeplanten Auftragsänderungen oder unvorhergesehenen Personalausfällen sowie Maschinen- und Materialstörungen durch kurzfristige An- und Absage von Arbeitszeit geändert werden. Für die Änderung gilt, dass sie den betroffenen Beschäftigten spätestens zu Schichtbeginn des Vortages (bei Absage von Arbeitszeit) und zu Beginn der Schicht am dritten Tag vor der Änderung (bei Ansage von Arbeitszeit) durch den Schichtführer oder dessen Vertreter schriftlich mitgeteilt werden muss, der Betriebsrat zeitgleich schriftlich zu unterrichten ist und die Beteiligungsrechte des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG unberührt bleiben. Die Ansage von Samstags- und/oder Sonntagsarbeit muss spätestens am Mittwoch erfolgen.

bb. Soweit der Betriebsrat rügt, die An- und Absagefristen seien für die Planänderung zu kurz bemessen, und die Regelung schon deshalb für ermessensfehlerhaft hält, wird dem allerdings nicht gefolgt. Da § 12 Abs. 2 TzBfG nur für den Fall der Abrufarbeit gilt, ist eine Anlehnung an die darin geregelte Frist von vier Tagen, wie sie der Betriebsrat einfordert, nicht notwendig. Der Einigungsstelle steht ein Ermessensspielraum bei der Festlegung der Frist zu, der nicht überschritten erscheint, da auch die Anlässe, die die Planänderung erfordern und allein möglich machen, regelmäßig nicht schon vier Tage vorher feststehen werden.

cc. Die Regelung ist aber deshalb untauglich, weil sie letztlich den Konflikt der Betriebspartner bezüglich der Arbeitszeitflexibilisierung nicht löst. Da dem Betriebsrat das volle Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 BetrVG nach Ankündigung der Planänderung verbleibt und im Fall der Zustimmungsverweigerung wegen der kurzen zeitlichen Abfolge von wenigen Tagen eine Entscheidung der Einigungsstelle nicht möglich ist, bedeutet dies nichts anderes, als dass der Betriebsrat durch Nichterteilung der Zustimmung im Ergebnis jede Planänderung verhindern kann. Damit wird den von der Einigungsstelle anerkannten Interessen der Arbeitgeberin an einer Arbeitszeitflexibilisierung nicht ausreichend Rechnung getragen. Da der Betriebsrat grundsätzliche Bedenken gegen die Arbeitszeitflexibilisierung hat und nach Verkündung des Spruchs den entsprechenden Anträgen der Arbeitgeberin nach seiner Darstellung stets widersprochen hat, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Regelung jedenfalls im Regelfall zu keinen Problemen führen wird. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass nach derzeitiger Sachlage angesichts der ablehnenden Haltung des Betriebsrates die von der Einigungsstelle als notwendig erkannte Arbeitszeitflexibilisierung im Betrieb der Arbeitgeberin nicht stattfinden kann.

d. Ob auch die Einbeziehung von bis zu 26 Wochenenden in die regelmäßige Arbeitszeit für die Produktionsbereiche Vorstufe und Betriebstechnik (ohne Heizer) (vgl. Ziffer 2.6 des Spruchs) ermessensfehlerhaft ist, erscheint fraglich. Eine Entscheidung darüber hätte einer weiteren Sachaufklärung zu dem Arbeitsanfall an diesen Tagen bedurft, die aber angesichts der bereits aus anderen Gründen festzustellenden Unwirksamkeit des Spruchs nicht erforderlich war. Aus dem glei-

chen Grund konnte auch dahingestellt bleiben, ob die in den Arbeitszeitverteilungsplänen zum Teil vorgesehene Drei-, Vier- und Sechstageswoche mit den tariflichen Vorgaben in Einklang steht. Nach Auffassung der Kammer spricht indes einiges dafür. Soweit der Betriebsrat weiter rügt, er könne nicht kontrollieren, ob die Arbeitgeberin sich an die Vorgaben der Genehmigungsbehörde zu den in der Abteilung Weiterverarbeitung an Sonntagen einsetzbaren Arbeitnehmern halte, ist ihm die Kontrolle anhand der noch zu erstellenden Einzelschichtpläne ohne weiteres möglich. Durchgreifende Bedenken bestehen auch insoweit nicht, als der Spruch Tauschmöglichkeiten bei der Sonntagsarbeit vorsieht und damit der behördlichen Vorgabe zur vorrangigen Berücksichtigung Freiwilliger entsprechen will.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 09.01.2008, 2 TaBV 1/08

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd Achterberg, Hohenzollernstraße 44, 41061 Mönchengladbach, Tel.: 02161/175841, Fax: 02161/294906

info@ra-achterberg.de

Anmerkung:

Siehe auch Streitwertentscheidungen in dieser Sache unter Nr. 279 und Nr. 283 in diesem Heft. (gr)

259. Einigungsstelle, Ermessen, Urlaubsquote

Entscheidungsgründe: ...

II. Der Antrag ist unbegründet und war demzufolge abzuweisen.

Hierzu ist im Wesentlichen Folgendes auszuführen:

1. Die Einführung einer festen Urlaubsquote verstößt nicht gegen § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG. Nach dieser Vorschrift besteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Urlaubsgrundsätze und des Urlaubsplans sowie der Festsetzung der zeitlichen Lage des Urlaubs für einzelne Arbeitnehmer, wenn zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern kein Einverständnis erzielt wird. Hierbei ist freilich das Mitbestimmungsrecht nur dann gegeben, wenn eine gesetzliche oder tarifliche Regelung hierüber nicht besteht. Unter dem Begriff „allgemeine Urlaubsgrundsätze“ sind betriebliche Richtlinien zu verstehen, nach denen dem einzelnen Arbeitnehmer vom Arbeitgeber im Einzelfall Urlaub zu gewähren ist oder aber nicht gewährt werden darf oder soll. Insbesondere geht es dabei um die Frage, ob die Arbeitnehmer befugt sind, den Erholungsurlaub während des ganzen laufenden Urlaubsjahres zu nehmen oder ob der Urlaub im Rahmen so genannter Betriebsferien zu nehmen ist. Gegenstand von Betriebsvereinbarungen können deshalb auch die Einführung von Betriebsferien zu bestimmten Zeiträumen oder aber auch die Einführung einer so genannten Urlaubssperre wegen erhöhten Arbeitsanfalls, z. B. für die Zeit einer Sommer- oder Winterschlussverkaufs im Einzelhandel, sein (vgl. hierzu auch BAG, vom 28.05.2002, NZA 2003, 171). Wenn demnach eine erzwingbare Mitbestimmung zwischen Arbeit-

geber und Betriebsrat besteht über die Einführung von Betriebsferien als auch Urlaubssperren, kann auch als allgemeiner Urlaubsgrundsatz festgehalten werden, ob einer bestimmten festgelegten Anzahl von Arbeitnehmern Urlaub zu gewähren ist, mithin die Einführung einer entsprechenden Urlaubsquote. Die erkennende Kammer hat keine Bedenken, dass die Einführung einer festen Urlaubsquote Gegenstand eines Mitbestimmungsverfahrens im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG sein kann und Gegenstand ist. Die gegenteilige Auffassung der Antragstellerin wird nicht geteilt.

Auch die Regelung der Kündigungsfrist ist nicht unwirksam. § 77 Abs. 5 BetrVG sieht vor, dass Betriebsvereinbarungen mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden können, soweit nichts anderes vereinbart ist. Die Antragstellerin hat insoweit Recht, als sie ausführt, dass es einer Einigung bedarf. § 87 Abs. 2 Satz 2 BetrVG führt jedoch ausdrücklich an, dass im Falle einer Einigung dieselbe durch den Spruch der Einigungsstelle ersetzt wird. Der Spruch der Einigungsstelle ist deshalb das Surrogat für die Einigung und einer Einigung gleichzustellen. Daraus folgend ist eine längere Kündigungsfrist durch Spruch der Einigungsstelle möglich und rechtlich zulässig.

Durch die Regelung in § 4 Ziff. 2 des Spruches der Einigungsstelle wird der Zuständigkeitsbereich nicht überschritten. In dieser Regelung heißt es u.a.: „... wenn in einem Team die 25-Prozent-Quote ausgeschöpft ist, wird die nächsthöhere Ebene einbezogen (z. B. Team – Abteilung – Standort – Line – Segment).“ Durch diese Regelung wird – im Gegensatz zur Auffassung der Antragstellerin – nicht der Zuständigkeitsbereich der Einigungsstelle überschritten. Bereits durch den Wortlaut ist dies nicht ersichtlich, denn es heißt dort „z. B.“, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass es ein Beispiel ist. Ein Beispiel soll jedoch nur verdeutlichen, was gemeint ist. Wenn dort u.a. auch Bereiche genannt werden, die möglicherweise über den Zuständigkeitsbereich der Einigungsstelle und des Betriebes hinausgehen, soll damit nur deutlich gemacht werden, was gewollt ist. Es wird damit jedoch nicht in den Zuständigkeitsbereich anderer Bereiche eingegriffen. Das lässt sich bereits dem Wortlaut nach nicht der Regelung entnehmen.

Dass letztlich das Workforce-Management über die Frage der Gewährung von Urlaub im Sinne von § 4 Ziff. 3 des Spruchs der Einigungsstelle entscheidet, ist eine sachgerechte Regelung, denn dem Workforce-Management sind durch die Arbeitnehmer bis zum 15. November eines jeden Jahres für das folgende Kalenderjahr die Urlaubswünsche vorzulegen.

2. Die Einigungsstelle hat nicht das nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG zu beachtende Ermessen überschritten. Nach dieser Vorschrift fasst die Einigungsstelle ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen. Hierbei hat die Einigungsstelle freilich grundsätzlich zwingendes vorrangiges Recht zu beachten. Innerhalb des Ermessensspielraumes hat die Einigungsstelle so zu entscheiden, wie Arbeitgeber und Betriebsrat sich vernünftigerweise hätten einigen können, aber nicht geeinigt haben. Dabei hat sie die Belange

Betriebsverfassungsrecht

des Betriebes und der betroffenen Arbeitnehmer angemessen zu berücksichtigen. Insoweit muss die Einigungsstelle eine Interessenabwägung vornehmen. Sie kann sich sowohl der Auffassung des Arbeitgebers als auch der des Betriebsrates anschließen; sie kann aber auch von beiden Ansichten abweichen. Welche Wertung sie letztlich vornimmt, unterliegt ihrer eigenverantwortlichen Ermessungsausübung, die auch nur beschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. So kann die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit des Spruches der Einigungsstelle nicht bereits deshalb erfolgen, weil er von einem der Beteiligten als unbillig empfunden wird. Entscheidend ist vielmehr, ob die Einigungsstelle ihren Spruch außerhalb des ihr eingeräumten Gestaltungs- und Ermessensspielraums gefällt hat. Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn die Entscheidung eindeutig erkennbar keine sachgerechte Interessenabwägung enthält oder beispielsweise die Belange der betroffenen Arbeitnehmer oder des Betriebes überhaupt nicht berücksichtigt. Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt nur die Entscheidung der Einigungsstelle selbst, also das Ergebnis ihrer Tätigkeit, nicht etwa die von der Einigungsstelle angestellten Überlegungen und Erwägungen (vgl. BAG, vom 25.01.2000, BB 2000, 2261).

Eine ermessensfehlerhafte Entscheidung der Einigungsstelle ist für die erkennende Kammer nicht ersichtlich. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Quote von 25 Prozent im Rahmen der Planungsphase eine Rolle spielt. Nach der Regelung in § 4 Ziff. 2 können 25 Prozent der Mitarbeiter eines Teams zeitgleich Urlaub nehmen. Diese Quote spielt im Rahmen der Anmeldung von Urlaub bis zum 15.11. eines jeden Jahres eine Rolle. Danach wird die Urlaubsliste gemäß der Regelung in Ziff. 1 Nr. 4 spätestens bis zum 30.11. eines jeden Jahres mit dem Betriebsrat abgestimmt. Ist dies erreicht, spielt in der Folgezeit die Quote von 25 Prozent keine Rolle mehr. Dies erschließt sich aus der Regelung in § 4 Ziff. 3, wonach Urlaub, der nicht berücksichtigt wurde oder aber storniert wurde, nicht mehr der Quote unterliegt, sondern unabhängig von derselben über das WFM genehmigt wird. In diesem Zusammenhang hat das WFM § 17 Abs. 8 MTV-Mobil zu beachten. Soweit einem entsprechenden Urlaubswunsch dringende betriebliche Belange entgegenstehen, wäre der Urlaub abzulehnen, auch wenn in dem jeweiligen Team zu dem jeweiligen Zeitpunkt die Urlaubsquote von 25 Prozent nicht ausgeschöpft ist. Die Quote von 25 Prozent bewirkt deshalb nur, dass im Rahmen der Planung ihrer Urlaubswünsche die Arbeitnehmer und der Arbeitgeber davon ausgehen können, dass maximal ein Viertel der Beschäftigten des Teams zeitgleich Urlaub nehmen können, während drei Viertel (= 75 Prozent) anwesend sein müssen. Wird die Quote von einem Viertel nicht ausgeschöpft, stehen in derselben Zeit mehr Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zur Verfügung. Soweit die Antragstellerin davon spricht, dass diese Quote zu hoch sei, da die höchste Abwesenheitsquote in den Ferienzeiten zwischen 16 bis 17 Prozent und 24 und 25 Prozent geschwankt habe, hält sich die Urlaubsquote mit 25 Prozent in diesem Rahmen.

Soweit die Antragstellerin ausführt, dass die feste Quote nicht die jährlichen Schwankungen im Bedarf berücksichtige, sind dies allgemeine Befürchtungen. Was sich dahinter im Einzelnen verbirgt, ist nicht ersichtlich. Zuzugeben ist der Antragstellerin sicherlich, dass sie im Rahmen der Tätigkeiten der Arbeitnehmer darauf angewiesen ist, dass eine adäquate Erreichbarkeit oder Auftragsbearbeitung gewährleistet sein muss. Hieraus jedoch ein dringendes betriebliches Erfordernis abzuleiten, vermag die Kammer nicht zu erkennen und zwar dann nicht, wenn dies lediglich in dieser Allgemeinheit ausgeführt wird. Auch das Stichwort der Flexibilität ist wenig hilfreich. Am flexibelsten ist es freilich, wenn überhaupt keine Quote festgelegt wird und der Arbeitgeber von Fall zu Fall darüber entscheidet, ob ein Arbeitnehmer Urlaub nehmen kann oder nicht. Demgegenüber steht jedoch auch das Interesse des Arbeitnehmers, zu wissen, ob er eine Möglichkeit der Urlaubsgewährung hat oder nicht. Weiß der Arbeitnehmer, dass die Quote ausgeschöpft ist, kann er sich darauf einstellen und muss seinen Urlaubswunsch entsprechend ändern. Auch für den Arbeitgeber bedeutet eine feste Quote eine Vorgabe, die er in seiner Planung einbringen kann und bringt auch eine gewisse Planungssicherheit mit sich.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 11.04.2008, 3 BV 103/07

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

260. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Zuständigkeit Gesamtbetriebsrat

Entscheidungsgründe: ...

4. a) Der Antrag des Antragstellers bedarf, soweit er noch anhängig ist, der Auslegung.

Der Antrag nach § 98 Abs. 1 ArbGG setzt ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats voraus. Die Errichtung einer Einigungsstelle über § 98 Abs. 1 ArbGG kann somit nur dann erzwungen werden, wenn die Einigungsstelle im verbindlichen Einigungsverfahren tätig werden soll. Bereits zur Festlegung des Gegenstandes des Verfahrens nach § 98 Abs. 1 ArbGG, sodann aber auch zum Zwecke der nach § 98 Abs. 1 ArbGG erforderlichen Offensichtlichkeitsprüfung hat der Antrag, ggf. zusammen mit seiner Begründung, den Regelungsstreit zu bezeichnen, welcher der Einigungsstelle vorgelegt werden soll. Es muss sich um einen solchen Streit handeln, der offen ist für die Prüfung des Bestehens eines Mitbestimmungsrechts.

Die Ausführungen des Antragstellers unter Ziff. 3. der Antragsbegründung zusammen mit dem vom Antragsteller der Antragsgegnerin unterbreiteten Vorschlag einer Betriebsvereinbarung legen es nahe, das Begehren des Antragstellers auf eine Betriebsvereinbarung hinsichtlich der in der GBV CG geregelten Punkte einzugrenzen. Nach ausdrücklichem Vortrag

des Antragstellers auch noch im Beschwerdeschriftsatz vom 23.04.2008 soll es um die im Zusammenhang mit Organisationsfragen des Computereinsatzes, des Qualitätsmanagements, der Grundsätze zur Arbeitszeit und zur Mitarbeiterqualifizierung auftretenden Mitbestimmungsrechte gehen. Damit wäre der Regelungsgegenstand noch genügend eingegrenzt.

b) Zur Regelung eines so eingegrenzten Streites ist der Antragsteller nicht zuständig. Es fehlt somit an der Antragsbefugnis (vgl. *Schwab/Weth/Walker*, ArbGG, § 98 Rz 40). Zuständig wäre vielmehr allein der Gesamtbetriebsrat. Gemäß § 50 Abs. 1 BetrVG ist der Gesamtbetriebsrat (ausschließlich) zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte geregelt werden können. Das Gesetz geht also von einer Primärzuständigkeit des Einzelbetriebsrats aus, weist dem Gesamtbetriebsrat jedoch (subsidiär) einen eigenen Zuständigkeitsbereich zu, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

aa) Die Angelegenheit muss das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen.

bb) Die Angelegenheit kann nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden.

Zu aa): Der Antragsteller begehrt ausdrücklich eine Regelung nur für den Bereich Leipzig. Jedoch knüpft die beabsichtigte Regelung auch, soweit sie nicht lediglich die Übernahme einer Gesamtbetriebsvereinbarung zum Ziel hat, an überbetriebliche Grundsätze an wie das Qualitätsmanagement, wie Organisationsfragen des Computereinsatzes etc. Derartige Angelegenheiten betreffen nicht lediglich den Standort Leipzig.

Zu bb): Für eine betriebsübergreifende Regelung muss ein zwingendes Erfordernis bestehen. Eine bloße Zweckmäßigkeit einer unternehmenseinheitlichen Regelung begründet die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats noch nicht. Es kann aber auch nicht darauf abgestellt werden, dass eine Regelung auf betrieblicher Ebene denkgesetzlich unmöglich wäre.

In dem Call Center der Antragsgegnerin gibt es unternehmenseinheitliche computergestützte Anwendungssysteme. Die Qualitätsstandards sind einheitlich und müssen es auch sein. Deshalb sind auch die Arbeitssysteme, die Mitarbeiterqualifikation, das Coaching, die Qualitätsprüfungen, die Zugriffsrechte etc. einheitlich zu regeln.

Dies gilt unabhängig davon, ob auf den Standort Leipzig derzeit noch Gesamtbetriebsvereinbarungen anwendbar sind. Wäre dies jedoch der Fall, so spräche ein weiterer Gesichtspunkt für die (alleinige) Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats. Denn dann ginge es um die Ablösung bisheriger Gesamtbetriebsvereinbarungen, für die nur der Gesamtbetriebsrat zuständig ist.

c) Wäre die (gekündigte) GBV CG von ihrem Gegenstand und Geltungsbereich her anwendbar auf den Standort Leipzig – hierfür spricht durchaus Ziff. 1 dieser GBV – so wäre Folgendes zu beachten:

Gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG gilt die gekündigte GBV weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt wird. Denn die

GBV enthält Regelungen, die der zwingenden Mitbestimmung unterliegen. Soweit Ziff. 6 der GBV CG anstelle des Begriffs der „Weitergeltung“ des § 77 Abs. 6 BetrVG den Begriff „Nachwirkung“ enthält, hat dies vorliegend keine weiteren Auswirkungen. Denkbar wäre eine Zuständigkeit des Einzelbetriebsrats zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung, welche für den Einzelbetrieb anstelle der schwächeren Weitergeltung (die Betriebsvereinbarung gilt nach ihrem Ablauf nicht mehr zwingend) wieder eine zwingende Wirkung bis zum Abschluss einer neuen GBV einführt. Ein entsprechendes Begehren ist dem Vorschlag des Antragstellers an die Antragsgegnerin zu entnehmen.

Ein derartiges Begehren wäre jedoch einem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht als Voraussetzung für die Errichtung der Einigungsstelle nicht zuzuordnen.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 30.04.2008, 3 TaBV 7/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig,

Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

261. Gesamtbetriebsrat, Telefonnutzung, Handlungspflichten

Der Gesamtbetriebsrat hat gemäß §§ 51 Abs. 1, 40 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf Freischaltung der in den einzelnen Verkaufsstellen vorhandenen Telefonapparate zur Erfüllung von gesetzlichen Aufgaben, soweit ein örtlicher Betriebsrat nicht gebildet ist.

Zum einen ist der Gesamtbetriebsrat gemäß § 17 Abs. 1 BetrVG verpflichtet, in betriebsratslosen Betrieben einen Wahlvorstand zu bestellen.

Zum anderen ist der Gesamtbetriebsrat gemäß §§ 51 Abs. 5, 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verpflichtet, in betriebsratslosen Betrieben die Durchführung von im Rahmen des § 50 Abs. 1 BetrVG abgeschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarungen zu überwachen.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 30.04.2008, 2 TaBV 7/07

262. Gesamtbetriebsrat, Zuständigkeit, Mitarbeitergespräch

Entscheidungsgründe: ...

II. Die Beschwerdekammer ist zur Auffassung gelangt, dass die zwischen dem Gesamtbetriebsrat (Beteiligter zu 3) und der Arbeitgeberin (Beteiligte zu 2) abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen über ein jährliches Mitarbeitergespräch Tarif – vom 7. Juli 2005 und vom 15. Dezember 2006 auf den Betrieb P keine Anwendung finden (vgl. hierzu unter 2.). Darüber hinaus ist die Arbeitgeberin verpflichtet, den Betriebsrat von den in den vorliegenden Beschwerdeverfahren angefallenen Vergütungsansprüchen der mandatierten Rechtsanwälte freizustellen (hierzu unter 3.).

Betriebsverfassungsrecht

1. Die Beschwerdekammer legt die kumulativ gestellten Anträge zu 2.1 und 2.2 einheitlich dahingehend aus, dass sie insgesamt auf die mit dem Antrag zu 2.1 zutreffend beantragte Unanwendbarkeit der Betriebsvereinbarungen vom 07.07.2005 und 07.12.2005 gerichtet sind; denn die mit dem Antrag zu 2.2 begehrte Unterlassung der Führung von Mitarbeitergesprächen ist die rechtliche Konsequenz aus einer nicht gegebenen Anwendbarkeit der Regelungen. Das Rechtsschutzziel ist insoweit identisch.

2. Die das Verhältnis zwischen Gesamtbetriebsrat und den Betriebsräten betreffende Vorschrift des § 50 BetrVG zur Verteilung der Normsetzungskompetenz erfordert neben der Tatsache, dass die Regelungszuständigkeit des Gesamtbetriebsrats das „gesamte Unternehmen“ oder jedenfalls „mehrere Betriebe“ betreffen muss, zusätzlich, dass eine Angelegenheit nicht durch die „einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe“ geregelt werden kann.

Ein Nicht-Regeln-Können durch die einzelnen Betriebsräte liegt vor, wenn der einzelne Betriebsrat objektiv oder subjektiv außer Stande ist, sein Mitbestimmungsrecht auszuüben, aber auch dann, wenn ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder jedenfalls betriebsübergreifende Regelung besteht, wobei auf die Verhältnisse des einzelnen konkreten Unternehmens abzustellen ist. Nach der für zutreffend gehaltenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Beschluss vom 14. November 2006 – 1 ABR 4/06 -) kann sich das gebotene zwingende Erfordernis aus technischen oder rechtlichen Gründen ergeben. Allein der Wunsch des Arbeitgebers an einer unternehmenseinheitlichen oder betriebsübergreifenden Regelung, ein Koordinierungsinteresse sowie reine Zweckmäßigkeitgesichtspunkte genügt nicht, um in Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für die beanspruchte Normsetzung zu begründen (vgl. BAG, Beschluss vom 9. Dezember 2003 – 1 ABR 49/02 – = BAGE 108, 71).

