

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

### **(Ver-)Pfeifen geschützt**

Sommerzeit, saure Gurkenzeit – und da pfeift es aus Straßburg. Die deutsche Justiz hat die menschenrechtliche Dimension des whistleblowing verkannt. Eine nach Überarbeitung erkrankte Altenpflegerin hatte Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber erstattet. Aufgrund chronischer Unterbesetzung gab es nicht nur eine Überlastung der Beschäftigten, sondern entwürdigende Zustände in der Behandlung, eher Misshandlung, der zu pflegenden Seniorinnen. Die Strafanzeige war ultima ratio; vorangegangene Mahnungen an den Arbeitgeber hatten nicht gefruchtet. Die – natürlich ausgesprochene – fristlose Kündigung hatte nicht nur vor der Arbeitsgerichtsbarkeit Bestand, sondern auch vor dem Bundesverfassungsgericht.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.7.2011 in application no. 28274/08 Heinisch vs. Germany ist richtig und – leider – notwendig: Wer sonst als der inner circle der Beschäftigten kann kompetent beurteilen, wo etwas konstant schief läuft und Aufmerksamkeit erheischend, ja erzwingend, die Stimme erheben? Hatte die deutsche Justiz die Gut-Böse-Scannung verloren? War die Interessenabwägung unter die Räder geraten? Warum musste erst Straßburg der deutschen Justiz als Gebrechlichkeitspfleger beispringen?

Nun hat der Sommer sein Thema. Ein Gesetz soll her, bis Ende 2012, sagt die zuständige Ministerin, „zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern“. Der whistleblower ist in, er genießt Kult-, fast Heldenstatus. Man darf gespannt sein, wie der Gesetzgeber die Abgrenzung zu Denunzianten, Intriganten, Kronzeugen und allen, die nur ihr Süppchen kochen wollen, beschreibt, wie er ein Klima des Verpfeifens vermeidet. Es steht außer Zweifel: Courage der Beschäftigten ist notwendig. Sie muss gewürdigt, nicht sanktioniert werden. War das nicht schon bisher möglich? Es scheint mal wieder notwendig zu sein, über den Wert selbstbewusster Arbeitnehmer und mit substantiellen Rechten ausgestatteter Belegschaftsvertretungen nachzudenken.

Trotz Sommerzeit, Urlaub und Urlaubsvertretung und all den sonstigen Kanzleianforderungen konnte wieder ein Heft mit fast 60 Entscheidungen, größtenteils aus dem Kreis der Arbeitsgemeinschaft eingesandt, zusammengestellt werden. Nur wenige seien beispielhaft der Aufmerksamkeit empfohlen:

Interessant das Bemühen des Arbeitsgerichts Nürnberg zur Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Annahmeverzug mit der – fortbestehenden – Erkenntnis, dass das Risiko, einen Arbeitnehmer beschäftigen zu können, grundsätzlich beim Arbeitgeber liegt (Nr. 153).

Freiwillig und ohne Rechtsanspruch hierauf gezahlte Trinkgelder sind in unbegrenzter Höhe steuerfrei und vor allem keine Vergütung des Arbeitgebers, daher auch seiner Einziehungs- und Verteilungsgewalt entzogen, so das LAG Rheinland-Pfalz (Nr. 156). Das Arbeitsgericht Münster überwindet die Kleinbetriebsklausel „in verfassungskonformer Auslegung“, um den Kündigungsschutz im Hinblick auf das hinter dem Kleinstbetrieb stehende international tätige Großunternehmen anzunehmen. (Nr. 159).

Die Integration von schwerbehinderten Menschen und vor allem die Vermeidung ihrer Diskriminierung bieten immer wieder Anlass für Auseinandersetzungen. Der Rechtsweg einer Diskriminierungsklage zum Verwaltungsgericht ist eröffnet, wenn eine Beamtenstelle zu besetzen ist, auch wenn der Bewerber – altersbedingt – nur als Angestellter hätte eingestellt werden können, meint der VGH Baden-Württemberg (Nr. 189). Schon das Integrationsamt hat die Zustimmung zu einer außerordentlichen Kündigung zu versagen, wenn die Unwirksamkeit ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegt, mithin sich jedem Rechtskundigen geradezu aufdrängt (VG Kassel, Nr. 164). Es stellt bekanntlich ein Indiz für eine Diskriminierung Schwerbehinderter dar, wenn vor einer Stellenbesetzung kein Kontakt mit der Bundesagentur für Arbeit aufgenommen oder der Schwerbehinderte nicht zum Vorstellungsgespräch geladen wurde. (LAG Baden-Württemberg, Nr. 194 und Nr. 198). Die Entschädigungsforderungen belasten das Stellenbesetzungsverfahren regelmäßig nicht unerheblich materiell, aber auch durch die Belastung nachfolgender gerichtlicher Verfahren.

Aber auch die hier unerwähnten Entscheidungen verdienen die Aufmerksamkeit Ihrer Lektüre.

Mögen die AE Ihnen nützen!

Leipzig, im Sommer 2011

Ihr  
Roland Gross  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einsenderliste	155
<b>Aufsätze</b>	
<i>Dr. Hans-Georg Meier: Der GmbH-Geschäftsführer in Insolvenznähe und die Sozialversicherungsbeiträge – BGH schafft Klarheit</i>	157
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	
<b>Entscheidungen</b>	157
Allgemeines Vertragsrecht	159
Bestandsschutz	173
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	187
Tarifrecht	195
Prozessuales	201
Sonstiges	209
Streitwert und Gebühren	216
<b>Stichwortverzeichnis</b>	217
Impressum	219

## 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 Graumann Mansholt	Hansjörg Ingo Werner	Gießen Iserlohn Darmstadt	Puhr-Westerheide Schrader, Dr.	Christian Peter	Duisburg Hannover
----------------------------------	----------------------------	---------------------------------	-----------------------------------	--------------------	----------------------

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Bauer Franzen Gussen, Dr. Höser, Dr. Kelber, Dr. Koch, Dr. Lodzki Müller	Bertram Klaus-Dieter Heinrich Jürgen Markus Friedemann Michael Steffen	Ansbach Bremen Rheda-Wiedenbrück Frechen Berlin Berlin Darmstadt Iserlohn	Neef, Dr. Rütte Schmitt Seidemann, Dr. Tschöpe, Dr. Weberling, Prof. Dr. Zeißig, Dr.	Klaus Klemens Jürgen Gisbert Ulrich Johannes Rolf	Hannover Hamm Stuttgart Berlin Gütersloh Berlin Berlin
---	---	--	--	---	--

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

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

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

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

# Der GmbH-Geschäftsführer in Insolvenznähe und die Sozialversicherungsbeiträge

– BGH schafft Klarheit

Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Der Arbeitgeber, in juristischen Personen vertreten durch die Organmitglieder, also z.B. den GmbH-Geschäftsführer, verpflichtet sich gegenüber dem Arbeitnehmer zur Zahlung der Vergütung. Daraus folgt allerdings, dass der Arbeitgeber plötzlich drei Gläubiger hat, nämlich neben dem Arbeitnehmer auch das Finanzamt und die Sozialversicherungsträger. Ausgehend von einem gedachten Verursacherprinzip handelt es sich also um einen Hauptgläubiger und zwei Nebengläubiger. Werden die Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Hauptgläubiger nicht erfüllt, bleibt das für das Organmitglied folgenlos. Viel besser geschützt sind dagegen die „Nebengläubiger“. Sorgt das Organmitglied nicht für die Abführung der Lohnsteuer an das Finanzamt, begeht es eine mit Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit und setzt sich zudem der persönlichen Haftung nach der Abgabenordnung aus. Obwohl also die Vergütung gar nicht gezahlt wird, die doch die Grundlage für die Steuerpflicht ist, denn selbstverständlich muss der Arbeitnehmer keine Vergütung versteuern, die er nicht erhalten hat, entsteht die Lohnsteuerabführungspflicht. Der Lohnsteueranspruch verselbständigt sich also von der Vergütungszahlung.

Ganz anders ist die Rechtslage bezüglich der Sozialversicherungsanteile. Hier ist deutlich zu unterscheiden zwischen den Arbeitnehmer- und den Arbeitgeberanteilen und dies mit einem teilweise absurden Ergebnis für den Insolvenzfall. Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist nicht

nur eine Ordnungswidrigkeit, sondern gemäß § 266a StGB sogar strafbar. Allerdings erfasst die Strafbarkeit nur die Nicht-Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung. Das Organmitglied tut also gut daran, in jedem Falle die auf – ggfs. nicht gezahlten Vergütungen – fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung abzuführen. Die ihre Leistung bereits erbracht habenden Arbeitnehmer muss er im Regen stehen lassen, d.h. auf das Insolvenzausfallgeld verweisen. Führt der Geschäftsführer hingegen auch die Arbeitgeberanteile ab, bezüglich derer er nicht mit Strafbarkeit bedroht ist, begünstigt er einen Gläubiger und setzt sich einem Erstattungsanspruch des Insolvenzverwalters aus.

Aber auch der Sozialversicherungsträger ist im Insolvenzfall glücklos, denn die unter der Strafordrohung erfolgte Zahlung der Arbeitnehmeranteile kann der Insolvenzverwalter anfechten und zurückholen. Missachtet der Geschäftsführer die Strafordrohung und überweist auch die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht, dann setzt er sich wegen des ansonsten eintretenden Anfechtungsgrundes im Insolvenzfall jedoch keiner persönlichen Schadensersatzpflicht gegenüber dem Sozialversicherungsträger aus, denn (s.o.) der müsste die eventuelle Zahlung ja ohnehin wieder herausgeben (dolo agit). Alle diese Erwägungen ergeben sich aus den BGH-Urteilen vom 2.12.2010, IX ZR 247/09; v. 24.3.2011, IX ZB 36/09 und 7.4.2011, IX ZR 118/10.

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>		150. Betriebliche Übung, Sonderzahlung	162
147. Überstunden, Ausgleichszeitraum, Ferienüberhang, Musikschullehrer	159	151. Betriebsübergang, Identität, Betriebsstilllegung	163
148. Urlaubsanspruch, Übertragungsvereinbarung, Urlaubskonto	161	152. AGB-Kontrolle, Bezugnahmeklausel	163
149. Bühnenrecht, Nichtverlängerungsmitteilung, Anhörung	162	153. Annahmeverzug, Unmöglichkeit, Bemessungsgrundlage; Kündigungsfrist, Altersdiskriminierung, Europarecht	164
		154. Auslegung, Aufstiegsprämie; AGB-Kontrolle, Unklarheitenregelung	166

	Seite		Seite
155. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Hochschulrecht	168	175. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Eingruppierung, Stufenzuordnung	188
156. Direktionsrecht, Trinkgeld	168	176. Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung, Übergangsmandat, Festlegung des Wahlbereiches	190
157. Diskriminierung Alter	169	177. Betriebsratswahl, Wahlberechtigung, Personalgestellung	193
158. Betriebsübergang, Identität	169	178. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Ausschreibung, vorläufige personelle Maßnahme	193
<b>Bestandsschutz</b>		<b>Tarifrecht</b>	
159. Kündigungsschutzgesetz, Kleinbetriebsklausel	173	179. Tariffähigkeit, Überprüfung, Antragsberechtigung (medsonet)	195
160. Änderungskündigung, (Nachlass der) Leistungsfähigkeit	174	180. Eingruppierung, Darlegungs- und Beweislast, Heraushebungsmerkmal, Entscheidungsbefugnis	197
161. Verhaltensbedingte Kündigung, ungenehmigter Urlaub	174	181. Altersteilzeit, Vergütungsberechnung, Spiegelbildlichkeit Aktiv- und Passivphase, Urlaubsgeld	198
162. Außerordentliche Kündigung, Arbeitsverweigerung	175	182. Urlaubsanspruch, Verfall gesetzlicher Ansprüche	199
163. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Sozialauswahl	175	183. Urlaubsabgeltung, Berechnung, Berücksichtigung Mehrarbeit	199
164. Schwerbehinderte, Zustimmungsverfahren Integrationsamt	176	184. Urlaubsabgeltung, Verfall übergesetzlicher Ansprüche, ruhendes Arbeitsverhältnis	200
165. Außerordentliche Kündigung, anwaltliche Berufspflichten, Interessenabwägung	178	<b>Prozessuales</b>	
166. Verhaltensbedingte Kündigung, Videoüberwachung, Datenschutz	180	185. Prozesskostenhilfe, Gegenvorstellung	201
167. Aufhebungsvertrag, Anfechtung	180	186. Prozesskostenhilfe, Aufhebung	201
168. Betriebsdingte Kündigung, zeitliche Koordination Organisationsentscheidung – Kündigungsfrist	180	187. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Zwischenzeugnis	201
169. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl	181	188. Rechtsweg, Bewerbungsverfahren Beamte, Diskriminierungsklage, Schwerbehinderte	202
170. Verhaltensbedingte Kündigung, Betriebsratsanhörung	181	189. Änderungskündigung, Bestimmtheit	203
171. Kündigungsschutzklage, Klageverzicht, vorformulierter Vertrag, Erfüllungsmöglichkeit des Arbeitnehmers	182	190. Prozesskostenhilfe, verspätete Einreichung von Unterlagen	203
172. Betriebsbedingte Kündigung, Darlegungslast; Weiterbeschäftigungsanspruch, Widerspruch Betriebsrat	183	191. Nichtzulassungsbeschwerde, Anforderungen an Begründung	203
173. Kündigungserklärung, Zurückweisung mangels Vollmacht, Telefax	185	192. Weiterbeschäftigung, Zwangsgeld, Folgekündigung	204
<b>Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht</b>		193. Diskriminierung, Schwerbehinderte, Beweiserleichterung, Beweiswürdigung, Stellenbesetzungsverfahren	205
174. Betriebsratskosten, Erforderlichkeit, Kostenfreistellungsverfahren	187		

	Seite		Seite
194. Beschlussverfahren, Anschlussbeschwerde; Antragsauslegung	208	199. Urlaubsabgeltung, Verfall von Ansprüchen	212
<b>Sonstiges</b>		200. Rechtsschutzversicherung, Rechtsschutzfall, Integrationsamt	214
195. Arbeitnehmerhaftung, Kraftfahrzeugschaden	209	<b>Streitwert und Gebühren</b>	
196. Abmahnung, Entfernungsanspruch (nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses), Streitwert	210	201. Arbeitnehmerstatus, Arbeitsverhältnis bei nicht programmgestaltenden Tätigkeiten (Studentenjobs)	216
197. Diskriminierung, Bewerbung, Schwerbehinderte, Ernstlichkeit der Bewerbung, Entschädigungshöhe	210	202. Streitwert, Widerklage	216
198. Annahmeverzug, Arbeitsunfähigkeit, objektives Leistungsvermögen	212	203. Prozesskostenhilfe, nach Verfahrensende	216

## Allgemeines Vertragsrecht

### 147. Überstunden, Ausgleichszeitraum, Ferienüberhang, Musikschullehrer

I. Die Klage ist zulässig.

1. Der Antrag der Klägerin bedarf der Auslegung. Aufgrund des Vortrags der Klägerin in den Vorinstanzen und ihren Klarstellungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist der Antrag einschränkend dahin auszulegen, dass die Klägerin den begehrten Überstundenausgleich von 4,05 Stunden für volle Unterrichtswochen außerhalb der Schulferien begehrt. Soweit die Schulferien im Laufe der Woche begonnen oder geendet haben, verlangt die Klägerin einen anteiligen Ausgleich. Gegenstand des Überstundenausgleichs ist nach den Darlegungen der Klägerin die Zahlung der tariflichen Überstundenvergütung. Allein mit diesem Inhalt ist der Antrag hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

2. Die Klägerin konnte ihr Begehren mit einer Feststellungsklage verfolgen.

a) Gegenstand einer Feststellungsklage kann auch das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Verpflichtungen aus einem Rechtsverhältnis sein (BAG, v. 21.4.2010 – 4 AZR 755/08 – Rn 19, EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 9). Der auf die Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung eines Überstundenausgleichs gerichtete Feststellungsantrag hat eine solche Leistungsverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis zum Gegenstand.

b) Für diesen Antrag liegt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse vor. Der Vorrang der Leistungsklage steht dem nicht entgegen, denn das angestrebte Feststellungsurteil ist geeignet, den Konflikt der Parteien endgül-

tig beizulegen und weitere Prozesse zwischen ihnen zu vermeiden. Es kann auch erwartet werden, dass die Beklagte einem gegen sie ergehenden Feststellungsurteil nachkommen und die sich daraus ergebenden Leistungsansprüche erfüllen wird (zu diesen Anforderungen BAG, v. 13.3.2007 – 1 AZR 232/06 – Rn 18, AP BetrVG 1972 § 77 Betriebsvereinbarung Nr. 32).

c) Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht nicht entgegen, dass die Klägerin aufgrund der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 4.12.2008 vorgenommenen zeitlichen Begrenzung eine vergangenheitsbezogene Feststellung für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis zum 31.7.2008 begehrt. Der nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Gegenwartsbezug wird dadurch hergestellt, dass die Klägerin die Erfüllung konkreter Vergütungsansprüche aus einem in der Vergangenheit liegenden Zeitraum und damit einen gegenwärtigen rechtlichen Vorteil erstrebt (vgl. BAG, v. 13.8.2009 – 6 AZR 330/08 – Rn 13, AP BGB § 241 Nr. 4).

II. Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf den geforderten Überstundenausgleich. Sie hat keine Überstunden geleistet.

1. Für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis zum 30.9.2005 richtete sich die Regelung von Überstunden nach § 17 Abs. 1 BAT-O, für den nachfolgenden Zeitraum ist § 7 Abs. 7 des zum 1.10.2005 in Kraft getretenen Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst für den Bereich Verwaltung im Bereich der kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-AT) maßgeblich.

a) Gem. § 17 Abs. 1 BAT-O sind Überstunden die auf Anordnung geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.v. § 15 Abs. 1 bis 4 BAT-O und die entsprechenden Sonderregelungen hierzu für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeits-

## Allgemeines Vertragsrecht

stunden hinausgehen. Nach § 15 Abs. 8 Unterabs. 2 BAT-O ist dienstplanmäßige Arbeit die Arbeit, die innerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an den nach dem Dienstplan festgelegten Kalendertagen regelmäßig zu leisten ist.

Überstunden fallen danach erst an, wenn die vom Angestellten auf Anordnung des Arbeitgebers im Ausgleichszeitraum von 26 Wochen nach § 15 Abs. 1 S. 2 BAT geleisteten Arbeitsstunden über die geschuldete regelmäßige Arbeitszeit hinausgehen (BAG, v. 13.12.2001 – 6 AZR 127/00 – zu B 12b aa der Gründe, ZTR 2002, 323).

b) Gem. § 7 Abs. 7 TVöD-AT sind Überstunden, die auf Anordnung des Arbeitgebers geleisteten Arbeitsstunden, die über die im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit von Vollbeschäftigten (§ 6 Abs. 1 S. 1 TVöD-AT) für die Woche dienstplanmäßig bzw. betriebsüblich festgesetzten Arbeitsstunden hinausgehen und nicht bis zum Ende der folgenden Kalenderwoche ausgeglichen werden. Für die Berechnung des Durchschnitts der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ist nach § 6 Abs. 2 S. 1 TVöD-AT ein Zeitraum von bis zu einem Jahr zugrunde zu legen.

2. Die regelmäßige Arbeitszeit vollbeschäftigter Musikschullehrer bei der Stadt L. betrug im Streitzeitraum gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BAT-O i.V.m. Nr. 2 der SR 21 II bzw. § 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. b TVöD-AT i.V.m. § 52 Nr. 2 TVöD-BT-V, beide i.V.m. § 2 Abs. 2 Anwendungstarifvertrag, ohne Berücksichtigung des Ferienüberhangs 27 Unterrichtsstunden. Die Dauer der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit der bei der Beklagten beschäftigten Musikschullehrer ergibt sich damit nach den anwendbaren Tarifregelungen erst nach Berücksichtigung des Ferienüberhangs. Nachdem die Klägerin nicht bestritten hat, dass der in der Dienstanweisung der Beklagten ausgewiesene Ferienüberhang von 4,05 Unterrichtsstunden zutreffend berechnet ist, hat diese durch die Anordnung des Ferienüberhangs die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit tarifgerecht konkretisiert. Da die Klägerin nicht mehr Unterrichtsstunden als nach der Dienstanweisung vorgesehen geleistet hat, gibt es keine Überstunden, deren Ausgleich sie verlangen könnte.

3. Der Personalrat war bei der Festlegung der sich aus der Berücksichtigung des Ferienüberhangs ergebenden Dauer der regelmäßig zu leistenden Arbeitszeit der Musikschullehrer nicht zu beteiligen. Nach § 80 Abs. 3 Nr. 1 Sächsisches Personalvertretungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 25.6.1999 (SächsPersVG) hat die Personalvertretung, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ggf. durch Abschluss einer Dienstvereinbarung mitzubestimmen über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Bei der von der Beklagten vorgenommenen Bestimmung der Zahl der außerhalb der Schulferien zu leistenden Unterrichtsstunden geht es indes weder um Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit noch um die Verteilung der Arbeitszeit auf einzelne Wochentage. Die Unterrichtsstunden werden vielmehr – unstreitig – von den jeweiligen Musikschullehrern mit den Schülern bzw. deren

Eltern vereinbart. Gegenstand der Dienstanweisung ist die Bestimmung der Dauer der sich aus der Berücksichtigung des Ferienüberhangs ergebenden regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit. Diese unterliegt jedoch nach § 80 Abs. 3 Nr. 1 SächsPersVG nicht der Mitbestimmung des Personalrats.

4. Selbst wenn man mit der Revision der Auffassung wäre, die Berücksichtigung des Ferienüberhangs bei der Berechnung der Zahl der von den Musikschullehrern außerhalb der Schulferien zu leistenden Unterrichtsstunden unterliege der Mitbestimmung des Personalrats, wäre die Klage gleichwohl unbegründet.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsverfassungsrecht ist die tatsächlich durchgeführte Mitbestimmung zwar Wirksamkeitsvoraussetzung für Maßnahmen zum Nachteil des Arbeitnehmers. Maßnahmen zum Nachteil der Arbeitnehmer sind dabei allerdings nur solche, die bereits bestehende Rechtspositionen der Arbeitnehmer beeinträchtigen. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats führt jedoch nicht dazu, dass sich individualrechtliche Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer ergäben, die zuvor noch nicht bestanden. Bei Nichtbeachtung der Mitbestimmung durch den Arbeitgeber erhält der Arbeitnehmer daher keinen Erfüllungsanspruch auf Leistungen, welche die bestehende Vertragsgrundlage übersteigen (v. 18.9.2002 – 1 AZR 668/01 – zu I 1c der Gründe, AP BGB § 615 Nr. 99 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 1).

b) Auch wenn man zugunsten der Klägerin annimmt, diese Rechtsprechung sei auf Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte aus dem Personalvertretungsrecht übertragbar (vgl. dazu *Fischer/Goeres*, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Stand August 2010, § 75 Rn 73; *Alt Vater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler*, BPersVG, 6. Aufl., § 75 Rn 112 und § 69 Rn 69; *Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber*, BPersVG, Stand August 2010, § 75 Rn 106; *Kaiser*, in: *Richardi/Dörner/Weber*, Personalvertretungsrecht, 3. Aufl., § 75 Rn 228 f.), hat sie keinen Anspruch auf Überstundenvergütung im Umfang von 4,05 Stunden je Unterrichtswoche. Aus dem Regelungszweck des § 80 Abs. 3 Nr. 1 SächsPersVG lässt sich diese Rechtsfolge nicht herleiten.

aa) Zweck dieses Mitbestimmungsrechts ist zum einen, dem Personalrat zu ermöglichen, darauf hinzuwirken, dass berechnete Wünsche einzelner Beschäftigter hinsichtlich der zeitlichen Lage ihrer Arbeitszeit in Einklang mit den dienstlichen Erfordernissen gebracht, d.h. im Rahmen des Möglichen berücksichtigt werden. Zum anderen ist es Aufgabe des Personalrats im Rahmen der arbeitszeitbezogenen Mitbestimmung, die Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen zu überwachen. Da diese Bestimmungen auch der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeitszeitgestaltung dienen (vgl. § 1 Nr. 1 ArbZG), zielt die arbeitszeitbezogene Mitbestimmung letztlich auf den Schutz der Beschäftigten vor übermäßiger zeitlicher Inanspruchnahme (BVerwG, 30.6.2005 – 6 P 9/04 – zu 112b dd)



der Gründe, BVerwGE 124, 34 zum wortgleichen § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG).

bb) Ausgehend von diesem Schutzzweck des § 80 Abs. 3 Nr. 1 26 SächsPersVG könnte Rechtsfolge eines Verstoßes gegen dieses Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung des Ausgleichszeitraums nach § 6 Abs. 2 TVöD-AT allenfalls ein Leistungsverweigerungsrecht der Arbeitnehmer sein (so bei einer mitbestimmungswidrigen Überstundenanordnung *Kaiser*, in: Richardi/Dörner/Weber, § 75 Rn 229). Ob dies auch für eine ohne Zustimmung des Personalrats erfolgte Festlegung der Arbeitszeit nach § 106 GewO gilt, bedarf hier keiner Entscheidung, denn der Streit der Parteien betrifft nicht diese Frage, sondern die Forderung der Klägerin nach Vergütung von außerhalb der Schulferien wöchentlich über die 27 Unterrichtsstunden geleisteten weiteren 4,05 Stunden Musikschulunterricht. Ein derartiger Vergütungsanspruch lässt sich aus § 80 Abs. 3 Nr. 1 SächsPersVG i.V.m. der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung jedoch nicht herleiten.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 9.11.2010, 1 AZR 147/09

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,  
Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Neumarkt 16–18,  
04109 Leipzig

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

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

#### 148. Urlaubsanspruch, Übertragungsvereinbarung, Urlaubskonto

Der Kläger hat einen Anspruch auf Abgeltung von 84,77 Urlaubstagen in eingeklagter – unstreitiger – Höhe. Dieser Anspruch folgt auf Ziff. 5, letzter Satz des Arbeitsvertrages vom 3.2.2009. Danach wird Urlaub, der während des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann, abgegolten. Diese Voraussetzungen liegen vor.

Der Kläger hat 84,77 Urlaubstage wegen der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses nicht mehr nehmen können.

Das Arbeitsverhältnis der Parteien endete am 5.12.2009 aufgrund der Aufhebungsvereinbarung vom 19.1.2010. Diese Vereinbarung der Parteien ist, was die Beendigung des Arbeitsverhältnisses betrifft, klar und eindeutig. Der Vertrag ist schon mit „Aufhebungsvereinbarung“ überschrieben. In dem Vertrag ist ausdrücklich geregelt, dass der Kläger bis zum 5.12.2009 seinen Resturlaub aus 2009 genommen hat. Wenn es dann weiter heißt, dass das Arbeitsverhältnis zu diesem Datum abgerechnet werde und der Kläger ab dem 6.12.2009 arbeitslos sei und sich umgehend bei der Agentur für Arbeit arbeitslos zu melden habe, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Parteien sich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend zum 5.12.2009 einig gewesen sind. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet diese rückwirkende Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht.

Daraus folgt, dass der Kläger nach dem 5.12.2009 offenen Urlaub nicht mehr hat in Natur nehmen können. Tatsächlich waren 84,77 Urlaubstage offen. Das ergibt sich aus der Heuerabrechnung des Beklagten vom 15.1.2010. Dort hat er das „Urlaubskonto“ mit einem Vortrag von 89,75, mit einem mit der Abrechnung ausgezahlten Urlaub („gewährt – 5,00“) und mit einem „Resturlaub: 84,77“ abgerechnet und attestiert. Damit hat der Beklagte einen Urlaubs- oder Urlaubsabgeltungsanspruch zwar nicht anerkannt, jedoch den Umfang des noch offenen Urlaubes unstreitig gestellt.

Durchgreifende Einwendungen gegen den vom Kläger erhobenen Abgeltungsanspruch hat der Beklagte nicht dargetan. Entgegen seiner Ansicht ist der Urlaub des Klägers nicht gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen. Nach ständiger Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist es den Arbeitsvertragsparteien unbenommen, Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers abweichend vom Bundesurlaubsgesetz auf das Folgejahr oder auch auf weitere Zeiträume zu übertragen. Dies kann auch durch betriebliche Übung geschehen (ErfK/Dörner/Gallner, § 7 BUrlG Rn 47).

Der Kläger und die Gemeinschaftsdnerin haben entsprechende Regelungen getroffen. Sie haben vereinbart, den noch nicht gewährten Urlaub des Klägers jeweils auf das Folgejahr zu übertragen, und sie haben vor allem ihr Arbeitsverhältnis auch tatsächlich so gestaltet. Eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung folgt bereits aus der Regelung unter Ziff. 2 des Saisonarbeitsvertrages 2009, dass das Arbeitsverhältnis sich nach Ende des Bordeinsatzes um den dann bestehenden Urlaubsanspruch verlängert. In Anbetracht des Endes der Saison im November eines Jahres, des sich aus den Borddienstzeiten ergebenden hohen Urlaubsanspruches von zuletzt jedenfalls 11 Werktagen je Einsatzmonat und der Vereinbarung unter Ziff. 5 des Arbeitsvertrages, dass der Urlaub in der Regel nach Saisonende gewährt wird, stand von vornherein fest, dass der Kläger seinen Urlaub auf keinen Fall im Urlaubsjahr und möglicherweise noch nicht einmal bis zum Beginn des folgenden Saisonarbeitsverhältnisses würde nehmen können und dass die Gemeinschaftsdnerin ihn mithin auch nach Ablauf des Urlaubsjahres und des Übertragungszeitraumes gewähren würde.

Dass die Gemeinschaftsdnerin und der Kläger auch in den Vorjahren entsprechende Vereinbarungen getroffen haben, folgt aus den vorgelegten Lohnabrechnungen, die belegen, dass die Gemeinschaftsdnerin ein Urlaubskonto für den Kläger geführt und dieses jeweils über den Jahreswechsel hinaus fortgeschrieben hat.

Auch aus diesem Monat für Monat und über die Jahre fortgeschriebenen Urlaubskonto ergibt sich im Übrigen eine zumindest stillschweigende Vereinbarung über die Übertragung des Erholungsurlaubs in das jeweilige Folgejahr. Ein Urlaubskonto gibt den jeweils zum Stichtag noch offenen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wieder. Mit der Bekanntgabe des Urlaubskontos gegenüber dem Arbeitnehmer stellt der Arbeitgeber klar, dass der Arbeitnehmer Urlaub in ent-

## Allgemeines Vertragsrecht

sprechendem Umfang zukünftig noch nehmen kann. Umfasst der dem Arbeitnehmer mitgeteilte Resturlaub eine so große Anzahl von Tagen, dass diese im laufenden Urlaubsjahr oder sogar im Übertragungszeitraum nicht mehr gewährt werden können, beinhaltet das mitgeteilte und vom Arbeitnehmer akzeptierte Urlaubskonto die Vereinbarung der Übertragung des Urlaubs in das Folgejahr. So lagen die Dinge hier.

Da sich der Resturlaubsanspruch des Klägers am 31.1.2009 ausweislich der Lohnabrechnung des Klägers für die Zeit vom 1.1. bis zum 31.1.2009 noch auf 90, 77 Tage belief, stand fest, dass der Kläger diesen Urlaub nicht mehr bis zum 31.3.2009 (Verfallsfrist gemäß § 7 Abs. 3 BUrlG) hätte nehmen können. Dafür stand nicht mehr genügend Zeit zur Verfügung, selbst wenn der Kläger nicht, wie geschehen, per 8.2.2009 in das nächste Saisonarbeitsverhältnis mit der Gemeinschuldnerin eingetreten wäre.

Die vom Kläger vorgelegten Abrechnungen seines Urlaubs jeweils in den Monaten Dezember und Januar der vorangegangenen Jahre zeigen, dass dies in 2009 nicht die Ausnahme war, sondern auch in der Vergangenheit nicht anders gewesen ist. Der Beklagte kann auch nicht mit Erfolg einwenden, dass der Kläger keinen Zahlungsanspruch habe, sondern seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden müsse. Das folgt entgegen seiner Auffassung nicht aus dem letzten Satz der Aufhebungsvereinbarung vom 19.1.2010. Es ist nicht erkennbar, dass dieser Passus der Aufhebungsvereinbarung entsprechende rechtsgeschäftliche Erklärungen beinhaltet. Dafür wäre erforderlich gewesen, dass den Vertragsschließenden am 19.1.2010 bewusst gewesen ist, dass dem Kläger möglicherweise eine Urlaubsabgeltung als Masseanspruch zusteht, die sie übereinstimmend mit den entsprechenden Rechtsfolgen lediglich als Insolvenzforderung haben behandeln wollen. Das hält das Gericht für ausgeschlossen. Tatsächlich spricht alles, so insbesondere auch der Umstand, dass in dem vorletzten Satz nicht etwa von Urlaubsabgeltungsansprüchen, die bekanntermaßen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden wären, sondern von Urlaubsansprüchen die Rede ist, die vor dessen Eröffnung entstanden wären, dafür, dass der Vertreter des Beklagten, von dem die Aufhebungsvereinbarung formuliert worden ist, seinerzeit davon ausgegangen ist, dass es sich bei möglicherweise noch offenen Ansprüchen nur um Insolvenzforderungen handeln konnte, die der Kläger unabhängig von jedweder Vereinbarung kraft Gesetzes nur zur Tabelle anmelden konnte.

■ Arbeitsgericht Lübeck  
vom 11.1.2011, 3 Ca 2499c/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Kurz-Jörg Hilligus,  
Lienaustraße 1, 23730 Neustadt i.H.  
Tel.: 04561/51270, Fax: 04561/5125720  
info@anwaelte-neustadt.de

### 149. Bühnenrecht, Nichtverlängerungsmitteilung, Anhörung

Bei der Anhörung des Arbeitnehmers nach § 61 Abs. 4 NV-Bühne durch den Arbeitgeber vor Ausspruch einer Nichtverlängerungsmitteilung kann der Generalintendant eines Theaters als zuständiger Vertreter die Darlegung der künstlerischen Gründe für die Nichtverlängerungsmitteilung einem Dritten überlassen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Generalintendant bei der Anhörung zugegen ist und sich die Ausführungen des Dritten zu eigen macht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 29.9.2010, 3 Sa 625/10

### 150. Betriebliche Übung, Sonderzahlung

... II. 1. ... Auch ein Anspruch des Klägers auf Zahlung eines 13. Monatseinkommens oder einer Sonderzahlung unter dem Aspekt der betrieblichen Übung hinsichtlich der Inbezugnahme des TV 13. MEK-Bau ist nicht gegeben.

Unter einer betrieblichen Übung wird die gleichförmige, regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses gestaltet und geeignet ist, vertragliche Ansprüche zu begründen, wenn die Arbeitnehmer des Betriebes aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen durften, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer und auch zukünftig gewährt werden (BAG, Urt. v. 16.1.2002, in EzA § 4 TVG Tariflohnerhöhung Nr. 37; BAG, Urt. v. 25.6.2002, in EzA § 1 BetrVG betriebliche Übung Nr. 3; BAG, Urt. v. 24.9.2003, in EzA § 615 BGB 2002 Nr. 5; BAG, Urt. v. 20.1.2004, in EzA § 1 BetrVG betriebliche Übung Nr. 5).

Aus den Abrechnungen ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte in den Jahren 2007 bis 2009 ein Weihnachtsgeld gerade auf der Grundlage der Regelungen des TV 13. MEK-Bau gezahlt hätte. Insbesondere ist aus der Höhe ersichtlich, dass gerade nicht in den Vorjahren jeweils entsprechend den tariflichen Regelungen der 3-fache Stundensatz als Weihnachtsgeld ausgekehrt worden ist. Dem steht bereits die Höhe der Weihnachtsgeldzahlungen in den Jahren 2007 bis 2009 entgegen, die sich aus den von dem Kläger selbst vorgelegten Abrechnungen ergibt.

2. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten auch keinen Anspruch auf Zahlung des eingeklagten 13. Monatseinkommens für das Jahr 2010 aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung hinsichtlich der Zahlung eines Weihnachtsgeldes. Ansprüche aus betrieblicher Übung können nur entstehen, wenn es für die Leistung keine andere Anspruchsgrundlage gibt (BAG, Urt. v. 27.6.1985, in EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 16). Dabei entsteht auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung aus dem als Willenserklärung des Arbeitgebers zu wertenden tatsächlichen Verhalten, das vom Arbeitnehmer stillschweigend angenommen wird, ein vertraglicher Anspruch für die Folgejahre (BAG, Urt. v. 14.8.1996 AP Nr. 7 zu § 242 BGB betriebliche Übung; BAG, Urt. v. 21.1.1997 AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972).

Regelmäßig ist nach der Rechtsprechung des BAG ein derartiger Vertrauenstatbestand anzunehmen, wenn der Arbeitgeber eine Leistung gleichförmig und regelmäßig dreimal hintereinander in gleicher Form gewährt, falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, oder der Arbeitgeber bei jeder Zahlung einen Bindungswillen für die Zukunft wirksam ausgeschlossen hat (BAG, Urt. v. 26.6.1975, in EzA § 611 BGB Gratifikation Prämie Nr. 47; BAG, Urt. v. 21.1.1997, in AP Nr. 64 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, Urt. v. 8.12.2010, 10 AZR 671/09).

Unter Anlegung dieser Grundsätze ist anerkannt, dass ein Anspruch auf Zahlung einer Gratifikation dann nicht entsteht, wenn der Arbeitgeber zwar dreimal hintereinander zahlt, aber jeweils in unterschiedlicher Höhe. In diesem Fall entsteht kein Gratifikationsanspruch für die Zukunft (BAG, Urt. v. 28.2.1996, in AP Nr. 192 zu § 611 BGB betriebliche Übung = NJW 96, 3166).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte in den Jahren 2007 bis 2009 Zahlungen in unterschiedlicher Höhe, ohne erkennbare Gleichförmigkeit der Leistungsgewährung erbracht, so dass für das Jahr 2010 auch aus dem Aspekt der betrieblichen Übung keine Anspruchsgrundlage zugunsten des Klägers gegeben ist.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

v. 12.4.2011, 5 Ca 210/11

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn

Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556

info@gm-arbeitsrecht.de

### 151. Betriebsübergang, Identität, Betriebsstilllegung

1. Der Beschäftigungsanspruch des Klägers besteht gegen die Beklagte, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der früheren GmbH auf die Beklagte übergegangen ist.

2. Der Betriebsübergang gemäß § 613a BGB ergibt sich daraus, dass die Beklagte im gleichen Feld wie die frühere Arbeitgeberin tätig ist. Es handelt sich hierbei um den Sondermaschinenbau, wobei sowohl die alte Arbeitgeberin als auch noch die Beklagte im Wesentlichen nach Vorgaben arbeiten, sodass es nicht auf den Wechsel von der Herstellung, z.B. von Bordkränen zu Kränen ankommt. Der Sondermaschinenbau zeichnet sich dadurch aus, dass hier auf Anforderung Produkte nicht in Serie hergestellt werden sollen, ohne dass es – jedenfalls bei der GmbH und der Beklagten – zu Eigenentwicklungen kommt. Soweit nicht selbst eine Entwicklung erfolgt, kommt es hierfür im Wesentlichen auf das Vorhandensein des eingespielten Teams und der entsprechenden Maschinen insbesondere zur Metallverarbeitung an, nicht auf das konkrete Produkt. So liegt der Fall hier. Das Gericht folgt zwar den Ausführungen der Beklagten dahin, dass diese sich um Eigenentwicklung, insbesondere im Bereich der Windenergie bemüht. Nach den Darstellungen in der Kammerverhandlung ist dies allerdings noch nicht die tatsächliche Tätigkeit der Belegschaft mit Ausnahme eines oder mehrerer Ingenieure.

Vielmehr ist die Beklagte in dem Betrieb weiter im Sondermaschinenbau nach Kundenvorgaben tätig, nämlich bei der Montage einer Verseilmaschine, und hat auch dementsprechend keinerlei neue Arbeitnehmer eingestellt, sondern nur solche des früheren Arbeitgebers des Klägers eingestellt. Damit kam es der Beklagten offenbar wesentlich auf die Übernahme eines eingespielten Teams an. Auch die Maschinen werden im Wesentlichen übernommen und auch verwendet. Es liegt auch keine Unterbrechung des Zusammenhangs durch eine Betriebsstilllegung vor. Die Stilllegung war allenfalls für ca. 3 1/2 Monate, wobei im Maschinenbau Aufträge in einem zeitlichen Rahmen von mehr als einem Monat abgearbeitet werden, sodass diese kurze Unterbrechung noch nicht den Organisationszusammenhang des von der Beklagten übernommenen Betriebes zerstören konnte.

■ Arbeitsgericht Lübeck

vom 8.3.2011, 6 Ca 2762/10

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn

Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556

info@gm-arbeitsrecht.de

### 152. AGB-Kontrolle, Bezugnahmeklausel

Auch wenn man unter die Rechtsauffassung des Klägers unterstellt, in Ziffer 11 seines Arbeitsvertrages seien nur die tarifvertraglichen Regelungen einbezogen, die am 17.10.2003 zwischen der IG Metall und Südwestmetall abgeschlossen worden seien, so ergibt sich jedoch kein Anspruch aus §§ 611, 612 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag. Bei dem zwischen dem Kläger und der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrag handelt es sich um einen sogenannten Formularvertrag, dessen Nr. 11 eine allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen ist, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird vgl. BAG v. 19.5.2010 – 4 AZR 796/08, NZA 2010, 1183 ff.).

Diese verwandte AGB ist eine sogenannte zeitdynamische Bezugnahme, da jeweils die aktuelle Fassung eines Tarifvertrages bzw. einer Betriebsvereinbarung geltend sollte. Soweit kein Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung mehr gilt (z.B. wegen Kündigung), so soll die zuletzt verwandte Fassung durch Nachwirkung das Vertragsverhältnis der Parteien regeln.

Nach der, von dem Kläger vorgebrachten Auffassung umfasst die Bezugnahme nicht das Pforzheimer Abkommen. Das Pforzheimer Abkommen wurde am 25.2.2004 abgeschlossen, somit 4 Monate nach Abschluss des Arbeitsvertrages. Bei der Auslegung dieser AGB ist jedoch zu fragen, was die Vertragsparteien regeln wollten sowie was die Interessenlage der Beteiligten aus der Sicht des jeweils anderen war.

Der Arbeitsvertrag der Parteien erhielt spätestens mit Abschluss des Pforzheimer Abkommens am 25.2.2004 eine nachträgliche Regelungslücke, die im Wege einer zulässigen ergän-

## Allgemeines Vertragsrecht

zenden Vertragsauslegung zu schließen ist (vgl. BAG, Urt. v. 19.5.2010, a.a.O.).

Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass eine Vereinbarung eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit aufweist (vgl. BAG, Urt. v. 9.12.2008 – 3 AZR 431/07).

Eine Regelungslücke ist vorliegend gegeben.

Die Parteien haben den Punkt Pforzheimer Abkommen zwar nicht übersehen, weil dieses Abkommen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existent war. Sie haben aber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dies (folgend der Rechtsmeinung des Klägers) nicht für regelungsbedürftig gehalten. Diese Annahme hat sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Pforzheimer Abkommens als unzutreffend herausgestellt. Planwidrig ist eine Regelungslücke nur dann, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrundeliegenden Regelungsplan zu verwirklichen, mithin, wenn ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist (vgl. BAG, Urt. v. 9.12.2008, a.a.O.).

Aus der dynamischen Ausgestaltung der Bezugnahmeklausel der Nr. 11 des Arbeitsvertrages auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen in ihrer jeweils gültigen Fassung ergibt sich der Wille der Parteien, die Arbeitsbedingungen nicht in einer bestimmten Weise festzuschreiben, sondern sie dynamisch nach der Tarifentwicklung im Bereich der Metall- und Elektroindustrie Südwest auszurichten. Das Arbeitsverhältnis ist an die Entwicklung derjenigen Arbeitsbedingungen angebunden, die für die Arbeitnehmer geltend, die von den in Bezug genommenen Tarifverträgen erfasst werden. Der ersichtliche Regelungswille der Parteien betraf die Einbeziehung der tariflichen Regelungen im Bereich der Metallindustrie in ihrer jeweiligen Entwicklung. Entwicklung ist damit auch ein Tarifwerk, das zu den bereits bestehenden Tarifverträgen hinzu tritt. So ist auch der ERA-Tarifvertrag kein Vertrag, der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses 17.10.2003 bestanden hat, es ist jedoch unstrittig von beiden Vertragsparteien gewollt, ihn anzuwenden.

■ Arbeitsgericht Freiburg – Kammern Villingen-Schwenningen

vom 5.4.2011, 8 Ca 283/10

eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link,

Nieder Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen

Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197

info@law4u.de, www.law4u.de

### 153. Annahmeverzug, Unmöglichkeit, Bemessungsgrundlage; Kündigungsfrist, Altersdiskriminierung, Europarecht

... II. 1. ... Die Klägerin war seit August 1987 bei dem Beklagten beschäftigt, zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung mithin seit 22 Jahren. Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt demgemäß nach § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats. Zwar sind nach dem Gesetzes-

wortlaut des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB Beschäftigungszeiten nicht zu berücksichtigen, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, was hier dazu führen würde, dass nur eine Beschäftigungsdauer von weniger als 20 Jahren zugrunde zu legen wäre und damit die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats betragen würde. Die Vorschrift des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht anzuwenden, weil sie gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt.

Der EuGH hat in seinem Urt. v. 19.1.2010 (C-565/07, Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG; NZA 2010, 85) festgestellt, dass § 622 Abs. 2 S. 2 BGB Personen, die die gleiche Betriebszugehörigkeitsdauer aufweisen, unterschiedlich behandelt, je nachdem, in welchem Alter sie in den Betrieb eingetreten sind, ohne dass diese unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist. Das Unionsrecht, insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG, ist daher dahin auszulegen, dass es einer Regelung entgegensteht, nach der vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden. Zu den Rechtsfolgen hat der EuGH ausgeführt, dass die sich aus der Richtlinie ergebende Verpflichtung, alle zur Erreichung der vorgesehenen Ziele geeigneten Maßnahmen zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch, den Gerichten obliegt. Folglich muss ein nationales Gericht, das bei der Anwendung nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist jedoch wegen seiner Klarheit und Eindeutigkeit einer der Richtlinie 2000/78/EG konformen Auslegung nicht zugänglich.

