

Liebe Kolleginnen und Kollegen, Liebe Leserinnen und Leser,

wenn dieses Heft erscheint, ist das erste Quartal des neuen Jahres schon fast vorbei. Dennoch bleibt es das erste Heft in diesem neuen Jahr und deshalb sei es auch noch erlaubt, aus Sicht des Arbeitsrechtsanwaltes über das Jahr 2005 zu spekulieren.

Aus meiner Sicht wird es ein Übergangsjahr werden. 2004 war trotz der Neuregelungen des Kündigungsschutzrechtes, über die wir auch in diesem Heft noch einmal berichten, wohl eher von Hartz IV geprägt. Dessen Auswirkungen werden auch in 2005 noch spürbar sein, jedoch keine zentrale Rolle mehr spielen. Daneben wird sich das Antidiskriminierungsgesetz kräftig Raum verschaffen, zunächst aber nur im Rahmen von Vorbereitungsmaßnahmen, auch wenn das Gesetz sicher in diesem Jahr in Kraft treten wird und schon erste Streitigkeiten hierüber entbrennen werden. Seine ganze Schlagkraft wird das Gesetz erst ab 2006 entwickeln. Ziehen wir uns also bereits im Jahre 2005 warm an, damit wir 2006 nicht in der Kälte stehen, die die von den Gesetzesverfassern laut Begründung gewünschten zahlreichen Prozesse zu diesem Thema auslösen werden.

Aber natürlich ist nicht zu erwarten, dass die bereits vorhandenen Problemfelder verschwinden werden. Um so wichtiger ist uns die möglichst breite und praxisnahe Information unserer Leser über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung. Dafür enthält auch dieses Heft wieder fast 140 Entscheidungen von den Stichworten A wie Abmahnung bis Z wie Zustellung, teilweise mit hilfreichen Anmerkungen der einreichenden Kollegen. Manche Entscheidung ist eine „Rolle rückwärts“, wie die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Bedeutung von Betriebsvereinbarungen im Bereich des Arbeitszeitreduzierungsanspruches nach dem TzBfG (abgedr. als Nr. 5), andere exotisch, wie die Entscheidung über den Versuch, einen einheitlichen Betriebsrat über die Grenzen der Niederlande, Deutschlands und Polens hinweg zu gründen (abgedr. als Nr. 78), alles aber hilfreich, wie z. B. die differenzierte Entscheidung des Landesarbeitsgericht Köln zur Frage der Klage auf zukünftige Leistung (abgedr. als Nr. 115).

Und wie immer gilt für alle Entscheidungen:
Mögen sie nützen!

Berlin, im März 2005

Ihr
Dr. Hans-Georg Meier
Fachanwalt für Arbeitsrecht



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

Gross Mansholt	Roland Werner	Leipzig Darmstadt
-------------------	------------------	----------------------

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Berrisch Neef, Dr. Puhr-Westerheide Tschöpe, Dr. Zeißig, Dr.	Hansjörg Klaus Christian Ulrich Rolf	Gießen Hannover Duisburg Gütersloh Berlin
--	--	---

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Faecks Hilligus Kelber, Dr. Lampe, Dr. Müller-Wiechards Schrader, Dr. Schaefer Weber	Dietmar Friedhelm Kurt-Jörg Markus Christian Wolfram Peter Rolf Axel	Wiehl Marburg Neustadt i.Holst. Berlin Berlin Lübeck Hannover Hannover Frankfurt/M.
--	--	---

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Behrens Böse Brötzmann, Dr. Crämer Eckert, Dr. Faecks Fischer Gehrmann Gravenhorst, Dr. Grimm, Dr. Hennige, Dr. Herbert, Dr. Hertwig, Dr. Jung Kern Kunzmann, Dr. Krutzki Lodzik Matissek Meier, Dr. Müller-Knapp Pouyadou, Dr. Pütter, Dr. Richter Rütte Schäfer Schipp, Dr. Schmalenberg, Dr. Schmitt Schramm Schulz Dr. Seidemann Sparla Straub, Dr. Theissen-Graf Schweinitz Thiele Thieme Zahn Zirnbauer	Walter Rainer Ulrich Eckart Helmut Friedhelm Ulrich Dietrich Wulf Detlev Susanne Ulrich Volker Nikolaus Jan H. Walter Gottfried Michael Reinhard Hans-Georg Klaus Richard M. Albrecht Klaus Klemens Dieter Johannes Werner Jürgen Joachim Georg R. Gisbert Franz Dieter Ingo Volker Hans Thomas Ulrich	Hamburg Essen Mainz Dortmund Offenbach Marburg Frankfurt/M. Aachen Düsseldorf Köln Gütersloh Coburg Bremen Oberursel Hamburg Euskirchen Frankfurt/M. Darmstadt Kaiserslautern Berlin Hamburg Augsburg Flensburg Bremen Hamm Essen Gütersloh Bremen Stuttgart Lübbecke München Berlin Aachen München Hagen Düren Frankfurt/M. Berlin Nürnberg
---	--	--

Keine Erstberatungsgebühr mehr im Arbeitsrecht – Der Arbeitnehmer als rechtlicher Verbraucher

Darstellung der Grundlagen des Vortrags des Verfassers auf der 48. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Christian Nohr, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Essen

Thema: Abrechnung von arbeitsrechtlichen Beratungen nach dem RVG

Die Beratungsgebühr gemäß Nr. 2100 W RVG

Für die Beratung des Mandanten in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten entsteht eine 0,1 bis 1,0 Beratungsgebühr gemäß Nr. 2100 W RVG. Beschränkt sich die Anwaltstätigkeit auf ein erstes Beratungsgespräch, beträgt die Beratungsgebühr gemäß Nr. 2102 höchstens 190 € (Kappungsgrenze), wenn der Auftraggeber Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist.

Verbraucher i. S.d. § 13 BGB ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet wird.

Die Frage, ob ein Arbeitnehmer als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB anzusehen ist, ist bis heute noch nicht höchststrichterlich geklärt. Die bislang veröffentlichte Rechtsprechung ist noch uneinheitlich. Seit August 2004 liegt nunmehr ein erstes Berufungsurteil vor, das für die Anwaltschaft von besonderer Bedeutung ist.

OLG Hamm Urteil vom 03.08.2004 – 4 U 94/04: Arbeitnehmer ist nicht als Verbraucher i. S.d. § 13 BGB anzusehen/Werbung mit Erstberatung für 10,00–50,00 € im Arbeitsrecht ist wettbewerbswidrig

Auszug aus den Entscheidungsgründen: *“Die gesetzliche Gebühr ist nun im Vergütungsverzeichnis – VV – geregelt. Danach steht dem Rechtsanwalt für einen Rat wie bisher eine 1/10 bis 10/10-Gebühr zu. Dagegen gibt es die Kappungsgrenze des § 20 Abs. 1 Satz 2 BRAGO alter Fassung in Höhe von 180,00 € so nicht mehr für alle Erstberatungen. Denn nach VV 2102 gibt es den Begriff der Erstberatung nur noch bei Tätigkeiten für einen Verbraucher. Wer als Verbraucher anzusehen ist, ist in § 13 BGB definiert. Danach ist der Arbeitnehmer, um den es in der beanstandeten Werbung geht, gerade nicht als Verbraucher im Sinne dieser Vorschrift anzusehen (Palandt, BGB 63. Auflage § 13 Rn. 3). Der beabsichtigte Verbraucherschutz schlägt also nicht auf den Arbeitnehmer durch.“*

Das Bundesarbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Berlin haben die Frage, ob ein Arbeitnehmer als Verbraucher i. S.d. § 13 BGB anzusehen ist, bislang offen gelassen.

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 27.11.2003, 2AZR 135/03 Anfechtung und Widerruf einer Beendigungsvereinbarung

Auszug aus den Entscheidungsgründen: *“Der Klägerin steht jedoch ein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1, § 355 BGB nF nicht zu. Die Beendigungsvereinbarung vom 3. April 2002 ist kein Haustürgeschäft iSd. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB nF. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin Verbraucherin iSd. § 312 Abs. 1 i.V.m. § 13 BGB nF ist (ablehnend zur Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers: Bauer NZA 2002, 169, 171; Bauer/Koch DB 2002, 42, 44; Henssler RdA 2002, 129, 133 f.; Hromadka NJW 2002, 2523, 2524; Lieb FS Ulmer, 1231, 1236; Löwisch NZA 2001, 465, 466; Reichhold ZTR 2002, 202, 203; Rieble/Klumpp ZIP 2002, 2153, 2155; bejahend: Kittner/Zwanziger/Bachner ArbR § 104 Rn. 81; ErfK/Müller-Glöge § 620 BGB Rn. 13; Boemke DB 2002, 96, 97; Gotthardt Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform München 2002 Rn. 173; Preis Sonderbeilage NZA Heft 16/2003, 19, 23 f.; Reinecke DB 2002, 583, 587; Reuter in Eckart/Delbrück Reform des deutschen Schuldrechts Baden-Baden 2003, 99, 105; Singer RdA 2003, 194, 195).“*

Bundesarbeitsgericht Urteil vom 22.04.2004, 2 AZR 281/03 Aufhebungsvertrag – Anfechtung – Inhaltskontrolle – Widerruf

Auszug aus den Entscheidungsgründen: *“Die gesetzlichen Voraussetzungen eines Widerrufsrechts sind nicht erfüllt. Die Beendigungsvereinbarung der Parteien unterliegt schließlich keiner Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nF. Selbst wenn der Kläger Verbraucher wäre und auf die Verwendung des Textes der Beendigungsvereinbarung keinen Einfluss nehmen konnte, findet eine Angemessenheitskontrolle nicht statt, weil die Beendigungsvereinbarung jedenfalls keine allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält.“*

LAG Berlin Urteil vom 26.03.2004, 8 Sa 262104 Höhere Verzugszinsen für Arbeitnehmer?

Auszug aus den Entscheidungsgründen: *“Dem Arbeitnehmer steht auf rückständiges Arbeitsentgelt der erhöhte Zinssatz gem. § 288 Abs. 2 BGB nF nicht zu. Das LAG Berlin lässt die umstrittene Frage, ob Arbeitnehmer Verbraucher i. S.d. § 13 BGB sind, ausdrücklich offen. Die Frage der Höhe der Verzugszinsen könne sich allein durch Auslegung des § 288 Abs. 2 BGB ohne Auseinandersetzung mit dem Verbraucherbegriff beantworten lassen.“*

Konsequenzen für die anwaltliche Praxis

Seit dem 01.07.2004 können arbeitsrechtliche Beratungsleis-

tungen in Arbeitgebermandaten und Arbeitnehmermandaten einheitlich auf der Grundlage von Nr. 2100 W RVG in dem vorgegebenen Gebührenrahmen von 0,1 bis 1,0 abge-

rechnet werden. Die Kappungsgrenze von 190 € findet in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten keine Anwendung. (Gleicher Lohn für gleiche Arbeit).

§ 72 I 2 ArbGG und die Macht der Gewohnheit

Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Düsseldorf

1. Der Gesetzesbefehl

Mit Wirkung ab 01.05.2000 hat das LAG gem. § 72 I 2 i.V.m. § 64 III a 1 ArbGG im Tenor jedes Berufungsurteils darüber zu befinden, ob es die Revision zulässt oder nicht zulässt (Art. I Nr. 18 des ArbGG-Beschleunigungsgesetzes vom 30.03.2000, BGBl. I,333). Enthält der Tenor des Berufungsurteils zu diesem Punkt keine Entscheidung, so kann jede Partei gem. § 72 I 2 i.V.m. § 64 III a 2 ArbGG innerhalb von zwei Wochen ab Verkündung (!) des Urteils eine entsprechende Ergänzung beantragen. Erfolgt der Antrag nicht fristgerecht, gilt die Revision als nicht zugelassen. Es verbleibt dann nur noch der Weg über die Nichtzulassungsbeschwerde. (Mit Inkrafttreten des Anhörungsrügensgesetzes am 01.01.2005 hat sich der Anwendungsbereich der Nichtzulassungsbeschwerde gegenüber dem bisherigen Rechtszustand ganz erheblich erweitert, vgl. hierzu näher: *Gravenhorst*, NZA 2005, 24. Dementsprechend vermindert sich die praktische Bedeutung der Zulassung durch das Berufungsgericht.)

Der Gesetzesbefehl des § 72 I 2 ArbGG ist eindeutig: Das LAG *hat im Tenor* jedes Berufungsurteils über die Zulassung bzw. Nichtzulassung der Revision zu entscheiden. Dies gilt allenfalls nicht für Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichtsurteile und jedenfalls nicht in Verfahren der einstweiligen Verfügung.

2. Die vom Gesetz abweichende Praxis

Eigene Erfahrungen des Verfassers waren Veranlassung, alle in juris dokumentierten Berufungsurteile eines herausgegriffenen LAG (es ist *nicht* das LAG Düsseldorf) auf die Einhaltung von § 72 I 2 ArbGG zu untersuchen. Dabei hat sich Folgendes ergeben: Von insgesamt 148 dokumentierten Berufungsurteilen des Jahres 2003 schieden 39 Versäumnis-, Anerkenntnis-, Verzicht- bzw. Verfügungsurteile aus. Es verblieben demnach 109 Urteile. 36 Zulassungen erfolgten ausdrücklich im Tenor, keine einzige lediglich in den Entscheidungsgründen. Von den verbleibenden 73 Urteilen haben 30 die Nichtzulassung der Revision ausdrücklich im Tenor ausgesprochen. Demge-

genüber enthielten die restlichen 43 Urteile im Tenor keine Aussage zur Zulassung bzw. Nichtzulassung, äußerten sich aber sämtlich in den Entscheidungsgründen dahin, eine Veranlassung zur Zulassung der Revision habe nicht vorgelegen. Damit haben etwa 60 % der Urteile mit Nichtzulassung der Revision dies entgegen § 72 I 2 ArbGG nicht im Tenor zum Ausdruck gebracht. Es handelt sich also nicht um einzelne Ausreißer, sondern um die überwiegende Mehrzahl der in Betracht kommenden Urteile eines Kalenderjahres. Dies ist umso erstaunlicher, als die statistische Erhebung nicht etwa das Jahr der Einführung der Rechtsänderung betraf, als man gewissermaßen noch mit Eingewöhnungsschwierigkeiten rechnen konnte, sondern das Kalenderjahr 2003, zu dessen Beginn die Rechtsänderung bereits 2 1/2 Jahre zurücklag. Die Untersuchung zeigt demnach in schöner Deutlichkeit, mit welcher Verzögerung Rechtsänderungen in der Gerichtspraxis wahrgenommen und beachtet werden.

3. Wege zur Abhilfe

Nach § 15 der Fachanwaltsordnung muss jeder Fachanwalt nicht nur einen 6-wöchigen Intensivkurs für Arbeitsrecht, sondern in jedem Kalenderjahr eine Fortbildung von mindestens 10 Zeitstunden nachweisen. Für Berufsrichter der Arbeitsgerichtsbarkeit gilt eine solche Vorschrift nicht. Eine entsprechende Anwendung wäre vielleicht angezeigt, wie die vorliegende Untersuchung nahe legt. Es ist schon einigermaßen erstaunlich, dass die klare und einfache Vorschrift des § 72 I 2 ArbGG in mehr als der Hälfte der Fälle der Nichtzulassung der Revision ignoriert wird. Werden aber eindeutige Gesetzesvorschriften von Berufsrichtern als deren Adressaten nicht beachtet, so ist dies der Autorität der Rechtsordnung abträglich. Gerade der Staat selbst muss von ihm erlassene Vorschriften penibel beachten. Erscheint dies nicht möglich oder nicht unbedingt erforderlich, so gehören derartige Vorschriften abgeschafft.

4. Zurück zum Gleichlauf von ArbGG und ZPO

Bekanntlich hat die ZPO-Reform mit Wirkung ab 01.01.2002 die Streitwertrevision beseitigt (ausgenommen die Übergangsvorschrift des § 26 Nr. 8 EGZPO) und ist zu dem im Arbeitsgerichtsverfahren bereits geltenden System der reinen Zulassungsrevision übergegangen. Eine dem § 72 I 2 ArbGG entsprechende Vorschrift enthält die ZPO jedoch nicht. Nach herrschender Meinung können die Berufungsgerichte der allgemeinen Zivilgerichtsbarkeit die Zulassung der Revision daher auch in den Entscheidungsgründen vornehmen (BLAH-*Albers*, 62. Aufl., § 543 ZPO Rn. 13). Man fragt sich, warum der Gesetzgeber die bei Erlass des ZPO-RG bereits geltende Vorschrift des § 72 I 2 ArbGG nicht auch in die ZPO (und die anderen Verfahrensordnungen) übernommen hat. Den Gleichlauf der Verfahrensnormen sollte der Gesetzgeber nämlich nur verlassen, wenn hierfür plausible Gründe bestehen. Derartiges ist nicht ersichtlich. Man könnte allenfalls anführen, dass in der Arbeitsgerichtsbarkeit wegen Mitwirkung der ehrenamtlichen Beisitzer wohl mehr als 95 % aller streitigen Urteile als so genannte Stuhlurteile ergehen, also im sofortigen Anschluss an die mündliche Verhandlung (während es in der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit eher umgekehrt ist). Bei dieser Sachlage ist das Erfordernis einer Behandlung der Revisionszulassung *im Tenor* des Berufungsurteils deshalb sinnvoll, weil damit die Garantie besteht, dass die ehrenamtlichen Beisitzer mit der Frage der Zulassung oder Nichtzulassung der Revision ausdrücklich befasst werden. An-

derenfalls besteht die Gefahr, dass die Frage unerörtert bleibt und erst bei Abfassung der Entscheidungsgründe überhaupt erstmals zu Tage tritt. Wenn es in der BT-Drs. 14/626, S. 10, zur Begründung von § 72 I 2 ArbGG heißt, die Regelung sei „aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ angezeigt, so müsste dies eigentlich gleichermaßen auch für die übrigen Verfahrensordnungen gelten. Der Gesetzgeber sollte daher bei nächster Gelegenheit den Gleichlauf der entsprechenden Vorschriften (wieder) herstellen.

5. Zurück zum Gesetzesgehorsam

Es bleibt abschließend der Appell an die Berufsrichter der Landesarbeitsgerichte, die Vorschrift des § 72 I 2 ArbGG ernst zu nehmen. Das dürfte nicht zu viel verlangt sein, ist doch die Formulierung des Tenors eines Berufungsurteils der zentrale Punkt der Berufstätigkeit eines LAG-Richters. So sehr viele Regeln sind dabei nicht zu beachten, so dass von einer Überforderung nicht ausgegangen werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn man berücksichtigt, welche scharfe Maßstäbe die Gerichte an die Kenntnisse und Sorgfalt von Anwälten anlegen, so z. B. wenn das LAG Berlin kürzlich ein Schreiben seiner Präsidentin an die Berliner Anwaltskammer als bundesweit zu beachtende Quasi-Rechtsquelle einstufte (LAG Berlin v. 10.05.2004 – 10 Sa 519/04, zutr. aufgehoben durch BAG v. 20.10.2004 – 5 AZB 37/04).

Das neue Kündigungsrecht 2004

Dr. Mario Eylert Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Reinhard Schinz, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Potsdam

Auswirkungen auf die betriebliche und arbeitsgerichtliche Praxis (Teil II)

II. Die Abfindungsoption bei der betriebsbedingten Kündigung

1. Bedeutung der Neuregelung

Die im Vorfeld der Agenda 2010 geführten Diskussion um das Kündigungsschutzrecht in der Bundesrepublik drehte sich vor allem um die Ersetzung des bisherigen kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes durch eine Abfindungslösung, wie sie in vielen Staaten der EU existiert (Schlagwort: Abfindungs- statt Bestandsschutz). Der Gesetzgeber konnte

sich jedoch nicht zu einem solch radikalen Umbau des bestehenden Kündigungsschutzrechts entschließen und eine Abfindung für die von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer ohne Wenn und Aber etablieren. Die Gesetzesnovelle bindet den Abfindungsanspruch an die erklärte Bereitschaft des Arbeitgebers, eine Abfindung zu zahlen. Mit dieser Konstruktion des § 1 a KSchG hat der Gesetzgeber sich nur zu einer kleinen – und für die betriebliche Praxis und für alle Seiten wohl unbefriedigenden – (Kompromiss-) Lösung durchringen können.

§ 1 a KSchG gewährt dem Arbeitnehmer unter der Voraussetzung, dass der Arbeitgeber auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung und den Abfindungsanspruch hinweist und der Arbeitnehmer auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet, einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung in Höhe eines halben Monatsgehalts für jedes Jahr des Bestandes des Arbeitsverhältnisses. Die Neuregelung schafft also keine generelle Abfindungspflicht; erst durch den „Hinweis“ des Arbeitgebers wird dem Arbeitnehmer die Abfindungsoption eröffnet („Hergabe für Hinnahme“). Die Prognose fällt nicht schwer, dass der „Neuling“ die vom Gesetzgeber erhoffte Transparenz und Kalkulierbarkeit des Kündigungsrechts nicht bewirken kann und nur ein Schattendasein in der betrieblichen Umsetzung fristen wird. Diese Prognose gründet sich nicht nur darauf, dass die Anwendungsvoraussetzungen nicht klar formuliert sind, sondern vor allem auf den Umstand, dass das Angebot, eine Abfindung zu zahlen, praktisch vom Arbeitgeber kaum unterbreitet werden wird. Der Arbeitgeber, der der Ansicht ist, seine betriebsbedingte Kündigung sei ohne weiteres erfolgreich, wird von dem Hinweis auf Abfindung absehen; gibt der Arbeitgeber den Hinweis hingegen ab, wird der Arbeitnehmer regelmäßig annehmen, der Arbeitgeber sei sich seiner Kündigungsgründe nicht so sicher, er wird deshalb das Angebot nicht annehmen bzw. die Klagefrist nicht verstreichen lassen und im Kündigungsschutzprozess versuchen, seine Weiterbeschäftigung durchzusetzen oder eine höhere Abfindung im Vergleichswege zu erzielen. Die Literatur stellt deshalb dem Gestaltungsmittel jedenfalls kein gutes Zeugnis aus: beispielsweise meint *Rolfs* (ZIP 2004, 343), dass ein bürokratisches Monster geschaffen worden sei, das kein Problem löse, sondern Dutzende neue schaffe, statt den Arbeitsvertragsparteien ein einfaches, effizientes und kostengünstiges Verfahren für eine vorgerichtliche Klärung bei der Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse anzubieten. (ähnlich kritisch äußern sich: *Löwisch*, NZA 2003, 689; *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1673; noch pointierter: *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 77, die ihren Aufsatz treffend titeln: „Neuer Abfindungsanspruch – § 1 a daneben“).

2. Anspruchsvoraussetzungen

Der Abfindungsanspruch nach § 1 a Abs. 1 KSchG setzt eine betriebsbedingte Kündigung, einen Hinweis des Arbeitgebers auf die Abfindung und die fehlende fristgemäße Klageerhebung voraus. Der Anspruch entsteht dann mit dem Ablauf der Kündigungsfrist.

a) betriebsbedingte Kündigung

Nach der Gesetzesformulierung (Hinweis auf § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und den Ablauf der Kündigungsfrist) muss zunächst eine **ordentliche, betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung** vorliegen. Nach der Gesetzesbegründung ist es allerdings ausreichend, wenn der Arbeitgeber die Kündigung als betriebsbedingte bezeichnet (BT-Drs. 15/1204, S. 12; siehe

auch: *Bader*, NZA 2004, 65; *Maschmann*, AuA 2003, Heft 10, S. 7; *Preis*, DB 2004, 70). Da eine gerichtliche Überprüfung der Kündigungsgründe unterbleibt, weil sie nach dem Ablauf der Klagefrist fingiert werden, spielt es auch keine Rolle, ob sie **tatsächlich** bestanden haben (Der Abfindungsanspruch entsteht deshalb auch bei einem „Etikettenschwindel“). Der Abfindungsanspruch will gerade mögliche – mit der betriebsbedingten Kündigung verbundene – Streitfragen und Rechtsunsicherheiten ausräumen helfen (*Giesen/Besgen*, NJW 2004, 186). D.h., man wird auch dann noch von einer wirksamen Erklärung nach § 1 a KSchG ausgehen können, wenn der Arbeitgeber in Wirklichkeit nicht aus betriebsbedingten, sondern bspw. aus krankheitsbedingten Gründen kündigt. Allerdings kann der Arbeitnehmer bei Kenntnisnahme des „wahren“ Kündigungsgrundes ggf. noch ein nachträgliches Zulassungsverfahren betreiben.

Bei einer außerordentlichen Kündigung entsteht nach dem Wortlaut des § 1 a (...mit Ablauf der Kündigungsfrist...) kein Abfindungsanspruch (siehe auch BT-Drs. 15/1204 S. 12). Dennoch wird man in Anwendung der Rechtsprechung des BAG zu den tariflich unkündbaren Arbeitnehmern auch bei einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit einen Abfindungsanspruch nach § 1 a KSchG anerkennen müssen (so auch: *HaKo-Fiebig*, § 1 a Rn 7; a.A.: *Rolfs*, ZIP 2004, 334).

Der Abfindungsanspruch nach § 1 a KSchG setzt Kündigungsschutz des Arbeitnehmers voraus. Er besteht nicht, wenn die persönlichen und betrieblichen Voraussetzungen nicht vorliegen (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 1 a Abs. 2 Satz 3 KSchG).

b) Hinweis des Arbeitgebers

Weiter muss der Arbeitgeber die – schriftliche (§ 623 BGB) – Kündigungserklärung mit dem **Hinweis** verbinden („Klammertheorie“; siehe hierzu: *Rolfs*, ZIP 2004, 335), dass er sie auf dringende betriebliche Erfordernisse stützt und dass der Arbeitnehmer eine Abfindung beanspruchen kann, wenn er daraufhin die Frist für eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG verstreichen lässt (§ 1 a Abs. 1 Satz 2 KSchG). Der Hinweis des Arbeitgebers ist der Dreh- und Angelpunkt der Neuregelung. Er ist unverzichtbare Voraussetzung des Anspruchs. Welche Rechtsqualität dieser Hinweis hat, ist weder aus dem Gesetz eindeutig zu ermitteln, noch besteht hierüber in der Literatur Einigkeit. Er ist jedenfalls kein Realakt. Ob er als empfangsbedürftige Willenserklärung oder als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist (siehe *Giesen/Besgen*, NJW 2004, 185; *Maschmann*, a.a.O., S. 10; *Preis*, DB 2004, 71; *Grobys*, DB 2003, 2173; *Rolfs*, ZIP 2004, 335), macht praktisch keinen Unterschied, da auch für letztere im Regelfall die Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre zur Anwendung kommen; allerdings ist der Hinweis – genauso wie die Kündigung – unbedingt und nicht widerrufbar (*Giesen/Besgen*, NJW 2004, 186).

Der notwendige Inhalt des Hinweises ergibt sich aus § 1 a Abs. 1 Satz 2 KSchG. Die Höhe der Abfindung muss der Arbeitgeber hingegen nicht beziffern; es reicht aus, wenn der Arbeitgeber deutlich macht, die Abfindung in der in § 1 a KSchG vorgesehenen Höhe zu zahlen (*Bader*, NZA 2004, 71; *Maschmann*, a.a.O., S. 10; *Nägele*, ArbRB 2004, 81).

§ 1 a KSchG ist regelmäßig nicht anwendbar, wenn der Arbeitgeber eine **andere Abfindung** anbietet. Eine von dem in § 1 a KSchG vorgesehenen Betrag abweichende (höhere oder niedrigere) Abfindung wird je nach den Umständen dahin auszulegen sein, dass es sich um das Angebot zum Abschluss einer entsprechenden Individualvereinbarung (Abwicklungsvertrag) handelt. Wird das Angebot vom Arbeitnehmer angenommen, kann sich der Arbeitgeber nicht auf die in § 1 a vorgesehene Abfindungshöhe berufen. Bietet der Arbeitgeber bewusst weniger an als das Gesetz vorsieht, kann kein Anspruch nach § 1 a KSchG entstehen. Für den Arbeitnehmer ist erkennbar, dass der Arbeitgeber den gesetzlichen Anspruch nicht entstehen lassen will; er muss ggf. Kündigungsschutzklage erheben. Tut er dies nicht, kann er aufgrund eines zustande gekommenen Vertrages lediglich die vereinbarte niedrigere Abfindung verlangen, denn der Arbeitgeber hat durch die genannte abweichende Abfindungshöhe deutlich zu erkennen gegeben, nicht dem Gesetz folgen, sondern dem Arbeitnehmer ein anderes Vertragsangebot machen zu wollen.

Ein **mündlicher** Hinweis des Arbeitgebers auf eine zu zahlende Abfindung oder ein – späterer – Hinweis in einem weiteren Schriftstück reicht aus Gründen der Rechtssicherheit (für den Arbeitnehmer) nicht aus, den Abfindungsanspruch nach § 1 a KSchG zu begründen. Im letzteren Fall würde der Arbeitgeber im Übrigen die Überlegungsfrist des Arbeitnehmers, die sich aus der Dauer der Klagefrist nach § 4 KSchG ergibt, unzulässig verkürzen.

c) Reaktion des Arbeitnehmers

Der Hinweis des Arbeitgebers soll einen Kündigungsschutzprozess ersparen. Der Anspruch auf die Abfindung erfordert keine ausdrückliche Willenserklärung des Arbeitnehmers (*Giesen/Besgen*, NJW 2004, 185). Er muss den Hinweis nicht „annehmen“. Es reicht aus, wenn er die Klagefrist des § 4 KSchG verstreichen lässt, also keine Kündigungsschutzklage erhebt (BT/Drucks. 15/1204 S. 12). Allein das ungenutzte Verstreichenlassen der Klagefrist erfüllt das gesetzliche Tatbestandsmerkmal.

Erhebt der Arbeitnehmer fristgerecht Kündigungsschutzklage oder eine Klage auf Vergütung oder Weiterbeschäftigung für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist, akzeptiert der Arbeitnehmer damit nicht die Kündigung und hat keinen Anspruch auf die gesetzliche Abfindung. Der Anspruch auf die Abfindung entfällt aber auch, wenn der Arbeitnehmer **verspätet Kündigungsschutzklage** erhebt oder sich auf andere

Weise vor oder nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG gerichtlich gegen die Kündigung zur Wehr setzt. Auch bei **Klagerücknahme** entsteht der Anspruch nicht. Der Betroffene hat die Klagefrist für die Kündigungsschutzklage nicht „verstreichen“ lassen unabhängig davon, dass die Klage prozessual nach § 263 Abs. 3 ZPO als nicht anhängig geworden gilt. Die prozessuale Rechtsfolge schlägt nicht auf den materiellen Anspruch durch. Ansonsten würde sich der Arbeitnehmer faktisch seine Wahlmöglichkeit verlängern. Der Arbeitgeber liefe Gefahr, dass er im Verlauf des Prozesses durch Einlassen auf die Klageschrift einen Teil der Aufwendungen erbringen muss, die er mit seinem Hinweis auf die betriebsbedingte Abfindung gerade vermeiden wollte.

d) Sonderfälle

Der Anspruch entsteht auch, wenn der Arbeitgeber **besonders geschützte Personen** – Betriebsräte, Schwangere, Mitarbeiter in Elternzeit, schwerbehinderte Menschen – aus dringenden betrieblichen Erfordernisse kündigt und die Kündigung mit dem Hinweis nach § 1 a KSchG verbindet, ohne das die jeweiligen gesetzlichen Beteiligungsverfahren eingehalten werden. Der Arbeitgeber ist auch dann verpflichtet, die Abfindung zu zahlen, wenn der Arbeitnehmer auf den Hinweis hin keine Klage erhoben hat und betriebsbedingte Gründe bei Ausspruch der Kündigung in Wahrheit nicht vorliegen (*Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Abfindung Rz 4). Der Abfindungsanspruch entsteht unabhängig von der Tragfähigkeit der Kündigungsgründe (BT-Drs. 15/1204, S. 12; *Bader*, NZA 2004, 71). Anspruchsbegründend ist allein der angegebene Kündigungsgrund zusammen mit dem Hinweis des Arbeitgebers im Kündigungsschreiben.

Spiegelt der Arbeitgeber den betriebsbedingten Kündigungsgrund – arglistig – nur vor, kommt eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG ernsthaft in Betracht. Ob dem Arbeitnehmer ein Anfechtungsrecht zusteht, oder ob es sich bei der unterlassenen Klageerhebung nur um einen Realakt handelt (*Bader*, NZA 2004, 71), dürfte in keinem Falle entscheidungserheblich werden. Der Arbeitnehmer wird nicht anfechten, da ihm die Anfechtung keinen Vorteil hinsichtlich der Versäumung der Klagefrist bringt, sondern nur zu einer Verpflichtung führt, die Abfindung zurückzuzahlen. Der Arbeitgeber muss im Falle des nachträglichen Zulassungsantrags nicht anfechten, da die gesetzliche Voraussetzung des Anspruchs entfällt (bzw. die stillschweigende auflösende Bedingung eintritt) und deshalb entweder der Abfindungsanspruch entfällt oder – falls schon gezahlt – die Abfindung gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB zurückgefordert werden kann (s. *Preis*, DB 2004, 71).

3. Rechtsfolgen

Die Abfindung entsteht mit dem Ablauf der Kündigungsfrist und wird dann **fällig** (BT-Drs. 15/1204, S. 9; *Eichholz/Schmittmann*, ZinsO 2004,410; *Rolfs*, ZIP 2004, 339). Stirbt der Arbeit-

nehmer vor Ablauf der Kündigungsfrist, kann der – noch nicht entstandene – Anspruch auch nicht vererbt werden (*Giesen/Besgen*, NJW 2004, 186; *Eichholz/Schmittmann*, ZinsO 2004, 410).

Der Anspruch entfällt auch nicht deshalb, weil der Arbeitgeber die Kündigung „zurücknimmt“ oder den Hinweis „widerruft“ (*Maschmann*, a.a.O., S. 11).

Zahlt der Arbeitgeber die angekündigte Abfindung nicht, so muss der Arbeitnehmer – und dies ist auch eine praktische Schwäche der Regelung – auf Zahlung vor dem Arbeitsgericht klagen. Er muss dabei nur darlegen, dass der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben auf den Anspruch nach § 1 a KSchG hingewiesen und die Kündigung als betriebsbedingt bezeichnet hat sowie der Arbeitnehmer nicht gegen die Kündigung geklagt hat. Eine Prüfung der Rechtswirksamkeit der Kündigung erfolgt nicht. Praktisch kann vor allem Streit über die Höhe der Abfindung (bzw. deren Berechnung) entstehen.

Für die Praxis ist weiter von Bedeutung, dass der Abfindungsanspruch – da der Gesetzgeber die Insolvenzordnung insoweit nicht reformiert hat – nicht insolvenzgeschützt ist (sie ist keine bevorrechtigte Insolvenzforderung sondern einfache Insolvenzverbindlichkeit (siehe §§ 38, 108 Abs. 2 InsO) und der Arbeitnehmer deshalb ein mögliches **Insolvenzrisiko trägt** (siehe insbesondere: *Eichholz/Schmittmann*, ZinsO 2004, 410 ff; *Rolfs*, ZIP 2004, 340). Deshalb wird der Arbeitnehmer gut beraten sein, nicht auf den Hinweis des Arbeitgebers zu vertrauen, sondern bei Unsicherheit über die Zahlungsfähigkeit des Arbeitgebers Kündigungsschutzklage zu erheben, um ggf. eine Abfindung mit dem Insolvenzverwalter (als Masseforderung) zu vereinbaren.

Die Regelung zur **Höhe** der Abfindung (§ 1 a Abs. 2 KSchG) ist aus sich heraus verständlich. Sie beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses (wozu auch die bei einem Betriebsveräußerer zurückgelegten Beschäftigungsjahre gemäß § 613 a BGB zählen: siehe BAG 27.06.2002–2 AZR 270/01 – AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 15; 18.09.2003–2 AZR 330/02 – NZA 2004, 319) und entspricht damit dem Durchschnitt der vor den Arbeitsgerichten vereinbarten Abfindungssummen (*Hümmerich*, NZA 1999, 342). Dabei sind Zeiträume von mehr als sechs Monaten auf ein Jahr aufzurunden. So erhält auch der eine Abfindung, der noch kein Jahr, aber länger als sechs Monate beschäftigt ist. Als Monatsverdienst gilt wie bei der Auflösungsabfindung nach § 10 Abs. 3 KSchG der Monatsbruttobezug im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses. Anders als dort fehlt bei der betriebsbedingten Abfindung eine absolute Höchstgrenze. Die Abfindung wird daher bei einer Beschäftigung von mehr als 24 Jahren auch dann höher als 12 Bruttomonatsverdienste sein, wenn der AN das fünfzigste Lebensjahr noch nicht vollendet hat (*Küttner/Eisemann*, Personalbuch

2004, Abfindung Rz 3). Als Monatsverdienst gilt das, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat an Geld und Sachbezügen (brutto) zusteht, in dem das Arbeitsverhältnis endet. Wurde die Vergütung in diesem (letzten) Monat erhöht (bspw. durch Tariflohnsteigerung), so muss für den gesamten Abfindungsbetrag von dem erhöhten Monatsverdienst ausgegangen werden. Zu den Geldbezügen zählen die Grundvergütung und alle regelmäßig anfallenden Zulagen (Ausnahme: Zuwendungen, die dem Arbeitnehmer entstandene Aufwendungen ausgleichen sollen, bspw. Schmutzzulage, Spesen) und Zuwendungen mit Entgeltcharakter (bspw. 13. Monatsgehalt, nicht: Zuwendungen, die die Betriebsstreuere betreffen, wie Jubiläumsgeld), die zeitanteilig umzulegen sind.

Eine **Anrechnung** betriebsbedingter Abfindungen auf Abfindungen aus einem Sozialplan findet von Gesetzes wegen nicht statt. Hier handelt es sich um einen individuellen Anspruch aus dem Kündigungsschutzgesetz, dort um einen betriebsverfassungsrechtlichen, der nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG (BAG 20.12.1983 AP BetrVG § 112 Nr. 17) gerade nicht daran geknüpft werden darf, dass der AN auf die Klage verzichtet. Die Anrechnung muss daher im Sozialplan selbst geregelt werden (*Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Abfindung Rz 4).

Der Hinweis nach § 1 a KSchG hindert den Arbeitgeber nicht, die Kündigung im **Prozess** auch oder ausschließlich auf andere Gründe zu stützen. Die Vorschrift löst kein Verwertungsverbot für andere Kündigungsgründe aus. Sie regelt die Voraussetzungen für das Entstehen eines Abfindungsanspruchs. Sie ändert weder das Kündigungsrecht noch das Prozessrecht im Übrigen. Begrenzungen der Möglichkeiten des Arbeitgebers, Kündigungsgründe auszuwechseln, ergeben sich daher auch nach Einführung des § 1 a KSchG allein aus den Mitbestimmungsvorschriften und dem Prozessrecht (*Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Abfindung Rz 4).

Die vertragliche **Vereinbarung von Abfindungen** bleibt von der gesetzlichen Neuregelung unberührt (*Giesen/Besgen*, NJW 2004, 187). Dem Arbeitgeber bleibt es unbenommen, Auflösungsangebote mit höheren oder geringeren Abfindungen zu machen. Dann handelt es sich jedoch nicht um eine „betriebsbedingte Abfindung“ nach § 1 a KSchG, sondern um das Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages, dessen Wirksamkeit sich nach den allgemeinen Regeln richtet. Das Angebot des Arbeitgebers muss daher vom Arbeitnehmer zumindest konkludent angenommen werden. Die Annahmeerklärung muss dem Arbeitgeber nicht zugehen, soweit der Arbeitgeber nach § 151 BGB hierauf verzichtet hat oder eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist. Ob ein Arbeitgeber das Verfahren nach § 1 a KSchG einleitet oder ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages macht, hängt von der Auslegung aller in diesem Zusammen-

hang von ihm abgegebenen Erklärungen und den Umständen des Einzelfalles ab. Hierbei kann auch eine Rolle spielen, ob bei der Mitteilung der Abfindungshöhe versehentlich oder bewusst ein vom Gesetz abweichender Betrag genannt wurde (Küttner/Eisemann, Personalbuch 2004, Abfindung Rz 4).