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, der Arbeitgeberin und des Gesamtbetriebsrats sind die dargestellten rechtlichen Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht anzunehmen. Die beiden strittigen Gesamtbetriebsvereinbarungen nehmen expressis verbis auf § 94 Abs. 2 BetrVG Bezug. Nach dieser Norm bedarf u. a. die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze der Zustimmung des Betriebsrats. Es handelt sich dabei um ein Mitbestimmungsrecht und kein bloßes Initiativrecht (vgl. *Kania*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage, BetrVG 210 § 94 Rz 3 m.w.N.). Beurteilungsgrundsätze sind Regelungen, die der Beurteilung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer dienen. Hierzu gehören Grundsätze über die Effektivität der Arbeit, die Sorgfalt der Ausführung der Arbeit, über die Selbständigkeit und Belastbarkeit sowie Zusammenarbeit (vgl. *Kania*, a.a.O., BetrVG 210 § 94 Rz 4). Die Gesamtbetriebsvereinbarung vom 7. Juli 2005 für die Mitarbeiter des sogenannten Overheadbereichs der Werke, die durch die vom 15. Dezember 2005 auf alle tariflichen Mitarbeiter

der vier Werke erstreckt wurde, nimmt zur Durchführung des jährlichen Mitarbeitergesprächs auf den in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht vorgelegten Leitfaden Bezug (Bl. 232 ff. d. A.). Dieser macht bereits in seiner Einleitung deutlich, Motivation und Leistungsfähigkeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit dem Mitarbeitergespräch als Führungsinstrument u. a. die Mitarbeitermotivation und Bindung, die Arbeitsqualität und -effizienz sowie die Arbeitsorganisation und Zusammenarbeit sowie die Führungskultur verbessern zu wollen. Zugleich wird aus dem Leitfaden deutlich, dass insbesondere eine Leistungseinschätzung, nämlich wie die Leistung im zurückliegenden Zeitraum erbracht wurde nach bestimmten Leistungskriterien – Fachwissen, Arbeitsgüte, aktives Mitarbeiten, Belastbarkeit, Kommunikation/Information, Teamverhalten, verantwortungsbewusstes Handeln und Mitarbeiterführung – vorgenommen und darüber hinaus auch verlangt wird, dass der Mitarbeiter die Qualität der Führung und der Zusammenarbeit in der eigenen Abteilung bewerten soll. Ferner werden eine Leistungseinschätzung (vgl. 4.2 des Leitfadens) und eine Selbsteinschätzung nach den tatbestandlich wiedergegebenen Kriterien zum Leistungsverhalten sowie eine Fremdeinschätzung gefordert. Anhaltspunkte dafür, dass der Betriebsrat des Werkes P objektiv oder subjektiv nicht in der Lage wäre, sein diesbezügliches Mitbestimmungsrecht auszuüben, bestehen nicht. Die Verhältnisse im jeweiligen Werk kennt der Betriebsrat. Er kann die speziellen Anforderungen der Arbeitsplätze des jeweiligen Werkes und die Personalstruktur am effektivsten beurteilen und bei der Aufstellung von Beurteilungskriterien sachgerecht berücksichtigen. Die diesbezüglichen materiellen und formellen Anforderungen können durch eine werksgebundene Betriebsvereinbarung geregelt werden. Eine effektive Umsetzung der zugegebenermaßen abstrakt gehaltenen Kriterien ist durch die Kenntnis der Verhältnisse der einzelnen Werke vor Ort nach Auffassung der Beschwerdekammer möglich. Deshalb liegt auch kein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche bzw. betriebsübergreifende Regelung vor. Es kann auch weder damit begründet werden, dass die in der Betriebsvereinbarung enthaltenen Kriterien abstrakt seien, noch aus Gründen der Gleichbehandlung ein Gebot für eine übergeordnete Regelung bestünde – so die Auffassung der Arbeitgeberin. Maßgeblich können nicht abstrakte Formulierungen in den Betriebsvereinbarungen sein, sondern entscheidend sind die Ziele, die mit den Betriebsvereinbarungen angestrebt werden. Diese beziehen sich unzweifelhaft auf eine Leistungseinschätzung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des jeweiligen Werkes. Sie sind von dem originären Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 94 BetrVG umfasst und können durch die formale Einbeziehung des Betriebsrats bei der Auswertung der Ergebnisse (vgl. § 6 der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 7. Juli 2005) nicht ausgehebelt werden.

Ob sich hierbei Auswirkungen auf Teile der Entlohnung ergeben – so die unsubstantiierten und im Übrigen bestrittenen Behauptungen des Betriebsrats – ist irrelevant, weil es alleine

auf die Frage der Notwendigkeit und Unerlässlichkeit für eine übergeordnete Regelung durch eine Gesamtbetriebsvereinbarung ankommt.

Auch der Aspekt der Gleichbehandlung trägt nicht, da für das Beschwerdegericht bereits nicht feststellbar ist, dass die Verhältnisse in allen vier Werken der Beklagten gleich liegen. Dass eine Grundrechtsbindung für betriebliche Regelungen besteht (vgl. hierzu *Dieterich*, Erfurter Kommentar, 8. Auflage, GG 10 Einleitung 59), bedeutet nicht zwingend, dass im vorliegenden Fall eine Regelungszuständigkeit des Gesamtbetriebsrats anzunehmen wäre. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der von der Leistungsbeurteilung betroffenen Mitarbeiter kann auch dann verwirklicht werden, wenn die Zuständigkeit der Einzelbetriebsräte gegeben ist. Insoweit enthält die Begründung der Arbeitgeberin sicher zutreffende Zweckmäßigkeitsüberlegungen, sie vermag jedoch für die Unerlässlichkeit einer betriebsübergreifenden Regelung im konkreten Fall nicht die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Primärzuständigkeit des Betriebsrats beiseite zu schieben. Ein bloßes Koordinierungsinteresse der Arbeitgeberin ist nicht ausreichend.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 06.06.2008, 6 Ta 4/08

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461
kanzlei(at)mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

263. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Zustimmungsverweigerung, Schriftform, elektronische Form

Die Zustimmungsverweigerung eines Betriebsrats gegen eine personelle Maßnahme entspricht nicht dem Schriftlichkeitsgebot aus § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG, wenn diese in elektronischer Form ohne qualifizierte elektronische Signatur im Sinne von § 126a BGB übermittelt wird.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
vom 01.08.08, 5 TaBV 8/07

264. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Einzelmaßnahmen, Fristaussetzung

Entscheidungsgründe: ...

I. Gegenstand des Verfahrens ist nach Einführung des Tarifvertrages über die Eingruppierung der Arbeitnehmer vom 01.06.2005 die Ersetzung der vom Beteiligten zu 2. verweigeren Zustimmung zur Umgruppierung von zuletzt zwölf Arbeitnehmern.

Die Antragstellerin beabsichtigte anfänglich die Umgruppierung von 957 Arbeitnehmern. Der Beteiligte zu 2. ist der bei der Antragstellerin bestehende Betriebsrat.

Die Antragstellerin vereinbarte mit der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), Landesbezirk Sachsen, den Tarifvertrag vom 01.06.2005 über die Eingruppierung der

Arbeitnehmer i.d.F. des Änderungsarbeitsvertrages Nr. 2 vom 01.06.2005 (Bl. 44 ff. d. A.).

Die Antragstellerin beantragte beim Beteiligten zu 2. die Zustimmung zur Umgruppierung der Arbeitnehmer in die Vergütungsgruppen des vorgenannten Tarifvertrages. Auf die erstinstanzliche Darstellung der Zeitpunkte des Zugangs der Unterlagen zur Unterrichtung des Beteiligten zu 2. hinsichtlich der verbliebenen zwölf Arbeitnehmer wird Bezug genommen. Per E-Mail vom 10.11.2005 (Bl. 469 d. A.) wandte sich der Vorsitzende des Beteiligten zu 2. an die Personalleiterin der Antragstellerin mit der Bitte, die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG wegen der Menge der Zustimmungsanträge außer Kraft zu setzen. Mit E-Mail vom 10.11.2005 (Bl. 469 d. A.) nahm die Personalleiterin gegenüber dem Beteiligten zu 2. Stellung. Die Antragstellerin hat erstinstanzlich behauptet, dass der Beteiligte zu 2. die Zustimmung außerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG verweigert habe. Die Wochenfrist sei nicht einvernehmlich verlängert worden. Die Frist sei vielmehr ausgesetzt worden. Dies sei unwirksam.

... II. ... Die Zustimmung gilt als erteilt, weil der Beteiligte zu 2. die Verweigerung seiner Zustimmung in den vorgenannten Fällen nicht innerhalb der einwöchigen Frist nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber mitgeteilt hat (§§ 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Die Mitteilung der Verweigerung der Zustimmung erfolgte auch nicht innerhalb einer verlängerten Frist zur Mitteilung.

a) Nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat die Verweigerung seiner Zustimmung zu einer personellen Einzelmaßnahme i. S. von § 99 Abs. 1 BetrVG innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber diesem unter Angabe von Gründen schriftlich mitzuteilen. Anderenfalls gilt seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG kann einvernehmlich zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber verlängert werden. Die Wochenfrist beginnt erst mit der Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber. Damit hat es der Arbeitgeber in der Hand, durch sein Tätigwerden gegenüber dem Betriebsrat die Frist in Lauf zu setzen. Er bestimmt den Anfang und dadurch mittelbar auch das Ende der Frist. Vor diesem Hintergrund ergibt sich nicht, dass der Gesetzgeber eine einvernehmliche Verlängerung der Frist ausschließen wollte (BAG, Beschluss vom 17.05.1983 – 1 AB R 5/80 – EzA Nr. 36 zu § 99 BetrVG 1972).

Unverzichtbar ist allerdings, dass die – wenn auch verlängerte – Frist zur Mitteilung der Verweigerung der Zustimmung eindeutig bestimmbar ist und bleibt. Anderenfalls wäre die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit eines Eintretens der Zustimmungsfunktion nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG dauerhaft ausgeschlossen. Die gesetzliche Grundentscheidung für ein beschleunigtes innerbetriebliches Verfahren bliebe gänzlich unbeachtet. Das ist mit dem Rechtssicherheitsinteresse gerade von Arbeitgeber und Betriebsrat selbst und im Übrigen mit den Belangen der betroffenen Arbeitnehmer nicht vereinbar (BAG, Beschluss vom 03.05.2006 – 1 ABR 2/05 – AP Nr. 31

Betriebsverfassungsrecht

zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung). Demgemäß ist eine Vereinbarung der Verlängerung der Frist auf einen unbestimmten Zeitpunkt ebenso unwirksam (BAG, Beschluss vom 03.05.2006 a.a.O.) wie eine Absprache, wonach die einvernehmlich verlängerte Anhörungsfrist erst mit der Übergabe der schriftlichen Zustimmung oder des Widerspruchs des Betriebsrats abgeschlossen sei (Sächs. LAG, Beschluss vom 08.08.1995 – 8 TaBV 19/94 – LAGE Nr. 52 zu § 99 BetrVG 1972).

Auch eine Ankündigung des Arbeitgebers, eine mögliche Fristversäumung durch den Betriebsrat ausdrücklich nicht rügen zu wollen, ist unerheblich. Die Einhaltung der Frist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG ist von Amts wegen und nicht nur auf Rüge des Arbeitgebers hin zu prüfen (BAG, Beschluss vom 03.05.2006 a.a.O.).

b) Von diesen Grundsätzen ausgehend kann vorliegend nicht festgestellt werden, dass die Betriebspartner die Frist des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG einvernehmlich und wirksam verlängert haben.

Erstinstanzlich hat der Beteiligte zu 2. dargelegt, dass sich die Betriebspartner dahingehend verständigt hätten, dass sich die Antragstellerin nicht auf die Fiktionswirkung des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG berufen wird. Mit der Beschwerde hat sich der Beteiligte zu 2. ergänzend auf die Korrespondenz vom 10.11.2005 berufen. Dem lässt sich allerdings nicht entnehmen, dass es zu der erstinstanzlich pauschal dargelegten Regelung, sich nicht auf ein Verstreichenlassen der Frist berufen zu wollen, überhaupt gekommen ist. Des Weiteren lässt sich der Korrespondenz nicht entnehmen, dass die Unterrichtsfrist einvernehmlich verlängert worden ist. Der Betriebsratsvorsitzende hat zwar per E-Mail vom 10.11.2005 um eine schriftliche Bestätigung gebeten. Der Betriebsratsvorsitzende hat sich dabei auf eine telefonische Zusage der Personalleiterin berufen, die Anhörungsfrist gänzlich außer Kraft setzen zu wollen.

Demgegenüber enthält die Antwort der Personalleiterin vom 10.11.2005 gerade keine Bestätigung der vom Betriebsratsvorsitzenden behaupteten Zusage. Die Personalleiterin führte vielmehr aus, dass die Festlegung einer konkreten Frist unerlässlich sei. Ergänzend wurde der Betriebsratsvorsitzende gefragt, ob er eine Frist von max. 14 Tagen für ausreichend erachtet.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beteiligte zu 2, auf die E-Mail der Antragstellerin vom 10.11.2005 überhaupt geantwortet hat. Damit kann auch nicht festgestellt werden, dass der Vorschlag der Antragstellerin in Bezug auf eine 14-tägige Frist angenommen worden ist. Damit ist auch keine Vereinbarung über die Verlängerung der einwöchigen Mitteilungsfrist zustande gekommen.

Anderes ergibt sich auch nicht aufgrund des praktischen Verfahrens des Beteiligten zu 2. in Bezug auf die noch streitigen Zustimmungsanträge der Antragstellerin. In nahezu sämtlichen der noch verbliebenen zwölf Fälle wäre eine (unterstellt) verlängerte Mitteilungsfrist überschritten worden. Dies verdeutlicht, dass der Beteiligte zu 2. dem Verlängerungsan-

gebot der Antragstellerin auch nicht konkludent entsprochen hat.

Die von der Antragstellerin beantragte Ersetzung der verweigerten Zustimmung in Bezug auf die verbliebenen zwölf Fälle gilt damit als erteilt.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 16.04.2008, 5 TaBV 31/06

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

265. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Einstellung, Auszubildender

Wird ein Auszubildender von einem reinen Ausbildungsbetrieb in einen anderen Betrieb zur praktischen Ausbildung versetzt und verrichtet er zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern zur Verwirklichung des Betriebszwecks weisungsgebundene Tätigkeiten, so steht dem Betriebsrat des aufnehmenden Betriebes ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG zu. Dem Mitbestimmungsrecht steht nicht entgegen, dass der Auszubildende nicht Arbeitnehmer des Ausbildungsbetriebes im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG ist und von diesem Betriebsrat nicht vertreten wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 27.04.2007, 12 TaBV 7/07

266. Mitbestimmung des Betriebsrats in soziale Angelegenheiten, Ethikrichtlinie

Entscheidungsgründe: ...

B. ... II. ... 3. Der Hauptantrag ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts insgesamt unbegründet. Der Verhaltenskodex enthält – zahlreiche – Passagen, die nicht der Mitbestimmung unterfallen. Ein Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen des Verhaltenskodexes führt nicht zu einem Mitbestimmungsrecht an deren Gesamtheit. Der Kodex stellt kein unauflösbares Gesamtwerk dar. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, auf Grund einer darin geregelten umfassenden Meldepflicht bei mutmaßlichen Verstößen gegen seine Vorgaben unterliege der gesamte Kodex dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

a) Ein vom Arbeitgeber aufgestellter Verhaltenskodex, der unterschiedliche Regelungen, Verlautbarungen und Vorgaben zum Inhalt hat, unterliegt nicht nur insgesamt oder überhaupt nicht der Mitbestimmung. Der Umstand, dass ein Arbeitgeber Verlautbarungen unterschiedlicher Inhalte in einem Gesamtwerk, wie etwa einem Handbuch oder Katalog zusammenfasst, hat nicht zur Folge, dass das Gesamtwerk mitbestimmungsrechtlich nur einheitlich behandelt werden könnte. Ein solches Gesamtwerk kann sowohl Teile enthalten, die mitbestimmungspflichtig sind, als auch solche, die nicht der Mitbestimmung unterliegen. Entscheidend ist nicht die mehr oder weniger zufällige Zusammenfassung arbeit-

geberseitiger Verlautbarungen in einem Werk, sondern der Inhalt der einzelnen Bestimmungen. Das gilt auch für konzernweite Ethik-Richtlinien. Diese sind weder pauschal mitbestimmungspflichtig noch pauschal mitbestimmungsfrei. Vielmehr ist nach dem Inhalt der einzelnen Regelungen zu differenzieren (allgemeine Meinung im Schrifttum, vgl. etwa DKK/Klebe, § 87 Rn 50; Richardi, BetrVG, 11. Aufl., § 87 Rn 195; Fitting, § 87 Rn 71; Mengel/Hagemeister, BB 2007, 1386, 1392; Junker, BB 2005, 602, 604; Schuster/Darsow, NZA 2005, 273, 274; Eisenbeis/Nießen, FS Leinemann S. 697, 713; Kolle/Deinert, AuR 2006, 177, 182; im Ergebnis ebenso LAG Düsseldorf, v. 14. November 2005 – 10 TaBV 46/05 – DB 2006, 162). Ebenso wie Arbeitsordnungen können derartige Ethik-Richtlinien mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfreie Sachverhalte betreffen. Die Darstellung der „Unternehmensphilosophie“, allgemeine ethisch-moralische Programmsätze oder Zielvorgaben, Selbstverpflichtungen des Unternehmens oder auch konkrete Regeln, die ausschließlich das Arbeitsverhalten betreffen, sowie Bestimmungen, die lediglich gesetzliche Vorschriften wiederholen, sind mitbestimmungsfrei, während Regelungen über das sog. Ordnungsverhalten der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfallen. Im Regelfall wird auch nicht angenommen werden können, die einzelnen Verlautbarungen und Vorgaben seien unauflösbar in einer Weise verknüpft, die dazu führe, dass die Mitbestimmungspflicht hinsichtlich einzelner Teile zwangsläufig die Mitbestimmungspflicht hinsichtlich des Gesamtwerks zur Folge habe.

b) Der hier streitbefangene Verhaltenskodex unterliegt nicht insgesamt der Mitbestimmung. In ihm finden sich weite Passagen, an denen kein Mitbestimmungsrecht besteht. Er enthält zwar auch Regelungen, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Das führt jedoch nicht zu einem Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. Dies gilt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch angesichts der im Verhaltenskodex normierten Meldepflicht.

aa) Der Verhaltenskodex enthält weite Passagen, die mitbestimmungsfrei sind. Hierzu gehören etwa die unter A der Gründe dargestellten Verlautbarungen im Abschnitt „Unsere Beziehungen zum Unternehmen und untereinander“ unter den Überschriften „Wir nehmen weder Kinder-, noch Zwangsarbeit in Anspruch“ und „Wir achten auf hohe Integrität in unseren Geschäftsbüchern, Unterlagen, Berichten und Abschlüssen“ sowie im Abschnitt „Unsere Beziehungen zu unseren Kunden“ unter den Überschriften „Wir befolgen alle Gesetze und Vorschriften“, „Wir bieten hochwertige Produkte und Dienstleistungen“, „Wir verwenden akkurate Abrechnungsverfahren“ und „Wir befolgen die Ausfuhrkontroll- und Einfuhrgesetze“. Es handelt sich bei diesen Passagen teils um Zielvorgaben, die sich das Unternehmen setzt, teils um Selbstverpflichtungen, die es sich auferlegt, teils um Bestimmungen, die das Arbeitsverhalten – etwa im Verhältnis zu Kunden – betreffen, teils um den schon wegen des Eingangshalbsatzes des § 87 BetrVG mitbestimmungsfreien Hinweis, dass einschlägige Gesetze zu befolgen sind.

bb) Die Mitbestimmungspflichtigkeit einzelner Regelungen des Verhaltenskodexes nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG (vgl. dazu unter BIV 2 der Gründe), führt nicht zu einem Mitbestimmungsrecht an dem Gesamtwerk. Entgegen der Auffassung des Konzernbetriebsrats stehen die einzelnen Teile und Passagen des Kodexes nicht in einem unauflösbaren Gesamtzusammenhang. Sie sind vielmehr auch hinsichtlich eines jeweils bestehenden Mitbestimmungsrechts einer differenzierenden, gesonderten Betrachtung zugänglich.

cc) Die Begründung des Landesarbeitsgerichts, „durch die gleichsam, vor die Klammer gezogene Meldepflicht unterliege der gesamte Kodex der Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats, ist rechtsfehlerhaft.

(1) Zwar stellt die im Abschnitt „Unser Programm zur Einhaltung der Verhaltensregeln und zur Wahrung der Integrität (I&C-Programm)“ unter der Überschrift „Alle Mitarbeiter“ vorgesehene Meldepflicht – „Alle H-Mitarbeiter müssen den Verhaltenskodex sowie die Grundsätze und Verfahren des Unternehmens genau befolgen und mutmaßliche Verstöße umgehend melden“ – jedenfalls in Verbindung mit der Einrichtung hierfür vorgesehener „Telefon-Helplines“ eine Regelung dar, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betrifft und daher gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist (vgl. zu einem standardisierten Meldeverfahren beim zivilen Gefolge der US-Stationierungsstreitkräfte BAG, v. 27. September 2005 – 1 ABR 32/04 – BAGE 116, 36; vgl. ferner LAG Düsseldorf, v. 14. November 2005 – 10 TaBV 46/05 – DB 2006, 162; Mengel/Hagemeister, BB 2007, 1386, 1392; Schuster/Darsow, NZA 2005, 273, 276; Kock, MDR 2006, 673, 675; DKK-Klebe, § 87 Rn 50; Fitting, § 87 Rn 71; Hako-BetrVG/Kothe, § 87 Rn 35; Eisenbeis/Nießen, FS Leinemann, S. 697, 715).

(2) Gleichwohl ist deshalb nicht der gesamte Verhaltenskodex mitbestimmungspflichtig. Die Meldepflicht ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine „Klammer“, die ein Mitbestimmungsrecht bei sämtlichen Regelungen des Verhaltenskodexes begründet. Das Mitbestimmungsrecht bei einem Meldeverfahren bezüglich bestimmter Tatbestände begründet kein Mitbestimmungsrecht bei den zu meldenden Tatbeständen selbst. Erhebliche Teile des Verhaltenskodexes regeln keine Verhaltenspflichten der Arbeitnehmer, sondern beschreiben Ziele, Wertvorstellungen und Selbstverpflichtungen des Unternehmens. Insoweit gibt es nichts zu melden. Aber auch soweit die Meldepflicht sich auf Pflichtenverstöße von Arbeitnehmern in ihrem Arbeitsverhalten bezieht, begründet ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Ausgestaltung einer Meldepflicht kein Mitbestimmungsrecht beim Arbeitsverhalten.

IV. ... 2. (2) (a) Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinie-

Betriebsverfassungsrecht

ren. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen.

(aa) Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nur mitzubestimmen bei Maßnahmen, die das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen. Dagegen sind Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen, nicht mitbestimmungspflichtig. Dies sind solche Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird (BAG, v. 27. Januar 2004 – 1 ABR 7/03 – BAGE 109, 235, zu B 111a aa der Gründe m.w.N.). Der außerbetriebliche private Lebensbereich der Arbeitnehmer ist der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien entzogen. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung einzugreifen (BAG, v. 28. Mai 2002 – 1 ABR 32/01 – BAGE 101, 216, zu B 12c der Gründe; BAG, v. 12. Dezember 2006 – 1AZR 96/06 – Fn 21, BAGE 120, 308). Die Vorschrift begründet dementsprechend auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Der Begriff des Betriebs ist allerdings nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats soll immer dann ausgeübt werden können, wenn der Arbeitgeber das mit ihrer Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmer regelt. Daher kann es auch dann bestehen, wenn es um das Verhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte, etwa gegenüber Kunden und Lieferanten, geht (BAG, v. 27. Januar 2004 – 1 ABR 7/03 – a.a.O., zu B II 1a bb der Gründe). Dementsprechend hat der Senat die Einführung von Regelungen über den Privatbesitz von Wertpapieren und die Ausübung von Nebentätigkeiten bei Redakteuren einer Wirtschaftszeitung dem betrieblichen und damit grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Geschehen zugeordnet (28. Mai 2002 – 1 ABR 32/01 – a.a.O., zu B I 2c der Gründe).

(bb) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen setzt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht notwendig voraus, dass es sich um verbindliche Verhaltensregeln handelt. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG greift auch dann ein, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen, ohne dass sie verbindliche Vorgaben zum Inhalt haben. Ausreichend ist es, wenn die Maßnahme darauf gerichtet ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten (vgl. BAG, v. 18. April 2000 – 1 ABR 22/99 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 33 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 27, zu B 111a der Gründe m.w.N.).