Es obliegt daher dem nationalen Gericht, bei dem ein Rechtsstreit über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG anhängig ist, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten. Das nationale Gericht muss daher erforderlichenfalls jede diesem Verbot entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lassen, ohne dass es verpflichtet oder gehindert wäre, zuvor den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen (vgl. EuGH, a.a.O.).

Da der EuGH die Vereinbarkeit des § 622 Abs. 2 S. 2 BGB mit dem europäischen Recht wie dargelegt bereits verneint hat, ist eine erneute Vorlage nicht angezeigt und die Vorschrift ist hier unangewendet zu lassen.

Das Arbeitsverhältnis wurde deshalb durch die Kündigung vom 8.3.2010 nicht zum 30.4.2010, sondern zum 31.10.2010 beendet.

2. Die Klägerin hat Anspruch auf Zahlung von Arbeitsentgelt für Mai bis Oktober 2010 in Höhe von jeweils 2.301,53 EUR

brutto abzüglich erhaltenem Arbeitslosengeld in Höhe von 1.173,60 EUR netto.

a) Der Beklagte ist zur Zahlung der Vergütung für den Zeitraum vom 1.5.2010 bis 31.10.2010 an die Klägerin verpflichtet. In diesem Zeitraum bestand das Arbeitsverhältnis fort (s.o.1.). Der Beklagte hat in dem genannten Zeitraum die Arbeitsleistung der Klägerin unstreitig nicht angenommen. (*Hinweis der AE-Redaktion: Der Beklagte, ein Zahnarzt, war an einem Krebsleiden schwer erkrankt und dauerhaft arbeitsunfähig*) Es spricht viel dafür, auch in Fällen, in denen der Arbeitgeber zu Annahme der Arbeitsleistung nicht in der Lage ist, Annahmeverzug und nicht Unmöglichkeit anzunehmen und davon auszugehen, dass § 615 BGB auch die Annahmehemöglichkeit umfasst, welche sowohl die Annahmehemöglichkeit als auch die Annahmehemöglichkeit des Arbeitgebers einschließt (vgl. ErfK/Preis, 11. Auflage, § 615 BGB Rn 7). Jedenfalls bei Leistungshindernissen, die aus der Sphäre des Arbeitgebers stammen, liegt daher nach dieser Auffassung – unabhängig von einem Verschulden des Arbeitgebers – Annahmeverzug und nicht Unmöglichkeit vor. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich ein Entgeltanspruch der Klägerin direkt aus § 615 S. 1 BGB. Mit der Kündigung unter unzutreffender Berechnung der Kündigungsfrist hat der Beklagte signalisiert, die Klägerin nach deren Ablauf nicht mehr weiterzubeschäftigen. Jedenfalls mit Erhebung der Kündigungsschutzklage hat die Klägerin ein wörtliches Angebot abgegeben. Der Beklagte hat nicht substantiiert vorgetragen, die Klägerin sei nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig gewesen.

Selbst wenn hier aber, wie der Beklagte meint, nicht die Regeln zum Annahmeverzug, sondern diejenigen zur Unmöglichkeit anzuwenden wären, würde dies an der Verpflichtung zur Zahlung des Entgelts im Ergebnis nichts ändern. Sofern die Erbringung der Arbeitsleistung durch die Klägerin unmöglich geworden ist, wurde die Klägerin nach § 275 BGB von ihrer Verpflichtung frei. Das Schicksal der Gegenleistung richtet sich in diesem Fall nach § 326 BGB. Grundsätzlich entfällt nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung. Anders ist es aber, wenn der Gläubiger für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, § 326 Abs. 2 S. 1 BGB. In diesem Fall behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. § 326 Abs. 2 BGB ist auch anwendbar, wenn der Gläubiger nach der vertraglichen Risikoverteilung die Gefahr eines bestimmten Leistungshindernisses übernommen hat (vgl. Palandt/Grüneberg, 70. Aufl., § 326 Rn 9). Wenn die Dienstleistung im Verantwortungsbereich des Dienstberechtigten unmöglich wurde und die Unmöglichkeit vom Dienstverpflichteten (Arbeitnehmer) nicht verschuldet ist, gilt § 328 Abs. 2 und es treten die gleichen Rechtsfolgen wie bei § 615 BGB ein (vgl. Palandt/Weidenkaff, 70. Aufl., § 615 Rn 4).

Diese Wertung spiegelt sich auch in der Regelung des § 615 S. 3 BGB und der zugrunde liegenden Betriebsrisikolehre wider. Jedenfalls seit der Einführung des § 615 S. 3 BGB ist der Wille des Gesetzgebers eindeutig zu Tage getreten, in den

Fällen der Annahmehemöglichkeit das Betriebsrisiko dem Arbeitgeber aufzuerlegen und durch die Rechtsfolgenverweisung auf § 615 S. 1 BGB auch dann eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung der Vergütung zu begründen (vgl. dazu ErfK/Preis, 11. Aufl., § 615 BGB Rn 120 ff.).

Auch angesichts der gesundheitlichen Situation der Beklagten handelt es sich hier um ein Leistungshindernis, das aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt. Der Beklagte hat die Kündigung auch selbst als betriebsbedingte Kündigung bezeichnet. Das Risiko, einen Arbeitnehmer beschäftigen zu können, liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber.

Die Kammer verkennt nicht, dass hier eine Situation vorliegt, die für den Beklagten überaus schwierig ist und an der den Beklagten keinerlei Verschulden trifft. Dennoch rechtfertigt es auch der vorliegende Sachverhalt nach Auffassung der Kammer nicht, das Betriebsrisiko der Klägerin aufzuerlegen. Unabhängig von dem hier fehlenden Verschulden des Arbeitgebers kann es nicht zu Lasten des Arbeitnehmers gehen, wenn, wie hier, der Arbeitgeber aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, den Arbeitnehmer zu beschäftigen.

Angesichts der eindeutigen Wertung des Gesetzgebers besteht sowohl bei Anwendung der Regelungen zum Annahmeverzug als auch bei Anwendung der Regelungen zur Unmöglichkeit ein Vergütungsanspruch der Klägerin für Mai 2010 bis Oktober 2010.

b) Der Vergütungsanspruch der Klägerin besteht in Höhe von monatlich 2.301,53 EUR brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.173,60 EUR netto.

Während des Annahmeverzugs hat der Arbeitgeber nach dem Lohnausfallprinzip die Vergütung zu leisten, die zu bezahlen gewesen wäre, wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte. Dieser Anspruch umfasst alle Leistungen mit Entgeltcharakter, also die Bruttovergütung einschließlich Provisionen, Gratifikationen und leistungsabhängiger Vergütung, die der Arbeitnehmer erzielt hätte, wenn er gearbeitet hätte (vgl. ErfK/Preis, 11. Aufl., § 615 BGB Rn 76).

Die Vergütung umfasst daher auch die hypothetisch von der Klägerin zu erzielenden Prämien. Die durchschnittlich von der Klägerin in der Vergangenheit erzielten Prämien in Höhe von monatlich 761,53 EUR brutto wurden vom Beklagten der Höhe nach nicht bestritten. Der Bruttovergütungsanspruch der Klägerin beläuft sich damit auf 2.201,53 EUR.

Nicht von dem Vergütungsanspruch erfasst sind dagegen die in der Vergangenheit von der Beklagten geleistete Kindergartenzuschuss und die Warengutscheine.

Denn, nach dem Lohnausfallprinzip sind solche Leistungen nicht erfasst, die davon abhängen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitet oder dass ihm tatsächlich Aufwendungen entstehen (vgl. ErfK/Preis, 11. Aufl., § 615 BGB Rn 78).

Der Kindergartenzuschuss in Höhe von monatlich 67,00 EUR netto wurde für tatsächliche Aufwendungen gewährt, die der Klägerin dadurch entstanden, dass sie aufgrund der tatsächlichen Arbeitsleistung für den Beklagten die Kinderbetreuung nicht selbst leisten konnte und deshalb auf eine anderweitige

## Allgemeines Vertragsrecht

Unterbringung angewiesen war. Es handelte sich hier also um Ersatz von Aufwendungen, die von einer tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung abhängig waren. Mit Beendigung der Tätigkeit bei dem Beklagten ist die Notwendigkeit zur kostenpflichtigen Kinderbetreuung entfallen. Die Klägerin hat auch nicht vorgetragen, dass und weshalb nach wie vor eine kostenpflichtige Unterbringung der Kinder erforderlich gewesen sei.

Entsprechendes gilt für die Warengutscheine im Wert von monatlich 44,00 EUR netto. Unstreitig wurden die Warengutscheine als Aufwendungsersatz für die Fahrten von der Wohnung zur Arbeit geleistet. Die tatsächlichen Aufwendungen sind mit Beendigung der Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten entfallen.

■ Arbeitsgericht Nürnberg

vom 3.2.2011, 8 Ca 2026/10

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer,

Martin-Luther-Platz 6–8, 91552 Ansbach

Tel.: 0981/9712700, Fax: 0981/97127030

info@rae-pbw.de, www.rae-pbw.de

### 154. Auslegung, Aufstiegsprämie; AGB-Kontrolle, Unklarheitenregelung

1. Eine in dem Arbeitsvertrag eines Berufsfußballspielers mit einem Bundesliga-Verein vereinbarte „Punktaufstiegsprämie“ kann dem Sprachsinn und der Funktion nach eine einsatzunabhängige Prämie bezeichnen.

2. Zur Anwendbarkeit des § 305c Abs. 2 BGB in einem derartigen Fall.

3. Die Anwendung der sog. Unklarheitenregel setzt voraus, dass nach Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt, weil die Auslegung einer einzelnen Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keines den klaren Vorzug verdient. ...

II. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung einer restlichen Aufstiegsprämie nach § 12 des Arbeitsvertrages der Parteien zu. Dies ergibt eine Auslegung der fraglichen Vertragsklausel.

1. Die Frage, ob die streitgegenständliche Vertragsbedingung auslegungsbedürftig und -fähig ist, kann nicht deshalb dahinstehen, weil die Parteien vorliegend ungeachtet der im Vertrag verwendeten Bezeichnung als „Punktaufstiegsprämie“ tatsächlich übereinstimmend eine Punkteinsatzaufstiegsprämie, also eine Prämie, die nur zu zahlen ist, soweit der Spieler an der Erreichung der Punkte auch durch seinen Einsatz beteiligt war, gemeint hätten.

Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinne verstanden, so geht der wirkliche Wille dem Wortlaut des Vertrages und jeder anderweitigen Interpretation vor und setzt sich auch gegenüber einem völlig eindeutigen Vertragswortlaut durch (vgl. etwa BAG, 18.5.2010 – 3 AZR 373/08 – EzA § 310 BGB 2002 Nr. 9).

Der Beklagte trägt vor, dass im Vertrag des Klägers aus Versehen die Formulierung „Punktaufstiegsprämie“ eingesetzt wurde, während in den Verträgen der anderen Spieler der Begriff „Punkteinsatzaufstiegsprämie“ Verwendung gefunden hat. Dies belegt, dass auch der Beklagte davon ausgeht, dass der Begriff „Punktaufstiegsprämie“ dem Sprachsinn nach eine einsatzunabhängige Prämie bezeichnet. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast wäre es daher Sache des Beklagten gewesen, durch substantiierten Vortrag Tatsachen darzulegen, die ungeachtet dieses Wortsinns auf ein übereinstimmendes Verständnis der Parteien im Sinne des, vom Beklagten wirklich Gewollten schließen lassen. Hieran fehlt es. Aus dem vorgelegten Schriftwechsel per Mail ergibt sich nur, dass über eine Aufstiegsprämie gesprochen wurde, die dann zunächst im ersten, vom Beklagten gefertigten Vertragsentwurf „vergessen“ wurde. Auf Nachfrage des Spielerberaters wurde die Klausel in der vorliegenden Form sodann durch den Beklagten formuliert. Zwar behauptet der Beklagte im vorliegenden Verfahren, dass „im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen es zu keinem Zeitpunkt darum ging, dem Kläger eine Prämie zu gewähren, die ohne einen eigenen Spieleinsatz erworben ist“. Den Verlauf und den genauen Inhalt der vorvertragliche Gespräche schildert er nicht. Zur Annahme eines vom Wortlaut abweichenden übereinstimmenden Willens der Parteien reicht es zudem nicht aus, dass es in den Vertragsverhandlungen nicht um eine vom Spieleinsatz unabhängige Prämie ging. Vielmehr hätte dargelegt werden müssen, dass über die Voraussetzungen der Zahlung der Prämie positiv im Einzelnen gesprochen worden ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Mail des Spielerberaters des Klägers vom 10.8.2007. Wenn dort an die Aufstiegsprämie „je erspieltem Punkt“ erinnert wird, folgt aus dieser Formulierung nicht, dass dies ein durch Mitwirkung des Klägers erspielter Punkt sein muss. Ebenso kann dies Mannschaftsbezogen sein. Eine Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugen bezüglich des genauen Inhalts und der näheren Umstände der Vertragsverhandlungen hätte sich als Erhebung eines prozessual unzulässigen Ausforschungsbeweises dargestellt.

2. Eine Auslegung von § 12 des Arbeitsvertrages führt im Ergebnis in Anwendung der sog. Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu dem vom Kläger vertretenen Auslegungsergebnis.

a) Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem fraglichen Satz des § 12 des Arbeitsvertrages um Teil einer Allgemeinen Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB oder aber um eine vorformulierte Einmalbedingung nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB handelt. Für die Annahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB spricht, dass die im Vertrag enthaltenen Vertragsbedingungen schon nach eigenem Sachvortrag des Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen mit den professionellen Spielern des Vereins vorformuliert sind. Für die Annahme einer Einmalbedingung spricht, dass nach dem Sachvortrag des Beklagten gerade die Verwen-

dung des Begriffs „Punktaufstiegsprämie“ auf einem Versehen beruht haben soll und daher die Klausel in ihrer hier vorliegenden, mit einem Erklärungsirrtum behafteten Fassung dann nicht für eine Vielzahl von Fällen zur Anwendung kommen sollte.

b) Jedenfalls aber liegt eine Klausel im Sinne des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB mit der Folge vor, dass § 305c Abs. 2 BGB Anwendung findet.

Gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB findet bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher u.a. § 305c Abs. 2 BGB Anwendung, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

aa) Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB und hat bei Abschluss des Vertrages im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit gehandelt. Eine gewerbliche Tätigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte selbstständige und wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, die sich nach außen hin manifestiert. Ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht, ist unerheblich (vgl. etwa *PWW/Prütting*, 2. Aufl., § 14 Rn 7). Der Kläger seinerseits war als Arbeitnehmer des Beklagten Verbraucher. Der Arbeitsvertrag ist Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB (BAG, 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – EzA § 307 BGB 2002 Nr. 3).

bb) Der Kläger konnte auf den Inhalt der Klausel aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen.

Zwar ist dargelegt und auch aus der vorgelegten Mail-Korrespondenz ersichtlich, dass zwischen dem Kläger, vertreten durch seinen Spielerberater, und dem Beklagten über die finanzielle Ausgestaltung des Vertrages gesprochen wurde. Weder aus der Mail-Korrespondenz, noch aus dem Sachvortrag des Beklagten lässt sich aber folgern, dass auch über die Voraussetzungen der in § 12 des Arbeitsvertrages vorgesehenen Aufstiegsprämie im einzelnen gesprochen wurde, noch gar, dass der Kläger die Klausel in der vorliegenden Form in den Vertrag eingebracht hat oder diese Vertragsbedingung hinsichtlich der Voraussetzungen des Prämienanspruchs ausgehandelt oder inhaltlich durch den Beklagten zur Disposition gestellt wurde. Im Gegenteil verweist der Beklagte darauf, dass in sämtlichen Arbeitsverträgen mit allen (anderen) Spielern eine Punkteinsatzaufstiegsprämie in entsprechender Höhe vorgesehen ist, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger hiervon abweichend auf den Inhalt der Klausel hinsichtlich der Voraussetzungen und der Höhe der Prämie Einfluss nehmen konnte.

c) Gem. § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Die Anwendung dieser sog. Unklarheitenregel setzt voraus, dass nach Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt, weil die Auslegung einer einzelnen Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keines den klaren Vorzug verdient. Es müssen erhebliche Zweifel an der richtigen Ausle-

gung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Unklarheitenregel nicht (BAG, v. 24.10.2007 – 10 AZR 825/06 – EzA § 307 BGB 2002 Nr. 26).

aa) Geht man von einer vorformulierten Einmalbedingung im Sinne des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB aus, richtet sich der Auslegungsmaßstab nach §§ 133, 157 BGB (vgl. BAG, v. 18.5.2010, a.a.O.). Danach sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen, zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind jedoch auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Vor allem sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt.

Der Wortlaut spricht vorliegend für das vom Kläger vertretene Verständnis der Klausel. Auch der Beklagte räumt ein, dass zutreffender und geläufiger und in den Verträgen der anderen Spieler verwendeter Begriff der Punkteinsatzprämie ist. Der systematische Zusammenhang stützt ebenfalls nicht entscheidend das vom Beklagten vertretene Verständnis. Zwar lautet die Unterüberschrift der Vertragsklausel „Einsatzprämie“. Es ist jedoch üblich, dass in der Überschrift einer Vertragsklausel nicht alle dort geregelten Sachverhalte aufgeführt werden. Zudem normiert § 12 für die zunächst genannte Punkteinsatzprämie und auch in der Folge für die Jahresleistungsprämie im Einzelnen eine abgestufte, am Umfang des Einsatzes orientierte Regelung, während dies für die hier fragliche Prämie gerade unterblieb. Auch unter Berücksichtigung der bestehenden Interessenlage und des Zwecks der Regelung lassen sich keine, Auslegungszweifel ausschließende Erkenntnisse gewinnen. Die Schaffung eines finanziellen Anreizes kann nicht nur bei Anknüpfung an den individuellen Beitrag des Spielers am Bundesligaaufstieg sinnvoll sein, sondern auch bei Anknüpfung an den Mannschaftserfolg. Der Spieleinsatz eines Spielers ist oft nicht nur von der individuellen Leistung, sondern auch von spielstrategischen Überlegungen bedingt. Zudem kann bei Anknüpfung an den Mannschaftserfolg etwa ein Anreiz geschaffen werden, besonders engagiert auch im vorbereitenden Training tätig zu sein und gerade den Zusammenhalt als Mannschaft zu honorieren. Auch die Einbeziehung der außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände führt zu keinem eindeutigen Auslegungsergebnis. Ein übereinstimmender abweichender wirklicher Wille lässt sich – wie bereits ausgeführt – nicht feststellen. Wenn in der Mail des Spielerberaters des Klägers vom 10.8.2007 an die Aufstiegsprämie „je erspieltem Punkt“ erinnert wird, folgt aus dieser Formulierung nicht, dass dies ein durch Mitwirkung des Klägers erspielter Punkt sein muss. Ebenso kann dies Mannschaftsbezogen sein. In dieser Mail

## Allgemeines Vertragsrecht

wird ja gerade der Begriff Aufstiegsprämie verwendet und zudem die Frage gestellt, ob dies die übliche Mannschaftsprämie sei.

bb) Nichts anderes ergibt sich, wenn man von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB ausgeht und die dann geltenden Auslegungsgrundsätze heranzieht.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Dabei sind die den Vertragsschluss begleitenden Umstände im Gegensatz zu einer Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB gem. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB nicht bei der Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern nur bei der Prüfung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu berücksichtigen (BAG, 18.5.2010, a.a.O.).

Gemessen hieran stellt auch der Beklagte nicht in Abrede, dass es im Bereich des Berufsfußballs beide Prämienarten gibt und auch Aufstiegsprämien, die mannschaftsbezogen zugesagt werden, nicht unüblich sind. Er räumt ferner ein, dass der von ihm – versehentlich – benutzte Begriff der Punktaufstiegsprämie unzutreffend ist und ihm der zutreffende Begriff der Punkteinsatzaufstiegsprämie geläufig ist. Wie bereits ausgeführt, führt die Annahme einer einsatzunabhängigen Aufstiegsprämie auch nicht zu einem den Interessen der beteiligten Verkehrskreise nicht entsprechendem Ergebnis. Der Spieler wird ein Interesse daran haben, am Mannschaftserfolg unabhängig von seinem Spieleinsatz in den konkreten Spielen beteiligt zu sein. Das Interesse eines Fußballvereins kann nachvollziehbar auch dahin gehen durch Anknüpfung an den Mannschaftserfolg etwa einen Anreiz zu schaffen, besonders engagiert auch im vorbereitenden Training tätig zu sein und den Zusammenhalt als Mannschaft zu honorieren.

d) In Anwendung beider Auslegungsmaßstäbe ergibt sich also, dass das vom Kläger vertretene Verständnis der Klausel als ebenso vertretbar erscheint wie das vom Beklagten vertretene. Der Beklagte muss daher nach § 305c Abs. 2 BGB das für ihn ungünstige Verständnis gegen sich gelten lassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 21.1.2011, 9 Sa 444/10

### 155. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Hochschulrecht

Die verlängerte Befristungsmöglichkeit nach § 57b Abs. 1 S. 2 HRG mit promoviertem wissenschaftlichem Personal im Bereich der Medizin setzt voraus, dass es sich um wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der medizinischen Fachrichtungen (Medizin, Zahnmedizin und Tiermedizin) handelt. Nicht erforderlich ist aber, dass die wissenschaftliche Mitarbeiterin/der wissenschaftliche Mitarbeiter der einer dieser Fach-

richtungen angehört auch in diesem medizinischen Fachbereich eingesetzt wird. Ausreichend ist auch eine Beschäftigung in einem anderen medizinischen Bereich (hier: Einsatz einer promovierten Tierärztin im Bereich der Humanmedizin).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 4.2.2011, 9 Sa 528/10

### 156. Direktionsrecht, Trinkgeld

... II. 1. ... Die Berufungskammer teilt die Ansicht des Arbeitsgerichts, das solche besonderen Umstände im vorliegenden Fall gegeben sind, weil dem Kläger mit dem Entzug der Kassiertätigkeit die Chance genommen wird, von den Gästen Trinkgelder zu erhalten. Durch diese Trinkgelder erzielt der Kläger – nach seinem unbestrittenen Vorbringen – erhebliche Netto-Einkünfte in Höhe von monatlich EUR 500,00, die ihm der Beklagte nicht einseitig entziehen darf.

Nach der Legaldefinition in § 107 Abs. 3 S. 2 GewO ist Trinkgeld ein Geldbetrag, den ein Dritter ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung zahlt. Nach § 3 Nr. 51 EStG in der seit 2002 geltenden Fassung (Gesetz zur Steuerfreistellung von Arbeitnehmertrinkgeldern vom 8.8.2002, BGBl I 2002, 3111) sind Trinkgelder in unbegrenzter Höhe steuerfrei, die anlässlich einer Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer von Dritten freiwillig und ohne dass ein Rechtsanspruch auf sie besteht, zusätzlich zu dem Betrag gegeben werden, der für diese Arbeitsleistung zu zahlen ist. Erhält das Bedienungspersonal vom Gast neben dem Rechnungsbetrag freiwillig ein Trinkgeld, so steht ihm dieses unmittelbar zu (vgl. ErfK/Preis, 11. Aufl., § 611 BGB Rn 511). Der Beklagte ist deshalb nicht berechtigt, einseitig zu bestimmen, dass das Trinkgeld von der Geschäftsleitung zu kassieren und anschließend unter dem Personal zu verteilen ist. Wie bereits das Arbeitsgericht ausgeführt hat, ist vom Trinkgeld zu unterscheiden das Bedienungsgeld. Kellner und andere Hotelangestellte erhalten häufig außer einem festen Garantielohn ein Bedienungsgeld, das als Bedienungszuschlag vom Gast erhoben und dem Arbeitnehmer überlassen wird. Es ist auf den Garantielohn anzurechnen. Dabei steht das Bedienungsgeld dem Arbeitgeber (dem Wirt) zu, der Arbeitnehmer kassiert es nur ein und hat es grundsätzlich abzuführen. Ihm steht dann ein Lohnanspruch gegen den Wirt als seinem Arbeitgeber zu. Das Bedienungsgeld ist eine Schuld des Arbeitgebers. Dagegen geht das Trinkgeld (als „Geschenk“ des Gastes) in der Regel unmittelbar in das Eigentum des Arbeitnehmers über (Neumann, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand Februar 2003, § 107 Rn 53).

Trinkgelder gehören arbeitsrechtlich nicht zum Arbeitsentgelt, weil sie als persönliche Zuwendung aus einer bestimmten Motivationslage freiwillig von Dritten erbracht werden. Sie gehören nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts daher für Zeiten des Urlaubs, der Arbeitsunfähigkeit und der Betriebsratsstätigkeit nicht zum vom Arbeitgeber fortzuzahlenden Arbeitsentgelt (BAG, Urt. v. 28.6.1995 – 7 AZR 1001/94 –



NZA 1996, 252). In Übereinstimmung damit versteht auch der Bundesfinanzhof unter Trinkgeld eine freiwillige und typischerweise persönliche Zuwendung an den Bedachten als eine Art honorierende Anerkennung seiner dem Leistenden gegenüber erwiesenen Mühewaltung in Form eines kleineren Geldgeschenks. Dem Begriff des Trinkgeldes ist als Zeichen der besonderen Honorierung einer Dienstleistung über das vereinbarte Entgelt hinaus ein Mindestmaß an persönlicher Beziehung zwischen Trinkgeldgeber und Trinkgeldnehmer grundsätzlich immanent. Charakteristisch dafür ist, dass in einem nicht unbedingt rechtlichen, jedenfalls aber tatsächlichen Sinne Geldfluss und honorierte Leistung korrespondierend einander gegenüberstehen. Das Trinkgeld und die damit „belohnte“ Dienstleistung kommen dem Arbeitnehmer und dem Kunden unmittelbar zugute. Der Trinkgeldempfänger steht faktisch in einer doppelten Leistungsbeziehung und erhält entsprechend dazu auch doppeltes Entgelt, nämlich das Arbeitsentgelt seitens seines Arbeitgebers und das Trinkgeld seitens des Kunden (BFH, Urt. v. 18.12.2008 – VI R 49/06 – DB 2009, 207, m.w.N.).

Angesichts dieser Sach- und Rechtslage kann der Beklagte nicht einseitig bestimmen, dass der Kläger das Trinkgeld, das ihm die Gäste persönlich zuwenden, in eine Gemeinschaftskasse einzahlt und anschließend mit dem übrigen Personal teilt. Er kann die von ihm gewünschte Aufteilung des Trinkgeldes unter dem Personal nicht – gewissermaßen durch die Hintertür – dadurch erzwingen, dass er dem Kläger nicht mehr erlaubt, selbst bei den Gästen zu kassieren. Soweit sich der Beklagte auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz v. 5.7.1996 (10 Sa 165/96 – NZA 1997, 1113) beruft, ist der dort geschilderte Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden vergleichbar. Dabei ging es um einen Kundenberater, der durch den Verkauf von Zusatzleistungen (Versicherungs- und Bausparverträge) erhebliche Mehreinnahmen durch Provisionen erzielen konnte. Bei den Provisionen handelt es sich im Unterschied zum vorliegenden Fall um Arbeitsentgelt, nicht um Trinkgelder, die dem Arbeitnehmer von Dritten gegeben werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 9.12.2010, 10 Sa 483/10

### 157. Diskriminierung Alter

Das Abweichen von einer tariflichen Beförderungsregel („Voraussetzung einer Beförderung ist mindestens eine regelmäßige 1-jährige Tätigkeit in der vorhergehenden Gruppe“) indiziert ohne eine daraus folgende konkrete Diskriminierung keine Benachteiligung wegen des Alters.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 18.2.2011, 13 Sa 2049/10

### 158. Betriebsübergang, Identität

I. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Schuldnerin ist zum 5.10.2009 auf die Beklagte zu 2) nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen.

1. Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB setzt die Wahrung der Identität einer auf gewisse Dauer angelegten, hinreichend strukturierten und selbstständigen wirtschaftlichen Einheit voraus. Die Wahrung der Identität kann sich aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände an. Es muss eine im Wesentlichen unveränderte Fortführung der bisher in dieser abgrenzbaren Einheit geleisteten Tätigkeit möglich sein. Die bloße Möglichkeit allein, den Betrieb selbst unverändert fortführen zu können, reicht nicht für die Annahme eines Betriebsübergangs, vielmehr muss der Betrieb auch tatsächlich weitergeführt werden. Keine unveränderte Fortführung liegt vor, wenn der neue Betreiber eine andere Leistung erbringt, den Betriebszweck ändert oder ein anderes Konzept verfolgt. Ebenso reicht eine bloße Funktionsnachfolge nicht aus, bei der nur die Tätigkeit ausgeübt oder die Funktion am Markt übernommen wird, ohne Übernahme der Betriebsmittel oder der Belegschaft. Es ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, bei der je nach Einzelfall folgende relevante Umstände in Betracht zu ziehen sind: die Art des Betriebes oder Unternehmens; der Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude, Maschinen und bewegliche Güter sowie deren Wert und Bedeutung; der Wert der übernommenen immateriellen Betriebsmittel und der vorhandenen Organisation; die Weiterbeschäftigung der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, also des nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des Personals; der etwaige Übergang der Kundschaft und Lieferantenbeziehungen; der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten; die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit (BAG, v. 17.9.2009 – 8 AZR 1019/08 – NJW 2010, 1689 – 1692). Art. 1 Abs. 1a und b der Richtlinie 2001/23 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass diese Vorschrift auch dann angewandt werden kann, wenn der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbstständigkeit nicht bewahrt, sofern die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen (EuGH, v. 12.2.2009 – C466/07 – (Klarenberg) – NJW 2009, 2029 – 2032; BAG, v. 17.9.2009 – 8 AZR 1019/08, a.a.O.).

Bei der Prüfung ob eine wirtschaftliche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeich-

## Allgemeines Vertragsrecht

nenden Umstände berücksichtigt werden. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist in diesem Fall anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. In betriebsmittelgeprägten Betrieben kann ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vorliegen. Bei Handels- und Dienstleistungsbetrieben ist bei der Frage eines Betriebsübergangs den immateriellen Betriebsmitteln, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm und etwaigen Kundenlisten, Know-how und der Einführung des Unternehmens am Markt besondere Bedeutung beizumessen. Auch insoweit bedarf es aber einer Gesamtbetrachtung, die das Personal, welches diese Tätigkeit verrichtet hat, deren Führungskräfte und deren Arbeitsorganisation, die Betriebsmethoden und gegebenenfalls auch die zur Verfügung stehenden Betriebsmittel berücksichtigt. Eine bloße Funktionsnachfolge erfüllt auch bei solchen Betrieben nicht die Voraussetzung eines Betriebsüberganges (BAG, v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07 – AP Nr. 367 zu § 613a BGB = EzA § 613a BGB 2002 Nr. 107). Ob sächliche Betriebsmittel identitätsprägend sind, richtet sich nach der Eigenart des jeweiligen Betriebes. Sächliche Betriebsmittel sind wesentlich, wenn bei wertender Betrachtungsweise ihr Einsatz den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs ausmacht und sie somit unverzichtbar für die auftragsgemäße Verrichtung der Tätigkeiten sind (BAG, v. 26.9.2007 – 8 AZR 769/06 – DB 2007, 2843 – 2846; BAG, v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07 – a.a.O.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze liegt ein Übergang des Betriebes der Schuldnerin auf die Beklagte zu 2) vor.

a) Die Leistungen, die die Beklagte zu 2) gegenüber ihren Kunden erbringt und mit denen sie, wie sich aus ihrem Internetauftritt ergibt, werbend am Markt auftritt, sind bis auf den Bereich der Druckerwartung, des Netzwerk-Support H3C und Graudata Storage Systeme im Wesentlichen identisch. Identisch sind insbesondere die Leistungen individuelle Betreuung durch Technical Account Manager, ganzheitliche Kontrolle, Koordination und Steuerung von Garantie, Wartung und Service-Level, Eskalation und Problembeseitigung, Single Point of Contact (SPoC) für alle Maintenance-Themen, Vereinbarung individueller SLAs für bedarfsgerechten Multi-Vendor-Support, flexibles Personen-Tage-Kontingent für Zusatzleistungen wie Upgrades, Umzüge, etc. sowie die Funktionen Service Management, Eskalationsmanagement, Asset-Betreuung, Vor-Ort-Support gemäß individuellen SLA,

Helpdesk, Remote Support, Ersatzteilversorgung und Logistik. Diese Tätigkeiten geben sowohl dem Betrieb der Schuldnerin als auch dem Betrieb der Beklagten zu 2) das wesentliche Gepräge. Die Druckerwartung war auch bei der Schuldnerin, wie sich aus deren werbendem Internetauftritt gemäß Blatt 405 d. A. ergibt, kein maßgeblicher und damit kein prägender Anteil.

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) ist es bei dem Vergleich der Tätigkeiten unerheblich, ob die Beklagte zu 2) eine eigene Buchhaltung, ein eigenes Controlling, ein eigenes Kostenmanagement, einen eigenen Vertrieb, ein eigenes Marketing und eine eigene Stammdatenverwaltung hat. Diese Aufgaben sind Hilfstätigkeiten zur Führung des Betriebes mit dem Zweck, EDV-Wartungsdienstleistungen zu erbringen. Betriebszweck der Beklagten zu 2) ist nicht die Kundenakquise, sondern vielmehr Serviceleistungen im Zusammenhang mit der Wartung von EDV-Systemen. Das ergibt sich aus dem Internetauftritt der Beklagten zu 2) gemäß Blatt 406 d.A. Das ist diejenige Leistung, mit der sie werbend am Markt auftritt. Die Kundenakquise ist dabei nur ein notwendiger Zwischenschritt bei der Erbringung der Wartungsdienstleistungen bei den anzuwerbenden Kunden. Aus diesem Grund ist auch die Betreuung der Dienstleistungsverträge mit den Kunden lediglich eine reine Hilfstätigkeit zur Erfüllung des eigentlichen Betriebszwecks.

Der Betriebszweck der Schuldnerin war mit dem der Beklagten zu 2) identisch. Er bestand nicht darin, den Dienstleistungsvertrag zur CD zu erfüllen, sondern in der Ausführung von Service- und Wartungsleistungen bei eigenen Kunden und denen der CD, mithin ebenfalls in der Erbringung von EDV-Wartungsdienstleistungen.

b) Bei dem Betrieb der Schuldnerin handelte es sich zwar nicht um einen betriebsmittelarmen Betrieb, da zur Erbringung der durchgeführten Tätigkeit auch Betriebsmittel wie Laptops, Mobiltelefone, Ersatzteile und Kfz für die Service-Mitarbeiter erforderlich sind. Allerdings ist der Betrieb nicht durch seine Betriebsmittel geprägt gewesen. Bei wertender Betrachtungsweise macht der Einsatz dieser Betriebsmittel nicht den eigentlichen Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Sie sind problemlos austauschbar. Der Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs des Dienstleistungsbetriebes der Schuldnerin lag vielmehr in den immateriellen Betriebsmitteln, also Geschäftsbeziehungen zu Dritten, Kundenstamm, Kundenlisten, Know-how und der Einführung des Unternehmens am Markt. Auch das von der Beklagten zu 2) neu eingesetzte EDV-System ERP macht nicht den Kern des zur Wertschöpfung erforderlichen Funktionszusammenhangs aus. Es dient lediglich der Steuerung von Einsatz und Unternehmensressourcen, mithin der Ausführung der Hilfstätigkeiten, die nicht prägend für den Betrieb sind.

Unerheblich in diesem Zusammenhang ist ebenfalls, welche materiellen und immateriellen Betriebsmittel die Beklagte zu 2) neben denjenigen, die sie von dem Insolvenzverwalter der

Schuldnerin übernommen hat, zusätzlich am Markt erworben hat. Es kommt vielmehr darauf an, wie viel sie von den Betriebsmitteln, die für den Betrieb der Schuldnerin prägend waren, erworben hat und weiter nutzt.

c) Die Beklagte zu 2) beschäftigt einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals der Schuldnerin weiter, nämlich mindestens 50 von 80 Arbeitnehmern der Schuldnerin, die am 1.10.2009 im Betrieb noch beschäftigt waren, davon eine Vielzahl von technischen Service-Mitarbeitern und daneben im Wesentlichen die Führungsriege der Schuldnerin mit einer ähnlichen Aufgabenverteilung wie zuvor. Die wesentliche Organisationsstruktur dieser Führungsriege hat die Beklagte zu 2) beibehalten. Hierbei ist nicht entscheidend, ob einzelne Führungsmitarbeiter nunmehr zusätzliche Einzelaufgaben übertragen erhalten haben, die sie zuvor bei der Schuldnerin nicht inne hatten, oder ob zuvor übertragene Einzelaufgaben nunmehr fehlen. Die wesentliche Aufgabenverteilung ist gleich geblieben. Das ergibt sich aus dem Vergleich der Managementdarstellung, wie sie bei der Schuldnerin vorhanden war und wie sie bei der Beklagten zu 2) vorhanden ist. Das zeigt der Internetauftritt der Beklagten zu 2) mit der Überschrift „Management und Kundenbetreuung“ (Blatt 403 d. A.). Danach sind neben dem Geschäftsführer die Leitungsmitarbeiter N., M., P., Q., T., S. und R. ebenfalls in Leitungsfunktionen bei der Beklagten zu 2) beschäftigt. Sie haben dabei auch die wesentliche Aufgabenzuordnung und Hierarchie beibehalten. Der Geschäftsführer Dr. L. ist in eben dieser Eigenschaft weiter bei der Beklagten zu 2) tätig. M., zuvor Director Customer Services Germany, ist bei der Beklagten zu 2) unter der Bezeichnung Service Delivery Deutschland beschäftigt; N., zuvor Head of Business Operations, nunmehr Business Operation; P., zuvor Teamleiter Nord/Ost, nunmehr Service Nord; Q., zuvor Service Manager West, nunmehr Service West; R., zuvor Manager Central Support und Rhein/Main, nunmehr Service Mitte; S., zuvor Teamleiter Südwest, nunmehr Service Südwest; T., zuvor Teamleiter Süd, nunmehr Service Süd.

Mit der Weiterbeschäftigung dieser Personen und der technischen Service-Mitarbeiter hat die Beklagte zu 2) auch das wesentliche Know-how und die Einführung der Schuldnerin am Markt erworben. Dieser Umstand ist gerade das Werbemittel, mit dem sie am Markt auftritt. Im Internetauftritt der Beklagten zu 2) (Blatt 403 d. A.) hat sie ausgeführt: „Das Management Team der K. B. Center Service besteht aus einem eingespielten Team aus früheren C. Service Führungskräften, das viele Jahrzehnte an Erfahrung im Service mitbringt und weiß, was Kunden in Rechenzentren und bei geschäftskritischen Infrastrukturen erwarten und wie diese Anforderungen schnell und akkurat zu realisieren sind.“ Demnach prägt der Teil der weiterbeschäftigten Mitarbeiter die zu erbringende Tätigkeit. Unwesentlich ist, dass Service-Mitarbeiter zum Teil nicht mehr im bisherigen Umfang von der jeweiligen Niederlassung, sondern vom Home-Office aus tätig sind. Der Ort, von dem aus die Service-Mitarbeiter zur Erfüllung ihrer Aufgaben bei den Kunden starten, ändert das Konzept der Tätigkeit nicht.

Auch in der Niederlassung E., der der Kläger zugeordnet war, wird der überwiegende Teil der Mitarbeiter, nämlich acht von zwölf, von der Beklagten zu 2) beschäftigt. Dementsprechend haben auch der Beklagte zu 1) und der damalige Geschäftsführer der Schuldnerin und jetzige Geschäftsführer der Beklagten zu 2) Dr. L. mit Schreiben vom 18.9.2009 (Blatt 13 d. A.) mitgeteilt, die Verträge vom 18.9.2009 sähen die Beschäftigung des wesentlichen Mitarbeiterstamms der Schuldnerin zur Leistungserbringung der Wartung und des Managementteams der Schuldnerin in der K.-Gruppe vor.

d) Eine wesentliche Unterbrechung der Tätigkeit der Schuldnerin ist nicht gegeben. Nach den Mitteilungen gemäß Blatt 9, 10 und 13 d. A. war eine Unterbrechung der Tätigkeit der Schuldnerin bis zur Übernahme der Betriebsmittel gemäß den Verträgen vom 18.9.2009 nicht geplant. Sowohl die Beklagte zu 2) als auch die Schuldnerin haben einen für die Wartungskunden reibungslosen unterbrechungsfreien Übergang von Serviceleistungen betont. Selbst wenn zwischen dem 1.10.2009 und 5.10.2009 eine Unterbrechung der Tätigkeit stattgefunden haben sollte, war diese jedenfalls so geringfügig, dass sie nicht ins Gewicht fällt.

e) Die Beklagte zu 2) hat mit den Verträgen vom 18.9.2009 nicht nur die Kundenlisten der CD und der Schuldnerin, sondern auch die Option erworben, in diese Service- und Wartungsverträge einzutreten. Nicht nur der Zugang zu den Kundenlisten und Dienstleistungsverträgen als immateriellen Betriebsmitteln, sondern auch die Möglichkeit der Übernahme der Kundenbeziehungen sind gerade im Dienstleistungssektor wesentliche Kriterien der wirtschaftlichen Einheit. Die K.-Group hat mit ihrer Mitteilung vom 16.10.2009 (Blatt 45 d. A.) selbst ausgeführt, alle bestehenden Kundenbeziehungen der Schuldnerin würden unter der Führung der bisherigen Geschäftsleitung von der Beklagten zu 2) fortgeführt.

Der Umstand, dass der Eintritt in die Kundenbeziehungen von der Zustimmung der Kunden abhängt und nicht automatisch erfolgt, bedeutet nicht, dass immaterielle Aktiva des Betriebes nicht übergehen. Entscheidend ist, ob die Kundschaft gehalten werden kann, was wiederum von anderen Kriterien wie der Ähnlichkeit des Angebots, der Weiterführung der Tätigkeit am selben Ort mit denselben Know-how-Trägern oder der Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit abhängt (LAG Baden Württemberg v. 6.10.2010 – 19 Sa 55/10). Hier war, wie sich aus den mehrfachen Mitteilungen der K. AG und K.-Group sowie der Schuldnerin zur Fortführung der Servicedienstleistungen ergibt, gerade nicht geplant, das Dienstleistungsangebot wesentlich zu verändern.

Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2) spricht der Erwerbsvorgang nicht gegen einen Betriebsübergang. Die Verträge vom 18.9.2009 sind jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht aufeinander bezogen. Der Vertrag mit dem Beklagten zu 1) sollte einerseits die Übernahme des wesentlichen Personals regeln, der Vertrag mit dem Insolvenzverwalter der CD den Zugriff auf die Kundenbeziehungen, die mit dem Mitarbeiterstamm zu erfüllen waren, ermöglichen. Der wirtschaftliche Wert der

## Allgemeines Vertragsrecht

Verträge lag für die Beklagte zu 2) gerade in diesem Zusammenspiel, weil die gewinnbringende Tätigkeit in der Fortführung der Kundenbeziehungen der CD lag. Die Insolvenzverwalter der Schuldnerin und der CD haben mit den Verträgen vom 18.9.2009 der Beklagten zu 2) alles, was zum Übergang der Kundenbeziehungen möglich war, veräußert. Deshalb ist es im Rahmen der Gesamtabwägung nicht ausschlaggebend, dass die Beklagte zu 2) nach ihrem Vortrag von 448 Kunden der CD nur noch mit 96, davon 71 mit veränderten Verträgen, Geschäftsbeziehungen pflegt.

Ebenfalls ist nicht entscheidend, dass die nach dem Vortrag der Beklagten zu 2) zahlenmäßig überwiegenden Kundenbeziehungen bei der CD und nicht bei der Schuldnerin angesiedelt waren. Nach dem Schutzzweck des § 613a BGB, der in erster Linie darin besteht, die vorhandenen Arbeitsplätze zu schützen, ist es nicht erforderlich, dass ein Rechtsgeschäft unmittelbar zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber zustande kommt. Ein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang kann daher auch dann angenommen werden, wenn er durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften veranlasst wird (LAG Baden-Württemberg v. 6.10. 2010 – 19 Sa 55/10). Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist weit zu verstehen und erfasst alle Fälle, in denen die für den Betrieb verantwortliche natürliche oder juristische Person, die die Arbeitgeberverpflichtung gegenüber den Beschäftigten eingeht, im Rahmen vertraglicher oder sonst rechtsgeschäftlicher Beziehungen wechselt, ohne dass unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen (BAG, v. 26.8.1999 – 8 AZR 827/98 – BB 2000, 568 – 570). Dieser Schutzgedanke ist auch übertragbar auf die Fälle, in denen der Veräußerer faktisch die Service- und Wartungsabteilung der Muttergesellschaft darstellt und lediglich geringfügig eigenen Umsatz erwirtschaftet. Durch die gesellschaftsrechtliche Aufspaltung und das Dazwischenschalten eines Dienstleistungsvertrages zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft lässt sich ein Betriebsübergang deshalb nicht verhindern (LAG Baden-Württemberg – 19 Sa 55/10). Es ist nicht erheblich, dass die unmittelbare Vertragsbeziehung zur CD und nicht zur Schuldnerin bestand. Die prägende Tätigkeit war nicht der Abschluss, die Betreuung und Verwaltung der abgeschlossenen Verträge, sondern die Erfüllung der vereinbarten Leistung. Diese Leistung hat gerade die Schuldnerin und nicht die CD erbracht. Der Kern der Wertschöpfung, der in der Vertragsbeziehung der CD zu diesen Kunden lag, war im Betrieb der Schuldnerin angesiedelt, nicht im Betrieb der CD.

2. Der Betriebsübergang war spätestens mit dem 5.10.2009 vollendet. Der Zeitpunkt des Übergangs entspricht dem Zeitpunkt, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Die Inhaberschaft geht dann über, wenn der neue Betriebsinhaber die wirtschaftliche Einheit nutzt und fortführt. Erfolgt die Übernahme der Betriebsmittel in mehreren Schritten, ist der Betriebs-

übergang jedenfalls in dem Zeitpunkt erfolgt, in dem die wesentlichen, zur Fortführung des Betriebes erforderlichen Betriebsmittel übergegangen sind und die Entscheidung über den Betriebsübergang nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BAG, v. 27.10.2005 – 8 AZR 568/04 – NZA 2006, 668 – 673). Entscheidend ist die Übernahme der Organisations- und Leitungsmacht (BAG, v. 22.1.2009 – 8 AZR 158/07 – a.a.O.).