Ob der in § 1 a KSchG normierte Verzicht auf Kündigungsschutzklage eine **Sperrzeit** nach § 144 SGB III auslöst, ist bisher höchstrichterlich nicht geklärt. Einerseits hat das Bundessozialgericht entschieden (BSG 25.4.02 – B 11 AL 89/01 R, NZS 2003, 223), dass selbst die Hinnahme einer offen rechtswidrigen Kündigung wegen einer vom Arbeitgeber zugesagten Abfindung keine Sperrzeit auslöst. Andererseits hat es in einer neueren Entscheidung (18.12.2003 – B 11 AL 35/03 R) ausgeführt, der Arbeitnehmer löse das Beschäftigungsverhältnis mit der Folge einer Sperrzeit, wenn er nach Ausspruch einer Kündigung des Arbeitgebers mit diesem innerhalb der Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage eine Vereinbarung über die Hinnahme der Kündigung (Abwicklungsvertrag) treffe; der Arbeitnehmer könne sich für den Abschluss des Abwicklungsvertrags auf einen die Sperrzeit vermeidenden wichtigen Grund grundsätzlich nur berufen, wenn die Arbeitgeberkündigung objektiv rechtmäßig war. Da der Arbeitnehmer im Fall einer Abfindung nach § 1 a KSchG grundsätzlich nur untätig bleibt, dürfte keine Mitwirkung im Sinne der neuen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vorliegen. Die Bundesagentur für Arbeit hat durch ihre Dienstanweisung ebenfalls diese Ansicht vertreten

III. Die Klagefrist

Die dreiwöchige Klagefrist galt bisher nur für den Kündigungsgrund (soziale Rechtfertigung, wichtiger Grund). Sie galt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate bestanden hatte oder der Arbeitnehmer in einem Kleinbetrieb beschäftigt war. Der Gesetzgeber hat diese Rechtssituation als zu intransparent angesehen und – in Anlehnung an § 113 Abs. 2 InsO – eine einheitliche Klagefrist installiert (BT-Drs. 15/1509, S. 22). Nach der Neufassung des Gesetzes gilt die Klagefrist künftig für **alle Kündigungen**, mit denen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beenden will und auch für die Geltendmachung **aller Unwirksamkeitsgründe** mit Ausnahme der fehlenden Schriftform. Nunmehr muss **jede Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen** nach Zugang der schriftlichen Kündigung und unabhängig von ihrem Unwirksamkeitsgrund beim Arbeitsgericht eingegangen sein, sonst ist die Kündigung nach § 7 KSchG wirksam. Die Einführung einer generellen dreiwöchigen Klagefrist schafft ohne Zweifel ein Mehr an Rechtssicherheit.

Die Klagefrist gilt für ordentliche und außerordentliche Beendigungs- und Änderungskündigungen (BT-Drs. 15/1204 S. 13) unabhängig davon, ob das KSchG anzuwenden ist – d.h. auch im **Kleinbetrieb** und vor Ablauf der **Wartezeit** (siehe

§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ... „mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 KSchG“) – und für **alle Unwirksamkeitsgründe**. Es spielt nunmehr keine Rolle mehr, ob der Arbeitnehmer überhaupt unter das KSchG fällt. Unabhängig davon, ob der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört wurde, ob die Kündigung wegen eines Betriebsüberganges nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam ist oder wegen aufgrund eines tariflichen oder gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes nichtig ist (BT-Drs. 15/1204 S. 13), muss der gekündigte Arbeitnehmer innerhalb der Frist Kündigungsschutzklage erheben. Nach § 4 Satz 1 KSchG ist nur der Fall ausgenommen, in dem die Kündigung **mangels Schriftform** nach § 623 BGB unwirksam ist („nach Zugang der schriftlichen Kündigung“). Wurde die Kündigung nicht schriftlich ausgesprochen, kann der Arbeitnehmer den Mangel der Schriftform und die Unwirksamkeit der Kündigung aus diesem Grunde noch nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung geltend machen. Keinen Unwirksamkeitsgrund der Kündigung stellt auch die Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105 BGB) und die fehlende Kündigungsberechtigung des Kündigenden dar (bspw. des richtigen Vertragspartners; die ordnungsgemäße Vertretung); die 3-Wochenfrist gilt insoweit nicht, weil keine dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigung vorliegt (Bender/Schmidt, NZA 2004, 362; Hanau, ZIP 2004, 1175). Mit der Gesetzesänderung sollten zwar „alle Gründe“ (aus anderen Gründen) erfasst werden, eine Anknüpfung an die Wirksamkeit der eigentlichen *Kündigungserklärung* sollte aber nicht erfolgen; auch die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe (bspw. § 102 BetrVG, § 9 MuSchG u.ä.) setzen stets eine wirksame *Kündigungserklärung* voraus (Bender/Schmidt, NZA 2004, 362; Quecke, RdA 2004, 100). Im Übrigen spricht für eine Nichtanwendung der Klagefrist auf solche Aspekte auch der Sinn und Zweck des § 4 KSchG. Die kurze Klagefrist dient dem Zweck, dem Arbeitgeber alsbald Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen und damit ein Stück Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dieser Zweck kann jedoch dann nicht erreicht werden, wenn dem Arbeitgeber die Kündigungserklärung überhaupt nicht zugerechnet werden kann (zu Vertretungsfällen vgl. Bender/Schmidt, NZA 2004, 362). Anders ist jedoch der Fall zu sehen, in dem der Arbeitnehmer die Kündigungserklärung des Arbeitgebers unter Hinweis auf § 174 BGB zurückweist. § 174 BGB betrifft nicht die inhaltlich wirksame – und von § 174 vorausgesetzte – Bevollmächtigung, sondern allein deren Nachweis durch Vorlage der Vollmachtsurkunde. § 174 BGB betrifft somit keine mangelbehaftete Kündigungserklärung, weshalb die Klagefrist auf diesen Unwirksamkeitsgrund auch anzuwenden ist (Bender/Schmidt, NZA 2004, 362).

Macht der Arbeitnehmer nur geltend, die **Kündigungsfrist** sei nicht eingehalten worden, braucht die drei Wochenfrist nicht eingehalten zu werden (Düwell, G V; Quecke, RdA 2004, 100; Hanau, ZIP 2004, 1175; a.A. Bader, NZA 2004, 65; Löwisch, BB 2004, 158; Zimmer, FA 2004, 36). Eine falsch gewählte Kündigungsfrist macht die Kündigung nicht unwirksam. Die Angabe

der Kündigungsfrist ist kein – notwendiger – Bestandteil der Gestaltungserklärung. Es geht hier nicht um eine Umdeutung einer nichtigen Kündigung in eine wirksame, sondern allein um die im Wege der Auslegung vorzunehmende Korrektur der – falschen – Frist einer ansonsten wirksamen Kündigung (so auch *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 363; *Quecke*, RdA 2004, 100).

Ist die Kündigung vor dem 1.1.2004 zugegangen, gelten die alten Regelungen unabhängig davon, wann der Arbeitnehmer Klage eingereicht hat ((*Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Kündigungsschutz Rz 104; a.A. *Bader*, NZA 2004, 65). Das Gesetz stellt für seine Geltung nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern – wie der Wortlaut von § 4 Satz 1 KSchG zeigt: „nach Zugang der schriftlichen Kündigung“ – allein auf diesen Zeitpunkt ab. Ist die Kündigung nach dem 31.12.2003 zugegangen, gelten die neuen Regeln. An die 3-Wochenfrist muss sich z.B. der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb daher nur halten, wenn die Kündigung nach dem Stichtag zugegangen ist.

Soweit die Kündigung der **Zustimmung einer Behörde** bedarf – z.B. nach § 9 MuSchG, § 18 BErzGG, § 85 SGB IX – beginnt die Klagefrist nach **§ 4 Satz 4 KSchG** erst mit der **Bekanntgabe der Entscheidung** der Behörde an den Arbeitnehmer. Erreicht diese Entscheidung den Arbeitnehmer vor Zugang der Kündigung, läuft die Klagefrist dennoch erst ab Zugang der Kündigungserklärung (*Preis*, DB 2004, 77; *Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Kündigungsschutz Rz 111). Bis zum Zugang der Entscheidung der Behörde darf sich der Arbeitnehmer grundsätzlich darauf verlassen, dass die Kündigung wegen fehlender Zustimmung unwirksam ist. Er kann diesen Unwirksamkeitsgrund daher nahezu unbegrenzt geltend machen (Grenze: Verwirkung). Damit erlangt der Arbeitgeber in den Fällen der §§ 9 MuSchG, 18 BErzGG, 85 SGB IX vor Zugang der zustimmenden behördlichen Entscheidung an den Arbeitnehmer keine Rechtsklarheit.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Arbeitgeber deshalb **keine Kenntnis** von den Tatsachen hat, die ihn zur Einholung einer behördlichen Entscheidung verpflichten, weil der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin ihm die aus seiner/ihrer Sphäre stammenden Informationen (bspw. eine Schwangerschaft) nicht mitgeteilt hat. Wird die Unwirksamkeit der Kündigung erst durch eine nachträgliche Mitteilung herbeigeführt, bleibt es bei einer Anwendung des § 4 Satz 1 KSchG (ggf. mit der Möglichkeit einer nachträglichen Klagezulassung, siehe insbesondere bei der Schwangerschaft § 5 Satz 2 KSchG). Schwangeren oder schwerbehinderten Arbeitnehmern, die dem Arbeitgeber von diesem Zustand nichts mitgeteilt haben, ist – anders als in den anderen Fällen einer notwendigen Zustimmung einer Behörde – bewusst, dass kein Zustimmungsverfahren läuft. Sie müssen daher die Klage innerhalb der 3-Wochen-Frist erheben (*Preis*, DB 2004, 77;

Schmidt, NZA 2004, 80; *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 364; *Quecke*, RdA 2004, 100; *Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Kündigungsschutz Rz 111). Der unerkannt Schwangeren hilft im Übrigen – anders als dem Schwerbehinderten – nach Ablauf der 3-Wochenfrist ggf. § 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

IV. Zulassung verspäteter Klagen

Da auch besonders geschützte Arbeitnehmer sich an die Dreiwochenfrist halten müssen, war die Ergänzung des Gesetzes bei der nachträglichen Zulassung von Klage erforderlich. Die Neufassung entspricht auf kündigungsrechtlicher Ebene dem § 9 Abs. 1 2. Halbsatz MuSchG und harmonisiert die Regelungen. Der Gesetzgeber hat zutreffend erkannt, dass das Kündigungsverbot für Schwangere seiner Wirkung beraubt würde, wenn die 3-Wochen-Frist ohne Rücksicht darauf anwendbar wäre, ob die Frau von ihrer Schwangerschaft aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund keine Kenntnis hatte. Wer verspätet von seiner Schwangerschaft erfährt, fällt deshalb nicht aus dem Sonderkündigungsschutz.

V. Verlängerte Anrufungsfrist

Der neue § 6 KSchG zieht die Konsequenz aus der Änderung des § 4 KSchG. Die nun allgemein gültige dreiwöchige Klagefrist erforderte eine Anpassung des § 6 KSchG. Der Wortlaut der Neuregelung des § 6 KSchG lässt noch weniger als bisher erkennen, was die Bestimmung erfassen will (kritisch zur Neuregelung: *Bader*, NZA 2004, 68; *Hanau*, ZIP 2004, 1174; *Quecke*, RdA 2004, 101).

§ 6 KSchG a.F. wollte dem klagenden Arbeitnehmer ein (zusätzliches) Recht einräumen. Der alten Regelung bedurfte es in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer irgendwie – nur nicht mit dem Klageantrag nach § 4 Satz 1 KSchG (punktuellem Streitgegenstand) – die Unwirksamkeit der Kündigung – z.B. inzident im Rahmen einer Entgeltklage – klageweise geltend gemacht hatte; dies reichte aus, um auch nach Ablauf der 3-Wochenfrist sich auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen zu können. Darüber hinaus war es aber immer möglich, sich – im Rahmen einer rechtzeitig erhobenen Kündigungsschutzklage – in erster oder zweiter Instanz auf andere Unwirksamkeitsgründe (z.B. die fehlerhafte Betriebsratsanhörung) zu berufen.

Die neue Vorschrift scheint ihren Anwendungsbereich gewechselt zu haben. Nunmehr kann der Arbeitnehmer, sofern er fristgerecht im Klagewege geltend gemacht hat, dass eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliegt, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz sich zur Begründung für die Unwirksamkeit der Kündigung auch auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe berufen. Der (rechtsunkundige) Arbeitnehmer soll

sich hiernach noch auf solche Gründe berufen können, die er bei Einreichung der Klage nicht kannte oder nicht erkannt hatte (BT-Drs. 15/1204 S. 26). Allerdings muss dies noch in der ersten Instanz geschehen. Hierdurch wird scheinbar vom Arbeitnehmer verlangt, einzelne Unwirksamkeitsgründe fristgerecht geltend zu machen, was zu einer „anachronistische Formelklage“ führen würde (Quecke, RdA 2004, 102); die Prozessvertreter eines Arbeitnehmers könnten sich durch die Neuregelung berufen fühlen, schematisch (mittels Schreibautomaten) alle denkbaren Unwirksamkeitsgründe anzureißen, zumal für ein „berufen“ im Sinne der Norm sicherlich kein schlüssiger Sachvortrag zu verlangen sein dürfte (siehe Quecke, RdA 2004, 102).

Zur Vermeidung dieses Ergebnisses wird in der Literatur teilweise dafür plädiert, die Bedeutung des § 6 KSchG auch weiterhin auf die Fälle zu beschränken, in denen der klagende Arbeitnehmer keinen – punktuellen – Kündigungsschutzfeststellungsantrag, sondern – innerhalb der 3-Wochenfrist – einen Leistungsantrag gestellt hat. Entsprechend der erweiterten Bedeutung der Klagefrist für alle Unwirksamkeitsgründe wäre durch die Neufassung des § 6 KSchG lediglich klarzustellen gewesen, dass auch bei rechtzeitiger klageweiser Geltungsmachung der Unwirksamkeit der Kündigung auf andere Weise als im Rahmen eines Antrags nach § 4 Satz 1 KSchG der Arbeitnehmer bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen kann (Quecke, RdA 2004, 102; Löwisch, BB 2004, 160). Mit diesem, durch eine teleologische Reduktion gewonnen Inhalt wird die Regelung des § 6 KSchG zu der vom Gesetzgeber gewollten „bloßen Folgeregelung“ zur Vereinheitlichung der Klagefristen für alle Kündigungen (Quecke, RdA 2004, 102). Eine Präklusion von Unwirksamkeitsgründen erfolgt danach nicht (Hanau, ZIP 2004, 1174).

Gegen diese Auffassung spricht der Wortlaut. § 6 eröffnet dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, sich „auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe“ zu berufen; der Gesetzgeber setzt also voraus, dass innerhalb der neugeregelten Klagefrist nicht nur Kündigungsschutzklage zu erheben ist, sondern auch die Unwirksamkeitsgründe geltend zu machen sind. Das entspricht auch dem Wortlaut des § 4 („Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist...“) sowie der Absicht des Gesetzgebers, so schnell wie möglich Gewissheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu gelangen. Systematisch ist es daher konsequent, die „Rechtswohltat“ des § 6 auf die Fälle zu erstrecken, die nach der Neufassung des § 4 zu Härten insbesondere für rechtsunkundige Arbeitnehmer führen könnten. Würde man zu diesem Verständnis der Norm gelangen, so bliebe ein weiteres Problem zu lösen. § 6 Satz 2 KSchG etabliert eine arbeitsgerichtliche Hinweispflicht auf den möglichen Rechtsverlust. Inwieweit eine so weitgehende Hinweispflicht mit dem Unpartei-

lichkeitsgebot des Richters in Einklang zu bringen ist (vgl. einerseits Quecke, RdA 2004, 102; andererseits: Bader, NZA 2004, 69), bedarf der Klärung. Unterläßt das Arbeitsgericht den entsprechenden Hinweis, so verstößt es gegen § 139 ZPO; dieser Verfahrensmangel führt – trotz § 68 ArbGG – dann zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht, weil der Verfahrensmangel vom Rechtsmittelgericht nicht mehr repariert werden kann (BAG 30.11.1961 BB 1962, 373; LAG Köln 8.3.1988 – LAGE KSchG § 6 Nr. 1; KR-Friedrich, § 6 KSchG Rn 38).

VI. Außerordentliche, sittenwidrige und sonstige Kündigungen

Mit der Neufassung von **§ 13 Abs. 1 Satz 3** ist eine alte Streitfrage entschieden. Nach einer außerordentlichen Kündigung ist das Arbeitsverhältnis auf begründeten Antrag des Arbeitnehmers hin nicht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer (fiktiven) ordentlichen Kündigung, sondern zu dem Zeitpunkt aufzulösen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde. Dies ist unbefriedigend, weil der Verzugslohn so die höchstzulässige Abfindung nicht selten übersteigen wird (vgl. Küttner/Eisemann, Personalbuch 2004, Abfindung Rz 30). Wird die Kündigung hilfsweise ordentlich erklärt und ist die ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt, darf sich der Arbeitnehmer den Auflösungszeitpunkt zwischen den beiden möglichen aussuchen.

VII. Geltungsbereich und Betriebsgröße

Nach dem Kompromiss im Vermittlungsausschuss ist der Schwellenwert wieder – wie bei der Regelung des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes 1996 – auf eine **Betriebsgröße von 10 Arbeitnehmer angehoben** worden. Dies bedeutet im Kern die etwas unverständliche Formulierung der Novelle. Sinn und Zweck der Anhebung des Schwellenwertes ist es, den Arbeitgebern von Kleinbetrieben die Entscheidung für Neueinstellungen zu erleichtern (BT-Drs. 15/1204, S. 13); die Erhöhung des Schwellenwertes soll dem Arbeitgeber in gewissem Umfang die Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze ermöglichen, ohne den Belastungen des KSchG ausgesetzt zu werden. Gleichzeitig soll den Arbeitnehmern der Kündigungsschutz erhalten bleiben, die ihn schon nach dem früheren Recht erworben hatten. Dabei kommt dem Stichtag 31.12.2003 die entscheidende Bedeutung zu. Der alte Schwellenwert – 5 Arbeitnehmer (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) – gilt nur für die zu diesem Zeitpunkt beschäftigten Arbeitnehmer. Der neue, angehobene Schwellenwert – 10 Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG) – betrifft aber nur die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 rechtlich begründet worden ist. Damit fallen ca. 80 % der Betriebe in der Bundesrepublik bzw. ca. 9 Mio. Arbeitnehmer

(= ca. 30 % der gesamten Arbeitnehmer) nicht mehr unter das KSchG.

Der **Kündigungsschutz** ist damit **zweigeteilt**. Denn die Arbeitnehmer, die am 31.12.2003 in einem Betrieb mit mehr als fünf regelmäßig Beschäftigten tätig waren und hiernach Kündigungsschutz erworben hatten, behalten den Kündigungsschutz nach Maßgabe des bisherigen Rechts **ohne zeitliche Beschränkung**, d.h. unbegrenzt. Dabei profitieren von der Besitzstandsregel alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse vor dem 31.12.2003 begonnen haben, ohne Rücksicht darauf, ob sie am Stichtag schon die Wartefrist von 6 Monaten erfüllt hatten (*Bader*, NZA 2004, 66; *Hanau*, ZIP 2004, 1170; *Küttner/Eisemann*, Personalbuch 2004, Kündigungsschutz Rz 49). Die kündigungsrechtliche Differenzierung zwischen „Alt- und Neuarbeitnehmern“ im selben Kleinbetrieb zwischen 5 und 10 Arbeitnehmern verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht (*Hanau*, ZIP 2004, 1171; *Quecke*, RdA 2004, 105).

Der Bestandsschutz nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG endet erst dann, wenn die Zahl der „Alt“-Arbeitnehmer unter den alten Schwellenwert sinkt (*Hanau*, ZIP 2004, 1170). In diesem Zusammenhang ist vor allem eine Fallkonstellation streitig (zu weiteren Veränderungen der Beschäftigtenzahl und der Rückwirkung auf die Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG: *Bauer/Krieger*, DB 2004, 651 ff.; *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 358 ff.): Beschäftigt der Arbeitgeber am 31.12.2003 6 „Alt“-Arbeitnehmer“ und entlässt er im Februar 2004 einen dieser Mitarbeiter (der Kündigungsschutz hat), um ihn durch einen neuen Mitarbeiter zu ersetzen, so ist fraglich, ob nunmehr mit der „Neu-“, Einstellung nur der zuletzt eingestellte Mitarbeiter keinen Kündigungsschutz hat oder aber sogar alle anderen 5 „Alt“-Arbeitnehmer ihren Kündigungsschutz verlieren. Die 5 „Alt“-Arbeitnehmer behalten in diesem Fall einer (erfolgreichen) „Austauschkündigung“ ihren Kündigungsschutz, weil der Betrieb nach wie vor „in der Regel“ sechs Beschäftigte hat (so auch *Däubler*, AiB 2004, 7, 8; a.A. die wohl überwiegende Literatur, bspw. *Bauer/Krieger*, DB 2004, 651 ff.). Dies lässt sich zwar nicht ohne weiteres dem Wortlaut entnehmen, entspricht aber dem Sinn und Zweck der Neuregelung: Die Anhebung des Schwellenwertes sollte den Arbeitgeber privilegieren, der seinen Betrieb vergrößert. Die Aufstockung und nicht der Austausch seines Personals sollte erleichtert und gefördert werden. Ein bloßer Austausch schafft noch keinen neuen Arbeitsplatz. Gegen eine Auslegung, nach der auch ein Austausch zum Verlust des Kündigungsschutzes der verbleibenden „Alt“-Arbeitnehmer führen würde, bestehen darüber hinaus verfassungsrechtliche Bedenken. Der Gesetzgeber würde bei einem derartigen Normverständnis in eine verfassungsrechtlich (Art. 12 GG) geschützte Position eingreifen, ohne dass dies nach den Motiven des Gesetzgebers zum Schutze kollidierender Grundrechtspositionen oder aus Gemeinwohlerwägungen erforderlich gewesen wäre. Durch die Neuregelung sollte der Geltungs-

bereich des KSchG nur zu Lasten der neu eingestellten, bisher nicht geschützten Arbeitnehmer verschoben (Argument: ein Arbeitsverhältnis ohne Kündigungsschutz ist besser als gar kein Arbeitsverhältnis), nicht aber in den Bestandsschutz der vor dem 1.1.2004 eingestellten Arbeitnehmer eingegriffen werden.

§ 23 KSchG n.F. beschreibt neben dem betrieblichen auch den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Für alle nach dem 31.12.2003 eingestellten Arbeitnehmer gilt der neue Schwellenwert. Sie haben Kündigungsschutz nur, wenn der Betrieb mehr als 10 Arbeitnehmer mit Ausnahme der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten aufweist. Das gilt selbstverständlich auch für den im Austausch für einen „Alt“-Arbeitnehmer Eingestellten. Ansonsten ändert sich nichts: Es bleibt bei der Formulierung der „in der Regel“ Beschäftigten (siehe hierzu zuletzt BAG vom 22.1.2004, 2 AZR 237/03), der anteiligen Anrechnung der Teilzeitbeschäftigten und vor allem bei der Anknüpfung des Geltungsbereichs des KSchG an den Betrieb und nicht an das Unternehmen. In der Literatur (u.a. *Löwisch*, BB 2004, 161; *Preis*, DB 2004, 78 sowie RdA 1999, 312 ff.) wird im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG die Auffassung vertreten, dass die Kleinbetriebsklausel verfassungskonform auszulegen und nach dem Schutzgedanken des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nunmehr auf das Unternehmen abzustellen sei. Vom Kündigungsschutz seien nur Kleinunternehmen mit bis zu 10 Arbeitnehmern, nicht aber Unternehmen mit (weit) mehr als 10 Arbeitnehmern, die sich aber auf mehrere Kleinbetriebe verteilen, auszunehmen; ein auch schon zur Regelung 1996 geäußerter Aspekt, der in den nächsten Jahren bei der Rechtsanwendung aufzugreifen sein wird.

Ob das Arbeitsmarktreformgesetz einen zwingenden Anlass bietet, von der Rechtsprechung zur – abgestuften – Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Betriebsgröße abzugehen (vgl. BAG 23.3.1984 und 18.01.1999 – AP KSchG 1969 § 23 Nr. 4 und Nr. 9; siehe auch 15.03.2001 – NZA 2001, 831) bleibt abzuwarten. Jedenfalls sprechen – neben der Fassung der Kleinbetriebsklausel als Einwendung – nunmehr das verstärkte Regel-Ausnahme-Prinzip in § 23 Abs. 1 KSchG und die unter Umständen notwendigen schwierigen Tatsachenfeststellungen im Rahmen der „Besitzstandswahrung“, Umstände, die alle aus der Sphäre des Arbeitgebers stammen, für eine Änderung der Darlegungs- und Beweislastregel (so auch *Quecke*, RdA 2004, 105; *Hanau*, ZIP 2004, 1170; *ErfK-Ascheid*, § 23 KSchG Rn 20; *Bader*, NZA 2004, 67).

Im übrigen hat der Gesetzgeber durch die eingefügten Ausnahmen in § 23 Abs. 1 KSchG klargestellt, dass auch für die Arbeitnehmer in Kleinbetrieben, auf die das KSchG grundsätzlich nicht anzuwenden ist, u.a. Regelungen über die dreiwöchige Klagefrist, die nachträgliche Zulassung der verspäteten Klage, die Verlängerung der Anrufungsfrist und das Wirksamwerden der Kündigung bei Fristablauf gelten.

Für die Praxis bleibt schließlich zu beachten, dass je größer der Kreis der vom KSchG nicht erfassten Betriebe und Arbeitnehmer wird, desto häufiger es Streitigkeiten im Rahmen des „Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG“ geben wird. Insoweit sei insbesondere auf die letzten Entscheidungen des

Bundesarbeitsgerichts vom 6.2.2003 (2 AZR 672/01) und vom 28.8.2003 (2 AZR 333/02) verwiesen.

(Teil I wurde in AE 4/2004 abgedruckt.)

Anmerkung zu Entscheidung Nr. 156 – Haftung des Insolvenzverwalters (AE 2/2004 Seite 109)

Rechtsanwalt Herbert Winter, Kamenz

Liest man den Leitsatz der Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts gemäß Urteil vom 12.11.2003, Aktenzeichen 2 Sa 897/02, zur veröffentlichten Entscheidung in der AE Nr. 156 Heft 2/2004 Seite 109, so vermutet man dahinter wohl kaum die Brisanz des Sachverhaltes.

Ein Unternehmen geht in die Insolvenz. Gut, das ist nicht revolutionär und neu. Der Insolvenzverwalter, ein zugelassener Rechtsanwalt, beendet zunächst im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten die Arbeitsverhältnisse zum Ende des Jahres 2001.

Zum 01.01.2002 werden die Kläger befristet für einen Monat durch den Insolvenzverwalter, eben zeitlich befristet, eingestellt. Dies wiederholt sich noch zweimal für die Monate Februar und März des Jahres (die Frage der Unwirksamkeit der Befristungen spielt im vorliegenden Prozess keine Rolle).

Nun kommt es: Nachfolgend wird durch den Insolvenzverwalter erst eine Masseunzulänglichkeit angezeigt. Die Vergütungen für Januar, Februar und März werden vom Insolvenzverwalter nicht gezahlt. Insolvenzgeld gibt es selbstverständlich auch keins, weil eben Neubegründung des Arbeitsverhältnisses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Arbeitslosengeld gibt es schon gar keins, weil eine Arbeitslosigkeit ja verständlicherweise nicht vorlag.

Nun stehen sie da, die Kläger: Drei Monate kein Geld und verwiesen durch zwei Instanzen auf den Abschluss des Insolvenzverfahrens. Würde sich dann, wenn das Insolvenzverfahren abgeschlossen wird oder ist (wann immer dies auch in Zukunft sein wird) ergeben, dass die Masse zur Deckung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht, wäre dann erneut die Frage zu prüfen, ob der Insolvenzverwalter insoweit persönlich für die Verbindlichkeiten einzutreten hat.

Beide Instanzen hielten die unter anderem vertretene Rechtsansicht des Klägers, zumindest bei Begründung und Aufnahme des Arbeitsverhältnisses hätte ein Hinweis des Insolvenzverwalters erfolgen müssen, dass bei einer nachfolgenden Masseunzulänglichkeit die Vergütungen nicht aus der Masse gedeckt werden könnten, für nicht zutreffend.

Leider wurde die Revision in den vorliegenden Rechtsstreiten durch das Landesarbeitsgericht nicht zugelassen. Die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht war mit der üblichen und gängigen Erfolgsquote behaftet.

Fazit für die Beratungspraxis:

Ein Arbeitnehmer sollte im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ein Arbeitsverhältnis nur dann aufnehmen, wenn der Insolvenzverwalter ihm vorher für die zu erwartenden Vergütungsansprüche definitive Sicherheit durch eine Sicherheitsleistung gibt.

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht		Seite
1.	Annahmeverzug, Arbeitsfähigkeitsbescheinigung, Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber	19
2.	Arbeitnehmerstatus, Dienstverhältnis eines Vertretungsprofessors an einer nordrhein-westfälischen Hochschule	19
3.	Arbeitnehmerstatus, freier Handelsvertreter, eingeschränkte Freiheiten und Abhängigkeiten während der Einarbeitung führen nicht zur Arbeitnehmereigenschaft, Vergütungsansprüche vor dem Hintergrund eines streitigen Arbeitsverhältnisses, Bruttolohnklage, Abweisung einer Bruttolohnklage eines Handelsvertreters nach Statusfeststellung trotz offener Honoraransprüche?	19
4.	Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, Organisationskonzept des Arbeitgebers, keine Anerkennung der Kundenbindung bei Vertretungskräften	21
5.	Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, Verletzung der Ankündigungsfrist, kein Verstoß gegen Betriebsvereinbarung bei Berücksichtigung individueller Arbeitnehmerwünsche, Anforderungen an einen Rechtsmittelverzicht, verabredete Protokollierung bedeutet in der Regel Unwirksamkeit des Vergleichs bis dahin	21
6.	Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, einstweilige Verfügung im Anschluss an erstinstanzliches Obsiegen, Anforderungen an den Verfügungsgrund	23
7.	Aufwendungsersatz für erforderliche Arbeitsmittel, Bahnarzt	24
8.	Auflösende Bedingung, Wunsch des Arbeitnehmers, Abschluss des juristischen Studiums innerhalb von fünf Jahren	24
9.	Ausbildungskosten; Rückzahlungsvereinbarung im Arbeitsvertrag	25
10.	Ausbildungskosten, Rückzahlung, Studienbeihilfe, Erstattung, Bindung, Wiedereinstellung	25
11.	Arbeitnehmerhaftung, Ausschlussfrist nach § 63 BMT-G nicht durch Meinungsbildung gehemmt, Kausalität	26
12.	Befristung des Arbeitsverhältnisses, Hochschulrahmengesetz, Anforderungen an die Promotionsbefristung	26
13.	Befristung des Arbeitsverhältnisses, Praktikant nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz, Scheinvertrag, Definition, Formalien der Verlängerung einer sachgrundlosen Befristung	26
14.	Beschäftigungsanspruch im ungekündigten Arbeitsverhältnis, Vorwurf gegen Betriebsratsmitglied aus dieser Tätigkeit, einstweilige Verfügung und Gebot schneller Antragstellung	28
15.	Betriebliche Altersversorgung, Betriebsübergang, Versorgungszusage des Betriebserwerbers, Wartezeit, Versicherungsmissbrauch, Eintrittspflicht des PSV	29
16.	Betriebliche Altersversorgung, Witwenrente, Späteheklausel, Missbrauch, Auslegung	29
17.	Betriebliche Altersversorgung, Versorgungszusage, vertragliche Einheitsregelung, ablösende Betriebsvereinbarung, Konzernbetriebsvereinbarung, Betriebsvereinbarungsoffenheit, Einkommensdynamik, kollektiver Günstigkeitsvergleich, Drei-Stufen-Theorie	29
18.	Betriebliche Altersversorgung, Direktversicherung, Versicherungsvertrag, abweichende individualrechtliche Regelung, Schadensersatz nach § 280 BGB	30
19.	Betriebsübergang, Rückwirkung, Widerspruch, Vergütung, Annahmeverzug	30
20.	Betriebsübergang, Betriebsstilllegung, Warenlager, Baustoffhandel, Abverkauf, Abwicklung	30
21.	Betriebsübergang in Form eines Teilbetriebsübergangs, Begriffsbestimmung, Darlegungs- und Beweislast, Substantiierung, Ausforschungsbeweis, Streitwert der Feststellung des Betriebsübergangs	30
22.	Betriebsübergang im Kfz-Handel, betriebliche Identität	31
23.	Betriebsübergang, betriebliche Identität, Dentallabor eines Zahnarztes	32
24.	Betriebsübergang, Kino, Personalübernahme, Rechtsgeschäft, betriebliche Identität	32
25.	Betriebsübergang, Aufhebungs- und Überleitungsvertrag unwirksam wegen Gesetzesumgehung, Insolvenznähe, Beschäftigungsgesellschaft, Kritik an BAG-Rechtsprechung zum Erwerberkonzept	35
26.	Direktionsrecht, Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses	37

27. Einstellungsbefugnis, Krankenhaus, Ärztlicher Direktor, Vertretungsmacht, Schutzbereich, medizinische Erst- und Folgeuntersuchungen	Seite 38	45. Annahmeverzug Arbeitgeber; Böswilliges Unterlassen einer anderweitigen Beschäftigung nach §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG; Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers nach § 254 BGB	Seite 43
28. Entgeltvereinbarung für den Insolvenzfall, (keine) Masseverbindlichkeit	38	44. Betriebsbedingte Kündigung eines „Consultant“, keine Begrenzung der Sozialauswahl durch nachträglich differenziertes Vergütungssystem und beschäftigungsbezogener Einsatz	44
29. Entgeltfortzahlung in Krankheitsfall, Anspruchsdauer, Einheit des Versicherungsfalls	38	45. Betriebsbedingte Kündigung; Sozialauswahl; Kinder auf Lohnsteuerkarte als Auswahlkriterium	44
30. Haftungsdurchgriff bei der GmbH, Insolvenz, Anforderungen an eine Berufungsbegründung	39	46. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, vorgehende betriebliche Interessen, Auswahlrichtlinien, Leistungsträger	45
31. Inanspruchnahme von Beamten, Befristung	39	47. Betriebsbedingte Kündigung, Unternehmerentscheidung, Darlegungslast, ultima-ratio-Prinzip, Entscheidung fest angestellte/geringfügig beschäftigte Aushilfen	45
32. Konkurrentenklage, Einstellungsanspruch im öffentlichen Dienst, im Falle eines gegen den Bewerber gerichteten, laufenden Strafverfahrens	39	48. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl aufgrund Auswahlrichtlinien, Geltungsbereich von Fehlern	46
33. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Kundenschutzklausel, freier Mitarbeiter	39	49. Betriebsbedingte Kündigung unwirksam bei unzureichender Information nach § 613 a BGB	46
34. (Keine) Nettolohnvereinbarung kraft betrieblicher Übung	39	50. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich; Namensliste; Darlegungslast; abgestufte Darlegungs- und Beweislast; sekundäre Darlegungslast; Betriebsratsanhörung; Bestreiten mit Nichtwissen; Erkundigungsobliegenheit des Arbeitnehmers	46
35. Rufbereitschaft, vertraglicher Anspruch auf Zuweisung, Entzug durch Direktionsrecht, Feststellungsantrag, Streitwert	40	51. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Anzeige gegen Arbeitgeber	47
36. Schulhausmeister, Voraussetzungen zur Begründung der Pflicht, eine Werksdienstwohnung zu nutzen, Bedeutung des Inhalts einer Stellenausschreibung	41	52. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, ordentlich unkündbare Arbeitnehmerin, soziale Auslaufrist, Krankenschwester, Beleidigung, Verhältnismäßigkeit, Beweiswürdigung, Zeugenbeweis	47
37. Sonderzahlung, Auslegung, Berufssportler, Handgeld, auflösende Bedingung, Klagefrist	41	53. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, überholende fristlose Kündigung wegen Emails mit überwiegend pornografischem Inhalt	49
38. Urlaub, konkludente Urlaubsgewährung	41	54. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, geschäftsschädigende Äußerungen, Beleidigung	49
39. Variable Vergütung, Vertragsanpassung bei dividendenabhängiger Gewinnbeteiligung	41	55. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, wissentlich falsche Erstellung von Rechnungen zur Täuschung Dritter (Versicherungen), § 626 II BGB bei Vorbereitungshandlungen und Vollzugshandlungen, unverzügliche Kündigung nach Zustimmung des Integrationsamtes, Interessenabwägung	50
40. Zeugnis, dienstliche Beurteilung, Fehlerhaftigkeit durch Vorgaben, Erfordernis von Beurteilungsfakten, Darlegungs- und Beweislast, Entfernungsanspruch ohne Ausschlussfrist (§ 70 BAT), Personalratsmitglied	42		
41. Unwirksamkeit der Zusage des Sondervorteils wegen fehlender Zustimmung der Anteilseigner, Nichtigkeit wegen Formmangels § 125 BGB i.V.m. §§ 5 Abs. 1 Ziffer 8, 6 Umwandlungsgesetz wegen fehlender Offenlegung und Beurkundung eines Sondervorteils	43		
Kündigungsschutzrecht			
42. Allgemeine Feststellungsklage, Schleppnetzwirkung, verlängerte Anrufungsfrist, Zurückverweisung an das Arbeitsgericht, Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, Information über eine Gegendarstellung zur mitgeteilten Abmahnung	43		

56. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Beleidigung, sexuelle Belästigung, Fristen nach § 626 II BGB und § 103 II BetrVG	Seite 51	72. Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, keine Zurechnung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten, Streitwert der nachträglichen Zulassung	Seite 59
57. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung; Diebstahl geringwertiger Sachen; Interessenabwägung; Entbehrlichkeit einer Abmahnung; Anhörung Betriebsrat nach § 102 BetrVG	52	73. Sonderkündigungsschutz, Einladender zur Wahlversammlung, kein Ende des Kündigungsschutzes nach § 15 Abs. 3 a KSchG durch weiteres Einladungsschreiben	60
58. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung; Diebstahl geringwertiger Sachen; Nachschieben von Kündigungsgründen	53	74. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, einstweilige Verfügung, Anforderungen an den Widerspruch, Verfügungsgrund erforderlich	61
59. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, ungenehmigter Urlaub, Abmahnungserfordernis, Interessenabwägung, § 626 II BGB, Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB	53	75. Weiterbeschäftigung gem. § 102 Abs. 5 BetrVG nach Kündigung, Entbindungsantrag des Arbeitgebers entbehrlich und zurückzuweisen, wenn nur mit mangelhaftem Widerspruch des Betriebsrates begründet (abweichende Auffassung des LAG Hamburg)	61
60. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Diebstahl geringwertiger Sachen, Abmahnungserfordernis	54	76. Weiterbeschäftigung nach zweiter Kündigung bei vorangegangener Weiterbeschäftigung gem. § 102 V BetrVG, Schriftform bei Befristung, § 625 BGB	62
61. Verhaltensbedingte, außerordentliche Kündigung, Abmahnungserfordernis auch im Vertrauensbereich, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Folgen des Entzugs der Privatnutzung eines Dienst-Pkw's und Nicht-Herausgabe	56	77. Zurückweisung einer Kündigung gegenüber gesetzlichem Vertreter nach § 174 BGB; Zurückweisungsfrist; Kündigungserklärung des gemeinsam vertretungsberechtigten Geschäftsführers als Gesamtvertreter, Kündigungskompetenz, Personalreferentin	62
62. Verhaltensbedingte Kündigung, Direktionsrecht, Arbeitsverweigerung, Auflösungsantrag, wirtschaftliche Umstände	57		
63. Verhaltensbedingte Kündigung, Schlechtleistung, Darlegung der Durchschnittsleistung, Anforderungen an die Abmahnung, Auflösungsantrag des Arbeitgebers trotz fehlerhafter Anhörung des Sprecherausschusses, Personalverantwortung eines leitenden Angestellten zur Höhe des Abfindungsbetrages	57		
64. Änderungskündigung, auflösende Bedingung, Vertragsbedingung	58		
65. Arbeitszeiterhöhung, befristete, kein Schriftformerfordernis	58		
66. Auszubildender, Kündigung, Schriftform der Begründung	58		
67. Betriebsrat, Anhörung vor erneuter Kündigung	59		
68. Kündigung; Kleinbetrieb, Treu und Glauben, Darlegungs- und Beweislast	59		
69. Kündigungsschutz, Feststellungsinteresse bei sonstiger Beendigung	59		
70. Nachträgliche Zulassung, Anwaltsverschulden, Nichteingang der Klage	59		
71. Nachträgliche Zulassung; Kündigungsschutzklage; Verschulden des Arbeitgebers	59		
		Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht	
		78. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, grenzüberschreitender Betriebsrat, örtliche Zuständigkeit	63
		79. Betriebsratswahl, Anfechtung, Nichtigkeit, Abbruch durch einstweilige Verfügung, Nachweis der Kenntnis von der Einladung zur Wahl des Wahlvorstands, Beeinflussungsrelevanz, Darlegungs- und Beweislast	64
		80. Betriebsratswahl, Verfassungswidrigkeit, Frauenquote, Minderheitsgeschlecht, Listensprung, Wahlgleichheit, Wahlgrundsätze, verfassungskonforme Auslegung, Aussetzung	65
		81. Betriebsänderung, zeitlich befristete einstweilige Verfügung auf Unterlassung, abweichende Entscheidung für Schleswig-Holstein	65
		82. Betriebsänderung, Unterlassung, einstweilige Verfügung	65
		83. Betriebsänderung, einstweilige Verfügung im Beschlussverfahren, Unterlassung von Kündigungen im Tendenzbetrieb vor Unterrichtung und Beratung von Betriebsänderungen (hier: Teilbetriebsstillegung)	66