(cc) Die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz werden nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass ausländische Bestimmungen in Deutschland tätigen Unternehmen bestimmte Pflichten auferlegen. Ausländische Vorschriften sind jedenfalls dann keine die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausschließende gesetzliche Regelungen, wenn es an einer wirksamen völkerrechtlichen Transformation in

das deutsche Arbeitsrecht fehlt. Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretungen in Betrieben, die in Deutschland liegen, richten sich auch dann nach deutschem Recht, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz im Ausland hat. Dies entspricht dem im internationalen Arbeitsrecht geltenden Territorialitätsprinzip, nach dem auch für die Arbeitgeber grundsätzlich die nationale Rechtsordnung des Aufnahmestaats gilt (BVerfG, v. 8. Oktober 1996 – 1 BvL 15/91 – BverfG, 95, 39 = AP ZA-NATO-Truppenstatut Art. 56 Nr. 21 = EzA GG Art. 3 Nr. 60, zu B II 1b der Gründe; BAG, v. 11. Dezember 2007 – 1 ABR 67/06 – Rn 41, AP BPersVG § 75 Nr. 86 = EzA BPersVG § 75 Nr. 4). Hiervon unabhängig ist die Frage, in welcher Weise die Betriebsparteien oder eine Einigungsstelle bei ihren Regelungen Vorgaben in Form des Unternehmens betreffender ausländischer Bestimmungen als betriebliche Belange zu berücksichtigen haben.

(b) Hiernach besteht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht an der im Verhaltenskodex vorgesehenen Regelung, wonach – auch – die Arbeitnehmer, „alle notwendigen Maßnahmen (zu) ergreifen (haben), um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder eng persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über- oder untergeordnet zu sein“.

(aa) Die Regelung betrifft das betriebliche Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Sie sollen sich so verhalten, dass „ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse“ – gemeint sind ersichtlich insbesondere intime Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Untergebenen – vermieden und Verwandte oder Personen mit engen persönlichen Verbindungen nicht Vorgesetzte und Untergebene werden. Damit ist das Verhalten der Arbeitnehmer untereinander betroffen. Dem steht nicht entgegen, dass die Arbeitnehmer häufig nur beschränkten Einfluss darauf haben werden, wem sie vorgesetzt und wem sie untergeben sind. Jedenfalls ist eine entsprechende Einflussnahme – etwa durch Bewerbungen auf bestimmte Arbeitsplätze – nicht ausgeschlossen. Die Regelung betrifft nicht allein das private außerdienstliche Verhalten der Arbeitnehmer. Vielmehr geht es auch um ihr Verhalten im Betrieb.

(bb) Die Regelung ist nicht deshalb mitbestimmungsfrei, weil der mit ihr verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer ohnehin unzulässig und daher kein Raum für eine Mitbestimmung wäre (vgl. *Fitting*, § 87 Rn 71; *Bender*, in: *Wlotzke/Preis*, § 87 Rn 42; a.A. jedenfalls für „Flirtverbote“ LAG Düsseldorf, 14. November 2005 – 10 TaBV 46/05 – DB 2006, 162; *Schlachter*, FS Richardi, S. 1067, 1071; *Kolle/Deinert*, AuR 2006, 177, 183; *Eisenbeis/Nießen*, FS Leinemann, S. 697, 715). Zwar wäre ein generelles Verbot von Liebesbeziehungen im Betrieb wegen des darin liegenden schwerwiegenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer regelmäßig unzulässig. Dies bedeutet aber nicht, dass Regelungen über private Beziehungen im Betrieb von vorneherein der Mitbestimmung entzogen wären. Insbesondere schließt die Unzulässigkeit einer konkret vom Arbeitgeber geplanten Regelung nicht die Mitbestimmung des Betriebsrats

an dem Regelungsgegenstand aus. Der Betriebsrat soll vielmehr im Rahmen der Mitbestimmung gerade darauf achten, dass durch die Regelung Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden. Auch sind Regelungen über im Betrieb stattfindende private Verhaltensweisen der Arbeitnehmer, insbesondere wenn es um das Verhältnis von Vorgesetzten und Untergebenen geht, nicht generell unzulässig.

... b) Der Hilfsantrag Nr. 3 besteht, wie die gebotene Auslegung ergibt, aus vier Teilen. Der Konzernbetriebsrat begehrt insoweit die Feststellung seines Mitbestimmungsrechts an vier Regelungsgegenständen. Es geht um das Verbot „unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts“, um das Verbot des „Zeigens oder Verbreitens von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur“, um das Verbot von „Repressalien gegen Mitarbeiter, die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben“, sowie darum, „zur Meldung von sexuellen Belästigungen ... den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung“ zu stellen. Damit handelt es sich um die objektive Häufung von vier Anträgen. Diese sind zulässig, aber nur teilweise begründet.

aa) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem ersten Teil unbegründet. Der Konzernbetriebsrat hat bei dieser Passage des Verhaltenskodexes nicht mitzubestimmen. Ein Mitbestimmungsrecht folgt insoweit insbesondere nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zwar betrifft die Regelung das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Eine Mitbestimmung ist aber nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausgeschlossen. Die Bestimmungen des AGG enthalten insoweit eine abschließende gesetzliche Regelung.

(1) Nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG bestehen Mitbestimmungsrechte nach dieser Bestimmung nur, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Wenn eine solche Regelung den Mitbestimmungsgegenstand inhaltlich und abschließend regelt, sind die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend geschützt und bedürfen keines weiteren Schutzes durch Mitbestimmungsrechte. Auch fehlt es dann, wenn der Arbeitgeber auf Grund einer zwingenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeit mehr besitzt, an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebsparteien (BAG, 25. Januar 2000 – 1 ABR 3/99 – BAGE 93, 276, zu B I 2b cc (1) der Gründe). Verbleibt dagegen trotz der gesetzlichen oder tariflichen Regelung ein Gestaltungsspielraum, so ist insoweit Raum für die Mitbestimmung des Betriebsrats.

(2) Hier gibt es eine gesetzliche Regelung über den durch die vorliegende Passage des Verhaltenskodexes betroffenen Gegenstand. Die Bestimmungen der §§ 1, 3, 7 und 12 AGG regeln das Verbot „unwillkommener sexueller Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts“ inhaltlich. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AGG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu treffen. Nach § 12 Abs. 3 AGG hat er, sofern Beschäftigte

gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstoßen, Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen. Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden. Nach § 7 Abs. 2 AGG sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, unwirksam. Zu den in § 1 AGG genannten Gründen zählt u.a. die Benachteiligung wegen des Geschlechts. Nach § 3 Abs. 4 AGG ist eine „sexuelle Belästigung“ dann eine – unzulässige – Benachteiligung, wenn „ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten ... bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird“. Hiernach sind die im Verhaltenskodex bezeichneten „unwillkommenen sexuellen Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts“ bereits gesetzlich verboten. Das Verbot hat der Arbeitgeber durchzusetzen. Diese Pflicht können die Betriebsparteien weder abmildern noch relativieren (im Ergebnis ebenso *Schlachter*, FS Richardi, S. 1067, 1071; *Kolle/Deinert*, AuR 2006, 177, 183; *Eisenbeis/Nießen*, FS Leinemann, S. 697, 716).

bb) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem zweiten Teil begründet. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das Verbot des „Zeigens oder Verbreitens von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur“ betrifft das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Insoweit fehlt es an einer abschließenden gesetzlichen Regelung. Die Bestimmungen des AGG regeln diesen Tatbestand nicht vollständig. Zwar gehört nach § 3 Abs. 4 AGG zum „unerwünschten, sexuell bestimmten Verhalten“ auch das „unerwünschte Zeigen und sichtbare Anbringen von pornografischen Darstellungen“. Die Regelung im Verhaltenskodex geht hierüber aber hinaus. Sie verbietet unabhängig von der Einstellung der Betroffenen nicht nur das unerwünschte, sondern jegliches Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur. Aus den Regelungen des AGG ergibt sich auch nicht etwa im Umkehrschluss, dass ein betriebliches Verbot von Bildern, Karikaturen und Witzen sexueller Natur immer dann ausgeschlossen wäre, wenn die Betroffenen dagegen keine Einwendungen haben. Vielmehr besteht insoweit grundsätzlich ein der Mitbestimmung zugänglicher Gestaltungsspielraum. Das Mitbestimmungsrecht steht gemäß § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

cc) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem dritten Teil unbegründet. Dem Konzernbetriebsrat steht hinsichtlich einer Regelung, nach der „Repressalien gegen Mitarbeiter (verboten sind), die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben“, kein Mitbestimmungsrecht zu. Ein solches folgt insoweit nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Zum einen richtet sich die Regelung ohnehin ersichtlich nicht an die Arbeitnehmer, sondern an die Arbeitgeberinnen. Zum anderen gibt sie lediglich das in § 16 Abs. 1 Satz 1 AGG normierte Maßregelungsverbot wieder. Dieses steht nicht zur Disposition der Betriebsparteien.

dd) Der Hilfsantrag Nr. 3 ist in seinem vierten Teil begrün-

Betriebsverfassungsrecht

det. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Der Betriebsrat hat bei der Einführung eines Beschwerdeverfahrens zur Meldung von sexuellen Belästigungen mitzubestimmen. Die Einführung und Ausgestaltung eines Beschwerdeverfahrens ist zu unterscheiden von der Errichtung und der personellen Besetzung einer Beschwerdestelle nach § 13 Abs. 1 AGG, hinsichtlich derer ein Mitbestimmungsrecht umstritten ist (vgl. *Fitting*, § 87 Rn 75 m.w.N.). Die Einführung und Ausgestaltung bestimmter Melde- und Beschwerdeverfahren betrifft die gesetzlich oder tariflich nicht geregelte Ordnung des Betriebs (vgl. BAG, v. 28. Mai 2002 – 1 ABR 32/01 – BAGE 101, 216, zu B III 2a der Gründe; vgl. auch *Mengel/Hagemeyer*, BB 2007, 1386, 1392). Das Mitbestimmungsrecht steht nach § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

c) Der Hilfsantrag Nr. 4 ist – anders als die Hilfsanträge Nr. 1 und 3 – ein einheitlicher Antrag und keine – verdeckte – objektive Antragshäufung. Es handelt sich insoweit um eine einheitliche Regelung, bezüglich derer die Feststellung des Mitbestimmungsrechts begehrt wird. Der Antrag ist zulässig und begründet. Das Mitbestimmungsrecht folgt insoweit jedenfalls aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Es scheidet entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen nicht etwa deshalb aus, weil die streitbefangenen Regelungen des Verhaltenskodexes ohnehin keine Anwendung fänden.

aa) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer vor den besonderen Gefahren solcher Überwachungsmaßnahmen, die sich für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer aus dem Einsatz technischer Einrichtungen ergeben. Ein datenverarbeitendes System ist zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bestimmt, wenn es individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst erhebt und aufzeichnet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung in diesem Sinne ist sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen (BAG, v. 14. November 2006 – 1 ABR 4/06 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 43 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 6, zu B 11 ebb (2) (b) (aa) der Gründe). Mitbestimmungspflichtig ist nicht nur die Einführung, sondern auch die Anwendung der Kontrolleinrichtung. Die Anwendung betrifft den Einsatz der Überwachungseinrichtung und der dadurch bewirkten Überwachungsmaßnahmen (BAG, v. 27. Januar 2004 – 1 ABR 7/03 – BAGE 109, 235, zu B II 1c aa der Gründe).

bb) Hiernach hat der Konzernbetriebsrat bei der streitbefangenen Regelung mitzubestimmen.

(1) Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist

eröffnet. Geregelt wird die Verwertung „aller Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der H Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden“. Es wird festgelegt, wann sowie unter welchen Voraussetzungen die Arbeitgeberinnen ihre Computer und die darin gespeicherten Daten auch zur Verhaltenskontrolle ihrer Mitarbeiter verwenden dürfen. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberinnen ist der Antrag nicht deshalb unbegründet, weil die streitbefangene Passage des Verhaltenskodexes ohnehin keine Geltung beanspruchen würde. Der Umstand, dass in dem „gemeinsam abgestimmten Vorwort“ zu dem Verhaltenskodex darauf hingewiesen wird, dass „bestimmte Formulierungen im Text ... im Widerspruch oder in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssituation in Deutschland“ stehen, und insoweit auf den „Schutz von persönlichen Daten im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ hingewiesen wird, bedeutet nicht, dass die streitbefangene Passage im Verhaltenskodex als Regelung für den Zugriff auf Computerdaten durch die Arbeitgeberinnen offensichtlich und für die Arbeitnehmer erkennbar unbeachtlich wäre. Im Übrigen stellt das Bundesdatenschutzgesetz keine vollständige und abschließende gesetzliche Regelung über den Umgang mit Arbeitnehmerdaten dar, die eine Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbs. BetrVG ausschliesse.

(2) Das Mitbestimmungsrecht steht auch insoweit dem Konzernbetriebsrat zu. Seine Zuständigkeit folgt aus § 58 Abs. 1 BetrVG. Die Voraussetzungen einer originären Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats nach § 58 Abs. 1 BetrVG für die Wahrnehmung der Mitbestimmung bei Regelungen über die Anwendung technischer Kontrolleinrichtungen sind erfüllt. Es besteht eine – technische – Notwendigkeit zu einer konzern einheitlichen oder unternehmensübergreifenden Regelung (vgl. zur Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bei der Einführung eines elektronischen Datenverarbeitungssystems aus Gründen technischer Notwendigkeit BAG, v. 14. November 2006 – 1 ABR 4/06 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 43 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 6). Die Zuständigkeit richtet sich nach dem Gegenstand der Mitbestimmung. Dies ist die Anwendung technischer Kontrolleinrichtungen. Die originäre Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats folgt daraus, dass nach der vorgesehenen Regelung der Datenzugriff nicht nur betriebs- oder unternehmensbezogen erfolgen, sondern ersichtlich konzernweit möglich sein soll. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass auch die empfangenen und versandten Daten betroffen sind. Damit bedarf es einer betriebs- und unternehmensübergreifenden Regelung. Andernfalls könnte ein mögliches Verbot, auf bestimmte – versandte – Daten zuzugreifen, nicht effektiv vereinbart werden.

■ Bundesarbeitsgericht
vom 22.07.2008, 1 ABR 40/07

Tarifrecht

267. Streik, keine Parteifähigkeit von Unterorganisationen der IG Metall, Friedenspflicht

Die Anträge gegen die Verfügungsbeklagten zu 2) und 3) (IG Metall Bezirksleitung und IG Metall Verwaltungsstelle) sind, wie das Arbeitsgericht richtig gesehen hat, unzulässig, weil diese vor Gericht nicht Partei sein können. Sie sind nicht parteifähig im Sinne der §§ 50 ZPO, 10 ArbGG.

Nach § 10 Satz 1 ArbGG sind die Gewerkschaften im arbeitsgerichtlichen Verfahren parteifähig. In § 10 Satz 1 und 3 ArbGG ist die Gesamtorganisation und nicht die Unterorganisation gemeint. Es können allerdings auch Unterorganisationen einer Gewerkschaft parteifähig sein, wenn sie a) körperschaftlich organisiert sind, b) und gegenüber dem Gesamtorganisation weitgehend selbständig tätig werden können und c) wenn sie handlungsfähig im Sinne eigener Tariffähigkeit sind (BAG, Beschluss vom 26. Febr. 1964 – 5 AZR 66/64 – AP § 36 ZPO Nr. 5).

Gewerkschaft in diesem Sinne ist nur die Verfügungsbeklagte zu 1). Die IG Metall ist dreistufig gegliedert, nämlich in Verwaltungsstellen, Bezirke und Vorstand. Die tarifpolitische Hoheit liegt nach der Satzung (§ 22) beim Vorstand. Die IG Metall wird nach § 18 Abs. 3 vom Vorstand nach innen und außen vertreten. Er entscheidet über Urabstimmungen und Arbeitseinstellungen (§ 18 Abs. 3c). Nach § 22 Abs. 1 kann der Vorstand Bezirksleitungen und Ortsvorstand ermächtigen, zu Warnstreiks aufzurufen. Arbeitseinstellungen setzen nach § 22 Abs. 2 den Beschluss des Vorstandes voraus. Die Entscheidungen des Vorstandes sind nach § 22 Abs. 5 unter allen Umständen für die betreffenden Mitglieder bindend. Die Bildung von Tarifkommissionen für den jeweiligen Geltungsbereich der abzuschließenden Tarifverträge erfolgt nach den Richtlinien des Vorstandes. Über die Kündigung von Tarifverträgen entscheidet nicht die Verfügungsbeklagte zu 2), sondern die Verfügungsbeklagte zu 1). All dies schließt selbständiges Tätigwerden gegenüber der eigenen Spitzenorganisation weitgehend aus.

Demgegenüber sind die Bezirksleitungen nicht hinreichend selbständig und handlungsfähig. Nach § 16 Abs. 2 der Satzung der IG Metall wird für jeden Bezirk eine Bezirksleitung gebildet. Dieser obliegt die Beratung der gewerkschaftlichen Angelegenheiten im Bezirk. Die Geschäftsführung liegt bei den vom Vorstand angestellten Bezirksleitern. Sie sind die Beauftragten des Vorstandes, nach dessen Weisungen sie ihre Tätigkeit ausüben, u.a. die Bildung von Tarifkommissionen, Berichterstattung bei Streik und Aussperrung (§ 16 Abs. 4c). Das Bundesarbeitsgericht (Beschluss vom 26. Febr. 1964 – 5 AZR 66/64 – AP § 36 ZPO Nr. 5) hat ausgeführt, nach der Satzung (vgl. § 23) erfüllten die Bezirksleitungen im Rahmen der zentral gegliederten Gesamtorganisation nur Hilfsaufgaben. Sie hätten keine eigene Entscheidungsbefugnis. Es sei den

Bezirksleitern nicht möglich, die Interessen ihrer Mitglieder im Bezirk selbständig wahrzunehmen.

Nichts anderes gilt für die Verfügungsbeklagte zu 3) als IG Metall Verwaltungsstelle (ebenso LAG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dez. 2006 – 12 TaBV 95/06 – juris mit zust. Anm. Fischer, jurisPR-ArbR 29/2007 Anm. 4). Verwaltungsstellen werden nach § 14 Abs. 1 der Satzung der IG Metall für vom Vorstand abgegrenzte Bereiche errichtet. Sie werden durch den Ortsvorstand (1. und 2. Bevollmächtigter, Kassierer und mind. 6 Beisitzer) geleitet, der in einer Delegiertenversammlung gewählt wird. Dieser leitet die Verwaltungsstelle nach § 14 Abs. 4a) nach den Anweisungen und Richtlinien des Vorstandes. Aufgabe des Vorstandes ist es nach § 18 Abs. 3d), den Verwaltungsstellen die zur Durchführung ihrer Arbeit entsprechenden Anweisungen zu erteilen.

Die Anträge sind, soweit sie sich gegen die Verfügungsbeklagte zu 1) richten, zulässig. Sie sind insbesondere hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

Die Anträge sind jedoch nicht begründet. Streikmaßnahmen im Betrieb der Verfügungsklägerin sind der Verfügungsbeklagten zu 1) nicht zu untersagen, weil nicht festgestellt werden kann, dass diese rechtswidrig sind. Ein Streik kann jedoch zum Schutz des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) und zur Abwendung drohender wesentlicher Nachteile nur untersagt werden, wenn dessen Rechtswidrigkeit mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann (vgl. Hess. LAG, Urteil vom 22. Juli 2004 – 9 SaGa 593/04 – AP Nr. 168 zu Art 9 GG Arbeitskampf = NZA-RR 2005, 262; Hess. LAG, Urteil vom 2. Mai 2003 – 9 Sa Ga 638/03 – BB 2003,1229 = NZA 2003,679; LAG Hamm, Urteil vom 31. Mai 2000 – 18 Sa 858/00 – AP Nr. 158 zu Art 9 GG Arbeitskampf; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25. November 1999 – 4 Sa 584/99 – LAGE Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 68a). Der von der IG Metall im Betrieb der Verfügungsklägerin geführte Streik ist – wie das Arbeitsgericht richtig gesehen hat – nicht wegen Verstoßes gegen die Friedenspflicht rechtswidrig. Die IG Metall war nach dem Wechsel der Verfügungsklägerin in die OT-Mitgliedschaft nicht mehr durch die Friedenspflicht an Arbeitskampfmaßnahmen gehindert. Gemäß § 3 Abs. 3 TVG bleibt zwar die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers auch nach dem Wechsel aus dem Arbeitgeberverband bzw. dem Wechsel in die OT-Mitgliedschaft solange erhalten, bis der Tarifvertrag endet. § 3 Abs. 3 TVG findet nicht nur beim Verbandsaustritt, sondern auch beim Wechsel in die OT-Mitgliedschaft Anwendung. Sieht die Verbandssatzung eine OT-Mitgliedschaft vor, so kommt der Wechsel von der Mitgliedschaft mit Tarifbindung zu derjenigen ohne Tarifbindung tarifrechtlich dem Austritt gleich. Auch das Zwei-Mitgliedschaften-Modell ist tarifrechtlich wie ein Austritt zu behandeln, weil die für die Tarifbindung maßgebliche Vollmitgliedschaft endet. Der Wortlaut des § 3 Abs. 3 TVG nennt jedes Ende der Vollmitgliedschaft, auch den Wechsel in die OT-Mitgliedschaft (ebenso Bayreuther, BB 2007, 325, 327; Däubler, ZTR 1994, 452; Däubler-Lorenz, TVG, § 3 Rz 81; Kissel, Ar-

Tarifrecht

beitskampfrecht, § 26 Rz 56; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 2 Rz 52; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 3 Rz 86; *Thüsing/Stelljes*, ZfA 2005, 527, 569; *Zachert-Kempfen*, TVG, 4. Aufl., § 3 Rz 66).

Aus § 3 Abs. 3 TVG lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Verfügungsklägerin weiterhin unter dem Schutz der Friedenspflicht steht. § 3 Abs. 3 TVG erfasst nur den normativen Teil des Tarifvertrages und nicht auch die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Tarifvertragsparteien. Schuldner der Friedenspflicht sind nur die Tarifvertragsparteien selbst. Gläubiger sind aufgrund der Wirkung zugunsten Dritter auch die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Verbände (allg. M., etwa *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 7 Rz 2). Die dem Verbandstarifvertrag immanente schuldrechtliche Friedenspflicht zugunsten Dritter endet, obwohl die Gewerkschaftsmitglieder normativ geschützt sind (ebenso LAG Hamm, Urteil vom 31. Jan. 1991 – 16 Sa 119/91 – DB 1991, 1126; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20. Dez. 1996 – 7 Sa 1247/96 – LAGE § 1 TVG Friedenspflicht Nr. 8; Hess. LAG, Urteil vom 23. April 1985 – 5 Sa Ga 507/85 – LAGE § 1 TVG Friedenspflicht Nr. 1; *Bayreuther*, BB 2007, 325, 327; *Däubler*, ZTR 1994, 452; *Däubler-Reim*, TVG, 2. Aufl. § 1 Rz 1032; *Däubler-Lorenz*, TVG, 2. Aufl., § 3 Rz 117; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 26 Rz 56; *Konzen*, ZfA 1975, 421; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 3 Rz 86; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 7 Rz 2; *Thüsing/Stelljes*, ZfA 2005, 527, 569; *Zachert-Kempfen*, TVG, 4. Aufl., § 3 Rz 66). Die Gegenmeinung (*Matthes*, FS *Schaub* (1998), S. 477, 478; *Bauer*, FS *Schaub* (1998), S. 19, 23; *ders.* DB 1993, 1085, 1086; *Schleusener*, BB 686; *Reuter*, RdA 1996, 208, *Wiedemann-Oetker*, TVG, § 3 Rz. 79), die davon ausgeht, die Friedenspflicht verbiete nicht Arbeitskämpfe gegen Tarifvertragsparteien, sondern gegen Tarifverträge, verkennt Folgendes: Der in eine nichttarifgebundene Mitgliedschaft wechselnde Arbeitgeber übt freiwillig einen Teil seines Grundrechts auf Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG aus (vgl. BAG, Beschluss vom 18. Juli 2006 – 1 ABR 36/05 – AP Nr 19 zu § 2 TVG, II. 3. c) aa) der Entscheidungsgründe). § 3 Abs. 3 TVG soll lediglich Missbräuche privatrechtlicher Gestaltungsformen (Tarifflucht) vermeiden. Das rechtfertigt nur die Fortgeltung der normativen Bestimmungen auf Zeit (*Kissel*, a.a.O.). Die Friedenspflicht als schuldrechtliche Verpflichtung zwischen den Tarifvertragsparteien wird zudem über die Verbandsmitgliedschaft, nicht über gesetzlich auf Zeit fortwirkende Tarifverträge vermittelt. Die tarifliche Friedenspflicht korrespondiert mit den Einwirkungsrechten des tariflichen Gegenspielers. Gehen diese durch den Wechsel in die OT-Mitgliedschaft in maßgeblichem Umfang verloren, so kann sich das wechselnde Unternehmen nicht mehr auf die satzungsmäßig durch die Verbandsmitgliedschaft vermittelte Friedenspflicht berufen (ebenso LAG Hamm, a.a.O., für den Verbandsaustritt). Damit aber lässt sich eine Fortgeltung der Friedenspflicht während des Laufs der Nachbindung aus § 3 Abs. 3 TVG auch zugunsten des OT-Mitglieds nicht vereinbaren. Die auf einer schuldrechtlichen Abrede zwischen den Tarifparteien beruhende Friedenspflicht, die gemäß § 328

BGB auch gegenüber den Mitgliedern des gegnerischen Verbandes besteht, lässt sich nicht von der gegenüber dem Verband selbst eingegangenen Verpflichtung abstrahieren (*Konzen*, ZfA 1975, 421). Nach dem Mitgliedschaftswechsel besteht keine verbandsrechtliche Einwirkungspflicht mehr auf diesen Arbeitgeber. Die Verbandssatzung sieht in § 6 Abs. 2a) in allen Fragen, die Arbeitskampfmaßnahmen betreffen, kein Antrags-, Beratungs- und Stimmrecht und keine Bindung an Verbandsbeschlüsse vor. Das gilt nach § 7 auch für Verbandsbeschlüsse in verbandspolitischen Angelegenheiten. Nach § 20 Abs. 1 können OT-Mitglieder nicht Mitglieder des tarifpolitischen Ausschusses werden. Dies entspricht den Voraussetzungen für eine OT-Mitgliedschaft, bei der es sich um eine Mitgliedschaft handeln muss, die sich ausreichend von der Vollmitgliedschaft unterscheidet (vgl. Hess. LAG, Urteil vom 17. Okt. 2007 – 6 Sa 2087/06 – juris).