Nach den Verträgen vom 18.9.2009 war der Übertragungstichtag der vierte Kalendertag nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, mithin der 5.10.2009. Bis zum Übernahmestichtag sollte die Schuldnerin bzw. der Insolvenzverwalter die Verträge im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Erwerberin weiterführen (Vertrag vom 18.9.2009, Ziffer 2. a) (Blatt 614 d. A.)).

Nachdem der Kläger die Berufung auf den Übergang seines Arbeitsverhältnisses per 5.10.2009 beschränkt hat, kann offen bleiben, ob der Übergang bereits vorher stattgefunden hat.

3. Der Kläger war in dem übergegangenen Bereich beschäftigt.

Wird nicht der gesamte Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil oder eigenständiger Bereich übernommen, kommt es entscheidend darauf an, dass der Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil oder Bereich angehört, damit sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB auf den Erwerber übergeht (BAG, v. 25.9.2003 – 8 AZR 446/02 – AP Nr. 256 zu § 613a BGB = EzA § 50 ZPO 2002 Nr. 2). Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebes. Es muss sich um eine selbstständige, abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden. Bei den übertragenen sächlichen und immateriellen Betriebsmitteln muss es sich um eine organisatorische Untergliederung handeln, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird, auch wenn es sich nur um eine untergeordnete Hilfsfunktion handelt. § 613a BGB setzt für den Teilbetriebsübergang voraus, dass die übernommenen Betriebsmittel bereits bei dem früheren Betriebsinhaber die Qualität eines Betriebsteils hatten (BAG, v. 8.8.2002 – 8 AZR 583/01 – NZA 2003, 315 – 318).

Die Beklagte zu 2) führt die Niederlassung der Schuldnerin in E., der der Kläger zugeordnet war, mit acht der bisherigen zwölf Arbeitnehmer fort.

Es kann offen bleiben, ob der Bereich Druck bei der Schuldnerin einen Betriebsteil in diesem Sinne darstellte. Der Kläger gehörte jedenfalls nicht diesem Bereich an.

Nach dem Vortrag der Beklagten handelte es sich bei dem Bereich Druckerwartung um einen eigenständigen Betriebsteil. Hiernach bestand eine abtrennbare organisatorische Einheit der im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bei H. und G. eingesetzten Mitarbeiter im Bereich der Druckerwartung. Nach dem Vortrag der Beklagten waren diesem Bereich

13 Personen fest zugeordnet. Diese hatten eine eigene Einsatzsteuerung und erhielten eigene Ausbildungsmaßnahmen. Es war eine eigene Produktbetreuung vorhanden, wobei dies nicht auf andere Mitarbeiter ausgedehnt wurde. In diesem Bereich war der Kläger jedenfalls ab dem 31.3.2008 nicht mehr tätig, da er nur bis 30.3.2008 bei H. im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt wurde. Der weitere Einsatz des Klägers erfolgte nicht in dieser Teilorganisation. Hierbei kann es auch dahingestellt bleiben, ob der Kläger zuletzt überwiegend Aufgaben im Bereich Druck ausgeführt hat oder ob es sich überwiegend um anderweitige Serviceaufträge gehandelt hat. Etwas anderes folgt nicht aus der Anlage 3b zum Vertrag mit der Schuldnerin vom 18.9.2009. Diese Liste bildet keine maßgebliche Zuordnung des Klägers zu dieser Organisationseinheit. Nach dem beklagenseits behaupteten Zweck des Betriebsteils und dessen Abgrenzbarkeit ist ein Arbeitnehmer nicht nach der Anzahl der Einsätze dem Bereich Druck zuzuordnen, sondern nach dem Einsatz im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung. Das war hier zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs für den Kläger jedoch nicht der Fall.

Gegen die Zuordnung des Klägers zum Bereich Druck spricht auch seine Teilnahme an Schulungen von April 2008 bis Juli 2008, die nicht auf den Bereich Druck bezogen waren, nämlich:

EMC<sup>2</sup> Clarion CX4, EMCXX<sup>2</sup> Clarion CX3, L700 Libraries, SUN Server, H. DS4000, EMCXX<sup>2</sup> EDL

H. P-Series.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 8.2.2011, 16 Sa 723/10

## Bestandsschutz

### 159. Kündigungsschutzgesetz, Kleinbetriebsklausel

I. 1. b) ... (2) Auch der sachliche Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ist eröffnet.

Der materielle Kündigungsschutz ist nämlich nicht aufgrund der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2, 3 KSchG ausgeschlossen. Die Kleinbetriebsklausel greift vorliegend schon deshalb nicht durch, weil § 23 Abs. 1, S. 2, 3 KSchG im Wege verfassungskonformer Auslegung auf die Einheiten zu beschränkt ist, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel bestimmt ist (vgl. BVerfG, v. 27.1.1998, 1 BvL 15/87, juris).

Mit der Kleinbetriebsklausel gem. § 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 KSchG hat der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitsvertragsparteien getroffen, die der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Schutzpflicht genügt (Bundesverfassungsgericht, v. 27.1.1998, 1 BvL 15/87, juris). Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber an dem Begriff „Betrieb“ als Unterscheidungsmerkmal festgehalten hat, auch wenn darunter im Einzelfall Teile größerer Unternehmen fallen können, für die Gesichtspunkte nicht zutreffen, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmer von Kleinbetrieben bei der Ausgestaltung des Kündigungsschutz-

zes rechtfertigen (vgl. BVerfG, a.a.O.). Der Betriebsbegriff des § 23 KSchG muss jedoch im Wege verfassungskonformer Auslegung auf die Einheiten beschränkt werden, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist und für die die Benachteiligung der betroffenen Arbeitnehmer sachlich begründet ist (BVerfG, a.a.O.). Die Verfassungsgemäßheit der Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG, die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG sowie mit Art. 12 Abs. 1 GG, folgt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts daraus, dass auch das Kündigungsrecht des Kleinunternehmers in hohem Maße schutzwürdig ist (BVerfG, a.a.O., Rn 32). In einem Kleinbetrieb hängt nämlich der Geschäftserfolg mehr als bei größeren Betrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab (BVerfG, a.a.O.). Ausfälle ließen sich bei niedrigem Personalbestand nur schwer ausgleichen, typischerweise arbeitet bei Kleinbetrieben der Unternehmer selbst als Chef vor Ort mit. Ins Gewicht falle auch die regelmäßig geringere Finanzausstattung, ein Kleinbetrieb sei häufig nicht in der Lage, eine Abfindung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen oder weniger leistungsfähigere, weniger benötigte oder weniger genehme Arbeitnehmer mitzutragen (BVerfG, a.a.O.). Auch der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringe, belaste einen Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen (BVerfG, a.a.O.). Mit Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG nur dann vereinbar, wenn in dem Fall; in dem die oben beschriebenen sachlichen Gründe zur Ungleichbehandlung nicht vorliegen, eine verfassungskonforme Auslegung möglich ist (BVerfG, a.a.O., Rn 52, 53). Der Gesetzgeber hat in § 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 KSchG an dem Begriff „Betrieb“ als Unterscheidungsmerkmal festgehalten, obwohl auch darauf hingewiesen wurde, dass die für die Kleinbetriebsklausel bestimmende Interessenlage sich genauer durch den Begriff „Unternehmen“ kennzeichnen lasse (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn 52 m.w.N.). Unter „Betrieb“ wird allgemein die organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer der Arbeitgeber bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt (BVerfG, a.a.O.). Darunter können jedoch im Einzelfall auch Teile größerer Unternehmen fallen, für die die Gesichtspunkte nicht zutreffen, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmer von Kleinbetrieben bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts rechtfertigen (BVerfG, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund folgert das Bundesverfassungsgericht, dass der Betriebsbegriff des § 23 KSchG sich im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf die Einheiten beschränken muss, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist (BVerfG, a.a.O., Rn 53). Die Verwendung des Begriffes „Betrieb“ in § 23 KSchG habe nämlich historische Gründe, ursprünglich war der Kündigungsschutz im Betriebsverfassungsgesetz verankert und auf die Betriebe beschränkt, bei denen eine Vertretung bestand (vgl. Jost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht 1988, S. 335 ff.; BVerfG, a.a.O., Rn 53). Der Begriff „Betrieb“ ist aber dadurch nicht so eindeutig vorgeprägt, dass er im Zusammenhang des Kündigungsschutzgesetzes keiner einschränkenden Auslegung zugänglich wäre. Durch eine

## Bestandsschutz

am Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel orientierte Interpretation des Betriebsbegriffes lässt sich so vermeiden, dass Einheiten darunter fallen, für die der Schutzgedanke des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG nicht zutrefte (BVerfG, a.a.O., Rn 53). Zwar setzt die Anwendung der Kleinbetriebsklausel nicht voraus, dass die als „Betrieb“ im Kündigungsschutzrechtlichen Sinne zu verstehende Einheit sämtliche vom Bundesverfassungsgericht als charakteristisch benannten Merkmale eines Kleinbetriebs erfüllt (BAG, v. 28.10.2010, 2 AZR 392/08, juris). Maßgeblich ist eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck hinreichend gerecht wird (BAG, a.a.O.).

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist nach Ansicht des Gerichts vorliegend für die Frage des sachlichen Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes nicht auf den Betrieb, sondern auf das Unternehmen der Beklagten zu 1. abzustellen.

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die Beklagte zu 1. und der Beklagte zu 2. vorliegend einen gemeinsamen Betrieb bilden.

Für die Anwendung einer verfassungskonformen Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2, S. 3 KSchG im vorliegenden Fall sprechen nach Ansicht des Gerichts folgende Erwägungen:

Der Geschäftserfolg der Beklagten zu 1. hängt nicht von wenigen Arbeitskräften ab. Die Beklagte zu 1. ist ein international tätiges Großunternehmen. Anders als in einem kleinen Unternehmen lassen sich bei der Beklagten zu 1. auch Ausfälle beim Personalbestand leichter ausgleichen. Die Beklagte zu 1. hat auch nicht etwa nur eine geringe Finanzausstattung. Anders als beim Kleinunternehmen ist sie deshalb auch nicht per se nicht in der Lage, Abfindungen bei Auflösung von Arbeitsverhältnissen zu zahlen. Ein eventueller Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, belastet die Beklagte zu 1. auch sehr viel weniger, als einen Kleinbetrieb:

Der Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG greift im vorliegenden Falle unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls gerade nicht. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG gebietet es daher, das vorliegende Arbeitsverhältnis ebenfalls unter den sachlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes zu stellen.

Im Übrigen stellt nach Ansicht des Gerichts die Tätigkeit des Klägers nicht eine solche zur Deckung des Eigenbedarfs seiner Arbeitgeberin, also der Beklagten zu 1. dar. Es ist schon nicht ersichtlich, welcher Eigenbedarf der Beklagten zu 1. durch die Tätigkeit des Klägers gedeckt werden soll. Vertragspartner des Klägers ist jedoch gerade die Beklagte zu 1. und nicht der Beklagte zu 2.

Weiter folgt das Gericht auch nicht der Argumentation des Beklagtenvertreters, dass die Tätigkeit als Jagdaufseher per se nur der Deckung eines Eigenbedarfs diene. Dem Eigenbedarf mögen unmittelbare Tätigkeiten in einem Familienhaushalt dienen (vgl. etwa *Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechtshandbuch,

13. Aufl., § 18 Rn 2). Nach Ansicht des Gerichts liegt Eigenbedarf in der unmittelbaren Befriedigung von Grundbedürfnissen des täglichen Lebens (z.B. die Zubereitung von Speisen in einem Familienhaushalt). Die land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Nutzung einer 422 ha großen Fläche dient nicht mehr allein der Befriedigung solcher Grundbedürfnisse. Der sachliche Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes hängt grundsätzlich auch nicht von einer Gewinnerzielungsabsicht des Arbeitgebers ab. Grundsätzlich kommt es nämlich auf die Verfolgung von arbeitstechnischen Zwecken an, wobei die Art dieser arbeitstechnischen Zwecke ohne Belang ist (KR/*Griebeling*, 9. Aufl., § 1 KSchG, Rn 134). So können sogar karitative Einrichtungen unter den sachlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen, eine religiöse und nicht auf Gewinn ausgerichtete Zielsetzung steht dem nicht entgegen (KR/*Griebeling*, a.a.O.).

■ Arbeitsgericht Münster  
vom 3.2.2011, 1 Ca 643/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda,  
Neustraße 6, 48324 Sendenhorst  
Tel.: 02382/9187720, Fax: 02382/9187777  
info@sozietat-quast.de, www.sozietat-quast.de

### 160. Änderungskündigung, (Nachlass der) Leistungsfähigkeit

... II. ... Zwar kommen personenbedingte Änderungskündigungen auch bei krankheits- oder altersbedingtem Nachlass der Leistungsfähigkeit in Betracht. Eine solche Leistungsminde- rung muss aber von gewissem Gewicht und für den Arbeitgeber unzumutbar sein und zum anderen auf Dauer angelegt sein.

■ Arbeitsgericht Iserlohn  
vom 16.2.2011, 1 Ca 3891/09  
eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller,  
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn  
Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556  
info@gm-arbeitsrecht.de

### 161. Verhaltensbedingte Kündigung, ungenehmigter Urlaub

Die ungenehmigte „Inanspruchnahme“ von Urlaub stellt grundsätzlich eine schwere Vertragspflichtverletzung dar. In die Interessenabwägung ist allerdings aufzunehmen, ob der Arbeitgeber den Urlaub böswillig und diskriminierend verweigert hat, ob eine besondere Belastungssituation für den Betrieb aus dem ungeplanten Fehlen des Arbeitnehmers entsteht, welchem Zweck die Urlaubsabwesenheit diene und ob der Arbeitgeber eine Mitverantwortung dafür trägt, dass eine frühzeitige gerichtliche Klärung durch den Arbeitnehmer unterbleibt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6.12.2010, 2 TaBV 23/10

### 162. Außerordentliche Kündigung, Arbeitsverweigerung

I. ... 1. Der Antrag zu 1.) ist begründet, da die Kündigung der Beklagten vom 16.11.2010 das Arbeitsverhältnis nicht außerordentlich beendet hat.

Eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB ist berechtigt, wenn sie aufgrund eines wichtigen Grundes ausgesprochen wird, aufgrund dessen es dem Arbeitgeber unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der geltenden Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Ein wichtiger Grund ist dann gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machen. Im Rahmen der außerordentlichen Kündigung ist zunächst zu prüfen, ob ein arbeitsvertraglicher Pflichtverstoß bzw. der Kündigungssachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung abzugeben. Danach ist zu klären, ob es dem Arbeitgeber im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles und der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist, den Arbeitnehmer auch nur für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen (vgl. BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03 –, juris, m.w.N.). Eine beharrliche Arbeitsverweigerung, die insbesondere anzunehmen ist, wenn der Arbeitnehmer trotz Abmahnung der Arbeit fernbleibt, kann grundsätzlich einen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen.

Eine beharrliche Arbeitsverweigerung kann aber nicht angenommen werden. Die Parteien waren uneins darüber, ob der Kläger verpflichtet ist, neben den im Arbeitsvertrag vereinbarten Pflegertätigkeiten auch andere Arbeiten, insbesondere leichte Renovierungsarbeiten auszuführen. Nachdem die Beklagte erklärt hat, dass sie keine anderen Arbeiten für ihn habe und er nicht zu kommen brauche, konnte der Kläger davon ausgehen, dass er zur Arbeit nicht erscheinen muss. Zwar hat die Beklagte bestritten, das sie den Kläger nach Hause geschickt habe, weil sie keine anderen Arbeiten für ihn hätte, Beweis hat sie dafür aber nicht angeboten. Als für die Kündigungsgründe beweisbelastete Partei (vgl. BAG, Urt. v. 6.8.1987 – 2 AZR 226/87 – AP Nr. 97 zu § 626 BGB) hätte die Beklagte beweisen müssen, dass sich das Gespräch nicht so ereignet hat, wie vom Kläger behauptet. Nachdem die Beklagte den Kläger nach Hause geschickt hat, weil man keine anderen Arbeiten für ihn habe, konnte er davon ausgehen, dass seine Arbeitskraft nicht benötigt wird. Daran ändert auch die erteilte Abmahnung nichts.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

v. 19.4.2011, 3 Ca 580/810

eingereicht von Rechtsanwalt Ijaz Chaudhry,

Mainzer Landstraße 107, 60329 Frankfurt a.M.

Tel.: 069/25627137, Fax: 069/25627138

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

### 163. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Sozialauswahl

1. Eine ordentliche Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Dabei können sich die dringenden betrieblichen Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (so u.a. v. 29.3.1990 – 2 AZR 369/89 in AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung und v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99 in AP Nr. 101 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung) aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmensentscheidung z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel, Umsatzrückgang) ergeben.

Eine Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen ist gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu organisatorischen Maßnahmen entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (vgl. BAG v. 29.3.1990 – 2 AZR 369/89, a.a.O.). Berufet sich der Arbeitgeber auf innerbetriebliche Umstände, darf er sich nicht auf eine schlagwortartige Beschreibung beschränken, er muss vielmehr seine tatsächlichen Angaben so im Einzelnen substantiieren, dass sie vom Arbeitnehmer gegebenenfalls mit Gegenteilbeständen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Der Arbeitgeber hat bei einer Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen also darzulegen, zu welchen organisatorischen und technischen Maßnahmen er sich entschieden hat und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit für den oder die gekündigten Arbeitnehmer auswirken. Der Vortrag des Arbeitgebers muss erkennen lassen, ob durch die innerbetrieblichen Maßnahmen das Bedürfnis an der Tätigkeit des oder der gekündigten Arbeitnehmer wegfällt. Denn von den Arbeitsgerichten voll nachprüfbar ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist, hingegen nicht die unternehmerische Entscheidung selbst auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG 29.11.2007 – 2 AZR 388/06 in EzA § 2 KSchG Nr. 69 m.w.N.). Da für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte Organisationsentscheidung die Vermutung spricht, sie sei aus sachlichen Gründen erfolgt, Rechtsmissbrauch also die Ausnahme ist, wird im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich der Arbeitnehmer die Umstände darzulegen und im Streitfall zu beweisen haben, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene innerbetriebliche Strukturmaßnahme offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG, Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 388/06 – a.a.O.; v. 23.6.2005 – 2 AZR 642/04 – AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81).

## Bestandsschutz

Hiervon ausgehend liegen der Kündigung des Klägers vom 13.11.2009 dringende betriebliche Erfordernisse zugrunde, die seiner Weiterbeschäftigung im Betrieb der Beklagten entgegenstehen. Die Beklagte hat die nicht zu beanstandende organisatorische Entscheidung getroffen, die Leitung der bislang getrennten Organisationseinheiten Werkstatt und Montage zusammenzulegen unter einer einheitlichen Leitung. Dementsprechend entfällt das Bedürfnis für die Beschäftigung eines zweiten Leiters in dieser nunmehr zusammengelegten Organisationseinheit. Die von der Beklagten getroffene Organisationsentscheidung selbst hat der Kläger nicht bestritten, sondern lediglich die Frage gestellt, inwieweit die Leitung beider bisher selbstständigen Organisationsbereiche durch einen Mitarbeiter im Rahmen der regulären Arbeitsleistung möglich sein kann. Demgegenüber hat die Beklagte im Einzelnen und nachvollziehbar dargelegt, wie die bislang vom Kläger verrichteten Tätigkeiten mit welchem zeitlichen Umfang von wem nunmehr wahrgenommen werden.

... 2. Die Kündigung ist auch nicht im Sinne von § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte hat bei der Auswahl des Klägers zur Kündigung auch soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt.

Die Beklagte hat die Sozialauswahl zutreffend auf den Kläger und den bisherigen Leiter der Organisationseinheit Montage beschränkt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen („qualifikationsmäßige Austauschbarkeit“: BAG, v. 17.2.2000 – 2 AZR 142/99 – AP KSchG 1969 § 1 soziale Auswahl Nr. 46; v. 23.11.2004 – 2 AZR 38/04 AP KSchG 1969 § 1 soziale Auswahl Nr. 70). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann („arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“; BAG, v. 17.2.2000 – 2 AZR 142/99 – a.a.O. sowie v. 23.11.2004 – 2 AZR 38/04 – a.a.O.; KR-Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn 614 m.w.N.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger angesichts der von ihm behaupteten Tätigkeit bei der Bundeswehr als Flugzeugbodengerätemechaniker die von der Beklagten für die Leitung des nunmehrigen Teilbereichs Montage erforderlichen Kenntnisse im Bereich der Elektrotechnik verfügt oder in zumutbarer Einarbeitungszeit verfügen kann. Selbst wenn dies der Fall ist, ist die von der Beklagten getroffene soziale Auswahl, an dem Arbeitsverhältnis mit K statt an dem mit dem Kläger festzuhalten, nicht zu beanstanden. Hierbei hat sie soziale Auswahlgesichtspunkte zumindest ausreichend be-

rücksichtigt. Zwar ist der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung nahezu 52 Jahre alt gewesen, K hingegen unbestritten erst 35 Jahre alt. Anders als der Kläger ist der Mitarbeiter K jedoch nicht nur verheiratet und damit seiner Ehefrau, sondern zusätzlich noch 2 minderjährigen Kindern unterhaltsverpflichtet und zudem, wenn auch lediglich geringfügig mit knapp 6 Monaten, länger beschäftigt als der Kläger. Dem Arbeitgeber steht bei der Gewichtung der Sozialkriterien ein Wertungsspielraum zu (BAG, v. 5.12.2002 – 2 AZR 549/01 – AP KSchG 1969 § 1 soziale Auswahl Nr. 59). Die Auswahlentscheidung muss nur vertretbar sein. Der dem Arbeitgeber vom Gesetz in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG eingeräumte Wertungsspielraum führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer mit Erfolg die Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl rügen können (BAG, v. 5.12.2002 – 2 AZR 549/01 a.a.O.; BAG, v. 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 – AP KSchG 1.969 § 1 soziale Auswahl Nr. 75). Demgemäß kann trotz des deutlich höheren Lebensalters des Klägers vorliegend im Hinblick auf die deutlich umfänglicheren, nämlich zusätzlich 2 Kindern gegenüber bestehenden Unterhaltspflichten des Mitarbeiters K die von der Beklagten getroffene Sozialauswahl nicht beanstandet werden.

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 15.0.2010, 5 Ca 3115/09

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann,  
Bonner Straße 158–160, 53757 St. Augustin

Tel.: 02241/21012, Fax: 02241/21568

kontakt@heinemann-und-coll.de

#### 164. Schwerbehinderte, Zustimmungsverfahren Integrationsamt

Die zulässige Klage ist unbegründet. Der angefochtene Bescheid vom 29.6.2009 und der Widerspruchsbescheid vom 31.3.2010 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO). Der Beklagte hat die Zustimmung zur außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beigeladenen zu Recht versagt.

Rechtsgrundlage für die Entscheidung über den Antrag eines Arbeitgebers auf Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Schwerbehinderten sind die §§ 85 ff. SGB IX. Danach trifft das Integrationsamt seine Entscheidung grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen; lediglich in den Fällen des §§ 89 und 91 Abs. 4 SGB IX findet eine Einschränkung dieses Ermessens zugunsten des Arbeitgebers statt. Soweit das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund gekündigt werden soll, ist Ausgangspunkt der Entscheidung § 91 Abs. 4 SGB IX. Danach soll die Zustimmung erteilt werden, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht.

Wie schon das Integrationsamt des Beklagten zutreffend festgestellt hat, sind die Voraussetzungen des § 91 Abs. 4 SGB IX hier erfüllt, denn ein Zusammenhang zwischen den Kündigungsgründen und der Behinderung der Beigeladenen ist nicht ersichtlich. Des Weiteren liegt auch kein sogenannter



atypischer Fall im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor, der es rechtfertigen könnte, von der grundsätzlich die Klägerin als Arbeitgeberin begünstigenden Sollvorschrift des § 91 Abs. 4 SGB IX abzuweichen. Gleichwohl führt dies nicht zur Zustimmung, denn das Integrationsamt des Beklagten hat in Bezug auf den wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB eine so genannte Evidenzkontrolle durchzuführen. Dabei ist das Integrationsamt grundsätzlich nicht berechtigt, über die Wirksamkeit der beabsichtigten außerordentlichen Kündigung, also das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu urteilen (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.11.2005 – 9 S 2178/05 –). Der Wortlaut des § 91 Abs. 4 i.V.m. § 85 SGB IX deutet nicht auf ein solches Prüfungsrecht oder gar eine Prüfungspflicht hin. Auch der Zweck des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte erfordert es grundsätzlich nicht, dem Integrationsamt die Prüfung eines wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB abzuverlangen, bevor es der außerordentlichen Kündigung seine Zustimmung erteilt. Die Ausübung des arbeitgeberseitigen Kündigungsrechtes ist einer vorherigen Kontrolle des Integrationsamtes unterworfen, um bereits im Vorfeld der Kündigung die spezifischen Schutzinteressen schwerbehinderter Arbeitnehmer zur Geltung zu bringen. Es ist jedoch nicht Aufgabe des Sonderkündigungsschutzes, den von den Arbeitsgerichten nach erfolgter Kündigung zu gewährenden arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zu ersetzen oder gar überflüssig zu machen. Dem Integrationsamt ist nicht die umfassende Abwägung aller den Kündigungsstreit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmenden widerstreitenden Interessen aufgetragen, sondern nur die Einbringung bestimmter vom Schutzzweck des Schwerbehindertengesetzes erfassten Interessen. Es ist auch nicht Sinn des Gesetzes, dem Schwerbehinderten die Unannehmlichkeiten und Belastungen eines Kündigungsschutzstreites mit dem Arbeitgeber abzunehmen, da derartige Lasten alle Arbeitnehmer treffen können und der Schwerbehinderte insoweit grundsätzlich keinen besonderen Schutzanspruch hat. Das Gesetz will den Schwerbehinderten nicht gegenüber dem Nichtbehinderten bevorzugen, sondern lediglich seine behinderungsbedingten Nachteile ausgleichen (vgl. hierzu: BVerwG, Urte. v. 2.7.1992 – 5 C 39/90 –, BVerwGE 90,275 ff.; VGH Baden-Württemberg a.a.O.). Nur wenn Umstände vorliegen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen, darf die Behörde anders verfahren als im Gesetz vorgesehen und den atypischen Fall nach pflichtgemäßen Ermessen entscheiden (vgl. hierzu: BVerwGE, Urte. v. 2.7.1992, a.a.O.; VGH Baden-Württemberg, a.a.O.) Ein solcher atypischer Fall liegt nach Überzeugung des Gerichts dann vor, wenn die zur Begründung des Zustimmungsantrages vom Arbeitgeber vorgetragene Gründe eine außerordentliche Kündigung offensichtlich nicht zu rechtfertigen vermögen. Insoweit hat das Integrationsamt im Rahmen seiner Zustimmungsentscheidung zu berücksichtigen, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegen kann (VG des Saarlandes, Urte. v. 5.10.2005 – 10 K 39/05 –; offen gelassen: BVerwG, Urte. v. 2.7.1992 – 5 C 39/90 –, BVerwGE 90,

275 f., HessVGH Urte. v. 10.8.1993 – 9 UE 1274/90 –, ESVGH 44,42). Eine solche offensichtliche arbeitsrechtliche Unwirksamkeit der Kündigung ist dann anzunehmen, wenn sie ohne jeden vernünftigen Zweifel in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht offen zu Tage liegt, mithin jedem Kundigen sich geradezu aufdrängt (VG des Saarlandes, Urte. v. 5.10.2005 – 10 K 39/05 –; BVerwGE, Urte. v. 2.7.1992, a.a.O.; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 24.11.2005, a.a.O.). Sind die vorgelegten Kündigungsgründe zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung offensichtlich unwirksam, spricht viel dafür, dass der Arbeitgeber diese Gründe nur „vorschiebt“, es ihm aber eigentlich darum geht, sich von einem schwerbehinderten Mitarbeiter zu trennen. In diesem Fall ist es nicht erforderlich, es dem Arbeitgeber durch eine weitreichende Einschränkung der Prüfungscompetenz des Integrationsamtes zu ermöglichen sich rasch von einem schwerbehinderten Arbeitnehmer zu trennen, da diesem hier gerade kein schwerwiegendes Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann. Wenn die vorgetragene Gründe eine außerordentliche Kündigung ganz offenkundig nicht zu rechtfertigen vermögen, ist das Ermessen des Integrationsamtes soweit reduziert, dass die Verweigerung der Zustimmung die einzig rechtmäßige Entscheidung darstellt. Es sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, dem Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung zu entsprechen, wenn die Unwirksamkeit dieser Kündigung offen zu Tage liegt.

Zur Überzeugung des Gerichts liegt eine solche offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung hier vor. So hat die Klägerin den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung damit begründet, dass ihr eine Weiterbeschäftigung der Beigeladenen aufgrund deren Verhaltens nicht zumutbar sei. Diese habe ihr bekanntermaßen nicht mehr zustehende Ansprüche gerichtlich einklagen lassen, darüber mehrfach vor dem Arbeitsgericht verhandelt und sie schließlich titulieren lassen, um dann sogar die Zwangsvollstreckung anzudrohen. Damit habe die Beigeladene zumindest einen versuchten Betrug zu Lasten der Klägerin begangen. Eine nach § 263 StGB strafbare Handlung der Beigeladenen liegt jedoch nicht vor. Denn eine solche könnte die Beigeladene zum einen nur dadurch begangen haben, dass sie es im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main unterlassen hat, ihre Ansprüche gegenüber der Bundesagentur für Arbeit offenzulegen. Eine strafbare betrügerische Handlung der Beigeladenen durch Unterlassen, würde jedoch eine Garantenpflicht der Beigeladenen gegenüber der Klägerin voraussetzen, die vorliegend nicht erkennbar ist. Auch soweit die Beigeladene ihre Gehaltsansprüche in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren und anschließend aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 20.5.2009 – 7 Ca 7633/08 – gegenüber der Klägerin geltend gemacht hat, liegt eine strafbare Handlung nicht vor. Denn die Beigeladene durfte aufgrund des Schreibens der Bundesagentur für Arbeit vom 13.1.2009 davon ausgehen, dass sie Arbeitslosengeld gemäß § 143 Abs. 3 bzw. § 143a Abs. 4 SGB III zunächst ohne Berücksichtigung ihrer Ansprüche gegenüber der Klä-

## Bestandsschutz

gerin erhält. Das Schreiben enthielt den Hinweis an die Beigeladene, dass sie die Bundesagentur über den Ausgang des gegen die Klägerin geführten Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht unverzüglich informieren muss, damit ihr dann mitgeteilt werden kann, in welcher Höhe die Klägerin Beträge an die Bundesagentur für Arbeit abzuführen hat. Danach konnte die Beigeladene aber davon ausgehen, dass die Geltendmachung ihrer arbeitsrechtlichen Forderung in Ordnung war und in keiner Weise in der Absicht geschah, sich zu bereichern und somit auch keinen strafrechtlichen Charakter hatte. Dass die Klägerin von der Geltendmachung von Arbeitslosengeld durch die Beigeladene und dem nachfolgenden Anspruchsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit informiert war, ergibt sich aus dem Schreiben der Bundesagentur für Arbeit an die Klägerin vom 13.1.2009, spielt letztendlich aber für die Frage, ob sich die Beigeladene strafbar gemacht hat, keine Rolle.

Etwas anderes ergibt sich für das erkennende Gericht auch nicht aus den Ausführungen des Hess. VGH in dem Beschl. v. 16.11.2010 – 10 A 1234/10.Z –, auf den die Klägerin hingewiesen hat. Denn in dem dort zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die Falschbeantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung evident keine arbeitsvertraglichen Pflichten verletze, während im vorliegenden Fall die Frage zu beantworten war, ob die Geltendmachung einer arbeitsvertraglichen Forderung bei gleichzeitigem Bezug von Arbeitslosengeld strafrechtlichen Charakter hat.

Da somit ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung ganz offensichtlich nicht vorliegt, war das Ermessen des Beklagten dahingehend reduziert, dass die Versagung der Kündigung die einzig rechtmäßige Entscheidung darstellte.

Aus den gleichen Gründen konnte auch einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugestimmt werden. In diesem Fall hat das Integrationsamt über den Zustimmungsantrag nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dieses wird durch eine Abwägung des Interesses der Klägerin an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Interesse der Beigeladenen am Erhalt ihres Arbeitsplatzes und unter Beachtung der auf Rehabilitation und Teilhabe gerichteten Zielsetzung des SGB IX ausgeübt. Das Fehlen eines tragfähigen Grundes – wie zuvor ausgeführt – konnte dabei nur zum Überwiegen des Interesses der Beigeladenen an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 188 S. 2 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen hat die Klägerin zu tragen (§ 162 Abs. 3 VwGO), da jene erfolgreich einen Antrag gestellt und damit das Risiko eigener Kostentragungspflicht übernommen hat.

■ Verwaltungsgericht Kassel  
vom 15.4.2011, 5 K 585/10.KS  
eingereicht von Rechtsanwältin Astrid Cornelius,  
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt  
Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

### 165. Außerordentliche Kündigung, anwaltliche Berufspflichten, Interessenabwägung

... 1. Zutreffend hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Berufungskammer anschließt, jede außerordentliche Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nur wirksam sein kann, wenn neben einem an sich wichtigen Grund eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der Interessen der Vertragspartner ergibt, dass die Fortsetzung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann. Dies folgt aus dem klaren Gesetzeswortlaut. Der Grundsatz gilt auch für Vermögensdelikte, für Überschreitungen von Vollmachten und für Verletzungen der Schweigepflicht und ergibt sich schon daraus, dass das Gesetz absolute Kündigungsgründe, die in jedem Fall zur außerordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigen, seit 1.9.1969, seit Inkrafttreten des ArbRBereinigG vom 16.8.1969, nicht mehr kennt (BAG, v. 10.6.2010, 2 AZR 541/09, zitiert nach juris, Rn 38 bei gegen den Arbeitgeber gerichteten Vermögensdelikten; BAG, v. 12.5.2010, 2 AZR 587/08, zitiert nach juris, für Verletzung von Geheimhaltungspflichten; BAG, v. 11.3.1999, 2 AZR 51/98, zitiert nach juris, für den Fall der Vollmachtsüberschreitung; umfassend *Fischermeier*, in: KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rn 74 ff.).

2. Zutreffend hat das Arbeitsgericht angenommen, dass sowohl Vollmachtsüberschreitungen, die Vermögensschäden beim Arbeitgeber auslösen können, als auch Verletzungen der anwaltlichen Schweigepflicht dem Grundsatz nach „an sich“ geeignete wichtige Gründe im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB darstellen können. Sind solche behaupteten Verstöße nicht abgemahnt, wäre hierfür jedoch Voraussetzung, dass feststeht, dass diese Verstöße vorsätzlich und nicht nur fahrlässig begangen wurden. Schon hieran hat die Berufungskammer Zweifel, selbst wenn man den von den Beklagten vorgetragene Sachverhalt zugrunde legt. Es steht auch unter Berücksichtigung der Handnotiz der Klägerin gerade nicht fest, dass die Klägerin auf die den Beklagten zustehende Gebühren bewusst verzichtet hat. Die Klägerin hat vorgetragen, sie habe angenommen, ein derartiges Telefonat über die Art der Beendigung des an sich – durch Erteilung der eingeklagten Auskunft – erledigten Rechtsstreits rechtfertige das Ansetzen einer Einigungsgebühr nicht. Dies erscheint der Kammer als durchaus nachvollziehbar. Es handelt sich nicht um den typischen Fall der Vollmachtsüberschreitung, sondern um einen Sonderfall, in dem durchaus nachvollziehbar ist, dass ein Anwalt von einer für den Mandanten günstigen Gestaltungsmöglichkeit ohne das Anfallen einer Einigungsgebühr ausgehen kann. Der Vorwurf der Standeswidrigkeit erscheint der Kammer als weit hergeholt. Unabhängig hiervon kann eine solche Einschätzung, dass diese Art der Erledigung keine Einigungsgebühr auslösen würde oder dass im Inte-

resse des Mandanten in diesem Fall keine Einigungsgebühr geltend gemacht werden würde, einen wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht rechtfertigen. Es würde sich – selbst wenn sich diese von der Klägerin behauptete Einschätzung als falsch herausstellen würde – um einen normalen Verhaltensverstoß handeln. Das Arbeitsverhältnis wird hierdurch, legt man unabhängig von der subjektiven Einstellung der Beklagten die berechtigte Prognose eines verständigen Arbeitgebers zugrunde, in keiner Weise so belastet, dass an eine Zusammenarbeit in der Zukunft nicht zu denken gewesen wäre. Ein solcher Fehler könnte allenfalls nach vorheriger Abmahnung und Wiederholung als wichtiger Grund für die Beendigung geeignet sein. Dafür, dass die Klägerin bewusst und gewollt zum Nachteil der Beklagten – mit Schädigungsabsicht – auf Gebühren verzichtet hätte, gibt es keine Anhaltspunkte. Im Übrigen wären die Beklagten für das Vorliegen eines solchen Sachverhalts darlegungs- und beweispflichtig gewesen.

3. Ähnliches gilt für die Nichtgeltendmachung von Gebühren für eine Tätigkeit für die Schwiegermutter der Klägerin. Auch wenn die Klägerin den Beklagten zu 3.) nicht wie sie behauptet – um Einverständnis zur Vertretung ohne Gebühren gebeten hätte, erscheint es der Kammer als nachvollziehbar, dass die Klägerin Gebühren gegenüber der Schwiegermutter nicht geltend gemacht hat. Die Beklagten hätten für eine solche Tätigkeit die Genehmigung zur Vertretung erteilen müssen. Die Klägerin musste nicht davon ausgehen, dass die Beklagten auf der Erhebung der Gebühren bestehen würden. Dies gilt auch dann, wenn für die Tätigkeit in geringem Umfang Sachmittel der Kanzlei verwendet wurden und wenn die Klägerin die Schriftsätze innerhalb ihrer Arbeitszeit – insoweit haben die Beklagten ohnehin keine näheren Angaben gemacht, gefertigt haben sollte. Das Verhalten der Klägerin erscheint der Kammer als sozial adäquat. Selbst wenn eine Genehmigung also nicht vorgelegen haben sollte, konnte die Klägerin davon ausgehen, dass dieses Verhalten geduldet würde. Das Arbeitsverhältnis wird durch ein solches Verhalten in keiner Weise so belastet, dass ein wichtiger Grund für die Kündigung „an sich“ gegeben wäre. Die Beklagten hätten auf ein solches Verhalten allenfalls mit einer Abmahnung reagieren können.

4. Schwer nachvollziehbar – wie das gesamte Verhalten der Beklagten – ist es, dass die Verletzung der anwaltlichen Schweigepflicht nunmehr als Kündigungsgrund dienen soll. Es mag zwar sein, dass die Klägerin diese verletzt hat. Sie hat allerdings unwidersprochen vorgetragen, sie habe eine Zeugin für Beschimpfungen durch den Mandanten haben wollen. Der Verstoß wiegt in einem solchen Fall keinesfalls schwerwiegend: Es ist nicht ersichtlich, dass nicht ein Hinweis der Beklagten auf eine korrekte Handhabung oder eine Abmahnung ausgereicht hätten, um die Klägerin zu einer ordnungsgemäßen Handhabung in der Zukunft anzuhalten. Soweit die Beklagten sich auf die Auskünfte über ein weiteres Verfahren auf die Reinigungskraft stützen, ist der Sachverhalt ohnehin unklar. Die Beklagten erklären selbst,

dass die Reinigungskraft Auskünfte abgewehrt und gar nicht erhalten hat. Sie können nach alledem gar nicht wissen, ob die Klägerin über einen formalen Stand hinaus weitere Auskünfte inhaltlicher und die anwaltliche Schweigepflicht verletzender Art gegeben hätte. Die Klägerin hat offensichtlich nur helfen wollen. Eine Verletzung ihrer Verpflichtungen lässt sich daraus nicht konstruieren.

5. Auch eine Zusammenschau der vorgetragenen Kündigungssachverhalte rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung nicht. Sämtliche der vorgetragenen Vorwürfe betreffen ein Verhalten, das erst nach Abmahnung zur Kündigung berechtigen könnte. Auch eine Gesamtschau kann hieran nichts ändern. Das Arbeitsverhältnis wird durch die möglichen mehreren „leichteren“ und den Ausspruch einer Abmahnung voraussetzenden Verstöße nicht in einer Weise belastet, dass es unzumutbar wäre, bis zum Ablauf der vereinbarten Beendigung nur wenige Tage später daran festzuhalten. Es kann daher dahinstehen, ob sich ein „wichtiger Grund“ im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB auch dann ergeben kann, wenn mehrere Verstöße zusammentreffen, von denen keiner ohne Abmahnung zur Kündigung berechtigen würde. Zwar ist die Unzumutbarkeit, am Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der vereinbarten Beendigung noch festzuhalten, auch dann nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn dieses Arbeitsverhältnis nur noch wenige Tage andauern würde. Zu Recht hat das Arbeitsgericht jedoch der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis nur noch wenige Tage andauert hätte und dass die Klägerin unwiderruflich von der Verpflichtung zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung freigestellt war, erhebliche Bedeutung zugemessen. Dies verlangt schon der Gesetzeswortlaut des § 626 Abs. 1 BGB. Überzeugend hat das Arbeitsgericht zudem darauf abgestellt, dass die von den Beklagten geltend gemachte Absicht, die in der Aufhebungsvereinbarung festgelegte Abgeltungsklausel zu beseitigen, bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht entscheidend zugunsten der Beklagten spricht. In der Tat hat der Gesetzgeber zur Beseitigung vertraglicher Vereinbarungen eigene Rechtsinstitute vorgesehen. Nach § 626 Abs. 1 BGB ist auf das Interesse an der sofortigen Beendigung abzustellen, auf die fehlende Zumutbarkeit, am Arbeitsverhältnis als solches festzuhalten.

Letztlich kann dies aber dahinstehen. Selbst wenn man den Wegfall der Abgeltungsklausel als im Rahmen des § 626 Abs. 1 BGB zu beachtendes Interesse der Beklagten ansehen würde, würden die Interessen der Beklagten an der sofortigen Beendigung diejenigen der Klägerin an der Aufrechterhaltung bis zum Eintritt der vereinbarten Beendigung nicht überwiegen. Die behaupteten Verfehlungen der Klägerin sind, selbst wenn der Sachvortrag der Beklagten hypothetisch als zutreffend unterstellt wird, nicht als besonders schwerwiegend anzusehen. Das Arbeitsverhältnis wird hierdurch nicht in besonderem Maß belastet. Zu Lasten der Beklagten ist zudem, wie vom Arbeitsgericht zutreffend hervorgehoben, zu beachten, dass die Parteien mit der Vereinbarung einer Abgeltungsklausel bewusst ein gewisses Risiko eingehen. Der Umstand, dass

## Bestandsschutz

sich dieses bewusst eingegangene Risiko nunmehr verwirklicht hat, kann selbst wenn man ihn berücksichtigt, das Bestandsinteresse der Klägerin nicht entscheidend überwiegen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 22.2.2011, 6 Sa 729/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer,  
Martin-Luther-Platz 6–8, 91552 Ansbach  
Tel.: 0981/9712700, Fax: 0981/97127030  
info@rae-pbw.de, www.rae-pbw.de

### 166. Verhaltensbedingte Kündigung, Videoüberwachung, Datenschutz

Die Verwertung heimlicher Videoaufnahmen von öffentlich zugänglichen Räumen (hier: Kassenbereich eines Supermarktes) kann im Kündigungsschutzprozess in verfassungskonformer Einschränkung des § 6b Abs. 2 BDSG zulässig sein, wenn sich der Arbeitgeber in einer notwehrähnlichen Lage befindet und die heimliche Videoüberwachung nicht unverhältnismäßig ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 18.11.2010, 6 Sa 817/10

### 167. Aufhebungsvertrag, Anfechtung

... 2. Der Kläger befand sich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages nicht in einem Zustand, der die freie Willensbestimmung ausschloss.

Die Geschäftsfähigkeit ist die Regel, ihr Fehlen die Ausnahme. Wer sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft, hat ihre Voraussetzungen zu beweisen (vgl. BGH, Ur. v. 9.2.1972, IV ZR 122/71; NJW 72, 681).

Dies hat der Kläger nicht getan. Nach dem eingeholten Sachverständigengutachten lag zwar wahrscheinlich eine psychische Störung des Klägers vor. Es kann aber nicht sicher festgestellt werden, dass die Beeinträchtigung derart gravierend war, dass am 15.6.2009 oder zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung aufgehoben war.

Das Gericht sieht keine Anhaltspunkte, dem Gutachten nicht zu folgen. Es ist in sich schlüssig und nachvollziehbar. Unter Berücksichtigung des Inhalts des Gutachtens ist das Gericht insgesamt nicht gemäß § 286 ZPO davon überzeugt, dass sich der Kläger bei der Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befunden hat. Dies geht zu Lasten des Klägers, der sich auf seine Geschäftsunfähigkeit beruft und damit insoweit beweisbelastet ist.

Die Willenserklärung des Klägers zum Abschluss des Aufhebungsvertrages ist daher nicht gemäß §§ 105 Abs. 1, 104 Nr. 2 BGB nichtig.

... 4. Die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages scheidet auch nicht an § 92 SGB IX. Diese Vorschrift betrifft Fallgestaltungen, dass ein Arbeitsverhältnis aufgrund einer Regelung in einer Betriebsvereinbarung oder in einem Tarifvertrag

automatisch endet, wenn eine Erwerbsminderungsrente gewährt wird. Der Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen nach §§ 85, 92 SGB IX greift im Falle eines Aufhebungsvertrages nicht ein, da ein schwerbehinderter Mensch auf diesen Schutz auch verzichten kann. Eine Zustimmung des Integrationsamts zu dem Aufhebungsvertrag war demnach nicht erforderlich.

Andere Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Der Aufhebungsvertrag ist daher wirksam und hat das Arbeitsverhältnis zum 30.6.2009 beendet. Die Klage ist abzuweisen.

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 24.3.2011, 8 Ca 5135/09  
eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer,  
Martin-Luther-Platz 6–8, 91552 Ansbach  
Tel.: 0981/9712700, Fax: 0981/97127030  
info@rae-pbw.de, www.rae-pbw.de

### 168. Betriebsdingte Kündigung, zeitliche Koordination Organisationsentscheidung – Kündigungsfrist

I. ... 1. Die ausgesprochene Kündigung ist nicht sozialwidrig im Sinne des § 1 KSchG.

a) Vielmehr kann die Beklagte die Kündigung erfolgreich auf ein „dringendes betriebliches Erfordernis“ im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG stützen. Wie sich aus dem vorgetragenen Inhalt des an den Betriebsrat gerichteten Informationsschreibens vom 12.3.2009 (Bl. 30 ff. d.A.) ergibt, hat die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen, die bisherige Aufgabenstellung des Klägers als Systemadministrator vollständig entfallen zu lassen mit der Folge, dass im Betrieb der Beklagten kein entsprechender Beschäftigungsbedarf mehr besteht.