	Seite	Tarifrecht	Seite
84 a. Betriebsratsmitglied, Schulungskosten, Anrechnung einer Haushaltsersparnis bei Seminarteilnahme	66	97. Arbeitszeitverlängerung durch § 15 Abs. 2 BAT bis 48 h/W zulässig, Vergütungsregelung für Bereitschaftszeiten nicht europarechtswidrig	72
84 b. Einigungsstellenverfahren, unterschiedliche Vorschläge für den Einigungsstellenvorsitz, Entzug des gesetzlichen Richters	67	98. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Zitiergebot der SR 2 y BAT	72
85. (Keine) Behinderung der Betriebsratsarbeit durch kritische Meinungsäußerung des Arbeitgebers, Bekanntgabe der Kosten der Betriebsratstätigkeit, öffentliche Streitaustragung, Untersagungsanträge	67	99. Eingruppierung, Schadensachbearbeiter Rechtsschutz	72
86. Betriebsrat, Anhörung zur Kündigung, Verfahrensfehler des Betriebsrates, betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung zur Fremdvergabe	68	100. Heimzulage im Berufsbildungswerk, AVR	72
87. Kündigungsanhörung § 102 BetrVG, Betriebsausschuss, Darlegungs- und Beweislast	68	101. Leistungszulage, Befristung, Tarifauslegung	73
88. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, Widerspruch des Betriebsrates gegen Kündigung, Befreiung von der Beschäftigungspflicht nach Kündigung	68	102. Mobbing, Ausschlussfrist, Schadenersatz	73
89. Beschlussverfahren, Erledigung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 BetrVG durch eine „zwischen den Instanzen“ erteilte Zustimmung des Betriebsrats, keine „Rücknahme“ einer wirksam abgegebenen Erledigungserklärung, Eintritt der Rechtskraft eines Beschlusses durch unzulängliche Beschwerdebegründung?	69	103. Sonderzuwendung nach BAT-KF für kirchliche Angestellte, unmittelbare Anschlusstätigkeit	73
90. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 2 BetrVG; Eingruppierung eines Mitarbeiters; Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats; Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG	69	104. Streikmaßnahme, Untersagung, einstweilige Verfügung, Gewerkschaftseigenschaft, Gewerkschaft der Flugsicherung e.V.	73
91. Jugend- und Auszubildendenvertreter, Weiterbeschäftigung, Unzumutbarkeit	70	105. Tarifliches Maßregelungsverbot, Auslegung des Begriffs der Naturalleistung	74
92. Interessenausgleich, Sozialauswahl, Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern unwirksam, Pflicht zur Berücksichtigung nachträglich bekannt gewordener Unterhaltspflichten	70	106. Tarifliche Entgeltsicherung, Arbeitsplatzwechsel, Verhinderung des Bedingungseintritts, leidensgerechter Arbeitsplatz und Sozialauswahl	74
93. Kosten der Betriebsratstätigkeit, (kein) Anschluss des Betriebsrats-PC's an das Internet	70	107. Bürgenhaftung für Urlaubskassenbeiträge einer Baufirma mit Sitz in der Türkei	74
94. Betriebsvereinbarung, Auslegung, Ablösung, Zeitkollisionsregel, Regelungsidentität	71		
95. Versetzung, Mitbestimmung, Unterlassungsanspruch, grober Verstoß, einstweilige Verfügung	71	Sonstiges	
96. Auskunfts- und Unterrichtsansprüche des Betriebsrats gegenüber der Arbeitgeberin in Bezug auf die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen	71	108. Arrest, Vollziehung, wiederholter Arrest in denselben Vermögenswert, Gleichsetzung vereinnehmter Schmiergelder mit Schadenshöhe des Arbeitgebers, kriminelle Handlung als Arrestgrund, Glaubhaftmachung durch Strafakten	75
		109. Berufung, besondere Zulassung nicht erforderlich, wenn Berufungswert erreicht, Feststellungsantrag gegen rechtswidrige Arbeitgeberweisung, Rechtsschutzbedürfnis	76
		110. Faktische Geschäftsführung, Schadensersatzansprüche gegen Prozessbevollmächtigten aufgrund Vertrauenshaftung, Rechtsscheinsgrundsätze, Verschulden bei Vertragsverhandlungen	76
		111. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter	77
		112. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter	78
		113. Rechtsweg, Promoter, Arbeitnehmerstatus, siconon-Fall, studentische Hilfskräfte	78
		114. Rechtsweg, Geschäftsführer, Versorgungszusage, fortbestehender Arbeitsvertrag	79

115. Rechtsweg, Bindungswirkung für das Berufungsgericht, Organmitglied, ausgeschiedenes, Kündigungsberechtigung, Annahmeverzug, Darlegungs- und Beweislast bei Dienstverträgen, Klage auf zukünftige Leistungen	Seite 79	127. Nichtigkeit eines Verweisungsbeschlusses wegen nicht ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs, Ablehnung der Übernahme, Gerichtsstandvereinbarung	Seite 82
116. Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen für betriebliche Verbesserungsvorschläge	80	128. (Keine) Wiederaufnahme eines gegen den Schuldner rechtshängiges Kündigungsschutzverfahrens während des Insolvenzverfahrens	82
117. Internationale Zuständigkeit, Gerichtsbarkeit, sic non-Fall	80	129. Anwaltshaftung, Beratungspflichten des Rechtsanwalts nach Abschluss eines Vergleiches mit Widerrufsvorbehalt	82
118. Prozesskostenhilfe, Entzug	80	130. Zustellung, Wohnung	84
119. Prozesskostenhilfe, Beiordnung eines anderen Anwalts	80	Streitwert und Gebühren	
120. Prozesskostenhilfe, Untätigkeit, Beschwerdemöglichkeit, Verfahrensverzögerung, Gebot der Rechtsschutzgleichheit	80	131. Streitwert, Abmahnung, mehrfache bei gleichem Fehlverhalten	84
121. Prozesskostenhilfe, Beschwerde, Instanzende, Verjährung, Frist	80	132. Streitwert, Kündigungsschutz, mehrere Kündigungen, Differenztheorie	84
122. Prozesskostenhilfe, Abfindung, Leistungsfähigkeit	80	133. Streitwert, mehrere Kündigungen, bei unterschiedlichen Kündigungsgründen stellt § 12 Abs. 7 ArbGG aF keine Obergrenze dar, Ermessensauswertung des Arbeitsgerichts	84
123. Prozesskostenhilfe, Rahmen für die Prüfung der Erfolgsaussichten, Verwirkung für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage	81	134. Streitwert, Beschlussverfahren, Streit unter Betriebsratsfraktionen über das Entkernungsverbot	85
124. Wiedereinsetzung bei fehlender Unterschrift, faires Verfahren	81	135. Streitwert, Beschlussverfahren, Wahlanfechtung	85
125. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Rechtsmittelbegründungsfrist, Anwaltsverschulden, Organisationsverschulden, Zivilprozessreform, Routinefrist	82	136. Streitwert, originärer Beschäftigungsanspruch, Nachrangigkeit des § 12 Abs. 7 ArbGG	85
126. Wiedereinsetzung, verspätete Berufung aufgrund falscher Adressierung, Anwaltsverschulden	82	137. Streitwertfestsetzungsverfahren, Beschwerden nach dem 1. Juli 2004, Beschwerdewert, Begründungsanforderungen	85
		138. Streitwertfestsetzungsverfahren, Urteilsstreitwert und Gebührenstreitwert	85

Allgemeines Vertragsrecht

1. Annahmeverzug, Arbeitsfähigkeitsbescheinigung, Annahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber

1. Die dem Arbeitgeber obliegende Fürsorgepflicht berechtigt ihn nicht, dem Arbeitnehmer entgegen dessen erklärtem Willen die Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz ganz zu verweigern, wenn der Arbeitgeber dies als für den Arbeitnehmer gesundheitlich gefährdend ansieht (BAG, Urteil vom 17.02.1998 in AP § 618 BGB, Nr. 27). Anderes ergibt sich auch nicht aus Gründen der Fürsorgepflicht oder wegen möglicher Haftungsrisiken des Arbeitgebers (ErfK-Preis, § 615 BGB, Rz 64). Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn das ärztliche Attest Arbeitsunfähigkeit bescheinigt.

2. Die Annahme des Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber nicht unzumutbar, wenn eine Gefährdung des Arbeitnehmers durch die Arbeit lediglich möglich ist. Unzumutbarkeit liegt nur dann vor, wenn der Grund (für die Nichtannahme der Leistung) schwerer wiegt als der für die fristlose Kündigung (BAG v. 29.10.1987 in AP Nr. 42 zu § 615 BGB).

3. Ist tarifvertraglich geregelt, dass der Arbeitgeber den Nachweis der Arbeitsfähigkeit verlangen kann, sind aber keine Folgen für einen Verstoß gegen die Nachweispflicht vorgesehen, so geht die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei einem Verstoß gegen die Nachweispflicht nicht unter.

■ Arbeitsgericht Bonn

von 30. September 2004, 7 Ca 1921/04

eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann, Bonner Str. 158–160, 53757 St. Augustin, Tel.: 02241 / 210 12, Fax: 215 68, E-mail: heinemanncoll@aol.com

Anmerkung des Einreichers:

Das Arbeitsgericht hatte den nicht alltäglichen Fall zu beurteilen, dass ein Arbeitnehmer nach 2 epileptischen Anfällen und 15 anfallsfreien Monaten wieder arbeiten wollte. Der Arbeitgeber, ein Gießereibetrieb, verlangte wegen der nicht ungefährlichen Gießereiarbeit (Umgang mit flüssigem Metall) eine Arbeitsfähigkeitsbescheinigung, die die Ärzte erst nach langem Hin und Her klar ausstellten. Für die Zwischenzeit verlangte der Kläger Verzugslohn.

Das Spannungsfeld zwischen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, seinen berechtigten Interessen an einem unfallfreien Betriebsablauf und dem Interesse des Arbeitnehmers an Arbeit und Vergütung hat das Arbeitsgericht zugunsten des Arbeitnehmers und im Einklang mit der Rechtsprechung bewertet. Das Arbeitsgericht geht allerdings über die Argumentationslinie des BAG hinaus und prüft die Frage der Unzumutbarkeit der Beschäftigung nicht am Verhalten des Arbeitnehmers, nämlich der Nichtvorlage der „Arbeitsfähigkeitsbescheinigung“, sondern auch an der subjektiven Befindlichkeit des Arbeitgebers (Befürchtung von

Arbeitsunfällen und dem Grad der Wahrscheinlichkeit), was nach der arbeitgeberseitigen Argumentation nahe lag.

Der Arbeitgeber hielt die Weiterbeschäftigung aufgrund einer in der Person des Arbeitnehmers manifestierten Gefährdung der beiderseitigen Interessen für unzumutbar, nicht aufgrund von Verhaltensweisen des Arbeitnehmers (wie in den bisher entschiedenen Fällen). Er stellte also auf personenbedingte Gründe ab. Auch dabei wird aber eine Abwägung der beiderseitigen Interessen zu keinem anderen Ergebnis führen können: Nach fast einhelliger Ansicht trägt der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko (§ 615 So 3 BGB, dazu *Däubler*, NZA 2002, S. 1329, 1332). Ist die Arbeitsleistung unmöglich aufgrund äußerer Umstände, gerät grundsätzlich der Arbeitgeber im Annahmeverzug. Lediglich die Arbeitsunfähigkeit liegt in der Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers (trotz der Einschränkung durch die Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes). Wird diese aber arbeitgeberseits behauptet, reduziert sich die Problematik auf die Darlegungs- und Beweislastverteilung, die eindeutig zu Lasten des Arbeitgebers geht.

2. Arbeitnehmerstatus, Dienstverhältnis eines Vertretungsprofessors an einer nordrhein-westfälischen Hochschule

1. Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Abschlusses eines befristeten Arbeitsvertrags und darüber hinaus bis zum vereinbarten Befristungsende ist Voraussetzung für die Feststellung nach § 17 Satz 1 TzBfG, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die streitbefangene Befristungsabrede beendet worden ist (vgl. zu § 4 Satz 1 KSchG a.F. BAG 27.09.2001–2 AZR 389/00 – EzA § 322 ZPO Nr. 13).

2. Sieht das Hochschulrecht, wie hier § 49 Abs. 3 HG NRW, keine Bindung im Hinblick auf die dienstrechtliche Gestaltung für eine Vertretungsprofessur vor, ist sowohl der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages als auch die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zulässig (wie BAG 25.02.2004–5 AZR 62/03 – für das thüringische Hochschulrecht).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 8. Juli 2004, 11 Sa 544/04, Rev. zugel.

3. Arbeitnehmerstatus, freier Handelsvertreter, eingeschränkte Freiheiten und Abhängigkeiten während der Einarbeitung führen nicht zur Arbeitnehmereigenschaft, Vergütungsansprüche vor dem Hintergrund eines streitigen Arbeitsverhältnisses, Bruttolohnklage, Abweisung einer Bruttolohnklage eines Handelsvertreters nach Statusfeststellung trotz offener Honoraransprüche?

I. Auszug aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche vor dem Hintergrund eines streitigen Arbeitnehmerstatus. Der Kläger, ein bis dato mit dem Finanzberatungs- und Versicherungsvermittlungsgewerbe nicht vertrauter Student und

Allgemeines Vertragsrecht

die Beklagte, eine Gesellschaft für Wirtschaftsberatung- und Finanzierungsvermittlung kamen zu Beginn des Jahres 2002 miteinander in Kontakt. Nach einem Einstellungsgespräch am 25.02.2002 schlossen die Parteien einen sogenannten „Handelsvertreter-Vertrag“. Auf dieser Grundlage wurde der Kläger für die Beklagte tätig. Es gab feste Treffen mit dem Direktionsleiter, ihm musste Rechenschaft über die geleistete Tätigkeit abgelegt werden, etc. Zunächst sollte der Kläger in das Finanzberatungs- und Versicherungsvermittlungsgewerbe eingeführt werden und musste an entsprechenden Schulungen teilnehmen. Vereinbart war ferner eine „monatliche Linearisierung“ in Höhe von 2.000,00 €. Diese wurde von der Beklagten nur teilweise für einige Monate gezahlt, woraufhin der Kläger das Vertragsverhältnis kündigte und restliche Zahlungsansprüche in Höhe 2.000,00 € begehrte.

II. Auszug aus den Entscheidungsgründen:

1. Der Rechtsweg zum Arbeitsgericht ist zulässig. Hierfür reicht es aus, dass der Kläger mit seinem Begehren auf Zahlung einer Bruttovergütung nur dann durchdringen kann, wenn er Arbeitnehmer der Beklagten war.

2. Von entscheidender Bedeutung für die Bestimmung des Maßes an persönlicher Abhängigkeit sind die dem Dienstverpflichteten obliegenden Abgabe- und Berichtspflichten sowie die Vorgaben zur Akquise. Bei der Beklagten wurde ein „hartes Regime“ geführt und es ist davon auszugehen, dass der Kläger Wochenpläne und Kundenlisten abzugeben hatte, seine Terminswahrnehmungen belegen und für Terminsabsagen Erklärungen beizubringen hatte, seine Arbeitsergebnisse durch einen Vorgesetzten intensiv kontrolliert wurden und er für die Akquisemethoden Vorgaben bekam, wie sie den Vorgesetzten als geboten erschienen. Abweichende Akquise wurde untersagt. Bestimmt man die Kundengewinnung als den Kernbereich der Aufgaben eines Handelsvertreters, so wird offenbar, dass hier vom Typus des freien Handelsvertreters abgewichen wurde. Es kam nicht in erster Linie darauf an, Abschlüsse herbeizuführen, wobei die Methode dem Handelsvertreter überlassen war, sondern es kam auf Abschlussquote ebenso an wie auf die Quantität und Qualität der dazu an den Tag gelegten Bemühungen. Dies spricht für ein hohes Maß an persönlicher Abhängigkeit, welche die Weiche von der Handelsvertretereigenschaft hin zur Arbeitnehmereigenschaft stellen könnte. Dies ließe allerdings außer Acht, dass teilweise lediglich Konkretisierungen der dem Handelsvertreter aus § 86 Abs. 2 HGB obliegenden Nachrichtenpflichten vorliegen.... Hier schlägt jedoch zugunsten der Beklagten durch, dass es sich bei dem Kläger um eine Person handelte, die vor Begründung des hiesigen Vertragsverhältnisses keine Erfahrungen mit dem Versicherungs- oder Finanzberatungsgewerbe gesammelt hatte. Vielmehr musste dem Kläger erst alles nahe gebracht werden, was später Inhalt seiner Tätigkeit in vergrößerter Selbständigkeit sein sollte. Finden sich hier damit Elemente, die auf den ersten Blick mit der Tätigkeit eines freien Handelsvertreters nicht in Einklang gebracht wer-

den können, relativiert sich der Eindruck vor dem Hintergrund des Schulungsbedarfes des Klägers entscheidend. Auch einem Handelsvertreter, der sein Gewerbe noch nicht beherrscht und nicht beherrschen kann, darf der Unternehmer im hiesigen Sinn sagen, wie er seiner Tätigkeit nachzugehen hat und wie nicht. Hierzu gehört dann auch eine Kontrolle darüber, welche Bemühungen der Finanzberater in Ausbildung überhaupt entfaltet, um sich potenziellen Kundenkreisen zu nähern.

3. Ein fester wöchentlicher Termin für eine Stunde stellt keinen relevanten Eingriff in die Zeitsouveränität des Klägers dar. Muss ein Unternehmer einen neuen Vertragspartner erst befähigen, als freier Handelsvertreter tätig zu werden, so darf er auch in stärkerem Maße in dessen Arbeitszeitsouveränität eingreifen, um Schulungen sicherzustellen. Eine Statusveränderung bewirkt dies dann nicht.

4. Ein an den Arbeitnehmerstatus gekoppeltes Bruttoentgelt kann der Kläger nicht verlangen. Dahin stehen kann, ob die Beklagte ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger in seiner Eigenschaft als Handelsvertreter vollständig nachgekommen ist oder ob weitere Zahlungen zu leisten waren. Sollte die Beklagte aus dem Handelsvertretervertrag noch etwas schulden, wäre es allerdings ein Nettobetrag – ggf. zzgl. Umsatzsteuer. Solches kann der Kläger nicht mit einem auf einen Nettobetrag gestellten Klageantrag erreichen.

■ Arbeitsgericht Berlin

Vom 5. Februar 2003, 30 Ca 28802/02

Anmerkung des Einreichers:

Höchstrichterliche Entscheidungen zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerstatus und Tätigkeit als freier Mitarbeiter gibt es genug. Praktische Schwierigkeiten bereitet in der Regel die konkrete Darlegung von genügend Umständen, die die persönliche Abhängigkeit belegen und damit die Weiche in die richtige Stellung bringen. Das ArbG Berlin hat mit seiner Entscheidung besonders den Aspekt hervorgehoben, dass persönliche Abhängigkeit, die durch eine Einarbeitungsphase bedingt ist, hingenommen werden kann und nicht einen Arbeitnehmerstatus begründen muss. Wenn noch ein besonderer Schulungsbedarf anfangs besteht, soll der Vertragspartner auch mehr Anweisungen und Vorgaben geben dürfen. Dies ist insoweit nachvollziehbar, als die in Aussicht genommene freiere Gestaltung der Tätigkeit, die bei positiver und längerer Vertragsdurchführung den Schwerpunkt bilden wird, ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Aufgepasst werden muss aber bei der Geltendmachung von Zahlungsansprüchen. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts beinhaltet die Bruttolohnklage, die sich auf einen Arbeitnehmerstatus stützt nicht auch die Vergütung, die dem Dienstverpflichteten aufgrund des Handelsvertretervertrages zusteht. Dies ist nicht ohne weiteres überzeugend. Ebenso könnte die Handelsvertretervergütung auch ein Minus zu dem Arbeitnehmerbruttolohn darstellen. Der Vertrag, der eine bestimmte Zahlungspflicht enthält, wird als Anspruchsgrundlage in der Begründung herangezogen und beeinflusst damit

auch den Streitgegenstand (hier „monatliche Linearisierung“ in Höhe von 2.000,00 €). Wenn der Kläger nicht Arbeitnehmer ist, müsste es nichts desto trotz bei der vertraglichen (Netto-) Vergütung verbleiben. Hätte die mit der Zahlungsklage verbundene Statusfeststellung hingegen Erfolg, würde sich kraft Gesetzes eine Sozialversicherungspflicht auf diesen Betrag ergeben.

Eine Entscheidung des BAG hierzu liegt – soweit einheitlich – nicht vor. In anderem Zusammenhang wird formuliert (BAG GS vom 07.03.2001, NZA 2001, 1195): *„Ist Inhalt der Vergütungsvereinbarung eine Geldleistung, lautet die Verpflichtung des Arbeitgebers auf Zahlung einer bestimmten Summe Geldes, des sog. Bruttobetragtes. Die „vereinbarte Vergütung“ gemäß § 611 BGB ist mangels abweichender Regelung der Vertragsparteien ein Bruttoentgelt. Dieses unterliegt regelmäßig öffentlich-rechtlichen Abzügen. Die arbeitsrechtliche Vergütungspflicht beinhaltet nicht nur die Nettoauszahlung, sondern umfasst auch die Leistungen, die nicht in einer unmittelbaren Auszahlung an den Arbeitnehmer bestehen. Dementsprechend kann die Lohnzahlungsklage auf den Bruttobetrag gerichtet werden. Der Arbeitgeber nimmt insoweit eine Aufgabe der Finanzbehörden und der Sozialversicherungsträger wahr. Auf diesem Wege ist sichergestellt, dass der Arbeitnehmer Teile der Arbeitsvergütung in der steuer- und sozialversicherungsrechtlich vorgeschriebenen Weise verwendet.“*

Daraus könnte im Umkehrschluss gefolgert werden: Wenn in einem Statusverfahren festgestellt wird, dass der Kläger kein Arbeitnehmer ist, so schließen sich die gesetzlichen Folgen, die sich aus einem Arbeitslohn ergeben würden, eben nicht an, die Klage kann nicht auf den Bruttobetrag gerichtet werden, und es bleibt bei der vertraglich vereinbarten Vergütung (netto, ggf. zzgl. Umsatzsteuer). Damit kann auch die Bruttolohnklage als Minus auch das Honorar eines freien Mitarbeiters beinhalten. Um sich auf diese Streitfrage nicht einzulassen, sollte man vorsorglich zweigleisig vorgehen:

Wenn im Rahmen von Statusklagen gleichzeitig Vergütungen geltend gemacht werden, sollten diese hilfsweise – für den Fall dass der Arbeitnehmerstatus nicht bejaht wird – als (netto) Honorare/Handelsvertretervergütungen zuzüglich Umsatzsteuer geltend gemacht werden, was sowohl im (Hilfs-)Antrag als auch der Begründung zum Ausdruck kommen sollte.

■ eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47 Fax: 030 / 31 50 67 49; E-mail: lampe@lsrw.de

4. Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, Organisationskonzept des Arbeitgebers, keine Anerkennung der Kundenbindung bei Vertretungskräften

Es kann vorliegend zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass das durch den vorgelegten Vorstandsbeschluss angestrebte Organisationsmodell tatsächlich umgesetzt wird.

Die Kammer stimmt der Beklagten auch zu, dass die persön-

liche Kundenbindung an den kundenorientiert arbeitenden Arbeitsplätzen ein Organisationskonzept darstellt, dass den Einsatz von Vollzeitkräften bedingt. Die Klägerin wird auch in diesem Bereich eingesetzt. Jedoch trifft die dem Organisationskonzept zugrundeliegende Begründung nicht auf den Arbeitsplatz der Klägerin zu. Sie ist gerade nicht einer Filiale der Beklagten zugeordnet, sondern der Personalreserve, so dass sie im wesentlichen Urlaubs- und Krankheitsvertretungen macht. Es ist der Kammer nicht nachvollziehbar, inwieweit in Zeiten der Vertretung, in denen das Konzept der Kundenbindung notwendigerweise nicht gewahrt werden kann, da der „Mitarbeiter des Vertrauens“ nicht anwesend ist, der Einsatz von Vollzeitkräften erforderlich sein sollte und damit durch das Teilzeitverlangen der Klägerin die dem Organisationskonzept zugrunde liegenden unternehmerischen Aufgabenstellungen der Kundennähe beeinträchtigt werden. Die ganztätig tätige Bezugsperson, zu der Kunde ein Vertrauensverhältnis entwickelt hat, ist in diesen Zeiten gerade nicht anwesend. Die auf dem Vertrauensverhältnis beruhenden Transaktionen werden mit der Vertretungskraft ohnehin nicht abgewickelt. Insbesondere kann diese auch nicht die von dem Organisationskonzept geforderte kontinuierliche Betreuung und Beratung gewährleisten. Von Kontinuität kann sicher nicht bei einem Zeitraum von allenfalls wenigen Wochen gesprochen werden. Hierfür spricht nicht zuletzt auch, dass die Beklagte im Rahmen der mündlichen Verhandlung angab, die verbliebenen Teilzeitkräfte gerade auch in der Personalreserve einzusetzen.

■ Arbeitsgericht Aachen

vom 13. August 2004, 9 Ca 1368/04

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen, Tel: 0241 / 932 95 96, Fax: 932 95 97;

E-mail: Sparla-Rechtsanwaelte@t-online.de;

www.Sparla-Rechtsanwaelte.de;

5. Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, Verletzung der Ankündigungsfrist, kein Verstoß gegen Betriebsvereinbarung bei Berücksichtigung individueller Arbeitnehmerwünsche, Anforderungen an einen Rechtsmittelverzicht, verabredete Protokollierung bedeutet in der Regel Unwirksamkeit des Vergleichs bis dahin

1. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift die Auffassung der Klägerin nicht gänzlich ausschließt, so ist sie mit dem Zusammenspiel von Antrag/Ablehnung/Fiktion mit den gesetzlichen Fristen und dem hiermit verfolgten Zweck nicht zu vereinbaren. Die Ankündigungsfrist von drei Monaten dient dem Schutz des Arbeitgebers (BT-Drucks. 14/4374 S. 17). Er soll mindestens zwei Monate Zeit haben, um feststellen zu können, ob der Teilzeitwunsch aus betrieblichen Gründen abgelehnt werden muss oder ob und wie er erfüllt werden kann. Gibt es keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe, wird dem Arbeitgeber nach schriftlicher Ablehnung gesetzlich eine einmonatige Vorbereitungszeit eingeräumt, um die für

Allgemeines Vertragsrecht

die Umsetzung der Arbeitszeitänderung evtl. erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Zeiträume können durch einen nicht fristgerechten Antrag des Arbeitnehmers nicht verkürzt werden.

Dem erhobenen Anspruch steht die fehlende Einhaltung der Mindestfrist durch die Klägerin nicht entgegen. Die Beklagte hat sich vorbehaltlos auf das Arbeitszeitverlangen eingelassen, indem sie die Verringerung der Arbeitszeit und deren Verteilung geprüft und dem Antrag der Klägerin teilweise entsprochen hat (vgl. Senat 14. Oktober 2003–9 AZR 636/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 6).

2. Ob hinreichend gewichtige betriebliche Gründe bestehen, ist gerichtlich festzustellen. Dazu gilt folgende dreistufige Prüfungsfolge: In der ersten Stufe ist festzustellen, ob überhaupt und wenn ja welches betriebliche Organisationskonzept der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung zugrunde liegt.

In einer zweiten Stufe ist zu prüfen, inwieweit die Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht.

Ergibt sich, dass das Arbeitszeitverlangen des Arbeitnehmers nicht mit dem organisatorischen Konzept und der daraus folgenden Arbeitszeitregelung in Übereinstimmung gebracht werden kann, ist in einer dritten Stufe das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen.

Dieser Prüfmaßstab gilt auch für die Verteilung der Arbeitszeit (BAG 18. Februar 2003–9 AZR 164/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 2 = EzA TzBfG § 8 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 19. August 2003–9 AZR 542/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 4 = EzA TzBfG § 8 Nr. 4).

Bei einem Großhandelsbetrieb ist sicherzustellen, dass Kundenaufträge vertragsgerecht abgewickelt werden. Er muss stets lieferbereit und lieferfähig sein. Das setzt voraus, dass die vertriebenen Produkte nicht nur angeliefert sondern auch in die Versandlagerfächer nachgeräumt werden, damit die Kommissionierung die Ware zusammenstellen und versandfertig machen kann. Wareneingang und Warenausgang müssen „Hand in Hand“ arbeiten, um kostenträchtigen Leerlauf in der Kommissionierung zu vermeiden. Die Erwägungen, die die Beklagte dazu bestimmt haben, die Arbeitszeiten der im Lager tätigen Arbeitnehmer zu entkoppeln und für den Wareneingang eine Vorlaufzeit von zwei Stunden einzurichten, leuchten daher unmittelbar ein.

Dieses allgemeine Arbeitszeitmodell steht indessen dem Einzelfall des späteren Arbeitsbeginns der Klägerin „tatsächlich“ nicht entgegen.

Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung auf die im Wareneingang über den gesamten Arbeitstag hin anfallenden Arbeiten und die der Beklagten zur Verfügung stehende Arbeitszeitkapazität von mehr als 740 Stunden/Woche verwiesen. Im Wareneingang werde durchgehend von 6.00 Uhr bis 14.45 Uhr gearbeitet. Mit dem Nachräumen werde nicht stets um 6.00 Uhr begonnen, vielmehr sei oft als erstes die

auf Paletten angelieferte Ware zu entnehmen und die Ware erst anschließend auf die Versandlagerfächer zu verteilen. Das Nachräumen sei nicht um 8.00 Uhr beendet. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass sie ihr Ziel – Vermeidung von Leerlauf im Warenausgang – nicht erreichen könne, wenn die Klägerin im Wareneingang ihre Arbeit zeitversetzt aufnehme, zumal sie „Springer“ vorhalte, die sie bei einem Ausfall von Arbeitskräften heranziehe. Der „wahre Grund“ für die Ablehnung der gewünschten Arbeitszeit liege nicht in den befürchteten Betriebsablaufstörungen, sondern komme in dem Anhörungsschreiben der Beklagten an den Betriebsrat zur Anhörung der Kündigung zum Ausdruck. Dort vertrete die Beklagte den Standpunkt, es sei ihr wegen einer einzelnen Arbeitnehmerin nicht zumutbar, eine Ausnahme zuzulassen und ihre Arbeitszeitplanung zu ändern. Diesen Ausführungen stimmt das BAG zu.

3. § 8 TzBfG begründet keinen Gesetzesvorbehalt i.S.d. Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG, der zum Ausschluss des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats führt. Eine nach Maßgabe von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG geschlossene Betriebsvereinbarung kann daher den Arbeitgeber berechtigen, den Verteilungswunsch des Arbeitnehmers abzulehnen (BAG 18. Februar 2003–9 AZR 164/01 – AP TzBfG § 8 Nr. 2 = EzA TzBfG § 8 Nr. 3, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Erfasst werden Betriebsvereinbarungen, in denen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Pausen oder die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage geregelt ist. Vorausgesetzt ist, dass sich der persönliche Geltungsbereich der Arbeitszeitbestimmungen auf Teilzeitbeschäftigte erstreckt.

Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht, soweit es um die Gestaltung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses geht und nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände diese Maßnahme des Arbeitgebers veranlassen (BAG 27. November 1990–1 ABR 77/89 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 40; 11. November 1986–1 ABR 17/85 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 21 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 21). Der Arbeitgeber darf daher abweichend von einer Betriebsvereinbarung mit einem Arbeitnehmer einen späteren Arbeitsbeginn vereinbaren, wenn es – wie hier – um dessen besondere Bedürfnisse oder Wünsche geht und keine allgemeinen Interessen der Arbeitnehmer berührt werden (BAG 18. November 1980–1 ABR 87/78 – AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 3 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8; 21. Dezember 1982–1 ABR 14/81 – BAGE 41, 200; 18. April 1989–1 ABR 2/88 – BAGE 61, 305).

Das Landesarbeitsgericht hat einen kollektiven Bezug verneint, weil die Beklagte nicht dargelegt habe, dass sich die veränderte Arbeitszeit der Klägerin auf die Arbeitszeiten oder Arbeitsbedingungen der anderen im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auswirke. Hiergegen wendet sich die Beklagte ohne Erfolg. Sie wiederholt in der Revision lediglich ihr bis-

heriges Vorbringen. Danach sind kollektive Interessen der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer durch einen späteren Arbeitszeitbeginn der Klägerin nicht berührt: Die Arbeitnehmer im Wareneingang haben kein Mehr an Aufträgen zu bearbeiten. Eine Arbeitsverdichtung findet nicht statt. Für die Mitarbeiter im Versand ist ohne Bedeutung, wer die bereitzustellende Ware in die Versandlagerfächer einsortiert hat. Ein späterer Arbeitsbeginn der Klägerin führt auch nicht dazu, dass die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer geänderte Arbeitszeiten in Kauf zu nehmen hätten. Es verbleibt beim bisherigen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit.

Die Erwägung der Beklagten, andere Arbeitnehmer wollten dann ebenfalls ihre Arbeitszeit später beginnen oder früher beenden als betrieblich vereinbart, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Sie übersieht, dass es hier ausschließlich darum geht, ob sie als Arbeitgeberin gegen die (zu unterstellende) Betriebsvereinbarung über die Arbeitszeit verstößt, wenn sie dem von der betrieblichen Regelung abweichenden individuellen Verteilungswunsch der Klägerin zustimmt. Dass ihr damit angesonnen würde, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu verletzen, hat sie nicht dargetan.

4. Eine Partei kann wirksam auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichten. Der Verzicht kann sowohl vertraglich vereinbart als auch einseitig von der Partei selbst oder ihrem Rechtsanwalt erklärt werden. Er bedarf keiner besonderen Form, ist auf Einrede des Rechtsmittelgegners zu berücksichtigen und führt zur Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig. (BGH 12. März 2002 – VI ZR 379/01 – NJW 2002, 2108 m.w.N.; BAG 27. Juni 1980 – 7 AZR 508/78 –). Bei Streit über den Inhalt einer Erklärung, die einen Verzicht auf das Rechtsmittel der Revision enthalten soll, oder über das Zustandekommen eines Verzichtsvertrags, hat das Revisionsgericht die erforderliche Auslegung selbst vorzunehmen. Bei der Auslegung ist Zurückhaltung geboten. Wegen der Unwideruflichkeit und Unanfechtbarkeit einer solchen Erklärung gelten strenge Anforderungen (BGH 7. November 1989 – VI ZB 25/89 – VersR 1990, 172). Ein Rechtsmittelverzicht ist nur anzunehmen, wenn in der Erklärung klar und eindeutig der Wille zum Ausdruck gebracht wird, das Urteil endgültig hinzunehmen und es nicht anfechten zu wollen (BAG 27. Juni 1980 – 7 AZR 508/78 –; BGH 28. Oktober 1997 – X ZB 11/94 – BGHZ 137, 60). Nicht erforderlich ist, dass ausdrücklich von einem „Verzicht“ die Rede ist.

Danach liegt weder ein einseitiger Verzicht vor noch ein Verzichtsvertrag.

Das Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 24. Januar 2003 ist auslegungsbedürftig. Darin heißt es: „Hiermit bestätigen wir noch einmal, dass die Firma G die Rechtsstreitigkeiten nicht fortsetzen möchte; an den Kündigungen vom 02.09.2002 und 30.09.2002 soll nicht festgehalten werden. Auch das Urteil des LAG Hamm über die Kündigung vom 25.06.2002, das zur Revision zugelassen worden ist, wird die Beklagte rechtskräftig werden lassen. Wir hatten besprochen,

diese Einigkeit konkretisiert vor dem Arbeitsgericht protokollieren zu lassen. Über den genauen Wortlaut und Inhalt werden wir sicherlich eine Einigung finden.“

Damit enthält es Formulierungen, die als ein Rechtsmittelverzicht verstanden werden können.

Gleichwohl durfte die Klägerin das Schreiben auf Grund der weiteren Umstände nicht als einseitigen Rechtsmittelverzicht verstehen (§§ 133, 157 BGB). Die Rechtsanwältin der Beklagten wollte mit dem Schreiben das Ergebnis ihres zuletzt mit dem gegnerischen Anwalt geführten Telefongesprächs bestätigen. Ihr Ziel war keine einseitige Beendigung der gerichtlichen Auseinandersetzung, sondern eine vertragliche Lösung, die noch vor dem Arbeitsgericht „konkretisiert“ und sodann protokolliert werden sollte.

Ein Verzichtsvertrag liegt gleichfalls nicht vor. Die Anwältin der Beklagten erwartete zwar, dass man sich sicherlich über den „genauen Wortlaut und Inhalt“ einigen werde. Zu dieser abschließenden Festlegung ist es aber nicht gekommen. Soll ein außergerichtlich vereinbarter Vergleich noch gerichtlich protokolliert werden, ist in der Regel anzunehmen, dass der Vergleich erst mit der Protokollierung abgeschlossen ist (BAG 16. Januar 1997 – 2 AZR 35/96 – AP BGB § 779 Nr. 14 = EzA BGB § 154 Nr. 2). Für das Zustandekommen eines Vertrags über einen Rechtsmittelverzicht gilt nichts anderes.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 16. März 2004, 9 AZR 323/03

eingereicht von Rechtsanwalt Klemens Rütte, Marker Allee 48, 59063 Hamm, Tel.: 02381/134–34, Fax: 134–33;

E-mail: info@rae-stallmeister.de; www.rae-stallmeister.de

6. Arbeitszeitreduzierungsanspruch nach TzBfG, einstweilige Verfügung im Anschluss an erstinstanzlichem Obsiegen, Anforderungen an den Verfügungsgrund

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Reduzierung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG ist zulässig. Dies ergibt nach der überwiegenden Meinung, der auch die Kammer folgt, aus dem auch in Zivilsachen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG). Es kann dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden, die Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung abzuwarten.

Der Antrag ist jedoch unbegründet, da es der Klägerin an einem Verfügungsgrund fehlt. Der Verfügungsgrund für eine Regelungsverfügung im Sinne des § 940 ZPO setzt voraus, dass der Erlass der einstweiligen Verfügung zur Abwehr wesentlicher Nachteile erforderlich erscheint. Nötig i.S.v. § 940 ZPO ist die Regelung nur dann, wenn sie nicht ihrerseits gewichtigere Interessen des Schuldners verletzt (Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 940 Rz 4). An den für eine Leistungsverfügung in Betracht kommenden Verfügungsgrund, nämlich Abwendung wesentlicher Nachteile i.S. von § 940 ZPO, sind strenge Anforderungen zu stellen (OLG Düsseldorf 03.06.1995 – U/Kart 15/95 – NJW-RR 1996, 124, 125; LAG Schleswig-Holstein

Allgemeines Vertragsrecht

17.03.1976–4 Sa 483/95 – DB 1976, 826; *Germelmann/Matt-
hes/Prütting*, a.a.O., § 62 Rz 78, LAG Düsseldorf v. 04.12.2003
NZA-RR 2004, 181).