Das Bundesarbeitsgerichtsurteil vom 4. Mai 1955 (- 1 AZR 493/54 – AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 2) ist nicht einschlägig, weil dort ein anderer Sachverhalt entschieden worden ist. Zu entscheiden war über die rechtswidrige Tarifforderung einer Außenseitergewerkschaft gegenüber einem verbandsangehörigen Arbeitgeber durch die Forderung nach Abschluss eines Firmentarifvertrages, durch den der Arbeitgeber aus seinem Arbeitgeberverband herausgebrochen worden wäre. Außerdem wären bei Durchsetzung dieser Forderung auf freie Lohnvereinbarung durch Arbeitsvertrag statt Tariflohn die aus der Hauptgewerkschaft ausgetretenen Arbeitnehmer ihres Schutzes nach § 3 Abs. 3 TVG beraubt worden. Dieses Streikziel, das gegen den Schutzzweck des § 3 Abs. 3 TVG gerichtet war, hielt das Bundesarbeitsgericht (a.a.O.) für rechtswidrig. Durch den geforderten Anerkennungstarifvertrag würde der Schutzzweck des § 3 TVG jedoch nicht unterlaufen.

Der Streik wird schließlich um tariflich regelbare Ziele geführt. Maßgeblich für den Inhalt der mit einem Streik verfolgten Ziele sind die dem Gegner auf der Grundlage des konkreten von den dazu legitimierten Gremien der Gewerkschaft getroffenen Streikbeschlusses übermittelten Tarifforderungen (BAG, Urteil vom 24. April 2007 – 1 AZR 252/06 – *Kissel*, § 42 Rn 2; *Otto*, § 5 Rz 2). Hier entspricht der Streikbeschluss des Vorstandes der Verfügungsbeklagten zu 1) inhaltlich den Tarifforderungen, die die Verfügungsbeklagten der Verfügungsklägerin übermitteln haben. In erster Linie wurde der Abschluss eines Anerkennnistarifvertrages gefordert, der alle zwischen dem Verband der Metall- und Elektro-Unternehmen Hessen e.V., Frankfurt am Main und der IG Metall Bezirksleitung Frankfurt geschlossenen Tarifverträge sowie für die Tarifverträge, die zwischen Gesamtmetall und IG Metall geschlossen wurden, erfasst. Die Forderung nach einem Anerkennungstarifvertrag, der die nach § 3 Abs. 3 TVG weiter geltenden Normen des Verbandstarifvertrages nunmehr als Firmentarifvertrag aufnehmen soll, und ein hierauf gerichteter Streik sind nicht rechtswidrig. Der Anerkennungstarifvertrag würde das Unternehmen auch wieder schuldrechtlich binden und die Unsicherheit

beseitigen, der die Nachbindung bei späteren Veränderungen des Verbandstarifvertrages ausgesetzt ist.

Niemals wurde in der Tarifforderung, wie sie der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 15. August 2008 übermittelt worden ist (Bl. 46 d. A.), den Warnstreikaufrufen (Bl. 52, 53, 56, 57, 70), dem Stimmzettel für die Urabstimmung oder im Streikbeschluss des IG Metall-Vorstandes als Tarifforderung der Wechsel der Verfügungsklägerin in die Vollmitgliedschaft im Verband verlaubar. Die auf allen Ebenen verlaubarte Tarifforderung vermag die Äußerung des 1. Bevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zu 3) nicht in Frage zu stellen. Derartige Verlautbarungen hinsichtlich der Festlegung des Streikziels, zu dem satzungsmäßig nur der IG Metall-Vorstand bestimmt ist, durch insoweit nicht vertretungsberechtigter Mitglieder der Gewerkschaft sind zur Bestimmung des Streikziels schon aus Gründen der Rechtssicherheit unmaßgeblich (BAG, a.a.O.). Diese Einzeläußerung erlaubt auch nicht die Schlussfolgerung, der IG Metall-Vorstand habe seinen Streikbeschluss auf eine Scheinforderung gestützt.

Der Streik verletzt auch nicht das ultima-ratio-Prinzip, weil die Verfügungsbeklagten vor dem Streik tarifwidrige Bedingungen vor Aufnahme von Verhandlungen gesetzt hätten. In den Verhandlungsaufforderungen wurde immer auch die Streikforderung des Abschlusses eines Anerkennnistarifvertrages genannt. So führte die Verfügungsbeklagte zu 2) u.a. mit Schreiben vom 19. August 2008 (Bl. 49 d. A.) aus, Voraussetzung für die Aufnahme von Verhandlungen sei die Anerkennung der Tarifverträge oder aber die Wiederherstellung der Tarifbindung durch Verbandseintritt. Die Verhandlungsforderung der Verfügungsbeklagten zu 2) zielte nicht ausschließlich und ausdrücklich auf die Wiederherstellung der Vollmitgliedschaft der Verfügungsklägerin im Arbeitgeberverband ab, sondern lediglich auf die Wiederherstellung der Tarifbindung, so auch mit Schreiben der Bezirksleitung vom 21. August 2008 (Bl. 55 d. A.): „Bestehen auf einen Anerkennnistarifvertrag oder die Rückkehr in die Tarifbindung“, in den Tarifrachrichten vom 3. Sept. 2008 (Bl. 60 d. A.): „Wiedereintritt in die Tarifbindung oder einen Anerkennnistarifvertrag“; so auch in den Tarifrachrichten vom 5. September 2008 (Bl. 63 d. A.) oder in den Tarifrachrichten vom 9. September 2008 (Bl. 71 d. A.). Letztlich hat die Verfügungsklägerin der Tarifforderung auf Abschluss eines Anerkennnistarifvertrages nur unter weiteren Bedingungen Entgegenkommen gezeigt, so dass sich ihre Behauptung, die Tarifforderung der IG Metall sei vorgeschoben, von daher nicht verifizieren lässt.

Die Tarifforderung ist auch nicht deshalb rechtswidrig, weil sie über das Verlangen nach einem Anerkennnistarifvertrag hinaus weitere Forderungen aufstellt. Otto (a.a.O.) meint zwar hierzu, § 3 Abs. 3 TVG blockiere de lege lata inhaltlich eine verschlechternde tarifliche Regelung zum Nachteil des tarifflüchtigen Mitglieds bis zum Ablauf des Verbandstarifvertrages. Diese Auffassung findet jedoch in § 3 Abs. 3 TVG keine erkennbare Stütze. Vielmehr kann die Gewerkschaft versuchen, den gemäß § 3 Abs. 3 TVG fortwirkenden Verbandstarifvertrag

durch Abschluss eines Firmentarifvertrages zu verbessern und dies auch streikweise durchzusetzen (grundlegend *Konzen*, ZfA 1975, 401, 421, 424; *Däubler-Lorenz*, TVG, 2. Aufl., § 3 Rz 117; *Zachert-Kempen*, TVG, 4. Aufl., § 3 Rz 66). Ein Firmentarifvertrag tritt dann an die Stelle der weitergeltenden früheren Verbandstarifverträge, der sie als eigenständige, fachlich speziellere Regelung ablöst (*Zachert-Kempen*, TVG, 4. Aufl., § 3 Rz 67).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 17.09.2008, 9 Sa Ga 1442/08

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenbach, Tel.: 069/8001477, Fax: 069/8001479
Anwaltskanzlei.HorstThon@gmx.de; www.horst-thon.de

268. Streikexzesse, Streikposten als Verrichtungsgehilfe, Haftung für Handeln des Streikleiters

Entscheidungsgründe: ...

Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Die Absperrung des Betriebes gegenüber Arbeitswilligen, Zulieferern, Ausfahrern und Kunden stellt zwar einen Streikexzess dar, mit dem zielgerichtet der Betrieb getroffen werden soll. Die an einer Blockade beteiligten Arbeitnehmer verletzen das Recht des Arbeitgebers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB). Für die Streikposten haftet die Gewerkschaft nach § 831 BGB. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn die Gewerkschaft bei der Auswahl und Überwachung der Streikposten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre (BAG, Urteil vom 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 91; BAG, Urteil vom 21.6.1988 -1 AZR 651/86 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75). Hinsichtlich der Streikposten als Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 ist jedoch kein Auswahlverschulden nach § 831 gegeben. Unter den Streikposten wurde die Organisationsanweisung für Streikposten (Bl. 39 d. A.) verteilt, die u.a. lautet:

„- Vom Streikposten dürfen keine Gewalttätigkeiten ausgehen.

– Streikposten sollen mithelfen, dass Sachbeschädigungen vermieden werden.

– Im Rahmen der Aufklärungspflicht des Streikpostens gegenüber Streikbrechern darf es nicht zu Drohungen, Beleidigungen oder Nötigungen kommen.

– Wenn Streikbrecher trotz Belehrung und Aufklärung durch den Streikposten auf Zugang zum Betrieb bestehen, dürfen sie nicht mit Gewalt am Betreten des Betriebes gehindert werden.

Streikposten sind vor Aufnahme ihrer Tätigkeit darauf hinzuweisen, dass die strikte Einhaltung dieser Organisationsanweisung nicht nur im Hinblick auf den Streikerfolg, sondern auch zur Vermeidung von rechtlichen Konsequenzen (Schadenersatz, Strafverfahren) unerlässlich ist. ...“

Mit dieser Belehrung und Einweisung konnte die Verfügungsbeklagte zu 1) davon ausgehen, dass die Streikposten, hier

Sonstiges

Mitarbeiter des Betriebes, sich an die Weisungen halten, zumal auf drohende Schadensersatzansprüche und Strafverfahren hingewiesen wird, bis sie davon erfährt, dass gegen die Anweisung verstoßen wird. Darüber hinaus hat die Verfügungsbeklagte zu 3) mit der Verfügungsklägerin eine Notdienstvereinbarung geschlossen, nach deren Ziff. 3 der Zugang zum Betrieb mittels eines Notdienstausweises problemlos möglich ist.

Auch das Handeln des 1. Bevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zu 3) führt nicht zu Unterlassungsansprüchen. Für das Handeln eines Streikleiters haftet die Gewerkschaft analog § 31 BGB, wenn dieser nichts getan hat, um die Absperrung der Betriebsstätten zu beenden, wenn sie ihm von der Geschäftsleitung mitgeteilt werden. Die Gewerkschaft trifft eine Pflicht zur Einwirkung auf ihre Mitglieder, Streikexzesse zu unterlassen, wenn dies im konkreten Fall erforderlich ist (BAG, a.a.O.). Lehnt ein Mitglied ihrer satzungsmäßigen Organe eine solche Einwirkung ab, haftet die Beklagte hierfür analog § 31 BGB. Es wird von der Gewerkschaft nicht verlangt, dass die Mitglieder ihrer Organe bei jeder Streikaktion präsent sind und einen störungsfreien Verlauf des Streiks garantieren. Wird aber der Streikleiter von der Geschäftsleitung darauf aufmerksam gemacht, dass der Betrieb abgesperrt werde, muss er auf die versperrenden Arbeiter einwirken, die Blockade zu beenden. Es kann auch insoweit nicht festgestellt werden, dass ein Organ der Verfügungsbeklagten seinen Überwachungs- und Einwirkungspflichten hinsichtlich des Einsatzes von Streikposten nicht nachgekommen ist. Der zum Streikleiter bestellte 1. Bevollmächtigte der Verfügungsbeklagten zu 3) hat zwar vor dem Streik Betriebsblockaden angekündigt, es kann aber nicht festgestellt werden, dass diese mit seiner Duldung dann auch tatsächlich eingetreten und er nichts dagegen unternommen hat. Der Mitarbeiter X wollte das Verwaltungsgebäude im Grünen Weg am Morgen des ersten Streiktages mittels eines Schlüssels betreten. Es ist durch die eidesstattlichen Versicherungen auch der Streikposten glaubhaft gemacht, dass vier Streikposten sich zwischen ihn und die Tür drängten und ihn am Betreten des Gebäudes hinderten. Die Streikposten sagten ihm, er solle sich an die Streikleitung bzw. den Personalleiter wenden, wenn er unbedingt rein wolle, das ginge zudem nur durch den Haupteingang, zumal er keinen Notdienstausweis habe.

Daraus lässt sich nicht ableiten, dass der Streikleiter die Behinderung von Arbeitswilligen geduldet und nichts unternommen hat, als sie ihm gemeldet wurden. Zu Beginn eines Streiks müssen sich die Abläufe erst einspielen, Fehlverständnisse über Notdienst und Arbeitswillige ausgeräumt werden, der Zugang von Arbeitswilligen organisiert werden usw. Nach den von der Verfügungsklägerin ausgehängten Hinweisen für Mitarbeiter im Falle eines Streiks haben sich arbeitswillige Arbeitnehmer persönlich im Hotel Tulip Inn zu melden. Es wird von der Verfügungsklägerin auch nicht vorgetragen, dass sie sich wegen des Zugangs des Mitarbeiters X an den Streikleiter gewandt, den Zutritt verlangt und der Streikleiter eine

entsprechende Einwirkung auf die Streikposten unterlassen hätte.

Die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels trägt die Verfügungsklägerin nach § 97 Abs. 1 ZPO.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 17.09.2008, 9 Sa Ga 1443/08

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenbach, Tel.: 069/8001477, Fax: 069/8001479
Anwaltskanzlei.HorstThon@gmx.de; www.horst-thon.de

Sonstiges

269. Berufungsbegründung, Anforderungen an den Inhalt, Betriebsübergang, Sanierungstarifvertrag

A. Nicht zu Unrecht macht die Beklagte Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung des Klägers geltend.

I. Nach § 513 Abs. 1 ZPO kann eine Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Damit korrespondiert der notwendige Inhalt einer Berufungsbegründung nach den in § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO enthaltenen Regelungen. Diese Anforderungen an eine Berufungsbegründung gelten gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren (z.B. BAG, v. 14.10.2004 – 6 AZR 564/03 – AP Nr. 3 zu § 2 BAT SR 2 R; BAG, v. 10.02.2005 – 6 AZR 183/04 – EzA § 64 ArbGG 1979 Nr. 40).

II. Nach der Neuregelung des Verfahrensrechtes durch das Zivilprozessreformgesetz vom 17.05.2001 (BGBl I S. 1887) mit Wirkung ab dem 01.01.2002 kann eine Berufung gemäß § 513 Abs. 1 ZPO nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Damit korrespondiert der notwendige Inhalt einer Berufungsbegründung nach den Bestimmungen in § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 ZPO. Danach muss die Berufungsbegründung die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben, oder die Bezeichnung konkreter Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen in dem angefochtenen Urteil begründen und deshalb eine neue Feststellung gebieten, enthalten. Diese Anforderungen an eine Berufungsbegründung gelten gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren (z. B. BAG, v. 14.10.2004 – 6 AZR 564/03 – AP Nr. 3 zu § 2 BAT SR 2r; BAG, v. 10.02.2005 – 6 AZR 183/04 – EzA § 64 ArbGG 1979 Nr. 40). Wie bereits unter der Geltung des bisherigen Prozessrechtes muss in der Berufungsbegründung eine Auseinandersetzung mit der erstinstanzlichen Entscheidung stattfinden. Die Begründung muss auf den Streitfall zugeschnitten sein und im

Einzelnen erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher und rechtlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungsführer das angefochtene Urteil für unrichtig hält (z.B. BAG, v. 14.12.2004 – 1 AZR 504/03 – EzA § 13 GmbH-Gesetz Nr. 4; BAG, v. 14.07.2005 – 8 AZR 392/04 – EzA § 613a BGB 2002 Nr. 36). Dabei muss die Rechtsmittelbegründung geeignet sein, das gesamte Urteil in Frage zu stellen. Wenn das Gericht seine Entscheidung auf mehrere voneinander unabhängige, selbständig tragende rechtliche Erwägungen stützt, muss die Berufungsbegründung für jede dieser Erwägungen darlegen, warum sie unzutreffend sein soll; andernfalls ist das gesamte Rechtsmittel unzulässig (vgl. BGH, v. 10.01.1996 – IV ZB 29/95 – NJW-RR 1996, 572; BGH, v. VII ZR 25/98 – NJW-RR 2000, 685 f.; BAG, v. 29.11.2001 – 4 AZR 729/00 – EzA § 519 ZPO Nr. 13).

III. Den vorstehenden Anforderungen an eine Berufungsbegründung nach § 513 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG dürfte der Kläger kaum nachgekommen sein. Er gesteht nämlich der Vorinstanz zu, dass sie die Kündigung des Sanierungstarifvertrages durch die IG-Metall deshalb als verspätet angesehen habe, weil es sich nur um eine tarifvertraglich wirksame Regelung gehandelt habe. Er wirft dem Arbeitsgericht dann lediglich vor, „diese Rechtsfolgen nicht zu Ende gedacht“ zu haben. Denn die vor Abschluss des Sanierungstarifvertrages geltenden Tarifverträge für die Sägeindustrie und holzbearbeitende Industrie NRW seien zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges am 01.07.2006 automatisch wieder in Kraft getreten, wobei sich diese Rechtsfolge auch aus § 4 Abs. 3 TVG ergebe. Hierin kann kaum eine nähere Auseinandersetzung mit der erstinstanzlichen Entscheidung gesehen werden, zumal der Kläger, jedenfalls in zweiter Instanz, weder näher das Wiederaufleben der bis zum Abschluss des Sanierungstarifvertrages geltenden Tarifverträge für die Sägeindustrie und holzbearbeitende Industrie NRW begründet noch im Einzelnen dargelegt hat, wieso aus § 4 Abs. 3 TVG folgen soll, dass diese Verbandstarifverträge ab dem 01.07.2006 für das Arbeitsverhältnis der Parteien gelten würden, obwohl die Beklagte doch gar nicht gemäß § 3 Abs. 1 TVG an diese Tarifverträge gebunden war.

B. Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob die Berufung des Klägers zulässig ist. Jedenfalls ist sie unbegründet.

I. Zu Recht hat die Vorinstanz erkannt, dass der Kläger keinen Anspruch auf Zahlung von insgesamt der Höhe nach unstrittigen 2.528,47 € brutto für die Zeit von Juli 2006 bis Oktober 2006 gemäß § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Manteltarifvertrag für die Holzbearbeitung (Sägeindustrie und verwandte Betriebe) sowie den Holzhandel im Lande Nordrhein-Westfalen (künftig: MTS) i.V.m. dem für diese Branche in dem genannten Zeitraum geltenden Lohntarifvertrag hat. Denn die Entgeltansprüche des Klägers gemäß § 611 Abs. 1 BGB richteten sich von Juli bis Oktober 2006 nach dem Sanierungstarifvertrag vom 31.05.2005 (im Folgenden: SanTV). Die ihm nach diesem Tarifvertrag zustehenden Arbeitsentgelte sind aber gemäß § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erloschen.

II. Mit Inkrafttreten des SanTV am 01.06.2005, der die Rechtsqualität eines Firmentarifvertrages hat, verdrängte dieser aufgrund des Spezialitätsprinzips (vgl. nur *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rz 298) in den hier interessierenden Entgeltfragen die zu dieser Zeit geltenden Verbandstarifverträge für die Holzbearbeitung (Sägeindustrie und verwandte Betriebe) sowie den Holzhandel in NRW, also MTS und Lohntarifvertrag. Der SanTV fand auf das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Rechtsvorgängerin der Beklagten bis zum 30.06.2006 gemäß §§ 3 Abs. 1 Satz 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG Anwendung.

III. Seit dem 01.07.2006, dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs, galt der SanTV zwischen den Parteien gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB nur noch individualvertraglich.

1. Die Anwendung des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB im Streitfall ist nicht etwa von vornherein aufgrund der in § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB enthaltenen Regelung ausgeschlossen. Danach gilt § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach vor dem Betriebsübergang für das Arbeitsverhältnis geltende kollektivrechtliche Normen zwischen dem neuen Inhaber des Betriebes und dem Arbeitnehmer als Vertragsrecht zumindest ein Jahr ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs unverändert fortgelten, nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrages geregelt werden. Denn die Ablösung eines vor dem Betriebsübergang normativ geltenden Tarifvertrages (hier: SanTV) durch einen „anderen Tarifvertrag“ i.S. von § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB setzt die kongruente Tarifgebundenheit des neuen Inhabers (hier: Beklagte) und des Arbeitnehmers (hier: Kläger) voraus (vgl. BAG, v. 30.08.2000 – 4 AZR 581/99 – EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 13; *ErfK/Preis*, 8. Aufl. 2008, § 613a BGB Rz 123 m.w.N.). Hiervon kann im Streitfall schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Beklagte zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs am 01.07.2006 überhaupt nicht gemäß § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden war. Insofern können entgegen der Ansicht des Klägers keinesfalls die bis zum 30.06.2006 gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG für das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten geltenden, aber seit dem 01.06.2005 aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes durch den SanTV verdrängten Verbandstarifverträge für die Holzverarbeitung (Sägeindustrie und verwandte Betriebe) in NRW Anwendung finden.

2. Die Beklagte war nicht etwa nach § 3 Abs. 1 TVG an den SanTV gebunden mit der Folge, dass eine derartige kollektivrechtliche Fortgeltung dieses Tarifvertrages die Anwendung von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, der lediglich eine Auffangfunktion hat, ausschließen würde (vgl. hierzu BAG, v. 04.07.2007 – 4 AZR 491/06 – Rz 46, EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 20). Zwar galt der SanTV vor dem Betriebsübergang für das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, wie bereits erwähnt, aufgrund beiderseitiger Tarifgebundenheit gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, weil der Kläger Mitglied der IG-Metall und die Rechtsvorgängerin der Beklagten Partei des SanTV waren. Durch den Betriebsüber-

Sonstiges

gang am 01.07.2006 ist aber für die Beklagte keine Bindung an den SanTV, der, wie bereits erwähnt, ein Firmentarifvertrag war, nach § 3 Abs. 1 TVG begründet worden, weder tarifvertraglich noch aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge.

a) Eine tarifvertragliche Vereinbarung über die tarifrechtliche Geltung des SanTV für die Beklagte ist nicht gegeben. Eine solche Vereinbarung läge z. B. vor, wenn die Beklagte als Betriebserwerberin mit der IG-Metall einen gleich lautenden SanTV oder eine Vereinbarung über die Übernahme dieses Firmentarifvertrages geschlossen hätte (vgl. BAG, v. 20.06.2001 – 4 AZR 295/00 – NZA 2002, 517, 518; BAG, v. 29.08.2001 – 4 AZR 332/00 – NZA 2002, 513, 514). Hierfür gibt es im Streitfall, nicht zuletzt in Ermangelung entsprechenden Parteivortrags, keinen Anhaltspunkt.

b) Die Beklagte ist auch nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Tarifvertragspartei des SanTV geworden. Die kollektivrechtliche Weitergeltung eines Firmentarifvertrags ist nur gegeben, wenn der Übernehmer im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auch in den abgeschlossenen Firmentarifvertrag einrückt (BAG, v. 20.06.2001 – 4 AZR 295/00 – a.a.O.; BAG, v. 29.08.2001 – 4 AZR 332/00 – a.a.O.; BAG, v. 04.06.2007 – 4 AZR 491/06 – Rz 39, EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 20). Im Streitfall ist aber die Beklagte in die Rechtsstellung ihrer Rechtsvorgängerin aufgrund einer Einzelrechtsnachfolge gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB getreten mit der Folge, dass die Regelungen des SanTV gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des zwischen den Parteien ab dem 01.07.2006 bestehenden Arbeitsverhältnisses wurden.