(1) In Anbetracht der Tatsache, dass die unternehmerische Entscheidung der Beklagten nicht etwa darauf gerichtet ist, die bislang vom Kläger erledigten Tätigkeiten auf andere Beschäftigte des Betriebes umzuverteilen, vielmehr die vollständige Erledigung der Aufgaben ohne den Einsatz eigenen Personals – teils durch Beschäftigte der Konzern-Zentrale, teils durch Einsatz von Dienstleistern vor Ort – erfolgen soll, kommt es nicht darauf an, ob der Prozessvortrag der Beklagten die bislang vom Kläger erledigten und künftig von externen Stellen zu erledigenden Tätigkeiten korrekt und vollständig beschreibt und mit dem jeweils zutreffenden Zeitanteil erfasst; ebenso wenig ist entscheidend, inwiefern der in der Konzern-Zentrale tätige Arbeitnehmer H über ausreichende Sprachkenntnisse verfügt, um die bei der Beklagten eingesetzten Beschäftigten bei EDV-Anwendungsproblemen zu unterstützen. Im Gegensatz zur innerbetrieblichen Umverteilung von Tätigkeiten, bei welcher auf eine exakte Erfassung der Einzelaufgaben mit jeweiligen Zeitanteilen nicht verzichtet werden kann, weil die Durchführbarkeit der Organisationsänderung davon abhängt, inwiefern die verbleibenden Arbeitnehmer über entsprechende freie Arbeitskapazitäten verfügen, geht es im vorliegenden Zusammenhang um eine künftige Aufgabenerledigung durch externe Stellen im Wege der kon-

zerninternen Dienstleistung und „zugekaufter“ Dienstleistungen nach Bedarf. Sollte – wie der Kläger beispielhaft vorträgt – eine Unterstützung der Beschäftigten in Fragen der EDV-Betreuung durch Herrn H nicht genügen oder die Geschäftsführerin der Beklagte in verstärktem Maße auf eine Unterstützung der Einkaufsabteilung der Konzern-Zentrale angewiesen sein, begründet dies nicht etwa einen Bedarf zur Weiterbeschäftigung eines betriebsangehörigen Systemadministrators, vielmehr kommt auch für diesen Fall die unternehmerische Entscheidung der Beklagten zur Geltung, im Umfang des bestehenden Bedarfs externe Dienstleister einzuschalten oder Unterstützung durch die Zentrale zu leisten.

(2) Entgegen der Auffassung des Klägers fehlt es auch nicht an der zeitlichen Koordination zwischen Umsetzung der Organisationsentscheidung und Ablauf der Kündigungsfrist. Allein der Umstand, dass die Beklagte an den Kläger mit dem Wunsch herangetreten ist, dieser möge, anstelle seinen Resturlaub während der Kündigungsfrist zu nehmen, beim Aufbau des Netzwerks in den neuen Räumlichkeiten in G mitwirken, bedeutet nicht, dass in Wahrheit der Bedarf für die Weiterbeschäftigung des Klägers als Systemadministrator über den vorgesehenen Termin vom 30.9.2009 hinaus bestanden hat bzw. im Zeitpunkt der Kündigung für eine diesbezügliche Prognose keine Grundlage bestand. Die im Zusammenhang mit dem Umzug des Betriebes nach G anfallenden, auf den Aufbau des Netzwerks bezogenen Aufgaben waren weder mit der bislang erledigten Aufgabenstellung des Klägers als Systemadministrators identisch, noch war die Beklagte gehalten, mit dem Ausspruch der Kündigung bis zum Umzug bzw. dem vollständigen Aufbau der EDV am neuen Standort zu warten. Wie die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, ist die Umzug nach G und der Aufbau der dortigen EDV tatsächlich zum 1.10.2009 erfolgt. Ob nach den Planungen der Beklagten im Kündigungszeitpunkt der Kläger in Person oder ein entsprechend qualifiziertes Unternehmen die technischen Voraussetzungen für die Umsetzung des neuen Konzepts bis zum 30.9. 2009 schaffen sollte, ist für die soziale Rechtfertigung der Kündigung ohne Belang.

Ein freier Arbeitsplatz, auf welchem der Kläger zur Vermeidung der Kündigung hätte eingesetzt werden können, ist unstreitig im Betrieb der Beklagten nicht vorhanden gewesen.

Entgegen der Auffassung des Klägers war für die Durchführung einer Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG kein Raum, da der Kläger als einziger Arbeitnehmer mit entsprechender Aufgabenstellung beschäftigt war. Soweit der Kläger demgegenüber meint, aufgrund der arbeitsvertraglichen Versetzungsklausel erstreckte sich die Sozialauswahl auch auf andere Aufgaben, ist zu beachten, dass auch ein erweitertes Direktionsrecht eine Erstreckung der Sozialauswahl allein auf solche Tätigkeiten bewirkt, welche der Arbeitnehmer aufgrund seiner Qualifikation ohne längere Einarbeitungszeit ausüben kann. Weder ist ersichtlich, inwiefern die vom Kläger als vergleichbar reklamierten Tätigkeiten in Buchhaltung oder Außendienst auf derselben Hierarchieebene angesiedelt und

damit im rechtlichen Sinne mit der bisherigen Aufgabenstellung des Klägers vergleichbar sind, noch ist ersichtlich, aus welchem Grunde der Kläger meint, nicht irgendwelche, sondern solche Tätigkeiten in Buchhaltung oder Außendienst erledigen zu können, welche eine fachliche Qualifikation erfordern, welche der Ausbildung eines Systemadministrators mit den bisherigen Aufgaben des Klägers entspricht.

■ Landesarbeitsgericht Hamm  
vom 10.3.2011, 8 Sa 2259/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller,  
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn  
Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556  
info@gm-arbeitsrecht.de

### 169. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl

1. Ob ein von einer betriebsbedingten Kündigung betroffener Arbeitnehmer einen mit anderen Arbeitnehmern vereinbarten Ausschluss betriebsbedingter Kündigung für einen bestimmten Zeitraum bei Überprüfung der Sozialauswahl gegen sich gelten lassen muss, richtet sich nach den Kriterien, die das Bundesarbeitsgericht für die Frage aufgestellt hat, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der Überprüfung der Sozialauswahl an sich nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeiten infolge einer vertraglichen Vereinbarung der Anrechenbarkeit zu berücksichtigen sind (vgl. BAG, Ur. v. 2.6.2005 – 2 AZR 480/04 –).

2. Danach muss ein von einer betriebsbedingten Kündigung betroffener Arbeitnehmer einen mit anderen Arbeitnehmern vereinbarten Ausschluss betriebsbedingter Kündigung u.a. dann im Rahmen der Sozialauswahl nicht gegen sich gelten lassen, wenn für diese Vereinbarungen kein sachlicher Grund besteht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 18.2.2011, 9 Sa 417/10

### 170. Verhaltensbedingte Kündigung, Betriebsratsanhörung

1. Auch nach einer vorsätzlichen Sachbeschädigung des Arbeitnehmers kann, insbesondere in einem langjährigen Arbeitsverhältnis, vor Ausspruch der Kündigung eine Abmahnung erforderlich sein.

2. Hat der Arbeitnehmer sich nach Begehung der Sachbeschädigung beim Arbeitgeber entschuldigt und den Ausgleich des Schadens angeboten, ist dies im Rahmen der Anhörung der Mitarbeitervertretung zu einer beabsichtigten Kündigung mitzuteilen.

3. Bei der Anhörung der Mitarbeitervertretung nach § 31 MAVO hat der Arbeitgeber die Kündigungsgründe mitzuteilen. Es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie im Rahmen des § 102 BetrVG.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 26.10.2010, 12 Sa 936/10

## Bestandsschutz

**171. Kündigungsschutzklage, Klageverzicht, vorformulierter Vertrag, Erfüllungsmöglichkeit des Arbeitnehmers**

II. ... 1.1.1 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Arbeitnehmer nach Ausspruch der Kündigung durch den Arbeitgeber auf die Erhebung oder Durchführung einer Kündigungsschutzklage verzichten (BAG, v. 6.9.2007 – 2 AZR 722/06 – NZA 2008, 219 Rn 15). Aus Gründen der Rechtsklarheit verlangt das Bundesarbeitsgericht jedoch, dass ein Verzicht in einer vertraglichen Erklärung unmissverständlich zum Ausdruck kommen müsse (BAG, v. 17.5.2001 – 2 AZR 460/00 – EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 3). Dies könne nach Ansicht des BAG etwa in der Weise geschehen, dass der Arbeitnehmer erklärt, er wolle von seinem Recht, das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, Abstand nehmen oder eine mit diesem Ziel bereits erhobene Klage nicht mehr durchführen. Gleiches gelte für eine Erklärung des Arbeitnehmers, gegen die Kündigung erhebe er keine Einwendungen. Nur so sei sichergestellt, dass der Arbeitnehmer bei der Unterschriftenleistung die Bedeutung und Tragweite seiner Erklärung erkennt und dass spätere Unklarheiten über den Erklärungswillen des Arbeitnehmers weitgehend ausgeräumt werden (BAG, v. 3.5.1979 – 2 AZR 679/77 – EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 15).

1.1.2 Bei Anwendung dieser Grundsätze kann nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass ein Klageverzichtsvertrag vorliegt. Dies scheitert daran, dass in Ziff. 1 der Vereinbarung auch eine reine Wissenserklärung ohne eigenständigen Regelungsgehalt gesehen werden kann.

Die Beklagte ist allerdings der Ansicht, dass sich schon aus der Überschrift „Vereinbarung“ und den Unterschriften ergebe, dass insofern eine Regelung vorliege. Dem ist so nicht zu folgen. Unstreitig haben die Parteien Regelungen jedoch getroffen. Dies betrifft z.B. die Freistellung, die Nutzung des Dienstwagens und die Übergabe von Betriebsunterlagen. Damit stellt sich aber der gesamte Text nicht automatisch als Regelung dar. So wird in Ziffer 2 der Vereinbarung der Gehalt des Klägers ausdrücklich mit 2.800,- EUR brutto erwähnt, hinsichtlich des Reisekostenvorschusses wird die Höhe von 1.540,- EUR angegeben. Bei konsequenter Anwendung der Rechtsansicht der Beklagten müsste hierin auch eine Regelung gesehen werden. Dafür liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, denn hierüber hat kein Streit bestanden. Insofern ergibt sich, dass der Text der Vereinbarung neben vertraglichen Regelungen auch das Bestehen unstreitiger Tatsachen festhält.

Ziff. 1 der Vereinbarung kann auch so gelesen werden, dass nur wiedergegeben wird, wie es zu dem in der Betreffzeile angegebenen „Ausscheiden per 30.9.2010“ kommt, nämlich durch die Kündigung vom 15.6.2010, die eine Beendigung zum 30.9.2010 vorsieht.

Hätte man eine eigenständige Regelung gewollt, dann hätte man eine Formulierung wählen können, die eindeutig ist. So heißt es z.B. häufig in gerichtlichen Vergleichen: „Die Parteien

sind sich darüber einig, dass ihr Arbeitsverhältnis aufgrund der Kündigung vom ... am ... endet.“ Eine solche Formulierung hätte klargestellt, dass es der eigenständige und gemeinsame Wille der Parteien ist, zu dem entsprechenden Zeitpunkt eine Beendigungswirkung herbeizuführen.

Gegen eine eigenständige Regelung spricht auch, dass dies in keiner Weise dem Interesse des Klägers entsprochen hätte. Dieser hatte um das Gespräch gebeten, um u.a. atmosphärische Störungen mit seinem Vorgesetzten zu besprechen. Er selbst hat nach eigener Darstellung vorgetragen, wie und warum er sich bei einzelnen Montageaufträgen verhalten hatte. Aus seiner Perspektive war er sich eines relevanten Fehlverhaltens nicht bewusst, was die Beklagte als „uneinsichtig“ charakterisiert. Die von der Beklagten vorgeschlagene Freistellung von 3 1/2 Monaten war durchaus nicht so attraktiv, um auf ein langjähriges Arbeitsverhältnis zu verzichten, zumal der hier klagende Arbeitnehmer selbst davon ausging, dass ein Fehlverhalten nicht vorliegt.

Auch wenn das Bundesarbeitsgericht schon nach seiner bisherigen Rechtsprechung an die Eindeutigkeit der Verzichtserklärung besonders strenge Anforderungen stellt, so ist dies in rechtlicher Hinsicht inzwischen verschärft worden. Die Beklagte muss sich entgegenhalten lassen, dass nach § 305c Abs. 2 BGB Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Gem. § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB findet diese Regelung Anwendung bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, soweit es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, selbst wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Unstreitig ist ein Arbeitnehmer Verbraucher im Sinne dieser Norm. Die Beklagte hatte die Vereinbarung vom 15.6.2010 ebenfalls unstreitig vorformuliert. Die Beklagte selbst trägt auch nur vor, dass das Datum für die Nutzung des Dienstfahrzeuges offen gewesen sei. Eine tatsächliche Einflussnahme des Klägers auf Ziff. 1 der Vereinbarung wird von ihr nicht behauptet. Insofern sind die Zweifel bei der Auslegung der Ziff. 1 der Vereinbarung, ob es sich um eine Willens- oder nur um eine Wissenserklärung handelt, zu Lasten der Beklagten auszulegen. Dies hat zur Folge, dass von einer reinen Wissenserklärung auszugehen ist.

Es kann offen bleiben, ob Ziff. 1 der Vereinbarung vom 15.6.2010 auch deswegen unwirksam ist, weil sie gegen § 305c Abs. 1 BGB verstößt. Danach werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Dies ist hier deswegen zweifelhaft, weil die Vereinbarung auch von ihrem äußeren Umfang im Wesentlichen die Folgen der Freistellung, die Nutzung des Dienstwagens und die Rückgabe von Betriebsgegenständen

regelt. Die viel gewichtigere Folge eines Klageverzichts wird gerade nicht ausdrücklich angesprochen. Insofern kann in dieser Klausel auch ein Überrumpelungseffekt im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB gesehen werden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 5.1.2011, 15 Sa 1992/10

### 172. Betriebsbedingte Kündigung, Darlegungslast; Weiterbeschäftigungsanspruch, Widerspruch Betriebsrat

I. ... 2. Die Kündigung ist nicht gerechtfertigt. Die Beklagte stützt die Kündigung auf betriebsbedingte Gründe. Die Kündigung vom 22.12.2009 ist indes nicht durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt.

Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist eine Kündigung u.a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Solche betrieblichen Erfordernisse können sich aus innerbetrieblichen Ursachen (Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder außerbetrieblichen Ursachen (Auftragsmangel, Umsatzrückgang) ergeben (vgl. BAG, Urte. v. 26.11.2009 – 2 AZR 658/08 – EzA Nr. 76 zu § 2 KSchG = ArbR 2010, 317; BAG, Urte. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1110/06 – AP Nr. 177 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Diese betrieblichen Erfordernisse müssen dringend sein, so dass es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, auf die betriebliche Lage durch andere technische, organisatorische oder wirtschaftliche Maßnahmen als dem Ausspruch einer Kündigung zu reagieren (vgl. BAG, Urte. v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99 – AP Nr. 101 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Das betriebliche Erfordernis für eine Kündigung entsteht in der Regel nicht unmittelbar und allein durch wirtschaftliche Entwicklungen, sondern aufgrund einer – durch wirtschaftliche Entwicklungen und finanzielle Überlegungen veranlasste Entscheidung des Arbeitgebers (unternehmerische Entscheidung). Die Beklagte beruft sich hier auf eine solche unternehmerische Entscheidung. Bei Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen muss der gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG für das Vorliegen von Kündigungsgründen darlegungs- und beweisbelastete Arbeitgeber vortragen, welche organisatorischen und technischen Maßnahmen er ergriffen hat und wie sich diese Maßnahmen auf die Beschäftigungsmöglichkeit auswirken (vgl. BAG, Urte. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1110/06 – a.a.O.). Von den Arbeitsgerichten ist nachzuprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt; eine Überprüfung dieser Entscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit findet hingegen nicht statt (vgl. BAG, Urte. v. 13.2.2008 – 2 AZR 1041/06 – NZA 2008, 819).

Die Beklagte hat vorgetragen, der Kündigungsentschluss beruhe auf der Entscheidung, die Abteilung First Level Support u.a. am Standort B zu schließen und die dort erbrachten Aufgaben fremd zu vergeben. Nach dem Vortrag der Beklagten ist aber nicht ersichtlich, dass es tatsächlich eine eigenstän-

dige Abteilung First Level Support am Standort B gibt bzw. gegeben hat. Eine Betriebsabteilung ist ein räumlich und organisatorisch abgegrenzter Teil eines Betriebs oder eines Betriebsteils, der eine personelle Einheit erfordert, dem eigene technische Betriebsmittel zur Verfügung stehen und der eigene Betriebszwecke verfolgt, die Teil des arbeitstechnischen Zwecks des Gesamtbetriebs sind oder in einem bloßen Hilfszweck für den arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebs bestehen können (BAG, Urte. v. 23.2.2010 – 2 AZR 656/08 – EzA Nr. 66 zu § 15 KSchG n.F. = DB 2010, 2621; BAG, Urte. v. 17.11.2005 – 6 AZR 118/05 – NZA 2006, 370, Urte. v. 22.9.2005 – 2 AZR 544/04 – NZA 2006, 558; Urte. v. 21.6.1995 – 2 AZR 693/94 – EzA Nr. 14 zu § 23 KSchG; BAG, Urte. v. 10.11.1994 – 2 AZR 242/94 – AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1995, 566). Tatsachen, die die Subsumption unter diese Definition der Betriebsabteilung zulassen, sind von der Beklagten nicht vorgetragen. Ihr diesbezüglicher Vortrag beschränkt sich allein darauf, das Bestehen einer eigenständigen Betriebsabteilung zu behaupten und die jeweils den aus ihrer Sicht bestehenden zwei Abteilungen zugewiesenen Aufgaben darzustellen. Zur räumlichen und organisatorischen Abgrenzung enthält der Vortrag nichts. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass das Arbeitsgericht nicht die Grundsätze bei Schließung von Betriebsteilen bzw. bei Betriebs- und Betriebsteilstilllegungen anwendet und deshalb von der Beklagten weitere Darlegungen für den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs verlangt. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgeht, dass die Tätigkeiten des First Level Support fremd vergeben sind und dadurch ein Arbeitskräfteüberhang entstanden ist, steht damit aber noch nicht fest, ob dadurch tatsächlich der Bedarf für einen oder mehrere Arbeitsplätze entfällt oder ob ggf. ein geringerer Arbeitskräfteüberhang entsteht. Ihrer diesbezüglichen Darlegungslast ist die Beklagte nicht nachgekommen. Sie hat nicht dargelegt, dass der Beschäftigungsbedarf für die Klägerin entfallen ist. Insoweit folgt das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg dem Arbeitsgericht Berlin und sieht von einer nur wiederholenden Begründung gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG ab.

3. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für die Klägerin im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit annimmt, erweist sich die Kündigung gleichwohl als sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte die Möglichkeit hat, die Klägerin auf einem freien Arbeitsplatz in ihrem Betrieb nach angemessener Einarbeitungszeit und gegebenenfalls unter geänderten Bedingungen weiterzubeschäftigen. Die Klägerin hätte gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG auf anderen freien Arbeitsplätzen im Betrieb der Beklagten weiterbeschäftigt werden können. Eine Kündigung, die aufgrund einer zum Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes führenden organisatorischen Maßnahme ausgesprochen worden ist, ist nämlich nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis „bedingt“, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Deshalb ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b KSchG die

## Bestandsschutz

Kündigung auch dann sozial ungerechtfertigt, wenn in Betrieben des privaten Rechts der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Diese Weiterbeschäftigungspflicht gilt unabhängig davon, ob ein (fristgemäßer) Widerspruch des zuständigen Betriebsrates vorliegt (vgl. dazu BAG, Urt. v. 24.6.2004 – 2 AZR 326/03 – AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2004, 1268 = EzA Nr. 132 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung). Das Merkmal der „Dringlichkeit“ der betrieblichen Erfordernisse konkretisiert insoweit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio Prinzip). Aus ihm ergibt sich, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten muss (vgl. BAG, Urt. v. 13.3.2007 – 9 AZR 588/06 – AP Nr. 133 zu § 2 KSchG 1969 = ZTR 2007, 572; BAG, Urt. v. 21.4.2005 – 2 AZR 132/04 – BAGE 114, 243 = AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2005, 1289). Voraussetzung ist hierbei allein, dass ein Arbeitsplatz zum Kündigungszeitpunkt frei war oder alsbald frei geworden wäre und diese freie Stelle unter Berücksichtigung der Qualifikation des von einer Kündigung bedrohten Arbeitnehmers einerseits und des Stellenprofils des zu besetzenden Arbeitsplatzes andererseits die einzige Alternative zu einer sonst auszusprechenden Beendigungskündigung war. Die Weiterbeschäftigung muss also sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein. Der Arbeitgeber muss demgemäß vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen anbieten. Dies gilt auch dann, wenn die Weiterbeschäftigung erst nach einer Einarbeitung des Arbeitnehmers auf der freien Stelle, ggf. nach einer zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme möglich ist (BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 107/07 – AP Nr. 178 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2008, 1180; BAG, Urt. v. 7.2.1991 – 2 AZR 205/90 – BAGE 67, 198). Der Arbeitnehmer muss allerdings auch über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügen (BAG, Urt. v. 24.6.2004 – 2 AZR 326/03 – AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 = NZA 2004, 1268 = EzA Nr. 132 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG, Urt. v. 25.4.2002 – 2 AZR 260/01 – AP Nr. 121 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = EzA Nr. 121 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung). Der Arbeitnehmer muss unter Berücksichtigung angemessener Einarbeitungszeiten den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen. Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers.

... II. ... 2. Der Klägerin steht der vom Arbeitsgericht titulierte Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu. Dieser ergibt sich vorliegend schon nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG. Denn der Betriebsrat hat der Kündigung widersprochen.

Nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung nach § 102 Abs. 3 BetrVG frist- und ordnungsgemäß widersprochen und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei. Diese Voraussetzungen sind vollständig erfüllt.

a) Der Widerspruch ist ordnungsgemäß, weil er in ausreichender Weise auf den Widerspruch Grund des § 102 Abs. 3 Nummer 1 BetrVG Bezug nimmt. Ein ordnungsgemäßer Widerspruch liegt vor, wenn der Betriebsrat den Widerspruch Grund durch Angabe von konkreten Tatsachen erläutert und diese Tatsachen es für möglich erscheinen lassen, dass einer der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Widerspruch Gründe vorliegt. Es ist nicht erforderlich, dass die vom Betriebsrat genannten Tatsachen schlüssig einen Widerspruch Grund ergeben. Ausreichend ist vielmehr, dass sie zusammen mit anderen Tatsachen einen Widerspruch Grund ergeben können (Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl. 2009, KR-Etzel, § 102 BetrVG, Rn 144). Es ist zwar anerkannt, dass der Betriebsrat zur Begründung des Widerspruchs konkrete Tatsachen angeben muss und die bloße Wiederholung des Gesetzestextes nicht ausreicht (vgl. LAG Köln, Urt. v. 24.11.2005 – 6 Sa 1172/05 – juris). Die Widerspruch Gründe brauchen aber nicht schlüssig zu sein. Ausreichen ist ein Mindestmaß an konkreter Argumentation im Gegensatz zu reiner Spekulation (vgl. BAG, Urt. v. 17.6.1999 – 2 AZR 608/98 – AP Nr. 11 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung). Macht der Betriebsrat mit seinem Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG geltend, der Arbeitgeber habe zu Unrecht Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einbezogen, müssen diese Arbeitnehmer vom Betriebsrat entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale bestimmbar sein (vgl. BAG, Urt. v. 9.6.2003 – 5 AZR 305/02 – BAGE 107, 66 = AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung = NZA 2003, 1191). Der vorgetragene Sachverhalt muss es als möglich erscheinen lassen, dass einer der in § 102 Abs. 3 BetrVG abschließend aufgezählten Widerspruch Gründe vorliegt (vgl. *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rn 2084 m.w.N.). Die abschließende Begründetheit des Widerspruchs ist keine Anspruchsvoraussetzung für den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG (vgl. nur *Stahlhacke/Preis/Vossen*, a.a.O., Rn 2084).

Vorliegend bezieht sich der Betriebsrat in seinem Widerspruch u.a. auf den Widerspruch Grund des § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG und hat nach den o.g. Grundsätzen in hinreichender Weise widersprochen. Er hat auf die seiner Ansicht nach einzubeziehenden Mitarbeiter in den Bereichen Services (Services/Support), Projects Consulting und Quality Assurance unter Bezugnahme auf das Organigramm hingewiesen. Die-



ses ist eine hinreichend bestimmte Gruppe, wie allein der Umstand zeigt, dass die Beklagte mit dieser Bezeichnung umgehen kann und diese Begriffe selbst im Prozess benutzt hat. Damit hat der Betriebsrat genau genug angegeben, welche Beschäftigten die Beklagte seiner Ansicht nach in die soziale Auswahl hätte einbeziehen müssen. Ob die Auffassung des Betriebsrats zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben, weil es darauf für einen ordnungsgemäßen Widerspruch nicht ankommt. Denn es ist nicht erforderlich, dass die aufgeführten Tatsachen wirklich gegeben sind (KR-Etzel, § 102 BetrVG, Rn 144). Deshalb ist es auch ohne Bedeutung, dass die Beklagte meint, dass diese Mitarbeiter mit der Klägerin nicht vergleichbar seien.

b) Die weitere Voraussetzung für den Weiterbeschäftigungsanspruch, dass die Klägerin Kündigungsschutzklage erhoben hat, ist erfüllt. Die Klägerin hat auch rechtzeitig die Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG verlangt. Das Weiterbeschäftigungsverlangen muss spätestens am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist geschehen (KR-Etzel, § 102 BetrVG, Rn 209) und ist deshalb mit der Klageerhebung rechtzeitig erfolgt. Die Beklagte hat sich nicht nach § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbinden lassen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 24.2.2011, 25 Sa 1672/10

### 173. Kündigungserklärung, Zurückweisung mangels Vollmacht, Telefax

... I. Die außerordentliche Kündigung vom 2.2.2010 ist schon gemäß §§ 174, 180 S. 1 BGB unwirksam. Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Das Zurückweisungsrecht ist nach § 174 S. 2 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber demjenigen, gegenüber dem das einseitige Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, die Bevollmächtigung (vorher) mitgeteilt hat. Folge der Zurückweisung ist – unabhängig vom Bestehen der Vollmacht – die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts; eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus (BAG, Urt. v. 10.2.2005 – 2 AZR 584/03 – AP Nr. 18 zu § 174 BGB = EzA Nr. 3 zu § 174 BGB 2002 = ZTR 2005, 658; BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06 – BAGE 119, 311 = AP Nr. 19 zu § 174 BGB = NZA 2007, 377). Die Voraussetzungen einer wirksamen Zurückweisung liegen vor. Die Kündigung vom 2.2.2010 ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die das Vorstandsmitglied Sch.-F. als Bevollmächtigter der Beklagten aussprach, ohne seine Bevollmächtigung durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde nachzuweisen. § 174 BGB ist auf den Ausspruch von Kündigungen durch Organe anwendbar (dazu 1.). Die Vertretungsbefugnis des Herrn Sch.-F. ergab sich

nicht aus einer gesetzlichen oder organschaftlichen Stellung als Vorstandsmitglied der Beklagten. Der Kläger war von der Bevollmächtigung des Herrn Sch.-F. nicht in Kenntnis gesetzt worden; insbesondere hat Herr Sch.-F. keine Position inne, die mit der Kündigungsbefugnis typischerweise verbunden ist (dazu 2.). Der Kläger wies die Kündigung am 7.2.2010 wegen Fehlens der Originalvollmacht zurück. Die Zurückweisung erfolgte auch unverzüglich (dazu 3.).

1. § 174 BGB ist auch im öffentlichen Dienst und somit auch vorliegend anwendbar. Diese Vorschrift will es dem Geschäftsgegner ermöglichen, die Ungewissheit, ob das ihm gegenüber vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft wegen fehlender Vertretungsmacht nach § 180 Satz 1 BGB unzulässig ist, zu beseitigen und klare Verhältnisse zu schaffen.

Die Unsicherheit, ob ein einseitiges Rechtsgeschäft von einem wirklich Bevollmächtigten ausgeht und der Vertretene dieses Rechtsgeschäft gegen bzw. für sich gelten lassen muss, besteht im gleichen Maß, wenn der Bevollmächtigte eines privaten Arbeitgebers oder der eines öffentlichen Arbeitgebers handelt. In beiden Fällen können beispielsweise eine Vollmachtsüberschreitung, ein Vollmachtsmissbrauch oder überhaupt nur Zweifel am Bestehen einer Vollmacht vorliegen, so dass der Dritte geschützt werden muss (BAG, Urt. v. 29.6.1989 – 2 AZR 482/88 – AP Nr. 7 zu § 174 BGB = NZA 1990, 63 = ZTR 1989, 497; BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06 – a.a.O.). Die Feststellung, ob das Vollmachtverhältnis besteht, ist für den gekündigten Arbeitnehmer eines privaten Arbeitgeber mit den gleichen oder ähnlichen Schwierigkeiten verbunden wie für den Angestellten einer Behörde. Dies rechtfertigt die Anwendung des § 174 BGB im öffentlichen Dienst.

a) Die Möglichkeit der Zurückweisung nach § 174 BGB besteht allerdings nicht, wenn die Vertretungsmacht nicht auf der Erteilung einer Vollmacht durch den Vertretenen, sondern auf gesetzlicher Grundlage beruht oder auf der Bestellung des Vertreters zum Organ einer juristischen Person (BAG, Urt. v. 10.2.2005 – 2 AZR 584/03 – AP Nr. 18 zu § 174 BGB = ZTR 2005, 658; BGH, Urt. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01 – NJW 2002, 1194). Eine solche Konstellation liegt hier aber nicht vor. Wird eine Ermächtigung eines einzelnen Organmitglieds durch die zusammen mit ihm gesamtvertretungsberechtigten Organmitglieder zur Alleinvertretungsmacht erweitert, ist vielmehr eine analoge Anwendung des § 174 BGB anerkannt (BAG, Urt. v. 10.2.2005 – 2 AZR 584/03 – AP Nr. 18 zu § 174 BGB = EzA Nr. 3 zu § 174 BGB 2002 = ZTR 2005, 658; BAG, Urt. v. 18.12.1980 – 2 AZR 980 – AP Nr. 4 zu § 174 BGB = EzA Nr. 4 zu § 174 BGB = DB 1991, 1044; LAG Köln, Urt. v. 4.5.2002 – 4 Sa 1285/01 – NZA-RR 2003, 194). So können beispielsweise nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB und § 78 Abs. 4 AktG – wie hier nach § 9 Abs. 2 BerlBG – die zur Gesamtvertretung Berechtigten einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte ermächtigen. Sinn und Zweck des § 174 BGB rechtfertigt die Anwendung auf solche Konstellationen, weil die Ermächtigung des Gesamtvertreters die gleiche Rechtsfolge wie

## Bestandsschutz

die Vollmacht bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung auslöst. § 174 BGB geht davon aus, dass der Erklärungsempfänger bei einem einseitigen Rechtsgeschäft nicht mitwirkt und deshalb wenigstens sicher sein soll, ob der Vertreter befugt gehandelt hat. Deshalb besteht bei der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts durch einen ermächtigten Gesamtvertreter für den Adressaten das gleiche Interesse wie bei einer Stellvertretung (BAG, Urt. v. 18.12.1980 – 2 AZR 980/78 – a.a.O.).

b) Die Vertretungsmacht in diesem Sinne des Herrn Sch.-F. ist weder organschaftlich noch gesetzlich begründet. Nach § 9 Abs. 1 des Berliner Betriebsgesetzes (BerlBG) wird die Beklagte als Anstalt des öffentlichen Rechts durch ihren Vorstand vertreten, wobei das Vertretungsrecht durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam ausgeübt wird. Die streitgegenständliche Kündigung wurde jedoch entgegen § 9 Abs. 1 Satz 2 BerlBG nicht von zwei Vorstandsmitgliedern unterzeichnet, sondern einzig durch Herrn Sch.-F. Das Kündigungsschreiben vom 2.2.2010 wurde somit nicht von einem gesetzlichen Vertreter unterzeichnet, da Herr Sch.-F. lediglich eine Gesamtvertretung eingeräumt war.

Eine entsprechende organschaftliche Vertretungsmacht ergibt sich auch nicht aus § 9 Abs. 2 BerlBG. Danach kann der Vorstand die Vertretungsmacht in Angelegenheiten des laufenden Betriebs auf einzelne Vorstandsmitglieder, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer übertragen. Diese Bevollmächtigungen sind nach § 9 Abs. 4 BerlBG öffentlich bekannt zu geben. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die Kündigung von Arbeitnehmer überhaupt eine Angelegenheit des laufenden Betriebes darstellt. Schließlich ist nach § 15 Abs. 4 BerlBG für Personalangelegenheiten eine Entscheidungsbefugnis ausschließlich des Vorstandes vorbehalten. Nach dieser Wertung des § 15 Abs. 4 BerlBG, wonach der Vorstand über alle Angelegenheiten der Beschäftigten entscheidet, gehören Personalangelegenheiten nicht zu den Aufgaben des laufenden Betriebes (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.9.2009 – OVG 60 PV 18.07 – juris, zur außerordentlichen Kündigung eines Personalrats).

Geschäfte des laufenden Betriebes im Sinne jener Bestimmung in Verbindung mit § 15 Abs. 4 BerlBG sind jedenfalls solche, die weder auf die Eingehung noch auf die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte abzielen (vgl. dazu BAG, Urt. v. 29.6.1988 – 7 AZR 180/87 – BAGE 59, 93 = AP Nr. 6 zu § 174 BGB = NVwZ 1988, 1165; BAG, Urt. v. 6.8.1970 – 2 AZR 427/69 – AP Nr. 7 zu § 125 BGB). Für eine Bevollmächtigung des Vorstandsmitglieds Sch.-F. gemäß § 9 Abs. 2 BerlBG ist aber auch nichts ersichtlich. Nach der Bekanntmachung der Beklagten vom 12.10.2009 über die rechtsgeschäftliche Vertretung (Amtsblatt für Berlin v. 20.11.2009, S. 2638) sind für den Vorstand jeweils zwei der dort aufgeführten Vorstandsmitglieder sowie ein dort genannter Prokurist zusammen mit einem Vorstandsmitglied vertretungsberechtigt. Nimmt man aber eine von der Beklagten behauptete Ermächtigung des Herrn Sch.-F. zu ihren Gunsten als existierend an, besteht ein Bedürfnis für die

analoge Anwendung des § 174 BGB auf die Gesamtvertretung (BAG, Urt. v. 18.12.1980 – 2 AZR 980/78 – a.a.O.). Wird die Vertretung – wie hier – nicht durch eine Person allein, sondern im Rahmen der Gesamtvertretung von zwei oder mehr Personen ausgeübt, dann kann der Erklärungsempfänger diese Gewissheit nur erhalten, wenn jeder der Vertreter seine Vollmacht nachweist. Ohne dass dies ausdrücklich thematisiert wird, wendet die Rechtsprechung bei einer Vertretung durch mehrere Personen § 174 BGB auf jede dieser Personen an (BAG, v. 30.5.1978 – 2 AZR 633/76 – AP Nr. 22 zu § 174 BGB; LAG Rheinland-Pfalz, v. 18.5.2005 – 10 Sa 165/05 – juris). Dem steht nicht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts entgegen, wonach bei einer intern erforderlichen Zustimmung durch eine weitere Person diese keine Vollmacht nach § 174 BGB vorzulegen braucht (BAG, v. 29.10.1992 – 2 AZR 460/92 – NZA 1993, 307). Ein derartiges Zustimmungserfordernis wirkt sich nur intern aus. Nach außen reicht die Unterschrift einer Person. Vorliegend in § 9 Abs. 1 BerlBG jedoch geregelt, dass die Beklagte nach außen durch zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam vertreten wird.

Weder aus dem PersVGBln noch aus dem Organisationshandbuch (Nr. 2.1.8, Bl. 38 d. A.) ergibt sich im Übrigen eine entsprechende Kündigungsvollmacht. Dort geht es vielmehr um die Aufgaben, die nach dem PersVG gegenüber dem bei der Beklagten gebildeten Personalrat wahrzunehmen sind. Über die Kündigungsbefugnisse eines Vorstandsmitgliedes besagen diese Regelungen nichts. Lediglich der Leiterin Personal wird dort im Organisationshandbuch auch die Befugnis zum Ausspruch von Kündigungen eingeräumt. Die Leiterin Personal hat jedoch die streitige Kündigung nicht unterzeichnet.

Die Vorlage einer Vollmachtsurkunde im Original oder einer Ermächtigungsurkunde im Original war deshalb im gegebenen Fall notwendig, um der Kündigung vom 2.2.2010 formell zur Wirksamkeit zu verhelfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (Urt. v. 18.12.1980 – 2 AZR 980/78 – a.a.O.) können zwei Geschäftsführer, die nur zusammen zur Vertretung einer GmbH berechtigt sind, ihre Gesamtvertretung in der Weise ausüben, dass ein Gesamtvertreter den anderen intern formlos zur Abgabe einer Willenserklärung ermächtigt und der zweite Gesamtvertreter allein die Willenserklärung abgibt. Eine Ermächtigung in diesem Sinne ist eine Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsmacht, auf die die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung entsprechend anzuwenden sind. Das gilt auch für §§ 174, 180 BGB, so dass ein Arbeitnehmer, dem einer von mehreren Gesamtvertretern einer GmbH kündigt, die Kündigung unverzüglich mit der Begründung zurückweisen kann, eine Ermächtigungsurkunde sei nicht vorgelegt worden. Aus dieser Rechtsprechung wird deutlich, dass eine interne Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch einen weiteren gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied nicht dazu führt, dass im Außenverhältnis bei der Abgabe der einseitigen Willenserklärung auf die Vorlage einer Ermächtigungsurkunde im Original verzichtet werden kann. Wenn nach dieser Rechtsprechung § 174 BGB

entsprechend anzuwenden ist, falls zwei gesetzliche Vertreter einer juristischen Person handeln, muss dies auch im vorliegenden Fall gelten.

2. Die Zurückweisung scheidet auch nicht an der Regelung des § 174 S. 2 BGB. Danach ist eine Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Der Vollmachtgeber – hier die Beklagte – hat den anderen, nämlich den Kläger nicht von der Bevollmächtigung des Herrn Sch.-F. in Kenntnis gesetzt. Der Kündigungsempfänger soll entsprechend § 174 BGB nur dann zur Zurückweisung der Kündigungserklärung berechtigt sein, wenn er keine Gewissheit hat, ob der Erklärende wirklich bevollmächtigt ist und der Vertretene die Erklärung gegen sich gelten lassen muss (BAG, Urt. v. 20.8.1997 – 2 AZR 518/96 – NZA 1997, 1343). Weiterhin führt das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung aus, dass eine solche Ungewissheit bei Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung dann nicht bestehen kann, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer allgemein darüber in Kenntnis gesetzt hat, dass ein bestimmter Mitarbeiter zu derartigen Erklärungen wie einer Kündigung bevollmächtigt ist. Dies könne etwa dadurch geschehen, dass der betreffende Mitarbeiter in eine Stellung berufen wird, mit der das Kündigungsrecht regelmäßig verbunden ist. Dies sei bei der Berufung eines Mitarbeiters in die Stellung als Leiter der Personalabteilung, als Prokurist oder als Generalbevollmächtigter in der Regel der Fall, so dass die Arbeitnehmer des Betriebes auch im Sinne des § 174 S. 2 BGB davon in Kenntnis gesetzt sind, dass der Betreffende zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen berechtigt ist. Dies ist jedoch stets unabhängig von der jeweiligen Bezeichnung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalles festzustellen. Hierbei kommt es darauf an, wie sich die Position des Erklärenden für einen objektiven Betrachter darstellt, ob also mit einer derartigen Darstellung die Kündigungsbefugnis verbunden zu sein pflegt (BAG a.a.O.). Nach der Bekanntmachung der Beklagten v. 12.10.2009 über die rechtsgeschäftliche Vertretung (Amtsblatt für Berlin v. 20.11.2009, S. 2638) sind für den Vorstand jeweils zwei der dort aufgeführten Vorstandsmitglieder sowie ein dort genannter Prokurist zusammen mit einem Vorstandsmitglied vertretungsberechtigt. Nach dem oben Gesagten hatte das Vorstandsmitglied Sch.-F. wegen der einschränkenden Regelung im § 9 Abs. 1 S. 2 BerlBG auch keine Stellung inne, die regelmäßig mit einer Kündigungsvollmacht verbunden ist. Mit der Berufung als Vorstandsmitglied für den Bereich Personal, Soziales und technische Dienstleistungen ist auch nicht der Fall einer Bekanntgabe im Sinne des § 174 S. 2 BGB gegeben. Denn im gegebenen Fall ist den Regelungen im § 9 Abs. 1 BerlBG i.V.m. der Bekanntmachung der Beklagten vom 12.10.2009 über die rechtsgeschäftliche Vertretung (Amtsblatt für Berlin v. 20.11.2009, S. 2638) lediglich zu entnehmen, dass Herr Sch.-F. zusammen mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem der dort genannten Prokuristen Erklärungen für die Beklagte abgeben kann. Infolgedessen war die zweite Unterschrift eines weiteren Gesamtvertreters unter

der Kündigungserklärung vom 2.2.2010 erforderlich, um über § 174 S. 2 BGB zur Wirksamkeit dieser Erklärung zu führen.

3. Der Kläger hat die Kündigung der Beklagten wegen fehlender Vollmachtsvorlage unverzüglich im Sinne des § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen. Die Zurückweisung ist unverzüglich, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Zurückweisung muss daher nicht sofort erfolgen. Dem Erklärungsempfänger ist vielmehr eine gewisse Zeit einzuräumen zur Überlegung und zur Einholung des Rates eines Rechtskundigen darüber, ob er das Rechtsgeschäft wegen fehlender Bevollmächtigung zurückweisen soll. Innerhalb welcher Zeitspanne der Erklärungsempfänger das Rechtsgeschäft wegen der fehlenden Bevollmächtigung zurückweisen muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles (BAG, Urt. v. 5.4.2001 – 2 AZR 159/00 – AP Nr. 171 zu § 626 BGB = NZA 2001, 954 unter B II 2a). Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger hier am 2.2.2010 zu. Er hat am 7.2.2010 durch seine Prozessbevollmächtigte reagiert und die Kündigung mit diesem Schreiben vorab per Fax zurückgewiesen. Die Zeit bis zur Zurückweisung der Kündigung durch das Schreiben vom 7.2.2010 ist als angemessene Überlegungsfrist anzusehen. Ihm ist eine Überlegungsfrist und auch eine kurze Zeit für die Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung zu zugestehen. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Kläger zunächst einen Besprechungstermin vereinbaren muss. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger von der Regelung des § 174 BGB Kenntnis hatte oder sich schon wesentlich früher mit einem Anwalt über die Kündigung beraten hatte. Wenn der Kläger sich innerhalb weniger Tage um eine arbeitsrechtliche anwaltliche Beratung kümmerte, hat er ohne schuldhaftes Zögern die gebotenen Schritte unternommen. Das Zurückweisungsschreiben ging der Beklagten per Fax zu. Auf den Zugang des Originalschreibens kommt es somit nicht an; die Zurückweisung kann per Telefax erfolgen. Zudem schadet es nicht, dass dem Zurückweisungsschreiben keine Originalvollmacht des Anwalts beigelegt war, da die Beklagte das Fax nicht ihrerseits zurückgewiesen hat. Die Zurückweisung genügt auch den gesetzlichen Anforderungen. Der Kläger hat die fristlose Kündigung vom 2.2.2010 mit der Begründung zurückgewiesen, es fehle die für die Kündigung erforderliche Vollmachtsurkunde im Original.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 9.12.2010, 25 Sa 1801/10

## Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

### 174. Betriebsratskosten, Erforderlichkeit, Kostenfreistellungsverfahren

... II. Die Beschwerde des Betriebsrats ist begründet. Die Arbeitgeberin hat ihn von den Rechtsanwaltsgebühren wie beantragt freizustellen.

## Betriebsverfassungsrecht

1. Die geführten Verfahren waren weder nicht erforderlich noch mutwillig.

a) Vorrangig in dem Sinne, dass sie die hier streitigen Verfahren als nicht erforderlich oder als mutwillig erscheinen ließen, waren weder der Umstand, dass eine Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts im Juli 2008 bevorstand, noch, dass die Beteiligten am 30.11.2007 vor dem Arbeitsgericht Leipzig (17 BV 33/07) einen Vergleich geschlossen haben.

Der Betriebsrat hat durch Abschluss des genannten Vergleichs von seinem Mitbestimmungsrecht ersichtlich keinen in dem Sinne abschließenden Gebrauch gemacht, dass er sein evtl. Mitbestimmungsrecht für alle künftigen Fälle der Entsendung von Mitarbeitern der Arbeitgeberin zu „Workshops“ ausgeübt hat.

Auch hat das BAG mit seinem Beschl. v. 28.8. 2007 (1 ABR 70/06 – NZA 2008, 188 = AP Nr. 53 zu § 95 BetrVG 1972 06 –) nicht entschieden, dass ein Workshop keine Versetzung darstelle, wenn dieser unter einem Monat dauere. Dies hat das BAG lediglich für einen konkreten Einzelfall entschieden.

b) Der Antragsteller hat völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass mit dem Begriff „Teilnahme an einem Workshop“ der dem in jedem Einzelfall zugrunde liegende Sachverhalt nicht hinreichend zu bezeichnen ist. Zwischen den Beteiligten geht es offenbar in einer größeren Anzahl von Einzelfällen um die Streitfrage, ob die „Teilnahme an einem Workshop“ der Arbeitgeberin eine /mitbestimmungspflichtige“ Versetzung der betroffenen Arbeitnehmer ist oder nicht.

c) Diese Frage ist nicht durch Subsumtion unter den Begriff der „Teilnahme an einem Workshop“ zu beantworten, schon gar nicht für eine unbestimmte Anzahl von solchen „Teilnahmen“. Nach dem Vortrag der Beteiligten unterscheiden sich die Workshops der Arbeitgeberin jedenfalls – wohl nicht ausschließlich – nach Zeitpunkt der Veranstaltung, nach dem Veranstaltungsort, nach der Dauer der Veranstaltung, nach der Zahl der teilnehmenden Arbeitnehmer, nach den Umständen der Unterbringung vor Ort sowie nach der Umständen der An- und Abreise.

d) Deshalb kann die Streitfrage, ob die „Teilnahme an einem Workshop“ der Arbeitgeberin eine /mitbestimmungspflichtige“ Versetzung der betroffenen Arbeitnehmer ist oder nicht, nicht generell und abstrakt, sondern nur von Fall zu Fall unter Beachtung der jeweiligen tatsächlichen Umstände beantwortet werden.