Die Zustimmung des Arbeitgebers zur Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TZBFG wird der Arbeitnehmer deshalb nur ausnahmsweise im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzen können.

Dies kann zwar der Fall sein, wenn eine Arbeitnehmerin nicht in der Lage ist, ohne die beantragte Arbeitszeitverkürzung die Betreuung ihres Kindes zuverlässig zu gewährleisten (LAG Düsseldorf v. 04.12.2003, NZA-RR 2004, 181). Dabei ist jedoch erforderlich, dass die Verringerung der Arbeitszeit aus familiären Gründen dringend und unumgänglich ist. Die Arbeitnehmerin hat insoweit darzulegen und glaubhaft zu machen, dass sie alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, die Betreuung des Kindes sicherzustellen (LAG Rheinland-Pfalz v. 12.02.2002, 3 Sa 161/02). Im vorliegenden Verfahren steht der Klägerin ein Verfügungsgrund nach dem anzulegenden strengen Maßstab nicht zur Seite.

Sie hat trotz des aktenkundigen gerichtlichen Hinweises vom 06.10.2004 weder hinreichend substantiiert vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass sie alle zumutbaren Möglichkeiten ausgeschöpft hat, die Betreuung zu gewährleisten. Insbesondere hat sie auch nicht glaubhaft gemacht; dass eine Betreuung durch die Großeltern als nächste Verwandte ausscheidet und eine Betreuung durch Dritte z.B. durch eine Tagesmutter nicht möglich ist. Sie trägt auch nicht vor, welche weiteren Bemühungen sie zur Betreuung ihrer Tochter während ihrer Abwesenheit unternommen hat. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die Klägerin eine Fremdbetreuung nicht grundsätzlich ausschließt, da sie das Kind den Vormittag in den Kindergarten bringt. Die Klägerin trägt nicht einmal vor, dass sie entsprechende Bemühungen angestellt hat, um andere Betreuungsmöglichkeiten wie eine Tagesmutter ausfindig zu machen. Sie hat damit nicht alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, die Betreuung ihres Kindes sicherzustellen.

Selbst wenn der Klägerin eine Fremdbetreuung ihres Kindes nicht zuzumuten wäre, hat sie den Verfügungsgrund auch nicht ausreichend glaubhaft gemacht. So hat sie sich auf die Abgabe einer eigenen eidesstattlichen Versicherung beschränkt, um glaubhaft zu machen, dass ihre Eltern nicht in der Lage sind, das Kind mehr als zwei Tage in der Woche zu betreuen. Da die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch die Partei eine „bessere“ Parteierklärung ist, kommt ihr nur eingeschränkter Wert bei der Glaubhaftmachung zu (vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 60. Aufl. 2002, § 294 Rz 8). Die Klägerin hätte sich deshalb zur Glaubhaftmachung unbedingt auf eine eidesstattliche Versicherung ihrer Eltern bzw. Nachweisen der behandelnden Ärzte bedienen müssen. Bezogen auf ihre Schwiegereltern hat sie erstmals in der mündlichen Verhandlung vorgetragen.

■ Arbeitsgericht Aachen

vom 8. Oktober 2004, 9 (6) Ga 71/04

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11,
52072 Aachen, Tel.: 0241/93295–96, Fax: 93295–97; E-mail:
sparla-rechtsanwaelte@t-online.de;

www.sparla-rechtsanwaelte.de

7. Aufwendungsersatz für erforderliche Arbeitsmittel, Bahnarzt

Stellt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entgegen einer vertraglichen Zusage die für die Ausübung der Tätigkeit erforderliche Einrichtung nicht zur Verfügung, dann kann der Arbeitnehmer diese – nach vergeblicher Aufforderung – selber beschaffen und vom Arbeitgeber Ersatz der entstandenen Aufwendungen verlangen.

Landesarbeitsgericht Köln vom 18. März 2004, 5 Sa 1334/03

8. Auflösende Bedingung, Wunsch des Arbeitnehmers, Abschluss des juristischen Studiums innerhalb von fünf Jahren

Die Parteien haben in einer nachträglichen Zusatzvereinbarung einvernehmlich geregelt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen „bei Nichterfüllung einer der vertraglich festgelegten Bedingungen“ mit Wirkung vom 01.10.1997 aufgelöst ist. Nach § 3 des Vertrages ist die Wiederaufnahme des Dienstes nach Ablauf der Beurlaubung nur möglich, wenn neben der körperlichen Eignung durch Vorlage eines amtsärztlichen Zeugnisses und eines eintragungsfreien neuen polizeilichen Führungszeugnisses „das Studium mit Bestehen des ersten Staatsexamens innerhalb des vereinbarten Zeitraums erfolgreich abgeschlossen ist“.

1. Die Vereinbarung einer das Arbeitsverhältnis auflösenden Bedingung bedarf zum einen, dass über die auflösende Bedingung eine ausdrückliche, unmissverständliche Vereinbarung getroffen wurde und zum anderen, dass der Inhalt der Bedingung ausreichend bestimmt geregelt ist (so: *Müller-Glöge*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 2. A., § 620 BGB, Rz 27 m.w.N.). Beiden Voraussetzungen genügt die Zusatzvereinbarung vom 10.09.1997.

Die Bedingungen, von deren Eintritt der Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht wird, sind klar und zweifelsfrei bestimmt worden. Das gilt insbesondere für die hier streitgegenständliche Bedingung, dass bis zum Ablauf des Beurlaubungszeitraumes das Studium durch Bestehen des ersten Staatsexamens erfolgreich abzuschließen ist. Es fehlt auch nicht an einer ausreichenden Bestimmtheit des Inhalts der vereinbarten Bedingung(en): Die in § 3 bezeichnete und hier maßgebliche Bedingung für den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses – erfolgreicher Abschluss des Studiums mit Bestehen des ersten Staatsexamens innerhalb des vereinbarten Zeitraums – ist unter Berücksichtigung der in § 1 der Zusatzvereinbarung getroffenen Abreden hinreichend bestimmt: Der Kläger wird im Zeitraum „vom 01.10.1997 bis 30.09.2002 unter Fortfall der Bezüge zum Zwecke der

Durchführung eines Studiums der Rechtswissenschaften beurlaubt“. Sowohl der Zweck der Beurlaubung als auch der Zeitraum, innerhalb dessen der Zweck erreicht werden soll, ist festgeschrieben. Die Konkretisierung des Zwecks, das Bestehen der ersten juristischen Staatsprüfung, ist § 3 zu entnehmen; eine Ausbildung des Klägers zum Volljuristen war danach weder als Zweck der vereinbarten Beurlaubung des Klägers gewollt noch angesichts der an § 50 Abs. 2 BAT-O ausgerichteten fünfjährigen Beurlaubungszeit bei einer zweistufigen Ausbildung zum Volljuristen möglich.

2. Mit der Rechtsprechung des BAG (seit BAG vom 04.12.191, NZA 1992,838) bedarf die Vereinbarung einer nunmehr grundsätzlich für zulässig erachteten auflösenden Bedingung zu ihrer Wirksamkeit eines sachlich rechtfertigenden Grundes, wenn und soweit dem Arbeitnehmer durch sie der Schutz zwingender Kündigungsschutzbestimmungen genommen wird. Die rechtlichen Maßstäbe für die Beurteilung, ob eine auflösende Bedingung wirksam vereinbart worden ist, sind die gleichen, die der Kontrolle von Befristungsvereinbarungen zu Grunde zu legen sind (so ausdrücklich: BAG vom 26.06.1996, DB 1996, S. 2289). So wie die Befristung eines schon unbefristeten Arbeitsverhältnisses eines sachlichen Grundes bedarf, müssen auflösend bedingte Arbeitsverträge die sachliche Rechtfertigung für die auflösende Bedingung in sich tragen, so dass die Kündigungsschutzvorschriften nicht beeinträchtigt werden (BAG 17.11.1998, AZ: 9 AZR 542/97). Bereits bei Abschluss des jeweiligen Vertrages muss ersichtlich sein, dass die Vereinbarung der auflösenden Bedingung nach den konkreten, sich auf den jeweiligen Einzelfall auswirkenden Umständen sachlich gerechtfertigt ist.

3. Ein solcher sachlicher Grund zur Rechtfertigung einer vereinbarten auflösenden Bedingung kann der Wunsch des Arbeitnehmers sein, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektive Anhaltspunkte vorliegen, aus denen geschlussfolgert werden kann, dass der Arbeitnehmer ein Interesse gerade an einer befristeten Beschäftigung hat (so: BAG vom 06.11.1996, NZA 1997, 1222). Dies muss wegen der Gleichheit der anzulegenden Maßstäbe auch für die Vereinbarung von auflösenden Bedingungen gelten. Ein solcher objektiver Anhaltspunkt wird für Befristungen insbesondere anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person – zum Beispiel zukünftige Aufnahme eines Studiums – nur für einen begrenzten Zeitraum arbeiten will oder kann; dabei muss der Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung zur Wahrung seiner Interessen über die reale Möglichkeit verfügt haben, die Vertragsbedingungen zu beeinflussen (so: *Müller-Glöge*, a.a.O., Rz 99 wiederum m.w.N.).

■ Arbeitsgericht Potsdam

vom 28. Januar 2003, 3 Ca 3322/02

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/315067–47 Fax: 030/315067–49; E-mail: lampe@lsrw.de

9. Ausbildungskosten; Rückzahlungsvereinbarung im Arbeitsvertrag

Die Parteien schlossen im Rahmen des Arbeitsvertrags unter Ziff. 10.4 folgende Rückzahlungsvereinbarung:

„Die voraussichtlichen Ausbildungskosten werden ca. 15.000,- DM betragen. Sie gelten für die Dauer von zwei Jahren ab dem Ausbildungsende als Vorschuss. Wird das Arbeitsverhältnis vor dieser Zeit beendet, verpflichtet sich der Mitarbeiter, den Betrag, der nach abgeschlossener Ausbildung genau ermittelt und dem Mitarbeiter gesondert mitgeteilt wird, anteilig zurückzuzahlen. Dabei wird für jeden Monat 1/24 verrechnet.“

1. Eine Rückzahlungsvereinbarung wie die unter Ziff. 10.4 ist grundsätzlich wirksam, wenn der Arbeitnehmer im Verhältnis zur Höhe der Rückzahlungsvereinbarung eine angemessene Gegenleistung erhält. Eine qualifizierte Ausbildung, die zu einer höherwertigen Verwertung der Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt führt und eine 16 %ige Gehaltserhöhung beim bisherigen Arbeitgeber stellen eine solche angemessene Gegenleistung dar.

2. Eine Bindungsdauer von zwei Jahren nach Ausbildungsende ist im Rahmen der Interessenabwägung als interessengerecht anzusehen.

3. Ein Rückzahlungsanspruch besteht nur dann nicht, wenn der Kündigungsgrund ausschließlich in der Sphäre des Arbeitgebers liegt oder wenn der Arbeitnehmer zu Recht wegen vom Arbeitgeber angesetzt Gründe fristlos kündigt (vgl. *Preis*, in Erf-Komm., 3. Aufl., § 611 BGB, Rn 563). Für diesen Ausnahmetatbestand ist zunächst der kündigende Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

4. Die Höhe der Rückzahlung ist auf den im Vertrag vereinbarten Betrag begrenzt. Hierauf kann der Arbeitnehmer vertrauen, auch wenn der Betrag nur „ca.“ angegeben ist. Das ist auch dann der Fall, wenn eine Wiederholungsprüfung zu absolvieren war, denn eine solche liegt immer im Rahmen des Möglichen.

■ Arbeitsgericht Freiburg

vom 26.05.2004, 9 Ca 680/03,

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711/224199–0, Fax: 0711/224199–79; E-mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de; www.shp-anwaltskanzlei.de;

10. Ausbildungskosten, Rückzahlung, Studienbeihilfe, Erstattung, Bindung, Wiedereinstellung

Verpflichtet sich der Empfänger einer Studienbeihilfe in der Förderungsvereinbarung nach erfolgreichem Studienabschluss zu einer mehrjährigen Tätigkeit in einem vom Beihilfe Gewährenden zu bestimmenden Werk und erteilt das Beihilfe gewährende Unternehmen gleichzeitig eine vertragliche Wiedereinstellungszusage, so muss es dem Empfänger der Studienbeihilfe einen bestimmten, seiner Ausbildung

Allgemeines Vertragsrecht

entsprechenden Arbeitsplatz anbieten. Anderenfalls ist der Förderungsempfänger je nach Lage des Einzelfalls nicht zur Rückzahlung erhaltener Leistungen verpflichtet, wenn er ein anderweitiges Arbeitsverhältnis mit einem dritten Unternehmen eingeht.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 26. Mai 2004, 3 Sa 1447/03

11. Arbeitnehmerhaftung, Ausschlussfrist nach § 63 BMT-G nicht durch Meinungsbildung gehemmt, Kausalität

I. Sachverhalt: Der Kläger, das Land Berlin, begehrt Schadensersatz für eine ca. 25 Jahre alte Pappel auf einem Friedhofsgrundstück, deren Baumkrone stark beschädigt wurde. Der Beklagte ist leitender Obergärtner und stellte den Nachbarn eine Leiter und ein Seil zur Verfügung, damit diese Äste an der Pappel entfernen konnten, die von dem Friedhofsgrundstück auf das Grundstück der Nachbarn überhingen. An einem späteren Termin wurde – ebenfalls ohne zutun des Klägers – der Baum derart unsachgemäß von nicht näher benannten Personen beschnitten, dass er nicht mehr lebensfähig war. Auch hierbei war der Kläger selbst nicht anwesend, gegenüber anderen Mitarbeitern hatte er aber erklärt, dass er „Bescheid wisse und es o. k. sei“. Die Pappel musste daraufhin insgesamt am 13.11.2001 gefällt werden. Der Kläger wurde am 14.12.2001 von seinem Vorgesetzten angehört und am 21.12.2001 wurden noch weitere Beschäftigte zum Vorfall „Fällen einer Pappel“ gehört. Dann erst mit Schreiben vom 04.07.2002 wurde die Schadensersatzforderung in Höhe von ca. 4.311,00 € gegenüber dem Beklagten geltend gemacht.

II. Auszüge aus den Entscheidungsgründen: Die Klage ist nicht begründet.

1. Die erstmalige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches am 04.07.2002 erfolgte außerhalb der tariflichen Ausschlussfrist des § 63 BMT-G. Am 21.12.2001 hatte das klagende Land Anhörungen durchgeführt und den Sachverhalt ermittelt. Zu diesem Zeitpunkt beginnt der Lauf der tariflichen Ausschlussfrist. Soweit der Kläger behauptet, ... dass bis zum 09.01.2002 der ermittelte Sachverhalt, der unklar gewesen sei, hätte bewertet werden müssen, hemmt dieses nicht den Beginn der tariflichen Ausschlussfrist.

2. Solange eine notwendige Sachverhaltsermittlung stattfindet, ist die tarifliche Ausschlussfrist gehemmt. Sobald aber die Meinungsbildung aufgrund eines ermittelten Sachverhalts stattfindet, läuft die tarifliche Ausschlussfrist. Denn Sinn der tariflichen Ausschlussfrist ist unter anderem, dass sich eine Partei innerhalb der Ausschlussfrist darüber klar werden soll, ob sie einen Anspruch verfolgen soll oder nicht. Meinungsbildung findet während des Laufs der Ausschlussfrist statt. Irgendwelche Sachverhaltsermittlungen zwischen dem 21.12.2001 und dem 09.01.2002 hat der Kläger nicht behauptet.

3. Auch unabhängig von der Nichteinhaltung der tariflichen Ausschlussfrist ist der Schadensersatzanspruch nicht gegeben,

da dieser nicht kausal auf das Verhalten des Beklagten zurückzuführen war.

Der Kläger wäre nur dann für die Schäden verantwortlich, wenn ihm der Schaden zuzurechnen wäre. Da der Baum unstreitig, wie der Kläger bereits in der Klageschrift ausgeführt hat, durch den Beschnitt im November 2001 derart geschädigt worden war, dass er nicht mehr lebensfähig war, können auch nur die Ereignisse, die zu diesem Beschnitt geführt haben, den Schadensersatzanspruch auslösen. Das einzige Ergebnis mit Beteiligung des Beklagten war in diesem Zusammenhang jedoch das zur Verfügung stellen von Leiter und Seil an die Nachbarn. Wenn jemand eine Leiter und ein Seil zum Beschnitt überhängender Äste eines Baumes zur Verfügung stellt, muss er aber nicht damit rechnen, dass dieser Baum durch Absetzen der Baumkrone derart beschädigt wird, dass er nicht mehr lebensfähig ist.

Ein zurechenbares Ereignis muss im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen. Dass es sich um einen solchen besonders eigenartigen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umstand gehandelt hat, da statt der überhängenden Äste die gesamte Baumkrone abgesetzt worden war, stand für die Kammer außer Zweifel. Deshalb muss der Beklagte für den entstandenen Schaden nicht einstehen.

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 11. September 2003, 96 Ca 9464/03,
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/315067-47 Fax: 030/315067-49; E-mail: lampe@lsrw.de

12. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Hochschulrahmengesetz, Anforderungen an die Promotionsbefristung

1. Aus der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 57 c Abs. 3 HRG folgt, dass an die Voraussetzungen einer wirksamen Promotionsbefristung nach § 57 b Abs. 2 Nr. 1 HRG nur geringe Anforderungen zu stellen sind.

2. Die Beschäftigung eines wirtschaftlichen Mitarbeiters dient auch dann im Sinne von § 57 Abs. 2 Nr. 1 HRG der Weiterbildung in Form der Promotionsvorbereitung, wenn er für ein Viertel der regulären Arbeitszeit zu Promotionszwecken von der Dienstleistung bezahlt freigestellt wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 9. Dezember 2003, 13 Sa 700/03

13. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Praktikant nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz, Scheinvertrag, Definition, Formalien der Verlängerung einer sachgrundlosen Befristung

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die unbefristete Weiterbeschäftigung als Masseur und medizinischer Bademeister.

Er hat bei der Beklagten eine Ausbildung zum Masseur und medizinischen Bademeister nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz (MPhG) absolviert. Im Anschluss an die Ausbildung schlossen die Parteien unter dem 12.02.2001 einen „befristeten Arbeitsvertrag für Praktikanten“. Unter dem 21.03.2002 schlossen die Parteien dann einen „befristeten Arbeitsvertrag gemäß Beschäftigungsförderungsgesetz (TzBfG)“. Danach wurde der Kläger „als Masseur und medizinischer Bademeister“ für die Zeit vom 01.04.2002 bis zum 30.09.2002 eingestellt. Unter dem 01.10.2002 schlossen die Parteien dann einen weiteren „befristeten Arbeitsvertrag gemäß Teilzeit- und Befristungsgesetz“. Danach wurde der Kläger als Masseur für die Zeit vom 01.10.2002 bis zum 31.03.2003 eingestellt. Schließlich schlossen die Parteien unter dem 14.03.2003 einen „befristeten Arbeitsvertrag gemäß Beschäftigungsförderungsgesetz (BfG)“. Danach wurde der Kläger als Masseur und medizinischer Bademeister „gemäß Beschäftigungsförderungsgesetz“ für die Zeit vom 01.04.2003 bis zum 31.10.2003 eingestellt.

Der Kläger wendet sich mit seiner Klage gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Er ist der Ansicht, dass die von der Beklagten gewählte letzte Befristung des Arbeitsverhältnisses rechtsunwirksam sei. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

1. Die Beklagte hat nach Abschluss der Ausbildung des Klägers die Möglichkeit der Befristung ohne Sachgrund nach § 14 Abs. 2 TzBfG gewählt. Dies war generell möglich, da die Ausbildungszeit des Klägers zum Masseur und medizinischen Bademeister nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz nicht als Vorarbeitsverhältnis im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG anzusehen ist.

2. Entgegen der Ansicht des Klägers handelte es sich bei dem „Arbeitsvertrag für Praktikanten vom 12.02.2001 nicht um ein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG. Es lag vielmehr ein Praktikantenvertrag vor, der jedenfalls nicht als reines Arbeitsverhältnis anzusehen war.

Die Beklagte verweist zu Recht darauf, dass es sich bei dem ersten befristeten Vertrag um ein gesetzlich geregeltes Praktikantenverhältnis im Sinne der §§ 19, 97 BBiG handelte. Der Gesetzgeber hat in diesen Vorschriften die zuständigen Fachministerien ermächtigt, durch Rechtsverordnung oder durch gesetzliche Regelung weitere Vorschriften über die Ausbildung von Fachkräften zu erlassen. Dies gilt auch für den medizinischen Sektor.

Demgemäß hat der Gesetzgeber zur Ausbildung von Masseuren, medizinischen Bademeistern und Physiotherapeuten ein entsprechendes Gesetz mit einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Masseure und medizinische Bademeister sowie für Physiotherapeuten erlassen. In § 4 Abs. 1 des Masseur- und Physiotherapeutengesetz (MPhG) hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Ausbildung zum Masseur und medizinischen Bademeister aus einem Lehrgang besteht, der theoretischen und praktischen Unterricht sowie eine prakti-

sche Ausbildung umfasst. Nach dieser Vorschrift besteht die Ausbildung weiter aus einer praktischen Tätigkeit. Diese praktische Tätigkeit dauert gemäß § 4 Abs. 3 MPhG 6 Monate und richtet sich nach § 7 MPhG. Danach muss die praktische Tätigkeit nach bestandener staatlicher Prüfung in zur Annahme von Praktikanten ermächtigten Krankenhäusern oder anderen geeigneten medizinischen Einrichtungen und entsprechender Fachaufsicht abgeleistet werden. Wird die praktische Tätigkeit länger als 4 Wochen unterbrochen, muss die darüber hinaus gehende Zeit nachgeholt werden.

Der Gesetzgeber hat somit als zwingende Voraussetzung für die Ausbildung des Masseurs und medizinischen Bademeisters diese gesetzlich geregelte Praktikumszeit verlangt. In dieser Praktikumszeit arbeitet der Praktikant nach § 7 Abs. 1 MPhG zwar weitgehend selbständig, aber unter Aufsicht einer entsprechenden Fachkraft in einer speziellen Einrichtung, die zur Annahme von Praktikanten behördlich ermächtigt ist.

Bei diesem Rechtsverhältnis handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht um ein vollwertiges Arbeitsverhältnis, da der Praktikant nach § 7 Abs. 1 MPhG nur in einer speziellen, dafür geeigneten Einrichtung und nur unter entsprechender Aufsicht tätig werden darf. Er hat bei der Behandlung von Patienten somit noch nicht die volle Verantwortung eines Masseurs und medizinischen Bademeisters zu tragen.

Damit war durch den Praktikantenvertrag vom 12.02.2001 kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 14 Abs. 2 TzBfG begründet worden. Der Gesetzgeber hat sowohl die Begrenzung der befristeten Arbeitsverhältnisse ohne Sachgrund auf 24 Monate, wie auch das Verbot eines Vorarbeitsverhältnisses nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nur auf Arbeitsverhältnisse im eigentlichen Sinne bezogen, nicht aber auf Ausbildungsverhältnisse, echte Praktikantenverhältnisse oder gesetzlich geregelte Praktika. Sowohl Berufsausbildungsverhältnisse, wie berufsvorbereitende Vertragsverhältnisse im Sinne des § 19 BBiG, jedenfalls soweit es sich bei ihnen nicht um reine Arbeitsverhältnisse handelt, stehen der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht im Wege (vgl. auch *Annuß/Thüsing*, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 14 Rz 73, 74 (*Maschmann*); so auch *KR-Lipke*, 7. Auflage, § 14 TzBfG, Rz 299, 300).

3. Entgegen der Ansicht des Klägers handelte es sich bei dem Praktikantenvortrag vom 12.02.2001 auch nicht um einen nichtigen Scheinvertrag im Sinne der §§ 117, 118 BGB. Wäre ein Scheinvertrag zwischen den Parteien gewollt gewesen, so hätte der Kläger seine Ausbildung nicht erfolgreich beendet. Die Erteilung einer entsprechenden Praktikumsbescheinigung wäre nicht möglich gewesen. Dies wollten die Parteien jedoch erkennbar nicht.

Der Kläger stützt seine rechtliche Bewertung insoweit auf die Behauptung, dass er im Praktikum nicht ordnungsgemäß betreut bzw. überwacht worden sei. Die Wirksamkeit eines Ausbildungsvertrages hängt jedoch nicht davon ab, ob die entsprechenden Ausbildungspflichten von den Vertragsparteien ordnungsgemäß erfüllt wurden.

Allgemeines Vertragsrecht

4. Nur der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass der zweite befristete Arbeitsvertrag vom 01.10.2002 nicht der gesetzlichen Vorgabe des § 14 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz TzBfG entsprach. Da die vorangegangene Befristung am 30.09.2002 endete, hätte die von den Parteien gewünschte Verlängerung spätestens bis zum 30.09.2002 erfolgen müssen. Dieser Fehler beim Abschluss des befristeten Vertrages vom 01.10.2002 hätte der Kläger spätestens innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der Befristung dieses Vertrages am 31.03.2003 gemäß § 17 TzBfG geltend machen müssen. Mangels Einhaltung dieser Klagefrist ist dieser Fehler zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreit jedoch nicht mehr von Bedeutung, da die letzte, vom Kläger auch angegriffene Befristung mit Vertrag vom 14.03.2002 rechtzeitig vor Ablauf des vorangegangenen befristeten Vertrages vereinbart wurde.

■ Arbeitsgericht Marburg

vom 27. August 2004, 2 Ca 572/03

eingereicht von Rechtsanwalt Fridhelm Faecks, Wilhelmstraße 27, 35037 Marburg, Tel.: 06421/1711-0, Fax: 21985;

E-mail: anwalt@kanzlei-geilhof.de; www.kanzlei-geilhof.de

14. Beschäftigungsanspruch im ungekündigten Arbeitsverhältnis, Vorwurf gegen Betriebsratsmitglied aus dieser Tätigkeit, einstweilige Verfügung und Gebot schneller Antragstellung

Ein Betriebsratsmitglied, zugleich Mitglied des Aufsichtsrats einer Gesellschaft, wandte sich an den Vorstandsvorsitzenden unter Vorlage eines Beleges, wonach der Vorstand einer Gesellschaft, an der der Sohn des Vorstandsvorsitzenden maßgeblich beteiligt war, erhebliche Schulden erlassen hatte. Das Betriebsratsmitglied machte weiter geltend, um mit dieser Maßnahme am Aufsichtsrat vorbei agieren zu können, sei der Erlass willkürlich in zwei Teilen erfolgt.

Daraufhin wurde das Betriebsratsmitglied suspendiert. Er wehrte sich mit einer einstweiligen Verfügung. Im Verfahren wandte der Vorstand ein, der Verfügungskläger habe sich den Beleg durch eine Straftat beschafft, der Vorwurf sei eine Beleidigung und Verleumdung; der Verfügungskläger habe schon einmal den Systemadministrator angezeigt, weil dieser eine zufällig an ihn gelangte private e-mail an die Geschäftsführung weitergeleitet habe; außerdem habe sich der Verfügungskläger früher eines – abgemahnten – Gleitzeitbetruges schuldig gemacht. Mit dieser „Haltet-den-Dieb-Politik“ war die Geschäftsführung nicht erfolgreich.

1. Eine Freistellung gegen den Willen des Arbeitnehmers im ungekündigten Arbeitsverhältnis ist nur dann zulässig, wenn ganz überwiegende und schutzwürdige Interessen dies gebieten. Auch ein Betriebsratsmitglied kann der Arbeitgeber während des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 BetrVG nur dann einseitig von der Arbeitspflicht befreien, wenn der Weiterbeschäftigung überwiegende und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen,

die eine Verhinderung der Beschäftigung geradezu gebieten (vgl. LAG Hamm, Urteil vom 12. Dezember 2001 – 10 Sa 1741/01 – m.w.N. über die Rechtsprechung). Auch dann, wenn der Arbeitgeber mit der Einleitung eines Zustimmungsverfahrens beim Betriebsrat ein Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds geltend macht, ist er nur dann berechtigt diesen Arbeitnehmer einseitig von der Arbeitspflicht zu suspendieren, wenn bei Weiterbeschäftigung erhebliche Gefahren für den Betrieb oder die dort tätigen Personen objektiv bestehen. Das Recht zur Suspendierung kann auch dann gegeben sein, wenn bei einer weiteren Tätigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb die durch konkrete Tatsachen begründete Besorgnis besteht; dass es zu Störungen des Betriebsfriedens oder des betrieblichen Ablaufs kommt und andere Arbeitnehmer gefährdet werden. Überwiegende und schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers können eine sofortige Freistellung auch dann gebieten, wenn der Arbeitnehmer in den dringenden Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen schweren Arbeitsvertragsverletzung geraten ist (vgl. LAG Hamm, a.a.O.).

2. Die Verfügungsbeklagte hat den Verdacht, dass der Verfügungskläger eine strafbare Handlung bei der Beschaffung der Buchungsbelege begangen hat, insbesondere vor dem Hintergrund des Vortrags des Verfügungsklägers, er bekomme des Öfteren Mitteilungen von Mitarbeitern mit der Aufforderung, der Sache nachzugehen, nicht belegt.

Die erkennende Kammer konnte auch – entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten – einen berechtigten Vertrauensverlust auf Seiten der Verfügungsbeklagten nicht erkennen. Die Verfügungsbeklagte beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis mit dem Verfügungskläger fristlos zu kündigen und durch die ausgesprochene Suspendierung die Arbeitsleistung des Klägers und damit seine Anwesenheit im Betrieb als Arbeitnehmer zu verhindern. Der Verfügungskläger hat nun mit seinem Schreiben vom 27.02.2004 nicht das Vertrauen seines Arbeitgebers in die Redlichkeit, Ordnungsmäßigkeit oder Störungsfreiheit seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit enttäuscht. Der Verfügungskläger hat das von der Verfügungsbeklagten beanstandete Schreiben ausdrücklich als stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrats und stellvertretender Vorsitzender des Prüfungsausschusses der Verfügungsbeklagten verfasst. Ein Bezug zu seinem Arbeitsverhältnis und seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit besteht daher nicht.

Die Strafanzeige des Verfügungsklägers gegen den Systemadministrator der Verfügungsbeklagten wegen der Weitergabe einer persönlichen E-Mail an die Verfügungsbeklagte berührt ebenfalls Pflichten des Verfügungsklägers aus dem Arbeitsverhältnis gegenüber der Verfügungsbeklagten nicht.

Soweit die Verfügungsbeklagte auf die Abmahnung des Verfügungsklägers wegen eines eventuellen Gleitzeitbetrugs verweist, hat die Verfügungsbeklagte einen eventuellen Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Pflichten des Klägers

durch Abmahnung gerügt. Da sich ein solches Verhalten nicht wiederholt hat, kann es der Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegenstehen.

3. Die Verfügungsbeklagte kann nicht einwenden, der Verfügungskläger habe mit der Einleitung des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu lange gewartet, so dass die Eilbedürftigkeit, der Verfügungsgrund, nicht bestehe. Es ist anerkannt, dass ein Verfügungsgrund zu verneinen ist, wenn der Antragsteller durch sein eigenes Verhalten zeigt, dass es ihm mit der Durchsetzung seines Anspruchs selbst nicht dringlich ist. Dies wird angenommen, wenn der Antragsteller untätig bleibt oder selbst das einstweilige Verfügungsverfahren in die Länge zieht (vgl. Hess. LAG, Urteil vom 10. Juli 2002 – 8 SaGa 781/02). Ein solches Verhalten hat der Verfügungskläger nicht an den Tag gelegt. Die Kammer tritt den Ausführungen des Arbeitsgerichts in vollem Umfang bei. Wegen der Arbeitsunfähigkeit des Verfügungsklägers bis 30.04.2004 hatte er keinen Anlass, seine tatsächliche Weiterbeschäftigung durch einstweilige Verfügung zu erzwingen. Sein Zuwarten bis zum anwaltlichen Schreiben vom 12.05.2004 kann nicht als Untätigkeit im Sinne der dargestellten Rechtsprechung angesehen werden, zumal in dieser Zeit ein Anwaltswechsel stattgefunden hat.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 21. September 2004, 11 SaGa 1212/04
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt,
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/262-64,
Fax: 254-61

15. Betriebliche Altersversorgung, Betriebsübergang, Versorgungszusage des Betriebserwerbers, Wartezeit, Versicherungsmissbrauch, Eintrittspflicht des PSV

1. Der Arbeitgeber, bei dem eine Versorgungsordnung mit Wartezeitregelung besteht, ist im Falle eines Betriebsübergangs als Betriebserwerber in der Gestaltung frei, ob er für die Berechnung der Wartezeit Zeiten vor dem Betriebsübergang ausschließt oder nicht, wenn bei dem Betriebsveräußerer, also dem Vorarbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer, eine Versorgungszusage nicht bestand.

2. Auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit der Stammbelgschaft besteht kein Anspruch der gemäß § 613 a BGB übernommenen Arbeitnehmer, in das Versorgungswerk des Betriebserwerbers aufgenommen zu werden.

3. Schließen Arbeitnehmer und Arbeitgeber innerhalb der in § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG angesprochenen Zwei-Jahres-Frist vor Eintritt der Insolvenz des Arbeitgebers einen Vergleich, in dem der Arbeitgeber trotz nicht erfüllter Wartezeit das Bestehen einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft anerkennt, so kann dadurch eine Einstandspflicht des PSV nicht mehr begründet werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 5. Mai 2004, 7 Sa 54/04

16. Betriebliche Altersversorgung, Witwenrente, Späteheklausel, Missbrauch, Auslegung

Auslegung einer Altersversorgungsordnung der Horten AG. Der Ausschluss von Hinterbliebenen durch eine sog. Späteheklausel ist nicht gleichheitswidrig.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14. Juni 2004, 2 Sa 259/04,
Revision eingelegt zum AZ 3 AZR 457/04

17. Betriebliche Altersversorgung, Versorgungszusage, vertragliche Einheitsregelung, ablösende Betriebsvereinbarung, Konzernbetriebsvereinbarung, Betriebsvereinbarungsoffenheit, Einkommensdynamik, kollektiver Günstigkeitsvergleich, Drei-Stufen-Theorie

1. Eine in Form einer vertraglichen Einheitsregelung erteilte Versorgungszusage kann durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung nach Maßgabe der vom BAG hierzu entwickelten Drei-Stufen-Theorie verschlechtert werden, wenn sie unter dem Vorbehalt einer späteren Abänderung durch Betriebsvereinbarungen erteilt wurde (sog Betriebsvereinbarungsoffenheit).

2. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit kann sich auch konkludent „aus entsprechenden Begleitumständen“ ergeben.

a) Die konkludente Vorbehaltserklärung muss jedoch so unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass der verständige Erklärungsempfänger an ihrem Inhalt keinen vernünftigen Zweifel haben kann.

b) Dafür genügt es nicht, dass ein bestehender Betriebsrat im Laufe der Zeit lediglich vereinzelt zu speziellen Fragen der betrieblichen Altersversorgung im Interesse der Arbeitnehmer von seinen Einflussmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat.

c) Insbesondere kann eine konkludente Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht aus Umständen hergeleitet werden, die erst Jahre nach Erteilung der Versorgungszusage auftreten.

3. Kann eine Betriebsvereinbarungsoffenheit nicht festgestellt werden und liegen die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht vor, kommt es auf den sog. kollektiven Günstigkeitsvergleich an, also auf den Vergleich der Vor- und Nachteile, die die Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung für die versorgungsberechtigte Belegschaft insgesamt zu Folge hat.

a) Der kollektive Günstigkeitsvergleich ist auch dann unternehmensbezogen vorzunehmen, wenn die bestehende Versorgungsregelung durch eine Konzernbetriebsvereinbarung abgelöst werden soll.

b) Hat sich der Arbeitgeber in der bestehenden vertraglichen Einheitsregelung „vorbehalten“ die Messgröße des „pensionsfähigen Einkommens“ zu erhöhen und in der Folgezeit alljährlich eine solche Erhöhung nach Maßgabe der jeweiligen individuellen Gehaltsentwicklung auch tatsächlich vorgenommen, so ist im Rahmen des kollektiven Günstigkeitsvergleichs

Allgemeines Vertragsrecht

bei der Bewertung der bestehenden Zusage ein einkommensdynamischer Faktor zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18. Februar 2004, 7 Sa 252/99,
Revision eingelegt zum AZ 3 AZR 187/04

18. Betriebliche Altersversorgung, Direktversicherung, Versicherungsvertrag, abweichende individualrechtliche Regelung, Schadensersatz nach § 280 BGB

Die Klage wurde abgewiesen. Der Kläger hatte keinen Anspruch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat nicht gegen den zugunsten des Klägers mit der Versicherung abgeschlossenen Versicherungsvertrag, der ein unwiderrufliches Bezugsrecht für den Kläger bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen vorsieht, verstoßen.

Die Voraussetzungen für die gesetzliche Unverfallbarkeit lagen noch nicht vor und in dem den Kläger begünstigenden Versicherungsvertrag war nicht geregelt, dass es sich um eine Gehaltsumwandlung handeln würde.

Der Kläger konnte sich auch nicht mit Erfolg auf eine von diesem Versicherungsvertrag abweichende individualrechtliche Regelung mit der Beklagten berufen.

Dabei ist mit der Rechtsprechung des BAG (Urteil vom 08.06.1993–3 AZR 670/92 – AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit) davon auszugehen, dass zwischen dem Versicherungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Versicherung (Deckungsverhältnis) und dem sich aus dem Versicherungsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter ergebenden Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Versicherer und dem Versicherungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Unterscheidungen ergeben können. Denn es kann sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, dass der Arbeitgeber von dem ihm versicherungsrechtlich eingeräumten Widerrufsrecht keinen Gebrauch machen darf. Widerruft der Arbeitgeber dennoch, so sei der Widerruf versicherungsrechtlich wirksam, verpflichtet den Arbeitgeber jedoch zum Schadensersatz.

Dass aber eine solche individualrechtliche Regelung hier vorlag, konnte auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung der Kammer festgestellt werden. Das Gespräch fand zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und dem Kläger allein statt. Aufgrund der gegensätzlichen Aussagen blieb der Kläger beweisfällig.

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 30. April 2003, 2 Ca 33645/02
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47 Fax: 030 / 31 50 67 49; E-mail: lampe@lsrw.de

19. Betriebsübergang, Rückwirkung, Widerspruch, Vergütung, Annahmeverzug

1. Auch nach Einfügung der Absätze 5 und 6 in § 613 a BGB ab 01.04.2002 hat der Widerspruch Rückwirkung.

2. Nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer für die Zeit zwischen Betriebsübergang und Erklärung des Widerspruchs Anspruch auf Vergütung gegen den Betriebserwerber.