3. Da, wie dargestellt, die Verbandstarifverträge für die Holzverarbeitung (Sägeindustrie und verwandte Betriebe) seit dem 01.07.2006 auf das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mehr gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 Satz 1 TVG einwirken, steht der Anwendung des SanTV entgegen der vom Kläger zweitinstanzlich vertretenen, aber nicht näher begründeten Auffassung auch nicht das in § 4 Abs. 3 TVG normierte Günstigkeitsprinzip entgegen.

IV. Die individualrechtliche Fortgeltung des SanTV seit dem 01.07.2006 nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB dauerte im gesamten streitbefangenen Zeitraum, d.h. von Juli bis Oktober 2006, fort.

1. Zu Recht hat die Vorinstanz erkannt, dass die seit dem 01.07.2006 fortwirkende Weitergeltung des SanTV nicht zu diesem Zeitpunkt aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage dieses Tarifvertrages entfallen ist.

a) Ein Tarifvertrag, auch ein befristeter, ist außerordentlich kündbar. Die Zulässigkeit der Kündigung ergab sich bis zum Inkrafttreten des § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB am 01.01.2002 aus der Rechtsnatur des Tarifvertrages als Dauerrechtsverhältnis (vgl. BAG, v. 18.12.1996 – 4 AZR 129/06 – EzA § 1 KSchG Fristlose Kündigung Nr. 2) und ergibt sich nun unmittelbar aus § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. *Wiedemann/Wank*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rz 28). Ob neben der außerordentlichen Kündigung auch bei Tarifverträgen eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich ist, ist streitig (vgl. zum Meinungs-

stand *Wiedemann/Wank*, a.a.O., § 4 Rz 65 Fn 142). Allgemein ist im Schuldrecht weitgehend anerkannt, dass bei Dauerschuldverhältnissen das Recht der außerordentlichen Kündigung die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängt (vgl. BGH, v. 11.04.1957 – VII ZR 280/56 – BGHZ 24, 91, 95 f.; *Wiedemann/Schultz*, ZIP 1999, 1 ff.). Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage vor Inkrafttreten des § 313 BGB am 01.01.2002 offen gelassen (vgl. BAG, v. 18.12.1996 – 4 AZR 129/96 – a.a.O.; BAG, v. 18.06.1997 – 4 AZR 710/95 – EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 3).

b) Im Streitfall braucht die vorgenannte Frage nicht entschieden zu werden. Selbst wenn man die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage neben der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit auch bei Tarifverträgen zulassen würde und die Insolvenz der Rechtsvorgängerin der Beklagten im Streitfall annähme, hätte dies keine Auswirkung auf den individualrechtlichen Fortbestand des SanTV. Denn keinesfalls würde der Tarifvertrag ipso iure entfallen. Vielmehr gewährt § 313 Abs. 1 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Zustimmung des anderen Vertragsteils zur Anpassung des Vertrages bzw. wenn dies nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist, bei Dauerverhältnissen, wozu, wie bereits erwähnt, auch ein Tarifvertrag gehört, das Recht zur Kündigung (vgl. § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB). Beides ist im Streitfall nicht erfolgt bzw. nicht wirksam ausgeübt worden.

2. Die individualrechtliche Fortgeltung des SanTV ist auch nicht durch die von der IG-Metall bzw. dem Kläger erklärte Kündigung zum 31.08.2006 bzw. zum 30.09.2006 beendet worden.

a) Die mit Schreiben vom 13.07.2006 erfolgte Kündigung der IG-Metall, der Beklagten am 17.07.2006 zugegangen, ging „ins Leere“. Zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs war die IG-Metall aufgrund des nur noch individualvertraglich gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB fortgeltenden SanTV nicht mehr Partei dieses Tarifvertrages, konnte ihn also auch gar nicht mehr kündigen.

b) Eine Kündigungsbefugnis fehlte aber auch dem Kläger mit der Folge, dass die von ihm unter dem 27.08.2006 erfolgte Genehmigung der Kündigung des SanTV durch die IG-Metall auch in seinem eigenen Namen bzw. die gleichzeitig erfolgte hilfsweise Kündigung fristgerecht zum Monatsende (d.h. gemäß Ziffer 7 Abs. 1 SanTV zum 30.09.2006) keine Rechtswirkung haben konnte.

aa) Nach der ausdrücklichen Regelung in § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB werden nur Rechtsnormen eines Tarifvertrages in das Arbeitsverhältnis transformiert. Was darunter zu verstehen ist, ist in § 1 Abs. 1 TVG geregelt, wobei die Transformation in das Individualarbeitsverhältnis durch § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB nur für Inhaltsnormen unstrittig ist (vgl. zum Meinungsstand *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 3 Rz 245). Das Recht, den in das Arbeitsverhältnis transformierten Tarifvertrag zu kündigen, zählt hierzu nicht.

bb) Auf Arbeitgeberseite bleibt deshalb ausschließlich der Betriebsveräußerer zur Kündigung berechtigt (vgl. *Wie-*

demann/Oetker, a.a.O., § 3 Rz 239 mit Nachw. in Fn 224). Auf Arbeitnehmerseite kann keinesfalls der einzelne Arbeitnehmer eine auf die fortwirkenden Tarifnormen beschränkte Kündigung aussprechen und zwar auch dann nicht, wenn das Kündigungsrecht von § 613a Abs 1 Satz 2 BGB erfasst würde. Hierbei würde es sich um eine grundsätzlich im Individualarbeitsrecht ausgeschlossene Teilkündigung (vgl. nur BAG, v. 25.02.1988 – 2 AZR 346/87 – AP Nr. 18 zu § 611 BGB Arzt-Krankenhausvertrag; BAG, . 23.08.1989 – 5 AZR 569/88 – AP Nr. 3 zu § 565e BGB; BGH, v. 05.11.1992 – IX ZR 200/91 – EzA § 622 BGB Teilkündigung Nr. 6; APS/Preis, 3. Aufl. 2007, Grundlagen E Rz 13 m.w.N.) handeln. Denkbar wäre allenfalls eine Kündigungsbefugnis sämtlicher von der Weitergeltung der Tarifnormen gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB betroffenen Arbeitnehmer (vgl. hierzu *Hanau/Vossen*, Festschrift für Hilger/Stumpf, 1983, S. 271, 294 i.V.m. S. 283). Eine solche ist jedoch im Streitfall nicht erfolgt.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 14.02.2008, 11 Sa 1922/07

270. Klage auf zukünftige Leistung, Rechtsschutzbedürfnis, Zulässigkeit

I. Die Klage ist nur zum Teil zulässig.

Der Antrag, die Beklagte zu verurteilen, ab September 2008 monatlich 2.342,51 € brutto zu zahlen ist unzulässig, weil die Voraussetzungen des § 259 ZPO nicht dargelegt wurden.

Nach § 259 ZPO kann außer in den Fällen der §§ 257, 258 ZPO eine Klage auf künftige Leistung nur erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, der Schuldner werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Zu den künftigen Leistungen i.S.v. § 259 ZPO zählen auch zukünftige Vergütungsansprüche von Arbeitnehmern (BAG, Urteil vom 13.03.2002, Az.: 5 AZR 755/00). In den Antrag sind die für den Vergütungsanspruch maßgeblichen Bedingungen aufzunehmen. Da künftige Vergütungsansprüche u.a. dann entfallen, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird, die geschuldete Arbeitsleistung ausbleibt oder die Vergütung nicht fortzuzahlen ist, wie z. B. bei längerer Krankheit, unbezahltem Urlaub, unentschuldigtem Fehlzeiten usw., gehören diese Umstände als maßgebliche Bedingungen zum Antrag (BAG, a.a.O.). Hierbei kann nur das Unerwartete unberücksichtigt bleiben, wozu die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gehört (BAG, a.a.O.; a.A. LAG Hamm, Urteil vom 16.10.2007 – 14 Sa 1416/07). Weiterhin bedarf es der Darlegung der Besorgnis der nicht rechtzeitigen Leistung des Schuldners.

Gemessen hieran ist der Antrag unzulässig. Die Klägerin hat nicht dargelegt, es bestehe die Besorgnis der künftigen Nichtleistung i.H.v. monatlich 2.342,51 € brutto. Die Beklagte vergütet die Klägerin monatlich. In Höhe der von der Beklagten bisher erbrachten Vergütung ist nicht damit zu rechnen, die Beklagte werde diese zukünftig nicht leisten. Eine Besorgnis der künftigen Nichtleistung besteht nur in Höhe der Differenz der bisher erbrachten Vergütung zu der von der Klägerin ge-

forderten Vergütung. Weiterhin hat die Klägerin die maßgeblichen Bedingungen in den Antrag nicht aufgenommen. Sie hat nicht dargelegt, unter welchen einzelnen Voraussetzungen die Beklagte in der Zukunft zur Zahlung des Arbeitsentgeltes verpflichtet sein soll.

Hierzu zählt im Streitfall neben den vom Bundesarbeitsgericht aufzunehmenden Bedingungen auch die Darlegung, wie lange die Klägerin noch Anspruch auf eine Erhöhung des Ortszuschlages wegen eines zu berücksichtigenden Kindes bzw. zu berücksichtigender Kinder hat. ...

III. Der Wert des Streitgegenstandes bestimmt sich nach § 61 Abs. 1 ArbGG i.V.m. §§ 42 Abs. 3 Satz 1, 5 Satz 1 GKG i.V.m. §§ 3, 5 ZPO. Dabei war der Klageantrag auf Zahlung von monatlich künftig 2.342,51 € mit der 36-fachen Forderungssumme zu bewerten. Die bisher angelaufenen Zahlungsrückstände waren nicht zu berücksichtigen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 05.09.2008, 16 Ca 2651/08

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwalts Haus im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

271. Prozesskostenhilfe, Schmerzensgeldanspruch

Entscheidungsgründe: ...

II. Die gemäß § 11a Abs. 3 ArbGG i.V.m. § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO statthafte sofortige Beschwerde hat der Kläger form- und fristgerecht eingelegt; er hat sie auch innerhalb der ihm nach § 571 Abs. 3 ZPO durch das Beschwerdegericht gesetzten Ausschlussfrist begründet.

1. Das Arbeitsgericht hat allerdings das Abhilfeverfahren nach § 571 Abs. 1 ZPO nicht fehlerfrei durchgeführt. Da der Kläger in der Beschwerdeschrift die Begründung seines Rechtsmittels angekündigt hat, hätte es ihm mitteilen müssen, innerhalb welcher von ihm als angemessen erachteten Frist es die Einreichung einer Begründung abwarten wird (vgl. dazu *Zöller-Gummer*, ZPO, 26. Aufl., § 572 Rn 8). Jedenfalls ist es unzulässig – so das Arbeitsgericht –, ohne eine solche Mitteilung nach Eingang des Rechtsmittels lediglich neun Kalendertage abzuwarten, um sodann mit dem Hinweis, es liege keine Rechtsmittelbegründung vor, die Sache dem Beschwerdegericht vorzulegen. Denn eine Frist von 2 Wochen ist die kürzeste, die als angemessene Anhörung angesehen werden kann (vgl. dazu BGH MDR 06, 409; *Zöller-Gummer*, ZPO; § 571 Rn 15).

Das Beschwerdegericht hat dessen ungeachtet davon abgesehen, die Sache wegen dieses Verfahrensmangels zurückzuverweisen.

2. In der Sache ist die sofortige Beschwerde zum Teil begründet.

a) An das Erfordernis der hinreichenden Erfolgsaussicht im Sinne des § 114 ZPO dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Schwierig zu beantwortende Rechts-

Sonstiges

und Beweisfragen sind nicht im Prozesskostenhilfverfahren, sondern in der Hauptsache zu klären und zu entscheiden (vgl. BVerfG MDR 08, 518; BGH MDR 03, 405). Erkennbare Mängel hinsichtlich der Schlüssigkeit des Vorbringens des Antragstellers schließe jedoch die Gewährung der Prozesskostenhilfe aus (vgl. dazu etwa *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*; ZPO, 66. Aufl., § 114 Rn 80 f.); dies gilt auch in Bezug auf Mängel hinsichtlich der notwendigen Substantiierung des Sachenvortrags. Geht es um Beweisfragen, so kann die Prozesskostenhilfe nur versagt werden, wenn Anhaltspunkte gegeben sind, die dafür sprechen, dass mit großer Wahrscheinlichkeit eine Beweisführung des Antragstellers erfolglos sein wird (vgl. BVerfG a.a.O.).

b) Danach kann die für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe notwendige hinreichende Erfolgsaussicht der Klage hinsichtlich eines Schmerzensgeldanspruchs nicht angenommen werden, den der Kläger für die Zeit bis zum Eintritt der von ihm behaupteten Gesundheitsverschlechterung seit Mitte 2006 geltend macht. Der Kläger, dem im März 2001 ein depressives Syndrom und psychosomatische Störungen ärztlich attestiert worden sind, begründet seinen Anspruch mit der durch die ihm verweigerte Änderung seines Zustellbezirks und der Zahlung eines personengebundenen Zuschlages ausgelöste Verschlechterung seines Gesundheitszustandes dergestalt, dass bei ihm Mitte 2006 eine zusätzliche Erkrankung, der Tinitus, festgestellt worden ist. Ein damit verbundener, gegen die Beklagte als Arbeitgeberin gerichteter Schadensersatzanspruch nach den §§ 253 Abs. 2, 280, 278 BGB bzw. nach den Bestimmungen zur unerlaubten Handlung kann danach erst mit dem Eintritt dieser Erkrankung entstanden sein. Für die Zeit davor scheidet daher ein Schmerzensgeldanspruch wegen nach Auffassung des Klägers pflichtwidriger Zuweisung eines ungekürzten Zustellbezirks bzw. einer unterlassenen Zahlung eines personengebundenen Zuschlages mit entsprechender Arbeitszeitverkürzung insoweit aus.

c) Unter den für die Bewilligung der Prozesskostenhilfe dargestellten Maßgaben sind die Voraussetzungen nach § 114 ZPO im Falle des Klägers im Übrigen erfüllt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten scheidet ein Schadensersatzanspruch des Klägers nicht schon an der Regelung des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren § 38 MTV-DP AG. Zwar kann zu Gunsten der Beklagten angenommen werden, dass – soweit es um den Vorwurf der fahrlässigen Gesundheitsverletzung des Klägers geht – dieser Anspruch im Gegensatz zu dem wegen einer vorsätzlichen Beschädigung prinzipiell der Ausschlussfristenregelung unterliegt (vgl. BAG, vom 16. Mai 2007, 8 AZR 709/06, NZA 07, 1154 zu B II 2a ee der Gründe) und bei einer tariflichen Regelung auch keine Inhaltskontrolle – selbst bei bloßer Geltung aufgrund einzelvertraglicher Inbezugnahme – stattfindet.

Der mit der Entstehung der Gesundheitsbeeinträchtigung mögliche Schadensersatzanspruch des Klägers wird jedoch grundsätzlich erst mit Beendigung der entsprechenden Krankheit fällig im Sinne der tariflichen Ausschlussfrist (vgl.

BAG, vom 25. Oktober 2007, 8 AZR 593/06, NZA 08, 223 zu B II 4d der Gründe). Damit kommt es nicht darauf an, ob die Erklärung des Klägers im Schreiben vom 16. Juni 2006, die Geltendmachung eines Anspruchs bleibe vorbehalten, eine Geltendmachung im Sinne des § 38 MTV-DP AG darstellt (grundsätzlich ablehnend *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 12. Aufl., § 205 Rn 30 mit Hinweis auf LAG-Köln EZA Nr. 59 zu § 4 TVG Ausschlussfristen; wohl auch BAG NZA 95, 1098). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Tinitus-Erkrankung des Klägers schon mehr als sechs Monate vor Zugang des Schreibens des Klägers vom 19. Dezember 2007 ausgeheilt gewesen ist.

d) Nach dem Vortrag des Klägers hat die Beklagte die seit dem Jahre 2002 bestandenen arbeitsmedizinischen, „dringenden“ Empfehlungen der Gewährung des personengebundenen Zuschlags ignoriert, das Bestehen eines derartigen Anspruchs erst aufgrund des Schreibens des Klägers vom 16. Juni 2006 infolge ihres Antwortschreibens vom 16. August 2006 geprüft, um den Anspruch dann mit Wirkung zum 01. März 2007 auch zu erfüllen, obwohl die Gewährung des personengebundenen Zuschlags vom Kläger schon vorher verlangt worden ist, wie sich auch aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 25. Mai 2007 im Verfahren 41 Ca 23086/06 ergibt, da die „Neubemessung des Zustellbezirks“ im Falle des Klägers spätestens im Mai 2006 abgeschlossen gewesen ist.

Wenn nun in Anbetracht der nochmaligen Erweiterung des Zustellbezirks des Klägers am 29. Mai 2006 dieser behauptet, es sei bei ihm in dieser Zeit die Tinitus-Erkrankung eingetreten, so reicht es jedenfalls nach Maßgabe der im Rahmen des PKH-Verfahrens zu beachtenden Anforderungen zur Schlüssigkeit der Darlegung des Kausalzusammenhangs aus, dass der Kläger darauf verweist, die Erkrankung sei vermeidbar gewesen, wenn die Beklagte (nun endlich) in Befolgung seiner Anträge und der arbeitsmedizinischen Empfehlungen seine Arbeitszeit schon damals reduziert hätte. Ob sich ein derartiger Anspruch des Klägers auch aus der Regelung des § 81 Abs. 4 Ziff. 4 SGB IX ergeben hat, kann hier offen bleiben, da der Kläger zu Recht auf die Regelung des § 3 Abs. 2 der Anl. 2a zum MTV-D P AG verweist.

Daran ändert das vom Kläger selbst eingereichte Attest vom 08. Mai 2008 nichts. Zwar verweist die Beklagte insoweit zu Recht darauf, dass die Entstehung der Krankheit des Klägers, der Tinitus, auf die Hörbehinderung des Klägers zurückgeht, also nicht mit den Arbeitsbelastungen des Klägers zusammenhängt. Der Arzt hat aber zudem bestätigt, dass es beim Kläger „wegen zunehmender Belastungen auf der Arbeitsstelle zu einer Zunahme des Tinitus gekommen ist“; darauf kann sich der Kläger berufen, der auf die Erweiterung seines Zustellbezirks im Mai 2006 verwiesen hat. Auch eine Krankheitsverschlechterung, die durch die Nichtgewährung des Zeitzuschlages, was für den Kläger eine Verringerung der Arbeitszeit bedeutet hätte, ausgelöst worden ist, kann einen Schmerzensgeldanspruch begründen.

Unter diesen Voraussetzungen ist eine erfolgreiche Beweis-

führung des Klägers in Bezug auf den erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung der Beklagten und dem Eintritt des Schadens nicht ausgeschlossen. Das in der Untätigkeit der Sachbearbeiter der Beklagten liegende Verschulden muss sich die Beklagte gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

Ob einem Schmerzensgeldanspruch des Klägers für die erlittene Gesundheitsbeeinträchtigung seit Mitte 2006 der Inhalt der im September 2006 und im November 2006 geführten Gespräche entgegensteht, worauf die Beklagte verwiesen hat, ist im Hauptsacheverfahren zu klären; dabei wird es auch um die Frage gehen, ob die von der Beklagten behauptete Weigerung des Klägers, einen kleineren Zustellbezirk zu übernehmen, unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens eine entscheidungserhebliche Relevanz hat.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 13.08.2008, 3 Ta 1155/08

eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch, Marburger Straße 16, 10789 Berlin, Tel.: 030/21248990,

Fax: 030/212489920

kanzlei@friedemann-koch.de, www.friedmann-koch.de

272. Prozesskostenhilfe, allgemeiner Feststellungsantrag

Entscheidungsgründe: ...

II. ... Allgemein anerkannt ist, dass eine Klage nach § 4 KSchG gegen eine bestimmte Kündigung mit einem allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO verbunden werden kann (vgl. BAG, vom 27. Januar 1994 – 2 AZR 484/93 –, EZA Nr. 48 zu § 4 KSchG n.F.). In einem solchen Fall wird dabei nicht nur die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine konkrete mit der Klage angegriffene Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin zur gerichtlichen Überprüfung gestellt, sondern auch, ob das Arbeitsverhältnis über diesen Termin hinaus im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz fortbesteht. Auf Grund der Feststellungsklage muss geprüft werden, ob das Arbeitsverhältnis weder durch die zunächst angegriffene Kündigung noch durch andere Beendigungsmaßnahmen oder -umstände geendet hat. Auf diese Weise können auch weitere Kündigungen außerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG in den Prozess eingeführt werden. Allerdings muss die Klägerin in einem derartigen Fall nach Kenntnis der weiteren Kündigung diese in den Prozess einführen und unter teilweiser Einschränkung des Feststellungsantrags eine dem Wortlaut des § 4 KSchG angepasste Antragstellung vornehmen, worauf sie seitens des Gerichts nach § 139 ZPO hinzuweisen ist (vgl. BAG, vom 13. März 1997 – 2 AZR 512/96 –, AP Nr. 38 zu § 4 KSchG 1969).

Bei einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist zunächst zur Begründung eines Interesses an alsbaldiger Feststellung ein Tatsachenvortrag zur Möglichkeit weiterer Beendigungsgründe erforderlich, denn eine bloß prophylaktische Feststellungsklage reicht für die Zulässigkeit der Klage im Sinne von § 256 ZPO nicht aus.

Deshalb sind für den allgemeiner Feststellungsantrag unter dem oben genannte Maßstab die Erfolgsaussichten gegeben gewesen und entgegen der vom Arbeitsgericht vertretenen Auffassung kann eine Erfolglosigkeit der Rechtsverfolgung insoweit nicht bejaht werden (vgl. Hess. LAG, vom 9. November 2006 – 2 Ta 472/06 – und Hess. LAG, vom 1. August 2006 – 19 Ta 373/06 –, jeweils veröffentlicht in der Landesrechtsprechungsdatenbank; Hess. LAG, vom 17. Februar 2006 – 15 Ta 3/06 – n.v.). Denn die ganz herrschende Meinung hält im Ergebnis daran fest, dass ein allgemeiner Feststellungsantrag, wie hier formuliert, geeignet ist, die Klagfrist für Folgekündigungen zu wahren (vgl. ErfK/Kiel, 7. Aufl., § 6 KSchG, Rn 5; HaKo/Gallner, 2. Aufl., § 6 Rn 5; KR/Friedrich, 8. Aufl., § 4 KSchG Rn 248 f.; Pods/Quecke, in: HWK, 2. Aufl., § 6 KSchG, Rn 5; skeptisch Bader, NZA 2004, 65). Damit gehört es zu einer sachgerechten Rechtsverfolgung, neben dem Kündigungsschutzantrag einen allgemeinen Feststellungsantrag zu stellen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 26.10.2007, 2 Ta 415/07

eingereicht von Rechtsanwältin Silke Vrana-Zentgraf, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264,

Fax: 06151/25461

kanzlei(at)mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

273. Prozesskostenhilfe, Reisekosten

Entscheidungsgründe:

II. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und hat in der Sache Erfolg. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat Anspruch auf Erstattung von Reisekosten durch die Landeskasse, soweit die Kosten der Beiordnung eines Verkehrsanwalts erspart werden.