Somit können die vorliegend Gebühren auslösenden Beschlussverfahren nicht mit Blick auf andere „Parallelverfahren“ als erforderlich oder nicht angesehen werden. Sie müssten ggf. ihre „mangelnde Erforderlichkeit“ bzw. ihre „Mutwilligkeit“ in sich tragen. Für deren Feststellung fehlt es jedoch an hinreichenden Anhaltspunkten.

III. Um diese streitige Frage nach der Gebührenschuld der Arbeitgeberin zu klären, war auch das vorliegende Verfahren erforderlich. Ein anderer Weg, die Frage zu klären, ist nicht ersichtlich, auch von den Beteiligten nicht dargelegt.

Deshalb besteht auch insoweit Erstattungspflicht.

■ Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt vom 2.3.2011, 5 TaBV 13/10

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Neumarkt 16-18, 04109 Leipzig

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

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

### 175. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Eingruppierung, Stufenzuordnung

... II. ... Der Antrag des Beteiligten zu 1, der nach rechtskräftiger Zurückweisung des Antrages zu 2 alleiniger Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist, ist zulässig und begründet.

Der Betriebsrat kann in Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Ein- oder Umgruppierung vorgenommen hat, ohne zuvor versucht zu haben, die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrates einzuholen, gemäß § 101 BetrVG zur Sicherung seines Mitbestimmungsrechts die nachträgliche Einholung seiner Zustimmung sowie bei deren Verweigerung die Durchführung des arbeitsgerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verlangen (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. 22.4.2009 – 4 ABR 14/08 – AP Nr. 38 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; v. 31.5.1983 – 1 ABR 57/80 – BAGE 43, 35; v. 9.2.1993 – 1 ABR 51/92 – BAGE 72, 187; v. 26.10.2004 – 1 ABR 37/03 – BAGE 112, 238).

Der Beteiligte zu 1 verlangt im vorliegenden Fall, wie bereits das Arbeitsgericht Hamburg in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt hat, zu Recht die Durchführung des Zustimmungsverfahrens gemäß § 99 BetrVG hinsichtlich der Einordnung der Mitarbeiterin Frau G auch bezüglich der Stufe innerhalb der Entgeltgruppe gemäß §§ 15, 16 TV-AVH. Das Zustimmungsverfahren hat die Beteiligte zu 2 nur für eine Eingruppierung in die Entgeltgruppe 6, Stufe 2 durchgeführt, die jedoch von der Beteiligten zu 2 nicht vertraglich umgesetzt worden ist. Die der Mitarbeiterin mitgeteilte Stufe 1 war nicht Gegenstand des Zustimmungsverfahrens.

Unter Eingruppierung im Sinne des § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einer in einer Vergütungsordnung festgelegten Lohn- oder Gehaltsgruppe zu verstehen. Eine Vergütungsordnung ist ein kollektives, mindestens zwei Vergütungsgruppen enthaltendes Entgelt-schema, das eine Zuordnung der Arbeitnehmer zu einer der Vergütungsgruppen nach bestimmten, generell beschriebenen Merkmalen vorsieht (BAG, v. 23.9.2003 – 1 ABR 35/02 – AP Nr. 28 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; BAG, v. 26.10.2004 – 1 ABR 37/03 – a.a.O.).

Nach § 15 Abs. 1 TV-AVH bestimmt sich die Höhe des dem Arbeitnehmer zustehenden Tabellenentgelts nicht nur nach der Entgeltgruppe, in die er eingruppiert ist, sondern auch nach der für ihn geltenden Stufe. Grundsätzlich umfassen die Entgeltgruppen 9–15 fünf Stufen und die Entgeltgruppen 2–8 sechs Stufen (§ 16 Abs. 1 TV-AVH).

Die Stufenzuordnung, die bei einem einzustellenden Arbeitnehmer zugleich mit seiner Einordnung in die Entgeltgruppe vorzunehmen ist, ist als von der Eingruppierung mit umfasst anzusehen. Die Festlegung der Entgeltgruppe und die Stufenzuordnung zusammen bestimmen das Tabellenentgelt. Erst das Zusammenwirken beider Faktoren macht die Einreihung vollständig (vgl. BVerwG v. 27.8.2008 – 6 P 11/7 -BVerwGE 131, 383).

§ 15 Abs. 1 TV-AVH ordnet zwar den Begriff „eingruppiert“ ausschließlich der Entgeltgruppe, nicht jedoch der Stufe zu. Gleichwohl ist die „geltende Stufe“ als Teil des Mitbestimmungstatbestandes der Eingruppierung anzusehen. Die Stufenzuordnung ist nicht bloßer mechanischer Annex der Einreihung in die Entgeltgruppe. Vielmehr kommt ihr eine wesentliche, eigenständige Bedeutung für die Bemessung der Grundvergütung zu (BVerwG, v. 27.8. 2008, a.a.O.).

Ist bei der Einstellung eines Arbeitnehmers neben der Einordnung in die Entgeltgruppe für die Bemessung des tariflichen Grundgehaltes die Zuordnung zu einer Stufe innerhalb der Entgeltgruppe vorzunehmen; so ergeben beide Vorgänge zusammen die mitbestimmungspflichtige Eingruppierung.

Das Tabellenentgelt nach § 15 TV-AVH ist der Kernbestandteil des tariflichen Entgeltes. Es unterscheidet sich von anderen Entgeltbestandteilen wie Leistungsentgelt, Erschwerungszuschläge, Jahressonderzahlung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Für die Bemessung des Tabellenentgeltes ist die Einordnung des Arbeitnehmers in die Entgeltgruppe die strukturell wichtigste Entscheidung. Gleichwohl steht die Stufenzuordnung in ihrer Bedeutung dahinter nicht wesentlich zurück. Werden Zeiten einschlägiger Berufserfahrung sowie Zeiten vorheriger förderlicher Berufstätigkeit anerkannt, so rückt der Arbeitnehmer nach Maßgabe von § 16 Abs. 2 S. 2 – 4 TV-AVH in eine höhere Stufe seiner Entgeltgruppe vor. Diese Entscheidung des Arbeitgebers bei der Einstellung ist maßgeblich dafür, wie lange der Arbeitnehmer benötigt, um die Endstufe seiner Entgeltgruppe zu erreichen. Zugleich wirkt sich diese Entscheidung auf jede spätere Höhergruppierung des Arbeitnehmers aus. Je höher der Arbeitnehmer in seiner Entgeltgruppe eingestuft ist, umso höher fällt auch seine Einstufung in der neuen, höheren Entgeltgruppe aus. Die Entscheidung über die Einstufung des Arbeitnehmers in seine Entgeltgruppe ist daher geeignet, die Höhe seines Entgeltes bis zum Ende seines Arbeitslebens zu bestimmen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts umfasst aber die Mitbestimmung im Sinne einer Einheitlichkeit und Vollständigkeit des Eingruppierungsvorganges sämtliche Parameter, die für die Bemessung des Tarifgehaltes maßgebend sind (vgl. v. 27.6. 2000 – 1 ABR 36/99 – AP Nr. 23 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; v. 6.8.2002 – 1 ABR 49/01 – BAGE 102, 135).

Das Anknüpfen an einschlägige Berufserfahrung/Berufstätigkeit ist dem System der Eingruppierung auch keineswegs fremd. Zwar stellt die Zuordnung zu den einzelnen Vergü-

tungsgruppen häufig auf bestimmte Tätigkeitsmerkmale ab, bisweilen aber auch durchaus auf Merkmale wie Lebensalter oder die Zeit der Berufstätigkeit (BAG, v. 23.9.2003 – 1 ABR 35/02 – BAGE 107, 338; v. 26.10.2004 – 1 ABR 37/03; BVerwG, v. 27.8.2008, a.a.O.). Das Bundesverwaltungsgericht verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf Vergütungsgruppen im BAT mit Bezug zu vorherigen beruflichen Erfahrungen. Auch die Beschwerdekammer geht davon aus, dass Sinn und Zweck der Mitbestimmung bei Eingruppierungen die Einbeziehung der Stufenzuordnung im Rahmen des § 99 BetrVG erfordern. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 BetrVG besteht im Fall der Eingruppierung in einem Recht auf Mitbeurteilung der Rechtslage. Die Beteiligung des Betriebsrates bei der Eingruppierung dient der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Vergütungsordnung in gleichen und vergleichbaren Fällen und damit der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit und der Transparenz der betrieblichen Vergütungspraxis (BAG, v. 31.10.1995 – 1 ABR 5/95 – AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung; v. 28.4.1998 – 1 ABR 50/97 – BAGE 88, 309; v. 3.5.2006 – 1 ABR 2/05 – BAGE 118, 141).

Der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 99 BetrVG steht es vor dem Hintergrund dieses Normzwecks gerade nicht entgegen, dass eine Vergütungsordnung dem Arbeitgeber im Einzelfall einen erheblichen Beurteilungsspielraum eröffnet. Das Bundesarbeitsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass die den Vergütungsgruppen zugeordneten Merkmale oft sehr allgemein gehalten sind. Häufig würden unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, deren Anwendung im Einzelfall schwierig sein kann. Gerade auch in diesen Fällen des erheblichen Beurteilungsspielraums solle die in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorgeschriebene Mitbeurteilung des Betriebsrates eine größere Gewähr für die Richtigkeit der Eingruppierung bieten (BAG, v. 22.3.1983 – 1 ABR 49/81 – BAGE 42, 121; v. 28.1.1986 – 1 ABR 8/84 – BAGE 51, 34; v. 26.10.2004, a.a.O.). Es bleibt ein erhebliches Interesse an einheitlicher und gleichmäßiger Handhabung, dem die Richtigkeitskontrolle des Betriebsrates dient.

Vor diesem Hintergrund steht der Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 99 BetrVG nicht entgegen, dass dem Arbeitgeber bei der Stufenzuordnung gemäß §§ 15, 16 TV-AVH bezüglich der „einschlägigen Berufserfahrung“ ein Interpretations-/Beurteilungsspielraum zusteht. Ein echter Ermessensspielraum ist dem Arbeitgeber hier nicht eingeräumt. Dies folgt schon aus der unterschiedlichen Wortwahl in § 16 Abs. 2 S. 2 und Abs. 2 S. 3 TV-AVH. Nur in S. 3 des Abs. 2 ist eine „Kann“-Bestimmung enthalten.

Ein echter Ermessensspielraum steht dem Arbeitgeber allerdings nach § 16 Abs. 2 S. 4 TV-AVH zu, nämlich bei der Frage, ob förderliche vorherige Tätigkeiten berücksichtigt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht (a.a.O.) vertritt hier die Auffassung, auch wenn der Arbeitgeber ohne Bindung an Richtlinien von Fall zu Fall über die Anerkennung förderlicher Berufstätigkeit entscheide, so seien diese Entscheidungen im Interesse

## Betriebsverfassungsrecht

einer einheitlichen und gleichmäßigen Entscheidungspraxis der Kontrolle im Wege der Mitbestimmung zugänglich. Die Mitbestimmung bleibe sogar bestehen, wenn der Arbeitgeber davon absehe, förderliche Berufstätigkeit überhaupt anzurechnen. Auch in dieser Hinsicht unterliege die Einstufung der Richtigkeitskontrolle im Wege der Mitbestimmung, weil die Unterscheidung zwischen einschlägiger Berufserfahrung, die anzurechnen der Arbeitgeber nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmung verpflichtet sei, und förderlicher Berufstätigkeit, die nur im Ermessenswege angerechnet werde, häufig nicht leicht zu treffen sei. Die Beteiligung im Wege der Mitbestimmung könne sinnvoll dadurch ausgefüllt werden, dass sachliche Gesichtspunkte aufgezeigt würden, die die Einordnung des Arbeitnehmers in eine höhere Stufe zu rechtfertigen vermögen.

Die Beschwerdekammer hat diese Argumentation bezüglich der Berücksichtigung förderlicher Tätigkeit ebenfalls für überzeugend gehalten. Ein anderes Problem sind in diesen Fällen der Umfang des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates und damit auch die maßgebenden Zustimmungsverweigerungsgründe, die sich am Umfang der Rechtsanwendung durch den Arbeitgeber zu orientieren haben (vgl. BAG, v. 22.4.2009 – 4 ABR 14/08 – a.a.O.).

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

v. 26.11.2010, 6 TaBV 7/10

eingereicht von Rechtsanwältin Dorothea Goergens,

Koppel 78, 20099 Hamburg

Tel.: 040/249836, Fax: 040/2801806

info@alex-goergens-theel.de, www.alex-goergens-theel.de

### 176. Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung, Übergangsmandat, Festlegung des Wahlbereiches

... II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht beim Landesarbeitsgericht eingereichte und begründete Beschwerde ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Beteiligten zu 2.) bis 4.) zu Recht zur Erstellung und Herausgabe entsprechender Listen verurteilt. Das Beschwerdegericht folgt den wesentlichen Ausführungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich im Kern anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann. Zu den insbesondere in der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen ist Folgendes hinzuzufügen:

1. Der Verfügungsanspruch des Antragstellers ergibt sich aus § 2 Abs. 2 der Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 WO hat der Arbeitgeber alle für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 WO gehören hierzu Familienname, Vorname und Geburtsdatum, nach Abs. 1 S. 1 WO auch das Geschlecht. Das Datum der Begründung des Arbeitsverhältnisses bzw. dasjenige des Beginns der Beschäftigung in Betrieb, Unternehmen oder Konzern benötigt der Betriebsrat im Hinblick auf die Feststellung der Wählbarkeit nach § 8 BetrVG. Die begehrten Auskünfte

über Personen, die nicht unmittelbar beim jeweiligen Beteiligten beschäftigt sind, benötigt der Wahlvorstand zur Feststellung, ob Wahlberechtigung gegeben ist, etwa im Hinblick auf das Wahlrecht bestimmter Leiharbeiter oder im Wege der Konzernleihe im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer (entsprechend § 2 Abs. 3 WO). Schließlich muss der Wahlvorstand feststellen, welche Angestellten als leitende Angestellte im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen sind, um deren Wahlberechtigung oder fehlende Wahlberechtigung festlegen zu können. Auch diesbezüglich hat der Arbeitgeber den Wahlvorstand zu unterstützen (§ 2 Abs. 2 S. 2 WO). Hierzu gehört, dass der Arbeitgeber die begehrten Auskünfte gibt.

2. An der ordnungsgemäßen Einleitung des vorliegenden Verfahrens bestehen keine Bedenken. Der Beteiligte zu 1.) hat den Beschluss zur Beauftragung ihrer Prozessvertreter zur Durchführung des vorliegenden Verfahrens vorgelegt (Anlage 7 zur Antragschrift, Bl. 46 d.A.). Die Beteiligten zu 2.) bis 4.) haben das ordnungsgemäße Zustandekommen dieses Beschlusses nicht bestritten; für die Beschwerdekammer sind diesbezügliche Anhaltspunkte auch nicht ersichtlich.

3. Die Einwendungen, die die Beteiligten zu 2.) bis 4.) gegen den Anspruch erhoben haben, stehen der sich aus § 2 der Wahlordnung ergebenden Verpflichtung nicht entgegen.

a. An der wirksamen Beschlussfassung zur Einsetzung eines Wahlvorstandes zur Durchführung der Betriebsratswahl bestehen selbst dann keine Zweifel, wenn die Auffassung der Beteiligten zu 2.) bis 4.) zutreffend sein sollte, dass ein gemeinsamer Betrieb nicht besteht.

(1) Der im März 2010 gewählte Betriebsrat war befugt und hatte die Pflicht, Neuwahlen einzuleiten und einen Wahlvorstand einzusetzen. Die Zahl der noch zur Verfügung stehenden Betriebsratsmitglieder war mit Wirksamwerden des Rücktritts des Betriebsratsmitglieds Sch ... am 29.10.2010 unter die Zahl der gesetzlichen Mitglieder gefallen, Ersatzmitglieder standen unzweifelhaft nicht mehr zur Verfügung. Die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG liegen damit vor.

(2) Die Voraussetzungen für eine wirksame Beschlussfassung durch das mit den drei noch bei den Beteiligten zu 2.) bis 4.) beschäftigten Betriebsratsmitgliedern besetzte Betriebsratsgremium lägen auch dann vor, wenn die Auffassung der Beteiligten zu 2.) bis 4.) zutreffen würde, dass kein gemeinsamer Betrieb mehr besteht. In diesem Fall wäre nämlich bei der vorliegenden Konstellation – Aufteilung des ursprünglich mit über 90 Beschäftigten bestehenden Betriebs in drei Teile mit 20 bis 30 Mitarbeitern, 20 Mitarbeitern und 8 Mitarbeitern sowie Ausscheiden der restlichen gut 30 Mitarbeiter – davon auszugehen, dass der Ursprungsbetrieb, für den der Betriebsrat im März 2010 gewählt worden ist, zum Wegfall gekommen ist. Keines der neu entstandenen organisatorischen Gebilde könnte als fortbestehender Ursprungsbetrieb angesehen werden und wäre mit diesem – nur verkleinert – als identisch anzusehen. Die sogenannte „Betriebsidentität“ wäre nicht gegeben. Der Betrieb, in dem die Wahlen stattgefunden haben, würde nicht mehr existieren; dem Betriebsrat wäre

die Grundlage entzogen. Eine solche Konstellation führt, wie sich auch aus der Vorschrift des § 21a BetrVG ergibt, zum Wegfall des bisherigen Mandats des Betriebsrats. Er besitzt im Falle einer solchen „Aufspaltung“ des Ursprungsbetriebes – im Gegensatz zur „Abspaltung von Betriebsteilen, in denen die Identität des verbleibenden Ursprungsbetriebes noch gewahrt ist – allerdings ein Übergangsmandat für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile, und zwar für sechs Monate (vgl. zum Ganzen ausführlich *Fischer*, Rn 2005, 39; *Vetter*, in: *Berscheid*, Fachanwaltsbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, Teil 9, Buchstabe A, Rn 256 und 261 ff.; *Thüsing*, in: *Richardi*, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 21a Rn 5 f.; *Fitting* u.a., BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 21a Rn 9 am Ende; umfassend *GK-Kreutz*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 21a Rn 24 f.). Vorliegend ist zum 1.7.2010 ein Teil des Betriebs stillgelegt worden, aus – geht man von der Größenordnung der Belegschaft aus – den verbleibenden etwa zwei Dritteln des Ursprungsbetriebes sind Einheiten mit 20 bis 30, etwa 20 und etwa 8 Beschäftigten drei Arbeitgebern zugeordnet worden. Trotz der mit der Aufteilung verbundenen Stilllegung eines Teils – bei Stilllegung entsteht kein Übergangsmandat, behält der Betriebsrat sein „Vollmandat“ für den verbleibenden Teil unabhängig von dessen Größe – überwiegt in dieser Konstellation bei der durchzuführenden Gesamtbetrachtung das Bild der Aufspaltung mit der Folge des Wegfalls des Vollmandats des ursprünglichen Betriebsrats und des Entstehens eines Übergangsmandats für alle ihm bislang zugeordneten Betriebsteile gemäß § 21a BetrVG.

(3) Hat ein Übergangsmandat auch für diejenige organisatorische Einheit bestanden, die von der Beteiligten zu 2.) geführt wird – wovon die Beschwerdekammer wie dargestellt ausgeht –, dann konnte und musste dieser Übergangsmandatsbetriebsrat einen Wahlvorstand zur Durchführung der Betriebsratswahlen einsetzen (§ 21a Abs. 1 S. 2 BetrVG). Er hat dies auch wirksam getan. Da kein „Vollmandat“ neben dem Übergangsmandat weiterbestand, hatte der Betriebsrat dieses Übergangsmandat grundsätzlich in derjenigen Besetzung auszuüben, die im Zeitpunkt der Aufspaltung bestand. Die Tatsache, dass zwei der Betriebsratsmitglieder zur Beteiligten zu 4.) gewechselt waren, ist in daher unerheblich.

(4) Unerheblich ist vorliegend auch, dass das Betriebsratsmitglied E ... bei dieser Einsetzung des Wahlvorstandes mit abgestimmt hat, obwohl es hierzu – insoweit trifft die Auffassung der Beteiligten zu 2.) bis 4.) zu – nicht berechtigt gewesen ist. Das Betriebsratsmitglied E ... ist nämlich aufgrund der zum 31.8.2010 ausgesprochenen Kündigung zunächst – auch während des Kündigungsschutzprozesses – nicht mehr Teil der Belegschaft und damit an der Ausübung des Betriebsratsamtes verhindert. Dies gilt unabhängig davon, dass der Kündigungsschutzprozess am 3.11.2010 noch am Laufen war (umfassende Nachweise etwa bei *Oetker*, in: *GK-BetrVG*, a.a.O., § 25 Rn 29 f.). Anderes kann nur bei einer offensichtlich unwirksamen Kündigung gelten, etwa wenn einem Betriebs-

ratsmitglied ohne Beteiligung des Betriebsrats oder einem behinderten Menschen mit anerkannter Behinderung ohne Zustimmung des Integrationsamtes gekündigt wird. Anhaltspunkte für eine offensichtliche Unwirksamkeit der Kündigung sind aber weder vorgetragen noch ersichtlich. Diese fehlende Stimmberechtigung hat vorliegend jedoch keine Auswirkungen. Nach dem vorgelegten Protokoll über die Sitzung ist die Beschlussfassung zur Einsetzung des Wahlvorstandes und die Bestellung der den Wahlvorstand bildenden Personen mit vier zu null Stimmen erfolgt. Die Stimmabgabe des eigentlich verhinderten Betriebsratsmitglieds E ... – unstreitig waren und sind Ersatzmitglieder nicht vorhanden – hatte offensichtlich keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis. In diesem Fall ist es gerechtfertigt, die Stimme des Nichtberechtigten als nicht abgegeben anzusehen, so dass hier von einem Beschluss mit drei zu null Stimmen auszugehen ist (diesem Ergebnis zuneigend BAG, v. 3.8.1999, 1 ABR 30/98, zitiert nach *juris*, Rn 31 ff.; *Wedde*, in: *Däubler* u.a., BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 33 Rn 25; *Fitting*, a.a.O., § 33 Rn 56; *Richardi/Thüsing*, a.a.O., § 33 Rn 44; *GK-Oetker*, a.a.O., § 33 Rn 57; *Glock*, in: *HSWGN*, BetrVG, 7. Aufl. 2008, § 33 Rn 27).

(5) Dieselben Überlegungen gelten, wenn man wie die Beteiligten zu 2.) bis 4.) davon ausgehen würde, dass der Betriebsrat wegen Fortbestehens der Betriebsidentität – weil der stillgelegte Teil noch als Teil des ursprünglichen Betriebs zu berücksichtigen wäre – für die Beteiligte zu 1.) ein weiterbestehendes Vollmandat hätte. Dieses könnte dann das Betriebsratsmitglied F ... als einziges verbleibendes Betriebsratsmitglied wahrnehmen. Auch in dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass die Zustimmung der weiteren Betriebsratsmitglieder sich auf das Ergebnis nicht ausgewirkt hat.

b. Zutreffend ist die Auffassung der Beteiligten zu 2.) bis 4.), dass die Einsetzung des Beteiligten zu 1.) als Wahlvorstand fehlerhaft wäre mit der Folge, dass dieser keinen wirksamen Beschluss auf Auskunftserteilung und die Einleitung des streitgegenständlichen Verfahrens fassen könnte, wenn kein gemeinsamer Betrieb der Beteiligten zu 2.) und 4.) bestehen würde. Als Mitglieder des Wahlvorstands können nach § 16 Abs. 1 BetrVG nur „Wahlberechtigte“ bestellt werden. Läge kein solcher gemeinsamer Betrieb vor, wären entweder das Wahlvorstandsmitglied F ... – für einen für die Beteiligte zu 4.) zu wählenden Betriebsrat – oder die Wahlvorstandsmitglieder H ... und S ... – für einen bei der Beteiligten zu 1.) zu wählenden Betriebsrat – nicht wahlberechtigt. Auch diese Einwendung ist in der vorliegenden Konstellation jedoch nicht geeignet, den grundsätzlich gegebenen Anspruch auf Herausgabe der begehrten Listen zu Fall zu bringen.

(1) Die Festlegung, für welchen „Wahlbereich“ der Betriebsrat zu wählen ist, steht nach der gesetzlichen Konzeption zunächst dem Wahlvorstand in eigener Verantwortung zu. Dieser legt die Betriebsratsgröße und die Wählerliste fest. Hierzu gehört auch die Festlegung, ob ein gemeinsamer, von mehreren Arbeitgebern geführter Betrieb gegeben ist oder nicht. Begeht der Wahlvorstand hierbei Fehler, führt dies in der Re-

## Betriebsverfassungsrecht

gel nur zur Anfechtbarkeit der Wahl, nicht zur Nichtigkeit (allgemeine Auffassung, vgl. etwa BAG, v. 13.9.1984, 6 ABR 43/83; BAG, v. 19.11.2003, 7 AZR 11/03; BAG, v. 16.4.2008, 7ABR 4/07, jeweils zitiert nach juris; GK-Kreutz, a.a.O., § 19 Rn 139; *Fitting*, a.a.O., § 19 Rn 5). Ein derart fehlerhaft gewählter Betriebsrat bliebe daher zunächst – bis zur Rechtskraft eines mit Erfolg durchgeführten Anfechtungsverfahrens – im Amt. Mit Recht geht das Arbeitsgericht davon aus, dass diese Grundkonzeption des Gesetzes in Frage gestellt würde, müsste man diese häufig schwierige Rechtsfrage schon mit endgültiger Wirkung für jedweden Beschluss des Wahlvorstandes klären mit der Folge, dass jeder Beschluss des Wahlvorstandes angefochten werden könnte.

(2) Die Beschwerdekammer geht allerdings – insoweit möglicherweise weitergehend als das Arbeitsgericht – davon aus, dass auch Entscheidungen des Wahlvorstandes, die nicht zur Nichtigkeit der Wahl führen würden, schon im Vorfeld mit einstweiligem Rechtsschutz angegriffen werden können. Würde man diese Möglichkeit verneinen, müsste der Arbeitgeber – oder die Gewerkschaft oder die Unterstützer einer zu Unrecht zurückgewiesenen Liste – sehenden Auges die Durchführung einer fehlerhaften Betriebsratswahl hinnehmen mit der Folge, dass etwa ein fehlerhaft besetzter oder zu großer Betriebsrat ins Amt käme und bis zum Abschluss eines Anfechtungsverfahrens wirksame Tätigkeiten entfalten könnte. Aus diesem Grund hält die Beschwerdekammer auch Anträge zum Arbeitsgericht mit dem Ziel, dem Wahlvorstand eine Änderung des Wahlausschreibens oder eine Neubekanntmachung des Wahlausschreibens mit geändertem Inhalt oder gar den Abbruch der eingeleiteten Wahl aufzugeben, grundsätzlich während des laufenden Wahlverfahrens für zulässig (so etwa Beschl. v. 30.3.2006, 6 TaBV 19/06, juris; Beschl. v. 11.5.2010, 6 TaBVGa 6/10, nicht veröffentlicht). Diese Auffassung wird von den Landesarbeitsgerichten vielfach geteilt (zuletzt LAG Hamburg, v. 19.4.2010, 7 TaBVGa 2/10; LAG Hamm, v. 24.3.2010, 10 TaBVGa 7/10; LAG Schleswig-Holstein, v. 19.3.2010, 4 TaBVGa 5/10; LAG Berlin-Brandenburg, v. 17.3.2010, 15 TaBVGa 34/10; weitere Nachweise bei *Rieble/Triskatis*, NZA 2006, 233; bei *Fitting*, a.a.O., § 18 Rn 32 ff.; bei GK-Kreutz, a.a.O., § 18 Rn 74 ff.). Dies setzt allerdings voraus, dass zur Überzeugung des Gerichts schwerwiegende Mängel feststehen, die mit Sicherheit oder zumindest größter Wahrscheinlichkeit zur Anfechtbarkeit der Wahl führen würden (Nachweise wie eben).

(3) Ein solcher Verstoß, der zu einer erfolgreichen Anfechtung führen könnte, könnte auch in einer Verkennung des Wahlbereichs, etwa aufgrund der fehlerhaften Annahme eines gemeinsamen Betriebes, liegen. Dabei müsste jedoch für das die Entscheidungen des Wahlvorstandes korrigierende oder aufhebende Gericht unter Berücksichtigung der unstrittigen, glaubhaft gemachten oder ermittelten Tatsachen feststehen, dass der Wahlbereich verkannt ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der Beteiligte zu 1.) hat sich auf die gesetzliche Vermutungswirkung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG berufen. Er hat

dargestellt, dass sich die Organisation der Verfahrensabläufe im Verhältnis zur früheren, allein von der Beteiligten zu 1.) verantworteten Organisation nicht wesentlich geändert habe. Die Beteiligten zu 2.) bis 4.) haben einige Angaben bezüglich des gemeinsamen Einsatzes der Betriebsmittel bestritten, haben aber ansonsten lediglich bestritten, dass eine Führungsvereinbarung und einheitliche Leitung des Betriebs gegeben seien; sie haben zudem erläutert, dass sämtliche Leistungen, die für alle Beteiligten einheitlich erbracht würden, fakturiert würden. Letztlich gehen auch die Beteiligten zu 2.) bis 4.) also davon aus, dass dem äußeren Anschein nach die Arbeitsabläufe wenig verändert sind. Die Annahme eines gemeinsamen Betriebes ausgehend von der gesetzlichen Vermutung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG liegt daher nahe. Es erscheint andererseits aufgrund des – sehr pauschalen – Sachvortrags der Beteiligten zu 2.) bis 4.) als möglich, dass kein gemeinsamer Betrieb mehr vorliegt, weil trotz des äußeren Anscheins keine einheitliche Leitung mehr erfolgt. Für die Beschwerdekammer lässt sich aus diesem beiderseitigen Sachvortrag nicht erkennen, ob nach alldem vom Eintritt der Vermutungswirkung des § 1 Abs. 2 S. 2 BetrVG ausgegangen werden kann oder nicht. Eine eindeutige Widerlegung ist durch die Beteiligten zu 2.) bis 4.) jedenfalls nicht erfolgt. Sie haben keinen detaillierten Sachvortrag dafür geleistet, wer in welchen Konstellationen welche Entscheidungen in sozialen und personellen Angelegenheiten trifft und getroffen hat und welche Fakturierungen welcher Leistungen in welcher Form und aufgrund welcher Rechtsgrundlagen tatsächlich durchgeführt werden. Wenn gegenseitig Leistungen verrechnet werden, müsste dies im einzelnen dargestellt werden. Selbst eine durchgehende Berechnung gegenseitiger Leistungen in Bezug auf alle wesentlichen Abläufe kann zur Bildung eines gemeinsamen Betriebes führen (LAG Nürnberg, v. 9.12.2003, 6 (4) TaBV 6/01, nicht veröffentlicht).

Ob ein gemeinsamer Betrieb vorhanden und die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 2 BetrVG widerlegt ist, hätte nach alldem weitergehenden Sachvortrags und der umfangreichen Ermittlung weiterer Tatsachen bedurft. Zu einer solchen Ermittlung sieht sich das Beschwerdegericht im Hinblick auf die besondere Eilbedürftigkeit des vorliegenden Verfügungsverfahrens nicht in der Lage. Der grundsätzlich im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz des § 83 Abs. 1 S. 1 ArbGG ist nämlich im Hinblick auf das mit dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung verfolgte Ziel, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, eingeschränkt. Es hat eine Abwägung stattzufinden, die einerseits den Aufwand der Ermittlungen, andererseits die Eilbedürftigkeit der beantragten Maßnahme und schließlich die Schwere der mit Erlass oder Nichterlass der Verfügung zu befürchteten Nachteile und Aufwendungen der Beteiligten zu berücksichtigen hat. Vorliegend ist, da das Übergangsmandat zum 31.12.2010 ausgelaufen ist, eine betriebsratslose Zeit bereits eingetreten. Dem Beteiligten zu 1.) wäre ohne die begehrten Auskünfte die Durchführung der Betriebsratswahlen unmög-



lich oder zumindest erheblich erschwert. Andererseits werden die Beteiligten durch die Erstellung und Herausgabe der begehrten Listen kaum messbar belastet. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich die Frage, ob die Wahl für einen gemeinsamen Betrieb stattfinden darf oder nicht, nur als Vorfrage zu behandeln ist und durch die vorliegende Entscheidung ohnehin nicht endgültig und verbindlich geklärt werden kann. Nach alldem überwiegt das Eilbedürfnis. Eine weitergehende Sachverhaltsermittlung und -feststellung zur Frage, ob ein gemeinsamer Betrieb letztlich noch gegeben ist, kam daher für die Beschwerdekammer nicht mehr in Betracht (vgl. zur Problematik etwa *Matthes*, in: GERMELMANN u.a., ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 85 Rn 44).

(4) Folge dieses „Offenbleibens“ der Richtigkeit der Annahme des Wahlvorstandes über das Bestehen des gemeinsamen Betriebs ist, dass die streitgegenständliche Forderung des Wahlvorstandes hinzunehmen und zu erfüllen ist. Die dargestellte gesetzliche Systematik kann auch nicht dadurch in ihr Gegenteil verkehrt werden, dass in Konstellationen wie der vorliegenden, in der die Entscheidungen des Wahlvorstandes hinsichtlich des Wahlbereichs lediglich als Vorfrage zu prüfen sind, dem Wahlvorstand die materielle Darlegungslast für das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes auferlegt würde. Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, dem Auskunftsverlangen mit glaubhaft gemachtem Sachvortrag in einer Weise entgegenzutreten, die auch für eine Berichtigung oder Aufhebung von Entscheidungen des Wahlvorstandes ausreichen würde, verbleibt es bei der vorläufigen Entscheidung des Wahlvorstandes. Besteht diese in einem Auskunftsverlangen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen.

(5) Nach alldem steht dem Anspruch auch die gerügte Unzuständigkeit des Wahlvorstandes nicht entgegen. Die Beteiligten zu 2.) bis 4.) sind allerdings nicht gehindert, den Wahlvorstand mit entsprechend detailliertem Sachvortrag nach Erlass des Wahlausschreibens zu einer Änderung des Wahlbereiches – gegebenenfalls auch im Wege einstweiliger Verfügung – zu veranlassen, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen und Tatsachen in einer Weise vorgetragen und glaubhaft gemacht sind, aus denen sich eine entsprechende Rechtslage ergibt, ohne dass das Gericht weitere umfangreiche Ermittlungen anstellen müsste.

4. Am Vorliegen des Verfügungsgrundes bestehen angesichts dessen, dass die Betriebsratswahl unverzüglich durchzuführen ist, zumal nach Ablauf des Übergangsmandats eine betriebsratslose Zeit auch im Hinblick auf die fehlende Erfüllung der sich aus § 2 Abs. 2 WO ergebenden Verpflichtungen durch die Beteiligten zu 2.) bis 4.) schon angebrochen ist, keine Zweifel. Der Wahlvorstand benötigt die angeforderten Unterlagen, um die Betriebsratswahl nunmehr einleiten zu können.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 8.2.2011, 6 TaBVGa 17/10

### 177. Betriebsratswahl, Wahlberechtigung, Personalgestaltung

1. Arbeitnehmer eines öffentlich-rechtlichen Krankenhauses, die im Rahmen eines Personalgestellungsvertrages in einem privatisierten Unternehmen des Krankenhauses tätig werden, gelten als Arbeitnehmer dieses Unternehmens (§ 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG, der seit dem 4.8.2009 in Kraft ist).
2. Die gestellten Arbeitnehmer sind wahlberechtigt und wählbar. Sie sind für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder und bei der Verteilung der Betriebsratsitze auf das Geschlecht der Minderheit mit zu berücksichtigen.
3. Dies gilt auch für Arbeitnehmer, die von ihrer Arbeitsleistung freigestellt sind, weil sie im abgebenden Krankenhaus freigestellte Personalratsmitglieder sind.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 16.2.2011, 15 TaBV 2347/10

### 178. Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, Ausschreibung, vorläufige personelle Maßnahme

... II. 1. ... c) ... bb) ... Vereinbaren Arbeitgeber und Betriebsrat Näheres zu Inhalt und Form von innerbetrieblichen Ausschreibungen, so hat sich der Arbeitgeber hieran zu halten. Genügt die Ausschreibung nicht der mit dem Betriebsrat getroffenen (freiwilligen) Betriebsvereinbarung, so berechtigt dies den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG. Denn eine Ausschreibung, die die vereinbarten Mindestanforderungen nicht beachtet, ist keine Ausschreibung und dem Betriebsrat steht das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 zu (BAG, Beschl. v. 23.2.1988 – 1 ABR 82/86 – AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972 = NZA 1988, 551; BAG, Beschl. v. 18.12.1990 – 1 ABR 15/90 – BAGE 66, 328 = AP Nr. 85 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1991, 482; vgl. auch *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn 235; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 99 Rn 251).

cc) Hierauf kann sich der Betriebsrat auch berufen; diesen Verweigerungsgrund hat er rechtzeitig geltend gemacht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann sich der Betriebsrat im gerichtlichen Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nur auf die Gründe berufen, die er in beachtlicher Weise innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG geltend gemacht hat. Mit dem Nachschieben neuer Gründe ist er ausgeschlossen (BAG, Beschl. v. 11.6.2002 – 1 ABR 43/01 – AP Nr. 118 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 2003, 226; BAG, Beschl. v. 9.12.2008 – 1 ABR 79/07 – NZA 2009, 627). Der Betriebsrat hat seine Zustimmung u.a. mit der Begründung verweigert, die erforderliche innerbetriebliche Ausschreibung sei nicht erfolgt. Dies erfasst auch die nicht richtige bzw. nicht vollständige Ausschreibung nach der Betriebsvereinbarung vom 21.9.2009. Die Beteiligten haben in dieser Betriebsvereinbarung auch die Formalien der erforderlichen innerbetrieblichen Ausschreibung festgelegt. Diesen

## Betriebsverfassungsrecht

Anforderungen genügte die ausgehängte Kurzzusammenfassung nicht (s.o.). Deshalb liegt keine (ordnungsgemäße) Ausschreibung vor. Eine nicht ordnungsgemäße Ausschreibung, die die vereinbarten Mindestanforderungen nicht beachtet, ist keine Ausschreibung (BAG, Beschl. v. 23.2.1988 – 1 ABR 82/86 – a.a.O.; BAG, Beschl. v. 18.12.1990 – 1 ABR 15/90 – a.a.O.; vgl. auch *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn 235; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 99 Rn 251). Es liegt deshalb entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin insoweit auch kein anderer, nicht innerhalb der Wochenfrist geltend gemachter Zustimmungsverweigerungsgrund vor.

2. Klarstellend war der Beschluss des Arbeitsgerichts hinsichtlich der Feststellung der Dringlichkeit der vorläufigen Beschäftigung der Leiharbeiterinnen S. und H. neu zu fassen. Denn die vorläufige Einstellung dieser Leiharbeiterinnen gilt bereits als vom Betriebsrat gebilligt; für die Feststellung der Dringlichkeit im Sinne des § 100 BetrVG ist daher kein Raum.

a) Nach § 100 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat insofern, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, so hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. An einer derartigen unverzüglichen Mitteilung fehlt es vorliegend, so dass die Maßnahme als gebilligt gilt. Der Betriebsrat hat in seinen Schreiben vom 25.3.2010 den vorgesehenen Maßnahmen gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG nicht zugestimmt. Dies ist aber unerheblich, weil eine Zustimmung nicht erforderlich ist. Er hat weiterhin ausgeführt, worauf er die Ablehnung stützt. Die von ihm genannten Aspekte sind aber identisch mit den Zustimmungsverweigerungsgründen, die er bei der Einstellung der Arbeitnehmer in seinem Schreiben vom 11.3.2010 geltend gemacht hat. All diese Gründe haben jedoch nichts damit zu tun, ob die vorläufige Maßnahme „aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist“. Da der Betriebsrat hierzu keinerlei Ausführungen gemacht hat, gilt diese Maßnahme mangels Bestreiten von ihm als gebilligt.

b) Diese Feststellung ist auch vom Antrag der Arbeitgeberin umfasst. Für den Fall, dass Streit darüber besteht, ob eine vorläufige personelle Maßnahme bereits als gebilligt gilt oder deren Dringlichkeit noch vom Gericht festgestellt werden muss, könnte der Arbeitgeber in erster Linie die Feststellung beantragen, dass die Maßnahme als gebilligt gilt und nur hilfsweise die Feststellung der Dringlichkeit beantragen (für den Streit um die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG: BAG, Beschl. v. 28.1.1986 – 1 ABR 10/84 – BAGE 51, 42 = AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1986, 490). Hier hat die Arbeitgeberin das Schreiben des Betriebsrats vom 25.3.2010 als Bestreiten gewertet und nur die Feststellung der Dringlichkeit beantragt. Dieser Antrag ist aber nicht auf eine solche Entscheidung des Arbeitsgerichts beschränkt mit der Folge, dass dieser Antrag abzuweisen ist, wenn sich die Billigung der vorläufigen Maßnahme ergibt. Das Bundesarbeitsgericht hat im Zusammenhang mit Zustimmungser-

setzungen nach § 99 Abs. 4 BetrVG anerkannt, dass das Gericht auch ohne einen darauf gerichteten Antrag ohne Verstoß gegen § 308 ZPO aussprechen muss, dass die Zustimmung bereits als erteilt gilt, wenn sich dies im Laufe des Verfahrens herausstellt (BAG, Beschl. v. 18.10.1988 – 1 ABR 33/87 – BAGE 60, 57 = AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1989, 355; LAG Niedersachsen, Beschl. v. 13.1.2009 – 3 TaBV 1/08 – juris). Gleiches gilt für die vorliegende Konstellation für die Feststellung der Billigung einer vorläufigen personellen Maßnahme. Denn mit dem Antrag nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG will der Arbeitgeber nur seiner gesetzlichen Verpflichtung genügen.

Ziel ist es eine gerichtliche Entscheidung zu erstreiten, dass er berechtigt ist, die geplante personelle Maßnahme durchzuführen. Aus welchem Grund das Gericht diese betriebsverfassungsrechtliche Berechtigung bejaht, ist für ihn regelmäßig zweitrangig. Der Antrag kann deshalb nicht dahin ausgelegt werden, dass er nur die Dringlichkeit festgestellt wissen will. Eine solche Entscheidung wäre, wenn es – wie hier – darauf nicht mehr ankommt, weil die Maßnahme als gebilligt gilt, eine gutachterliche Äußerung, die das Gericht nicht treffen könnte. Dem Gericht bleibe dann nur die Möglichkeit, den Antrag zurückzuweisen, weil die Maßnahme bereits als gebilligt gilt. Da die Begründung nicht an der Rechtskraftwirkung der Entscheidung teilnimmt, bestünde allerdings die Gefahr, dass in einem sich ggf. anschließenden Aufhebungsverfahren nach § 101 BetrVG diese Frage anders beurteilt würde und dem Arbeitgeber die Aufhebung aufgegeben würde. Dieses Risiko soll dem Arbeitgeber, der sich rechtstreu verhalten will, aber nicht erkennt, dass bereits eine Billigung vorliegt, nicht auferlegt werden (BAG, Beschl. v. 18.10.1988 – 1 ABR 33/87 – a.a.O. für den Fall einer unerkannten Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG).

Ebenso wie im Fall einer beantragten Zustimmungsersetzung, in dem diese vom Arbeitgeber unerkannt bereits als erteilt gilt, gebieten es Gründe der Verfahrensökonomie und der Zweck des Verfahrens um die Durchführung vorläufiger personeller Maßnahmen, dass das Gericht auch ohne einen hierauf anzielenden Antrag ausspricht, dass die vorläufige personelle Maßnahme vom Betriebsrat als gebilligt gilt, wenn sich dies – wie hier – im Laufe des Verfahrens herausstellt.

Darin liegt auch kein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht nicht etwas zusprechen darf, was nicht beantragt ist. Denn der Antrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG ist auf eine gegenüber dem Betriebsrat wirkende Entscheidung gerichtet, die betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten vorläufigen personellen Maßnahme vom Gericht bestätigt zu bekommen. Davon wird auch eine Entscheidung des Gerichts erfasst, die die betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer personellen Maßnahme feststellt, weil diese als vom Betriebsrat gebilligt gilt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 16.12.2010, 25 TaBV 2017/10

## Tarifrecht

### 179. Tariffähigkeit, Überprüfung, Antragsberechtigung (medsonet)

... II. Die Anträge zu 1) und 2) der Antragstellerin und Beteiligten zu 1) und des Beteiligten zu 15) sind vor dem Arbeitsgericht Hamburg im Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG und im Übrigen zulässig und begründet.

1. Für die Anträge zu 1) und 2) ist das Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 ArbGG die richtige Verfahrensart.

2. In einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren sind diejenigen Personen und Stellen Beteiligte, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer Rechtsstellung unmittelbar betroffen werden (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. Beschl. v. 13.3.1984, AP Nr. 9 zu § 83 ArbGG 1979; Beschl. v. 25.9.1986, AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972). Beteiligte am Verfahren nach § 97 ArbGG über die Tariffähigkeit einer Vereinigung sind neben dem Antragsteller diejenigen, deren materielle Rechtsstellung im Hinblick auf die Tariffähigkeit unmittelbar betroffen ist. Danach waren an dem vorliegenden Verfahren zu beteiligen als Beteiligte zu 2) die Arbeitnehmervereinigung, hinsichtlich derer die Tariffähigkeit streitig ist. Darüber hinaus waren zu beteiligen die Spitzenverbände, denen die Beteiligten zu 1) und 2) angehören, als Beteiligte zu 3) und 9), sowie der Spitzenverband auf Arbeitgeberseite als Beteiligter zu 13), die oberste Arbeitsbehörde des Bundes als Beteiligte zu 10) (vgl. BAG, v. 25.11.1986, AP Nr. 36 zu § 2 TVG). Weiterhin beteiligt wurden im Hinblick auf den als Antrag zu 3) gestellten Antrag, die Nichtigkeit bestimmter Tarifverträge festzustellen, die auf Arbeitgeberseite jeweils tarifschließenden Parteien als Beteiligte zu 4) bis 8), 11) und 12).