3. Ein Anspruch gegen den Veräußerer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges ist nicht gegeben.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 11. Juni 2004, 12 Sa 374/04, Rev. zugel.
eingereicht von Rechtsanwalt Christoph-K. Machens, Kaiserstraße 76, 53721 Siegburg, Tel.: 02241 / 95 80 3–3, Fax: 95 80 3–55; E-mail: mail@hiller-machens.de; www.hiller-machens.de

20. Betriebsübergang, Betriebsstilllegung, Warenlager, Baustoffhandel, Abverkauf, Abwicklung

Der Erwerb des Warenlagers eines Baustoffhandels mit anschließendem Abverkauf stellt keinen Betriebs- bzw. Betriebsteilübergang i.S.v. § 613 a BGB dar. Die Abwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils bewirkt regelmäßig dessen Stilllegung. Das Vorliegen eines Betriebs- oder Betriebsteilübergangs scheidet insoweit an der fehlenden dauerhaften Fortführung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18. Juni 2003, 3 (7) Sa 1318/02

21. Betriebsübergang in Form eines Teilbetriebsübergangs, Begriffsbestimmung, Darlegungs- und Beweislast, Substantiierung, Ausforschungsbeweis, Streitwert der Feststellung des Betriebsübergangs

1. Soweit der Kläger vorträgt, im gewerblichen Bereich sei jeder Mitarbeiter entsprechend seinen Fähigkeiten eingesetzt worden, und dies nicht nur in einem Bereich, sondern, wenn Personalbedarf vorhanden war; auch in allen anderen Geschäftsbereichen, ist dieser von der Beklagten bestrittene und unter Zeugenbeweis gestellte Vortrag des Klägers nicht ausreichend substantiiert. Durch den in diesem Zusammenhang angebotenen Zeugenbeweis kann die erforderliche Substantiierung des Einsatzes der Mitarbeiter in allen anderen Geschäftsbereichen nicht ersetzt werden, weil dies ein unzulässiger Beweisermittlungsantrag oder Ausforschungsbeweis wäre. Eine Beweisaufnahme über unsubstantiiertes Tatsachenvorbringen ist unzulässig, weil die Substantiierung Sache der Partei, nicht des Zeugen ist. Der Kläger hätte hier konkret anhand von einzelnen Vorfällen darlegen müssen, welche Mitarbeiter wann in welchem Zusammenhang über ihren eigentlichen Aufgabenbereich hinweg auch für die anderen Bereiche der Beklagten tätig waren. Insbesondere wäre erforderlich gewesen, Beispiele dafür zu benennen, die die Beklagte dann hätte konkret bestreiten können, dass entweder die im Anlagenbau beschäftigten Mitarbeiter, also der Kläger und der Zeuge P., in den anderen Bereichen regelmäßig tätig waren oder dafür, dass die in den anderen Bereichen Mess- und Regeltechnik bzw. technisches Gebäu-

demanagement tätigen gewerblichen Mitarbeiter Arbeiten im Anlagenbau ausgeübt haben. Dies ist nicht geschehen.

2. Ein identitätswahrender Betriebsübergang auf die Beklagte hätte zunächst vorausgesetzt, dass die Beklagte überhaupt die Tätigkeit des Anlagenbaus der Firma O. GmbH fortsetzt. Dies ist vom Kläger nicht behauptet worden. Der Kläger hat selbst zunächst im Rahmen seiner Klage ausgeführt, die Firma O. GmbH habe nur noch den Anlagenbau ausgeübt, während alle anderen Tätigkeiten auf die Beklagte übertragen worden seien. Später hat der Kläger lediglich die Behauptung der Beklagten, sie würde keinen Anlagenbau mehr ausüben, bestritten. Ein Bestreiten genügt insoweit nicht. Hier wäre erforderlich gewesen, dass der Kläger substantiiert vorträgt, dass die Beklagte die Tätigkeit des Anlagenbaus der Firma O. GmbH fortführt. Denn er ist für das Vorliegen eines Betriebsüberganges grundsätzlich darlegungs- und beweispflichtig.

Zwar hat die Beklagte unstreitig das Werkzeugmaterial der Firma O. GmbH übernommen. Allein der Übergang von sächlichen Betriebsmitteln in diesem Zusammenhang kann nicht, gerade dann, wenn die Tätigkeit selbst nicht fortgeführt wird, zu einer identitätswahrenden Aufrechterhaltung dieses Bereiches führen.

Dass der Arbeitsvertrag insoweit einen weitergehenden Einsatz des Klägers ermöglichte, spielte keine Rolle. Entscheidend ist auf die tatsächliche Zuordnung zu einem Teilbereich, bei der Firma O. GmbH abzustellen.

3. Schließlich kann auch auf Grund der Tätigkeiten des Klägers noch nach Erwerb der Werkzeuge von der angeblichen Betriebsübernehmerin der Beklagten nicht von einer Fortsetzung des Anlagenbaus bei der Beklagten ausgegangen werden. Die Beklagte hat insoweit unwidersprochen dargelegt, dass die vom Kläger ausgeführten Arbeiten Garantie- bzw. Restarbeiten waren und von der Beklagten im Auftrag und für Rechnung des Insolvenzverwalters verfolgt worden sind. Da die Beklagte gerade die Sparte Anlagenbau nicht mehr durch eigene Mitarbeiter fortführte, musste sie sich hierfür der noch bei der Insolvenzschriftnerin beschäftigten Arbeitnehmer bedienen. Die Tätigkeit des Klägers, der bei der Insolvenzschriftnerin beschäftigt war, bestätigt also eher den Vortrag der Beklagten, wonach die Beklagte den Anlagenbau gerade nicht selbst fortführt.

4. Der gemäß § 61 Arbeitsgerichtsgesetz festzusetzende Streitwert entspricht dem Vierteljahresbezug des Klägers bei der Firma O. GmbH entsprechend § 12 Abs. 7 Arbeitsgerichtsgesetz. Die Berufung ist nach § 64 Abs. 2 c) Arbeitsgerichtsgesetz statthaft und war daher nicht gesondert zuzulassen.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 8. April 2004, 4 Ca 583/03, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Kurt-Jörg Hilligus,

Linaustraße 1, 23730 Neustadt i.H., Tel.: 04561/5127-0,

Fax: 04561/5127-20

Anmerkung:

Ein rechtlich gleiches Urteil ist im Parallelverfahren ArbG Hamburg vom 10. September 2004, 3 Ca 383/03, ergangen. (me)

22. Betriebsübergang im Kfz-Handel, betriebliche Identität

1. Der Antrag auf Freistellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien ist zulässig. Es ist eine allgemeine Feststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO vom Kläger erhoben worden. Das erforderliche Rechtsschutzinteresse besteht, weil die Beklagte bestreitet, durch einen Arbeitsvertrag mit dem Kläger verbunden zu sein.

2. Der Antrag ist begründet.

Unter einem Betrieb im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit zu verstehen (Erf.Komm-Preis, § 613 a BGB, Rn 6, m.w.N.). Ob diese übergeht richtet sich danach, ob bei einem potentiellen Erwerber die Identität dieser wirtschaftlichen Einheit bewahrt worden ist (Preis, a.a.O.).

Im Einzelhandel ist abzustellen auf die Erhaltung des Kundenkreises regelmäßig durch Übernahme des Ladenlokals mit Beibehaltung der Verkaufsorganisation und der Fortführung des annähernd gleichen Warenangebots. Bei wesentlicher Änderung der Betriebsform oder des Sortiments reichen allein die Nutzungsrechte für die Betriebsräume nicht aus (Preis, a.a.O., Rn 13).

Die Firma P. hat einen Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen nebst Werkstatt betrieben, ebenso wie die Beklagte. Insofern ist also von besonderer Bedeutung, dass die Beklagte am selben Ort einen Kfz-Handel und Reparatur fortführt und darüber hinaus ebenso wie die Firma P. in der Vergangenheit SEAT Fahrzeuge repariert und – neben anderen – mit ihnen handelt.

Es sind auch materielle Aktiva von der Firma P. auf die Beklagte übergegangen. Sie hat einen erheblichen Teil des Inventars gekauft. Das wird aus der zur Gerichtsakte gereichten Anlage zum Kaufvertrag deutlich. Soweit für die Kammer ersichtlich, sind nahezu sämtliche für den Betrieb einer Autowerkstatt und eines -handels erforderlichen Gegenstände erworben worden. Für die Kammer ist jedenfalls nicht ersichtlich, welche Gegenstände, die die Essenzialia eines Kfz-Betriebs ausmachen, fehlen.

Immaterielle Aktiva sind soweit ersichtlich nicht übergegangen, sind aber für den Betrieb des Autohauses P. auch nicht relevant.

Die Beklagte hat auch die komplette Belegschaft der Firma P. einschl. des Inhabers übernommen. Dies ist hinsichtlich der Mitarbeiter unstreitig.

Ob die Beklagte Kunden von der Firma P. übernommen hat, ist nicht festzustellen. Das spricht aber auch nicht gegen einen Betriebsübergang.

Für einen Betriebsübergang spricht demgegenüber die An-

Allgemeines Vertragsrecht

nonce in der die Beklagte damit wirbt, dass sie ihren Betrieb in den Räumen des ehemaligen Autohauses P. ausübe. Sie nimmt damit deren Ruf in Anspruch.

Schließlich ist auch eine relevante Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit nicht ersichtlich. Der Betrieb wurde am 31.10. geschlossen und am 01.11. von der Beklagten wieder eröffnet. Bei einer zusammenfassenden Betrachtung sprechen damit sämtliche Umstände für einen Übergang der wirtschaftlichen Einheit Betrieb eines Autohauses auf die Beklagte.

■ Arbeitsgericht Lübeck

vom 1. April 2004, 1 Ca 4147/03

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram Müller-Wichards, Breite Straße 7, 23552 Lübeck, Tel.: 0451 / 50 11 88, Fax: 502 11 59; E-mail: RA.Mueller-Wichards@t-online.de

23. Betriebsübergang, betriebliche Identität, Dentallabor eines Zahnarztes

Der Beklagte zu 1) beschäftigt 5 Arbeitnehmer in seiner Zahnarztpraxis und 4 in dem eigenen Dentallabor. Er gab das Zahntechniklabor auf und legte es ab dem 01.05.2003 still. Die Beklagte zu 2) eröffnete ihr Dentallabor in dem selben Haus, in dem der Beklagte zu 1) seine Zahnarztpraxis betreibt. Die Beklagte zu 2) stellte aus der alten Belegschaft des Zahnlabors des Beklagten zu 1) 2 Mitarbeiter ein.

Die Beklagte zu 2) bot dem Kläger weder eine Neueinstellung, noch eine Übernahme des Arbeitsverhältnisses an. Der Beklagte zu 1) kündigte dem Kläger wegen Betriebsstilllegung.

1. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Betriebsübergang dann vorliegen, wenn der wesentliche Teil der Belegschaft übernommen wird. Zum wesentlichen Teil der Belegschaft trägt nicht nur eine entsprechend hohe Zahl bei. Entscheidend ist vielmehr, dass die wesentlichen Organisationsstrukturen und die entsprechenden Entscheidungsträger bzw. Leitungspersonen übernommen werden. Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Von drei Zahntechnikern ist lediglich ein Zahntechniker neu eingestellt worden. Aus dem Zahnlabor ist dann nur noch eine befristet beschäftigte ABM-Kraft übernommen worden. Ferner hat die Beklagte zu 2) zur Einarbeitung in die abrechnungstechnischen Belange für 6 Monate befristet eine Mitarbeiterin eingestellt, die zuvor eine Sekretärin des Beklagten zu 1) war. Insoweit liegt jedoch keine unbefristete Fortsetzung oder Übernahme eines Arbeitsverhältnisses vor. Dies reicht zur Annahme eines Betriebsüberganges nicht aus.

Hinzu kommt, dass die Beklagte zwei Arbeitnehmer neu eingestellt hat. Die Belegschaft der Beklagte zu 2) besteht deshalb zu einem erheblichen Teil aus neuen Arbeitnehmern. Von der Übernahme einer organisierten Einheit im Rahmen des Zahnlabors durch die Beklagte zu 2) kann deshalb nicht die Rede sein.

2. Bei der Prüfung der Gesamtumstände spricht gegen einen Betriebsübergang, wenn anstelle eines ausschließlich für den betreibenden Zahnarzt tätiges Zahnlabor eines betrieben

wird, das frei auf dem Markt tätig ist als Anbieter für alle interessierten Zahnärzte.

■ Arbeitsgericht Marburg

vom 5. Dezember 2003, 2 Ca 300/03

eingereicht von Rechtsanwalt Fridhelm Faecks, Wilhelmstraße 27, 35037 Marburg, Tel.: 06421 / 17 11 0, Fax: 21 98 5; E-mail: anwalt@kanzlei-geilhof.de; www.kanzlei-geilhof.de

24. Betriebsübergang, Kino, Personalübernahme, Rechtsgeschäft, betriebliche Identität

1. Der Betriebsübergang scheidet zunächst nicht daran, dass zwischen der insolventen U GmbH & Co. KG und der Beklagten zu 1) unmittelbar keine Rechtsgeschäfte geschlossen worden sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit der Entscheidung vom 22.05.1985 (AP BGB § 613 a Nr. 43) ist der Begriff des Rechtsgeschäftes weit zu verstehen. Da es ein Recht am Betrieb oder an einem Betriebsanteil nicht gibt, ist der Betrieb als solcher kein Gegenstand, der durch Rechtsgeschäft übertragen werden kann. Rechtsgeschäftlicher Inhaberwechsel bedeutet, dass die zum Betrieb gehörenden materiellen oder immateriellen Rechte durch besondere Übertragungsakte – und nicht durch Gesamtrechtsnachfolge oder Hoheitsakt – auf den neuen Inhaber übertragen werden und der Erwerber damit neuer Inhaber des Betriebes wird (BAG 20.06.2002 AP Nr. 10 zu § 113 InsO). Ein Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft liegt auch dann vor, wenn der Übergang von dem alten auf den neuen Betriebsinhaber rechtsgeschäftlich veranlasst wurde, sei es durch eine Reihe von verschiedenen Rechtsgeschäften oder durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen mit verschiedenen Dritten, die ihrerseits Teile des Betriebsvermögens oder die Nutzungsbefugnis darüber von dem ehemaligen Inhaber des Betriebes erlangt haben (BAG a.a.O.). Der Betriebsübergang kann sich damit auch dann vollziehen, wenn zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber unmittelbar gar keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen wurden. Es ist auch unerheblich, ob die Betriebsmittel durch ein Bündel von Rechtsgeschäften oder in einer Folge von Rechtsgeschäften über einen oder mehrere Dritte letztlich in die Verfügungsbefugnis des neuen Betriebsinhabers gelangt sind. Gerade der Fall des Pächterwechsels gehört zu den klassischen Fällen eines rechtsgeschäftlichen Betriebsübergangs (vgl. BAG 25.02.1981 AP BGB § 613 a Nr. 24). Nach dem Vorhergesagten ist es irrelevant, ob bei dem Rückfall des Betriebes, in dem als solchen ebenfalls ein Rechtsgeschäft zu sehen ist (vgl. BAG 27.04.1995 AP BGB § 613 a Nr. 128), nicht nur ein Pachtvertrag beendet werden musste, sondern wegen eines Unterpachtverhältnisses zwei Pachtverträge.

2. Die Beklagte zu 1) führt auch denselben Betrieb fort, den die U betrieben hat.

Die Übertragung eines Betriebes im Sinne des § 613 a BGB setzt den Übergang der wesentlichen Betriebsmittel voraus (vgl. z.B. BAG 27.04.1995, AP Nr. 128 zu § 613 a BGB). Notwen-

dig ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 11.03.1997 (EuGH I 1997, 1259) die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Bei der Prüfung, ob eine Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach den Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu (vgl. z.B. BAG 20.06.2002 AP InsO § 113 Nr. 10).

Was die Übernahme von Personal als Merkmal der Betriebsidentität anbelangt, hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass in Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen könne.

Der EuGH hat im Fall des Wechsels eines Cateringunternehmens in einem Krankenhaus, bei dem ebenfalls das alte Personal nicht übernommen worden war, darauf hingewiesen hat, dass der Hauptzweck der – in § 613 a BGB umgesetzten – EG-Richtlinie 77/187 darin besteht, auch gegen den Willen der Erwerbers die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer des Veräußerers aufrechtzuerhalten (EuGH 20.11.2003 – Rs C-340/01 – DB 2003, 2654).

Die Kammer versteht diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs als Hinweis darauf, dass zwar die Übernahme des wesentlichen Teils des Personal in bestimmten Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, die Voraussetzungen des Betriebsübergangs erfüllen kann, dass aber umgekehrt die Nichtübernahme des Personals nicht dazu führen kann, dass ein Betriebsübergang zu verneinen ist.

3. Danach gilt für den vorliegenden Fall im Einzelnen:

a) Die Art eines Kinobetriebes ist zunächst geprägt durch den Einsatz erheblicher Immobiliewerte. Ein Kino bedarf großer Säle, die eine bestimmte bauliche Herrichtung haben müssen. Ein Kinosaal, der mit erheblichen investiven Mitteln herzustellen ist und dessen Pacht oder Miete damit typischerweise erhebliche Geldmittel verlangt, lässt sich kaum für irgendeine

andere wirtschaftliche Aktivität einsetzen. Ein Kino ist mithin sehr stark und in erster Linie durch die Immobilie geprägt. Die Nutzung dieser Immobilie hat die Beklagte zu 1) übernommen.

b) Daneben, wenn auch wirtschaftlich typischerweise von geringerem Wert, bedarf ein Kino einer spezifischen Ansammlung von beweglichen materiellen Gütern. Dazu gehören insbesondere die Stuhlreihen, die Leinwände, die Vorhänge, die Projektoren und die Beleuchtung.

Unerheblich ist, ob diese in einem schlechten Zustand waren und repariert werden mussten. Dass Betriebsmittel im Laufe der Zeit abgenutzt werden und repariert werden müssen, dass auch einzelne defekte Stühle ausgewechselt werden, ändert an der Identität des Kinos nichts.

c) Unwesentlich sind dagegen, was die materiellen Güter anbelangt, die Verbrauchsgüter, die in den „Shops“ des Kinos verkauft werden, insbesondere Getränke und Snacks. Bei diesen jederzeit zu beschaffenden Waren handelt es sich ohnehin um in schneller zeitlicher Zeitfolge umgesetzte Güter. Es ist daher gleichgültig, ob die Beklagte zu 1) Waren weiterverkauft hat, die bereits von der U angeschafft worden waren, oder die insgesamt neu bezogen bzw. aus dem früheren A eingebracht wurden.

d) An immateriellen Gütern sind nach dem Parteivorbringen zunächst der Name, die Lage und die Software zu berücksichtigen.

aa) Den Namen des Kinos („E „) hat die Beklagte zu 1) nach dem 01.07.2003 werbend weitergeführt.

Dass die Beklagte auch auf das A -Programm und auf den Namen A hingewiesen hat, ist angesichts des insbesondere in der Leuchtreklame geführten Hauptnamens „E“ von sekundärer Bedeutung. In der Außenwirkung gerade in Bezug auf den Kundenbezug (dazu unten) hat die Beklagte den nach ihrem eigenen Vorbringen seit Jahrzehnten eingeführten Namen „E „ weiterhin als wesentliches immaterielles Gut des Kinos genutzt.

bb) Ebenfalls nutzt die Beklagte weiterhin die räumliche Gelegenheit des Kinos. Die Lage ist angesichts der Bedeutung der Immobiliarnutzung für das Wesen des Kinos ebenfalls von wesentlicher Bedeutung. Zugleich ist die Lage einer der wesentlichen Faktoren für die Kundenbeziehungen (dazu unten).

cc) Demgegenüber ist die Software für die Berechnung der Umsätze zur Bestimmung der Identität eines Kinos unwesentlich.

e) Zu berücksichtigen ist weiter der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Die Tätigkeit war nicht unterbrochen. Vor und nach dem Zeitpunkt des Übergangs wurde im Wesentlichen die gleiche Tätigkeit ausgeführt, nämlich Filme vorgeführt. Demgegenüber ist die programmatische Ausrichtung der Filme im vorliegenden Fall nicht so wesentlich, dass deshalb die Identität des

Allgemeines Vertragsrecht

Betriebes verneint werden könnte. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass bei einem Kino aus mehreren Gründen, was die Art der gebotenen Leistungen anbelangt, erhebliche Unterschiede zu einem Restaurant bestehen, für welches das Bundesarbeitsgericht insbesondere in der Entscheidung vom 11.09.1997 (AP EWG Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 16) maßgeblich auf den Charakter der Speisen und des Restaurants abgestellt hat. In dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht einen Betriebsübergang trotz unveränderter Lage und derselben Räume im Wesentlichen daran scheitern lassen, dass sowohl der Name des Restaurants gewechselt hatte als auch statt gutbürgerlicher Küche in 80-jähriger Tradition nunmehr „Essen wie aus tausend und einer Nacht und arabischer Bauchtanz“ geboten wurden, wobei arabische Musik gespielt und durch arabisches Personal bedient wurde. Das Bundesarbeitsgericht hat dort zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Restaurant sich gegenüber einem Imbiss und einem Schnellrestaurant dadurch auszeichnet, dass ein Gast in möglichst spezifischer Atmosphäre bedient und fachkundig beraten wird sowie durch die Fähigkeiten eines Kochs oder mehrerer Köche geprägt wird. Diese Entscheidung entspricht im Wesentlichen auch dem Normzweck des § 613 a. Es ist offensichtlich, dass ein wesentlicher Teil der Arbeitskräfte eines Traditionsrestaurants mit gutbürgerlicher deutscher Küche in einem Restaurant mit arabischen Spezialitäten und Bauchtanz nicht mehr beschäftigt werden kann.

Ganz anders ein Kino. Für ein Kino lässt sich – der vorliegende Fall zeigt es – schon schwerlich mit allgemein gültigen Kriterien eine bestimmte programmatische Ausrichtung bestimmen. Auch wenn die Beklagte die von ihr geführten Kinos als „cineastische“ Kinos sehen möchte, so ist doch unstrittig, dass sie gerade in den Hauptsälen E 1 und E 2 kommerzielle Filme wie „H“, „D „ und Ähnliches vorführt.

Wesentlich erscheint auch, dass die Ausrichtung des Programms eines Kinos jederzeit geändert werden kann, weil sich der Kinobetreiber auf einem großen Markt zum Verleih angebotener Filme bedienen kann. Er hat überspitzt nichts anderes zu tun, als die Filmrollen auszutauschen. Demgegenüber wird ein Restaurant durch die Ausrichtung der Küche, durch die im Wesentlichen auch durch das Personal vermittelte spezifische Atmosphäre (italienische Atmosphäre, arabische Atmosphäre und Ähnliches) nachhaltig und damit im eigentlichen Sinne auch „wesentlich“ geprägt, worauf es hier ankommt.

Das „Programm“ eines Restaurants nimmt damit ohne weiteres an der Identität eines Restaurants teil. Die programmatische Ausrichtung eines Kinos erscheint als schneller und leichter zu wechseln, weniger kontinuierlich, weniger greifbar und damit weniger nachhaltig zum Wesen des Kinos gehörig. Zu berücksichtigen ist schließlich der Normzweck des § 613 a BGB, der bei einem Betriebsinhaberwechsel den im Betrieb Beschäftigten die Arbeitsplätze erhalten will. Anders als bei der Ausrichtung eines Restaurants hat die Ausrichtung des Programms eines Kinos auf die Qualifikation der Beschäftig-

ten keine erkennbare Auswirkung. Für Mitarbeiter an der Kinokasse, Billettkontrolleure, Shopverkäufer, Filmvorführer und Reinigungskräfte ist die Tätigkeit völlig unabhängig von der Art des gezeigten Filmes. Es ist daher ohne weiteres möglich, mit dem Personal des früheren Betreibers ein Kino mit einer anderen programmatischen Ausrichtung zu betreiben.

Die Kammer mag im Ergebnis auch dann, wenn neben kommerziellen Filmen bei der Beklagten zu 1) sog. „Kultfilme“, cineastische Filme, Kinderfilme und Ähnliches gespielt werden, keinen so großen Unterschied zu dem Programm von U-Kinos erkennen, dass der E damit seine Identität verloren hätte. Auch U-Kinos zeigen neben kassenfüllenden kommerziellen Produktionen, insbesondere amerikanischen Produktionen, oft in kleineren Sälen europäische oder amerikanische Filme mit höherem Anspruch. Ebenso werden Kinder- und Jugendfilme ohne Altersbegrenzung gezeigt.

f) Was schließlich den Erhalt der bisherigen Kundschaft anbelangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es bei diesem Merkmal bei einem Betriebsübergang, der ja zu einem bestimmten Zeitpunkt festzustellen ist, letztlich nicht darauf ankommen kann, ob die spätere Kundschaft mit der früheren im Wesentlichen gleich ist, sondern richtigerweise danach gefragt werden muss, ob die Kundschaft gehalten werden kann, weil eine „Übernahme“ in der freien Marktwirtschaft ohnehin nicht in Betracht kommt (vgl. APS/Steffan, § 613 a BGB, Rn 39; ErfK/Preis, § 613 a BGB, Rn 31). Ob die bisherige Kundschaft gehalten werden kann, ist im Wesentlichen von anderen Faktoren abhängig, wie etwa der Übernahme immaterieller Betriebsmittel, der Ähnlichkeit der Tätigkeit, der Weiterführung der Tätigkeit am gleichen Ort oder die Dauer der Unterbrechung (S).

Der typische Kinokunde orientiert sich einerseits an dem jeweils gezeigten Film andererseits an der Lage und der Ästhetik des Kinos, insbesondere an der Ästhetik der Kinosäle, der Bequemlichkeit der Stühle, der Akustik usw..

Berücksichtigt man wiederum, dass bei einem Kino die Kundschaft typischerweise weniger stetig ist und keine so starke Kundenbindung besteht wie bei einem Restaurant, dass mithin die „Übernahme“ der bisherigen Kundschaft gegenüber der Übernahme der materiellen Betriebsmittel für die Feststellung der Kontinuität der Identität des Kinos weniger relevant sein muss, so kann ein partieller Wechsel des Kundschaftskreises, der gewiss dadurch eingetreten sein mag, dass in einigen Sälen des E nunmehr auch sog. Programmkino veranstaltet wurde, nicht zum Identitätsverlust des Kinos „E „ führen.

Wiederum ist hier der Normzweck zu betrachten. Da es ganz im Gegensatz zu einem Restaurant im Kino nicht wesentlich auf eine durch das Bedienungspersonal vermittelte Atmosphäre ankommt und damit der Bezug der Kundschaft zum Personal nur unwesentlich ist, muss nach dem Normzweck des § 613 a BGB auch im vorliegenden Fall selbst bei unterstelltem partiellen Wechsel des Kundenkreises ein Betriebsübergang bejaht werden.

g) Nach dem oben bereits Gesagten kann nach Auffassung der erkennenden Kammer die Nichtübernahme des bisherigen Personals nicht zum Verlust der Betriebsidentität führen. Davon abgesehen ist im vorliegenden Fall genauso wie in dem vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall (a.a.O.) das Personal nicht für die Identität des Betriebes wesentlich. Bei Kinopersonal handelt es sich typischerweise in der Mehrzahl um Personal ohne spezifische Ausbildung, welches Karten, Getränke und Snacks verkauft, Einlass kontrolliert und reinigt. Allein die Filmvorführer bedürfen einer kinospezifischen Qualifikation. Auch diese aber sind mit ihrer Qualifikation nicht auf eine bestimmte inhaltliche Qualität der Filme ausgerichtet. Die Nichtübernahme des bisherigen E kann im vorliegenden Fall jedenfalls nicht einen Betriebsübergang ausschließen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 26. März 2004, 4 Sa 1115/03, Rev. zugel.

25. Betriebsübergang, Aufhebungs- und Überleitungsvertrag unwirksam wegen Gesetzesumgehung, Insolvenznahe, Beschäftigungsgesellschaft, Kritik an BAG-Rechtsprechung zum Erwerbkonzept

I. Die Beklagte zu 1) betrieb in B. bis zum 31.08.2003, ein eingeführtes 4-Sterne-Hotel mit einem Restaurantbetrieb. Bei ihr waren 34 Mitarbeiter und neun Auszubildende beschäftigt. Vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten und zur Vermeidung einer Insolvenz entschloss sich die Beklagte zu 1) zu weitreichenden Umstrukturierungsmaßnahmen. Sie beabsichtigte eine Veräußerung der Immobilie und des Hotelbetriebs. Eine neu zu gründende Gesellschaft, die Beklagte zu 2), sollte im Rahmen eines Betriebsführungsvertrages für einen Übergangszeitraum den Hotelbetrieb aufrechterhalten, denn die Unternehmensgruppe Z. plante für das Jahr 2005 die Fertigstellung eines Tagungs- und Kongresshotels und stellte in Aussicht, einen Teil des Personals zu übernehmen.

In einer Betriebsversammlung wurde den Arbeitnehmern mitgeteilt, Ziel sei es, möglichst viele Arbeitnehmer bei der Beklagten zu 2) unterzubringen. Diese Möglichkeit sei allerdings nur dann gegeben, wenn alle Arbeitnehmer in eine Aufhebung der mit ihnen geschlossenen Verträge einwilligten. Wenn dies nicht möglich sei, so wurde den Mitarbeitern und damit auch den Klägern erklärt, werde kurzfristig ein Insolvenzantrag für die Beklagte zu 1) gestellt werden müssen mit dem Ergebnis, dass dann zwar das dreimonatige Insolvenzgeld garantiert würde, anschließend aber alle Mitarbeiter arbeitslos würden.

Im Anschluss an diese Betriebsversammlung wurde den Klägern ein dreiseitiger Vertrag übersandt, der von den Klägern unterzeichnet wurde. In diesem Vertrag heißt es u.a.:

II. Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer 1) Das zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis wird aus betriebsbedingten Gründen einvernehmlich zum 31. August 2005 beendet.

2) Bis zu diesem Zeitpunkt wird das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß erfüllt und abgerechnet. Bis zum 31. August 2003 entstandene, noch nicht erfüllte Urlaubsansprüche verpflichtet sich der Arbeitgeber bis spätestens 15.09.2003 abzugelten.

3) Die Arbeitspapiere werden zusammen mit dem Arbeitszeugnis ausgehändigt. Der Arbeitnehmer wünscht ein Zeugnis, das sich auf Führung und Leistung erstreckt.

III. Arbeitsverhältnis zwischen B. und Arbeitnehmer

B. und Arbeitnehmer schließen für die Dauer vom 01. September 2003 bis zum 31.08.2005 einen befristeten Arbeitsvertrag. Das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des 31.08.2005.

Die Beklagte zu 2) hat ohne zeitliche Unterbrechung des Geschäftsbetriebs das von der Beklagten zu 1) übernommene Hotel und Restaurant weitergeführt. Die Kläger unterzeichneten am 01.09.2003 einen befristeten Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 2).

Mit der Klagschrift begehren die Kläger die Feststellung, dass sie zu der Beklagten zu 2) in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen. Gleichzeitig haben sie den Aufhebungsvertrag widerrufen.

1. Das Arbeitsgericht hat zu Recht einen Betriebsübergang des Hotelbetriebes N. in B. von der Beklagten zu 1) auf die Beklagte zu 2) angenommen und den dreiseitigen Vertrag nach § 134 BGB wegen Umgehung des § 613 a BGB für nichtig angesehen.

1.1. Die Beklagte zu 2) hat den Betrieb, in dem die Kläger arbeiteten, von der Beklagten zu 1) übernommen.

a) (...)

b) Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass durch Vertrag zwischen der Beklagten zu 1) einerseits und der B. andererseits das Grundstück des Hotels, das Hotelgebäude, das gesamte Inventar übernommen wurde und dass nach Abschluss eines Betriebsfortführungsvertrages zwischen der B. und der Beklagten zu 2) der Hotelbetrieb nahtlos von der Beklagten zu 2) fortgeführt wurde. Dass es sich dabei um einen Betriebsübergang handelt, ist zwischen den Parteien unstrittig. Streitig ist allerdings zwischen den Parteien die Frage, ob die Wirkung des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB für die streitgegenständlichen Arbeitsverhältnisse greift oder wegen vorheriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluss des Dreiseitigen Vertrages nicht in Betracht kommt.

2. Die Regelung in II Ziffer 1 des dreiseitigen Vertrages geregelte Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zwischen den klagenden Parteien und der Beklagten zu 1) mit Wirkung zum 31.08.2003 ist wegen Umgehung des § 613 a BGB nach § 134 BGB nichtig.

a) Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und altem oder neuem Betriebsinhaber sind auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes wirksam möglich, wenn sie auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sind. Zur Begründung hat das Bundesarbeitsgericht darauf

Allgemeines Vertragsrecht

verwiesen, dass der Arbeitnehmer durch Widerspruch verhindern könne, dass sein Arbeitsverhältnis auf den Betriebserber übergehe. Deshalb habe er auch die Möglichkeit sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzuheben (vgl. BAG vom 11.12.1997–8 AZR 654/95 –; BAG AP Nr. 135 zu § 613 a BGB; BAG AP Nr. 56 zu § 1 TVG, Tarifverträge Einzelhandel). Etwas anderes gilt aber nach der Rechtsprechung des BAG dann, wenn der Aufhebungsvertrag bezwecken soll, die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses zu unterbrechen, wodurch der Arbeitnehmer die bisher verdienten Besitzstände verlieren soll. Einen solchen Verlust will die zwingende Schutznorm des § 613 a Abs. 1 BGB verhindern. Ein Aufhebungsvertrag, der nach seiner Funktion diesen Schutz umgeht, ist gesetzwidrig und damit nach § 134 BGB nichtig (vgl. BAG AP Nr. 56 zu § 1 TVG, Tarifverträge Einzelhandel).

b) Nach Auffassung der Berufungskammer ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass mit dem Dreiseitigen Vertrag der Zweck verfolgt wurde, die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse zu unterbrechen.

Die überwiegende Anzahl der Kernbelegschaft arbeitete nahtlos im Hotel- und Restaurantbetrieb weiter, lediglich ab 01.09.2003 zu anderen Konditionen. Die Arbeitnehmer der Beklagten zu 1) hatten, als sie den Dreiseitigen Vertrag am 13.08. unterschrieben und als sie den Vertrag von den übrigen Vertragspartnern am 18.08.2003 zurückbekamen noch gar nichts verloren. Sie waren weiterhin tätig und sie hatten alle Aussichten, dass ihr Arbeitsverhältnis gemäß § 613 a BGB auf die Beklagte zu 2) erster Instanz überging.

Dass mit dem Abschluss des Dreiseitigen Vertrages verfolgte Ziel die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses zu unterbrechen, ergibt sich auch aus dem eigenen – unstreitigen – Vortrag der Beklagten:

Die Beklagten zu 1) und 2) wollten eine Fortführung des Hotels, sie wollten lediglich die Arbeitnehmer nicht übernehmen, da sie ihnen zu teuer waren.

Auch wenn unterstellt wird, dass die Beklagte zu 1) erster Instanz zum Zeitpunkt des Abschlusses des Dreiseitigen Vertrages „praktisch konkursreif“ war und ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt worden wäre, wenn es nicht zu einer Übernahme des Betriebes gekommen wäre, ergibt sich aus dem – unstreitigen – Vortrag der Beklagten zu 2), dass eine Übernahme des Betriebes so gut wie sicher war. Die S. B. und ihre Investitionsgesellschaft, die B., hatten ein hohes Interesse daran, dass ein Vier-Sterne-Hotel in B. erhalten blieb. Es war schon Vorsorge dafür getroffen, dass durch eine andere Betreibergesellschaft mit anderen Gesellschaftern die Fortführung des Betriebes erfolgte, wenn die Z.-Gruppe aus dem Projekt „ausstieg“.

Auch die Tatsache, dass der Aufhebungsvertrag als Datum des Ausscheidens den 31.08.2003 festlegte, mit der Betreibergesellschaft der Beklagten zu 2) eine nahtlose Weiterbeschäftigung, lediglich getrennt durch die logische Sekunde vom 31.08.2003 auf den 01.09.2003, vereinbart wurde und aus

Kreisen der Betreibergesellschaft selbst geäußert wurde, man könne mit „neuen“ Arbeitnehmern günstiger arbeiten, spricht dafür, dass allein die Kontinuität der Arbeitsverhältnisse unterbrochen werden sollte, um mit der alten Belegschaft, neue Verträge zu schlechteren Konditionen abschließen zu können. Natürlich hat die Beklagte zu 2) in Kenntnis der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.12.1998 vermieden, eine Einstellungszusage vor dem 31.08.2003 bzw. 01.09.2003 zu machen. Die Entscheidungen, wer der oder die „Glücklichen“ waren, die ab 01.09.2003 *zumindest* ihren Arbeitsplatz behielten, muss aber bei der Beklagten zu 2) schon in der Zeit gefallen sein, in der die Kläger dieses Rechtsstreits noch bei der Beklagten zu 1) tätig waren. Die Beklagte zu 2) wird sich nicht in der „logischen Sekunde“ zwischen dem 31.08.2003 und dem 01.09.2003 entschieden haben, welche mehr als 20 Mitarbeiter ab 01.09.2003 einen Arbeitsplatz bei ihr erhielten. Diese Entscheidung muss *spätestens* am 31.08.2003 gefallen sein, als das Arbeitsverhältnis zur der Beklagten zu 1) noch bestand.

Der Dreiseitige Vertrag wurde nach Überzeugung der Kammer lediglich abgeschlossen, um sich von einem Teil der Arbeitnehmer trennen zu können und mit den verbleibenden zu schlechteren Konditionen den Betrieb fortführen zu können. Genau für diesen Fall hat das BAG aber auf die Möglichkeit, sanierende Betriebsübernahmen durchzuführen, hingewiesen. Die für notwendig erachtete Verminderung der Belegschaft kann bei Vorliegen eines Unternehmenskonzeptes des potentiellen Erwerbers betriebsbedingte Kündigungen auch des Betriebsveräußerers rechtfertigen (vgl. BAG Urteil vom 20.03.2003–8 AZR 97/02 –; BAG AP Nr. 34 zu § 613 a BGB; Erfurter Kommentar-Preis, 4. Aufl., § 613 a BGB, Rz 163 ff.).

Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Beklagte zu 2) 22 von 35 Arbeitnehmern zu einem Zeitpunkt – befristet – eingestellt hat, zu dem diese nach dem Dreiseitigen Vertrag in die Beschäftigungsgesellschaft wechseln sollten. Es war also für die Betriebsfortführung nicht zwingend erforderlich, dass sämtlich Arbeitnehmer erst einmal in einer Beschäftigungsgesellschaft „geparkt“ werden, um durch die Zahlung von Kurzarbeitergeld die Betriebsfortführung zu ermöglichen. Die Beklagte kann deshalb nicht damit gehört werden, dass für diese übernommenen Arbeitnehmer die Gewährung von strukturellem Kurzarbeitergeld zwingend erforderlich gewesen wäre. Im vorliegenden Fall erfolgte, die Übernahme des Hotelbetriebs durch die Beklagte zu 2) vor dem Hintergrund, dass die Z.-Gruppe für das Jahr 2005 die Inbetriebnahme eines Hotel- und Kongresszentrums plante und in Aussicht gestellt hatte, einen Teil der Belegschaft zu übernehmen. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Arbeitnehmer dauerhaft aus ihrem Arbeitsverhältnis ausscheiden sollten.

3. Die Kammer schließt sich aber auch der Kritik der Literatur an der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.12.1998–8 AZR 324/97 = AP Nr. 185 zu § 613 a BGB an.

Wie der zu entscheidende Fall mit nicht zu überbietender

Deutlichkeit zeigt, werden durch die genannte Entscheidung Veräußerer und Erwerber angehalten, Umgehungsstrategien zu entwickeln, z. B. dadurch dass die Namen derjenigen, mit denen sie den Betrieb nahtlos fortführen wollen, natürlich nicht vor dem „Tag der Übernahme“ bekannt gegeben werden.

Zu Recht weist *Steffan* in APS 2. Aufl., § 613 a KSchG, Rz 193 für derartige Fälle darauf hin, dass die Rechtsprechung des BAGs zu einer Lücke im Kündigungsschutz führt, die eigentlich § 613 a Abs. 1 und 4 BGB schließen sollte. Wenn sich der Betriebserwerber durch den Umweg über eine Beschäftigungsgesellschaft Arbeitnehmer letztlich ohne Durchführung einer ordnungsgemäßen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG auszuweichen kann greift der mit § 613 a BGB bezweckte Schutz nicht mehr. Die Unterscheidung des BAG zwischen einem verbindlich in Aussicht gestellten Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber und der vagen Möglichkeit einer Beschäftigung kann für die Frage, ob ein Vertrag unwirksam ist oder nicht, nicht ausschlaggebend sein. Denn eine autonome Entscheidung des Arbeitnehmers an seinem bisherigen Arbeitsplatz in keinem Falle mehr weiter beschäftigt werden zu wollen, wie sie das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung AP Nr. 56 zu § 1 TVG Tarifverträge Einzelhandel unterstellt, liegt hier tatsächlich nicht vor. *Steffan* ist deshalb darin zu folgen, dass dann, wenn das Motiv des Aufhebungsvertrages in der erleichterten Betriebsübernahme liegt, weil Teile der früheren Belegschaft ohne Durchführung einer Sozialauswahl übernommen werden sollen, dieser Vertrag „wegen des Betriebsübergangs geschlossen wird“ (vgl. *Steffan*, a.a.O., Rz 198; zur Kritik an der Rechtsprechung des BAGs auch Erfurter Kommentar-Preis, § 613 a BGB Rz 164; *Hanau* ZIP 1998, S. 1817(1822); *Kittner/Däubler/Zwanziger* § 613 a BGB, Rz 174).