1. Vorliegend konnte offenbleiben, ob der Beiordnungsantrag regelmäßig ein konkludentes Einverständnis des Prozessbevollmächtigten mit einer dem Mehrkostenverbot des § 121 Abs. 3 ZPO in der bis zum 31. Mai 2007 geltenden Fassung entsprechenden Einschränkung der Beiordnung enthielt (BGH, v. 10. Oktober 2006 – XI ZB 1/06 – NJW 2006, 3783 m.w.N.). Ebenso wenig musste entschieden werden, ob durch die Neuregelung des Anwaltsvergütungsrechts die Auffassung überholt ist, aus § 121 Abs. 3 ZPO aF ergebe sich, dass ein beim Prozessgericht nicht zugelassener Rechtsanwalt keine höheren Kosten verlangen könne als ein beim Prozessgericht zugelassener Rechtsanwalt; deshalb könne jener nur zu den Bedingungen eines zugelassenen Rechtsanwalts beigeordnet werden (Zöller/Philippi, ZPO, 26. Aufl., § 121 Rn 13 m.w.N.). Insoweit könnte sich auswirken, dass sowohl § 126 Abs. 1 Satz 2 BRAGO als auch § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO mit der Einführung des RVG ersatzlos weggefallen sind und nach § 46 Abs. 1 RVG Auslagen des Rechtsanwalts, insbesondere Reisekosten, nur dann nicht vergütet werden, wenn sie zur sachgemäßen Durchführung der Angelegenheit nicht erforderlich waren. Für die Entscheidung des Rechtsbeschwerdeverfahrens kommt es hierauf nicht an.

Sonstiges

2. Unter Geltung des § 121 Abs. 3 ZPO aF war es im arbeitsgerichtlichen Verfahren zulässig, einen Rechtsanwalt im Rahmen der Prozesskostenhilfe nur zu den Bedingungen eines ortsansässigen Anwalts beizuordnen. Nach § 121 Abs. 3 ZPO aF konnte ein nicht bei dem Prozessgericht zugelassener Rechtsanwalt nur beigeordnet werden, wenn dadurch weitere Kosten nicht entstanden. Da es im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine Zulassung bei einem Gericht für Arbeitsachen nicht gibt, waren die nach § 11a Abs. 3 ArbGG „entsprechend“ anwendbaren Vorschriften der ZPO dahin gehend auszulegen, dass es in § 121 Abs. 3 ZPO aF nicht auf die Zulassung eines Rechtsanwalts bei einem bestimmten Gericht, sondern auf dessen Ansässigkeit am Ort des Gerichts ankam (BAG, 18. Juli 2005 – 3 AZB 65/03 – AP ZPO § 121 Nr. 3 = EzA ZPO 2002 § 121 Nr. 1). Allerdings waren die Reisekosten eines Prozessbevollmächtigten insoweit aus der Staatskasse erstattungsfähig, als die Kosten eines Verkehrsanwalts erspart wurden. Und dies galt unabhängig davon, ob der Beiordnungsantrag ein (konkludentes) Einverständnis des Prozessbevollmächtigten mit einer dem Mehrkostenverbot des § 121 Abs. 3 ZPO aF entsprechenden Einschränkung der Beiordnung enthielt. Im Rahmen einer bewilligten Prozesskostenhilfe war bei der Beiordnung eines nicht bei dem Prozessgericht niedergelassenen Rechtsanwalts stets zu prüfen, ob besondere Umstände für die Beiordnung eines zusätzlichen Verkehrsanwalts i.S.v. § 121 Abs. 4 ZPO vorlagen. Nur wenn dieses nicht der Fall war, durfte der auswärtige Anwalt „zu den Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts“ i.S.v. § 126 Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz BRAGO beigeordnet werden (BAG, 18. Juli 2005 – 3 AZB 65/03 – AP ZPO § 121 Nr. 3 = EzA ZPO 2002 § 121 Nr. 1; BGH, 23. Juni 2004 – XII ZB 61/04 – BGHZ 159, 370).

Im vorliegenden Fall lagen die Voraussetzungen für die Beiordnung eines Verkehrsanwalts vor. Nicht nur der Kläger, sondern auch sein Prozessbevollmächtigter mussten von Frankfurt am Main aus eine nicht unerhebliche Strecke, nämlich rund 140 km (einfache Fahrt) zum Terminsort zurücklegen. Der Kläger hätte demnach von seinem Wohnort aus eine mehrstündige Fahrt nach und von Landau/Pfalz unternehmen müssen, um dort persönlich einen Anwalt zu beauftragen. Es war ihm auch nicht zumutbar, einen in Landau/Pfalz ansässigen Rechtsanwalt schriftlich oder telefonisch zu beauftragen. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund, dass dies einem Rechtssuchenden grundsätzlich nicht zugemutet wird; es kommt hinzu, dass es sich vorliegend um ein Verfahren auf Zahlung von Überstundenvergütung handelt, das eine detaillierte Aufarbeitung des hierfür notwendigen Tatsachenmaterials notwendig machte. Zudem hatte der Kläger in Frankfurt in seinem Prozessbevollmächtigten einen Rechtsanwalt gefunden, mit dem er sich unproblematisch verständigen konnte, da dieser seiner Muttersprache „Urdu“ bzw. „Punjabi“ mächtig war.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 17.09.2007, 3 AZB 23/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ijaz Chaudhry, Mainzer Land-

straße 105, 60329 Frankfurt am Main, Tel.: 069/25627137, Fax: 069/25627138

info@ra-chaudhry.de

274. Prozesskostenhilfe, Beschwerdeverfahren, Rechtsbeschwerdeverfahren

Entscheidungsgründe: ...

II. Das Arbeitsgericht Ludwigshafen – Auswärtige Kammern Landau – hat in dem Vergütungsfestsetzungsbeschluss vom 07.04.2008 zu Recht keine aus der Landeskasse zu gewährende Vergütung für das Beschwerdeverfahren beim Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (Az. 5 Ta 44/06) und für das Rechtsbeschwerdeverfahren beim Bundesarbeitsgericht (Az. 3 AZB 23/06) festgesetzt. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwaltes erfolgte zugunsten des Klägers ausschließlich für den erstinstanzlichen Rechtszug; dies ergibt sich ausdrücklich aus dem Bewilligungsbeschluss des Arbeitsgerichts Ludwigshafen – Auswärtige Kammern Landau – vom 02.02.2006, der insoweit auch nicht abgeändert worden ist. Mithin ist dem Kläger weder für das Beschwerde- noch für das Rechtsbeschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwaltes bewilligt worden; er hat auch keine entsprechenden Anträge gestellt. Dies wäre aber unter Beachtung von § 119 Abs. 1 S. 1 ZPO zwingend erforderlich gewesen, da hiernach die Bewilligung der Prozesskostenhilfe für jeden Rechtszug besonders erfolgt. Als besonderer Rechtszug gilt jeder Verfahrensabschnitt, der besondere Kosten verursacht und für den bei der ursprünglichen Prozesskostenhilfebewilligung noch nicht geprüft werden konnte, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung genügend aussichtsreich und nicht mutwillig ist (vgl. *Zöller*, ZPO, 24. Auflage, § 119 Rz 1 m.w.N.). Soweit sich der Kläger mit seiner Beschwerde auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus dem Beschluss vom 30.05.1984 (Az. VIII ZR 298/83 = NJW 1984, 2106) beruft, ergibt sich hieraus nichts anderes. Soweit in dieser Entscheidung ausgeführt ist, dass für ein Prozesskostenhilfverfahren keine Prozesskostenhilfe gewährt werden könne, bedeutet dies nicht im Umkehrschluss, dass eine erstinstanzliche Prozesskostenhilfebewilligung automatisch auch das Beschwerde- sowie das Rechtsbeschwerdeverfahren, in denen die Bewilligung der Prozesskostenhilfe Streitgegenstand ist, erfasst. Vielmehr zieht der Bundesgerichtshof aus seiner Rechtsprechung für das erstinstanzliche Verfahren lediglich die Schlussfolgerung, dass eine arme Partei selbst, notfalls unter Gewährung einer Beratungshilfe nach § 1 BerathG die Prozesskostenhilfe beantragen kann. All dies hat aber nichts mit der Frage zu tun, welche Verfahrensabschnitte durch eine erstinstanzliche Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Beiordnung eines Rechtsanwaltes erfasst werden.

Unabhängig hiervon hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 19.12.2002 (Az. III ZB 33/02) entschieden, dass im Verfahren der Prozesskostenhilfe dem Antragsteller Prozesskosten-

hilfe für die Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts der sofortigen Beschwerde bewilligt werden könne. Der Bundesgerichtshof führt hier ausdrücklich aus, dem stehe der Grundsatz, dass für das Prozesskostenhilfverfahren Prozesskostenhilfe nicht gewährt werden könne, nicht entgegen. Infolgedessen hätte der Kläger für das Beschwerdeverfahren wie auch für das Rechtsbeschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwaltes beantragen müssen, um nach einer entsprechenden Bewilligung später eine Vergütung aus der Landeskasse für diese Verfahren zu erhalten. Der Vergütungsanspruch bestimmt sich nämlich gemäß § 48 Abs. 1 RVG nach den Beschlüssen, durch die die Prozesskostenhilfe bewilligt und der Rechtsanwalt beigeordnet oder bestellt worden ist. Derartige Bewilligungsbeschlüsse für das Beschwerde- und das Rechtsbeschwerdeverfahren liegen aber nicht vor.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 17.06.2008, 7 Ta 96/08

eingereicht von Rechtsanwalt Ijaz Chaudhry, Mainzer Landstraße 105, 60329 Frankfurt am Main, Tel.: 069/25627137, Fax: 069/25627138

info@ra-chaudhry.de

275. Rechtsweg, Geschäftsführer, sic-non

Entscheidungsgründe: ...

I. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier fristgerechter Kündigungen.

Der Kläger ist seit dem 01. August 2006 bei der Beklagten beschäftigt. Grundlage des Vertragsverhältnisses ist der Geschäftsführervertrag vom 06. Februar 2006 (Ablichtung Bl. 9-16 d.A.). ...

Dem Kläger waren während seiner Tätigkeit für die Beklagte in mehr als 40 Ländern ca. 40 Mitarbeiter unterstellt. Er wurde nie zum Geschäftsführer berufen. Unter dem 29.03.2007 stellte die Beklagte den Kläger von seiner Dienstpflicht frei. Das durchschnittliche monatliche Fixgehalt des Klägers beläuft sich 25.0000,00 €. Daneben hat der Kläger Anspruch auf einen Bonus, der im ersten Jahr in Höhe von 120.000,00 € garantiert war.

II. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nicht eröffnet. Der Kläger gilt nicht als Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 3 Arbeitsgerichtsgesetz.

1. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3a, b ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern“ aus dem Arbeitsverhältnis und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG gelten als Arbeitnehmer nicht die Personen, die in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrages allein, oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder Personengesamtheit beru-

fen sind (BAG, Beschluss vom 18.12.1996 – 5 AZB 25/96 –; BAG, Beschluss vom 25.06.1997 – 5 AZB 41/96 –).

Hinsichtlich der rechtlichen Stellung der Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen ist zwischen dem Organisationsakt, nämlich der Bestellung und Abberufung dieser Organe und dem der Bestellung zugrunde liegenden Vertrag zu unterscheiden. Die Bestellung zum Organ und die Beendigung der Organbestellung haben für sich allein keinen Einfluss auf den Bestand des zugrunde gelegten Vertrages.

Für die Frage, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen, oder zu den allgemeinen Zivilgerichten eröffnet ist, wenn über den Bestand des Anstellungsverhältnisses oder über Rechte hieraus gestritten wird, ist danach zu unterscheiden, ob das Anstellungsverhältnis mit der juristischen Person besteht, zu deren Organvertreter der Dienstnehmer bestellt werden sollte oder wurde, oder ob das Anstellungsverhältnis mit einem Dritten begründet wurde.

Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssache ist grundsätzlich nicht eröffnet, wenn das Vertragsverhältnis zwischen dem, der zum Organ (Mitglied) bestellt werden sollte und der juristischen Person geschlossen worden ist, für die er als deren Vertretung bestellt werden sollte (BAG, Beschluss vom 25.06.1997 – 5 AZB 41/96 –). Dabei ist es unerheblich, ob es zur vertraglich vorgesehenen Bestellung zum Organvertreter gekommen ist oder nicht (BAG, Beschluss vom 25.06.1997 – 5 AZB 41/96). In einem auf die Bestellung zum Organvertreter gerichteten Vertrag ist der Dienstnehmer nicht etwa bis zur Bestellung Arbeitnehmer und erst danach Nichtarbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG.

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze war der Rechtsstreit an das zuständige Landgericht zu verweisen.

Obwohl der Kläger sich mit seiner Kündigungsschutzklage gegen die soziale Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigungen wendet und behauptet, dass mit der Beklagten tatsächlich ein Arbeitsverhältnis begründet wurde, ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht eröffnet. Es handelt sich nicht etwa um einen „Sic-Non-Fall“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Denn der Kläger gilt nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer. Dass möglicherweise das Landgericht bei der Beurteilung des Falls Arbeitsrecht zugrunde legen muss, ändert nichts daran, dass der Kläger als Organvertreter zu qualifizieren ist und damit gem. § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes gilt. Aus dem Geschäftsführervertrag, der dem Vertragsverhältnis zugrunde liegt, ergibt sich eindeutig, dass der Kläger als Geschäftsführer für die Beklagte tätig werden sollte. Dies ist ausdrücklich so benannt. Eine Verpflichtung zur gesellschaftsrechtlichen Bestellung braucht sich aus diesem Vertrag nicht als positiv formulierter Anspruch zu ergeben, da er dem Geschäftsführervertrag immanent ist. Zurecht weist die Beklagte darauf hin, dass die Beschreibung der Aufgaben des Klägers als „Führung der Geschäfte der Gesellschaft“ sowie die Freistellungsmöglichkeit im Falle der „Abberufung“ durch die Gesellschaft ansonsten sinnentleert

Sonstiges

wäre. Der Abberufung geht notwendigerweise die Bestellung als Geschäftsführer voraus. Dass der Kläger möglicherweise während seiner Tätigkeit Weisungen entgegennehmen muss oder aber auch der Zustimmung der Gesellschafter für alle Handlungen außerhalb des normalen Geschäftsablaufs bedarf, sieht bereits § 37 GmbH Gesetz vor und ist nichts, was einer Organstellung entgegenstehen würde.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf

vom 27.11.2007, 9 Ca 2850/07

eingereicht von Rechtsanwalt Markus Kappenhagen, Neuer Zollhof 2, 40221 Düsseldorf,

Tel.: 0211/311160, Fax: 0211/31116199

Markus.kappenhagen@bakernet.com, www.bakernet.com

276. Rechtsweg, Zuständigkeit des Arbeitsgerichts, sic-non-Prinzip

Entscheidungsgründe: ...

II. Die zulässige und fristgerechte Beschwerde des Klägers ist begründet, denn die Parteien haben die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den so genannten sic-non-Fällen übersehen (vgl. statt aller – 5 AZB 25/95 – vom 24.04.1996). Bereits aus der Zitierung der Leitsätze folgt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach §§ 17 ff. GVG. Die Leitsätze der Entscheidung lauten wie folgt:

1. Kann die vor dem Arbeitsgericht in einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit erhobene Klage nur dann Erfolg haben, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist (so genannter sic-non-Fall), reicht die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, zur Bejahung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus.

2. Daher ist die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit immer dann gegeben, wenn sich der Kläger gegen die ordentliche Kündigung des Rechtsverhältnisses wendet, das er selbst für ein Arbeitsverhältnis, der Beklagte dagegen für ein freies Dienstverhältnis hält, und der Kläger nur Unwirksamkeitsgründe geltend macht, die seine Arbeitnehmerstellung voraussetzen.

3. Ist der Kläger nicht Arbeitnehmer, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Eine Verweisung des Rechtsstreits an das Gericht eines anderen Rechtswegs kommt in diesem Fall nicht in Betracht.

Der Kläger macht die Unwirksamkeit der Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz geltend. Die Klage kann nur dann begründet sein, wenn der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer ist. Im anderen Fall findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung. Für die Klärung der Frage, ob der Kläger tatsächlich einen Anspruch aus dem Kündigungsschutzgesetz hat, sind auf jeden Fall die Arbeitsgerichte zuständig, ob die Klage begründet sein wird oder nicht, war vorliegend durch die Beschwerdeentscheidung nicht zu überprüfen. Weiterhin macht der Kläger geltend, die Kündigung sei unwirksam, weil der Personalrat zur Kündigung nicht angehört worden sei. Auch in diesem Fall ist die Klage nur dann begründet, wenn der Kläger Arbeitnehmer war, denn nur in diesem Fall ist die

Zuständigkeit des Personalrats gegeben. Die geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe setzten damit die Arbeitnehmereigenschaft voraus. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum so genannten sic-non-Fall stellt damit sicher, dass das Gericht, welches einzig zu Entscheidungen im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes berufen ist, materiell über die Klage insgesamt entscheidet.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 30.07.2008, 2 Ta 176/08

eingereicht von Rechtsanwalt Volker Thiele, Postfach 10 20 32, 52320 Düren, Tel.: 02421/13040, Fax: 02421/17469

info@fachanwalt-thiele.de, www.fachanwalt-thiele.de

277. Rechtsweg, Aufnahmeanspruch nach § 137 Abs. 1 SGB IX

Entscheidungsgründe:

B. II. In der Sache hat die sofortige Beschwerde allerdings keinen Erfolg. Zu Recht hat das Arbeitsgericht den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig erklärt.

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen behinderten Menschen im Arbeitsbereich von Werkstätten für behinderte Menschen und den Trägern der Werkstätten aus den in § 138 SGB IX geregelten arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnissen. Die Bestimmung erfasst nicht nur Streitigkeiten über den Inhalt des Beschäftigungsverhältnisses eines Mitarbeiters im Arbeitsbereich einer Werkstatt für Behinderte (arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis nach § 138 Abs. 1 SGB IX), sondern auch Streitigkeiten über die Umsetzung des Aufnahmeanspruchs aus § 37 Abs. 1 SGB IX (i.E. auch *Wiegand-Jung*, SGB IX / Teil 2 Schwerbehinderten Recht, § 137 Rn 4; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, § 137 Rn 3; *GK/Schimanski*, SGB IX, § 137 Rn 79). Es handelt sich auch insoweit um eine bürgerliche und nicht um eine öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit.

Maßgebend ist insoweit, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird (vgl. BAG, v. 08. November 2006 – 5 AZB 36/06 – Rn 10, m.w.N.; zitiert nach juris). Grundsätzlich unterstehen die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten dem Zivilrecht. Ausnahmsweise können sie zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein, wenn eines der Rechtssubjekte seinerseits als Teil der öffentlichen Verwaltung zu betrachten ist oder jedenfalls auf die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten in Anspruch genommen wird (BAG a.a.O. Rn 16, m.w.N., zitiert nach juris). Dies trifft im Streitfall indessen nicht zu. Die sozialrechtliche Leistungsbeziehung besteht zwischen dem behinderten Menschen und dem Rehabilitationsträger. Aus dieser gesonderten Rechtsbeziehung erwächst der Anspruch des behinderten Menschen auf Eingliederungsbeihilfe (vgl. *Hauck/Noftz/Götze*, SGB IX, 137 Rn 6). Sie besteht nicht aus der Verschaffung

eines Werkstattvertrages, sondern aus der Gewährleistung der Kostenübernahme für die Aufnahme des behinderten Menschen in die Werkstatt (vgl. *Hauck/Noftz/Götze*, SGB IX, § 137 Rn 6). Demgegenüber wird der Träger der Werkstatt nicht zur Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Sachleistungsanspruchs des behinderten Menschen gegen den Rehabilitationsträger tätig (*Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, § 138 Rn 18; Münchner Handbuch-Cramer, § 237 Rn 38). Zwischen dem Behinderten und dem Träger der Werkstatt besteht kein hoheitliches Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern beide treten – jeden falls nach der Vorstellung des Gesetzgebers – gleichgeordnet einander gegenüber (zu diesem Aspekt, BAG, v. 22.9.1999 – 5 AZB 27/99 – NZA 2000, 55(56)). Nach § 138 SGB IX gelten im Arbeitsbereich anerkannter Werkstätten Beschäftigte, sofern sie nicht nach allgemeinen Grundsätzen als Arbeitnehmer einzustufen sind, als arbeitnehmerähnliche Personen, soweit sich aus dem zugrunde liegenden Sozialleistungsverhältnis nichts anderes ergibt. Auch wenn nicht von der Hand zu weisen ist, dass neben der Arbeitsleistung die Betreuung und Förderung des behinderten Menschen im Vordergrund stehen, handelt es sich um eine zivilrechtliche Beziehung, die nach § 138 Abs. 1 SGB IX eine arbeitsrechtliche Komponente hat. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, dem behinderten Menschen in den Geltungsbereich der Arbeitsschutzgesetzgebung einzubeziehen (vgl. Münchner Handbuch-Cramer, § 237 Rn 38; *Neumann-Wendz*, Handbuch SGB IX, § 22 Rn 43). Der mit dem Aufnahmeanspruch verbundene Kontrahierungszwang spricht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht für eine öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses. Im Arbeitsrecht ist beispielsweise bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Wiedereinstellungsanspruch nach Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung (vgl. BAG, v. 27. Februar 1997 – 2 AZR 160/96 – Rn 25 zitiert nach juris) und damit ein Kontrahierungszwang anerkannt und im Zivilrecht kann im Einzelfall ein Anspruch auf Aufnahme in einen Verband mit einer überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich bestehen (vgl. BGH, v. 23.11.1998 – II ZR 54/98 – NJW 1999, 1326 ff.).

Es ist darüber hinaus insgesamt sachgerecht und entspricht auch dem Erfordernis einer klaren und praktikablen Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten sowie dem Ziel einer weitgehenden Integration des schwerbehinderten Menschen in das Arbeitsleben, wenn für alle Streitigkeiten in der Rechtsbeziehung zwischen dem Behinderten und dem rechtlich gleichgeordneten Träger der Werkstätte der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist. Die Regelungen im Zuständigkeitskatalog des § 2 ArbGG sind weit auszulegen. Es ist seit jeher das Ziel des Arbeitsgerichtsgesetzes, alle bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die in so greifbar naher Beziehung zu einem Arbeitsverhältnis stehen, dass sie überwiegend durch das Arbeitsverhältnis bestimmt werden, auch prozessual im Rahmen der Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen zu erfassen (vgl. BAG,

19.3.1975 – 4 AZR 270(74 – AP Nr. 14 zu § 5TVG; BAG, v. 14. November 1979 – 4 AZR 3/78 – Rn 13, 14; zitiert nach juris; *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, § 2 Rn 6; *Bader/Creutzfeldt/Friedrich*, ArbGG, § 2 Rn 1). Dementsprechend werden von der Ziffer 3a des § 2 Abs. 1 ArbGG nicht nur Streitigkeiten aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis, sondern auch solche erfasst, in denen es um die Begründung des Vertragsverhältnisses geht (vgl. *ErfK-Koch*, § 2 Rn 17; *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, § 2 Rn 53; *Hauck/Helml*, ArbGG, § 2 Rn 22). Nichts anderes gilt für die Auslegung der Ziffer 10 des § 2 Abs. 1 ArbGG. Da dem Gesetzgeber die vom Bundesarbeitsgericht praktizierte weite Auslegung des Zuständigkeitskataloges für Arbeitsverhältnisse bekannt war, muss davon ausgegangen werden, dass er die durch das Gesetz zur Reform des Sozialhilferechts vom 23. Juli 1996 eingefügte Ziffer 10 des § 2 Abs. 1 ArbGG ebenfalls umfassend verstanden wissen wollte. Dafür spricht auch der Wortlaut, da in Ziffer 10 in Anlehnung an Ziffer 3a die Formulierung „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten (...) aus arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnissen“ gewählt wurde. Der Hinweis in § 2 Abs. 1 Nr. 10 ArbGG auf § 138 SGB IX dient lediglich der Qualifizierung der Rechtsstellung der Beschäftigten in einer Werkstatt für behinderte Menschen und damit der Kennzeichnung des erfassten Rechtsverhältnisses und nicht – wie die Beklagte meint – einer Beschränkung der Rechtswegzuständigkeit auf Rechtsstreitigkeiten, die in einem bereits bestehenden arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis wurzeln. Die von der Beklagten befürwortete strikte Trennung von Streitigkeiten, die einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis entspringen und solchen, die der Begründung des Rechtsverhältnisses dienen, ist im Gesetz nicht angelegt. Zwar kommt das arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnis bereits mit der Aufnahme in die Werkstatt zustande (vgl. *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, § 138 Rn 20) und der darauf gerichteter Anspruch ist in § 137 SGB IX geregelt. Durch den Aufnahmeanspruch aus § 137 SGB IX wird aber der Inhalt der zwischen dem Träger der Werkstätte und dem behinderten Menschen bestehenden Rechtsbeziehung keineswegs abschließend geregelt. Vielmehr bedarf es hierfür weiterer Vereinbarungen zwischen dem behinderten Menschen und dem Träger der Werkstätte. Auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung hat der behinderte Mensch ebenfalls einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch, der allerdings nicht in § 137 SGB IX, sondern wiederum in § 138 Abs. 3 SGB IX eingeräumt wird (vgl. *Neumann/Pahlen*, SGB IX, Rn 20). Die enge Verknüpfung zeigt sich auch daran, dass der Aufnahmeanspruch zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch führt, § 137 Abs. 2 SGB IX.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 20.06.2008, 3 Ta 131/08

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenbach, Tel.: 069/8001477, Fax: 069/8001479
Anwaltskanzlei.HorstThon@gmx.de; www.horst-thon.de

Streitwert und Gebühren

Streitwert und Gebühren

278. Streitwert, Beschlussverfahren, Zuständigkeit BR/GBR

1. Der Antrag auf Feststellung, dass eine vom Gesamtbetriebsrat mit dem Arbeitgeber geschlossene Betriebsvereinbarung in einem bestimmten Betrieb des Arbeitgebers nicht anwendbar sei, beinhaltet ebenso wie der Antrag, dem Arbeitgeber die Durchführung dieser Gesamtbetriebsvereinbarung in dem benannten Betrieb zu unterlassen, einen nicht vermögensrechtlichen Streitgegenstand, dessen Bewertung sich nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG richtet.