Weiterhin waren zu beteiligen als Beteiligte zu 14) und 15) die Beteiligten des nach § 97 Abs. 5 ArbGG ausgesetzten Verfahrens vor dem Arbeitsgericht Siegburg.

3. Die Beteiligte zu 1) ist antragsberechtigt nach § 97 Abs. 1 ArbGG hinsichtlich der Anträge zu 1) und 2). Bei der Beteiligten zu 1) handelt es sich um eine Arbeitnehmervereinigung, die räumlich und sachlich zuständig ist für den Bereich, in dem auch die Beteiligte zu 2) tätig sein will. Dies wird von den übrigen Beteiligten auch nicht in Abrede gestellt. Auch die Tariffähigkeit der Beteiligten zu 1) wird nicht ernsthaft angezweifelt.

4. Der Beteiligte zu 15) ist hinsichtlich beider Anträge ebenfalls, und zwar nach § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG antragsberechtigt. Zwar besitzt der Betriebsrat keine Antragsbefugnis gemäß § 97 Abs. 1 ArbGG (vgl. BAG, v. 13.3.2007, NZA 2007, 1069), so dass seine Antragsberechtigung hinsichtlich des Antrages zu 1) an sich in Frage gestellt ist. Allerdings ist dieser Antrag zu 1) hier trotz seiner gegenwartsbezogenen Wirkung gedeckt durch § 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG und den Aussetzungsbeschluss des ArbG Siegburg. Das ArbG Siegburg hat

die Aussetzung des dortigen Verfahrens zwischen den hiesigen Beteiligten zu 14) und 15) beschlossen bis zur Entscheidung über, die Tariffähigkeit der hiesigen Beteiligten zu 2), nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogen. Nur aus den Gründen dieses Beschlusses ergibt sich, dass es letztlich auf die Frage der Tariffähigkeit zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bundesmanteltarifvertrages Nr. 1 für die Beschäftigten in Privatkliniken durch die Beteiligten zu 2) und 4) ankommt. Mithin folgt daraus nach § 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG die Antragsbefugnis des Beteiligten zu 15) für den Antrag zu 2), aufgrund des Beschlusstextes aber auch für den Antrag zu 1). Die Richtigkeit der Aussetzungsentscheidung war von der erkennenden Kammer nicht nachzuprüfen (*Schwab/Weth/Walker*, § 97 ArbGG Rn 49).

5. Es besteht das nach § 256 ZPO, § 46 Abs. 2 ArbGG, § 80 Abs. 2 ArbGG für die Anträge zu 1) und 2) erforderliche Feststellungsinteresse. Für den Antrag zu 1), dessen Entscheidungsgrundlage in zeitlicher Hinsicht der Schluss der mündlichen Anhörung ist, ergibt sich dies schon daraus, dass die Beteiligte zu 2) ihre Tariffähigkeit behauptet und die Beteiligten zu 1) und 15) dies bezweifeln. Dieser Antrag ist ausschließlich auf die Gegenwart gerichtet und nicht vergangenheitsbezogen.

Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch für den vergangenheitsbezogenen Antrag zu 2). Hinsichtlich des Antrages des Beteiligten zu 15) ergibt sich dies schon daraus, dass es um die Tariffähigkeit der Beteiligten zu 2) bei Abschluss des Tarifvertrages geht, wegen dessen Wirksamkeit letztlich das Verfahren zwischen ihm und der Beteiligten zu 14) vor dem Arbeitsgericht Siegburg ausgesetzt ist.

Auch die Beteiligte zu 1) ist berechtigt, einen solchen vergangenheitsbezogenen Antrag zu stellen. Die Kammer schließt sich insoweit nach eigener Prüfung den Ausführungen des Arbeitsgerichts Köln (Beschl., v. 30.10.2008, ArbuR 2009, 100 ff.) an. Es ist kein Grund erkennbar, warum eine vergangenheitsbezogene Feststellung nicht auch dann beantragt werden können sollte, wenn hinsichtlich des Antragstellers der Antrag nach § 97 Abs. 1 ArbGG nicht auf ein ausgesetztes Verfahren zurückzuführen ist. Eine derartige Differenzierung, die, sofern kein ausgesetztes Verfahren vorliegt, nur die Feststellung der (fehlenden) Tariffähigkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Anhörung vor der Kammer zuließe, kann der Vorschrift nicht entnommen werden. Wäre eine vergangenheitsbezogene Feststellung in dieser Konstellation ausgeschlossen, hätte dies zudem zur Folge, dass es von der Dauer des Verfahrens nach § 97 ArbGG abhinge, in welchem Umfang und in welchem zeitlichen Ausmaß eine Vereinigung, deren Tariffähigkeit im Streit steht, rechtsgültige Tarifverträge abschließen kann. Die Möglichkeit der Überprüfung der Tariffähigkeit einer Vereinigung hinge damit allein von dem ungewissen und rein zufälligen Umstand ab, dass es in einem anderen Verfahren gerade auf die Tariffähigkeit ankommt.

6. Die Anträge zu 1) und 2) der Beteiligten zu 1) und des Beteiligten zu 15) sind auch begründet. Die Beteiligte zu 2)

## Tarifrecht

ist weder zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Anhörung (dazu 7.) noch war sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bundesmanteltarifvertrages Nr. 1 für die Beschäftigten in Privatkliniken, abgeschlossen zwischen ihr und dem Bundesverband Deutscher Privatkliniken, der Beteiligten zu 4), am 20.10.2008, tariffähig.

a) Weder der Begriff noch die Anforderungen, die an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung zu stellen sind, sind gesetzlich geregelt. § 2 Abs. 1 NG bestimmt den Begriff der tariffähigen Gewerkschaft nicht, sondern setzt ihn voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur BAG, v. 5.10.2010, 1 ABR 88/09 m.w.N., zitiert nach juris), der sich die Kammer anschließt, muss eine Arbeitnehmervereinigung bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen, um tariffähig zu sein. Die Koalition muss sich als satzungsgemäße Aufgabe die Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Arbeitnehmer gesetzt haben und willens sein, Tarifverträge zu schließen. Sie muss frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert sein und das geltende Tarifrecht als verbindlich anerkennen. Darüber hinaus muss sie über Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler und über eine leistungsfähige Organisation verfügen. Eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung muss insbesondere sozial mächtig und von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben einer Tarifvertragspartei zu erfüllen (BVerfG, Beschl. v. 24.2.1999, BVerfGE 100, 214). Darüber hinaus müssen nach Ansicht im Schrifttum die innere Ordnung des Verbandes und seine Willensbildung demokratischen Grundsätzen entsprechen (*Wiedemann/Oetker*, § 2 NG Rn 341 m.w.N.; *Däubler*, TVG, Einl. Rn 94 m.w.N.; vgl. auch *Maunz/Düring/Scholz*, Art. 9 GG Rn 206 ff.; einschränkend BAG, v. 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit).

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verbietet es, die Tariffähigkeit von Umständen abhängig zu machen, die nicht von der Sache selbst, also von der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens gefordert sind (vgl. BVerfG, v. 20.10.1981, BVerfGE 58, 233 ff.). Es dürfen auch keine Anforderungen an die Tariffähigkeit gestellt werden, die erheblich auf die Bildung und Betätigung einer Koalition zurückwirken, diese unverhältnismäßig einschränken und so zur Aushöhlung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gesicherten freien Koalitionsbildung und -betätigung führen. In Anwendung dieser dargestellten Grundsätze ergibt sich hier Folgendes:

b) Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bundesmanteltarifvertrages Nr. 1 für die Beschäftigten in Privatkliniken, abgeschlossen zwischen der Beteiligten zu 2) und dem Bundesverband Deutscher Privatkliniken, der Beteiligten zu 4), war die Beteiligte zu 2) nicht tariffähig. Dies ergibt sich nach Auffassung der Kammer bereits daraus, dass es zu diesem Zeitpunkt den nach der Satzung der Beteiligten zu 2) für die Tarifarbeit vorgesehene Tarifstatus noch nicht gab. Dieser wurde erst im September 2010 durch den Hauptvorstand der Beteiligten

zu 2) beschlossen. Auch wenn mit dem Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen wird, dass kein Grund bestehen dürfte, die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervereinigung nur wegen etwaiger Defizite in der demokratischen Binnenstruktur in Frage zu stellen (vgl. BAG, v. 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit), führt doch das Fehlen jeglicher Regelungen über Verhandlung und Abschluss von Tarifverträgen dazu, dass der betreffenden Arbeitnehmervereinigung die Tariffähigkeit nicht zuerkannt werden kann. Dieses Erfordernis rechtfertigt sich aus der Notwendigkeit einer mitgliedschaftlichen Legitimation der durch den Abschluss von Tarifverträgen wahrgenommenen Rechtssetzungsbefugnis. Es handelt sich nicht nur um etwaige Defizite in der demokratischen Binnenstruktur, sondern das Fehlen jeglicher Vorgabe, auf welchem Wege von wem auf welcher Grundlage Tarifinhalte verhandelt und abgeschlossen werden. Es mag sein, dass im konkreten Fall eines Tarifabschlusses hinreichend demokratisch legitimiert ein Tarifvertrag zustande gekommen ist. Allerdings ist dieser Umstand dann quasi zufällig, weil nicht durch entsprechende Regelungen abgesichert. Damit ist die Normwirkung der tariflichen Regelungen für die Tarifgebundenen nicht zu vereinbaren. Weil der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis des Verbandsmitglieds mit gesetzgleicher Wirkung regelt, müssen die Tarifnormen in besonderer Weise legitimiert sein. Insofern geht es um eine demokratische Binnenstruktur als Prozess der gemeinsamen innerverbandlichen Willensbildung (vgl. auch *MünchArbR/Rieble/Klump*, § 164 Rn 5).

c) Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beteiligte zu 2) zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Anhörung die Voraussetzungen der Tariffähigkeit erfüllt. Es fehlt auf der Grundlage des bislang vorgetragenen Sachverhalts an der Durchsetzungsfähigkeit der Beteiligten zu 2) gegenüber der Arbeitgeberseite.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, muss eine Arbeitnehmervereinigung Durchsetzungskraft besitzen, um sicherzustellen, dass der soziale Gegenspieler Verhandlungsangebote nicht übergehen kann. Der ihr obliegenden Mitwirkung am Zustandekommen eines angemessenen, sozial befriedenden Interessenausgleichs kann sie nur sachgerecht nachkommen, wenn sie auf die Arbeitgeberseite zumindest so viel Druck ausüben kann, dass diese sich veranlasst sieht, sich auf Verhandlungen über tarifvertraglich regelbare Arbeitsbedingungen einzulassen (BAG, v. 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit). Die Arbeitnehmervereinigung muss von ihrem sozialen Gegenspieler ernst genommen werden, so dass die Arbeitsbedingungen nicht einseitig von der Arbeitgeberseite festgelegt, sondern tatsächlich ausgehandelt werden. Ob eine Arbeitnehmervereinigung eine solche Durchsetzungsfähigkeit besitzt, muss aufgrund aller Umstände im Einzelfall festgestellt werden (vgl. BAG, v. 14.12.2004, AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit). Für die Beurteilung der Durchsetzungskraft kommt im Einzelfall insbesondere der Mitgliederzahl entscheidende Bedeutung

zu. Die Organisationsstärke ist dabei im Verhältnis zu dem von der Arbeitnehmerkoalition selbst gewählten räumlichen und fachlichen Organisationsbereich zu bewerten. Die Durchsetzungskraft einer Arbeitnehmervereinigung kann sich auch darin zeigen, dass sie schon aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eingegriffen hat (vgl. BAG, v. 6.6.2000, AP TVG § 2 Nr. 55).

Die anzustellende Einzelfallbetrachtung hat hier davon auszugehen, dass es sich bei der Beteiligten zu 2) um eine noch relativ junge Arbeitnehmervereinigung handelt, die erst im Frühjahr 2008 gegründet wurde. Beteiligt sich eine noch junge Arbeitnehmerkoalition im zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Gründung am Aushandeln von Tarifverträgen, kann ohne Angaben zur Zahl ihrer Mitglieder und organisatorischen Leistungsfähigkeit allein die Anzahl der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge ihre Tariffähigkeit nicht belegen (BAG, v. 5.10.2010, NZA 2011, 300 ff.). Dem schließt sich die Kammer an. Dies ergibt sich nachvollziehbar schon daraus, dass die Tariffähigkeit Voraussetzung, nicht Folge des Abschlusses von Tarifverträgen ist. Mithin helfen die von der Beteiligten zu 2) vorgelegten Übersichten ihrer Tarifabschlüsse nicht weiter. Gerade bei einer noch jungen Arbeitnehmervereinigung bedarf es der besonderen Begründung ihrer Durchsetzungskraft. Es kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, aus dem Abschluss von Tarifverträgen lasse sich auf die Durchsetzungskraft der betreffenden Arbeitnehmervereinigung rückschließen.

Die Zahl der organisierten Arbeitnehmer bestimmt die finanzielle Ausstattung einer Arbeitnehmerkoalition. Sie entscheidet über deren organisatorische Leistungsfähigkeit und auch darüber, ob eine Arbeitnehmervereinigung in der Lage ist, die mit dem Abschluss von Tarifverträgen verbundenen finanziellen und personellen Lasten zu tragen (BAG, v. 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2

TVG Tariffähigkeit). Vor allem aber gibt die Mitgliederzahl im selbst gewählten fachlichen und räumlichen Zuständigkeitsbereich Aufschluss darüber, ob eine Arbeitnehmervereinigung unter Berücksichtigung ihres organisatorischen Aufbaus überhaupt in der Lage ist, hinreichenden Druck auf den sozialen Gegenspieler aufzubauen, um Verhandlungen über den Abschluss eines Tarifvertrags zu erzwingen (BAG, v. 5.10.2010, NZA 2011, 300 ff.).

Hier wurde von der Beteiligten zu 2) in der mündlichen Anhörung vorgetragen, sie verfüge im eigenen Zuständigkeitsbereich über 7.000 Mitglieder. Diese Angabe als zutreffend unterstellt, folgt daraus ohne weitere Darlegung nicht die hinreichende Durchsetzungskraft gegenüber der Arbeitgeberseite. Die Beteiligte zu 2) hat sich einen bundesweiten Tätigkeitsbereich beigelegt, in dem etwa 2,2 Millionen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen tätig sind. Die Beteiligte zu 2) verfügt damit über einen Organisationsgrad von nur 0,32 %. Es ist bislang nicht ersichtlich, dass ihre Mitglieder besondere Schlüsselpositionen einnehmen. Es kommt dabei nicht darauf an, dass in bestimmten räumlichen Teilbereichen der Organisati-

onsgrad der Beteiligten zu 2) erheblich höher liegen mag. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung für den beanspruchten Zuständigkeitsbereich ist einheitlich und unteilbar. Hierfür genügt es zwar, dass die Arbeitnehmervereinigung Durchsetzungskraft und organisatorische Leistungsfähigkeit zumindest in einem nicht unerheblichen Teil des beanspruchten Zuständigkeitsbereichs besitzt. Dies kann hier aber nicht festgestellt werden. Eine partielle, auf bestimmte Regionen, Berufskreise oder Branchen beschränkte Tariffähigkeit gibt es nicht (BAG, v. 28.3.2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit).

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 17.5.2011, 1 BV 5/10

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,  
Anwaltschreiberei im Messehof Leipzig, Neumarkt 16–18,  
04109 Leipzig

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

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

### 180. Eingruppierung, Darlegungs- und Beweislast, Heraushebungsmerkmal, Entscheidungsbefugnis

... B. I. Die Klägerin ist nicht in Tarifgruppe 6 des Manteltarifvertrages für die Volksbanken und Raiffeisenbanken sowie die genossenschaftlichen Zentralbanken einzugruppieren.

Die Klägerin fällt nicht unter eines der Beispielsmerkmale. Dass sie die allgemeinen Anforderungen erfüllt, lässt sich aufgrund ihrer Darlegungen nicht feststellen.

1. Die Eingruppierung setzt zunächst voraus, dass die ausgeübten Tätigkeiten „vertiefte, gründliche und/oder vielseitige Kenntnisse voraussetzen“. Damit hebt sich die Tarifgruppe 6 aus der Tarifgruppe 5 heraus, in der die Tätigkeiten nur „gründliche oder vielseitige Kenntnisse erfordern“.

Der Kläger einer Eingruppierungsklage hat diejenigen Tatsachen vorzutragen und im Bestreitensfalle zu beweisen, aus denen der rechtliche Schluss möglich ist, dass er die im Einzelfall für sich beanspruchten tariflichen Tätigkeitsmerkmale unter Einschluss der darin vorgesehenen Qualifizierungen erfüllt. Dazu reicht eine genaue Darstellung der eigenen Tätigkeiten nicht aus. Gerade bei Qualifizierungsmerkmalen ist ein Vergleich mit den nicht herausgehobenen Tätigkeiten erforderlich, der durch einen entsprechenden Tatsachenvortrag des Klägers geleistet werden muss (vgl. z.B. BAG, 20.10.1993 – 4 AZR 47/93 – AP Nr. 173 zu §§ 22, 23 BAT 1975).

Die Klägerin hat zwar schlagwortartig ihre Tätigkeiten dargestellt. Sie hat aber nichts zu den dabei erforderlichen Kenntnissen vorgetragen. Erst Recht hat sie nichts dazu vorgetragen, wie sich die dabei erforderlichen Kenntnisse aus den für die Tarifgruppe 5 erforderlichen Kenntnissen herausheben. Schon daran scheitert der Eingruppierungsanspruch.

2. Zudem hat das Arbeitsgericht zu Recht entschieden, dass sich das weitere Tätigkeitsmerkmal, nämlich dass die Ausführung der Tätigkeiten „in begrenztem Umfang eigene Entscheidungen erfordert“, nicht feststellen lässt. Die Kammer nimmt insofern auf die Darlegungen des Arbeitsgerichts Be-

## Tarifrecht

zug und macht sich diese zu eigen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Sofern die Klägerin der Ansicht ist, dass das Merkmal des Erforderns von eigenen Entscheidungen sich darauf beschränken könne, „Entscheidungsvorlagen zu erarbeiten, über die dann durch den Vorgesetzten mit verbindlicher Außenwirkung befunden wird“, ist dieses mit der Tarifnorm nicht vereinbar. Die Tarifvorschrift fordert ausdrücklich „eigene“ Entscheidungen und nicht lediglich Vorbereitung fremder Entscheidungen. Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht (v. 10.2.1999 – 10 ABR 38/98) ebenso wie das Landesarbeitsgericht Niedersachsen (v. 13.7.1998 – 4 TaBV 69/96) für die Eingruppierung eines Finanzberaters in die Tarifgruppe 6 zu einem insoweit gleichlautenden Tarifvertrag hervorgehoben, dass der Finanzberater innerhalb vorgeschriebener Höchstgrenzen auch selbst Kreditentscheidungen treffen könne und insoweit mit eigener Kompetenz versehen sei.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 19.11.2010, 4 Sa 1072/10

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Krügermeyer-Kalthoff,

Hauptstraße 331, 51143 Köln

Tel.: 02203/955670, Fax: 02203/9556713

km-k@oserhues.de

### 181. Altersteilzeit, Vergütungsberechnung, Spiegelbildlichkeit Aktiv- und Passivphase, Urlaubsgeld

A. ... II. 1. ... b) ... bb) Die Klägerin hat während der Freistellungsphase zeitversetzt Anspruch auf den angesparten Teil des tariflichen Urlaubsgelds, der in der Arbeitsphase erarbeitet, aber nicht ausgezahlt worden ist.

(1) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell während der Freistellungsphase Anspruch auf die durch seine Vorarbeit in der Arbeitsphase erworbenen Entgeltansprüche (Senat, v. 11.4.2006 – 9 AZR 369/05 – Rn 50, BAGE 118, 1; vgl. Beschl. v. 4.10.2005 – 9 AZR 449/04 – zu B I 3a der Gründe, BAGE 116, 86; Beschl. v. 24.6.2003 – 9 AZR 353/02 – zu A II 1b bb (2) der Gründe, BAGE 106, 353). Im Blockmodell der Altersteilzeit tritt der Arbeitnehmer während der Arbeitsphase mit seinen vollen Arbeitsleistungen im Hinblick auf die anschließende Freistellungsphase in Vorleistung. Er hat hierdurch Entgelte erarbeitet, die nicht im Monat der Arbeitsphase ausgezahlt, sondern für die spätere Freistellungsphase angespart werden. Das während der Freistellungsphase ausgezahlte Entgelt ist daher Gegenleistung für die bereits während der Arbeitsphase geleistete, über die verringerte Arbeitszeit hinausgehende Arbeit. Der Arbeitnehmer erarbeitet sich damit im Umfang seiner Vorleistungen zum einen Ansprüche auf die spätere Zahlung der Bezüge und zum anderen einen entsprechenden Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistungspflicht (Senat, Beschl. v. 19.10.2004 – 9 AZR 647/03 – zu II 3a der Gründe, BAGE 112, 214).

(2) Diese Grundsätze gelten auch für das Urlaubsgeld nach dem TV Urlaubsgeld Ang-O i.V.m. dem TV ATZ.

(a) Nach § 4 Abs. 1 Alt. 1 TV ATZ erhält der Arbeitnehmer während der gesamten Zeit des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses die Bezüge in Höhe der sich für entsprechende Teilzeitkräfte bei Anwendung der tariflichen Vorschriften (z.B. § 34 BAT/BAT-O) ergebenden Beträge (feste Bezügebestandteile). Lediglich Bezügebestandteile, die üblicherweise in die Berechnung des Aufschlags zur Urlaubsvergütung/Zuschlags zum Urlaubslohn einfließen, sowie Wechselschicht- und Schichtzulagen (§ 4 Abs. 1 Alt. 2 TV ATZ) werden entsprechend dem Umfang der tatsächlich geleisteten Tätigkeit (unständige Bezügebestandteile) gezahlt (Senat, Beschl. v. 24.6.2003 – 9 AZR 353/02 – zu A II 1 der Gründe, BAGE 106, 353). Die Tarifvorschrift unterscheidet deshalb zwischen Bezügen, die im Blockmodell während der Arbeitsphase nur zur Hälfte und in der Freistellungsphase zur anderen Hälfte zu zahlen sind, und Bezügen, die in der Arbeitsphase entsprechend der tatsächlich geleisteten Vollarbeitszeit vergütet werden und in der Freistellungsphase deshalb wegen fehlender tatsächlicher Arbeitsleistung nicht gezahlt werden.

(b) Da nach § 4 Abs. 2 TV ATZ auch Einmalzahlungen als Bezüge i.S.d. Abs. 1 gelten, greifen die Grundsätze zum angesparten Entgelt auch hier. Hat der Altersteilzeitarbeitnehmer in der Arbeitsphase Anspruch auf Zahlung eines Einmalbezugs, für dessen Berechnung nicht die tatsächlich in der Arbeitsphase geleistete Tätigkeit maßgebend ist (feste Bezügebestandteile), folgt aus § 4 Abs. 1 Alt. 1 TV ATZ, dass der Altersteilzeitarbeitnehmer den Einmalbezug in der Arbeitsphase nur in der Höhe erhält, die sich auf der Basis der verringerten Arbeitszeit ergibt. Er spart aber den Teil des Einmalbezugs für die Freistellungsphase an, der ihm nur deshalb nicht in der Arbeitsphase ausgezahlt wird, weil der Arbeitnehmer als Einmalbezug nur den sich für entsprechende Teilzeitkräfte ergebenden Betrag erhält.

(c) Das folgt für das tarifliche Urlaubsgeld schon aus § 4 Abs. 2 TV ATZ. Danach gelten Einmalzahlungen (z.B. Urlaubsgeld) als Bezüge im Sinne des Abs. 1. Es handelt sich auch nicht um Bezügebestandteile, die üblicherweise in die Berechnung des Aufschlags zur Urlaubsvergütung/Zuschlags zum Urlaubslohn einfließen sowie die weiter dort genannten Zulagen, § 4 Abs. 1 Alt. 2 TV ATZ. Diese würden lediglich entsprechend dem Umfang der tatsächlich geleisteten Tätigkeit berücksichtigt. Das tarifliche Urlaubsgeld ist kein Aufschlag oder Zuschlag zum Urlaubslohn. Es handelt es sich vielmehr um einen festen Bezügebestandteil, bei dessen Berechnung es nicht auf die in der Arbeitsphase tatsächlich geschuldete Arbeitsleistung ankommt, § 4 Abs. 1 Alt. 1 TV ATZ. § 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Nr. 1 und 3 TV Urlaubsgeld Ang-O verlangen bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis lediglich, dass der Arbeitnehmer im Juli des Jahres Anspruch auf zumindest einen Teil seiner Arbeitsvergütung hat. Die tatsächliche Tätigkeit ist nur eines von mehreren Tatbestandsmerkmalen, die zur Gewährung des Urlaubsgelds führen. Dem liegt, ebenso wie bei anderen Jahressonderleistungen, die allein auf geleistete Arbeit im Rahmen des Jahres abstellen, der

Gedanke zugrunde, dass der Angestellte zumindest in einem bestimmten Umfang aufgrund seiner geleisteten Tätigkeit Entgelt beziehen soll, um die Jahressonderleistung zu erhalten (Senat, Beschl. v. 20.8.2002 – 9 AZR 353/01 – zu 12 der Gründe, BAGE 102, 218). Deshalb bestimmt § 2 Satz 1 TV Urlaubsgeld Ang-O die Höhe des Urlaubsgelds als Festbetrag. (3) § 2 Satz 2 TV Urlaubsgeld Ang-O halbiert nicht den Anspruch auf das Urlaubsgeld, wenn sich der Arbeitnehmer in der Arbeitsphase der Altersteilzeitarbeit befindet. Das ergibt sich aus § 4 Abs. 1 Alt. 1 TV ATZ. Diese Tarifnorm ist gegenüber § 2 Satz 2 TV Urlaubsgeld Ang-O die für Altersteilzeitarbeitnehmer speziellere und damit die hier maßgebliche Regelung. Nach § 2 Satz 2 TV Urlaubsgeld Ang-O erhält der am 1. Juli nicht vollzeitbeschäftigte Angestellte von dem Urlaubsgeld nur den Teil, der dem Maß der mit ihm vereinbarten – am 1. Juli geltenden – durchschnittlichen Arbeitszeit entspricht. Auch im Blockmodell des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses wird wie im Teilzeitmodell die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit während des gesamten Altersteilzeitarbeitsverhältnisses um die Hälfte verringert (§ 3 Abs. 1 Unterabs. 1 i.V.m. Abs. 2 Buchst. a TVATZ). Das bedeutet für den Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell aber nicht, dass ihm während der Arbeitsphase nur die Hälfte des tariflichen Urlaubsgelds zustand und somit keine weitere Hälfte angespart werden konnte. Eine solche Betrachtung würde dazu führen, dass der Altersteilzeitarbeitnehmer während der Freistellungsphase bei Fortgeltung des TV Urlaubsgeld Ang-O Anspruch auf das tarifliche Urlaubsgeld hätte, ohne dass er es hätte ansparen müssen. Denn seine durchschnittliche Arbeitszeit beträgt auch während der Freistellungsphase die Hälfte seiner bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit. Er arbeitet in der Arbeitsphase für die spätere Freistellungsphase vor. Wegen dieser Besonderheit verdrängt § 4 TV ATZ die allgemeine Regelung des § 2 Satz 2 TV Urlaubsgeld Ang-O. Vergütungsbestandteile wie das tarifliche Urlaubsgeld sollen § 4 Abs. 1 Alt. 1 TV ATZ unterfallen. Damit werden sie nach ständiger Rechtsprechung des Senats bei Altersteilzeit im Blockmodell zur Hälfte in der Arbeitsphase für die Freistellungsphase zeitversetzt angespart. (...)

cc) Die Klägerin erfüllte in jedem Jahr der Arbeitsphase die Voraussetzungen des Urlaubsgelds nach dem TV Urlaubsgeld Ang-O. Die Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Nr. 3 TV Urlaubsgeld Ang-O lagen vor, da sie während des gesamten Monats Juli der maßgeblichen Urlaubsjahre 2003 und 2004 Anspruch auf Vergütung hatte. Das ist zwischen den Parteien unstrittig; denn der Beklagte zahlte fortlaufend und letztmalig 2006 die der Klägerin zustehende Hälfte des tariflichen Urlaubsgelds.

dd) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts steht dem Anspruch nicht entgegen, dass der TV Urlaubsgeld Ang-O mit Wirkung vom 1.11.2006 durch den TV-L ersetzt wurde und dieser kein Urlaubsgeld mehr vorsieht. Anspruchsgrundlage für Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell ist der TV Urlaubsgeld Ang-O in der im jeweiligen

Ansparjahr maßgeblichen Fassung. Das sind hier die Jahre 2003 und 2004. Kommt es in der Freistellungsphase zu Lohnerhöhungen, einem Einfrieren oder einer Kürzung von Zuwendungszahlungen ist (mindestens) das auszuzahlen, was der Altersteilzeitarbeitnehmer erarbeitet hat (Senat, Beschl. v. 4.10.2005 – 9 AZR 449/04 – zu B 13g (3) der Gründe, BAGE 116, 86). Die Klägerin hat damit mindestens Anspruch auf den so angesparten Teil des Urlaubsgelds.

ee) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist auch nicht am Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der Beklagte will das tarifliche Urlaubsgeld bis zum Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses zurückbehalten und dann nicht auszahlen, wenn die Gesamtaltersteilzeitarbeitsvergütung in der Freistellungsphase auch ohne das Urlaubsgeld nicht geringer ist als die Gesamtaltersteilzeitarbeitsvergütung in der Arbeitsphase. Das sieht der TV ATZ nicht vor.

Einem solchen Zurückbehaltungsrecht zum Zwecke eines Gesamtvergleichs steht zudem entgegen, dass das Urlaubsgeld in der Freistellungsphase zeitversetzt zum angesparten Jahr der Arbeitsphase fällig war. Das sind für die Jahre 2003/2004 und 2004/2005 der Arbeitsphase die Jahre 2007 und 2008 der Freistellungsphase. Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis endete aber erst 2009. Eine Gesamtberechnung war deshalb ausgeschlossen, zumal dem Arbeitgeber im TV ATZ kein entsprechendes Zurückbehaltungsrecht eingeräumt war.

#### ■ Bundesarbeitsgericht

vom 16.11.2010, 9 AZR 597/09

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,  
Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Neumarkt 16-18,  
04109 Leipzig

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

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

### 182. Urlaubsanspruch, Verfall gesetzlicher Ansprüche

§ 26 TVöD-AT enthält ein weitgehend vom Gesetzesrecht (§ 7 BurlG) gelöstes Urlaubsregime mit der Folge, dass der tarifliche Mehrurlaub im öffentlichen Dienst mit dem Ende des in § 26 Abs. 2 lit. A TVöD-AT vorgesehenen Übertragungszeitraums (31. Mai des Folgejahres) verfällt, wenn er bis dahin wegen Arbeitsunfähigkeit nicht angetreten werden kann (wie LAG Rheinland-Pfalz 19.8.2010 – 10 Sa 244/10 – juris).

#### ■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 20.1.2011, 11 Sa 1493/10

### 183. Urlaubsabgeltung, Berechnung, Berücksichtigung Mehrarbeit

I. Der Anspruch der Klägerin auf zusätzliche Berücksichtigung der im Jahr 2008 geleisteten Mehrarbeit bei der Berechnung des Urlaubsentgeltes für das Jahr 2009 folgt aus § 13 Nr. 5 MTV.

1. Nach § 13 Nr. 5 MTV wird für jeden Urlaubstag eines laufenden Jahres 1/220 der im vorangegangenen Kalenderjahr für

## Tarifrecht

diese Mehrarbeit abgerechneten Mehrarbeitsvergütung gezahlt, wenn im vorangegangenen Kalenderjahr mehr als 50 vom Arbeitgeber angeordnete unregelmäßige Mehrarbeitsstunden abgerechnet worden sind.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin im Vorjahr, nämlich im Jahr 2008, mehr als 50, nämlich 225,06 unregelmäßige Mehrarbeitsstunden geleistet hat. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass diese Mehrarbeitsstunden erfasst und mit den nach MTV vorgesehenen Zuschlägen berechnet wurden.

2. Streitig ist zwischen den Parteien, ob auch gemäß § 11 Nr. 2 Satz 4 MTV in Freizeit ausgeglichene Mehrarbeit als „abgerechnete Mehrarbeitsstunden“ bzw. „abgerechnete Mehrarbeitsvergütung“ im Sinne von § 13 Nr. 5 MTV angesehen werden und damit bei der Berechnung der Urlaubsentgeltansprüche Berücksichtigung finden kann.

Die Auslegung der Regelung in § 13 Nr. 5 MTV ergibt nach Auffassung der Kammer, dass auch in Freizeit ausgeglichene Mehrarbeit zur Erhöhung der Urlaubsentgeltberechnung führt.

a) Die Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages, über die hier zwischen den Parteien Streit besteht, folgt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den für die Auslegung von Gesetzen geltenden Regeln (BAG, v. 23.2.2005 – 4 AZR 139/04 – zu II c, bb (1) der Gründe m.w.N., BAGE 114, 33; 27.5.2008 – 3 AZR 893/06 – juris). Danach ist zunächst vom Tarifwortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Bei nicht eindeutigem Tarifwortlaut ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien mitzubetrachten, soweit er in den tariflichen Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist ferner auf den tariflichen Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien liefert und nur so der Sinn und Zweck der Tarifnorm zutreffend ermittelt werden kann. Lässt dies zweifelsfreie Auslegungsergebnisse nicht zu, können die Gerichte für Arbeitsachen, ohne an eine Reihenfolge gebunden zu sein, weitere Kriterien ergänzend heranziehen. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse gilt es zu berücksichtigen; im Zweifel gebührt derjenigen Tarifauslegung der Vorzug, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (vgl. BAG, v. 23.2.2005 – 4 AZR 139/04 – a.a.O.).

b) Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze kommt die Kammer zu dem Ergebnis, dass auch die Mehrarbeit, die in Freizeit ausgeglichen worden war, das tarifliche Urlaubsentgelt gemäß § 13 Nr. 5 MTV auf der Grundlage der dort geregelten Berechnungsweise erhöht.

Der Wortlaut der Regelung ist nicht eindeutig, spricht allerdings im Ansatz für die von der Beklagten vertretene Auslegung. Auf der Rechtsfolgenseite ist in § 13 Nr. 5 Abs. 2 im zweiten Halbsatz geregelt, dass für jeden Urlaubstag des laufenden Jahres 1/220 der im vorangegangenen Kalenderjahr

für diese Mehrarbeit „abgerechneten Mehrarbeitsvergütung“ gezahlt wird. Haftet man streng am Wortlaut der Regelung, spräche dies dafür, die in Freizeit ausgeglichene Mehrarbeit des Vorjahres nicht zu berücksichtigen, da konkret Mehrarbeitsvergütung hierfür nicht geleistet wurde. Diese Sichtweise ist aber nach Auffassung der Kammer zu kurz. Genau genommen wird auch für die in Freizeit ausgeglichene Mehrarbeit Vergütung gezahlt, nämlich dadurch, dass die regelmäßige Vergütung weiter gezahlt wird, ohne dass der Arbeitnehmer, der Mehrarbeitsausgleich in Anspruch nimmt, Arbeit geleistet hat. Bei dieser Vergütung handelt es sich zwar streng genommen nicht um eine „gesonderte“ Vergütung für die Mehrarbeit, gleichwohl wird die Mehrarbeit vergütet. Für die Vergütungsrelevanz des Freizeitausgleichs spricht im Übrigen weiter, dass nach der Regelung in § 11 Nr. 2 S. 4 MTV auch die Zuschläge in Form von Freizeit abgegolten werden können. Die Regelungssystematik des Tarifvertrages steift damit die gesonderte Mehrarbeitsvergütung und den Freizeitausgleich vom Vergütungsergebnis her auf eine Stufe. Auch der Sinn und Zweck der Tarifregelung sprechen für die Auslegung der Klägerin. Hätte der Freizeitausgleich derartig weitreichende Auswirkungen bei der Urlaubsentgeltberechnung des Folgejahres, wäre der Anreiz, Überstunden in Freizeit auszugleichen, deutlich geschmälert. Für eine derartige unterschiedliche Behandlung lässt die Regelungssystematik des Tarifvertrages aber nichts erkennen. Hierbei dürfte es nach dem tarifvertraglichen Regelungswillen keine Rolle spielen, ob der Ausgleich der Mehrarbeit in Geld oder in Zeit erfolgt ist. Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber die Mehrarbeit in großem Umfang abverlangt hat (nämlich über 50 Stunden hinaus) und diese geleistet wurde. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Art und Weise des Ausgleichs ein zulässiges Differenzierungskriterium dafür sein soll, ob eine Urlaubsentgeltberücksichtigung erfolgt oder nicht. Auch die von der Klägerin zitierte Betriebsvereinbarungsregelung spricht für dieses Verständnis. Offenbar entspricht die vergütungsmäßige Betrachtung des Freizeitausgleiches auch dem betrieblichen Sprachverständnis, wie sich aus der Regelung in Nr. 4 der zitierten Betriebsvereinbarung vom 18.7.2008 ergibt.

■ Arbeitsgericht Hamburg  
vom 19.1.2011, 12 A 178/10  
eingereicht von Rechtsanwältin Dorothea Goergens,  
Koppel 78, 20099 Hamburg  
Tel.: 040/249836, Fax: 040/2801806  
info@alex-goergens-theel.de, www.alex-goergens-theel.de

### 184. Urlaubsabgeltung, Verfall übergesetzlicher Ansprüche, ruhendes Arbeitsverhältnis

1. Im nach § 33 Abs. 2 TVöD ruhenden Arbeitsverhältnis entsteht nach § 26 Abs. 2 Buchst. c TVöD kein über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehender Urlaubsanspruch. Europäische Vorschriften stehen dem nicht entgegen.

2. Ob der gesetzliche Mindesturlaub entsteht, konnte offen bleiben, da der geltend gemachte Urlaubsabgeltungsan-



spruch der tarifvertraglichen Ausschlussfrist unterfällt und daher verfallen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13.12.2010, 12 Sa 375/10

## Prozessuales

### 185. Prozesskostenhilfe, Gegenvorstellung

... II. Das Vorbringen des Beschwerdeführers ist als form- und fristfreie Gegenvorstellung anzusehen und als solche zulässig. Der im Gesetz nicht vorgesehene und in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilte Rechtsbehelf der Gegenvorstellung gewährleistet die Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 Abs. 1 GG. Der Rechtsbehelfsführer wendet sich mit der Gegenvorstellung außerhalb der einschlägigen Verfahrensordnung gegen eine Entscheidung des Gerichts mit dem Ziel der Überprüfung und Korrektur dieser Entscheidung. Aufgrund des Konflikts mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit und -klarheit und insbesondere dem Institut der Rechtskraft ist eine Gegenvorstellung nur gegen solche Entscheidungen zulässig, die das entscheidende Gericht nicht binden, jederzeit abänderbar sind und nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. *Schwab/Weth*, ArbGG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rn 106). Da Entscheidungen über die Aufhebung von Prozesskostenhilfe nicht in Rechtskraft erwachsen, war eine Gegenvorstellung gegen die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde durch das Beschwerdegericht zulässig.

Mit seinem Vorbringen wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Aufhebung der Prozesskostenhilfe und damit die Zurückweisung seiner sofortigen Beschwerde. Der Beschwerdeführer hat mit der Vorlage einer Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geltend gemacht, er halte die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe nach wie vor für erfüllt. Es schadet daher nicht, dass der Beschwerdeführer die geforderte Erklärung erst verspätet nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts über seine sofortige Beschwerde gegen die Aufhebung der Prozesskostenhilfe abgegeben hat.

Auf die Gegenvorstellung war im Rahmen des sofortigen Beschwerdeverfahrens der Beschluss des Arbeitsgerichts vom 18.6.2010 abzuändern, da der Beschwerdeführer im Rahmen der Gegenvorstellung gegenüber dem Beschwerdegericht nun die erforderliche Erklärung abgegeben und entsprechende Belege vorgelegt hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Beschwerdegerichts (vgl. zuletzt LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 18.3.2010 – 1 Ta 18/10 –) können fehlende Angaben und Nachweise zu einer Änderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgereicht werden, da § 120 Abs. 4 S. 2 ZPO keine Frist für die Abgabe der gebotenen Parteierklärung vorsieht. Nichts anderes gilt aus den oben genannten Gründen für ein Vorbringen im Rahmen einer Gegenvorstellung.

Die von dem Beschwerdeführer mit der Gegenvorstellung an-

gegebenen Änderungen seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse führen zu einem Wegfall der Voraussetzungen für die ratenlose Gewährung von Prozesskostenhilfe. Der Beschwerdeführer ist mittlerweile in der Lage, monatliche Raten in Höhe von 30,00 EUR zu zahlen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.12.2010, 1 Ta 213/10

### 186. Prozesskostenhilfe, Aufhebung

Gemäß § 127 Abs. 2 S. 3 ZPO i.V.m. § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO i.V.m. § 78 ArbGG ist die sofortige Beschwerde gegen einen die Bewilligung von Prozesskostenhilfe aufhebenden Beschluss binnen einer Notfrist von einem Monat einzulegen. Die Notfrist beginnt, soweit nichts anderes bestimmt ist, mit der Zustellung der Entscheidung an den Prozessbevollmächtigten oder, falls ein solcher nicht oder durch Entpflichtung nicht mehr bevollmächtigt ist, an die Partei. Der Umfang einer Prozessvollmacht und damit auch die Bevollmächtigung zur Entgegennahme von gerichtlichen Schriftstücken des Prozessbevollmächtigten erstreckt sich auch auf die nachträgliche Überprüfung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Prozesskostenhilfverfahren nach § 120 Abs. 4 S. 2 ZPO. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Prozesskostenhilfeantrag bereits durch den Prozessbevollmächtigten gestellt wurde. In diesen Fällen muss gem. § 172 Abs. 1 ZPO die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten erfolgen, um wirksam zu sein.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 9.2.2011, 1 Ta 261/10

### 187. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Zwischenzeugnis

Die Verfügungsklage war abzuweisen.

Zwar kann auch der Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses grundsätzlich im einstweiligen Verfügungsverfahren gemäß §§ 935, 940, 916 ff. ZPO, §§ 46 Abs. 2, 62 Abs. 2 ArbGG durchgesetzt werden.

Voraussetzung ist, wie stets im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, dass sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund vorliegen.

Die Kammer lässt hier dahinstehen, ob vorliegend ein Verfügungsanspruch besteht. Denn es fehlt jedenfalls an einem Verfügungsgrund.

Mit der Verfügungsklage auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses begehrt der Verfügungskläger den Erlass einer sogenannten Erfüllungs- oder Befriedigungsverfügung, also nicht lediglich die Sicherung eines Anspruchs, sondern dessen vollständige Durchsetzung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes. Eine solche Verfügung ist zwar grundsätzlich zulässig, jedoch sind an den Verfügungsgrund besonders strenge Anforderungen zu stellen.

Dass diese Anforderungen hier vorliegen, ist nicht erkennbar.

## Prozessuales

Der bloße Vortrag des Verfügungsklägers, er sei auf Erteilung des qualifizierten Zwischenzeugnisses angewiesen, da er dieses für Bewerbungen benötige, ist unzureichend. Wäre diese Argumentation ausreichend, so wäre jeder Anspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durchsetzbar, dessen Erfüllung der Anspruchsteller als Voraussetzung für eine weitere Handlung seinerseits benötigt.

Da das Gesetz indes im einstweiligen Rechtsschutzverfahren besondere Anforderungen stellt, liegt auf der Hand, dass dieser Grund nicht ausreichend sein kann.

Die Kammer lässt dahinstehen, ob grundsätzlich ein Verfügungsgrund für einen Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses überhaupt vorliegen kann.

Denn dies kann jedenfalls nur dann der Fall sein, wenn ganz besondere Umstände vorliegen, etwa der Arbeitnehmer konkret einen Arbeitsplatz in Aussicht hat, wenn er denn nur das begehrte Zwischenzeugnis vorlegen kann und diesen Arbeitsplatz nicht erlangen wird, wenn er das Zwischenzeugnis nicht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zugesprochen bekommt.

Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist in keiner Weise ersichtlich; insbesondere hat auch der Verfügungskläger selbst im Kündigungsschutzverfahren vortragen lassen, er sei so stark erkrankt, dass er nicht mal an einem Gerichtstermin teilnehmen könne.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 15.2.2011, 3 Ga 1/11

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn

Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556

info@gm-arbeitsrecht.de

### 188. Rechtsweg, Bewerbungsverfahren Beamte, Diskriminierungsklage, Schwerbehinderte

Die nach § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG i.V.m. §§ 146 Abs. 1, 147 Abs. 1 VwGO statthafte und auch sonst zulässige, insbesondere fristgerecht erhobene Beschwerde des Klägers hat Erfolg. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts ist der Verwaltungsrechtsweg und nicht der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben.

Nach § 40 Abs. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (Satz 1). Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden (S. 2). Nach § 40 Abs. 2 S. 2 VwGO bleiben die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts unberührt. Danach ist vorliegend der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Eine Zuweisung an ein anderes Gericht liegt nicht vor, vielmehr ist nach § 40 Abs. 2 S. 2 VwGO, § 54 Abs. 1 BeamStG für alle Klagen der Beamtinnen, Beamten, Ruhestandsbeamtinnen, Ruhestands-

beamten, früheren Beamtinnen, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Ob das der Fall ist, richtet sich nach dem Klagebegehren und dem zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt (vgl. hierzu *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl., § 40 Rn 6 m.w.N.).