Auch aus diesen Gründen liegt eine Umgehung des § 613 a BGB in dem Abschluss des Dreiseitigen Vertrages.

4. Die Befristung der Arbeitsverträge zwischen den Parteien und der Beklagten zu 2) erster Instanz im Arbeitsvertrag vom 01.09.2003 ist gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG unwirksam. Auf Grund des Betriebsübergangs ist die Beklagte zu 2) nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in den Arbeitsvertrag an die Stelle der Beklagten zu 1) getreten. Eine nach Betriebsübergang vereinbarte Befristung unterfällt daher dem Anschlussverbot des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG (vgl. Erfurter Kommentar-*Müller-Glöge*, 4. Aufl., § 14 TzBfG Rn 120).

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 26. August 2004, 3 Sa 80 u. 81/04

26. Direktionsrecht, Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses

Die 60-jährige Klägerin ist seit 1968 bei der Beklagten ausschließlich als Reinigungskraft in der Postfiliale Ratekau beschäftigt. Ausweislich des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrages ist die Klägerin im Postfach- und Verwal-

tungsdienst nach § 5 b des damaligen Tarifvertrages für Arbeiter eingestellt. Eine nähere Beschreibung des Aufgabenfeldes der Klägerin nimmt der Vertrag nicht vor.

Am 28.08.2003 wurde die Klägerin zu einem Personalgespräch geladen, bei dem die Beklagte ihr mitteilte, dass sie ab dem 01.01.2004 die Dienststelle wechseln und künftig im Briefzentrum Lübeck als Briefsortiererin arbeiten solle.

Die Parteien streiten darum, ob die von der Beklagten beabsichtigte Versetzung der Klägerin in den Briefsortierdienst in Lübeck von ihrem Direktionsrecht gedeckt ist. Die Klägerin weist darauf hin, dass sie seit nahezu 36 Jahren ausschließlich Reinigungsdienstleistungen in Teilzeit erbracht habe und zwar nur in der Postfiliale in Ratekau. Die Beklagte hat die Klägerin zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Reinigungskraft in der Postfiliale Ratekau weiter zu beschäftigen. Die Versetzung ist unwirksam.

Die Grenzen des Weisungsrechts ergeben sich u.a. aus dem Arbeitsvertrag und aus dem Gebot, das Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben (§ 115 Abs. 1 BGB). Der Arbeitsvertrag der Klägerin bildet eine solche Grenze nicht, denn er bezieht sich auf das Tätigkeitsfeld im Postfach- und Verwaltungsdienst nach den Maßgaben des damals geltenden Tarifvertrages. Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig, dass die Klägerin seit dem Beginn ihrer Beschäftigung vor rund 36 Jahren bei der Beklagten zu keinem Zeitpunkt im Postfach- und Verwaltungsdienst gearbeitet hat, sondern ausschließlich Reinigungsaufgaben in Teilzeitbeschäftigung wahrgenommen hat. Diese Reinigungsaufgaben bezogen sich auch durch die gesamte Dauer des Beschäftigungsverhältnisses auf die Postfiliale Ratekau. Aufgrund der das Arbeitsverhältnis voll umfänglich umfassenden tatsächlichen Tätigkeit der Klägerin als Reinigungskraft ist es der Beklagten verwehrt, sich für eine nunmehr nach 36 Jahren erfolgende Versetzung auf den Arbeitsvertrag aus dem Jahr 1968 zu berufen.

Die Beurteilung, ob die Weisung eines Arbeitgebers billigen Ermessen entspricht, richtet sich nach objektiven Beurteilungsmaßstäben.

Die Klägerin ist seit Beginn ihrer Tätigkeit im Jahre 1968 als Reinigungskraft beschäftigt. Sie ist 60 Jahre alt und hat nahezu den zeitlichen Abschluss ihrer beruflichen Tätigkeit erreicht. Sie ist in Ratekau wohnhaft, hat also nur geringe Fahrzeiten. Für die nunmehr seitens der Beklagten vorgestellte Tätigkeit ist die Klägerin weder ausgebildet noch besitzt sie in diesem Bereich berufliche Erfahrungen. Vor diesem Hintergrund ist ihr eine Einarbeitung durch die gewachsene Tätigkeit als Reinigungskraft in den neuen Aufgabenbereich, der sich vollständig von ihrem bisherigen Tätigkeitsbereich unterscheidet, nicht mehr zumutbar. Hiergegen spricht auch bereits das Lebensalter der Klägerin, in dem es bereits der Lebenserfahrung nach Arbeitnehmern deutlich schwer fällt, sich in vollständig neue Tätigkeitsfelder erfolgreich einzuarbeiten. Die Entscheidung der Beklagten, die Klägerin zukünf-

Allgemeines Vertragsrecht

tig im Sortierdienst in Lübeck einzusetzen, ist auch deshalb unbillig, weil die Wochenarbeitszeit der Klägerin von derzeit 10,4 Stunden nicht im Verhältnis zu den Fahrtzeiten steht, die die Klägerin aufwenden müsste, wenn sie zukünftig im Sortierdienst in Lübeck arbeitet. Die Kammer sieht vor den aufgezeigten Umständen, dass neben dem zeitlichen Moment (rund 36 Beschäftigungsjahre) auch ein Umstandsmoment für die Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses vorliegt.

■ Arbeitsgericht Lübeck

vom 13. Juli 2004, ÖD. 6 Ca 494 b/03

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram Müller-Wichards, Breite Straße 7, 23552 Lübeck, Tel.: 0451 / 50 11 88, Fax: 502 11 59; E-mail: RA.Mueller-Wichards@t-online.de

27. Einstellungsbefugnis, Krankenhaus, Ärztlicher Direktor, Vertretungsmacht, Schutzbereich, medizinische Erst- und Folgeuntersuchungen

1. Weist die Satzung einer Stiftung bürgerlichen Rechts als Trägerin eines Krankenhauses die Einstellung der Arbeitnehmer dem Verwaltungsdirektor zu, so hat der ärztliche Direktor insoweit keine gesetzliche Vertretungsmacht.

2. Die Vorschriften über medizinische Erst- und Folgeuntersuchungen dienen allein dem Gesundheitsschutz und nicht dazu, den Bewerber und späteren Arbeitnehmer vor beruflichen Fehlentscheidungen zu bewahren.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 9. Juli 2004, 6 Sa 486/04

28. Entgeltvereinbarung für den Insolvenzfall, (keine) Masseverbindlichkeit

Erklärt sich ein Arbeitnehmer zur Rettung des Betriebes seines Arbeitgebers bereit, gegen ein entsprechend geringeres Entgelt verkürzt zu arbeiten, so stellt sein für den Fall einer gleichwohl eintretenden Insolvenz vorgesehener Anspruch auf das volle Entgelt jedenfalls dann keine Masseverbindlichkeit dar, wenn der Insolvenzverwalter von der Befugnis, vom Arbeitnehmer auch wieder die vollzeitige Arbeitsleistung zu verlangen, keinen Gebrauch gemacht hat.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 3. September 2004, 6 Sa 1315/04, Rev. zugel.

29. Entgeltfortzahlung in Krankheitsfall, Anspruchsdauer, Einheit des Versicherungsfalles

1. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ist damit auf die Dauer von sechs Wochen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit begrenzt, wenn während bestehender Arbeits-

unfähigkeit eine neue Arbeitsunfähigkeit auftritt, die ebenfalls zur Arbeitsunfähigkeit führt, denn § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG stellt auf die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ab, nicht auf einzelne Krankheiten, die zur Arbeitsunfähigkeit führen. Insoweit kann der Arbeitnehmer bei entsprechender Dauer der durch beide Erkrankungen verursachten Arbeitsunfähigkeit die Sechs-Wochen-Frist nur einmal in Anspruch nehmen (Grundsatz der Einheit des Versicherungsfalles).

2. Eine weitere Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann der Arbeitnehmer nur fordern, wenn die erste Arbeitsverhinderung bereits in dem Zeitpunkt beendet war, in dem eine weitere Erkrankung zu einer neuen Arbeitsverhinderung führt (*Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge*, EFZG, 4. Auflage 1997, § 3 Rz 129; BAG EzA Nr. 53, 59, 66, 119 und 125 zu § 1 LohnfortzG; BAG EzA Nr. 39 zu § 616 BGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, a.a.O.), handelt es sich immer dann um zwei selbstverständige Verhinderungstatbestände, wenn ein Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich arbeitet. Erkrankt er nach der Arbeitsaufnahme, beginnt – abgesehen von der Ausnahme der Wiederholungserkrankung – ein neuer Sechs-Wochen-Zeitraum. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer zwischen den beiden Krankheiten zwar arbeitsunfähig war, tatsächlich aber nicht arbeiten konnte, weil er nur für wenige, außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig war.

3. Vorliegend lag eine Arbeitsfähigkeit der Klägerin vor Beginn der Erkrankung, wegen der sie seit dem 06.05.2002 arbeitsunfähig krank war, nicht vor. Die Klägerin war bis einschließlich 05.05.2002 arbeitsunfähig krank. Die Klägerin war aufgrund des Arbeitsunfalls vom 15.01.2002 noch während des ganzen Sonntags – 05.05.2002 – arbeitsunfähig krank. Zwar ist die Bestimmung des Zeitpunktes, an dem eine Arbeitsunfähigkeit beendet, der Verhinderungsfall mithin abgeschlossen ist, in den Fällen besonders schwierig, in denen zwischen der letzten ärztlichen Behandlung und der Arbeitsaufnahme ein Wochenende oder ein Feiertag liegt. Die Schwierigkeiten sind jedoch lösbar, wenn die den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte sich eindeutig zu dem Zeitpunkt äußern, zu dem die Arbeitsunfähigkeit endet. Es ist in erster Linie Aufgabe des behandelnden Arztes, den Zeitpunkt zu bestimmen, an dem die Arbeitsunfähigkeit endet (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG). Er kann die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Kalendertages bescheinigen; er kann aber auch jeden anderen Zeitpunkt wählen. Falls der behandelnde Arzt die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit nur nach dem Kalendertag bestimmt, muss in den Fällen, in denen der letzte bescheinigte Tag der Arbeitsunfähigkeit auf einen Samstag oder Sonntag oder auf einen sonstigen arbeitsfreien Feiertag fällt, geklärt werden, ob sich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf den gesamten in der Bescheinigung genannten letzten Tag bezieht oder nur auf Teile dieses Tages. Arbeitsunfähigkeit kann auch für solche Tage bescheinigt werden, an denen im Betrieb – aus welchen Gründen

auch immer – nicht gearbeitet wird. Solche Bescheinigungen sind möglich und sinnvoll. Zum einen kann der behandelnde Arzt nicht wissen, ob der Arbeitnehmer nicht ausnahmsweise doch zu Arbeiten herangezogen werden könnte. Zum anderen kann es wegen der Art der Erkrankung erforderlich sein, dem Arbeitnehmer noch bestimmte Behandlungspflichten für das an sich arbeitsfreie Wochenende aufzuerlegen, etwa besondere Schonung oder Vorsicht oder Unterlassen besonderer Anstrengungen usw. Die am Wochenende zur Verfügung stehende Zeit kann mithin noch erforderlich sein, um die eingetretene Erkrankung ganz ausheilen zu lassen (BAG EzA Nr. 68 zu § 1 LohnfortzG).

■ Arbeitsgerichts Berlin
vom 6. Februar 2003, 63 Ca 13367/02
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47 Fax: 030 / 31 50 67 49; Email: lampe@lsrw.de

30. Haftungsdurchgriff bei der GmbH, Insolvenz, Anforderungen an eine Berufungsbegründung

1. Die Grundsätze des Haftungsdurchgriffs wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“, die der BGH in jüngerer Rechtsprechung (z.B. 17.09.2001 – II ZR 178/99 = ZIP 2001, 1874; 24.06.2002 – II ZR 300/00 = NJW 2002, 3024) zum Haftungsdurchgriff auf die GmbH-Gesellschafter entwickelt hat, gelten nur, solange ein Insolvenzverfahren nicht durchgeführt wird oder nicht (mehr) in Betracht kommt.

2. Das Gleiche gilt für einen auf denselben Sachverhalt gestützten Durchgriffsanspruch des § 826 BGB.

3. Eine ordnungsgemäße Berufungsbegründung verlangt ein Minimum an gedanklicher Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Urteil.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20. Juni 2003, 4 Sa 128/03,
Revision eingelegt zum AZ 1 AZR 504/03

31. Insichbeurlaubung von Beamten, Befristung

Auf Befristungen bei Insichbeurlaubung von Beamten eines Nachfolgeunternehmens der Deutschen Bundespost findet das TzBfG keine Anwendung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 11. Juni 2004, 12 Sa 315/04,
Revision eingelegt zum AZ 7 AZR 402/04

32. Konkurrentenklage, Einstellungsanspruch im öffentlichen Dienst, im Falle eines gegen den Bewerber gerichteten, laufenden Strafverfahrens

Es ist einer Hochschule des öffentlichen Rechts nicht verwehrt, die Einstellung eines Bewerbers für eine Stelle als wissenschaftlicher Mitarbeiter allein im Hinblick auf ein laufendes Strafverfahren wegen des gegen ihn gerichteten Vorwurfs der vorsätzlichen falschen eidesstattlichen Versicherung abzuleh-

nen, auch wenn die sonstigen Einstellungsvoraussetzungen gegeben sind.

In diesem Fall ist die Hochschule im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums berechtigt, die Einstellung davon abhängig zu machen, dass das Strafverfahren zugunsten des Bewerbers beendet wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 6. Juli 2004, 3 Sa 815/04, Rev. zugel.

33. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Kundenschutzklausel, freier Mitarbeiter

Die Vorschriften des HGB über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot finden auch auf die Rechtsverhältnisse wirtschaftlich abhängiger freier Mitarbeiter (hier: Programmierer) Anwendung. Eine hohe Dienst-Vergütung (hier: 62 Euro pro Stunde) steht dem nicht entgegen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23. Januar 2004, 4 Sa 988/03

34. (Keine) Nettolohnvereinbarung kraft betrieblicher Übung

Das Arbeitsverhältnis des Klägers als Betriebsprüfer war nach Maßgabe des § 28 p Abs. 11 SGB IV von einer Krankenkasse auf den Träger der Rentenversicherung übergegangen. Arbeitsvertraglich hatten die Parteien vereinbart, dass der Kläger im neuen Arbeitsverhältnis alle im letzten Kalendermonat bei der Ersatzkasse erhaltenen Bezüge, Vergütungen und Zulagen erhalten sollte.

Die Parteien streiten über eine monatliche Ausgleichszulage, die im Arbeitsverhältnis bei der Krankenkasse über Jahre monatlich als Nettobetrag ausgezahlt wurde. Der Kläger vertrat die Auffassung, dass mit der vielfach wiederholten Auszahlung ein Nettolohnanspruch kraft betrieblicher Übung begründet worden sei, so dass auch die Beklagte die Auszahlung des Nettobetrages schulde. Die Beklagte war der Ansicht, der Anspruch bestehe überhaupt nicht, keinesfalls aber als Nettzahlung, da eine Rechtsgrundlage für die steuerfreie Zahlung nicht gegeben sei.

Bereits das Arbeitsgericht Kassel (5 Ca 642/02) hatte zwar den Anspruch grundsätzlich, nicht jedoch als Nettoauszahlung anerkannt. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat sich den Ausführungen vollumfänglich angeschlossen:

1. Als Nettobetrag kann dem Kläger die eingeklagte Forderung nur dann zustehen, wenn der Zahlung eine Nettolohnvereinbarung zugrunde liegt, d.h. wenn zwischen ihm und dem vorherigen Arbeitgeber eine Vereinbarung dahingehend bestanden hat, dass dieser zusätzlich zu dem ausbezahlten Nettobetrag etwaige, auf diesen Betrag entfallende Steuern und Sozialversicherungsbeiträge übernimmt.

2. Aus der Nettzahlung als solcher, ohne die erkennbare Übernahme der hierauf entfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge kann der Kläger nicht den Schluss ziehen, dass sein bisheriger Arbeitgeber sich verpflichten wollte, die

Allgemeines Vertragsrecht

ihm auf Grund öffentlich rechtlicher Vorschriften obliegende Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen zu übernehmen. Es kann weder von einem konkludenten Angebot ausgegangen werden, dass der Kläger hätte annehmen können, noch von einer entsprechenden betrieblichen Übung.

3. Auch aus der jahrelangen steuerfreien Auszahlung ist eine betriebliche Übung nicht entstanden. Selbst die explizite Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien, dass der Arbeitgeber eine bestimmte Leistung als steuerfrei erbringt, bedeutet regelmäßig nur, dass die Parteien davon ausgehen, die Leistung unterliege nach steuerrechtlichen Vorschriften nicht der Steuerpflicht und kann daher ohne Steuerabzug erbracht werden. Erweist sich diese Annahme aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen als unzutreffend, dann tritt die gesetzliche Regel in Kraft, wonach der Arbeitnehmer als Steuerschuldner die anfallenden Lohnsteuern zu tragen hat (vgl. auch BAG vom 18.01.1974, AP Nr. 19 zu § 670 BGB).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 16. Juli 2004, 3 Sa 1562/03, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Striegel, Christophstraße 18, 34123 Kassel, Tel: 0561/570850, Fax 0561/5708511; E-mail: mail@striegel-rechtsanwaelte.de, www.striegel-rechtsanwaelte.de

35. Rufbereitschaft, vertraglicher Anspruch auf Zuweisung, Entzug durch Direktionsrecht, Feststellungsantrag, Streitwert

Der Kläger ist beim beklagten Land als Hausmeister seit 1986 beschäftigt. Im Arbeitsvertrag der Parteien ist unter § 5 (Nebenabreden) vereinbart: Im Wechsel mit den beiden vorhandenen Hausmeistern ist Bereitschaftsdienst (Montag – Montag, jeweils 7.00 Uhr) zu versehen. Der Kläger leistete mit seinen beiden Kollegen abwechselnd entsprechend den jeweiligen Dienstplänen Bereitschaftsdienst bzw. Rufbereitschaft von 19.00 Uhr bis 7:00 Uhr einschließlich Winterzeit seit 1986. Durch eine Umstrukturierung der Immobilienverwaltung beim Land Hessen übertrug das Land die Verwaltung vieler landeseigener Immobilien auf die Hessische Immobilienverwaltung (HIM). Auch die Verwaltung der Liegenschaften der Polizeistation Marburg wurde auf die Hessische Immobilienverwaltung übertragen.

Dementsprechend wurden der Kläger und seine Kollegen seit Juni 2003 nicht mehr zum Bereitschaftsdienst bzw. der Rufbereitschaft herangezogen. Die Hessische Immobilienverwaltung schickte vielmehr von ihr beauftragte Handwerker, um bestimmte Tätigkeiten in den Liegenschaften vorzunehmen. Durch den Wegfall des Bereitschaftsdienstes bzw. der Rufbereitschaft wurde das Einkommen des Klägers um Beträge zwischen ca. 250,- EUR brutto bis ca. 529,- EUR brutto monatlich abgesenkt. Nach den Angaben des Klägers betrug seine Vergütung im Januar und Februar 2003 3.250,- EUR brutto bzw.

3.280,- EUR brutto. Ab Juni 2003 belief sich seine Vergütung auf 2.886,20 EUR brutto.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass die Entziehung der Rufbereitschaft durch die Beklagtenseite rechtsunwirksam sei.

1. Die Klage ist zulässig. Es bestehen keine Bedenken gegen den Feststellungsantrag. Der Kläger hat ein Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO an der alsbaldigen Feststellung darüber, ob der Entzug der Rufbereitschaft ab Sommer 2003 gerechtfertigt war oder nicht.

Dem Feststellungsinteresse steht nicht entgegen, dass der Kläger ggf. auch Zahlungsklage hätte erheben können. Die Beklagtenseite hat zu Recht darauf verwiesen, dass die tatsächliche Vergütung der Rufbereitschaft neben der Grundvergütung monatlich schwankend war und ist, je nach Arbeitseinsätzen. Aus diesem Grunde lässt sich kein exakter monatlicher Betrag einklagen. Zum anderen hängen mit dieser Feststellung noch verschiedene andere Rechtsprobleme zusammen, wie z.B. die Frage der Auslagerung der Immobilienverwaltung, der Einsatzpläne und Einsatzverpflichtungen des Klägers und der Höhe anderer vergütungsabhängiger Bezüge.

2. Der Feststellungsantrag ist begründet. Die Beklagtenseite war nicht berechtigt, dem Kläger die Rufbereitschaft und die entsprechenden Vergütungsgrundlagen einseitig per Direktionsrecht zu entziehen.

In § 5 des Arbeitsvertrages ist zwar geregelt, dass im Wechsel mit zwei anderen Hausmeistern Bereitschaftsdienst „zu versehen ist“. Diese Regelung beinhaltet jedoch entgegen der Ansicht des beklagten Landes nicht nur eine einseitige Anordnungsbefugnis der Arbeitgeberseite. Vielmehr folgt aus dieser Regelung neben der Pflicht, auch das Recht des Arbeitnehmers auf die Durchführung der Rufbereitschaft und die entsprechende Vergütung.

Dadurch hat der Arbeitnehmer das Recht auf eine Grundvergütung für die Rufbereitschaft und die entsprechende Einsatzvergütung, wenn sein Tätigwerden erforderlich wird.

Hätte die Arbeitgeberseite sich das Recht zum jederzeitigen Entzug der Rufbereitschaft vorbehalten wollen, wäre dies ohne weiteres in einer entsprechenden vertraglichen Regelung möglich gewesen. Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagtenseite jedoch das Recht auf einseitige Bestimmung des Bereitschaftsdienstes bzw. auf einseitigen Entzug und Wegfall der Rufbereitschaft nicht vorbehalten.

Die entsprechenden Arbeiten an den Immobilien, Wartung, Winterdienst, Pflege der technischen Anlagen etc., Notfalldienste sind auch weiterhin erforderlich. Das beklagte Land hat diese Tätigkeiten an die Hessische Immobilien GmbH (HIM) ausgelagert. Insoweit handelt es sich um eine unternehmerische Entscheidung, die arbeitsrechtlich nicht zu überprüfen ist. Dies gilt insbesondere deshalb, da nicht ersichtlich ist, dass diese Auslagerung willkürlich oder grob unsachlich wäre.

Für das Arbeitsverhältnis der Parteien bedeutet dies, dass

die Beklagte ggf. verpflichtet und berechtigt wäre, das Arbeitsverhältnis der Parteien wegen der Rufbereitschaft durch Änderungskündigung umzugestalten, soweit entsprechende betriebsbedingte Gründe durch Wegfall der Tätigkeiten und die weiteren notwendigen rechtlichen Voraussetzungen gegeben wären.

3. Die gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil vorzunehmende Festsetzung des Gegenstandswertes folgt aus § 9 ZPO, § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG a.F., § 42 GKG n.F. Das Gericht ist dabei vom 36-fachen Differenzbetrag in Höhe von 375,- EUR ausgegangen.

■ **Arbeitsgericht Marburg**

vom 30. Juli 2004, 2 Ca 655/03, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Fridhelm Faecks, Wilhelmstraße 27, 35037 Marburg, Tel.: 06421 / 17 11 0, Fax: 21 98 5;

E-mail: anwalt@kanzlei-geilhof.de; www.kanzlei-geilhof.de

36. Schulhausmeister, Voraussetzungen zur Begründung der Pflicht, eine Werkdienstwohnung zu nutzen, Bedeutung des Inhalts einer Stellenausschreibung

1. § 6 Abs. 5 BZT – A/NRW spricht nicht die Verpflichtung des Schulhausmeisters aus, eine Werkdienstwohnung zu benutzen sondern setzt voraus, dass eine solche Verpflichtung entstanden ist. Eine originäre Begründung, die Dienstwohnung zu benutzen, enthält diese Tarifvertragsvorschrift nicht (unter Bezugnahme auf LAG Köln vom 01.10.1999 – Az. 4 Sa 515/99).

2. Die Kammer geht davon aus, dass die Verpflichtung der Schulhausmeisters, eine Werkdienstwohnung zu benutzen, eine Nebenabrede im Sinne des § 4 Abs. 2 BAT darstellt, die zu ihrer Gültigkeit schriftlich niedergelegt werden muss. Hinzu kommt, dass das Schriftformerfordernis in § 4 Abs. 2 BAT konstitutive Wirkung hat. Da schon eine schriftliche Vereinbarung über den Bezug der Werkdienstwohnung nicht gegeben ist, ergibt sich arbeitsvertraglich im Hinblick auf § 4 Abs. 2 BAT keine Verpflichtung, diese zu benutzen.

3. Auch aus § 65 BAT ist eine entsprechende Verpflichtung nicht zu entnehmen. Nach dieser Vorschrift gelten für die Zuweisung von Dienstwohnungen und für die Bemessung der Dienstwohnungsvergütung die Bestimmungen des Arbeitgebers über Dienstwohnungen in der jeweiligen Fassung. Der Verweis auf die DWVA (Dienstwohnungsvorschriften für Angestellte und Arbeiter) enthalten eine Regelung über eine Nutzungsverpflichtung nicht.

4. Da weder im Arbeitsvertrag, noch sonst eine schriftliche Verpflichtung zur Benutzung der Werkdienstwohnung gegeben ist, konnte im vorliegenden Fall auch die Stellenausschreibung, nach der der Bewerber „bereit sein musste, die Dienstwohnung am Schulgelände zu beziehen“ und auf die hin sich der Kläger bei der beklagten Gemeinde gemeldet hatte, keine Verpflichtung begründen. Zwar wird dort gefordert, dass Bewerber bereit sein müssen, die Dienstwohnung am Schulgelände zu beziehen, hierfür mögen gute Gründe sprechen. Auf

der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass es mittlerweile durchaus gängig ist, dass der Schulhausmeister eben nicht im oder unmittelbar am Schulgebäude wohnt. Wenn die in der Stellenausschreibung erwartete Bereitschaft, die Dienstwohnung am Schulgebäude zu beziehen, Bestandteil des Arbeitsvertrages sein soll, hätte die beklagte Gemeinde dies unter Beachtung des § 4 Abs. 2 BAT schriftlich im Arbeitsvertrag regeln müssen. Dieses ist jedoch nicht geschehen.

■ **Arbeitsgericht Rheine**

vom 12. Oktober 2004, 1 Ca 901104 (noch nicht rechtskräftig) eingereicht von Rechtsanwalt Klaus Körner, Ringeler Str. 19, 49525 Lengerich, Tel.: 05481 / 9446-0, Fax: 9446-26

37. Sonderzahlung, Auslegung, Berufssportler, Handgeld, auflösende Bedingung, Klagefrist

1. Unter einer vereinbarten „Sonderzahlung“ im Arbeitsvertrag ist i.d.R. eine unregelmäßige Entgeltzahlung in einem bestehenden Arbeitsverhältnis zu verstehen.

Jedenfalls dann, wenn die vereinbarte Sonderzahlung für eine jeweilige Saison (Spielzeit) zu einem datenmäßig bestimmten Fälligkeitstermin vereinbart ist, verbietet es sich, diese vereinbarte Leistung als geschuldetes Handgeld auszulegen, welches unabhängig vom Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Fälligkeitstermin geschuldet ist.

2. Um nicht die Beendigung des Arbeitsvertrages durch Eintritt einer vereinbarten auflösenden Bedingung eintreten zu lassen, muss binnen drei Wochen nach Eintritt der Bedingung Klage erhoben werden, §§ 21, 17 TzBfG, 5 bis 7 KSchG.

■ **Landesarbeitsgericht Köln**

vom 14. Mai 2003, 8 Sa 16/03, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 10 AZN 455/03

38. Urlaub, konkludente Urlaubsgewährung

Lehnt der Arbeitgeber lediglich die Verlängerung eines bereits bewilligten Urlaubs ab, ohne sich zum weiteren Antrag des Arbeitnehmers auf andere Urlaubszeiträume zu äußern, so liegt hinsichtlich dieser eine konkludente Bewilligung vor.

Landesarbeitsgericht Berlin

vom 20. August 2004, 6 Sa 777/04

39. Variable Vergütung, Vertragsanpassung bei dividendenabhängiger Gewinnbeteiligung

1. Eine Kapitalerhöhung aus Eigenmitteln, die sich auf die Höhe der beschlossenen Dividendensumme und die Zahl der dividendenberechtigten Aktien nicht auswirkt, führt bei einer Gewinnbeteiligung, die sich an der Höhe der Dividende pro Aktie orientiert, zu keiner Veränderung der Berechnungsformel.

2. Eine Kapitalerhöhung aus Eigenmitteln unter gleichzeitiger Ausgabe dividendenberechtigter Gratisaktien ist durch die Anpassung der Berechnungsformel zu kompensieren; die Reduzierung der Dividende pro Aktie ist rechnerisch auszu-

Allgemeines Vertragsrecht

gleichen. Dies gebietet § 215 Abs. 3 AktG, der auch den Arbeitnehmer, dem eine dividendenabhängige Gewinnbeteiligung zugesagt ist, vor den Nachteilen einer Kapitalerhöhung schützt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 26. Juli 2004, 9 (7) Sa 154/03, Rev. zugel.

40. Zeugnis, dienstliche Beurteilung, Fehlerhaftigkeit durch Vorgaben, Erfordernis von Beurteilungstatsachen, Darlegungs- und Beweislast, Entfernungsanspruch ohne Ausschlussfrist (§ 70 BAT), Personalratsmitglied

1. Dienstliche Beurteilungen sind grundsätzlich zulässig. Der Arbeitgeber darf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer beurteilen und die Beurteilung in der Personalakte festhalten. Der Arbeitnehmer kann nur verlangen, dass der Arbeitgeber dabei auf seine berechtigten Interessen Rücksicht nimmt. Die Beurteilungen müssen in der Sache zutreffen und ordnungsgemäß zustande gekommen sein. Sie dürfen den beruflichen Werdegang des Arbeitnehmers nicht in unzulässiger Weise behindern. Dabei müssen im Einzelfall die beiderseitigen Interessen gegeneinander abgewogen werden (BAG, Urteil vom 28.03.1979 – 5 AZR 80/77 – AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG). Beurteilungen sollen ein möglichst objektives und vollständiges Bild der Person, der Tätigkeit und der Leistung des Beurteilten geben (BAG, Urteil vom 19.08.1992 – 7 AZR 262/91 – BAGE 71, 110). Dem Arbeitgeber steht bei der Beurteilung ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Dienstliche Beurteilungen sind deshalb nur beschränkt nachprüfbar. Sie können nur daraufhin kontrolliert werden, ob der Beurteiler allgemeine Beurteilungsmaßstäbe beachtet, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und ein fehlerfreies Verfahren eingehalten hat (BAG, Urteil vom 08.05.2001 – 9 AZR 208/00 – EzA Nr. 60 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht).

2. Diese Grundsätze gelten auch für die Beurteilung von Personalratsmitgliedern. Das Recht des Arbeitgebers, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung eines Personalratsmitgliedes zu beurteilen und die Beurteilung in der Personalakte festzuhalten, ist begrenzt, wenn der Zeitaufwand für die Ausübung des personalvertretungsrechtlichen Ehrenamts eine zutreffende dienstliche Beurteilung der Arbeitsleistung nicht (mehr) zulässt. Das ist nicht nur bei einer vollständigen Freistellung des Personalratsmitgliedes, sondern auch dann anzunehmen, wenn die Teilfreistellung zur Folge hat, dass die geschuldete Arbeit nur an wenigen Tagen geleistet wird und deshalb für eine zutreffende dienstliche Beurteilung keine hinreichende Beurteilungsgrundlage (mehr) besteht. Eine Beurteilung aufgrund von nicht mehr repräsentativen Teilleistungen ist ausgeschlossen, weil die dienstliche Beurteilung ein objektives und möglichst vollständiges Bild der Person, der nach dem Arbeitsvertrag oder Dienststellung geschuldeten Tätigkeit und der Leistung des Beurteilten

geben soll (BAG, Urteil vom 19.03.2003 – 7 AZR 334/02 – ZTR 2004, 50; BAG, Urteil vom 19.08.1992 a.a.O.).

Nach Ziffer 11 der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums für Kultus über die dienstliche Beurteilung der Lehrer an öffentlichen Schulen einschließlich der Funktionsstelleninhaber vom 21.04.1998 ist die Beurteilung vor ihrer Erstellung mit dem zu Beurteilenden zu besprechen. Gegenstand des Gesprächs sind die festgestellten Tatsachen, die zur Grundlage der Beurteilung zu machen beabsichtigt sind. Demnach hat der Arbeitnehmer ein Recht darauf, dass er bei dieser Besprechung die Gründe erfährt, die für die Beurteilung maßgebend waren.

3. Die Beurteilung ist durch Tatsachen zu begründen. Nur durch diese Begründungspflicht wird sichergestellt, dass das zusammenfassende Werturteil eines Dienstvorgesetzten sachlich richtig ist.

Auch für einen möglichen Rechtsstreit ist die Begründungspflicht von Bedeutung. In einem gerichtlichen Verfahren kann nachgeprüft werden, ob die der Bewertung zugrunde liegenden Tatsachen zutreffen und ob die Bewertung unter Einräumung eines Beurteilungsspielraums nach den zur Begründung vorgetragenen Tatsachen zu rechtfertigen ist. Dem Arbeitnehmer kann nicht zugemutet werden, zu jedem einzelnen Beurteilungsmerkmal Tatsachen vorzutragen, die eine günstigere Beurteilung rechtfertigen können. In erster Linie muss der Arbeitgeber bzw. der Dienstvorgesetzte seine Beurteilung durch Darlegung von Tatsachen begründen. Der Arbeitnehmer braucht dann nur noch die Tatsachen vorzutragen, die der Beurteilende nach seiner Ansicht zu Unrecht nicht berücksichtigt hat, obwohl sie eine bessere Beurteilung rechtfertigen könnten (BAG, Urteil vom 28.03.1979, a.a.O.).

4. Erfolgt die Beurteilung auf der Grundlage einer Verwaltungsvorschrift, die die Erwartung eines zahlenmäßig dargestellten Beurteilungsspektrums („es ist zu erwarten“, „etwa 25 % der Lehrer werden voraussichtlich erhalten“), äußert und die Gesamtnote 2 als Spitzenleistung bezeichnet, die Möglichkeit einer Gesamtnote 1, die über die angesprochene Spitzenleistung noch hinausgeht, aber unerwähnt lässt, ist die Beurteilung insgesamt unzulässig.

Die Behauptung, der Beurteiler habe sich durch den Inhalt des Merkblatts in seinem Beurteilungsverhalten nicht beeinflussen lassen, ist pauschal und ermöglicht keine näheren Feststellungen. Das Vorliegen des Merkblattes lässt zwar nicht zwingend darauf schließen, dass eine Einflussnahme tatsächlich stattgefunden hat. Demgegenüber lässt sich die Eignung einer Einflussnahme von vornherein deshalb nicht ausschließen, weil die vorgesetzte Behörde mit ihrem Merkblatt dessen Beachtung verlangt. Nähere Tatsachen, die darauf schließen lassen, dass der Beurteiler die dem Merkblatt zu entnehmenden Vorgaben unbeachtet gelassen hat, hat der Beklagte vor diesem Hintergrund nicht dargelegt. Dies gilt in Bezug auf das Spektrum der tatsächlich vergebenen

Einzelnoten sowie auch in Bezug auf das Gesamtspektrum der Beurteilungen.

5. Der Anspruch, eine dienstliche Beurteilung aus der Personalakte zu entfernen, unterliegt nicht der tarifvertraglichen Ausschlussfrist.

Das Bundesarbeitsgericht hat für den Fall einer Abmahnung entschieden, dass ein Entfernungsanspruch kein Anspruch i.S.d. § 70 BAT-0 ist (BAG, Urteil vom 14.12.1994–5 AZR 137/94 – AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abmahnung).

Für den Anspruch auf Entfernung einer dienstlichen Beurteilung kann nichts anderes gelten.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht vom 18. Februar 2004, 10 Sa 666/03

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: –24;

E–mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

41. Unwirksamkeit der Zusage des Sondervorteils wegen fehlender Zustimmung der Anteilseigner, Nichtigkeit wegen Formmangels § 125 BGB i.V.m. §§ 5 Abs. 1 Ziffer 8, 6 Umwandlungsgesetz wegen fehlender Offenlegung und Beurkundung eines Sondervorteils

Wird bei einer Verschmelzung entgegen § 5 Abs. 1 Ziffer 8 Umwandlungsgesetz ein Sondervorteil im Verschmelzungsvertrag nicht angegeben und auch entgegen § 6 Umwandlungsgesetz nicht notariell beurkundet, kann der Begünstigte die Leistung nicht verlangen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 26. August 2004, 2 Sa 463/02

Kündigungsschutzrecht

42. Allgemeine Feststellungsklage, Schleppnetzwerk, verlängerte Anrufungsfrist, Zurückverweisung an das Arbeitsgericht, Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, Information über eine Gegendarstellung zur mitgeteilten Abmahnung

1. Verbindet der Arbeitnehmer eine Klage gegen eine fristlose Kündigung gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG mit einem allgemeinen Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO, schließt dessen Streitgegenstand regelmäßig eine weitere fristlose Kündigung, die dem Arbeitnehmer am selben Tag zu einem späteren Zeitpunkt zugestellt und zunächst nicht gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG angegriffen wurde (im Anschluss an BAG 27.01.1994 AP Nr 28 zu § 4 KSchG 1969) aus.

In entsprechender Anwendung des § 6 Satz 1 KSchG besteht eine verlängerte Anrufungsfrist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz. Wurde die weitere Kündigung bis zu diesem Zeitpunkt in den Rechtsstreit eingeführt

und hat das ArbG. den Arbeitnehmer nicht darauf hingewiesen, dass er eine dem Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG entsprechende Antragstellung vorzunehmen hat, kann dies noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (im Anschluss an BAG 16.04.2003, AP Nr 2 zu § 17 TzBfG). Der Rechtsstreit ist an das Arbeitsgericht zurückzuverweisen.

2. Auch soweit der Kläger die Auffassung vertreten hat, die Anhörung des Betriebsrats sei nicht ordnungsgemäß, weil die Beklagte diesen nicht darüber informiert hat, dass er eine Gegendarstellung zur Abmahnung abgegeben und auch deren Inhalt nicht mitgeteilt hat, kann ihm nicht gefolgt werden. Dem Grundsatz der subjektiven Determination der Kündigungsgründe im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG entspricht es, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur die Gründe mitzuteilen hat, auf die er die auszusprechende Kündigung zu stützen gedenkt. Deshalb braucht er Umstände, die er nicht für entlastend hält, dem Betriebsrat nicht mitzuteilen.

Zwar kann es dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) entsprechen, dem Betriebsrat auch diejenigen Umstände mitzuteilen, die gegen den Ausspruch einer Kündigung sprechen. Eine Gegendarstellung des Arbeitnehmers zu einer ihm erteilten Abmahnung ist dem Betriebsrat daher mitzuteilen, wenn der Arbeitgeber die Kündigung damit begründet, nach einschlägiger Abmahnung wegen mehrerer Pflichtverstöße des Arbeitnehmers müsse nun der neuerliche Verstoß geahndet werden, und dadurch der Eindruck erweckt wird, die in der Abmahnung erhobenen Vorwürfe würden vom Arbeitnehmer nicht bestritten (BAG, Urteil vom 31.08.1989, AP Nr. 1 zu § 77 LPVG Schleswig-Holstein). Dagegen bedarf es keiner Mitteilung an den Betriebsrat, dass der Arbeitnehmer eine Gegendarstellung zu einer Abmahnung abgegeben hat, wenn ein Zusammenhang zwischen den in der Abmahnung erhobenen Vorwürfen und den Kündigungsgründen fehlt.