2. Begründet der Antragsteller beide Anträge mit der Unzuständigkeit des Gesamtbetriebsrats, ist insoweit ein gemeinsamer Gegenstandswert festzusetzen. Dieser beträgt gem. § 23 Abs. 3 S. 2 RVG grundsätzlich 4.000,- Euro, sofern nicht im Einzelfall besondere Anhaltspunkte eine Erhöhung rechtfertigen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 04.03.2008, 1 Ta 26/08

279. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Einigungsstellenspruch

Die Streitwertfestsetzung entspricht den im Beschluss des LAG Düsseldorf vom 06.05.2008 – 6 Ta 113/08 – aufgestellten Grundsätzen. Soweit die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 28.05.2008 geltend gemacht hat. Ziel des Beschwerdeverfahrens sei es letztlich nur gewesen, Rechtsklarheit darüber zu erhalten, ob die bisherige Einigungsstelle unzuständig sei, ist darauf hinzuweisen, dass für die Bewertung des Streitwertes die Antragsstellung und das Antragsziel entscheidend sind. Der Antrag bezog sich aber auf die Wirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle vom 26.02.2007. Es ging deshalb unbeschränkt um dessen Anwendbarkeit und Umsetzung.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 19.06.2008, 2 TaBV 1/08
eingereicht von Rechtsanwalt Bernd Achterberg, Hohenzollernstraße 44, 41061 Mönchengladbach, Tel.: 02161/175841, Fax: 02161/294906
info@ra-achterberg.de

Anmerkung:

Siehe auch Entscheidungen zum Ausgangsfall unter Nr. 247 und Nr. 283. (gr)

280. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung einer Betriebsratswahl

Die nach § 33 Abs. 3 RVG zulässige Beschwerde ist auch in der Sache gerechtfertigt. Dabei ist im Hinblick auf die Ausführungen der Bevollmächtigten der Beteiligten zu 3 im Schriftsatz vom 13. August 2008 (letzter Absatz) klarzustellen, dass es nur um den Gegenstandswert innerhalb des Mandatsverhältnisses zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geht und der Arbeitgeber nach § 33 Abs. 2 Satz 1 RVG als erstattungspflichtiger Dritter nach § 40 BetrVG in Betracht kommt und deshalb zu betei-

ligen ist. Soweit es um den Gegenstandswert ihrer eigenen Tätigkeit für den Arbeitgeber geht, haben sie ggf. auch einen Antrag nach § 33 Abs. 1 RVG zu stellen.

Das Bundesarbeitsgericht hat im Beschluss vom 17. Oktober 2001 (– 7 ABR 42/99 – n.v.) ausgeführt, dass in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, in dem es um die Anfechtung einer Betriebsratswahl geht, zunächst vom Zweifachen des Ausgangsstreitwertes, bei einem auf Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl gerichteten Antrag vom Dreifachen des Ausgangsstreitwertes (gemeint ist: Ausgangsgegenstandswert) auszugehen sei. Dies gelte für den aus einer Person bestehenden Betriebsrat. Mit wachsender Betriebsratsgröße orientiere sich die Erhöhung des Streitwertes (gemeint ist: Gegenstandswert) an der Staffel des § 9 BetrVG, der Streitwert (gemeint ist wiederum: Gegenstandswert) werde für jede Stufe um den halben Ausgangswert des § 8 Abs. 2 S. 2 BRAGO (jetzt § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG) erhöht. Auch wenn eine derart starre Regelung nicht dem elastischen System des § 23 Abs. 3 RVG entsprechen mag, in dem es auch auf Einzelfallabwägungen ankommt, ist diese Entscheidung aber doch insoweit plausibel, als das Interesse des Betriebsrats vorliegend im Hinblick auf sein Beteiligungsrecht sehr stark tangiert ist und die Streitfrage für ihn eine große Bedeutung hat, geht es doch um seine Existenz. Insofern handelt es sich schon von vornherein um eine Streitigkeit von überdurchschnittlicher Bedeutung. Ist die Betriebsratswahl nichtig, betrifft dies nicht nur die Zukunft, sondern alle Handlungen des gewählten Betriebsrats in der Vergangenheit. Hier eine noch größere Bedeutung für die Streitfrage anzunehmen, erscheint ebenfalls plausibel. Schließlich steigt auch die Bedeutung des Betriebsrats typischerweise mit der Größe des Betriebs. Auch dies kann in der Erhöhung des Gegenstandswerts zum Ausdruck gebracht werden.

Der Antrag des Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats stützt sich auf diese Rechtsprechung. Der Arbeitgeber hat im Ausgangsverfahren in erster Linie die Nichtigkeit der Wahl geltend gemacht. Dies kommt jedenfalls der Antragsbegründung, wenn auch nicht dem Verfahrensantrag des Arbeitgebers, zum Ausdruck. Der Beteiligte zu 2 besteht aus fünf Mitgliedern. Da es bei der Festsetzung des Gegenstandswerts für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten den richtigen Wert nicht gibt und vorliegend nichts Substantielles gegen die Wertvorstellung des Antragstellers spricht, ist der Gegenstandswert jedenfalls in der beantragten Höhe festzusetzen. Auf die Frage, ob darüber hinaus ein überdurchschnittlicher Aufwand und eine überdurchschnittliche Schwierigkeit der Sache eine weitere Erhöhung hätten rechtfertigen können, kommt es demzufolge nicht mehr an. Im Verfahren nach § 33 RVG ist § 308 Abs. 1 ZPO entsprechend anzuwenden.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
vom 22.09.2008, 3 Ta 182/08
eingereicht von Rechtsanwalt Alfred Emerich, Marktplatz 37, 72250 Freudenstadt,
Tel.: 07441/536908

281. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung, Spruch Einigungsstelle, einstweilige Verfügung

I. Der Antragsteller hat im Ausgangsverfahren im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens die vorläufige Aussetzung der Arbeitszeitverteilung und ihrer Flexibilisierung auf der Grundlage eines Einigungsstellenspruchs vom 26.02.2007 geltend gemacht. Die Wirksamkeit des Spruchs der Einigungsstelle ist Gegenstand eines zwischen den Beteiligten anhängigen Hauptsacheverfahrens.

Die Arbeitgeberin hatte dem Betriebsrat zunächst mit Schreiben vom 11.04.2007 bzw. 17.04.2007 mitgeteilt, dass die Abteilung Betriebstechnik im Rahmen der Arbeitsverteilungspläne und Flexibilisierung betroffen sein sollte und im Zusammenhang mit den Erörterungen mit dem Betriebsrat – bestätigt durch Schreiben vom 25.06.2007 – darauf hingewiesen, dass die Arbeitszeitverteilungspläne und die Flexibilisierung auch in der Abteilung Weiterverarbeitung am 16.07.2007 eingeführt werden sollten.

Nachdem das Arbeitsgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen hat, hat es den Streitwert in Anlehnung an die Rechtsprechung der Beschwerdekammer auf 26.660,50 € festgesetzt, wobei es davon ausgegangen ist, dass der Streit um die Geltung der Betriebsvereinbarung zunächst 38 Arbeitnehmer betreffe (1 x 4.000,00 € + 37 x 1/3 von 4.000,00 €; davon 50 % im Hinblick auf das einstweilige Verfügungsverfahren). Gegen diese Streitwertfestsetzung wenden sich die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats mit ihrer Beschwerde vom 04.06.2007 und machen geltend, dass die Betriebsvereinbarung die gesamte Weiterverarbeitung mit 192 Arbeitnehmern betreffe.

II. Die Beschwerde der Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats, gegen die Zulässigkeitsbedenken nicht bestehen, musste Erfolg haben. Der Verfahrensstreitwert war auf 129.333,00 € festzusetzen.

1. Zu Recht ist das Arbeitsgericht zunächst von der Rechtsprechung der Beschwerdekammer – Beschluss vom 11.01.2007 – 6 Ta 638/06 – ausgegangen und hat der Bewertung zugrunde gelegt, dass die Verfahrensanträge des Ausgangsverfahrens nicht vermögensrechtlicher Art sind, da der Betriebsrat erreichen wollte, dass die Arbeitszeitverteilung und deren Flexibilisierung auf der Grundlage des Spruchs der Einigungsstelle vom 26.02.2007 einstweilen bis zur Rechtskraft in dem Hauptsacheverfahren ausgesetzt wird und deshalb der Arbeitgeberin untersagt wird, bis zu diesem Zeitpunkt ihre Mitarbeitern nach diesem Spruch zu beschäftigen.

Im Rahmen der Bewertung ist auf die Bedeutung der Sache für die Beteiligten sowie den Umfang und die Schwierigkeit abzustellen. Die Bedeutung für die Arbeitgeberseite ist nicht zuletzt nach den wirtschaftlichen Auswirkungen zu beurteilen, andererseits kann die Bedeutung für die Belegschaft nicht unberücksichtigt bleiben. Maßgeblich für die streitwertmäßige Bewertung ist dabei der Antrag und nicht etwa die Erfolgsaussicht des Antrages bzw. dessen Begründetheit (vgl. Beschluss

des LAG Düsseldorf, vom 29.08.2005 – 17 Ta 316/05 –; Beschlüsse vom 06.04.2006 – 6 Ta 171/06 – und 11.01.2007 – 6 Ta 638/06).

Zwar ist dem Arbeitsgericht zuzugestehen, dass in einem ersten Schritt – aktuell – die Arbeitgeberin zunächst beabsichtigte, die Arbeitszeitverteilung und deren Flexibilisierung in der Abteilung Betriebstechnik mit 38 Mitarbeitern umzusetzen. Wie sich aus dem außergerichtlichen Schriftverkehr und dem Sachvortrag des Betriebsrates einschließlich der Antragstellung ergibt, hat er seine Anträge jedoch nicht nur auf die Betriebsabteilung Betriebstechnik begrenzt sondern wollte der Arbeitgeberin untersagen lassen, bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren den Einigungsstellenspruch insgesamt anzuwenden und damit auch in dem gesamten Weiterverarbeitungsbereich weitere Flexibilisierungsmaßnahmen durchzuführen. Damit ist ausweislich des Antrags und ausweislich der Antragsbegründung nicht nur die Abteilung Betriebstechnik mit 38 Mitarbeitern betroffen, sondern unstreitig der Gesamtbereich der Weiterbearbeitung mit 192 Arbeitnehmern.

Schon oben wurde dargestellt, dass es für die Bewertung des Streitwertes nicht auf die Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrages ankommt, sondern auf die Antragstellung und das Antragsziel. Dieses war im Streitfall unbeschränkt eröffnet.

2. Damit ergibt sich jedoch unter Zugrundelegung der Berechnungsmethode in dem Beschluss vom 11.01.2007 – 6 Ta 638/06 –, dass 1 x 4.000,00 € als Hilfwert zugrunde zu legen sind und für die weiteren 191 Arbeitnehmer jeweils ein Drittel (1.333,33 €). Dies ergibt einen Gesamtbetrag von 254.666,03 €; bezogen auf die Ermäßigung mit 50 % im Hinblick auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung ergibt sich dann ein Streitwertbetrag in Höhe von 129.333,00 €.

Da zwischen den Beteiligten die Geltung des Spruchs der Einigungsstelle vom 26.02.2007 auch im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens streitig war und darüber hinaus die Anwendbarkeit und Umsetzung in Vollziehung dieser in der Wirksamkeit streitigen „Betriebsvereinbarung“, sah die Beschwerdekammer keine Veranlassung, von den Streitwertgrundsätzen im Beschluss vom 11.01.2007 abzuweichen.

Ob bei einer anderen Sachverhaltskonstellation eine niedrigere Streitwertfestsetzung angebracht erscheint, ist hier nicht zu entscheiden. Dabei kann auch nicht völlig außer Acht gelassen werden, dass nach der Anlage 2 zu § 3 Abs. 1 RVG der Unterschiedsbetrag zu einer einfachen Gebühr bei dem Gegenstandswert, den das Arbeitsgericht festgesetzt hat und dem Gegenstandswert, den nunmehr die Beschwerdekammer festgesetzt hat, in einer Größenordnung von 750,00 € liegt.

III. Da die Beschwerde der Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats Erfolg hatte, war keine Gebühr gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 GKG nach dem 2. Justizmodernisierungsgesetz ab 01.01.2007 zu erheben.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 06.05.2008, 6 Ta 113/08 eingereicht von Rechtsanwalt Bernd Achterberg, Hohenzoll-

Streitwert und Gebühren

ernstraße 44, 41061 Mönchengladbach, Tel.: 02161/175841,
Fax: 02161/294906
info@ra-achterberg.de

Anmerkung: Siehe auch Entscheidungen zum Ausgangsfall unter Nr. 247 und Nr. 279. (*gr*)

282. Streitwert, Beschlussverfahren, Monatsgespräch

Beschluss:

Der Wert des Gegenstandes der anwaltlichen Tätigkeit der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1. und zu 2. wird auf 4.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

Die Beteiligten stritten im Ausgangsverfahren über die Verpflichtung der Geschäftsführer der beteiligten Arbeitgeberin, zur monatlichen Besprechung mit dem Betriebsrat zusammenzukommen. Ein solches Monatsgespräch fand jedenfalls in den Monaten April bis Juli 2008 nicht statt.

Die Bemessung des Streitwerts richtet sich nach § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG. Danach ist der Gegenstandswert auf 4.000,00 €, je nach der Lage des Falles aber auch niedriger oder höher, jedoch nicht über 500.000,00 € festzusetzen, sofern es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt. Davon ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren immer dann auszugehen, wenn um das Bestehen und die Beachtung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte gestritten wird, weil die Begehren weder auf Geld noch auf eine geldwerte Leistung gerichtet sind und auch ihre Grundlage nicht in einem Verhältnis haben, dem ein Vermögenswert zukommt (vgl. BAG, Beschluss vom 09.11.2004 – 1 ABR 11/02 = NZA 2005, 70).

Hiervon ausgehend liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor, weil es um die Teilhabe des Betriebes an der Gestaltung des betrieblichen Geschehens geht. Bei der Feststellung der „Lage des Falles“, also der Bestimmung einer auf die konkreten Umstände des einzelnen Verfahrens abgestellten Wertfestsetzung kommt es in erster Linie auf die Bedeutung der Angelegenheit an; daneben kann im Einzelfall der Umfang sowie die Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit eine Rolle spielen. Mit der Bedeutung der Angelegenheit als Ausgangspunkt der Bewertung ist die Tragweite der gerichtlichen Entscheidung für die materielle und ideelle Stellung der Betroffenen angesprochen, was ihnen selbst die Sache „Wert“ ist. Die daneben zu berücksichtigenden Gesichtspunkte des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit müssen in Relation zur Bedeutung der Sache gewichtet werden. Entspricht also der anwaltliche Arbeitsaufwand von seinem Umfang und seiner Schwierigkeit her typischerweise der Bedeutung der Sache, bleibt es bei deren Bewertung; die Bedeutung ist also letztlich das ausschlaggebende Moment für die vorzunehmende Wertfestsetzung (vgl. zu alledem Sächs. LAG, Beschluss v. 11.04.2008 – 4 Ta 53/08 (1)).

Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich hier, dass es dem Betriebsrat im Ausgangsverfahren darum ging, sein Recht auf Durchführung eines Monatsgespräches und ins-

besondere hier erforderliche Informationen über die beabsichtigte Unternehmensneugestaltung zu erhalten. Die Bedeutung der Sache für den Betriebsrat ist daher in Übereinstimmung mit den Einwendungen des Antragstellervertreeters vom 11.09.2008 auf den regelmäßigen Streitwert von 4.000,00 € festzusetzen, auch wenn der anwaltliche Arbeitsaufwand von Umfang und Schwierigkeit für dieses Verfahren typischerweise eher gering und daher unterdurchschnittlich einzuschätzen war. Bei angemessener Bewertung der Bedeutung der Sache, also dem Wertinteresse des Antrag stellenden Betriebsrates, lässt sich die Wertfestsetzung auf 4.000,00 € rechtfertigen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 26.09.2008, 9 BV 44/08

Rechtsanwalt Roland Gross, Petersstraße 15, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, 04109 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

Anmerkung:

Im Ergebnis kann man die Entscheidung akzeptieren. Ob allerdings die Kriterien, die für die Gegenstandswertfeststellung ausgesucht wurden, tragfähig sind, erscheint unter zumindest zwei Gesichtspunkten zweifelhaft:

- a) Die Sache um die gestritten wird, hat bereits vorgerichtlich einen Gegenstandswert. Der Anwalt erhält (vorgerichtlich) Rahmengebühren von 0,5 bis 2,5 (2400 VV RVG). Die konkrete Gebührenfeststellung unterliegt anwaltlichem Ermessen gemäß § 14 Abs. 1 RVG, wobei Umfang und Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sowie Bedeutung der Angelegenheit maßgebliche Bestimmungskriterien sind. Diese Kriterien können nicht doppelt berücksichtigt werden, einmal bei Festlegung des Gegenstandswertes, zum anderen bei Bestimmung der konkreten Gebühr. Durch den Übergang in das gerichtliche Verfahren ändert sich der Gegenstandswert nicht.
- b) Die Gerichte sind, so verlockend die „Kollegenkritik“ sein mag, nicht dazu berufen, im Rahmen der Gegenstandswertfestsetzung die anwaltliche Tätigkeit zu bewerten oder gar zu sanktionieren. Hierfür fehlt es an einer Rechtsgrundlage. (*gr*)

283. Streitwert, Beschlussverfahren, Bestand Betriebsrat

I. Im Ausgangsverfahren hat der Betriebsrat die Arbeitgeber auf Feststellung in Anspruch genommen, dass der 2006 gewählte dreiköpfige Betriebsrat bis zum Ablauf der Wahlperiode im Amt ist. Ferner hat er Hilfsanträge angekündigt.

Durch Beschluss vom 03.01.2008 hat das Arbeitsgericht dem Hauptantrag des Betriebsrates stattgegeben. Der Beschluss vom 03.01.2008 wurde rechtskräftig.

Auf Antrag der Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrates hat das Arbeitsgericht durch Beschluss vom 02.04.2008 den Gegenstandswert für das Ausgangsverfahren auf 7.000,00 € festgesetzt. Gegen diesen dem Betriebsrat am 11.04.2008 zugestellten Beschluss wenden sich die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrates mit der am 15.04.2008 beim Arbeits-

Streitwert und Gebühren

gericht eingegangenen Beschwerde, der das Arbeitsgericht nicht abgeholfen hat.

Die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrates sind der Auffassung, dass der Gegenstandswert von grundsätzlich 10.000,00 € nicht allein deshalb ermäßigt werden könne, weil der Betriebsrat sein Begehren im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht habe.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Verfahrensakten Bezug genommen.

II. Die nach § 33 Abs. 3 RVG zulässige Beschwerde ist begründet.

Der Gegenstandswert für das vorliegende Beschlussverfahren war gemäß § 23 Abs. 3 RVG auf 10.000,00 € festzusetzen.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das vorliegende Beschlussverfahren richtet sich nach § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG, wonach der Gegenstandswert in Fällen der vorliegenden Art nach billigem Ermessen zu bestimmen ist. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG stellt eine Auffangnorm für Angelegenheit dar, für die Wertvorschriften fehlen. Der Auffangtatbestand des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG ist ebenso wie früher § 8 Abs. 2 BRAGO insbesondere für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten bedeutsam, deren Wert auf anderem Wege nicht bestimmt werden kann. Die Wertfestsetzung nach billigem Ermessen kommt im Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG aber immer erst hinter allen sonstigen Bewertungsfaktoren zum Zuge. Für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren folgt bereits hieraus, dass die wirtschaftliche Bedeutung des jeweiligen Streitgegenstands vielfach im Vordergrund stehen muss (LAG Hamm, v. 24.11.1994 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 27; LAG Hamm, v. 12.06.2001 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 50; LAG Hamm, v. 28.04.2005 – NZA-RR 2005, 435; GK-ArbGG/Wenzel, § 12, Rz 194, 441 ff.).

Zwischen den Beteiligten ist unstreitig, dass der Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit für das vorliegende Beschlussverfahren sich nach den Grundsätzen richtet, die für die Wertfestsetzung in Wahlanfechtungsverfahren nach § 19 BetrVG entwickelt worden sind. Der Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit für ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren, mit dem eine Betriebsratswahl nach § 19 BetrVG angefochten wird, richtet sich regelmäßig nach der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder, die gemäß § 9 BetrVG durch die Größe des Betriebes bestimmt wird. Dies entspricht der überwiegenden Auffassung der Landesarbeitsgerichte (LAG Berlin, v. 17.12.1991 – NZA 1992, 327; LAG Thüringen, v. 13.11.1998 – AuR 1999, 146; LAG Köln, v. 10.10.2002 – NZA-RR 2003, 493; LAG Schleswig-Holstein, v. 09.07.2003 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 55). Die zuständigen Kammern des Beschwerdegerichts haben sich dieser Auffassung in ständiger Rechtsprechung angeschlossen (LAG Hamm, v. 09.03.2001 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 48a = NZA-RR 2002, 104; LAG Hamm, v. 28.04.2005 – NZA-RR 2005, 435; Wenzel, a.a.O., § 12 Rz 461, 464). Ein Wahlanfechtungsverfahren, das die Wahl eines dreiköpfigen Betriebsrats zum Gegenstand hätte, würde hiernach mit einem Gegenstandswert von 10.000,00 € bewertet.

Für den Feststellungsantrag im Ausgangsverfahren, der den Fortbestand des Mandats des Betriebsrates bis zum Ablauf der Wahlperiode zum Gegenstand hatte, kann nichts anderes gelten. Dass das vorliegende Verfahren nicht direkt im Zusammenhang mit einer anstehenden Betriebsratswahl eingeleitet worden ist, erscheint für die Wertfestsetzung unerheblich (LAG Hamburg, v. 17.12.1996 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 37). Sachgerecht auch für das vorliegende Verfahren ist es, bei der Wertfestsetzung an die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer und die Größe des Betriebsrates anzuknüpfen (ebenso LAG Bremen, v. 12.05.1999 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 43; LAG Hamm, v. 07.01.2008 – 10 Ta 829/07). Angesichts der Größe des gewählten Betriebsrates, dessen Amt im Streit ist, ist auch im vorliegenden Fall von einem Wert von 10.000,00 € auszugehen.

Soweit das Arbeitsgericht den Gegenstandswert von 10.000,00 € jedoch um 30 % reduziert hat, weil es sich um ein Verfahren der einstweiligen Verfügung gehandelt hat, vermag die Beschwerdekammer dem nicht zu folgen.