Der Kläger macht mit seiner Klage einen Anspruch auf Entschädigung nach § 81 Abs. 2 SGB IX in Verbindung mit § 7 und § 15 AGG geltend, weil er als Schwerbehinderter aufgrund seiner Bewerbung auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle eines Sachbearbeiters entgegen § 82 S. 2 SGB IX nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist. Er stützt sich – wie schon im vorgerichtlichen Verfahren – darauf, er habe sich auf die Ausschreibung der Beklagten im Staatsanzeiger, wonach baldmöglichst die Vollzeitstelle „Sachbearbeitung – Einführung des Neuen Kommunalen Haushaltsrechts – (A 11 – BBesG/Entgeltgruppe 10 TVöD)“ zu besetzen sei, mit dem Ziel beworben, als Beamter eingestellt zu werden. Sein Bewerbungsschreiben vom 29.9.2009 war insoweit ebenso offen formuliert wie die zugrundeliegende Stellenausschreibung der Beklagten, wonach die Stelle sowohl mit einem Beamten als auch mit einem Angestellten besetzt werden konnte.

Maßgebend ist danach, dass der mit der Klage geltend gemachte Entschädigungsanspruch auf eine Verletzung des Benachteiligungsverbots im Zusammenhang mit der Bewerbung um eine Einstellung als Beamter gestützt wird. Die Rechtswegzuweisung nach § 54 Abs. 1 BeamStG gilt insoweit umfassend und erfasst auch „vorbeamtenrechtliche“ Schadensersatzansprüche etwa wegen unterbliebener Übernahme in das Beamtenverhältnis (vgl. zur Vorgängerregelung in § 126 Abs. 1 BRRG a.F. BVerwG, Urt. v. 22.2.1996 – 2 C 12.94 –, BVerwGE 100, 280; s. a. OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 22.6.2007 – 2 F 10596/07 –, IÖD 2007, 212 m.w.N.). Soweit das Verwaltungsgericht ausführt, dass nach der ständigen Verwaltungspraxis der Beklagten im Falle einer erfolgreichen Bewerbung des Klägers aufgrund seines fortgeschrittenen Alters ein Angestelltenverhältnis begründet worden wäre, weshalb es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c) ArbGG handele, betrifft dies die Erfolgsaussichten in der Sache und nicht die Frage des zulässigen Rechtswegs. Gleiches gilt für die Frage, ob die Einladung des Klägers zum Vorstellungsgespräch aufgrund offensichtlich fehlender fachlicher Eignung möglicherweise nach § 82 S. 3 SGB IX entbehrlich war.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Sie ist nicht wegen der Regelung in § 17b Abs. 2 GVG entbehrlich, vielmehr löst die Anfechtung der Entscheidung über die Verweisung ein selbstständiges Rechtsmittelverfahren aus, in dem nach den allgemeinen Bestimmungen über die Kosten zu befinden ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.9.2009 – 2 B 69.09 –, BVerwGE 134, 388 m.w.N.).

■ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vom 28.4. 2011, 4 S 1078/11 eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link, Nieder Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197 info@law4u.de, www.law4u.de

### 189. Änderungskündigung, Bestimmtheit

... II. Unabhängig von dem zuvor unter I. behandelten Grund scheidet die Wirksamkeit der Änderungskündigung auch daran, dass das in ihr enthaltene Vertragsangebot zu unbestimmt ist.

1. Das mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot muss konkret gefasst, d.h. eindeutig bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Das Änderungsangebot muss so konkret gefasst sein, dass es der Arbeitnehmer ohne Weiteres annehmen kann. Ihm muss klar sein, welche Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen. Nur so kann er seine Entscheidung über die Annahme oder die Ablehnung des Angebots treffen. Da der Arbeitnehmer von Gesetzes wegen innerhalb einer kurzen Frist auf das Vertragsangebot eines Arbeitgebers reagieren und sich entscheiden muss, ob er die geänderten Arbeitsbedingungen ablehnt oder mit oder ohne Vorbehalt annimmt, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. 15.1.2009 – 2 AZR 641/09 und 10.9.2009 – 2 AZR 822/07) schon im Interesse der Rechtssicherheit zu fordern, dass mit dem Änderungsangebot zweifelsfrei klaggestellt wird, zu welchen neuen Arbeitsbedingungen das Arbeitsverhältnis nach dem Willen des Arbeitgebers fortbestehen soll. Unklarheiten gehen zu Lasten des Arbeitgebers. Sie führen im Ergebnis zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung.

Es reicht demgemäß auch nicht aus, dass der Arbeitgeber es dem gekündigten Arbeitnehmer überlässt, sich die für ihn jeweils günstigsten Teile herauszusuchen (BAG, Beschl. v. 15.1.2009, a.a.O.). Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung mit mehreren Änderungsangeboten versieht (vgl. BAG, Beschl. v. 10.9.2009, a.a.O.).

Ein Vertragsangebot muss im Übrigen schon nach allgemeinem Vertragsrecht regelmäßig so konkret sein, dass es mit einem einfachen „Ja“ angenommen werden kann (vgl. BAG, Beschl. v. 16.10.2007 – 9 AZR 239/07).

2. Im vorliegenden Fall enthält die Änderungskündigung ein unbestimmtes Angebot, was die vertragliche Arbeitszeit anbelangt. Dort heißt es:

„Wir bieten Ihnen im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an. Wir würden einen weiteren Arbeitsplatz im Verkaufsinendienst einrichten und Sie dort als Sachbearbeiterin einsetzen. Die Tätigkeit ist nach Gehaltsstufe IV des Tarifvertrages für Arbeitnehmer im Groß- und Außenhandel NRW zuzüglich einer freiwilligen übertariflichen Zulage, insgesamt monatlich 2.800,00 EUR als Vollzeitstelle mit 38,5 Stunden pro

Woche ausgestattet. Sollten Sie weniger Stunden pro Woche arbeiten, würde sich das Gehalt entsprechend reduzieren.“

Die Beklagte ist selbst zu Recht der Auffassung (Schriftsatz v. 13.10.2010, Bl. 170 d. A.), dass die Beklagte der Klägerin damit eine Vollzeitstelle mit 38,5 Stunden pro Woche angeboten hat und erklärt hat, sie sei auch mit Teilzeit einverstanden, wobei die Klägerin sowohl über die Wochenstundenzahl als auch damit inzidenter über ihr Monatsgehalt entscheiden konnte. Die Beklagte hat damit ein Angebot mit einer insgesamt unbestimmten Wochenarbeitszeit und einem dementsprechend unbestimmten Gehalt abgegeben. Die Klägerin konnte aus mehreren Alternativen wählen. Dieses erfüllt nach dem zuvor Gesagten nicht die Bestimmtheitsanforderungen. Die Klägerin hätte insbesondere nicht mit einem einfachen „Ja“ das Angebot annehmen können.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 19.11.2010, 4 Sa 1008/10

### 190. Prozesskostenhilfe, verspätete Einreichung von Unterlagen

1. Im Verfahren über eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist zu berücksichtigen, dass eine nicht anwaltlich vertretene Partei erkennbar unbeholfen, schreibungswandt oder der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig ist; es sind ggf. gemäß § 118 Abs. 2 S. 2 ZPO eigene Erhebungen anzustellen, etwa durch Einholung von Auskünften.

2. Über die Folgen der Versäumung einer Frist gemäß § 118 Abs. 2 S. 4 ZPO ist mit Rücksicht auf die einschneidende Ausschlusswirkung auch ohne ausdrückliche Regelung im Hinblick auf das Gebot fairer Verfahrensführung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip anlässlich der Fristsetzung zu belehren.

3. Eine Korrektur der Versagung von Prozesskostenhilfe kann nur dann nicht mehr durch Nachreichung der erforderlichen Belege im Beschwerdeverfahren erreicht werden, wenn das Verfahren in der Hauptsache zu dieser Zeit bereits beschlossen ist, anderenfalls in der nachgeholtten Einreichung regelmäßig ein neuer Antrag zu sehen ist.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 30.3.2011, 6 Ta 653/11

### 191. Nichtzulassungsbeschwerde, Anforderungen an Begründung

I. Die Parteien streiten um eine Entschädigung wegen Benachteiligung des schwerbehinderten Klägers in einem Bewerbungsverfahren. Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Die Berufung der Beklagten war insoweit erfolgreich, als das Landesarbeitsgericht die Entschädigung der Höhe nach auf ein Bruttomonatsentgelt herabgesetzt hat. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die auf entscheidungserhebliche Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung gestützte Beschwerde der Beklagten.

## Prozessuales

II. Die Beschwerde ist nicht in der gesetzlichen Form begründet (§ 72a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ArbGG) und damit unzulässig (§ 72a Abs. 5 S. 3 ArbGG).

1. Nach § 72a Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 i.V.m. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG 3 kann eine Nichtzulassungsbeschwerde damit begründet werden, dass eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat. § 72a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ArbGG verlangt, dass die Beschwerdebegründung die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtsfrage und ihrer Entscheidungserheblichkeit enthält. Unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtseinheit bedarf es – wie im Recht der Divergenzbeschwerde – des Aufzeigens eines im Berufungsurteil enthaltenen fallübergreifenden Rechtssatzes, mit dem eine bestimmte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung beantwortet worden ist. Es genügt nicht, dass das Landesarbeitsgericht sich nach der Auffassung des Beschwerdeführers mit bestimmten Rechtsfragen hätte befassen müssen, die sich nach der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung jedoch nicht gestellt haben, oder dass dem Landesarbeitsgericht nach Meinung des Beschwerdeführers bei der Rechtsanwendung ein Fehler unterlaufen ist.

2. Die Darlegung eines fallübergreifenden Rechtssatzes, den das Berufungsgericht aufgestellt haben soll, ist der Beschwerdebegründung nicht zu entnehmen. Das anzufechtende Urteil hat sich mit der Frage, ob die Geltendmachung von 35 Entschädigungsforderungen innerhalb eines dreiviertel Jahres wegen angeblicher Benachteiligung gem. § 15 Abs. 2 AGG rechtsmissbräuchlich ist, nicht befasst, geschweige denn dazu einen abstrakten Rechtssatz gebildet. Es ist der Beschwerde auch nicht zu entnehmen, dass diese Frage im Berufungsverfahren überhaupt eine Rolle gespielt hat. Es mag sein, dass die Beklagte der Auffassung ist, das Landesarbeitsgericht hätte sich mit dieser Frage befassen müssen. Allein damit kann jedoch die nachträgliche Zulassung der Revision nicht begründet werden.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 5.4.2011, 8 AZN 1332/10

eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link,

Nieder Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen

Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197

info@law4u.de, www.law4u.de

### 192. Weiterbeschäftigung, Zwangsgeld, Folgekündigung

1. Zur Erzwingung der im Versäumnisurteil vom 25.10.2010 ausgesprochenen Verpflichtung der Schuldnerin auf Weiterbeschäftigung des Klägers als Verkaufsleiter Gebrauchtwagen (mitverkaufend) wird auf Antrag des Gläubigers gemäß § 888 ZPO gegen die Schuldnerin ein Zwangsgeld in Höhe von 7.000,00 EUR festgesetzt, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ersatzhaft von einem Tag je 1.000,00 EUR zu vollstrecken an einem der Geschäftsführer X, Y oder Z.

Die Schuldnerin kann den Verfall des Zwangsgeldes bis zur Beitreibung durch Erfüllung der Verpflichtung aus dem Versäumnisurteil abwenden.

2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Schuldnerin.

3. Der Streitwert beträgt 7.000,00 EUR

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für eine Vollstreckung gemäß § 888 ZPO liegen vor. Das Versäumnisurteil vom 25.10.2010, aus dem vollstreckt werden soll, ist gemäß § 62 Abs. 1 Satz 1 ArbGG kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar. Es hat auch einen vollstreckungsfähigen Inhalt, denn es verpflichtet die Beklagte, den Kläger bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zu 1) als Verkaufsleiter Gebrauchtwagen weiterzubeschäftigen.

Dem so titulierten Anspruch kann die Beklagte im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 888 ZPO nicht entgegenhalten, dass sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 8.11.2010 außerordentlich gekündigt hat. Dabei kann dahinstehen, ob diese Kündigung offensichtlich unwirksam ist oder nur dazu dient, die Beschäftigungspflicht zu umgehen. Zwar endet nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 19.12.1985 – 2 AZR 190/85 –) der Weiterbeschäftigungsanspruch materiell-rechtlich ab dem Zeitpunkt, ab dem eine weitere ausgesprochene Kündigung wirksam werden soll, wenn diese Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist. Solche nachträglich entstandenen Einwendungen gegen den durch das erstinstanzliche Urteil festgestellten Anspruch kann der Arbeitgeber jedoch nur mit dem Einspruch, der Berufung oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO geltend machen (vgl. auch BAG, Urt. v. 19.12.1985, a.a.O., Ziff. II 2d der Entscheidungsgründe; LAG Hessen, Beschl. v. 23.2.2002 – 8 Ta 504/01 –; LAG München, Beschl. v. 11.9.1993 – 2 Ta 214/93 –).

Ein Anspruch auf Beschäftigung kann zwar aufgrund einer Folgekündigung entfallen. Es berührt aber grundsätzlich nicht den Bestand und die Vollstreckbarkeit eines Titels, wenn der titulierte Anspruch nach Ansicht der Beklagten nicht oder nicht mehr besteht. Erst wenn der Titel aufgehoben oder abgeändert oder die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung angeordnet worden ist, kann aus ihm nicht mehr vollstreckt werden.

Bei der Zwangsvollstreckung aus einem Titel wird nicht geprüft, ob der dem Titel zugrunde liegende Anspruch bestanden hat oder noch besteht. Bei rechtskräftigen Titeln liegt das auf der Hand. Für vorläufig vollstreckbare Titel ergibt sich aus den § 62 ArbGG, §§ 707, 719 ZPO unter welchen Bedingungen die Zwangsvollstreckung eingestellt werden kann. Schließlich regelt § 767 ZPO unter welchen Bedingungen Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, geltend gemacht werden können.

Nach alledem steht der Zwangsvollstreckung des titulierten Beschäftigungsanspruchs nach § 888 Abs. 1 ZPO nicht entgegen, dass die Beklagte nach Verkündung des Versäumnisurteils eine fristlose Kündigung ausgesprochen hat.

Das demnach zu verhängende Zwangsgeld war in Höhe eines Bruttomonatsgehaltes des Klägers festzusetzen, zumal dies auch dem Streitwert für einen Weiterbeschäftigungsantrag entspricht. Der Betrag erscheint hinreichend hoch, um die Beklagte zur Erfüllung ihrer Pflicht zu bewegen, andererseits ist er nicht überhöht, da er nur einem Bruttoentgelt des Klägers entspricht.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 18.4.2011, 15 Ca 2903/10

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Höser,

Kölner Straße 2, 50226 Frechen

Tel.: 02234/18200, Fax: 02234/182010

office@hdup.de, www.hdup.de

### 193. Diskriminierung, Schwerbehinderte, Beweiserleichterung, Beweiswürdigung, Stellenbesetzungsverfahren

... B. ... II. ... Der persönliche Anwendungsbereich des AGG ist eröffnet, da der Kläger sich bei der Beklagten für ein Beschäftigungsverhältnis beworben hat (§ 6 Abs. 1 S. 2 AGG). Zwar liegen Indizien vor, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Klägers vermuten lassen (dazu 1.). Es war daher eine Beweisaufnahme darüber durchzuführen, ob die Beklagte gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung verstoßen hat. Die Beklagte konnte den Beweis erbringen, dass kein Verstoß vorlag (dazu 2.).

1. Die Beklagte war gemäß § 81 Abs. 1 S. 1 SGB IX verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden können. Sie hätte dazu frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen müssen, § 81 Abs. 1 S. 2 SGB IX. Im Stellenbesetzungsverfahren um die Stelle, auf die der Kläger sich Ende August 2009 bewarb, verstieß die Beklagte gegen diese Verpflichtung. Dieser Umstand ist geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung i.S.v. § 81 Abs. 2 SGB IX, § 22 AGG zu begründen (vgl. BAG, v. 12.9.2006 – 9 AZR 807/05 unter A II 2b aa) zum früheren § 81 Abs. 2 Nr. 1 S. 3 SGB IX). Denn der objektiv gesetzeswidrig handelnde Arbeitgeber erweckt den Anschein, nicht nur an der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen uninteressiert zu sein, sondern auch möglichen Vermittlungsvorschlägen und Bewerbungen von arbeitssuchenden schwerbehinderten Menschen aus dem Weg gehen zu wollen. Auf ein Verschulden kommt es für den anspruchsbegründenden Tatbestand nicht an.

Die Nichteinschaltung der Agentur für Arbeit ist ein Indiz, das die Benachteiligung des Klägers wegen seiner Behinderung vermuten lässt. Gemäß § 22 AGG trägt die Beklagte deshalb die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Die Frage nach dem Umfang der Beweislastregelung des § 22 AGG ist in der Literatur streitig und in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Nach Auffassung der Kammer erstreckt

sich die Beweiserleichterung zumindest in Fällen wie dem vorliegenden sowohl auf die Benachteiligung an sich als auch auf das Motiv der Benachteiligung:

a) Der Gesetzeswortlaut ist nicht eindeutig. § 22 AGG lautet: „Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“ Dieser Wortlaut lässt zum einen die Auslegung zu, dass die Beweiserleichterung sowohl für die Benachteiligung selbst als auch für den Benachteiligungsgrund gilt. Zum anderen ist die Auslegung möglich, dass die Beweiserleichterung allein den Benachteiligungsgrund erfasst, während der Gläubiger den Vollbeweis für die Benachteiligung an sich

erbringen muss (vgl. *Bertzbach*, in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Aufl., § 22 Rn 16; *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, S. 127). Auch die Gesetzessystematik bringt keine Klärung.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur geht davon aus, dass der Kläger nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst den Beweis führen muss, dass er gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist (vgl. nur *Diller/Krieger/Arnold*, NZA 2006, 887, 891; *Grobys*, NZA 2006, 898, 899f; *Annuß*, BB 2006, 1629, 1635; *Schlachter*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 11. Aufl., § 22 AGG Rn 3; *Thüsing*, in: *MüKo zum BGB*, 5. Aufl., § 22 AGG Rn 6; *Stein*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 22 AGG Rn 13; *Kremer*, in: *Hey*, Kommentar zum AGG, § 22 Rn 11 ff.). Diese Auffassung kann sich auf die Begründung des Gesetzentwurfs stützen (BT-Drucks 15/4538, S. 45, der sich allerdings noch auf eine frühere Textfassung bezog; BT-Drucks 16/2022, S. 13). Gegen diese Auffassung sprechen jedoch sowohl europarechtliche Gründe (b) als auch Sinn und Zweck der Regelung (c).

b) § 22 AGG setzt gemeinschaftsrechtliche Vorgaben um. Lässt der Wortlaut der Norm mehrere Auslegungen zu, von denen nur eine den europarechtlichen Anforderungen genügt, ist dieser der Vorzug zu geben (EuGH, v. 5.10.2004 – C-397/01 unter 111 ff., „Pfeiffer“).

Nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat. Nach der Begründungserwägung Nr. 31 ist eine Änderung der Regeln für die Beweislast geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Dabei definiert Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie es als unmittelbare Diskriminierung, wenn eine Person wegen der Religion oder

## Prozessuales

der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Vergleichbare Regelungen enthalten Art. 2 Abs. 1 lit. a, 8 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie Art. 4 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Indem die Richtlinien den Begriff „Diskriminierung“ benutzen, fassen sie die Benachteiligung und den Benachteiligungsgrund zusammen. Sie verweisen bezüglich der Beweiserleichterung auf den gesamten Diskriminierungstatbestand, ohne zwischen dessen einzelnen Elementen zu unterscheiden (*Windel*, RdA 2007, 1, 2 f.; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 13. Aufl., § 33 Rn 132; *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl., § 22 Rn 18; *Deinert*, in: Deinert/Neumann, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 17 Rn 103).

Dem entspricht es, dass der EuGH im Urt. v. 10.7.2008 (C-54/07 unter 28, „Feryn“) angenommen hat, dass die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung i.S. des Art. 2 Abs. 2 lit. a der (vergleichbaren) Richtlinie 2000/43/EG begründet; solche Äußerungen könnten bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern. Der EuGH hat damit – wenn auch in einem Verfahren unter Beteiligung einer Stelle zur Förderung der Gleichbehandlung – eine Diskriminierung bejaht, ohne dass die konkrete Benachteiligung einer Person festgestellt wurde.

Bereits im Urt. v. 10.3.2005 (C-196/02, „Nikoloudi“, Nr. 74 f.) hatte der EuGH entschieden, dass das mit der Beweislastrichtlinie 97/80/EG angestrebte Ergebnis u.a. darin bestehe, dafür zu sorgen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz wirksamer angewandt wird, da bei einer anscheinenden Diskriminierung dem Arbeitgeber der Beweis dafür obliegt, dass keine Verletzung dieses Grundsatzes vorgelegen hat. Wenn ein Arbeitnehmer geltend macht, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz zu seinen Lasten verletzt worden sei, und er Tatsachen darlegt, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, sei das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen ist, dass der Arbeitgeber zu beweisen hat, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

Geht man daher davon aus, dass die Richtlinie die Beweiserleichterung hinsichtlich aller Merkmale der Diskriminierung fordert, ist § 22 AGG richtlinienkonform dahin auszulegen, dass der Kläger nicht den Vollbeweis für das Vorliegen einer Benachteiligung erbringen muss. Vielmehr genügt es, dass Indizien für eine Diskriminierung vorliegen (ebenso (*Windel*, RdA 2007, 1, 2 f.; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch,

13. Aufl., § 33 Rn 132; *Bertzbach*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl., § 22 Rn 18; *Deinert*, in: Deinert/Neumann, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, 2. Aufl., § 17 Rn 103; *Peick*, Darlegungs- und Beweislast nach § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 10). Diese Voraussetzung ist durch den Verstoß gegen § 81 Abs. 1 SGB IX erfüllt.

c) Für diese Auslegung des § 22 AGG spricht auch der Sinn und Zweck der Beweiserleichterung:

Die Regelung des § 22 AGG trägt dem Umstand Rechnung, dass das diskriminierende Element in einer bestimmten Handlung, Vereinbarung oder Maßnahme für einen Arbeitnehmer häufig nur schwer nachweisbar ist. Dies gilt insbesondere für Auswahlentscheidungen bei Bewerbungen, da ein abgelehnter Bewerber als Außenstehender naturgemäß keinen Einblick in interne Entscheidungsprozesse und deren Begründung im Einzelnen hat (*Grobys*, NZA 2006, 898, 899; ähnlich *Krimphove*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Rn 406).

Zwar mag das Vorliegen einer Benachteiligung in vielen Fällen leicht objektiv feststellbar sein, wenn beispielsweise ein Bewerber im Gegensatz zu anderen zum Vorstellungsgespräch geladen oder gar eingestellt wurde. Jedoch setzt eine Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG nicht stets einen Vergleich mit einer aktuellen Vergleichsperson voraus. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vielmehr auch dann vor, wenn eine Person wegen eines Benachteiligungsmerkmals des § 1 AGG eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfahren würde. Wie eine hypothetische Vergleichsperson behandelt würde, ist für den Bewerber aber häufig ebenso schwer einsehbar wie die Frage nach dem Benachteiligungsgrund.

Dies gilt zunächst in der Situation, dass es gar keine aktuelle Vergleichsperson gibt: Bewirbt sich beispielsweise lediglich ein schwerbehinderter Mensch auf einen Arbeitsplatz, kann aus einer Absage weder auf eine Diskriminierung noch auf das Fehlen einer Diskriminierung geschlossen werden. Nur der Arbeitgeber kann offenlegen, aus welchem Grund die Absage erfolgte. Beruhte sie auf einem gemäß § 1 AGG verpönten Motiv, liegt zweifellos eine entschädigungspflichtige Diskriminierung vor. Dass in diesen Fällen allein die Absage die Beweiserleichterung rechtfertigt, auch wenn kein anderer Bewerber eingestellt wurde, zeigt die Konstellation, die der oben genannten Entscheidung des EuGH vom 10.7.2008 (C-54/07, „Feryn“) zugrunde liegt: Erklärt ein Arbeitgeber öffentlich, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten Rasse einstellen, und sagt er dem einzigen Bewerber, der just dieser Rasse angehört, ab, so liegt genau die Situation vor, für die die Beweiserleichterung gedacht ist. Es ist Sache des Arbeitgebers nachzuweisen, dass trotz der Indizien keine Diskriminierung vorliegt. In Fällen wie dem vorliegenden, in dem die Pflichtverletzung des Arbeitgebers ein geringeres Gewicht hat, mag dies weniger einleuchten. Die Struktur der Fälle ist jedoch gleich: Eine Pflichtverletzung indiziert eine Diskriminierung, die der Arbeitgeber widerlegen muss.

Dass es weitere aktuelle Bewerber gibt, die in gleicher Weise behandelt werden wie der Anspruchsteller, ändert an der Bewertung jedenfalls dann nichts, wenn diese nicht geeignet sind: Bewerben sich z.B. eine ausreichend qualifizierte Frau und ein nicht qualifizierter Mann auf eine Stelle, für die ein Mann gesucht wird, so mag im Ergebnis keiner der beiden Bewerber eine Zusage erhalten. In diesem Fall liegt gleichwohl eine unmittelbare Benachteiligung vor, da die Bewerberin, wenn sie über das männliche Geschlecht verfügt hätte, die Stelle erhalten hätte. Hier ist die Benachteiligung bereits eingetreten, wenn die Bewerberin keine Zusage erhalten hat (Euler/v. *Steinau-Steinrück/Schneider*, in: Hümmelich/Boecken/Düwell, *Anwaltkommentar Arbeitsrecht*, § 3 AGG Rn 5; a.A. *Schlachte*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl., § 3 AGG Rn 4, wonach – wenn eine aktuelle Vergleichsperson vorhanden ist – eine ungünstigere Behandlung nur im Verhältnis zu dieser Person festgestellt werden kann).

Schließlich kann aber auch dann nichts anderes gelten, wenn es weitere geeignete Bewerber gibt. Selbst wenn niemand zum Vorstellungsgespräch eingeladen oder eingestellt wird, ist für den Bewerber nicht ersichtlich, warum dies geschieht. So ist es denkbar, dass allen Bewerber aus sachwidrigen Gründen abgesagt wird, z.B. dem einen wegen des Geschlechts, dem nächsten wegen einer Behinderung und einem dritten wegen seiner Rasse. In dieser Situation wäre ein Entschädigungsanspruch begründet. Lassen in diesem Fall Indizien eine Diskriminierung vermuten, ist auch das Eingreifen der Beweiserleichterung gerechtfertigt. Nur der Arbeitgeber kennt die Gründe der Absage und kann klären, ob ausschließlich andere als die verpönten Gründe für die Entscheidung maßgeblich waren. Aber selbst wenn einem Teil der Bewerber aus sachlichen Gründen abgesagt wurde, lässt sich daraus nicht schließen, dass dies auch für den Anspruchsteller gilt: Um den vom Kläger gebildeten Beispielsfall aufzugreifen, kann dem einem Bewerber abgesagt werden, weil seine Gehaltsvorstellung zu hoch war, während der andere wegen einer Behinderung nicht eingestellt wird. Da der Anspruchsteller insofern keinen Einblick hat, liegt die Situation vor, auf die die Beweiserleichterung abzielt.

Sowohl den europarechtlichen Richtlinien als auch § 22 AGG geht es um die Beseitigung von Beweisschwierigkeiten für geschäftsinterne Vorgänge, zu denen ein Arbeitnehmer in der Regel keinen Zugang hat. Da eine derartige Beweisnot auch für die Frage nach dem Vorliegen einer Benachteiligung bestehen kann, ist die Beweiserleichterung auch insofern gerechtfertigt und geboten.

2. Wegen des Verstoßes gegen § 81 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB IX und der daraus folgenden Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung trägt die Beklagte nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass eine solche Benachteiligung nicht vorlag. Die Beklagte muss das Gericht davon überzeugen, dass die Benachteiligung nicht – auch – auf der Schwerbehinderung beruht. Damit muss sie Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass es ausschließlich andere

Gründe waren als die Behinderung, die zu der weniger günstigen Behandlung führten, und in ihrem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten war (vgl. BAG, v. 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 unter C III 2b bb) (3) (e) (cc) (1)). Diesen Beweis hat die Beklagte erbracht. Die Kammer ist aufgrund der Beweisaufnahme und des Inhalts der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass die Beklagte nicht gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung verstoßen hat.

Die Personalleiterin der Beklagten Frau W. erklärte in der Beweisaufnahme, sie habe in einer Besprechung mit den Bereichsleitern und dem Geschäftsführer darauf hingewiesen, dass eine Bewerbung vorliege; die Person des Klägers sei nicht angesprochen worden. Man habe zum damaligen Zeitpunkt entschieden, keine Einstellung vorzunehmen. Entsprechend dem Ergebnis der Besprechung sei dem Kläger die Absage erteilt worden.

Nach dem Inhalt der Erklärung der Frau W. ist auszuschließen, dass die Behinderung des Klägers auf die Behandlung seiner Bewerbung irgendeinen Einfluss hatte. Nach der Erklärung traf die Beklagte keine Auswahlentscheidung, in der die Behinderung eine Rolle hätte spielen können. Die Person des Klägers wurde gar nicht konkret angesprochen. Vielmehr entschied die Beklagte unabhängig von der Person des Klägers, gar keine Stelle zu besetzen. Die Absage erfolgte aus betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Gründen.

Die Kammer hält die Aussage der Frau W. für glaubhaft. Frau W. war an dem Vorgang selbst beteiligt und schilderte ihre Wahrnehmungen aus eigener Erfahrung. Sie machte zum maßgeblichen Sachverhalt klare Angaben und war in der Lage, Umstände zu erfassen und zu schildern. Der Inhalt ihrer Aussage wird gestützt durch die Vorlage der Personallisten, die dokumentieren, dass zwischen Juni 2009 und Januar 2011 keine Einstellung in der Entwicklungsabteilung vorgenommen wurde. Gleiches gilt für die Liste Umsatz/Auftragseingang Stand 30.11.2009, die den Einbruch gegenüber dem Vorjahr verdeutlicht und damit plausibel macht, dass die Beklagte sich aus wirtschaftlichen Gründen gegen eine Einstellung entschied.

Zwar gibt es einige Unstimmigkeiten im Tatsächlichen, die auch durch die Beweisaufnahme nicht geklärt werden konnten. Diese sprechen allerdings nicht gegen den Inhalt ihrer Aussage. Vielmehr sprechen sie dagegen, von einer bewusst falschen Aussage auszugehen, da nicht angenommen werden kann, dass die Zeugin absichtlich wahrheitswidrig derartige Komplikationen vorspielte.

Dies gilt zunächst für das Besetzungsverfahren der Teamleiterstelle: Der Beklagtenvertreter legte die Annonce vom 9.5.2009 erst auf ausdrückliche Nachfrage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung vor. Wie die Schreiben der Beklagten vom 11.12.2009 und 1.2.2010 zeigen, hatte Frau W. zumindest zu jener Zeit wohl irrtümlich angenommen, der Kläger habe sich auf die Teamleiterstelle beworben. Auch in der Beweisaufnahme schilderte Frau W. zunächst die Suche eines neuen

## Prozessuales

Teamleiters. Ob und warum hier ggf. ein Missverständnis vorlag, ändert jedoch nichts daran, dass kein Bewerber eingestellt wurde und die Absage gegenüber dem Kläger ohne Ansehen seiner Person erfolgte.

Die Bedeutung des Bewerber-Beurteilungsbogens bleibt hinsichtlich des Datums und der Unterschrift unklar. Allerdings spricht er nicht für oder gegen die Berücksichtigung der Behinderung des Klägers bei der Behandlung seiner Bewerbung. Gleiches gilt für den Umstand, dass im Sommer 2009 auf der Homepage der Beklagten die Ingenieur-/Technikerstelle – und nicht die Teamleiterstelle – geschaltet war.

Die Umstände der Stellenausschreibung vom 14.11.2009, die erst die Beklagte zum Gegenstand des Verfahrens machte, erläuterte Frau W. hingegen schlüssig: Angesichts des Ausscheidens des Herrn B. sei die Beklagte einerseits um die Personalkostenreduzierung froh gewesen, habe andererseits aber Mitarbeiter in der Entwicklungsabteilung gebraucht. So habe man zunächst versucht, die Stelle unbesetzt zu lassen, sie dann doch ausgeschrieben, um sie letztlich nicht zu besetzen. Frau W. konnte dieses „Hin und Her“ anschaulich und überzeugend schildern.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg – Kammern Freiburg

vom 1.2.2011, 22 Sa 67/10

### 194. Beschlussverfahren, Anschlussbeschwerde; Antragsauslegung

1. Die Anträge der Beteiligten auf Zulassung der Beschwerden sind auch nach Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zur Änderung des Sächsischen Personalvertretungsgesetzes vom 4.11.2010 (SächsGVB1. S. 289) statthaft (a); der Antrag der Beteiligten zu 1 ist jedoch unzulässig (b).

a) Soweit die Vorschrift des § 88 Abs. 2 SächsPersVG in der seit dem 21.11.2010 geltenden Fassung nur noch das Rechtsmittel der Beschwerde und nicht mehr den Antrag auf Zulassung der Beschwerde vorsieht, steht dies der Statthaftigkeit der bereits vor dem Inkrafttreten der Norm anhängigen Anträge der Beteiligten nicht entgegen. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes, der das intertemporale Prozessrecht modifiziert, gebietet es, dass der – nachträgliche – Entzug einer Verfahrensposition, die für den Rechtssuchenden mit einem Vorteil verbunden war, nur dann eintritt, wenn das die Änderung verfügende Gesetz selbst hinreichend deutlich diesen Verlust ausspricht (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.3.1998, BVerwGE 106, 237 m.w.N.). Das ist hier nicht der Fall, da das Vierte Gesetz zur Änderung des Sächsischen Personalvertretungsgesetzes vom 4.11.2010 weder eine Überleitungsvorschrift für vor seinem Inkrafttreten bereits anhängige Zulassungsverfahren enthält noch die Fortführung dieser Verfahren nach den Verfahrensregelungen der bis zum 21.11.2010 gültigen Fassung des § 88 Abs. 2 SächsPersVG (im Folgenden: a.F.) hinreichend deutlich ausschließt.

b) Der nach Ablauf der Monatsfrist des § 88 Abs. 2 S. 2 SächsPersVG a.F. i.V.m. § 124a Abs. 4 S. 1 VwGO, aber innerhalb der der Antragstellerin gesetzten und am 1.7.2010 endenden Sechswochenfrist zur Antragserwidmung (vgl. § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO) gestellte unselbstständige Anschlussantrag der Beteiligten zu 1 vom 24.6.2010 ist unzulässig.

Zwar sind Anschlussbeschwerden entsprechend § 88 Abs. 2 S. 2 SächsPersVG a.F. i.V.m. §§ 87 Abs. 2 S. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG und § 524 ZPO statthaft. Die Beteiligte zu 1 konnte sich jedoch den Zulassungsanträgen der Beteiligten zu 3 und 5 nicht anschließen. Nach § 524 Abs. 1 S. 1 ZPO kann sich nur der Berufungsbeklagte, also derjenige, gegen den sich die Berufung richtet, der Berufung anschließen. Unbeschadet dessen, dass das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren nicht durch das kontradiktorische Verhältnis zwischen Kläger und Beklagten geprägt ist, kann sich nur derjenige dem Rechtsmittel anschließen, gegen den sich das Rechtsmittel richtet. Die Anschließung eines Beteiligten mit demselben Antrag wie demjenigen des Rechtsmittelführers ist unzulässig. Nur auf diese Weise wird dem Zweck des Anschlussrechtsmittels Rechnung getragen, im Interesse einer Gleichbehandlung der Prozessparteien dem Angegriffenen zu ermöglichen, über seine bloße Verteidigung hinaus zum Gegenangriff überzugehen (vgl. zu § 554 Abs. 1 S. 1 ZPO: BVerwG, Beschl. v. 8.7.2008, PersR 2008, 374 m.w.N.).

Vorliegend ist die Beteiligte zu 1 nicht diejenige, gegen die sich die Zulassungsanträge der Beteiligten zu 3 und 5 richten. Folgerichtig stellt die Beteiligte zu 1 keinen dem Begehren der Beteiligten zu 3 und 5 entgegengesetzten Antrag, sondern unterstützt deren Anträge in vollem Umfang. Das ist nicht die prozessrechtliche Lage, für welche das Gesetz das Anschlussrechtsmittel bereithält.

Aus den gleichen Gründen und zusätzlich mangels Wahrung der Frist des § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO wären die Zulassungsanträge der Beteiligten zu 2 und 4 als unzulässig zu verwerfen, wenn diese als Anschlussrechtsbehelfe auszulegen sein sollten.

2. Die Zulassungsanträge der Beteiligten zu 3 und 5 haben Erfolg. Aus den von ihnen dargelegten Gründen ergeben sich ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Annahme der Vorinstanz, dass das Gericht an Stelle der allein beantragten Auflösung eines nach § 9 Abs. 2 SächsPersVG begründeten Arbeitsverhältnisses auf die Feststellung tenorieren darf, dass ein solches schon nicht wirksam begründet worden ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 9.10.1996, BVerwGE 102, 100).

■ Sächsisches Oberverwaltungsgericht  
vom 28.2.2011, k PL 9 A 309/10  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,  
Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Neumarkt 16–18,  
04109 Leipzig  
Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224  
leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de



## Sonstiges

### 195. Arbeitnehmerhaftung, Kraftfahrzeugschaden

I. ... Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 1.200 EUR aus § 280 Abs. 1 BGB des Arbeitsvertrages.

Zwischen den Parteien bestand ab Februar 2011 bis in den Monat Mai 2011 hinein ein Arbeitsverhältnis in Gestalt einer geringfügigen Beschäftigung des Beklagten als Taxifahrer. Neben den im Arbeitsverhältnis existierenden Hauptpflichten gibt es von beiden Parteien zu beachtende Nebenpflichten. Der Beklagte als Arbeitnehmer hat auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Zu einer solchen Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB aus dem Arbeitsverhältnis gehört auch die Pflicht, den Arbeitgeber nicht zu schädigen. Diese Nebenpflicht hat der Beklagte dadurch verletzt, dass er mit dem Fahrzeug der Klägerin einen Unfall verursachte, in dem er einem entgegenkommenden Fahrzeug die Vorfahrt nahm und hierdurch einen Totalschaden am Fahrzeug der Klägerin in Höhe von 7.294,11 EUR verursachte.

Das Handeln des Beklagten war betrieblich veranlasst. Betrieblich veranlasst sind solche Tätigkeiten, die arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt (BAG, v. 28.10.2010 – 8 AZR 418/09 – juris). Der Beklagte hat den Unfall während der Ausübung seiner Arbeitspflichten verursacht, so dass das betrieblich veranlasste Handeln des Beklagten über die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung zu beurteilen ist.

Zur Arbeitnehmerhaftung hat sich eine umfangreiche Kasuistik gebildet. Ein Arbeitnehmer hat vorsätzlich verursachten Schaden in vollem Umfang zu tragen, während im Bereich der Fahrlässigkeit differenziert wird. Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer gar nicht, bei normaler Fahrlässigkeit ist der Schaden zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu verteilen, bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer grundsätzlich den gesamten Schaden zu ersetzen (BAG, 27.9.1994 – GS 1/89 – BAGE 78, 56).

Ob der Arbeitnehmer für von ihm verursachte Schäden haftet, hängt davon ab, welcher Verschuldensgrad zugrunde zu legen ist.

Nach Auffassung der Kammer hat der Beklagte den Unfall fahrlässig herbeigeführt.

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, § 276 Abs. 2 BGB. Dabei muss sich das Verschulden des Schädigers sowohl auf die pflichtverletzende Handlung als auch auf den Eintritt des Schadens beziehen (BAG, v. 18.1.2007 – 8 AZR 250/06 – juris).

Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich hohem Maße verletzt und unbeachtet lässt, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen (ständige Rspr. beispielhaft für viele: BAG, v. 12.11.1998 – 8 AZR 221/97 – juris). Für die

Annahme der groben Fahrlässigkeit muss eine besonders schwerwiegende und subjektiv unentschuldbare Pflichtverletzung vorliegen (Küttner, Personalhandbuch, 17. Aufl., Arbeitnehmerhaftung, Rn 149).

Die Kammer wertet den Vorfahrtsverstoß des Beklagten als „normal“ fahrlässiges Verhalten. Der Beklagte hat dadurch, dass er vom Kalkweg aus kommend nach links in die Kruppstraße einbog und dabei mit dem entgegenkommenden Fahrzeug zusammenstieß, die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt missachtet.

Die Kammer geht nicht davon aus, dass diese Sorgfalt gemessen an den Gesamtumständen vom Beklagten in einem ungewöhnlich hohen Maße missachtet wurde und er dasjenige verkannte, was in der konkreten Situation für jedermann erkennbar war. Ein Vorfahrtsverstoß ist nicht per se grob fahrlässig. Vielmehr bedarf es für die Annahme der groben Fahrlässigkeit im Bereich des Vorfahrtsverstoßes weiterer Umstände. Solche objektiven Umstände, die über das übliche Maß hinausgehen, sind von der Klägerin nicht dargetan worden. Ein Vorfahrtsverstoß ist zwar ein erheblicher Verstoß gegen die Straßenverkehrsordnung, er ist aber – anders als etwa das Überfahren einer roten Ampel ohne Hinzukommen weiterer Umstände nicht völlig unentschuldbar, sondern kann einem durchschnittlich sorgfältigen Kraftfahrer aus bloßer Unachtsamkeit oder Fehleinschätzung der konkreten Verkehrssituation passieren. Auch die Tatsache, dass es durch den Vorfahrtsverstoß des Beklagten und den aus diesem Grund von ihm verursachten Verkehrsunfall zu erheblichen Verletzungen bei der Insassin des entgegenkommenden Fahrzeuges gekommen ist, lässt nicht zwingend auf ein grob fahrlässiges Verhalten des Beklagten schließen.

Ausgehend vom festgestellten Verschuldensgrad der normalen Fahrlässigkeit war der am Fahrzeug der Klägerin entstandene Schaden verhältnismäßig zu teilen.

Der Beklagte haftet für den entstandenen Schaden nur anteilig.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Beteiligung des Arbeitnehmers an den Schadensfolgen durch eine Abwägung der Gesamtumstände zu bestimmen, wobei insbesondere Schadensanlass, Schadensfolgen, Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkte eine Rolle spielen. Dabei ist eine mögliche Gefahrgeneignis der Arbeit ebenso zu berücksichtigen wie die Schadenshöhe, ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes Risiko, eine Risikodeckung durch eine Versicherung, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Höhe der Vergütung. Ebenso sind im Rahmen der Gesamtabwägung die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, sein Lebensalter, die Familienverhältnisse und sein bisheriges Verhalten zu berücksichtigen (BAG, v. 28.10.2010 – 8 AZR 418/09 – juris).

Ausgehend von diesen genannten Kriterien fällt im vorliegenden Fall insbesondere das Missverhältnis zwischen dem Verdienst des Beklagten und dem verwirklichten Schadensrisiko auf. Die monatliche Bruttovergütung des Beklagten in Höhe von 400 EUR steht einem Schaden von

insgesamt 7.294,11 EUR gegenüber, von dem die Klägerin 3.500 EUR vom Beklagten verlangt. Die Schadenssumme am Fahrzeug beträgt damit etwa das 18-fache des monatlichen Verdienstes des Beklagten, der lediglich eine 400-EUR-Kraft bei der Klägerin war. Er ist Vater von drei minderjährigen Kindern und bezieht – zusätzlich zu seiner jetzigen Tätigkeit als Reinigungskraft mit rund 800 EUR netto ergänzende Leistungen zum Lebensunterhalt.

Im Rahmen der Gesamtabwägung war ferner zu berücksichtigen, dass die Klägerin für das verunfallte Fahrzeug keine Vollkaskoversicherung abgeschlossen hat. Auch wenn es keine Pflicht zum Abschluss, einer solchen Versicherung gibt, so ist dennoch zu berücksichtigen, dass dieses Risiko, was sich konkret durch den Verkehrsunfall realisiert hat, versicherbar ist. Wenn auch die Haftung damit nicht automatisch auf die Höhe der üblichen Selbstbeteiligung zu begrenzen ist, so musste dieser konkrete Umstand dennoch in die Gesamtabwägung für die Ermittlung der Haftungsquote einfließen.

Nach Auffassung der Kammer war die Haftungshöhe im konkreten Fall auf 1.200 EUR zu begrenzen. Dies entspricht drei Bruttomonatsgehältern des Beklagten und ist gleichsam nahezu der gesamte Verdienst, den der Beklagte während seiner Tätigkeit bei der Klägerin erzielte. Dieser Betrag erschien der Kammer im konkreten Fall unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Beklagten, insbesondere seiner Unterhaltspflichten für eine Ehefrau und für drei minderjährige Kinder und dem auch aktuell nur sehr geringen Verdienst, bei dem er ebenfalls auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen ist, als angemessen.

■ **Arbeitsgericht Duisburg**

vom 7.4.2011, 25 Ca 123/11

eingereicht von Christian Puhr-Westerheide

Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg

Tel.: 02065/30000, Fax: 02065/3000050

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

**196. Abmahnung, Entfernungsanspruch (nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses), Streitwert**

... II. Die Klage ist aber unbegründet. Der Kläger hat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keinen Anspruch auf die begehrte Entfernung der Abmahnungen aus seinen Personalakten. Es kann daher dahin gestellt bleiben, ob die Abmahnungen formell ordnungsgemäß erfolgt sind und inhaltlich berechtigt waren.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte verlangen. Dies entspricht der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Verpflichtung der Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Eine zu den Personalakten genommene unberechtigte Abmahnung kann zu einer

dauerhaften und nachhaltigen Gefährdung der Rechtsstellung des Arbeitnehmers beitragen.

Die Abwägung der beiderseitigen Interessen führt aber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Regelfall zu dem Ergebnis, dass dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus der Personalakte nicht mehr zusteht. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann das berufliche Fortkommen bei dem bisherigen Arbeitgeber nicht mehr behindert werden. Ebenso wenig kann es dort im Regelfall noch arbeitsrechtliche Nachteile geben. Eine Wiedereinstellung wird nur selten in Betracht kommen. Die Abmahnung hat also nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in aller Regel erheblich an Bedeutung verloren (BAG, v. 14.9.1994 – 5 AZR 632/93 – NZA 1995, S. 220). Etwas anderes kann dann gelten, wenn objektive Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Abmahnung dem Arbeitnehmer auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaden kann. Dafür ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig (BAG, Urt. v. 14.9.1994 – 5 AZR 632/93 – a.a.O.).

2. Im vorliegenden Fall hat das Arbeitsverhältnis zum 30.6.2005 aufgrund gerichtlicher Auflösungsentscheidung geendet. Diese Entscheidung ist rechtskräftig und vom erkennenden Gericht in diesem Verfahren nicht mehr zu überprüfen. Folglich besteht kein Anspruch des Klägers auf Entfernung der streitgegenständlichen Abmahnungen mehr. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass ihm diese Abmahnungen auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schaden könnten.