Das ist zum Beispiel nicht der Fall, wenn mit der Kündigung Vorwürfe geahndet werden, die den sog. Vertrauensbereich des Arbeitsverhältnisses betreffen., während mit der Abmahnung eine Verletzung der Leistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis gerügt wird. Es handelt sich mithin nicht um eine „einschlägige“ Abmahnung.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 9. Juni 2004, 9 Sa 202/04, Rev. zugel.

43. Annahmeverzug Arbeitgeber; Böswilliges Unterlassen einer anderweitigen Beschäftigung nach §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG; Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers nach § 254 BGB

Die Parteien streiten über die Zumutbarkeit anderweitiger Tätigkeiten während des Annahmeverzugs des beklagten Arbeitgebers.

Kündigungsschutzrecht

1. Der Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn er vorsätzlich grundlos Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird (st. Rspr. des BAG seit 18.10.1958–2 AZR 291/58). Böswilligkeit setzt dabei nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Es genügt das vorsätzliche Ausserachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten zumutbaren Gelegenheit zur Erwerbsarbeit, wobei die Frage der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu bestimmen ist (BAG AP Nr. 2 und Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit).

2. Eine bloße Gehaltseinbuße von 20 % im Vergleich zur bisherigen Beschäftigung lässt es als zweifelhaft erscheinen, die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit als unzumutbar anzusehen, wenn die übrigen Bedingungen vergleichbar sind (darauf kam es vorliegend nicht an). Denn immerhin darf ein Arbeitnehmer, der sich gegen eine Kündigung wehrt, gleichzeitig aber einer alternativen Tätigkeit nachgeht, darauf hoffen, dass ihm der Differenzlohn nach erfolgreichem Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens ausgeglichen wird.

3. Die Tätigkeit bei einer Personalleasinggesellschaft mit den daraus resultierenden unterschiedlichen und häufig wechselnden Einsatzmöglichkeiten und -orten ist für sich genommen geeignet, eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen anzunehmen. Selbiges ist anzunehmen, wenn durch die Bezeichnung „kaufmännische Tätigkeiten“ und „vorübergehend weniger qualifizierte Tätigkeiten“ im Arbeitsvertrag der Leasinggesellschaft Aufgaben für den Kläger vorbehalten sind, die den bisher ausgeübten technischen Tätigkeiten sowie den Fertigkeiten des Klägers nicht entsprechen.

Allein diese weitgehenden Tätigkeitsbezeichnungen im Arbeitsvertragsangebot der Personalleasingfirma führen insofern weit zur Unzumutbarkeit der Aufnahme dieser Tätigkeiten.

4. Die Pflicht zur Aufnahme der Tätigkeit bei der Personalleasingfirma lässt sich nicht mit einer Schadensminderungspflicht des Klägers nach § 254 Abs. 2 BGB begründen.

Einem Geschädigten obliegt es im Sinne dieser Bestimmung zwar, alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um die verbliebene Arbeitskraft so nutzbringend wie möglich zu verwerten. Das ist mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers jedoch nicht zu vergleichen. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers ist nach § 615 S. 1 BGB bzw. § 11 KSchG der trotz Nichtleistung der Arbeit bestehende Erfüllungsanspruch und kein Schadensersatzanspruch. Der Arbeitgeber kann jederzeit den Annahmeverzug beenden (BAG, Urt. v. 16.05.2000–9 AZR 203/99).

■ Arbeitsgericht Stuttgart
vom 11.02.2004, 30 Ca 8823/03,
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart,
Tel.: 0711 / 22 41 99–0, Fax: 0711 / 22 41 99–79; E-mail: www.shp-anwaltskanzlei.de; kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

44. Betriebsbedingte Kündigung eines „Consultant“, keine Begrenzung der Sozialauswahl durch nachträglich differenziertes Vergütungssystem und beschäftigungsbezogener Einsatz

Sachverhalt: Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Im Arbeitsvertrag heißt es: „§ 3 Tätigkeit: Das Arbeitsverhältnis bezieht sich auf eine Tätigkeit als Consultant. Herr (...) verpflichtet sich, seine Arbeitsleistung auch am Ort der betrieblichen Tätigkeit des Mandanten zu erbringen und die dafür notwendigen Reisen durchzuführen (...)“.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Der Kläger ist nach seinem Arbeitsvertrag generell als fachlicher Mitarbeiter für eine Tätigkeit als Consultant eingestellt worden. Er ist gerade nicht nur für den Bereich „Financial Services“ beschäftigungsbezogen eingeengt worden. Hiernach ist der Kläger grundsätzlich mit allen Consultants sozial vergleichbar.

2. Dieses wird auch nicht durch ein angeblich von der Beklagten zugrunde gelegtes differenziertes Vergütungssystem nach Vergütungsgruppen eingeschränkt. Mit dem Kläger ist ausdrücklich ein Festgehalt ohne Festlegung innerhalb einer bestimmten Vergütungsgruppe vereinbart worden. Im übrigen ist dem Betriebsrat eine solche lohnmäßige Differenzierung bezogen auf die Art der durchzuführenden sozialen Auswahl gar nicht mitgeteilt worden, so dass es der Beklagten nunmehr rechtlich verwehrt ist, solche Umstände hier im Kündigungsschutzprozess nachzuschieben.

3. Da die Beklagte hinsichtlich des Klägers gar keine Sozialauswahl durchgeführt hat, ist davon auszugehen, dass sie soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat. Die Beklagte ist nicht berechtigt gewesen von vornherein eine Sozialauswahl bezogen auf den Kläger allein deswegen zu unterlassen, weil sie fehlerhaft davon ausgegangen ist, dass wegen des Wegfalls des „Financial Services“ gar keine soziale Auswahl mehr vorzunehmen war. Eine solche war aber vorzunehmen, weil der Kläger auch mit den anderen Consultants grundsätzlich sozial zu vergleichen war.“

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 25. Juli 2003, 74 Ca 404/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47,

Fax: 030 / 31 50 67 49; E-mail: lampe@lsrw.de

45. Betriebsbedingte Kündigung; Sozialauswahl; Kinder auf Lohnsteuerkarte als Auswahlkriterium

Beim Auswahlkriterium „Unterhaltungspflichten“ im Rahmen der Auswahlentscheidung bei einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG sind beim Kindesunterhalt die objektiven Unterhaltungspflichten heranzuziehen und nicht die Unterhaltungspflichten für die auf der Lohnsteuerkarte angegebene Zahl der Kinder.

Im Rahmen der Sozialauswahl stellt der wirkliche Umfang der Unterhaltspflichten ein nicht auszuschließendes Indiz für das soziale und wirtschaftliche Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers dar. Daher ist das Sozialauswahlkriterium „in die Lohnsteuerkarte eingetragene Kinder“ nicht ausreichend, die Unterhaltsverpflichtungen zu würdigen. Die Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte können aus vielfältigen Gründen von der objektiven Anzahl der Kinder abweichen. Es steht den steuerpflichtigen Eltern frei, ob sie die Kinder auf die Lohnsteuerkarte des Mannes oder der Frau oder – aufgeteilt – auf beiden Steuerkarten eintragen lassen. Aussagen über die Unterhaltspflichten lassen sich davon nicht ableiten.

2. Es ist Sache des Arbeitgebers, sich über die tatsächlichen Unterhaltspflichten zu informieren (so auch v. *Hoyningen-Huene/Link*, KSchG § 1 Rn 465 und *APS/Kiel* § 1 KSchG Rn 725 – teilweise eingeschränkt *KR-Etzel* § 1 KSchG Rn 691, der von der grundsätzlichen Richtigkeit der Lohnsteuerkarte ausgeht).

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 06.04.2004, 4 Ca 669/03

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711 / 22 41 99–0, Fax: 0711 / 22 41 99–79; E-mail: www.shp-anwaltskanzlei.de; kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

46. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, vorgehende betriebliche Interessen, Auswahlrichtlinien, Leistungsträger

1. „Sozialpunkte“ aus einem vom Arbeitgeber ohne Vereinbarung mit dem Betriebsrat erstellten Auswahlschema können nicht zum alleinigen Sozialauswahlkriterium erhoben werden.

2. Eine nachträglich Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl kann nicht zu Lasten schutzwürdigerer Arbeitnehmer im Einvernehmen der Betriebsparteien, weder bei unterbliebener Rüge des Betriebsrats noch mit dessen ausdrücklicher Billigung, erfolgen (Die Betriebsparteien hatten von den gesetzlichen Möglichkeiten von § 1 Abs. 4 und § 1 Abs. 5 KSchG keinen Gebrauch gemacht).

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 12. August 2004, 9 Ca 2345/04

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462–0, Fax: -24; E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

47. Betriebsbedingte Kündigung, Unternehmerentscheidung, Darlegungslast, ultima-ratio-Prinzip, Entscheidung fest angestellte/geringfügig beschäftigte Aushilfen

1. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt war. Die Beklagte hat die Plausibi-

lität ihres Vortrags zum dauerhaften Wegfall von Arbeitsplätzen infolge rückläufigen Pflegebedarfs durch den mit der Berufung veränderten Begründungsansatz nicht erhöht. Während erstinstanzlich allein der Rückgang in den Pflegestufen 3 und 4 und die daraus folgende Notwendigkeit einer Kosteneinsparung von 1,08 Vollzeitstelle (VK) in den Mittelpunkt gestellt wurde, soll sich nach der Berufungsbegründung auf Grund der Durchschnittsbelegung der Einrichtung der Beklagten für die Jahre 2001, 2002 und 2003 in Verbindung mit den sog. Stellenschlüsseln für die verschiedenen Pflegestufen per Januar 2003 ein Personalüberhang von 1,6526 VK ergeben, der unter anderem die Entlassung der Klägerin erforderlich gemacht habe. Es bleibt unklar, von welchen Daten die Beklagte bei ihrer unternehmerischen Entscheidung ausgegangen ist und ob die Kündigungsmaßnahme „dringend“ im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gewesen ist. Eine Dringlichkeit lässt sich nur dann bejahen, wenn die personalreduzierende Maßnahme im Interesse der Erhaltung der Ertragsfähigkeit notwendig ist. Das ist von einem im Kündigungszeitpunkt rentabel arbeitenden Unternehmen besonders darzulegen (vgl. *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Auflage, Rn 953).

2. Es kann auf Grund des Vorbringens der Beklagten nicht sicher beurteilt werden, ob zur Erreichung des als notwendig erkannten Einsparziels die Kündigung der Klägerin unumgänglich war. Dies geht zu Lasten der Beklagten, die nach ausdrücklicher Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat, die die Kündigung bedingen. Es unterliegt nämlich auch der gerichtlichen Kontrolle, ob die unternehmerische Zielsetzung, die der Arbeitgeber mit der Kündigung verfolgt, nicht auch durch gleichgeeignete Alternativmaßnahmen verwirklicht werden kann (vgl. *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Rn 949 m.w.N.). Den konkreten Einwand der Klägerin, das Ziel sei auch durch den Abbau von sog. geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen erreichbar gewesen, hat die Beklagte letztlich nicht widerlegen können. Für eine solche Möglichkeit spricht in der Tat die nicht unerhebliche Zahl von geringfügig Beschäftigten bei der Beklagten, die ausweislich der von ihr vorgelegten Übersichten für Januar und Februar 2003 sogar noch von 9 im Januar auf 11 im Februar 2003 gestiegen ist.

Die Beklagte hat zwar im Ansatz nachvollziehbar ausgeführt, dass es bei der Umsetzung des Einsparvolumens nicht nur auf die abstrakte Stundenzahl, sondern auch auf die – gleichzeitige – Anwesenheit einer bestimmten Mindestanzahl von Personen ankomme, so dass ein schematischer Austausch eines Mitarbeiters mit 0,72 VK gegen vier geringfügig Beschäftigte nicht möglich sei. Die Beklagte hat aber auch mit der Berufung nicht näher dargelegt, wie viele ihrer geringfügig Beschäftigten mit welcher Arbeitszeit als „Springer“ bei dem urlaubs-, krankheits- und fortbildungsbedingten Ausfall der Vollzeitkräfte herangezogen werden, und vor allem nicht, welche Anzahl nach der betrieblichen Organisation zwingend

Kündigungsschutzrecht

notwendig ist. Ohne diese Angaben lässt sich die Mindestzahl von geringfügig Beschäftigten zur kurzfristigen Abdeckung von Beschäftigungsspitzen in den einzelnen Pflegebereichen nicht feststellen. Ob der Begründungsansatz überhaupt trägt, kann daher dahinstehen. Zweifel ergeben sich daraus, dass der Beklagten empfohlen worden ist, die Vorhaltung der Aushilfen auf ein Minimum zu reduzieren.

Ist die betriebliche Notwendigkeit der Vorhaltung einer bestimmten Mindestzahl von geringfügig Beschäftigten nach alledem nicht dargetan, so verstößt die Kündigung auch gegen die Grundsätze der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG. Unabhängig von den weiteren Sozialdaten der Klägerin, die Kündigungsschutz genießt, hätten jedenfalls die von ihr namentlich genannten geringfügig Beschäftigten ohne Kündigungsschutz zum damaligen Zeitpunkt vorrangig entlassen werden müssen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 3. Juni 2004, 6 Sa 252/04

48. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl aufgrund Auswahlrichtlinien, Geltungsbereich von Fehlern

Bestimmt sich die Sozialauswahl nach einer Auswahlrichtlinie, so kann sich nur der Arbeitnehmer auf einen Auswahlfehler berufen, dessen Arbeitsverhältnis sonst nicht gekündigt worden wäre.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 9. Juli 2004, 6 Sa 591/04, Rev. zugel., ebenso LAG Berlin vom 20. August 2004, 6 Sa 656/04

49. Betriebsbedingte Kündigung unwirksam bei unzureichender Information nach § 613 a BGB

1. Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt nicht bereits aus § 102 BetrVG.

Infolge eines wirksam anzusehenden Widerspruchs geht das Arbeitsverhältnis des Widersprechenden nicht auf den Betriebsübernehmer über. Im Falle der Kündigung des Widersprechenden ist deshalb der Betriebsrat des Betriebsveräußerers anzuhören.

2. Der in § 613 a Abs. 5 BGB normierten Unterrichtungspflicht wird nicht einmal ansatzweise ordnungsgemäß nachgekommen, wenn bis auf den geplanten Zeitpunkt des Übergangs keine ausreichenden Informationen über den Grund des Übergangs und insbesondere nicht hinsichtlich der für die Ausübung des Widerspruchsrechtes grundlegend wichtigen Informationen bezüglich der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für den Arbeitnehmer sowie bezüglich etwaiger hinsichtlich des Arbeitnehmers in Aussicht genommener Maßnahmen mitgeteilt werden.

3. Die Beklagte hat damit eine echte Rechtspflicht und nicht nur als bloße Obliegenheit ausgestaltete Pflicht zur ordnungsgemäßen Unterrichtung des betroffenen Arbeitnehmers verletzt.

Der Fall, dass der Arbeitnehmer infolge nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung, aus menschlich nachvollziehbarer Sorge bzw. Angst um den gesicherten Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses von seinem Widerspruchsrecht aus Unsicherheit Gebrauch macht, wird in der Praxis jedoch nach Überzeugung der Kammer mindestens ebenso häufig auftreten wie das Unterlassen des Widerspruches und kann nach Sinn und Zweck des § 613 a Abs. 5 BGB für den seine Pflicht verletzenden Arbeitgeber nicht folgenlos bleiben, denn durch die Unterrichtungspflicht sollen dem Arbeitnehmer ja gerade die maßgeblichen Entscheidungsgrundlagen für die Ausübung des Widerspruchsrechts verschafft werden.

Diese Pflicht soll den Arbeitnehmer nach Auffassung der erkennenden Kammer schützen und zwar vor einer nicht sachlich gerechtfertigten Entscheidung über die Ausübung seines Widerspruchsrechts und damit ebenso vor der sachlich nicht begründeten Ausübung des Widerspruchsrechts wie vor der unbegründeten Unterlassung des Widerspruches.

Die erkennende Kammer hält es für gerechtfertigt, die infolge des auf unzureichende Unterrichtung erfolgten Widerspruches auf fehlende Beschäftigungsmöglichkeit gestützte Kündigung durch den die Unterrichtungspflicht verletzenden Arbeitgeber als unwirksam anzusehen.

Denn der die Unterrichtungspflicht verletzende Arbeitgeber verhält sich nach Auffassung der Kammer im Sinne des § 242 BGB treuwidrig, wenn er, obwohl er durch seine Rechtsverletzung kausal für die Ausübung des Widerspruches geworden ist, sich sodann darauf beruft, dass für den widersprechenden Arbeitnehmer im verbleibenden Betrieb keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr vorhanden ist. Der die Unterrichtungspflicht verletzende Arbeitgeber kann sich mithin auf den Wegfall des Arbeitsplatzes nicht berufen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 29. April 2004, 18 Sa 2424/03
eingereicht von Rechtsanwalt Lutz Seybold, Potsdamer Straße 99, 10785 Berlin, Tel.: 25 43 96-0, Fax: 25 43 96 1; E-mail: raeburghardt@potsdamer-strasse-99.de

50. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich; Namensliste; Darlegungslast; abgestufte Darlegungs- und Beweislast; sekundäre Darlegungslast; Betriebsratsanhörung; Bestreiten mit Nichtwissen; Erkundigungsobliegenheit des Arbeitnehmers

1. Hat der Arbeitgeber das Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste i.S.d. § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG i.V.m. § 111 BetrVG dargelegt und ggf. bewiesen, führt dies zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast (st. Rspr. des BAG, vgl. BAG [24.02.2000] – 8 AZR 180/99 – NZA 2000, 785 (788)). Gleichwohl gelten uneingeschränkt auch die allgemeinen Grundsätze der abgestuften Darlegungslast. Dies kann hinsichtlich des Wegfalls des Arbeitsplatzes zu einer sekundären Darlegungslast des Arbeitgebers führen, wenn der Arbeitnehmer bezüglich der betrieblichen Erfordernisse keine

genügenden Kenntnisse hat oder haben kann (Abgrenzung zu BAG [07.05.1998] – 2 AZR 536/97 – NZA 1998, 933 (934) = AP KSchG 1969 Namensliste Nr. 1).

2. Es ist möglich, dass der Arbeitgeber seiner sekundären Darlegungslast schon durch Vorlage eines qualifizierten Interessenausgleichs, der Ausführungen zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen enthält, oder durch seine Darlegung des Inhalts der Betriebsratsanhörung entspricht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer oder sein Prozessvertreter präsenzte Vorkenntnisse aus früheren Kündigungsschutzverfahren hat.

3. Bei einem Interessenausgleich mit Namensliste gelten für die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG keine Besonderheiten. Die Anforderungen an die Darlegung einer ordnungsgemäßen Anhörung sind nicht erleichtert, aber auch nicht erhöht. Der Arbeitgeber kann im Rahmen der Anhörung nach § 102 BetrVG auf seine Unterrichtung im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen verweisen (vgl. BAG [28.08.2003] – 2 AZR 377/02 – EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 4 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 134).

4. Erklärt der Betriebsrat in einem Interessenausgleich mit Namensliste, er sei „in Folge der Erörterungen im Rahmen der Interessen- und Sozialplanverhandlungen und in Zusammenhang mit der Erstellung der Namensliste umfassend über die Kündigungsgründe (dringendes betriebliches Erfordernis der Kündigung und Gründe für die Sozialauswahl) informiert, so dass es keiner weiteren Informationen im Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG bedarf, so begründet dies zwar weder die Vermutung noch den Anschein einer ordnungsgemäßen zeitnah nachfolgenden Anhörung, jedoch ist dies im Rahmen des § 286 ZPO zu berücksichtigen (in einem Fall der Bestätigung einer ordnungsgemäßen Anhörung im Interessenausgleich offen lassend BAG [28.08.2003] – 2 AZR 377/02 – EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 4 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 134; wohl weitergehend BAG [02.12.1999] – 2 AZR 757/98 – NZA 2000, 531 (533)).

5. Legt der Arbeitgeber im Einzelnen eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung dar, darf der Arbeitnehmer diese nur dann mit Nichtwissen bestreiten, wenn ihm eine Erkundigung beim Betriebsrat nicht möglich oder unzumutbar ist oder eine erteilte Auskunft unbrauchbar ist (ebenso schon LAG Köln [07.08.1998] – 11 Sa 218/98 – LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 72 = MDR 1999, 303; LAG Köln [31.01.1994] – 3 Sa 1136/96 – LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 38; implizit auch BAG [12.02.1997] – 7 AZR 317/96 – NZA 1997, 941 (942) (Personalratsanhörung); gegen BAG [16.03.2000] – 2 AZR 75/99 – NZA 2000, 1332 (1335) und h.M.). Die Anforderungen an der Darlegung dieser Voraussetzung sind allgemein und insbesondere bei einem Interessenausgleich mit Namensliste gering zu halten.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 11. August 2004, 7 Ca 6272/04, Berufung zugel.

51. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Anzeige gegen Arbeitgeber

Die Erstattung einer Anzeige des Arbeitnehmers beim Amt für Arbeitsschutz wegen Verletzungen des ArbZG rechtfertigt jedenfalls dann keine fristlose Kündigung, wenn sie nicht auf der alleinigen Absicht beruht, den Arbeitgeber zu schädigen und wenn der Arbeitnehmer zuvor vergeblich versucht hat, den Arbeitgeber zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu veranlassen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 10. Juli 2004, 5 Sa 151/03

52. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, ordentlich unkündbare Arbeitnehmerin, soziale Auslauffrist, Krankenschwester, Beleidigung, Verhältnismäßigkeit, Beweiswürdigung, Zeugenbeweis

1. Nach dem Wortlaut der Aussage der Zeugin G vor dem Arbeitsgericht soll die Klägerin in der fraglichen Nacht zu der Zeugin gesagt haben, sie sei kein Mensch, sondern ein Stück Vieh.

a) Eine solche Äußerung einer Krankenschwester gegenüber einer älteren, bettlägerigen hilflosen Patientin ist grundsätzlich geeignet ist, einen wichtigen Grund für den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung darzustellen. Sie stellt eine erhebliche Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten einer Krankenschwester dar, denn sie verletzt den Patienten in empfindlichem Maße in seinem aus seiner Menschenwürde folgenden Achtungsanspruch.

b) Dabei wird nicht verkannt, das Krankenschwestern und -pfleger, insbesondere wenn sie im Nachtdienst tätig sind, regelmäßig mit physisch wie psychisch erheblichen Belastungen konfrontiert sind. Zu den typischen Belastungen gehört es auch immer wieder, Patienten versorgen zu müssen, die in ihrer Hilflosigkeit ihre Notdurft im Bett verrichtet haben. Von einer Krankenschwester muss erwartet werden können, dass sie solche zu ihrem Berufsbild gehörenden Aufgaben zu bewältigen versteht, ohne dass sich ihre damit verbundene verständliche emotionale Anspannung in offener Aggressivität gegenüber dem entsprechenden Patienten auslebt. Es kann für einen Arbeitgeber unzumutbar werden, eine Pflegekraft weiterzubeschäftigen, die sich dieser beruflichen Anforderung an ihre Selbstdisziplin nachhaltig nicht gewachsen zeigt.

2. Auch eine solche Äußerung, wie sie die Zeugin G in ihrer Vernehmung vor dem Arbeitsgericht geschildert hat – und erst recht eine solche, wie sie die Beklagte abweichend von dem von der Zeugin geschilderten Wortlaut in ihrem Kündigungsschreiben wörtlich wiedergegeben hat – stellt jedoch keinen absoluten außerordentlichen Kündigungsgrund schlechthin dar. Vielmehr sind wie stets bei der Beurteilung eines sog. wichtigen Grundes für eine außerordentliche Kündigung sowohl nach § 16 Abs. 1 AVR wie auch nach § 626 Abs. 1 BGB stets alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen

Kündigungsschutzrecht

und vor diesem jeweiligen konkreten individuellen Fallhintergrund die Interessen des Dienstgebers und des Mitarbeiters abzuwägen.

Bei Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls gelangt das Berufungsgericht zu der Überzeugung, dass sich die auf den Vorfall in der Nacht vom 03. auf den 04.10.2002 gestützte außerordentliche Kündigung der Beklagten gegenüber der Klägerin auch dann als unverhältnismäßig erweist, wenn man der Aussage der Zeugin G vor dem Arbeitsgericht in ihrem Kern Glauben zu schenken geneigt wäre.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis der Klägerin im Zeitpunkt des hier streitigen Vorfalls bereits seit annähernd 16 Jahren Bestand hatte. Je länger ein Arbeitsverhältnis andauert, desto größer ist der darin erworbene soziale Besitzstand, desto schwerer wiegt der Verlust eines solchen Arbeitsverhältnisses und desto strenger sind die Anforderungen, die an die Rechtfertigung einer einseitigen Beendigung eines solchen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber zu stellen sind. Dies zeigt sich zum Beispiel sinnfällig daran, dass nach § 14 Abs. 5 AVR eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung gegenüber einer Mitarbeiterin, die so lange beschäftigt ist wie die Klägerin, gar nicht mehr möglich ist.

Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung bedeutet auf der anderen Seite aber keineswegs, dass an den „wichtigen Grund“ für die Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung im Sinne von § 16 Abs. 1 AVR bzw. § 626 Abs. 1 BGB nunmehr geringere Anforderungen zu stellen wären als sonst üblich.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte der Klägerin vorliegend bei Ausspruch der außerordentlichen Kündigung eine sog. soziale Auslaufrfrist gewährt hat.

3. Der arbeitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auch ultima-ratio-Prinzip genannt, besagt bezogen auf die außerordentliche Kündigung, dass der Ausspruch einer solchen Kündigung als äußerstes und härtestes Mittel der arbeitgeberseitigen Interessenwahrung nur dann in Betracht kommt, wenn dem Arbeitgeber kein anderes milderes Sanktionsmittel zur Verfügung steht, um seine berechtigten Interessen ausreichend wahren zu können. Steht ein solches milderes Mittel zur Verfügung, ist es dem Arbeitgeber nicht unzumutbar, das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist fortzusetzen.

a) Die Beklagte führt nachvollziehbar aus, dass sie bei Bekanntwerden eines derartigen Vorfalls, um ihren guten Ruf fürchten müsste. Sie hat daraus die ebenso nachvollziehbare Schlussfolgerung gezogen, dass sie derartigen Patientenbeschwerden nachgehen müsse, dass sie sich, wenn sie die Beschwerden als berechtigt ansieht, schützend vor die Patienten stellen müsse und dafür Vorkehrungen tragen müsse, dass sich derartige Vorfälle nicht wiederholen könnten.

b) Alle diese Voraussetzungen hätte die Beklagte im vorliegenden Fall jedoch auch dann erfüllen können, wenn sie es, statt eine außerordentliche Kündigung auszusprechen, noch

einmal beim Ausspruch einer eindringlichen Abmahnung belassen hätte. Die Beklagte hat nämlich für die beschwerdeführende Patientin deutlich sichtbar die Beschwerde keineswegs auf sich beruhen lassen. Sie hat durch vorübergehende Verletzung der Klägerin auf eine andere Station dem Wunsch der Zeugin Rechnung getragen, während ihres damaligen Krankenhausaufenthaltes nicht mehr von der Klägerin gepflegt zu werden. Darüber hinaus hätte sie auch mit dem Ausspruch einer Abmahnung anstelle einer außerordentlichen Kündigung ein für die beschwerdeführende Patientin deutliches Zeichen gesetzt, dass ihr Anliegen, eine Wiederholung solcher Vorfälle zu verhindern, ernst genommen wird, und ihr darüber hinaus sogar eine gewisse Genugtuung verschafft. Bei der Beurteilung des Einzelfalls darf nämlich auch nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die Klägerin noch am selben Tage des Vorfalls bei der Zeugin entschuldigt hat, wobei es wiederum nicht darauf ankommt, ob dies in Erkenntnis eines eigenen Fehlverhaltens geschah oder, wie die Klägerin ausführt, um mögliche Missverständnisse aus der Welt zu schaffen und der Patientin mögliche Ängste zu nehmen. Die Entschuldigung der Klägerin wurde von der Zeugin G auch angenommen.

c) Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Zeugin nach dem Vorfall, der zu ihrer Beschwerde geführt hatte, lieber nicht mehr von der Klägerin gepflegt werden wollte. Sie hat aber der Klägerin ihr Verhalten vergeben, weil ihr gerade nicht daran gelegen war, dass die Klägerin ihre Stelle im Krankenhaus verlor. Wenn aber nicht einmal der nach Einschätzung der Beklagten unmittelbar Geschädigten an einer Kündigung der Klägerin gelegen war, ist nicht ersichtlich, warum in Anbetracht dieses Vorfalls der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung für die Beklagte der einzige Weg gewesen sein sollte, ihren guten Ruf und damit ihre berechtigten Interessen zu wahren.

d) Schließlich passt der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung auch nicht zu der Ausführung der Beklagten, wonach die leitende Pflegekraft die Klägerin veranlasst habe, sich bei der Zeugin G. zu entschuldigen, um der Klägerin damit „eine Chance zu geben“.

5. a) Um den Wortlaut einer Zeugenaussage in bestimmten Punkten als nicht hinreichend glaubhaft werten zu können, kommt es nicht darauf an, den Zeugen der subjektiven Lüge oder der objektiven Unwahrheit zu überführen. Es reicht vielmehr aus, wenn der Inhalt der Zeugenaussage, die Art und Weise, wie der Zeuge seine Aussage macht und vor Gericht auftritt, welchen Eindruck seiner Persönlichkeit er hinterlässt oder sonstige Umstände das Gericht daran hindern, davon überzeugt zu sein, dass der Inhalt der Zeugenaussage den Tatsachen entspricht. Ein Grundsatz, dass der Wortlaut einer Zeugenaussage „im Zweifel“ den Tatsachen entspricht, existiert nicht und wäre auch in hohem Maße lebensfremd.

b) Drei wichtige Gesichtspunkte, die die Beweiswürdigung des Arbeitsgerichts ohne weiteres stützen, seien hier zusammenfassend hervorgehoben:

aa) Zum ersten belegt das Protokoll der Beweisaufnahme eindrucksvoll, dass die Person der Klägerin im Bewusstsein der Zeugin emotional stark negativ besetzt ist. So hat die Zeugin nicht nur bezogen auf ihren damaligen Krankenhausaufenthalt wiedergegeben, dass ihr die Klägerin schon bei ihrer ersten kurzen Begegnung „unheimlich“ gewesen sei und dies anhand einer drastischen Schilderung der äußeren Erscheinung der Klägerin in der Nacht des Kündigungsvorfalles bekräftigt. Sie hat auch während der Beweisaufnahme die anwesende Klägerin mit Worten angefahren wie „Sind Sie noch normal?“.

Aus einem solchen Aussageverhalten und einem solchen Aussageinhalt auf eine emotionale Belastungstendenz gegenüber der Klägerin zu schließen, erscheint naheliegend.

bb) Des Weiteren ist es bemerkenswert, wenn die Zeugin am Ende der Beweisaufnahme sich gegen eine Behauptung verwahrt, sie sei behindert, obwohl unstreitig während der gesamten Beweisaufnahme niemand eine solche Behauptung aufgestellt hatte. Es war vielmehr nur die Rede davon gewesen, dass die Zeugin selbst geäußert gehabt habe, Angst vor einer Behinderung zu haben. Die Zeugin G hat damit anlässlich der Beweisaufnahme ein ungewolltes Beispiel dafür abgegeben, der Klägerin den Sinnzusammenhang des von ihr benutzten Begriffs der Behinderung gewissermaßen im Munde herumzudrehen.

cc) Schließlich ist anhand der Beweisaufnahme vor dem Hintergrund der Gesamtumstände auch ein psychologischer Mechanismus erkennbar geworden, der möglicherweise dazu geführt haben kann, dass die Zeugin G Klägerin nach subjektiv „bestem Wissen“ für die fragliche Nacht Äußerungen zugeschrieben haben kann, die möglicherweise in dieser Form und in diesem Sinn nicht gefallen sind. Versetzt man sich nämlich einmal in die peinliche und für einen erwachsenen Menschen äußerst schambesetzte Situation hinein, in der sich die Zeugin in der damaligen Nacht befand, als sie nach der Nachtwache schellte, so ist ohne weiteres vorstellbar, dass der Zeugin selbst entsprechende Assoziationen mehr oder weniger unbewusst durch den Kopf gegangen sind, die sie sodann der möglicherweise mürrisch auftretenden und von der Zeugin auf Grund ihres äußeren Erscheinungsbildes sogleich als böse wahrgenommenen Klägerin übertragen hat.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 17. Dezember 2003, 7 Sa 1029/03

53. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, überholende fristlose Kündigung wegen Emails mit überwiegend pornografischem Inhalt

Ein wichtiger Grund, der die Beklagte zu einer vorfristigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (durch fristlose Kündigung am 19.09.2003), also vor Ablauf des durch ordentliche Kündigung und Abwicklungsvertrag bereits festgelegten Termins am 30.09.2003 berechtigt hätte, liegt nicht vor. Das Arbeitsver-

hältnis der Parteien war nicht mit dem Gewicht eines wichtigen Grundes belastet, und zwar u.a. folgenden Gründen:

1. Es ist zu berücksichtigen, dass der Kläger ab dem 03.09.2003 seinen Resturlaub angetreten hatte und somit von der Pflicht zur Arbeitsleistung freigestellt war. Schon daraus ergibt sich, dass vom Kläger bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses (weitere?) Vertragsverstöße nicht zu befürchten waren.

2. Der Eingang von (überwiegend) pornografischen Emails unter der Email-Adresse des Klägers nach Beendigung seiner Tätigkeit lässt nicht mit hinreichender Sicherheit auf so erhebliche Vertragsverstöße seitens des Klägers schließen, als das eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt wäre.

Die Behauptungen der Beklagten können deshalb dahinstehen. Selbst wenn unter der Email-Adresse des Klägers diese Emails eingegangen sind und es sich nicht wie vom Kläger behauptet, um sogenannte Spam-Mails handelte, wäre eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt. Eine ausdrückliche Anweisung bzw. ein ausdrückliches Verbot von privater Internetnutzung hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen. Die eingehenden Emails lassen keinen sicheren Schluss über den zeitlichen Umfang der privaten Nutzung des Internets während der Arbeitszeit sowie über ein umfangreiches Abrufen von pornografischen Seiten zu.

■ Arbeitsgerichts Berlin

vom 17. März 2004, 77 Ca 30335/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47 Fax: 030 / 31 50 67 49; E-mail: lampe@lsrw.de

54. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, geschäftsschädigende Äußerungen, Beleidigung

Der Kläger ist Servicemitarbeiter in einem Verkaufslokal. Am 28.03.2003 hat er gegenüber der Teamleiterin und in Hörweite von Kunden lautstark geschimpft und die Beklagte als „Mist“ bzw. „Scheißfirma“ bezeichnet. Es lag ferner eine Abmahnung vor, wonach er einen Kunden vor ca. einem Jahr zuvor mit „Arschloch“ bezeichnet hatte.

Das LAG führt aus:

1. „Eine durch das Verhalten des Arbeitnehmers verursachte Geschäftsschädigung des Arbeitgebers ist grundsätzlich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen. Dazu war auch das dem Kläger von der Beklagten vorgeworfene Verhalten grundsätzlich geeignet, obwohl es mit den den Entscheidungen des BAG vom 06.02.1997 (2 AZR 38/96) und vom 17.06.1992 (2 AZR 568/91) zu Grunde liegenden Sachverhalten in keiner Weise vergleichbar ist. Während in den dort entschiedenen Fällen der Arbeitnehmer jeweils gegenüber den Kunden bewusst und gewollt den Arbeitgeber herabwürdigte, in dem er – im ersten Fall – einem Kunden erklärte, dass, wenn der Geschäftsführer das Geld erst habe, keiner mehr davon

Kündigungsschutzrecht

etwas sehe, bzw. – im zweiten Fall – auf die Anfrage eines Kunden nicht einging und ihm anheim stellte, eine andere Firma zu beauftragen, ist vorliegend eine verbale Entgleisung des Klägers in Gegenwart von Kunden in der Verkaufsstelle als geschäftsschädigendes Verhalten zu beurteilen.“

2. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falls war es für die Beklagte nicht unzumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die geschäftsschädigende Äußerung nicht einem Kunden gegenüber, sondern gegenüber der Teamleiterin gefallen ist. Dabei wird nicht verkannt, dass – bei entsprechender Lautstärke – die in der Verkaufsstelle anwesenden Kunden ungewollt Ohrenzeugen des „Ausbruches“ des Klägers und bei ihrem Einkauf beeinträchtigt wurden. Dennoch hält das Berufungsgericht im Hinblick auf die Gesamtumstände des Vorfalles – die situationsbedingt ebenso spontan wie verfehlte Reaktion des Klägers – nicht eine bewusste und gewollte Geschäftsschädigung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung für gegeben, sondern einen minderschweren Fall, der trotz unterstellter einschlägiger Abmahnung nicht geeignet ist, die Beklagte zur sofortigen Beendigung des langjährigen Arbeitsverhältnisses zu berechtigen.

3. Das Arbeitsverhältnis hat auch nicht aufgrund der verhaltensbedingten, fristgerechten Kündigung geendet. Soweit die Berufung rügt, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht entlastende Umstände herangezogen und darauf verweist, dass trotz der kurz vor Schichtbeginn erfolgte Krankmeldung eines Mitarbeiters eine Ersatzkraft zeitnah beschafft werden können, hat die Erörterung im Verhandlungstermin ergeben, dass es sich bei der Aushilfskraft allerdings um einen Mitarbeiter gehandelt habe, der in der Verkaufsstelle noch nicht eingesetzt, also einzuweisen war. Damit bestätigt sich auch für das Berufungsgericht die Wertung des Arbeitsgerichts, dass an dem fraglichen Tag zwar eine ausreichende Mitarbeiterzahl vorhanden, eine Mehrbelastung der eingearbeiteten Mitarbeiter – einschließlich des Klägers – jedoch nicht auszuschließen war. Dies hat das Arbeitsgericht bei der Interessenabwägung zu Recht zu Gunsten des Klägers berücksichtigt. Hinzu kommen, dass die beanstandeten Unmutsäußerungen des Klägers auch nach der Schilderung der Beklagten spontan und aus der Erregung heraus erfolgten und deshalb in einem milderen Licht zu sehen sind. Auch eine zu Gunsten der Beklagten als berechtigt anzusehende Abmahnung führt dies zu keiner anderen Betrachtungsweise, da das Arbeitsgericht zu Recht die bereits über 18jährige Dauer des Arbeitsverhältnisses der Parteien zu Gunsten des Klägers berücksichtigt und festgestellt hat, dass der Verlauf des Arbeitsverhältnisses die Beklagte – noch – nicht zu einer Kündigung berechtige.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 13. Februar 2004, 8 Sa 2350/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030 / 31 50 67 47 Fax: 030 / 31 50 67 49; E-mail: lampe@lsrw.de

55. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, wissentlich falsche Erstellung von Rechnungen zur Täuschung Dritter (Versicherungen), § 626 II BGB bei Vorbereitungshandlungen und Vollzugshandlungen, unverzügliche Kündigung nach Zustimmung des Integrationsamtes, Interessenabwägung

Der 53 Jahre alte schwerbehinderte und mit Unterhaltspflichten belastete Kläger war seit 27 Jahren bei der beklagten Kfz-Werkstatt tätig, zuletzt als Kundendienstberater. Nachdem sein Pkw einen Schaden erlitten hatte, den eine Versicherung erstatten musste, wies er eine ihm unterstellte Mitarbeiterin an, ihm Rechnungen auszustellen über die angeblich erfolgte Reparatur der Schäden. Diese Rechnungen reichte er bei der Versicherung ein um auf diese Weise auch die Mehrwertsteuer auf den Schadenaufwand zu erlangen.

1. Am 12.06.2003 erlangte die Beklagte als Kündigungsberechtigte Kenntnis von den Kündigungsgründen. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB endete damit am 26.06.2003.

Den Antrag auf Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung stellte die Beklagte beim Integrationsamt am 17.06.2003, mit Bescheid vom 27.06.2003 (einem Freitag) stimmte das Integrationsamt der außerordentlichen Kündigung zu.

Laut Eingangsstempel ist der Bescheid des Integrationsamtes bei dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 01.07.2003 eingegangen.