Zwar wird vielfach im einstweiligen Verfügungsverfahren ein Abschlag gegenüber dem Hauptsacheverfahren vorgenommen (LAG Hamm, v. 15.04.1993 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 22; Bertelsmann, Gegenstandswert im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, S. 30 m.w.N.). Sichert jedoch ein einstweiliges Verfügungsverfahren bei Erfolg des Antragstellers den geltend gemachten Anspruch, handelt es sich um eine Befriedigungs- bzw. Erfüllungsverfügung, erscheint ein Wertabzug in Höhe von einem Drittel, der Hälfte oder gar auch zwei Dritteln des Hauptsacheverfahrens nicht gerechtfertigt. Es wird nämlich in derartigen Fällen nicht nur eine vorläufige Regelung getroffen. Die Streitigkeit ist vielmehr regelmäßig mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung beendet (LAG Bremen, v. 15.02.1990 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 14; LAG Köln, v. 09.06.1999 – NZA-RR 1999, 608; LAG Hamm, v. 12.06.2001 – LAGE BRAGO § 8 Nr. 50; LAG Hamm, v. 28.04.2005 – NZA-RR 2005, 435; LAG Hamm, v. 12.07.2006 – AuA 2007, 122; LAG Hamm, v. 27.10.2006 – NZA-RR 2007, 153). So liegt der vorliegende Fall. Mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist durch den Betriebsrat keine vorläufige oder einstweilige Regelung für einen bestimmten Zeitraum begehrt worden. Der Antrag des Betriebsrates betrifft auch keinen zeitlich beschränkten Zeitraum, sondern ist unbeschränkt bis zum Ablauf der Wahlperiode gestellt worden. Mit Ablauf der Wahlperiode endete das Amt des Betriebsrates ohnehin. Mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung hatte sich auch ein Hauptsacheverfahren, das offenbar gar nicht eingeleitet worden ist, erledigt. Insoweit hatte das vorliegende Verfahren gerade keinen vorläufigen Charakter. Durch das vorliegende Verfahren ist der Streit zwischen den Beteiligten darüber, ob der 2006 gewählte dreiköpfige Betriebsrat noch bis zum Ablauf der Wahlperiode im Amt war, endgültig erledigt worden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.06.2008, 10 Ta 341/08

Streitwert und Gebühren

284. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, mehrere Kündigungen, Arbeitszeitreduzierung

1. Wird die Wirksamkeit mehrerer Kündigungen, die keinen unmittelbaren Bezug zueinander haben, mit verschiedenen Beendigungszeitpunkten angegriffen und sind diese in einem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen worden, dann ist die zeitlich erste Kündigung abhängig von der Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses mit bis zu drei Bruttomonatsverdiensten zu bewerten. Jede weitere Kündigung ist grundsätzlich zunächst mit dem Betrag zu bewerten, der dem durchschnittlichen Verdienst entspricht, den der Arbeitnehmer bei Hinausschieben des Beendigungszeitpunktes aufgrund der weiteren Kündigung mehr bzw. bei Verschieben des Beendigungszeitpunktes durch diese weniger verdienen würde. Allerdings ist dieser Verlängerungs- bzw. Verkürzungszeitraum auf maximal einen Monatsverdienst begrenzt (Deckelung).

2. Begehrt ein Arbeitnehmer gem. § 8 TzBfG Verringerung seiner Arbeitszeit, finden bei der Festsetzung des Gegenstandswerts der anwaltlichen Tätigkeit die Regelungen des § 42 Abs. 3 und 4 GKG entsprechende Anwendung. Danach ist grundsätzlich der dreifache Jahresbetrag der mit der Verringerung der Arbeitszeit verbundenen monatlichen Vergütungsdifferenz anzusetzen, höchstens jedoch der Betrag, der im Falle einer auf Entgeltreduzierung gerichteten Änderungskündigung, die der Arbeitnehmer unter Vorbehalt annimmt, als Obergrenze anzusetzen wäre; dies sind grundsätzlich anderthalb Monatsgehälter (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25.07.2007 – 1 Ta 179/07).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 28.04.2008, 1 Ta 60/08

285. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, Vergleichsmehrwert, Freistellung, Dienstfahrzeug

Entscheidungsgründe: ...

II. ... 2. Die unter Ziffer 4) des Vergleichs getroffene Vereinbarung hinsichtlich der weiteren Nutzung des Dienstfahrzeugs bzw. einer monatlichen Nutzungsentschädigung in Höhe von 491,00 EUR monatlich war in Höhe des geldwerten Vorteils von 491,00 EUR monatlich zu bewerten, was angesichts des im Vergleich vereinbarten neunmonatigen Freistellungszeitraums vom 01.04.2008 bis 31.12.2008 zu einem Vergleichsmehrwert von $(9 \times 491,00 \text{ EUR}) = 4.419,00 \text{ EUR}$ führt.

3. Auch für die unter Ziffer 2) des Vergleichs vereinbarte widerrufliche Freistellung des Klägers bis maximal zum 31.12.2008 unter Fortzahlung seiner Bezüge war ein eigenständiger Gegenstandswert festzusetzen. Nach der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts kommt einer solchen Vereinbarung, durch die der Arbeitnehmer von seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung befreit wird, in der Regel ein eigener Wert zu (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 24.04.2007 – 1 Ta 81/07 –; Beschluss vom 06.06.2007 – 1 Ta 105/07). Gründe für eine Abweichung von dieser Regel

bietet der vorliegende Fall nicht. Vielmehr legen die in dem Vergleich getroffenen Regelungen nahe, dass die Parteien hier eine Gesamtlösung zur Beendigung und Abwicklung des zwischen ihnen bestehenden Arbeitsverhältnisses angestrebt haben und in diesem Rahmen dem Kläger eine neunmonatige Freistellung, auf die er Kraft Gesetzes keinen Anspruch hätte, gewähren wollten. Die Höhe des Wertes einer solchen Freistellungsvereinbarung bemisst das LAG Rheinland-Pfalz im Regelfall mit 10 % des auf den Freistellungszeitraum entfallenden Bruttoentgelts (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 26.06.2007 – 1 Ta 156/07 – m.w.N.). Eine Erhöhung dieses Regelwerts kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, z.B. wenn die tatsächliche Beschäftigung für den Arbeitnehmer eine besondere Bedeutung hat (etwa zur Erhaltung seiner Qualifikation oder seines Bekanntheitsgrades) oder wenn die Parteien vereinbaren, während des Freistellungszeitraums erzielten anderweitigen Verdienst auf die fortzuzahlende Vergütung entgegen der Regelung des § 615 Satz 2 BGB nicht anzurechnen. Da vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die ein besonderes Interesse des Klägers an seiner tatsächlichen Beschäftigung begründen könnten, verbleibt es bei der Regelbewertung in Höhe von 10 % des auf den Freistellungszeitraum entfallenden Bruttoentgelts. Dabei ist jedoch das Bruttomonatsgehalt von 8.765,61 EUR zur Vermeidung einer doppelten Bewertung um den geldwerten Vorteil des Dienstfahrzeugs zu kürzen, da dieser bereits gesondert bewertet wurde. Folglich beträgt der Wert der Freistellungsvereinbarung $(9 \times (8.765,61 \text{ EUR} - 491,00 \text{ EUR}) : 10 =) 7.447,15 \text{ EUR}$.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 07.05.2008, 1 Ta 63/08

286. Streitwert, Kündigungsschutzprozess, Vergleichsmehrwert, Arbeitszeitreduzierung

1. Vereinbaren die Parteien eines Kündigungsrechtsstreits vergleichsweise die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit verringerter Wochenstundenzahl und dementsprechend reduzierter Vergütung, rechtfertigt dies die Festsetzung eines Vergleichsmehrwerts, wenn das Kündigungsschutzverfahren in seinem weiteren Verlauf nicht zu diesen Änderungen hätte führen können.

2. Der Mehrwert beträgt insoweit grundsätzlich gem. § 42 Abs. 3 GKG das 36-fache der Differenz zwischen der bei unverminderter und der bei verringerter Arbeitszeit zu zahlenden Vergütung, höchstens jedoch eineinhalb Bruttomonatsgehälter.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 24.04.2008, 1 Ta 75/08

287. Streitwert, Freistellungsvereinbarung

Der Vergleichswert ist um den Betrag einer Bruttomonatsvergütung (2.101,67 Euro) wie von den Beschwerdeführern beantragt zu erhöhen.

Die Erhöhung entspricht bezüglich der Freistellungsvereinbarung in Ziffer 4 des Vergleichs der ständigen Rechtsprechung der Beschwerdekammer (Kammerbeschluss vom 23. April 1999 – 15/6 Ta 426/98 – NZA-RR 1999, 382). Darin wird nicht zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung unterschieden. Hieran wird festgehalten, zumal die Vereinbarung der Widerruflichkeit vielfach nur rein formal im Hinblick auf das Sozialversicherungsrecht erfolgt.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 15.04.2008, 15 Ta 484/07
eingereicht von Rechtsanwalt Markus Bär, Rheinstraße 30,
64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461
kanzlei(at)mansholt-lodzick.de, www.mansholt-lodzick.de

wobei 3 Bruttomonatseinkommen auf den Streitwert für den gestellten Kündigungsschutzantrag und 2 Bruttomonatseinkommen auf den Streitwert wegen des darüber hinaus gestellten Weiterbeschäftigungsantrages des Klägers entfielen. Die Streitwertfestsetzung erfolgte nach § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil.

■ Arbeitsgericht Iserlohn
vom 27.05.2008, 5 Ca 2274/07
eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller, Von-Scheibler-
Straße 10, 58363 Iserlohn, Tel.: 02371/835555,
Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

288. Streitwert, Weiterbeschäftigungsantrag

Entscheidungsgründe:

III. Das Gericht hat den Streitwert nach § 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 3 ZPO, 42 Abs. 4 GKG auf der Grundlage des insgesamt 5-fachen Bruttomonatseinkommens des Klägers festgesetzt,

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Herausgeber, Chefredaktion- und Anschrift:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier
Budapester Straße 40
10787 Berlin
Telefon (030) 25 45 91 55
Telefax (030) 25 45 91 66
E-Mail: m.bendel@advocati.de

Redakteur:

Rechtsanwalt Roland Gross
Petersstr. 15
04105 Leipzig
Telefon (0341) 984 62-0
Fax (0341) 984 62-24
E-Mail: leipzig@advo-gross.de;
www.advo-gross.de

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein (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
Dr. Katharina Freytag
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134
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 2008

Inland € 92,- (zzgl. Versand)
Einzelheft € 24,50 (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 8 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 sinnetstellenden 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.

Rezeptionen

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M (Hrsg.)

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Verlag C.H. Beck, 2. Aufl. 2008, 624 Seiten, kartoniert,
68,00 EUR

ISBN 978-3-406-57566-2

Die handliche Kommentierung – herausgegeben von *Gregor Thüsing* und bearbeitet von namhaften Experten aus Wissenschaft und Praxis – ist nunmehr in aktualisierter Neuauflage erschienen. Bereits die 1. Auflage hatte die mit der Hartz-Reform geschaffenen, grundlegenden Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – etwa des Gleichstellungsgrundsatzes mit seinen Ausnahmen – umfassend und praxisnah erörtert. Hieran knüpft die Zweitaufgabe an, die neben den neuen Entwicklungen auf gesetzgeberischer Ebene bis hin zur 9. Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. Oktober 2006 auch die aktuelle Instanz- und höchstgerichtliche Rechtsprechung und die zwischenzeitlich zum AÜG ergangene Fachliteratur in die Kommentierung eingearbeitet hat. Dabei sollte man sich nicht durch das handliche Format täuschen lassen, denn das Werk enthält über den reinen Kommentar des AÜG hinaus auch eine informative Darstellung der historischen Entwicklung des Überlassungsrechtes, es zeigt die europäischen Einflüsse und Impulse auf, die in das Gesetz eingegangen sind, und es gibt einen Überblick über die Probleme und praktische Handhabung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung. Im Anhang finden sich neben Kurzinformationen zur Arbeitnehmerüberlassung auch das Merkblatt zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern und das Merkblatt für Leiharbeiter. Hieran schließt sich ein Entscheidungsregister an.

Schwerpunkt des Werkes ist freilich die Kommentierung des AÜG, die sich an Gerichte, Anwaltschaft, Verbands-, Betriebs- und Personalvertretungen und die Wissenschaft richtet. Dem jeweiligen Kommentar zur Einzelnorm wird dabei stets eine übersichtliche Gliederung vorangestellt, die – ebenso wie das sehr ordentliche Stichwortverzeichnis – zu einer sinnvollen und einfachen Handhabung in Beratungspraxis und Rechtsvertretung beitragen. Hinzukommt, dass das Werk auch in den Bereichen weiterhilft, in denen noch keine gesicherte Rechtsprechung ergangen ist. Es ist also jedem Praktiker mit Bezug zur Arbeitnehmerüberlassung uneingeschränkt zu empfehlen.

Claudia Voggenreiter
Rechtsanwältin, Berlin

Neumann/Biebl

Arbeitszeitgesetz

Verlag C.H. Beck, München, 15. Aufl. 2008, 446 Seiten in
Leinen, EUR 54,00

ISBN 978-3-406-55686-9

Das Buch gibt zunächst die wesentlichen arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen vollständig wieder, nämlich das Arbeitszeitgesetz und das Gesetz über den Ladenschluss bzw. im Auszug das JugendarbeitsschutzG, das BundesbergG und das SeemannsG.

Nach einer informativen rechtshistorischen Einleitung folgt die Kommentierung, im Wesentlichen zum Arbeitszeitgesetz und im selbstverständlich sehr viel kürzeren Umfang zur Arbeitszeit bei Ladenöffnung. Es schließen sich zur besseren Übersicht über das Landesrecht zur Ladenöffnung die einschlägigen Bestimmungen aus den Landesgesetzen an. Der Anhang schließlich gibt eine Vielzahl von Bestimmungen wieder, die bei der Fallbearbeitung eine umfassende Rechtsklärung ermöglichen, angefangen von den speziellen Bestimmungen für Kraftfahrer bis zur Europäischen Richtlinie über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

Demgemäß berücksichtigt die Neuauflage die zahlreichen Änderungen zur Regelung der angesprochenen Arbeitsbereiche, von der Bewertung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit in Tarifregelungen, die besonderen Arbeitszeitregelungen im Einzelhandel an Sonn- und Feiertagen, unterschiedlich nach Ländern, natürlich die umfangreichen Änderungen beim Fahrpersonal, die eine ganze Branche erheblich betroffen haben. Den neuen Bestimmungen folgen eine neue Rechtsprechung und eine umfangreiche Literatur, die die Autoren zuverlässig eingearbeitet haben, so dass bei Benutzung des Werkes eine zeitsparende Bearbeitung einschlägiger Fallgestaltungen sichergestellt ist.

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Cornelius-Winkler/Ennemann

Rechtsschutzversicherung und Gebühren im Arbeitsrecht

ZAP-Verlag, Münster, 213 Seiten broschiert, EUR 34,00

ISBN 978-3-89655-388-1

Die Autoren sind beide Rechtsanwälte und nähern sich dem Buchthema mit unterschiedlichen Schwerpunkten, nämlich einmal dem der Rechtsschutzversicherung, zum zweiten dem der gebührenrechtlichen Folgen aus einer arbeitsrechtlichen Bearbeitung. Der eigentlichen inhaltlichen Bearbeitung sind

126 Din-A-5 Seiten gewidmet. Der Anhang umfasst gut 70 Seiten. Darin sind die ARB 2000 und die neuen ARB 2008 wiedergegeben sowie Auszüge aus dem Versicherungsvertragsgesetz alter und neuer Fassung.

Im inhaltlichen Teil werden anhand von Beispielfällen jeweils rechtsschutzversicherungsrechtliche Einwendungen und gebührenrechtliche Musterberechnungen dargestellt, gegliedert u.a. durch die Überschriften Einwendungen zum versicherten Risiko, zum Versicherungsfall, zu den fehlenden Erfolgsaussichten, zur Obliegenheitsverletzung und zum Leistungsumfang. Bei den Anwaltsgebühren dominieren die Ausführungen zur Berechnung von Vergleichen und ein Streitwert-Lexikon mit 33 Gegenstandsstichworten und Angaben zu besonderen Anträgen oder Verfahren (einstweilige Verfügung, Klagehäufung etc.).

Die Bearbeitung ist detailreich aber auch praxisorientiert knapp. Die Beantwortung der Frage, wann liegt noch eine Beratung des Mandanten vor und wann schon eine Vertretung (z.B. bei der Formulierung von Vergleichstexten ohne aber nach außen in Erscheinung zu treten), darf man hier

nicht erwarten, wohl aber die auf die sich sicher häufiger stellende Frage, ob eine Erstberatung, aufgrund derer sich der Mandant zum Abschluss eines angebotenen Vergleiches entschließt, eine Einigungsgebühr auslöst (ja!). Ebenso wie viele andere relevante Streitigkeiten mit den Rechtsschutzversicherern findet sich auch die Auseinandersetzung mit dem Versicherungsschutz für den Mehrvergleich, die zwar durch die einschlägige Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2005 erledigt erscheint, was Rechtsschutzversicherungen aber gern negieren, weshalb diese Darstellung weiterhin wichtig bleibt. Das Stichwortverzeichnis erschließt den Inhalt der Darstellung sicher und fördert damit die praxisorientierte Nutzung der Ausführungen zu einem Sachgebiet, das weiterhin streitig bleiben wird, wie die Erfahrungen der letzten zwei Jahre mit der „Koordinierungsstelle Rechtsschutzversicherung“ der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV gezeigt haben. Zugreifen!

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Abfindung

Gleichbehandlung – 225

Abmahnung

Nebentätigkeit – 212
Personalgespräch – 223

Abrufarbeit

AGB-Kontrolle – 213
Dauer der Arbeitszeit – 213
Sonderzahlung – 229
Vergütungsanspruch – 229

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Abrufarbeit – 213
freiwillige Leistung – 227
Transparenzgebot – 227, 228
unangemessene Benachteiligung – 218
Versetzungsklausel – 214
vorformulierte Arbeitsbedingungen – 215
Widerrufsvorbehalt – 215, 227

Allgemeiner Feststellungsantrag

Prozesskostenhilfe – 272

Altersteilzeit

Ermessen – 216
Provision – 217
Vergütungsberechnung – 217

Änderungskündigung

Vorrang der – 235

Änderungsvereinbarung

Betriebsübergang – 222

Anfechtung

Betriebsratswahl – *siehe dort*
Drohung – 222

Arbeitsvertrag

Änderungsvereinbarung – 222
Gleichbehandlung – 225
Rückwirkung – 220
Vertragsfreiheit – 222, 225

Arbeitszeitreduzierung

betriebliche Gründe – 219, 220
Elternzeit – 212
Kinderbetreuung – 221
Klageantrag – 220, 221
Nebentätigkeit – 212
Rückwirkung – 219
Unterlassung anderweitiger Verteilung – 221

Auflösungsantrag

Arbeitgeber – 235

Ausbildungskosten

Rückzahlungsvereinbarung – 218

Außerordentliche Kündigung

Auslauffrist – 233
betriebsbedingte – 231
BR-Mitglied – 233
personenbedingte – 232
Schlechtleistung – 233

Befristung des Arbeitsverhältnisses

tarifliche Unkündbarkeit – 231
Vertretung mittelbar – 244

Berufsausbildungsverhältnis

Verfrühungsschaden – 245

Berufung

Bestreiten der BR-Anhörung – 241

Berufungsbegründung

Anforderung an den Inhalt – 269

Beschäftigungsanspruch

Arbeitsverhältnis bestehend – 246, 247
einstweilige Verfügung – 246, 247

Beschlussverfahren

einstweilige Verfügung – 249

Bestellung

Rechtscharakter – 232

Betriebsbedingte Kündigung

anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit – 235
außerordentliche – 231
Erwerberkonzept – 234
Namensliste – 234
unternehmerische Entscheidung – 234, 235
Vorrang der Änderungskündigung – 235

Betriebsrat

Betriebsratskosten – *siehe dort*
Restmandat – 251, 252, 255

Betriebsratskosten

Handy – 250

Betriebsratsmitglied

außerordentliche Kündigung – 233

Betriebsratswahl

Anfechtung – 251, 252, 253, 254, 255
gemeinsamer Betrieb – 253
Nichtigkeit – 251, 252
unternehmenseinheitlicher Betrieb – 251, 252, 254, 255
Wahlberechtigung – 256

Betriebsübergang

Änderungsvereinbarung – 222
Kündigung von Tarifverträgen – 269
Tariff Bindung – 269

Billiges Ermessen

Altersteilzeit – 216

Direktionsrecht

AGB-Kontrolle – 214
Kernbereich unveränderbar – 238
öffentlicher Dienst – 244
Personalgespräch – 233

Eingruppierung

Intensivkrankenschwester – 215

Einigungsstelle

Einsetzungsverfahren – 260
Ermessensfehler – 258, 259

Einstweilige Verfügung

Beschäftigungsanspruch – 246, 247
Beschlussverfahren – 249

Elternzeit

Teilzeitananspruch – 212
Zeugnis – 230

Fahrtkosten

wechselnde Arbeitsorte – 224

Feststellungsklage

Feststellungsinteresse – 215, 245

Gesamtbetriebsrat

- Telefonnutzung – 261
- Zuständigkeit – 260, 261, 262

Geschäftsführer

- Rechtsweg – 275

Gewerkschaft

- Haftung – 268
- Parteifähigkeit von Unterorganisationen – 267

Gleichbehandlung

- Abfindung – 235
- Vertragsfreiheit – 225

Interessenausgleich

- widerlegliche Vermutung – 234

Klageänderung

- zukünftige Leistung – 270

Krankheitsbedingte Kündigung

- betriebliche Beeinträchtigung – 237
- betriebliches Eingliederungsmanagement – 236, 237
- negative Prognose- 236, 237

Kündigung

- siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte-, außerordentliche und personenbedingte –*
- Teilkündigung – 238

Kündigungserklärung

- Betriebsratsanhörung – 242
- Personalratsbeteiligung – 242, 248
- Schriftform – 240
- Zurückweisung mangels Vollmacht – 239, 240

Kündigungsschutzklage

- nachträgliche Zulassung – 243

Kündigungsschutzverfahren

- Bestreiten der Betriebsratsanhörung – 241

Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten

- Auszubildender – 265
- Einstellung – 265
- Fristverlängerung – 264
- Schriftform – 263

Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten

- Ethikrichtlinie – 266

Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

- billiger Umfang – 226
- widersprüchliches Verhalten – 226

Nebentätigkeit

- Abmahnung – 212
- Elternzeit – 212

Personalrat

- Anhörung vor Kündigung – 242, 248

Personalratsmitglied

- Feststellung der Gremienzugehörigkeit – 249

Personalratswahl

- Anfechtung – 257
- Wahlberechtigung – 257

Personenbedingte Kündigung

- Entzug der Fahrerlaubnis – 232

Prozesskostenhilfe

- allgemeiner Feststellungsantrag – 272
- Anhörungfrist – 271
- Erfolgsaussichten – 271
- Geltungsbereich des Bewilligungsbeschlusses – 274
- mutwillige Rechtsverfolgung – 271
- Reisekosten – 273

Rechtsmissbrauch

- Umgehung – 222

Rechtsweg

- Geschäftsführer – 275
- sic-non-Fall – 275, 276
- Werkstatt für Behinderte – 277

Reisekosten

- Prozesskostenhilfe – 273

Rückwirkung

- Arbeitsvertrag – 220

Streik

- Blockade – 268
- Friedenspflicht – 267
- Haftung der Gewerkschaft – 268
- OT-Mitgliedschaft – 267

Streitwert

- Arbeitszeitreduzierung – 284, 286
- Beschlussverfahren – *siehe dort*
- Kündigungsschutzverfahren – *siehe dort*

Streitwert im Beschlussverfahren

- Anfechtung Betriebsratswahl – 280, 283
- Anfechtung Einigungsstellenspruch – 279, 281
- einstweilige Verfügung – 281, 283
- Feststellung von Mitbestimmungsrechten – 283
- Monatsgespräch – 282
- Zuständigkeitsstreit – 278

Streitwert im Kündigungsschutzverfahren

- Berechnung des Vierteljahreseinkommen, Berücksichtigung von Nebeneinkünften – 285
- Freistellungsvereinbarung – 285, 287
- mehrere Kündigungen – 284
- Sachbezug – 285
- Verlängerungsvereinbarung – 286
- Weiterbeschäftigungsanspruch – 288

Treu und Glauben

- widersprüchliches Verhalten – 226

Urlaubsgeld

- Anspruchsvoraussetzung – 227, 229

Vergleichswert

- Freistellungsvereinbarung – 285, 287

Vergütungsanspruch

- Widerspruchsvorbehalt – 215, 227

Vergütungsklage

- zukünftige Leistung – 270

Verwirkung

- sonstige Rechte – 215
- widerspruchslose Hinnahme – 215

Weihnachtsgeld

- Anspruchsvoraussetzung – 228, 229
- Bemessung – 229

Weiterbeschäftigungsanspruch

- Interessenabwägung – 231, 238

Werkstatt für behinderte Menschen

- Rechtsweg – 277

Widerrufsvorbehalt

- AGB-Kontrolle – 215
- fälliger Anspruch – 227
- Freiwilligkeitsklausel – 227
- Funktion – 238

Zulage – 215**Zeugnis**

- Elternzeit – 230
- wesentlicher Inhalt – 230
- Zwischenzeugnis – 230