III. Der Kläger hat als unterliegende Partei gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Der Streitwert war gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG festzusetzen. Für eine Abmahnung ist grundsätzlich ein Bruttomonatsgehalt, d.h. 3.221,14 EUR, in Ansatz zu bringen. Hiervon wurde allerdings bezüglich der Abmahnung vom 8.5.2003 Abstand genommen, da diese lediglich eine Wiederholung der Abmahnung vom 2.5.2003 darstellt. Es waren somit 7 Abmahnungen zu berücksichtigen.

■ **Arbeitsgericht Nürnberg**

vom 12.7.2010, 3 Ca 9590/09

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer,

Martin-Luther-Platz 6–8, 91552 Ansbach

Tel.: 0981/9712700, Fax: 0981/97127030

info@rae-pbw.de, www.rae-pbw.de

**197. Diskriminierung, Bewerbung, Schwerbehinderte, Ernstlichkeit der Bewerbung, Entschädigungshöhe**

... II. ... 1. Das Landesarbeitsgericht hält an der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (zuletzt 21.7.2009 – 9 AZR 431/08 – Rn 21 f. und 33 m.w.N., NJW 2009, 1087) fest, dass die entgegen § 82 S. 2 SGB IX unterbliebene Einladung zu einem Vorstellungsgespräch eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung des Bewerbers vermuten lässt. Mit der Regelung des § 82 S. 3 SGB IX

wollte der Gesetzgeber den schwerbehinderten Bewerbern im Bewerbungsverfahren dadurch einen Vorteil verschaffen, dass dem Schwerbehinderten die Möglichkeit eröffnet wird, den öffentlichen Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch von seiner Eignung zu überzeugen. Wird ihm diese Möglichkeit genommen, liegt darin eine weniger günstige Behandlung, als sie das Gesetz zur Herstellung gleicher Bewerbungschancen gegenüber anderen Bewerbern für erforderlich hält (BAG, a.a.O., Rn 22).

2. Die Erfüllung der Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach § 71 SGB IX sowie die Beschäftigung eines darüber hinausgehenden Anteils Schwerbehinderter durch die Beklagte ist nicht geeignet, die Vermutung der Benachteiligung des Klägers wegen seiner Schwerbehinderung zu widerlegen.

a) Beweist ein schwerbehinderter Bewerber Indizien, die eine Benachteiligung wegen seiner Behinderung vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber nach § 22 AGG die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligungen vorliegt. Unter das Benachteiligungsverbot fallen auch Verfahrenshandlungen. Sind die Chancen eines Bewerbers bereits durch ein diskriminierendes Verfahren beeinträchtigt worden, kommt es nicht darauf an, ob die Schwerbehinderung bei der abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt hat. Der Arbeitgeber muss beweisen, dass in seinem Motivbündel weder die Behinderung als negatives noch die fehlende Behinderung als positives Kriterium enthalten sind. Für die Berücksichtigung einer fehlenden Behinderung als positives Kriterium reicht es aus, dass vom Arbeitgeber unterlassene Maßnahmen – etwa die Einladung zu einem Vorstellungsgespräch – objektiv geeignet sind, schwerbehinderten Bewerbern keine oder weniger günstige Chancen einzuräumen, als sie nach dem Gesetz zu gewähren sind (BAG, a.a.O., Rn 33, 42, 44).

b) Die unterbliebene Einladung des Klägers zu dem Vorstellungsgespräch gibt keinen Anlass anzunehmen, die Beklagte benachteilige auch sonst Schwerbehinderte. Umgekehrt kann aber die Übererfüllung der Quote aus § 71 SGB IX keinen Anhaltspunkt dafür bieten, dass bei der unterbliebenen Einladung des Klägers die Schwerbehinderung keine Rolle gespielt hat. Die Pflichten aus § 82 S. 2 SGB IX bestehen selbstverständlich auch, soweit der Arbeitgeber der Pflicht zur Beschäftigung Schwerbehinderten Menschen nach § 71 SGB IX nachkommt. Der Schutz von Schwerbehinderten vor einer Benachteiligung im Bewerbungsverfahren endet nicht, wenn die Mindestquote zur Beschäftigung Schwerbehinderter erfüllt ist.

3. Die Bewerbungsabsicht des Klägers war entgegen der Ansicht der Beklagten ernsthaft.

a) Im Stellenbesetzungsverfahren kann nur benachteiligt werden, wer sich subjektiv ernsthaft beworben hat und objektiv für die zu besetzende Stelle in Betracht kommt. Von dem Ausnahmefall einer nicht ernsthaften Bewerbung ist nur auszugehen, wenn von vornherein der Wille fehlt, die ausgeschriebene

Stelle tatsächlich einzunehmen, also in Wirklichkeit nur eine Entschädigung angestrebt wird (BAG, a.a.O., Rn 50).

b) Eine Vielzahl erfolgloser Bewerbungen alleine lässt nicht darauf schließen, der Bewerber sei nicht ernsthaft interessiert (BAG, a.a.O.). Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass der Kläger bei erfolglosen Bewerbungsverfahren, wenn § 82 S. 2 SGB IX verletzt wurde, eine Entschädigung geltend gemacht hat. Ein Bewerber ist nicht daran gehindert, aus seiner Sicht bestehende Rechte geltend zu machen (BAG, a.a.O., Rn 52).

c) Die von der Beklagten in der Berufungsinstanz angeführten Absagen einzelner Bewerbungsgespräche rechtfertigen auch zusammen mit der Vielzahl von Verfahren, in denen der Kläger nach einer Absage eine Entschädigung geltend gemacht hat, nicht die Annahme, der Kläger habe sich nicht ernsthaft bewerben wollen.

Die vom Kläger abgesagten Vorstellungsgespräche am 19.1.2010 und 4.3.2010 lagen in einem Zeitraum, in dem der Kläger in Bayern eine Stelle angetreten hatte. Bei der Absage des Termins vom 4.3.2010 bezog er sich ausdrücklich darauf, dass er sich außerhalb Baden-Württembergs aufhalte. Es ist daher nicht fernliegend, dass diese Absagen im Zusammenhang mit der neu aufgenommenen Tätigkeit standen, so dass aus ihnen nur ein schwaches Indiz für eine fehlende Ernsthaftigkeit erwächst.

Bei der Absage des Vorstellungsgesprächs bei der Gemeinde P teilte die Beklagte nicht mit, wann das Vorstellungsgespräch hätte erfolgen sollen. Es wird lediglich dargelegt, dass die Einladung nach der Absage vom 16.3.2010 erfolgte. Danach bleibt offen, ob das Vorstellungsgespräch ebenfalls in zeitlichem Zusammenhang mit der neu angetretenen Beschäftigung abgesagt wurde. Zu berücksichtigen ist aber jedenfalls, dass der Einladung zunächst eine Absage durch den Arbeitgeber vorausgegangen war.

Ohne zeitlichen Zusammenhang zu der vom Kläger aufgenommenen Beschäftigung lagen allerdings die Absagen vom 11.8.2009 bei der Gemeinde I und vom 25./26.11.2009 bei der Gemeinde L.

Angesichts der auch von der Beklagten behaupteten Vielzahl von Bewerbungsverfahren des Klägers bieten diese vereinzelt Absagen keinen hinreichenden Anlass von einer fehlenden Ernsthaftigkeit der Bewerbungsabsicht auszugehen. Vielmehr spricht der Umstand, dass der Kläger am 12.1.2010 tatsächlich eine Stelle in Bayern angetreten hatte, für die Ernsthaftigkeit seines Beschäftigungswunsches. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass er trotz des Antritts dieser Stelle weitere Bewerbungen einreichte. Gerade zu Beginn eines Arbeitsverhältnisses kann ein Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, dass dieses dauerhaft Bestand haben würde, ganz abgesehen davon, dass mit dem Antritt einer Stelle das Streben nach einer möglicherweise attraktiver erscheinenden Beschäftigung nicht ausgeschlossen ist.

4. Mit einer Entschädigung von 4.000,00 EUR hat das Arbeitsgericht eine angemessene Entschädigung nach § 15 Abs. 2

## Sonstiges

AGG festgesetzt. Nachdem die Beklagte von einem Bruttomonatsgehalt von 2.533,08 EUR ausgeht entspricht die Entschädigung ungefähr 1,5 Monatsgehältern. Damit bleibt das Arbeitsgericht deutlich unter der hier zu beachtenden Höchstgrenze des Dreimonatsverdienstes nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG. Das Arbeitsgericht hat Art und Schwere der Verstöße der Beklagten sowie die Bedeutung der Sache für den Kläger zutreffend gewürdigt, so dass das Landesarbeitsgericht keinen Anlass sieht, von der Höhe der festgesetzten Entschädigung abzuweichen.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 30.3.2011, 3 Sa 72/10 eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link, Nieder Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197 info@law4u.de, www.law4u.de

### 198. Annahmeverzug, Arbeitsunfähigkeit, objektives Leistungsvermögen

I. ... 1. Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges richten sich auch im Arbeitsverhältnis nach den §§ 293 ff. BGB. Gemäß § 294 BGB ist grundsätzlich ein tatsächliches Angebot des Arbeitnehmers erforderlich, um den Annahmeverzug des Arbeitgebers auszulösen. Ein ordnungsgemäßes, tatsächliches Angebot liegt vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft in eigener Person am rechten Ort zur rechten Zeit und in der rechten Weise anbietet (vgl. BAG, v. 29.10.1992 – 2 AZR 250/92 –). Ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, er nehme die Dienste nicht an oder eine notwendige Mitwirkungshandlung unterlässt. Nach Ausspruch einer Kündigung ist für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist selbst ein wörtliches Angebot entbehrlich, weil für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist in der Kündigung die Weigerung zu sehen ist, die erforderliche Mitwirkungshandlung zu erbringen (ständige Rechtsprechung, vgl. BAG, v. 19.1.1999 – 9 AZR 679/97 –).

Schließlich muss der Arbeitnehmer objektiv leistungsfähig sein. Der Arbeitgeber kommt gemäß § 297 BGB nicht in Verzug, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebotes außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Für die Beurteilung des Leistungsvermögens kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers, sondern nur auf die objektiven Umstände der Leistungsfähigkeit an. Ist ein Arbeitnehmer objektiv aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, die vereinbarte Leistung zu erbringen, so kann das fehlende Leistungsvermögen nicht allein durch den Willen des Arbeitnehmers ersetzt werden, trotz objektiver Leistungsunfähigkeit einen Arbeitsversuch zu unternehmen (vgl. BAG, v. 29.10.1998 – 2 AZR 666/97 –). Die Darlegungs- und Beweislast für das Unvermögen des Arbeitnehmers trägt der Arbeitgeber. Da er über den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers im Annahmeverzugsraum regelmäßig keine näheren Kenntnisse hat, können an seinem Vortrag zum Leistungsunvermögen keine hohen Anforderungen gestellt

werden. Es genügt, wenn er Indizien vorträgt, aus denen auf Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden kann. Hat der Arbeitgeber solche Indizien vorgetragen, ist es Sache des Arbeitnehmers, die Indizwirkung zu erschüttern (vgl. BAG, v. 5.11.2003 – 5 AZR 562/02 –).

■ Arbeitsgericht Iserlohn v. 24.3.2011, 4 Ca 1444/10 eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn Tel.: 02371/835555, Fax: 02371/835556 info@gm-arbeitsrecht.de

### 199. Urlaubsabgeltung, Verfall von Ansprüchen

I. 1. Der Kläger hat Anspruch auf Abgeltung von 13 Urlaubstagen für das Jahr 2005 und damit auf Zahlung in Höhe von 2.154,88 EUR brutto (§ 7 Abs. 4 BUrlG).

a) Der Kläger hat Anspruch auf Abgeltung des ihm nach § 3 BUrlG noch zustehenden gesetzlichen Urlaubs von zehn Arbeitstagen für das Jahr 2005.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Folge der Entscheidung *Schultz-Hoff* des EuGH ist der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch nicht nach § 7 Abs. 13 S. 3 BUrlG befristet, wenn der Arbeitnehmer dauerhaft arbeitsunfähig ist. Der Mindesturlaub ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten (vgl. BAG, v. 23.3.2010 – 9 AZR 128/09 –, NZA 2010, 810 ff. m.w.N.).

Für die Zeit vom 1.1.2005 bis zum 30.6.2005 stehen dem Kläger nach §§ 3, 5 BUrlG zehn Urlaubstage zu, die nach den vorgenannten Grundsätzen abzugelten sind.

b) Der Kläger hat Anspruch auf Abgeltung weiterer drei Tage des in der Zeit vom 10.1.2005 bis zum 30.6.2005 entstandenen Schwerbehindertenzusatzurlaubs (§ 125 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 3 SGB IX i.V.m. § 7 Abs. 4 BUrlG).

Der Schwerbehindertenzusatzurlaub aus § 125 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist ebenso wie der gesetzliche Mindesturlaub nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses abzugelten, wenn der Zusatzurlaub nicht gewährt werden konnte, weil der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt war (BAG, v. 23.3.2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, S. 810 ff.).

c) Vertrauensschutz ist jedenfalls ab dem Vorabentscheidungsersuchens des LAG Düsseldorf in der Sache *Schultz-Hoff* vom 2.8.2006 nicht zu gewähren (vgl. BAG, v. 23.3.2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, S. 810 ff. m.w.N.).

d) Der vorstehende Anspruch auf Abgeltung von 13 Urlaubstagen ist auch nicht gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 TVöD, der auf das Arbeitsverhältnis kraft Bezugnahme im Arbeitsvertrag Anwendung findet, verfallen. Gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 TVöD verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten von der/dem Beschäftigten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden. Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung wird mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Der Kläger hat den Anspruch jedenfalls mit Klageerweiterung

vom 20.8.2010, am 23.8.2010 beim Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 30.8.2010 zugestellt, also vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.9.2010 und damit rechtzeitig geltend gemacht.

Die Frage, ob bereits zu einem früheren Zeitpunkt gemäß § 33 Abs. 2 TVöD die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten sein könnte, war vor dem Hintergrund des gerichtlichen Vergleichs vom 29.9.2010 (3 Sa 650/10, 5 Ca 4037/08d Arbeitsgericht Aachen, Bl. 148 d. A.), wonach das Arbeitsverhältnis aufgrund beklagtenseitiger Kündigung vom 19.1.2010 zum 30.9.2010 endet, nicht zu prüfen. Denn diese Regelung beinhaltet, dass bei Vergleichsschluss am 29.9.2010 noch ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand. An dieser bindenden Vereinbarung vermag auch die Regelung in Ziff. 3 des vorgenannten Vergleichs, wonach der vorliegende Vergleich für mögliche Ansprüche des Klägers auf Urlaubsabgeltung keine präjudizielle Wirkung entfaltet, nichts zu ändern. Denn das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann – sobald hierzu in einem Verfahren durch Vergleich eine Regelung getroffen worden ist – nicht in einem anderen Verfahren mit einem abweichenden Ergebnis geprüft werden. Die Rechtslage zwischen den Parteien wurde durch den Vergleich geordnet; ein Rückgriff auf die frühere – ungewisse oder streitige – Rechtslage ist verboten (vgl. *Thomas/Putzo*, ZPO, 31. Aufl., 2010, § 794 Rn 30).

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 33 Abs. 2 S. 1 TVöD hätte aber jedenfalls gemäß § 92 SGB IX der Zustimmung des Integrationsamtes bedurft, so dass das Ende des Arbeitsverhältnisses gemäß § 33 Abs. 2 S. 4 TVöD erst mit Ablauf des Tages der Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamtes eingetreten wäre. Eine Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 92 SGB IX liegt jedoch nicht vor.

e) Rechnerisch sind die insgesamt 13 Urlaubstage unstreitig mit einem Tagessatz von 165,76 EUR abzugelten.

f) Die Ansprüche des Klägers auf Abgeltung der 13 Urlaubstage sind unter dem Gesichtspunkt des Verzugs zu verzinsen, §§ 291, 288 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Der darüber hinaus vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Abgeltung weiterer 150 Urlaubstage besteht nicht.

a) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abgeltung von neun Urlaubstagen aus dem Jahr 2004.

(1) Mit der Gewährung von 21 Urlaubstagen im Jahr 2004 hat die Beklagte den gesetzlichen Urlaubsanspruch gemäß § 3 BUrlG erfüllt. Bei den weiteren neun Urlaubstagen handelt es sich um den tariflichen Urlaubsanspruch. Gesetzlicher und tariflicher Urlaubsanspruch richten sich auf die gleiche Leistung, nämlich die bezahlte Befreiung von der Arbeitsleistung zu Erholungszwecken. Mit der Gewährung des Urlaubs werden daher gleichzeitig beide Urlaubsansprüche erfüllt. Der Arbeitnehmer kann hingegen nicht den gesetzlichen Urlaub neben dem tariflichen Urlaub fordern, sondern es bestehen für die ersten 24 Werktage Urlaub (bei einer 5-Trage-Woche 20 Arbeitstage) im Jahr mehrere Anspruchsgrundlagen. Wird der

gesetzliche Urlaubsanspruch erfüllt, verbleibt allein der diesen Anspruch übersteigende tarifliche Erholungsurlaub (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 2.12.2009 – 17 Sa 621/09, juris; Hessisches LAG v. 26.4.2010 – 17 Sa 1772/09, juris).

(2) Der tarifliche Mehrurlaub von neun Tagen für das Jahr 2004 ist gemäß § 26 Abs. 2a) S. 2 TVöD mit dem 31. Mai des Folgejahres verfallen, weil der Kläger an diesem Tag nach wie vor arbeitsunfähig war. Denn nach dieser Regelung ist der Urlaub – wenn er wegen Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 31. März angetreten werden kann, bis zum 31. Mai anzutreten. Auf die zum gesetzlichen Mindesturlaub aufgestellten Grundsätze in dem Fall, dass der Arbeitnehmer bis zum Ende des Übertragungszeitraums arbeitsunfähig krank ist, kann sich der Kläger im Hinblick auf den übergesetzlichen Tarifurlaub nicht berufen. Denn nach dem erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien sollten Ansprüche auf Abgeltung des übergesetzlichen Tarifurlaubs am Ende des tariflichen Übertragungszeitraums untergehen. Einem tariflich angeordneten Verfall des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs und seiner Abgeltung steht kein Unionsrecht entgegen.

Unter Berücksichtigung der vom BAG mit Urte. v. 23.3.2010 (9 AZR 128/09, NZA 2010, S. 810 ff.) aufgestellten Auslegungsgrundsätze sind vorliegend nach Bewertung der Kammer deutliche Anhaltspunkte für einen Regelungswillen der Tarifvertragsparteien, der zwischen gesetzlichem und übergesetzlichen Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen unterscheidet, anzunehmen. Denn die Tarifvertragsparteien haben in § 26 TVöD ein weitgehend vom Gesetzesrecht gelöstes Urlaubsregime geschaffen und stattdessen eigene Regeln aufgestellt (vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 19.8.2010 – 10 Sa 244/10, juris). Als eigenständige, vom BUrlG abweichende Regelungen in § 26 TVöD hervorzuheben sind insbesondere Abs. 1 S. 1, der hinsichtlich der Urlaubsdauer am Lebensalter anknüpft, und Abs. 2a) zur Übertragbarkeit des Urlaubs.

Im Fall einer solchen eigenständigen, zusammenhängenden und in sich konsistenten Regelung ist ohne entgegenstehende Anhaltspunkte – so das BAG in der vorgenannten Entscheidung – in der Regel davon auszugehen, dass die (Tarif-)Vertragsparteien Ansprüche nur begründen und fortbestehen lassen wollen, soweit eine gesetzliche Verpflichtung besteht. Eine ausdrückliche Differenzierung zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen Ansprüchen – also zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und einem darüber hinausgehenden tariflichen Urlaub – ist dann nicht notwendig.

b) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abgeltung von weiteren 17 Urlaubstagen aus dem Jahr 2005.

(1) Der vom Kläger geltend gemachte tarifliche Mehrurlaub von fünf Tagen für das Jahr 2005 ist gemäß § 26 Abs. 2a) S. 2 TVöD mit dem 31. Mai des Folgejahres verfallen, weil der Kläger an diesem Tag nach wie vor arbeitsunfähig war (vgl. 2. a) (2)).

(2) Ein weitergehender Anspruch auf Abgeltung von weiteren zwölf Urlaubstagen für das Jahr 2005 für die Zeit ab dem

1.7.2005 besteht nicht. Ein nach § 7 Abs. 4 BUrlG abgeltungsfähiger Urlaubsanspruch ist gemäß § 26 Abs. 2c) TVöD wegen Ruhens des Arbeitsverhältnisses ab dem 1.7.2005 nicht entstanden. Gemäß § 133 Abs. 2 S. 5 und 6 TVöD ruhte das Arbeitsverhältnis des Klägers in der Zeit vom 1.7.2005 bis zum 31.1.2007, weil der Kläger in diesem Zeitraum eine volle Erwerbsminderungsrente auf Zeit bezog.

Die tarifliche Kürzungsregelung erfasst zulässigerweise auch den gesetzlichen Urlaubsanspruch. Denn im ruhenden Arbeitsverhältnis kann schon kein Urlaubsanspruch entstehen (vgl. LAG Köln v. 29.4.2010 – 6 Sa 103/10 –, juris; LAG Düsseldorf v. 5.5.2010 – 7 Sa 1571/09 –, juris; a.A. LAG Baden-Württemberg v. 29.4.2010 – 11 Sa 64/09 –). Für den Zeitraum des Ruhens wird das Arbeitsverhältnis inhaltlich umgestaltet und besteht nur mehr als Rahmen unter Suspendierung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten fort. Es ist gerade der Zweck des umgestalteten Vertrages – bei der Erwerbsminderungsrente sogar auf Antrag des Arbeitnehmers –, dass keine Arbeit geleistet wird. Sind aber Arbeitsleistung und Vergütung von vorneherein ausgeschlossen, so fehlt es an einem Austauschverhältnis, aus dem Urlaubsansprüche erwachsen könnten (LAG Köln v. 29.0.2010 – 6 Sa 103/10).

c) Der Kläger hat keinen Anspruch für das Jahr 2006. Ein Anspruch auf Abgeltung von 25 Urlaubstagen aus dem nach § 7 Abs. 4 BUrlG abgeltungsfähigen Urlaubsanspruch ist gemäß § 26 Abs. 2c) TVöD wegen Ruhens des Arbeitsverhältnisses ab dem 1.7.2005 nicht entstanden (vgl. 2. b) (2)).

d) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Abgeltung von weiteren Urlaubstagen aus den Jahren 2007 bis 2010. Ein nach § 7 Abs. 4 BUrlG abgeltungsfähiger Urlaubsanspruch ist gemäß § 26 Abs. 2c) TVöD wegen Ruhens des Arbeitsverhältnisses in diesem Zeitraum nicht entstanden (vgl. 2. b) (2)).

(1) In der Zeit vom 1.7.2005 bis zum 31.1.2007 ruhte das Arbeitsverhältnis gemäß § 33 Abs. 2 S. 5 und 6 TVöD, weil der Klägerin diesem Zeitraum eine volle Erwerbsminderungsrente auf Zeit bezog.

(2) Aber auch in der Zeit vom 1.2.2007 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses war von einem Ruhen des Arbeitsverhältnisses auszugehen.

(a) Gemäß § 33 Abs. 2 1 TVöD endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem der Bescheid eines Rentenversicherungsträgers (Rentenbescheid) zugestellt wird, wonach die/der Beschäftigte voll oder teilweise erwerbsgemindert ist. Ab dem 1.2.2007 bezog der Kläger gemäß Rentenbescheid vom 8.2.2007 Erwerbsminderungsrente wegen teilweiser Erwerbsminderung auf unbestimmte Zeit. Der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stand im konkreten Fall entgegen, dass die nach § 92 SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes nicht vorlag (vgl. 1. d)). § 33 Abs. 2 S. 6 TVöD ordnet zwar ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich nur für den Fall an, dass nach dem Bescheid des Rentenversicherungsträgers eine Rente auf Zeit gewährt wird. Für die Zeit zwischen Zugang des Rentenbescheids einer Rente auf unbestimmte Zeit und Zustellung eines erforderlichen Zustim-

mungsbescheids des Integrationsamts trifft der TVöD keine ausdrückliche Regelung. Diese unbewusste Regelungslücke ist dahin zu schließen, dass das Arbeitsverhältnis – wenn es schon im Fall des Bezugs einer Rente auf Zeit ruht – erst Recht im Falle des Bezugs einer Rente auf unbestimmte Zeit ruht, wenn der Beendigung des Arbeitsverhältnisses allein das Nichtvorliegen der nach § 92 SGB IX erforderlichen Zustimmung des Integrationsamts entgegensteht.

(b) Dem Ruhen des Arbeitsverhältnisses steht auch nicht die Vorschrift des § 33 Abs. 3 TVöD entgegen. Danach endet bzw. ruht das Arbeitsverhältnis im Falle teilweiser Erwerbsminderungsrente nicht, wenn der Beschäftigte nach seinem vom Rentenversicherungsträger festgestellten Leistungsvermögen auf seinem bisherigen oder einem anderen geeigneten und freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden könnte, soweit dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe nicht entgegenstehen und der Beschäftigte innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Rentenbescheids seine Weiterbeschäftigung schriftlich beantragt. Denn der Kläger hat seine Weiterbeschäftigung nicht innerhalb von zwei Wochen nach Zugang des Rentenbescheids schriftlich beantragt. Der Rentenbescheid vom 8.2.2007 ging am 12.2.2007 beim Verband, dem Bevollmächtigten des Klägers in Rentenangelegenheiten, ein. Ausgehend davon, dass der Kläger den Verband mit der Wahrnehmung seiner Rentenangelegenheiten bevollmächtigt hat, ist dem Kläger der Rentenbescheid mit Eingang beim Verband gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 VwVfG bekannt gemacht worden und damit auch zugegangen im Sinne des § 33 Abs. 3 TVöD. Erst am 28.2.2007, und damit nach Ablauf von zwei Wochen ab Zugang des Rentenbescheids, ging das Schreiben des Klägers bei der Beklagten ein, mit dem er Weiterbeschäftigung mit reduzierter Stundenzahl beanspruchte.

■ **Arbeitsgericht Aachen**  
vom 3.12.2010, 5 Ca 367/10d  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Banse,  
Tivolistraße 4, 52349 Düren  
Tel.: 02421/407680, Fax: 02421/4076825  
info@kanzlei-banse.de, www.kanzlei-banse.de

## 200. Rechtsschutzversicherung, Rechtsschutzfall, Integrationsamt

Hinweis gem. § 522 Abs. 2 ZPO.

Die Kammer beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Coburg v. 14.12.2009, Az. 12 C 333/09, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern.

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht Coburg hat rechtfehlerfrei festgestellt, dass es sich bei dem Antrag des Arbeitgebers der Klägerin beim

Thüringer Landesverwaltungsamt (Integrationsamt) vom 16.12.2008 um einen Rechtsschutzfall im Sinne des § 4 Abs. 1 Ziff. c) der zwischen den Parteien vereinbarten ARB 2008 der Beklagten handelt.

1. Gemäß § 4 Abs. 1c) der ARB 2008 der Beklagten besteht Anspruch auf Rechtsschutz nach Eintritt eines Rechtsschutzfalles von dem Zeitpunkt an, in dem der Versicherungsnehmer oder ein anderer einen Verstoß gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften begangen hat oder begangen haben soll. Die Festlegung des verstoßabhängigen Rechtsschutzfalles richtet sich allein nach den vom Versicherungsnehmer behaupteten Pflichtverletzungen; dieses Vorbringen muss einen objektiven Tatsachenkern – im Gegensatz zu einem bloßen Werturteil – enthalten, mit dem er den Vorwurf eines Rechtsverstoßes verbindet, der den Keim für eine rechtliche Auseinandersetzung enthält, und worauf er seine Interessenverfolgung stützt, vgl. BGH, NJW 2009, 365 ff. Auf die Schlüssigkeit, Substantiiertheit und Entscheidungserheblichkeit dieser Behauptungen kommt es nicht an, vgl. BGH a.a.O.

Unstreitig hat die Arbeitgeberin der Klägerin am 16.12.2008 bei dem zuständigen Integrationsamt beantragt, die Zustimmung zur betriebsbedingten Kündigung der schwerbehinderten Klägerin zu erteilen. Zwar handelt es sich hierbei formal gesehen noch nicht um einen Verstoß der Arbeitgeberin, da dieses Zustimmungsverfahren gesetzlich vorgeschrieben und Wirksamkeitsvoraussetzung für eine entsprechende Kündigung eines Schwerbehinderten ist. Jedoch behauptet die Klägerin, dass die betriebsbedingte Kündigung, für die die Zustimmung erteilt werden soll, rechtswidrig ist. Mit Schriftsatz der Klägerevertreter vom 5.10.2009 lässt die Klägerin vortragen, dass die Kündigung unbegründet ist. Die Arbeitgeberin der Klägerin führt in ihrem Antrag an das Integrationsamt aus, aus welchen Gründen die Klägerin betriebsbedingt gekündigt werden soll. Dieser Begründung tritt die Klägerin entgegen und behauptet, dass die Tatsachen, auf die die Kündigung gestützt werden soll, nicht vorliegen.

2. Der Rechtsschutzfall tritt auch nicht erst mit Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung ein, sondern bereits mit der ernsthaften Androhung der Kündigung. In dem Antrag auf Zustimmung bei dem Integrationsamt ist eine ernsthafte Androhung der betriebsbedingten Kündigung zu sehen. Hierbei handelt es sich auch nicht um eine bloße Vorbereitungshandlung der Arbeitgeberin, die keine Außenwirkung entfaltet, da eine Anhörung des zu kündigenden schwerbehinderten Arbeitnehmers durch das Integrationsamt gesetzlich vorgeschrieben ist, so dass ein derartiger Antrag zwingend zur Folge hat, dass ein Verfahren betrieben wird, von dem der jeweilige Arbeitnehmer Kenntnis erhält und der dem Ausspruch der Kündigung unmittelbar vorgeschaltet ist. Dass es sich bei dem Betreiben des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt nach dem Schwerbehindertengesetz um einen arbeitsrechtlichen Versicherungsfall handelt, wurde bereits gerichtlich entschieden. So hat z.B. das Amtsgericht Singen, zfs 2000, 311 f., das Amtsgericht Paderborn, zfs 1995, 150 f. und

das Landgericht Hannover, RuS 1996, 361 f., entschieden, dass es sich bereits bei dem Betreiben des Zustimmungsverfahrens beim Integrationsamt um einen Versicherungsfall handelt, für den die Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz gewähren muss. Dieser Rechtsauffassung schließt sich die Kammer an. Dabei ist die Tatsache, dass letztlich keine Kündigung ausgesprochen wurde, für den Eintritt des Versicherungsfalles unerheblich. Die Einleitung des Verfahrens vor dem Integrationsamt kann nicht vom eigentlichen Kündigungsverfahren getrennt werden, da das erstere dem letzteren zwingend vorgeschaltet ist. Soweit die Beklagte meint, dass in dem bloßen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung bei dem Integrationsamt noch keine ernsthafte Androhung einer Kündigung liegt, kann sich die Kammer dieser Rechtsauffassung nicht anschließen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Arbeitgeberin der Klägerin das Zustimmungsverfahren vor dem Integrationsamt betreibt, wenn sie tatsächlich nicht beabsichtigt, der Klägerin zu kündigen. Eine derartige Auffassung entbehrt jeder Lebenserfahrung. Zumindest die Klägerin durfte subjektiv davon ausgehen, dass ihre Arbeitgeberin tatsächlich den Ausspruch einer Kündigung beabsichtigt, sollte das Integrationsamt seine Zustimmung hierfür erteilen. Bereits im Vorjahr wurde die Klägerin verhaltensbedingt gekündigt. Dagegen hat sie erfolgreich Kündigungsschutzklage eingereicht. Aufgrund des hier offensichtlich vorhandenen Konfliktpotentials zwischen der Klägerin und ihrer Arbeitgeberin besteht die begründete Gefahr, dass die Arbeitgeberin eine – nunmehr betriebsbedingte – Kündigung auch tatsächlich aussprechen wird, soweit die formalen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Dass tatsächlich nicht gekündigt wurde, kann vielerlei Gründe haben und steht der Annahme eines – behaupteten – Rechtsverstoßes durch das Betreiben des Zustimmungsverfahrens nicht entgegen.

3. Es ist auch keine Vorvertraglichkeit gegeben. Es mag sein, dass der Keim für die nunmehr beabsichtigte Kündigung das Verhalten der Klägerin im Februar 2008 ist, nach welchem zunächst die verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen wurde. Es erscheint durchaus möglich, dass die Arbeitgeberin der Klägerin aufgrund dieses Vorfalles und des Scheiterns der verhaltensbedingten Kündigung nunmehr versucht, das Arbeitsverhältnis anderweitig zu beenden. Zu beachten ist jedoch, dass die Arbeitgeberin nunmehr betriebsbedingt kündigen will und sich damit rein formal nicht auf ein vorvertragliches Verhalten der Klägerin bezieht, sondern auf Umstände, die erst nach Abschluss der Rechtsschutzversicherung eingetreten sind. Allein diese geltend gemachten, von der Klägerin als rechtswidrig dargestellten Kündigungsgründe sind maßgeblich für den Eintritt eines Versicherungsfalles. Dass ein Ansinnen zur Personalumstrukturierung der Arbeitgeberin bereits mit Änderung der Trägerschaft zum 1.1.2008 begründet wurde, ist ebenfalls unerheblich, da es nicht auf den inneren Entschluss oder den Beginn der Motivation für die Kündigung bei der Arbeitgeberin ankommt, sondern allein auf den for-

## Streitwert und Gebühren

mal behaupteten Rechtsverstoß, der hier in dem Antrag beim Integrationsamt liegt.

4. Eine Einschränkung in der Tenorierung diesbezüglich, dass die Beklagte nur Rechtsschutz entsprechend der vereinbarten ARB unter Berücksichtigung der Selbstbeteiligung und mit der Kappungsgrenze gewähren muss, ist nicht erforderlich. Der Tenor des erstinstanzlichen Urteils enthält keine derartige Einschränkung, sondern stellt lediglich fest, dass die Beklagte der Klägerin Rechtsschutz zu gewähren hat. Der Tenor ist insoweit auslegungsfähig, dass natürlich nur Rechtsschutz im Sinne der vereinbarten Rechtsschutzbedingungen zu gewähren ist.

■ Landgericht Coburg

vom 20.4.2010, 12 C 333/09

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram E. Salzer,

Rädenauen 24, 96465 Neustadt

Tel.: 09568/85055, Fax: 09568/7993

kanzlei@salzer-volk.de, www.salzer-volk.de

## Streitwert und Gebühren

### 201. Arbeitnehmerstatus, Arbeitsverhältnis bei nicht programmgestaltenden Tätigkeiten (Studentenjobs)

1. Tätigkeiten bei einem Rundfunk-/Fernsehsender ohne programmgestaltenden Einfluss lassen sich in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen.

2. Dieses Regel-/Ausnahmeverhältnis ergibt sich daraus, dass gerade zur Umsetzung der Programmgestaltung in technischer und inhaltlicher Hinsicht sichergestellt sein muss, dass die programmgestaltenden Vorgaben in den nachgeordneten Bereichen umgesetzt werden. Dies bedingt in der Regel eine inhaltliche und fachliche Weisungsgebundenheit. Die Tätigkeiten derartiger Mitarbeiter werden regelmäßig in die Arbeitsorganisation des Senders eingebunden und sind regelmäßig untergeordnete Tätigkeiten, die keinen nennenswerten Gestaltungsspielraum zulassen.

3. Die Dispositionspraxis, also die Art und Weise wie es zu den einzelnen Einsätzen im Sender kommt, kann nur für die Beurteilung der Frage Bedeutung gewinnen, ob ein einheitliches Arbeitsverhältnis oder aber mehrere befristete Arbeitsverhältnisse vorliegen.

■ LAG Rheinland-Pfalz

vom 27.5.2011, 9 Sa 14/11

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann,

55118 Mainz

Tel.: 06131/61 81 56, Fax: 06131/61 81 57

post@kanzlei-broetzmann.de

#### Anmerkung des Einreichers:

Die Klägerin ist bei dem Beklagten, einem Mainzer Fernsehsender, seit über zwei Jahren als studentische Hilfskraft in verschiedenen Bereichen der Chefredaktion ohne schriftlichen Arbeitsvertrag tätig. Die Studentin erhält monatliche Abrech-

nungen auf der Basis eines von der Beklagten vorgegebenen Stundensatzes. Zu den Tätigkeiten gehört u.a., Nachrichtenagenturen zu überwachen, Manuskripte zu drucken oder Zahlenmaterial zu überprüfen, außerdem ausgedruckte und abgezeichnete Nachrichtenmanuskripte ins Studio zu bringen und für bestimmte Sendungen die von den Redakteuren angefertigten schriftlichen Inhaltsangaben der einzelnen Nachrichtenbeiträge in eine elektronische Kartei einzufügen („Box-Dienste“). Im Laufe der Tätigkeiten kamen noch weitere Aufgaben hinzu, wie sogenannte Ablaufpflege, sowie Bedienen von Telefon und Teleprompter. Zu Beginn des Semesters tragen die studentischen Hilfskräfte in einem Formular ein, an welchen Diensten sie im Semesterverlauf Interesse haben. Die Einteilung findet dann bei einer Versammlung der Studenten statt, wobei letztlich die Studentensprecher bei kollidierenden Interessen die Entscheidung über die Einteilung treffen. Dieser Dienstplan wird an die Beklagte weitergeleitet und hat auch eine gewisse Verbindlichkeit für das Semester. Dienstpläne können getauscht werden, wenn sich ein entsprechender Tauschpartner findet. In einem Schreiben vom 12.2.2010 teilte der Sender der Klägerin mit, dass ihre Tätigkeit zum 1.8.2010 ende, weil die Beschäftigung auf die Dauer von zwei Jahren begrenzt sei. Die Klägerin hat beantragt, das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis sei nicht durch die Befristung am 1.8.2010 beendet worden, auch nicht durch eine Kündigung. Das Gericht hat mit den obigen Leitsätzen der Klage stattgegeben. Der Sender beschäftigt nach Kenntnis des Einsenders zahlreiche studentische Hilfskräfte auf dieser Basis.

### 202. Streitwert, Widerklage

Gem. § 23 Abs. 1 RVG i.V.m. § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO ist für die Bestimmung des Wertes einer Klage das wirtschaftliche Interesse des Klägers am Streitgegenstand entscheidend. Erhebt der Beklagte Widerklage, ist deren Wert gem. § 45 Abs. 1 S. 1 GKG grundsätzlich mit dem der Klage zu addieren.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 26.1.2011, 1 Ta 281/10

### 203. Prozesskostenhilfe, nach Verfahrensende

Enthält derselbe Schriftsatz sowohl einen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwalts als auch einen Verzicht auf ein in einem Vergleich vereinbartes Widerrufsrecht, fallen die Antragstellung und die Beendigung des Verfahrens zeitlich zusammen mit der Folge, dass Prozesskostenhilfe nicht mehr bewilligt werden kann. Wird gleichwohl Prozesskostenhilfe bewilligt und der Partei ein Rechtsanwalt zur Vertretung beigeordnet, fallen wegen der Beendigung des Verfahrens keine gebührenauslösenden Tätigkeiten mehr an, die aus der Staatskasse zu zahlen wären.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 28.1.2011, 7 Ta 96/10



# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abmahnung

Entfernungsanspruch – 196

## AGB-Kontrolle

Aushandeln – 171  
 Bezugnahmeklausel – 152  
 Unklarheitenregelung – 154

## Allgemeine Geschäftsbedingung

vorformulierter Vertrag – 171

## AGG

Beamtenbewerbung – 188  
 Beweiserleichterung – 193, 197  
 ernsthafte Bewerbung – 197  
 Entschädigungsansprüche – 197  
 Schwerbehinderter – 188, 193, 197

## Altersdiskriminierung

Beförderungsregel – 157  
 Kündigungsfrist – 153

## Altersteilzeit

Urlaubsgeld – 181  
 Vergütungsberechnung – 181

## Änderungskündigung

Bestimmtheit – 189  
 Erklärungsinhalt – 189  
 krankheitsbedingte – 160  
 Leistungsmängel – 160

## Anfechtung

Aufhebungsvertrag – 167

## Annahmeverzug

Leistungsminderung/-unfähigkeit – 198  
 Leistungswille – 198  
 unzumutbare Annahme der Arbeitskraft – 153

## Arbeitnehmerhaftung

Kraftfahrzeugschaden – 195

## Arbeitnehmerstatus

Rundfunk/Fernsehen – 201  
 Studentenjobs – 201

## Arbeitsverweigerung

beharrliche – 162  
 Selbstbeurlaubung – 161

## Aufhebungsvertrag

Anfechtung – 167

## Auslegung

Aufstiegsprämie – 154  
 Bezugnahmeklausel – 152  
 Klageverzicht – 171  
 Tarifvertrag – 183

## Beamtenrecht

Bewerbungsverfahren – 188

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

Hochschulrecht – 155

## Beschlussverfahren

Anschlussbeschwerde – 194  
 Antragsauslegung – 194

## Betriebliche Übung

Sonderzahlung – 150

## Betriebsbedingte Kündigung

Betriebsteilstilllegung – 127  
 unternehmerische Entscheidung – 163, 168, 172

## Betriebsrat

Betriebsratskosten – *siehe dort*  
 Übergangsmandat – 176

## Betriebsratskosten

Erforderlichkeit – 174  
 gerichtliche Anwaltskosten – 174

## Betriebsratswahl

einstweilige Verfügung – 176  
 gemeinsamer Betrieb – 176  
 Personalgestellung – 177  
 Wählerliste – 176

## Betriebsübergang

Betriebsstilllegung – 151, 158  
 Identitätswahrung – 151

## Beweisverwertungsverbot

Videüberwachung – 166

## Beweiswürdigung

Unstimmigkeiten – 193

## Bühnenrecht

Nichtverlängerungsmitteilung – 149

## Direktionsrecht

Kassiermöglichkeit – 156

## Diskriminierung

Altersdiskriminierung – *siehe dort*  
 Schwerbehinderte – 188, 193

## Eingruppierung

Darlegungs- und Beweislast – 180  
 Entscheidungsbefugnis – 180  
 Heraushebungsmerkmal – 180

## Einstweilige Verfügung

Zwischenzeugnis – 187

## Feststellungsinteresse

vergangenheitsbezogener Antrag – 179

## Feststellungsklage

Feststellungsinteresse – 179  
 Tariffähigkeit – 179

**Fußballer**

Aufstiegsprämie – 154

**Gegenvorstellung**

Rechtsnatur – 185

**Integrationsamt**

Prüfung der Kündigungsgründe – 164

**Kirchliches Arbeitsverhältnisses**

Anhörung der Mitarbeitervertretung – 170

**Krankheitsbedingte Kündigung**

Änderungskündigung – 160

**Kündigung***siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte, außerordentliche und personenbedingte –*Änderungskündigung – *siehe dort*Schwerbehinderte – *siehe dort***Kündigungserklärung**

Zurückweisung mangels Vollmacht – 173

**Kündigungsschutzfrist**

Altersdiskriminierung – 153

**Kündigungsschutzgesetz**

Kleinbetriebsklausel – 159

Umgehung – 159

**Kündigungsschutzklage**

Klageverzicht – 171

**Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**

Ausschreibungsregeln – 178

Eingruppierungspflicht – 175

Stufenzuordnung – 175

vorläufige Maßnahme – 178

**Musikschullehrer**

Überstunden – 147

**Nichtverlängerungsmitteilung**

Anhörung – 149

**Nichtzulassungsbeschwerde**

grundsätzliche Bedeutung, Darlegung – 191

**Personenbedingte Kündigung**

Änderungskündigung – 160

**Prozesskostenhilfe**

Aufhebung – 186

Gegenvorstellung – 185

nach Verfahrensende – 203

sofortige Beschwerde – 186

verspätete Einreichung (Belege) – 185, 190

**Rechtsschutzversicherung**

Integrationsamt – 200

Vorvertraglichkeit – 200

**Rechtsweg**

Beamtenbewerbung – 188

**Rechtswegbeschwerde**

Kosten – 188

**Ruhendes Arbeitsverhältnis**

Urlaubsanspruch – 184

**Schwerbehinderte**

Entschädigung – 197

**Sozialauswahl**

ausreichende Auswahl – 163

freiwillige Kündigungsbeschränkung – 169

vertraglicher Kündigungsausschluss – 188

**Streitwert**

Abmahnung – 196

Widerklage – 202

**Tariffähigkeit**

Beteiligte des Verfahrens – 179

Grundsätze – 179

**Tarifvertrag**

Auslegung – 183

**Trinkgeld**

Direktionsrecht – 156

**Überstunden**

Ferienüberhang – 147

Musikschullehrer – 147

**Urlaubsabgeltung**

Verfall – 187, 199

**Urlaubsanspruch**

ruhendes Arbeitsverhältnis – 184

Übertragungsvereinbarung – 148

Urlaubskonto – 148

Verfall nach TVöD-AT – 182

**Urlaubsentgelt**

Mehrarbeit – 183

**Urlaubsgeld**

Altersteilzeit – 181

**Verhaltensbedingte Kündigung**

anwaltliche Berufspflicht – 165

Interessenabwägung – 165

Sachbeschädigung – 170

Selbstbeurlaubung – 161

Vermögensschaden – 165

**Verwertungsverbot**

Videoaufzeichnungen – 166

**Videoüberwachung**

Verwertbarkeit – 166

**Wahlvorstand**

Wahlbereich, Festlegung – 176

**Weiterbeschäftigungsanspruch**

BetrVG § 102 Abs. 5 – 172

Zwangsvollstreckung – 192

**Zwischenzeugnis**

einstweilige Verfügung – 187

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber, Chefredaktion- und Anschrift:**

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

**Redaktion:**

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

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

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

**Geschäftsführender Ausschuss:**

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

**Deutscher Anwaltverein  
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

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

**Verlag:**

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

**Anzeigen**

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

**Lektorat**

Anne Krauss

**Satz**

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

**Druck**

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich

**Bezugspreise 2011**

Inland € 100,- (zzgl. Versand)  
Einzelheft € 31,30 (zzgl. Versand)

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

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

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

**Urheber- und Verlagsrecht**

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

**Manuskripte**

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