Der Arbeitgeber ist lediglich gehalten, nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 91 Abs. 5 SGB IX beim Integrationsamt nachzufragen, ggfs. telefonisch, ob eine Entscheidung ergangen ist. Diese Zwei-Wochen-Frist war hier noch nicht abgelaufen, da der Antrag am 17.06.2003 gestellt wurde. Eine unverzügliche Kündigung liegt damit vor.

2. Mit der Tatsache, dass der Kläger Rechnungen auf seinen Namen erstellte und diese bei der Versicherung einreichte, ohne dass die PKW tatsächlich bei der Beklagten repariert wurden, ist zunächst ein wichtiger Grund an sich gegeben. Straftaten, die sich nicht gegen den Arbeitgeber richten, können nur dann ein Grund für eine außerordentliche Kündigung sein, wenn sie das Arbeitsverhältnis belasten.

In jedem Falle entscheidungserheblich ist die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses.

Für die kündigungrechtliche Würdigung kommt es nicht entscheidend auf die strafrechtliche Bewertung an (vgl. BAG vom 20.08.97, Az. 2 AZR 620/96). Im Vordergrund steht auch hier die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (vgl. BAG vom 12.08.99, 2 AZR 923/98).

Der Kläger nutzte seine Stellung bei der Beklagten aus, um sich gegenüber der Versicherung nicht berechnete Vorteile zu verschaffen. Der Arbeitgeber bzw. die Möglichkeiten, die die Beschäftigung bei der Beklagten und seine dortige Position dem Kläger boten, waren hier „Mittel zum Zweck“. Aus Sicht der Versicherung stellt es sich auch so dar, dass die Beklagte an der unberechtigten Vermögensverschiebung

mitgewirkt haben könnte und diese zumindest auch in mit deren Wissen und Willen erfolgte.

Ein solches Vorgehen und Verhalten des Klägers muss die Beklagte nicht dulden und zerstört das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in nicht unerheblichem Umfang und kaum wiederherstellbar. Seine arbeitsvertraglichen Pflichten, gegenüber dem Arbeitgeber, verletzte der insbesondere Loyalität schuldende Kläger in hohem Maße.

3. Die Beklagte konnte dem Kläger auch ohne vorherige Abmahnung kündigen.

Mit dem Erstellen von Rechnungen und dem Einreichen bei der Versicherung liegt ein so schwerwiegendes Fehlverhalten des Klägers vor, dass die Beklagte nicht auf eine vorherige Abmahnung verwiesen werden kann. Auch wenn der Beklagten konkret hier kein finanzieller Schaden entstanden sein mag, muss sie es als Arbeitgeber dennoch nicht hinnehmen, dass der Kläger mittel der Beklagten nutzt, um gegenüber der Versicherung eine Straftat zu begehen.

In diesem Zusammenhang geht der Kläger somit fehl in der Annahme, dass es darauf ankommt, dass der Beklagten ja gerade kein Schaden entstanden ist.

4. Auch eine nach § 626 Abs. 1 BGB vorzunehmende Interessenabwägung geht zu Lasten des Klägers. Auch unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile, ist es der Beklagten nicht zumutbar, den Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Kläger eine verantwortungsvolle und gehobene Stellung bei der Beklagten hatte, und im Rahmen dieser Stellung sein Weisungsrecht dazu benutzt hat, sich selbst Rechnungen zu erstellen und diese bei der Versicherung einzureichen.

Bei verhaltensbedingten Gründen wird die Interessenabwägung wesentlich vom Grad des Verschuldens beeinflusst (vgl. BAG vom 21.01.99, Az. 2 AZR 665/98). Hier ist vom Vorsatz des Klägers auszugehen, da er wusste, was er tat und dies genau so auch wollte. Darüber hinaus kann unter Umständen auch schon leichte Fahrlässigkeit ein Grund für eine außerordentliche Kündigung sein. Auch die lange Betriebszugehörigkeit und das Alter des Klägers sowie seine Schwerbehinderung, die im Rahmen der Interessenabwägung auch zu berücksichtigen sind, können das Fehlverhalten des Klägers nicht aufwiegen. Gerade aufgrund seiner verantwortungsvollen Position musste es dem Kläger klar sein, dass ein solches Vorgehen zu keinem Zeitpunkt geduldet werden kann und auch eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist der Beklagten nicht zumutbar ist.

■ Arbeitsgericht Rostock

vom 28. April 2004, 4 Ca 1918/03

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram Müller-Wichards, Breite Straße 7, 23552 Lübeck, Tel.: 0451 / 50 11 88, Fax: 502 11 59; E-mail: RA.Mueller-Wichards@t-online.de

56. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Beleidigung, sexuelle Belästigung, Fristen nach § 626 II BGB und § 103 II BetrVG.

Die nachfolgende Entscheidung ist in einem Beschlussverfahren um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes ergangen.

1. Der nach § 103 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitgeber zu stellende Antrag muss innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beim Arbeitsgericht eingereicht sein und demnächst zugestellt werden (BAG 27.03.1991, Rz K II. 1 a Nr. 5). Die entsprechende Anwendung des § 626 Abs. 2 BGB bedeutet hier, dass der Arbeitgeber innerhalb von zwei Wochen nach Erlangung der Kenntnis von den Kündigungsgründen nicht nur das Zustimmungsverfahren beim Betriebsrat abschließen, sondern auch für den Fall der Zustimmungsverweigerung das Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht einleiten muss. Die zweiwöchige Ausschlussfrist wird weder durch das Zustimmungsverfahren beim Betriebsrat unterbrochen noch um die dreitägige Stellungnahmefrist für den Betriebsrat verlängert (BAG 18.08.1977, EZA § 103 BetrVG 1972 Nr. 20). Dies wiederum bedeutet, dass der Arbeitgeber spätestens zehn Tage nach Kenntniserlangung von den Kündigungsgründen beim Betriebsrat die Zustimmung zur Kündigung beantragen muss, wenn er nach Ablauf der dreitägigen Stellungnahmefrist für den Betriebsrat für den Fall der Zustimmungsverweigerung noch innerhalb der zweiwöchigen Ausschlussfrist beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates beantragen will.

2. Für den Fristbeginn kommt es auf die sichere und möglichst vollständige positive Kenntnis des Kündigungssachverhaltes an; selbst grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht. Zu den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen gehören nicht nur die konkreten Vorfälle, die den Anlass für eine außerordentliche Kündigung bilden, sondern alle Umstände, die bei der Zumutbarkeitsprüfung in die Gesamtwürdigung einzubeziehen sind. Zur Aufklärung des Sachverhalts kann der Kündigungsbeauftragte die ihm nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführen, insbesondere dem Kündigungsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Durch derartige Maßnahmen kann die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB aber nicht länger als unbedingt nötig herausgeschoben werden. Bei der Anhörung des Kündigungsgegners ist von einer Regelfrist von einer Woche auszugehen, die nur aus sachlich erheblichen bzw. verständigen Gründen überschritten werden darf. Für die übrigen Ermittlungen gilt keine Regelfrist. Bei ihnen ist fallbezogen zu beurteilen, ob sie mit der gebotenen Eile betrieben wurden (BAG 31.03.1993 a.a.O. Seite 411).

Die Einholung anwaltlichen Rechtsrates gehört nicht zu Ermittlungen, die eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhaltes verschaffen sollen. Der Arbeit-

Kündigungsschutzrecht

geber muss selbst wissen, ob er die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers unter Berücksichtigung aller Umstände für zumutbar halten kann oder nicht.

3. Grobe Beleidigungen der Repräsentanten des Arbeitgebers sind generell geeignet, eine außerordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers zu rechtfertigen. Der Beteiligte hat Herrn X zumindest mittelbar dadurch grob beleidigt, dass er ihn als „kleinen Wixer“ bezeichnet hat.

Die durch die Indiskretion der Zeugin Herrn X übermittelte grobe Beleidigung ist jedoch kündigungsschutzrechtlich unerheblich. Diese Rechtsfolge tritt ein, wenn abwertende Äußerungen über Arbeitgeber oder Vorgesetzte im Kollegenkreis erfolgen und der Arbeitnehmer als sicher davon ausgehen darf, das Gespräch werde vertraulich behandelt werden. Ob diese Erwartung gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob der Gesprächspartner die Vertraulichkeit der Unterhaltung ohne vernünftigen Grund missachtet hat (KR-Fischermeier, § 626 BGB Rn 11).

So liegt der Fall hier. Der Beteiligte und die Zeugin hatten ein vertrauliches Verhältnis. Der Umgangston, der zwischen beiden Personen herrschte, war von einer deftigen Ausdrucksweise geprägt. Immerhin war es die Zeugin die ihre SMS mit der Frage abschloss, ob „schon wieder irgendeine Scheiße laufe“. Auf dieser Ebene einer deftigen Ausdrucksweise bewegt sich auch die Beleidigung des Herrn X durch den Beteiligten. Am Ende des Gesprächs schenken sich beide Gesprächspartner nichts.

Es ergibt sich, dass beide einmal ein sexuelles Verhältnis miteinander hatten. Anderenfalls wäre es nicht verständlich, warum der Beteiligte geäußert hat, dass er die Zeugin nie „gefickt“ hätte, wenn er gewusst hätte, wie ekelig sie sei. Ebenso wenig wäre zu verstehen, warum die Zeugin es dem Beteiligten mit gleicher Münze heimzahlte, indem sie sagte, dass er wohl wünsche, sie „mal richtig gefickt“ zu haben. Wenn sich zwei Arbeitnehmer nach einer solchen Vorgeschichte auf solche Weise miteinander unterhalten; so können sie davon ausgehen, dass der unappetitliche Inhalt ihres Gesprächs nicht an die Geschäftsleitung weitergeleitet wird. Die Zeugin hatte keinen vernünftigen Grund für die Preisgabe der Äußerungen des Beteiligten im Sinne der zitierten Rechtsgrundsätze. Aus der Sicht der Kammer kommt nämlich als einziger denkbarer Grund das Verlangen nach persönlicher Rache an dem Beteiligten in Betracht.

Als Kündigungsgrund unbeachtlich ist ferner die von dem Beteiligten gegenüber der Zeugin gemachte Äußerung sexistischen Inhalts, wie bereits vorstehend zitiert wurde. Zur Begründung kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 28. September 2004, 8 BV 11/04

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt,

Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt,

Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

57. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung; Diebstahl geringwertiger Sachen; Interessenabwägung; Entbehrlichkeit einer Abmahnung; Anhörung Betriebsrat nach § 102 BetrVG

1. Der Diebstahl einer geringwertigen Sache, hier eines Stempels, der vom Arbeitgeber ausgesondert und seit ca. 12 Jahren nicht mehr verwendet wurde, erreicht die Schwelle des wichtigen Grundes und ist an sich grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB zu rechtfertigen (st. Rspr., vgl. u.a. BAG Ur. v. 17.05.1984, AP Nr. 14 zu § 626 BGB – Verzehr eines Stücks Bienenstich –; BAG Ur. v. 20.09.1984, AP Nr. 80 zu § 626 BGB – Diebstahl dreier Kiwifrüchte in einem anderen Warenhaus des Arbeitgebers –). Die entgegenstehende Rechtsprechung, u.a. des Arbeitsgerichts Reutlingen (vgl. Ur. v. 04.06.1996 – 1 Ca 73/96 – RzK I 6 d Nr. 12 – Diebstahl von zwei Bechern Joghurt –) hat das BAG ausdrücklich als rechtsfehlerhaft verworfen.

2. Aufgrund der durch den Arbeitsvertrag begründeten Nebenpflicht zur Loyalität hat der Arbeitnehmer auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Diese Verpflichtung beinhaltet zugleich das Verbot, den Arbeitgeber rechtswidrig und vorsätzlich durch eine Straftat zu schädigen. Der Arbeitnehmer bricht durch die Eigentumsverletzung unabhängig von der Höhe des Schadens in erheblichem Maße das Vertrauen des Arbeitgebers.

3. Stellt der Diebstahl auch einen wichtiger Grund dar (1. Stufe), so hat auf einer zweiten Stufe dennoch eine Interessenabwägung stattzufinden. Hier sind neben der Persönlichkeit des Täters auch die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses und das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz zu berücksichtigen.

Vorliegend ergibt die Interessenabwägung, dass es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, da der Arbeitnehmer schon einmal, wenn auch außerbetrieblich, ein ähnliches Delikt, hier die widerrechtliche Benutzung eines Stempels der Post, begangen hat und insoweit eine Wiederholungsgefahr besteht.

4. Bei einem Delikt wie das des Diebstahls auch geringwertiger Sachen, dessen Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei dem es ausgeschlossen ist, dass der Arbeitgeber es hinnimmt, ist eine Abmahnung nicht erforderlich (vgl. BAG Ur. v. 12.08.1999, AP Nr. 28 zu § 626 BGB; zuletzt: BAG Ur. v. 11.12.2003 – 2 AZR 36/03).

5. Der Arbeitgeber braucht dem Betriebsrat nach § 102 BetrVG nicht alle objektiv kündigungsschutzrechtlich erheblichen Tatsachen mitzuteilen, sondern nur diejenigen Gründe, die subjektiv für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind (vgl. BAG Ur. v. 18.05.1994, AP Nr. 64 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Ur. v. 22.09.1994, AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972). Entscheidend für die Beurteilung, ob der Arbeitgeber den Betriebsrat ausreichend unterrichtet und damit das Anhörungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet hat, ist grundsätzlich der zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens durch die Anhörung

selbst vermittelte oder beim Betriebsrat bereits vorhandene Kenntnisstand.

■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 25.03.2004, 4 Ca 766/03,

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711 / 22 41 99-0, Fax: 0711 / 22 41 99-79; E-mail: www.shp-anwaltskanzlei.de; kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

Anmerkung:

Gegen das Urteil wurde Berufung eingelegt.(me)

58. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung; Diebstahl geringwertiger Sachen; Nachschieben von Kündigungsgründen

Die Entwendung von 100,- EUR aus der Barkasse des Arbeitgebers stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB dar. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Eigentums- oder Vermögensverletzung zu Lasten des Arbeitgebers ist stets, auch wenn die Sache nur geringen Wert besitzt, als wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung an sich geeignet. Lediglich im Rahmen der Interessenabwägung ist zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist (was hier zu verneinen war).

Der beklagte Arbeitgeber konnte vorliegend den Kündigungsgrund in zulässiger Weise nachschieben. Kündigungsgründe i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB, die zwar schon bei Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung vorgelegen haben, die dem Kündigenden zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht bekannt waren, können im Laufe des Prozesses nachgeschoben werden, wenn und soweit der Betriebsrat nachträglich über den Kündigungssachverhalt gem. § 102 BetrVG ordnungsgemäß angehört wurde (vgl. KR-Fischmeier, 6. Aufl., § 626 BGB, Rn 178 f., mit ausführlichen Nachweisen der Rechtsprechung).
Arbeitsgericht Ulm

vom 09.06.2004, 7 Ca 589/03,

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711 / 22 41 99-0, Fax: 0711 / 22 41 99-79; E-mail: www.shp-anwaltskanzlei.de; kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

59. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, ungenehmigter Urlaub, Abmahnungserfordernis, Interessenabwägung, § 626 II BGB, Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB

1. Die Zurückweisung der Kündigung wegen fehlender Vollmacht schließt die Zurückweisung wegen fehlender Vollmachtsurkunde ein (vgl. BAG Ur. vom 22.12.1982 in

EzA zu § 123 BGB Nr. 20). Die Zurückweisung erfolgte auch unverzüglich im Sinne des § 174 BGB. Der Kläger hat insoweit ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 Abs. 1 BGB gehandelt.

2. Die Zurückweisung erfolgt jedenfalls dann unverzüglich, wenn die Rüge innerhalb einer Woche zur Post gegeben wird.

3. Die Frist nach § 626 II BGB beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Bleibt ein Arbeitnehmer eigenmächtig der Arbeit fern, etwa weil er sich nach einem abgelehnten Urlaubsantrag selbst beurlaubt, so liegt nach der Rechtsprechung des BAG ein Dauertatbestand vor, so dass die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst dann beginnt, wenn der Arbeitnehmer wieder im Betrieb erscheint (vgl. BAG Ur. vom 22.01.1998 in NZA 1998 Seite 708, 709 m.w.N.).

4. Eine nicht genehmigte und damit eigenmächtige Urlaubsnahme eines Arbeitnehmers ist grundsätzlich geeignet, den Ausspruch einer fristlosen Kündigung im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen. Die Urlaubsgewährung erfolgt nach § 7 BUrlG durch den Arbeitgeber. Lehnt dieser die Urlaubserteilung ohne ausreichende Gründe ab oder nimmt in zumutbarer Weise zu einem Urlaubsantritt keine Stellung; so kann der Arbeitnehmer durch eine Leistungsklage oder gegebenenfalls einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung seine Ansprüche durchsetzen. Ein Recht des Arbeitnehmers, sich selbst zu beurlauben, ist angesichts des umfassenden Systems gerichtlichen Rechtsschutzes grundsätzlich abzulehnen (BAG Ur. vom 22.01.1998 in NZA 1998 S. 708, S. 709 f. m.w.N.).

5. Ob in derartigen Fällen vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich ist, wird regelmäßig von den konkreten Umständen abhängen.

6. Für die Interessenabwägung und damit für die Frage, ob eine unerlaubte Selbstbeurlaubung eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung nach sich ziehen kann, kommt es maßgeblich auf deren Dauer, auf die dafür vom Arbeitnehmer angeführten Gründen sowie ferner darauf an, ob das Verhalten schon als beharrliche Arbeitsverweigerung zu werten ist (vgl. Hess. LAG Ur. vom 22.12.1983 in BB 1984, Seite 1555). Ferner ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber den beantragten Urlaub aus billigen Gründen abgelehnt hat (vgl. BAG Ur. vom 22.01.1998 a.a.O. S. 710).

Die Erteilung einer Abmahnung vor Ausspruch einer Kündigung wegen der eigenmächtigen Urlaubsnahme war im vorliegenden Fall entbehrlich. Der Kläger war bei der Beklagten als Produktmanager und damit in einer herausgehobenen Stellung beschäftigt. Ihm musste klar sein, dass der Antritt eines zweiwöchigenurlaubes, dessen Genehmigung die Beklagte mehrfach ausdrücklich abgelehnt hatte, von dieser als Provokation angesehen wird und arbeitsrechtliche Konsequenzen bis hin zur außerordentlichen Kündigung nach sich

Kündigungsschutzrecht

ziehen wird. Dies gilt selbst dann, wenn der seinerzeitige Prokurist der Beklagten in Gesprächen im Zusammenhang mit der Urlaubserteilung ein Interesse der Beklagten an einer Kündigung des Klägers verneint hat.

7. Für das Interesse der Beklagten in einer sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses spricht zwar, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beklagte generell ihren Betriebsablauf nicht so organisiert hat, dass über Urlaubsansprüche der Arbeitnehmer nicht rechtzeitig entschieden werden kann. Auch hat der Kläger den Urlaub vergleichsweise kurzfristig beantragt und es liegen keine Gründe vor, die eine Urlaubsgewährung im fraglichen Zeitraum als unabweisbar oder jedenfalls als besonders dringlich erscheinen lassen. Zudem ist die Beklagte im Interesse des betrieblichen Friedens und der Aufrechterhaltung der allgemeinen Disziplin darauf angewiesen, Eigenmächtigkeiten wie einer Selbstbeurlaubung möglichst wirksam zu begegnen, zumal, wenn sie von einem Mitarbeiter, der wie der Kläger eine herausgehobene Position im Betrieb inne hat, begangen werden.

Trotz dieser Umstände überwiegt jedoch das Interesse des Klägers am zeitweiligen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 31.05.2004. Für dieses Interesse des Klägers an der zeitweiligen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses spricht zunächst der Umstand, dass nach Überzeugung des erkennenden Gerichtes nicht ersichtlich ist, dass der Bewilligung des beantragten Urlaubs betriebliche Gründe im Sinne des § 7 Abs. 1 BUrlG entgegen stehen: Der Kläger war während der vom 14.10.2003 bis zum 17.10.2003 dauernden Messe „Interlift“ für den 15.10.2003 und 16.10.2003 eingeteilt, wobei er an diesen Tagen zudem zur Messe an- bzw. abreisen sollte. Hieraus ergibt sich, dass an den anderen Tagen die Beratung der Kunden für Dupline-Produkte durch andere Mitarbeiter der Beklagten erfolgen musste. Dass und warum eine Einteilung dieser Mitarbeiter zum Standdienst auch in der Zeit vom 15.10.2003 bis zum 16.10.2003 nicht möglich war, wird von der Beklagten nicht vorgetragen. Auch kann seitens des erkennenden Gerichtes nicht nachvollzogen werden, warum die Vertretung durch den Mitarbeiter der Muttergesellschaft, J.N., der sich hierzu ausdrücklich bereit erklärt hatte, nicht in Betracht kam. Mangels eines schlüssigen Sachvortrages der Beklagten hinsichtlich der der Urlaubsgewährung entgegenstehenden betrieblichen Gründe, geht die Kammer davon aus, dass der Kläger, wenn er Rechtsrat eingeholt und eine einstweilige Verfügung auf Gewährung von Urlaub beantragt hätte, diesem Antrag stattgegeben worden wäre. Weiterhin ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte durch die Eigenmächtigkeit des Klägers tatsächlich irgendwelche Nachteile, z.B. durch betriebliche Ablaufstörungen, entstanden sind.

8. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die ordentliche Kündigung der Beklagten beendet worden. Ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG liegt vor. Der Kläger hat durch die Selbstbe-

urlaubung schuldhaft seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Eine vorherige Abmahnung ist nicht erforderlich. Es wird auf die obigen Ausführungen im Zusammenhang mit der außerordentlichen Kündigung verwiesen.

Der Beklagten ist auch unter Berücksichtigung der Interessen des Klägers im Hinblick auf die in der Selbstbeurlaubung zutage getretene Eigenmächtigkeit des Klägers und wegen der ansonsten ergebenden Nachahmungsgefahr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus nicht zuzumuten.

Da das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.05.2004 sein Ende gefunden hat, kommt eine Weiterbeschäftigung des Klägers über diesen Termin hinaus nach den vom Großen Senat des BAG zum sog. Allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch entwickelten Grundsätzen des nicht in Betracht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Parteien haben die Kosten des Rechtsstreites in Höhe ihres jeweiligen Unterliegens zu tragen.

■ Arbeitsgericht Darmstadt
vom 5. August 2004, 11 Ca 319/03
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt,
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt,
Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

60. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung, Diebstahl geringwertiger Sachen, Abmahnungserfordernis

Der kündigungsrelevante Vorfall ereignete sich am 4. Februar, einem sogenannten Bastelabend. An diesen Abenden können Mitarbeiter der Beklagten mit ihrem Privatfahrzeug die Werkstatteinrichtung kostenfrei nutzen. In Anspruch genommene Ersatzteile und Hilfs- bzw. Verbrauchsmaterialien müssen allerdings bezahlt werden. Im Falle einer solchen Inanspruchnahme muss zum Zweck der Abrechnung ein Auftrag eröffnet werden. Hierauf sind die Mitarbeiter der Beklagten durch Aushang hingewiesen.

Der Kläger gab zunächst an, an diesem Abend nur den Luftdruck an seinem Fahrzeug überprüfen zu wollen. Der Vorgesetzte des Klägers erklärte sich daraufhin einverstanden, dass hierfür kein Auftrag eröffnet wird. Einige Zeit später nahm der Kläger von dem in der Werkstatthalle aufbewahrten Scheibenwaschkonzentrat und füllte dieses in den Vorratsbehälter seines Fahrzeuges. Es handelte sich um etwa 0,25 Liter mit einem Wert von 2,38 EUR. Der Kläger eröffnete hierfür bis zum Vormittag des 6. Februar keinen Auftrag und bezahlte auch nicht den entsprechenden Gegenwert an die Beklagte. Daraufhin fand ein Gespräch mit dem Kläger, seinem Vorgesetzten und einem Mitglied des Betriebsrats statt.

Der Kläger trägt vor, er habe das Scheibenwaschkonzentrat bezahlen wollen. Er habe nicht die Absicht gehabt, sich zu Lasten der Beklagten zu bereichern. Er habe nur nachlässig gehandelt.

1. Es ist unstreitig, dass die Mitarbeiter der Beklagten darauf hingewiesen sind, dass in Anspruch genommene Ersatzteile sowie Hilfs- und Verbrauchsmaterialien bezahlt werden müssen und hierbei zum Zwecke der Abrechnung ein Auftrag zu eröffnen ist. Der Verstoß des Klägers gegen diese Anweisung in formeller Hinsicht durch das Einfüllen des Scheibenwaschkonzentrats ohne entsprechende Auftragseröffnung rechtfertigt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte allerdings nach Auffassung der Kammer erst nach Ausspruch einer einschlägigen Abmahnung. Dem Kläger war durch Ausspruch einer Abmahnung vor Augen zu führen, dass schon ein Verstoß gegen die Voraussetzungen für die Gestattung der Entnahme von Verbrauchs- und Hilfsmaterialien in formeller Hinsicht den Verlust des Arbeitsplatzes zur Folge haben könne.

Es handelt sich, soweit allein die unterlassene Auftragseröffnung dem Kläger zum Vorwurf zu machen ist, auch nicht um eine derartig schwere Pflichtverletzung, dass deren Hinnahme durch die Beklagte als schlechthin ausgeschlossen erscheint. Es ist schließlich nicht ersichtlich, dass sich der Kläger einen entsprechenden Hinweis auf die Gefährdung seines Arbeitsplatzes nicht hätte zur ausreichenden Mahnung reichen lassen. Nur in ganz seltenen Fällen kann ausgeschlossen werden, dass der Arbeitnehmer sich durch eine Abmahnung nicht mehr zum vertragsgerechten Verhalten bewegen lassen wird. Der Arbeitnehmer muss entweder eine besondere Beharrlichkeit an den Tag legen oder in Kenntnis einer drohenden Kündigung die Pflichtverletzung begehen (vgl. LAG Hamm vom 4. Mai 1999, Az. 4 Sa 1298/98 m.w.N.). Derartige Umstände sind hier aber nicht ersichtlich. Allerdings merkt die Kammer an, dass der Kläger für die Zukunft angesichts des vorliegenden Verfahrens hinreichend auf die Bedeutung der Einhaltung auch der formellen Anforderungen bei der Nutzung von Verbrauchsmaterialien der Beklagten hingewiesen sein dürfte.

2. Zweifelhaft ist, ob mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen, werden kann, der Kläger habe einen Diebstahl an dem Scheibenwaschkonzentrat begangen. Problematisch ist dabei die subjektive Tatseite. Mit dem Einfüllen des Scheibenwaschkonzentrats in den Vorratsbehälter seines eigenen Fahrzeuges hat der Kläger an einer fremden beweglichen Sache eigenen (Allein-)Gewahrsam i.S.v. § 242 StGB begründet. Ein Einverständnis der Beklagten mit dem Gewahrsamswechsel lag angesichts der in formeller Hinsicht fehlenden Eröffnung eines Auftrages nicht vor. Diesen objektiven Tatbestand dürfte der Kläger auch vorsätzlich verwirklicht haben. § 242 StGB verlangt darüber hinaus aber in subjektiver Hinsicht die Absicht, die Sache sich oder einem Dritten *rechtswidrig* zuzueignen. Solange aber der Kläger vorhat, das eingefüllte Scheibenwaschkonzentrat zu bezahlen, liegt nach Auffassung der Kammer ein Einverständnis der Beklagten mit der Zueignung durch den Kläger vor. Die beabsichtigte Zueignung ist dann nicht rechtswidrig.

Nach Auffassung der Kammer kommt es für die Bewertung des Vorfalles als die ausgesprochene Kündigung rechtfertigend und die Feststellung eines pflichtwidrigen Verhaltens des Klägers allein darauf an, ob dem Kläger nachgewiesen werden kann, dass er nicht nur das Bezahlen des Scheibenwaschkonzentrats vergessen hat – von dem abmahnungsbedürftigen formellen Verstoß der unterlassenen Auftragseröffnung einmal abgesehen.

Ob dieser Vorgang der inneren Willensbildung vorliegt oder auch nicht, kann nur anhand von Indizien beurteilt werden, durch die sich dieser Wille nach außen manifestiert hat. Da dieser Wille entscheidend für die Beurteilung des Vorliegens einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung ist, ist es nach den allgemeinen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast Sache der Beklagten, das Fehlen dieses Willens nachzuweisen (vgl. LAG Berlin vom 9. Juli 2002, 7 Sa 40/02). Die hier seitens der Beklagten vorgetragene Indizien reichen allerdings nicht aus, um mit der erforderlichen Sicherheit, die Zweifel Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, auf den fehlenden Zahlungswillen des Klägers zu schließen. Dass der Kläger die Bezahlung bis zum Mittag des übernächsten Tages noch nicht vorgenommen hatte, spricht aus Sicht der Kammer nicht in ausreichendem Maße dafür, dass er dies auch nicht (mehr) vorgehabt hat. Insbesondere genügt dies allein noch nicht, um bloße Nachlässigkeit des Klägers auszuschließen. Auch dass der Kläger im Gespräch am 6. Februar 2004 nicht sein Bedauern geäußert oder sofortige Bezahlung angeboten hat, ist nach Ansicht der Kammer mehr der Situation als solcher, sich einem Diebstahlsvorwurf ausgesetzt zu sehen, geschuldet und weniger Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger nicht mehr habe bezahlen wollen.

Des Weiteren hat der Kläger unwidersprochen und nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass er das Scheibenwaschkonzentrat „in aller Öffentlichkeit“ und in Sichtweite des sich in der Werkstatt aufhaltenden Vorgesetzten in sein Auto gefüllt habe. Er musste sich also ausrechnen, dass die Entnahme des Scheibenwaschkonzentrats bemerkt und zumindest die spätere Bezahlung kontrolliert werden würde. Die Kammer kann vor diesem Hintergrund nicht mit der erforderlichen Sicherheit aus den vorgetragenen äußeren Umständen darauf schließen, dass der Kläger tatsächlich nicht vorgehabt hat, das Scheibenwaschkonzentrat zu bezahlen, wenngleich diesbezügliche Zweifel auch aus Sicht der Kammer bestehen und verblieben sind.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 3. August 2004, 2 Ca 89/04

eingereicht von Rechtsanwalt Jens Jähne, Königstraße 43, 25335 Elmshorn, Tel.: 04121/4215-0, Fax: 421515; E-mail: email@kanzlei-jaehne.de; www.kanzlei-jaehne.de

Kündigungsschutzrecht

61. Verhaltensbedingte, außerordentliche Kündigung, Abmahnungserfordernis auch im Vertrauensbereich, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Folgen des Entzugs der Privatnutzung eines Dienst-Pkw's und Nicht-Herausgabe

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung der Beklagten. Der 53 Jahre alte Kläger ist bei der Beklagten seit 1988 als Gebietsverkaufsleiter beschäftigt.

Im Jahre 2003 trat der Kläger an die Beklagte heran und erklärte, dass er wegen des Arbeitsdrucks zunehmend unter Schmerzen im Handbereich leide. Ein arbeitsmedizinisches Gutachten ergab, Bedenken hinsichtlich der Fähigkeit des Klägers, Auto zu fahren und die bisherige Tätigkeit bei der Beklagten weiter auszuführen. Daraufhin untersagte die Beklagte dem Kläger unter Hinweis auf Haftungsrisiken das Fahren des Dienstwagens zu dienstlichen Zwecken.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Zustimmung des Integrationsamts und des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats ordentlich. Im Kündigungsschreiben wird weiter ausgeführt:

„Wir widerrufen die Nutzungsmöglichkeit für das Ihnen zur Verfügung gestellte Fahrzeug mit sofortiger Wirkung und müssen Sie bitten, das Fahrzeug an uns herauszugeben.

Wegen der Abholung des Fahrzeugs wird sich Herr H mit Ihnen in Verbindung setzen.“

Am 26.02.2004 setzte sich der Vorgesetzte des Klägers mit diesem wegen der Abholung des Wagens telefonisch in Verbindung. Hierauf erklärte der Kläger, er sehe sich weiterhin zur Nutzung des Autos berechtigt.

Zwischen dem 20.03. und dem 23.03.2004 ließ die Beklagte den Kläger durch eine Detektei observieren; diese bestätigte, dass der Kläger den durchgehend in seinem Gewahrsam befindlichen Opel Omega privat nutze. Bis zumindest einschließlich März 2004 führte die Beklagte auf den monatlichen Gehaltsabrechnungen die Privatnutzung des Pkw als zu versteuernden geldwerten Vorteil auf.

Am 15.04.2004 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Am 20.04.2004 gab der Kläger den Dienstwagen an die Beklagte zurück.

1. Vor Ausspruch einer verhaltensbedingten, auch fristlosen Arbeitgeberkündigung bedarf es in der Regel einer einschlägigen Abmahnung, um den Arbeitnehmer auf die Fehlerhaftigkeit seines Verhaltens hinzuweisen und ihm dessen Relevanz für eine mögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Augen zu führen. Eine Abmahnung ist nach der Rechtsprechung des BAG auch im sog. Vertrauensbereich erforderlich, wenn es um ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers geht und eine Wiederherstellung des Vertrauens objektiv betrachtet erwartet werden kann (BAG, Urteil vom 04.06.1997, NZA 1997, S. 1281). Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber nicht als erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnis gefährdendes

Verhalten angesehen (BAG, Urteil vom 09.01.1986, DB 1986, S. 1339).

2. Die Beklagte hat den Kläger zu keinem Zeitpunkt abgemahnt. Sie kann auch nicht durch eine Vielzahl von immer gleichen Verhaltensrügen ersetzt werden.

Der Ausspruch einer Abmahnung war Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung, weil der Kläger in Anbetracht des Verhaltens der Beklagten seit Ausspruch der ordentlichen Kündigung davon ausgehen durfte, dass die Beklagte die Weigerung des Klägers, den Dienstwagen herauszugeben, und dessen weitere Privatnutzung nicht als so erheblich ansehen würde, dass hieran ohne Vorwarnung eine – und dann auch noch fristlose – Kündigung geknüpft würde. Die Beklagte hatte somit mehr als 4 Monate lang allenfalls halbherzig versucht, die schon im Kündigungsschreiben angekündigte Abholung des Fahrzeugs zu bewerkstelligen. Ein konkreter Termin wurde dem Kläger nicht genannt, vielmehr beließen es die auf Seiten der Beklagten handelnden Personen bei bloßen Hinweisen auf das ihrer Auffassung nach bestehende Verbot der Privatnutzung. Einen anderen Grund, den freigestellten Kläger im Besitz des Wagens zu belassen, als dass sich die Beklagte dabei ihrer Sache selbst nicht sicher war, vermochte die Kammer nicht zu erkennen. Dass der Kläger seinerseits auf Basis anwaltlicher Beratung davon ausging, den Wagen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist privat nutzen zu dürfen, und dies auch tat, musste der Beklagten ohne Einschaltung einer Detektei klar sein. Schließlich hatte der Kläger keinen Zweifel daran gelassen, dass er sich zur Privatnutzung weiterhin berechtigt sah.

Ging aber der Kläger sicher davon aus, zur Privatnutzung berechtigt zu sein, und knüpfte die Beklagte hieran über Monate keinerlei Konsequenzen, stellt sich die fristlose Kündigung als schlichte Überraschungsmaßnahme der Beklagten dar. Mag sich die Beklagte nicht ihres Kündigungsrechts begeben haben, so bedurfte es vor Ausspruch einer Kündigung doch zumindest einer vorbereitenden Abmahnung.

3. Deren Ausspruch war nicht deshalb obsolet, weil davon auszugehen war, dass der Kläger den Dienstwagen trotz Abmahnung nicht herausgegeben hätte. Diese Einschätzung der Beklagten bewegt sich im Bereich der Spekulation. Wer als Arbeitnehmer auf vermeintliche arbeitsvertragliche Rechte pocht, gibt damit nicht zu erkennen, dass er auf dieser Position auch in Anbetracht einer Kündigungsandrohung beharrt.

4. Die Kündigung der Beklagten trägt auch im Übrigen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nach dem der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB lediglich als unausweichlich letztes Mittel des Kündigungsberechtigten zulässig ist (vgl. hierzu allgemein *KR-Fischermeier*, § 626 BGB, Rz 251 m.w.N.), nicht hinreichend Rechnung.

Nach Darlegung der Beklagten war die streitgegenständliche Kündigung im wesentlichen dadurch motiviert, dass der Beklagten bei weiterer Privatnutzung des Dienstwagens durch

den Kläger für den Fall eines verschuldeten Unfalls wegen Erlöschens des Versicherungsschutzes hohe Haftungsrisiken und damit erhebliche Vermögensschäden drohten.

Die Kammer zweifelt insoweit schon daran, dass eine Kündigung zur Abwehr einer derartigen Gefahr überhaupt ein geeignetes Mittel ist, weil die Kündigung als solche nicht automatisch den Gewahrsam des Arbeitnehmers am Pkw beendete, sondern ihn allenfalls mittelbar zu einer Herausgabe motivieren konnte. Jedenfalls aber gab es anderweitige Möglichkeiten, mittels derer die Beklagte ihre berechtigten Vermögensinteressen effektiver und vor allem unter Berücksichtigung des ebenfalls berechtigten Interesses des Klägers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zur fristgerechten Beendigung hätte verwirklichen können. Insoweit sind die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung auf Herausgabe des Pkw oder die Einschaltung der Polizei zu nennen. Im Ergebnis erscheint die vorliegende Kündigung daher unangemessen (unverhältnismäßig im engeren Sinne).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 5. November 2004, 7 (10) Sa 1276/04

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda, Von-Geismar-Straße 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/91877-0, Fax: 91877-77;

E-mail: info@Sozietaet-Quast.de; www.Sozietaet-Quast.de

62. Verhaltensbedingte Kündigung, Direktionsrecht, Arbeitsverweigerung, Auflösungsantrag, wirtschaftliche Umstände

1. Direktionsrecht steht dem Arbeitgeber nur im Rahmen der getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen zu. Weigert sich ein Arbeitnehmer einer Anordnung des Arbeitgebers Folge zu leisten, die das Direktionsrecht überschreitet, liegt keine (beharrliche) Arbeitsverweigerung vor, die eine Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen rechtfertigen könnte.

2. Ein nach unwirksamer verhaltensbedingter Kündigung gestellter Auflösungsantrag des Arbeitgebers lässt sich nicht auf im Kern wirtschaftliche Belastungsumstände, die aus dem Verhalten des Arbeitnehmers ableiten, stützen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 28. Januar 2004, 8 Sa 1084/03

63. Verhaltensbedingte Kündigung, Schlechtleistung, Darlegung der Durchschnittsleistung, Anforderungen an die Abmahnung, Auflösungsantrag des Arbeitgebers trotz fehlerhafter Anhörung des Sprecherausschusses, Personalverantwortung eines leitenden Angestellten, zur Höhe des Abfindungsbetrages

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Kündigung der Beklagten sowie einen Auflösungsantrag der Beklagten. Der Kläger ist bei der Beklagten seit 1990 beschäftigt. Seit 2001 ist er als verantwortlicher Marktleiter eines der Warenhäuser der Beklagten tätig. Nach § 1 Nr. 3 des Arbeitsvertrags ist der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 5 III BetrVG. Er

hat die Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung der ihm unmittelbar unterstellten 100 Arbeitnehmer. Bei der Durchführung der Personalmaßnahmen ist hiernach die Personalleitung einzuschalten. Der Kläger ist bei Personalmaßnahmen Ansprech- und Gesprächspartner des Betriebsrates. Tatsächlich nahm der Kläger jedenfalls selbständige Einstellungen und Entlassungen von Mitarbeitern bis zur Verkäuferendstufe vor. Die Beklagte beschäftigt bundesweit rund 26.000 Arbeitnehmer.

1. An sich können auf Pflichtverletzungen beruhende Minderleistungen des Arbeitnehmers geeignet sein, eine ordentliche Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen nach vorangegangener Abmahnung zu rechtfertigen (vgl. nur KR-Etzel, 7. Aufl., § 1 KSchG Rn 448 m.w.N.)

Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann. Jedoch ist das deutliche und längerfristige Unterschreiten des von vergleichbaren Arbeitnehmern erreichten Mittelwerts oft der einzige für den Arbeitgeber erkennbare Hinweis darauf, dass der schwache Ergebnisse erzielende Arbeitnehmer Reserven nicht ausschöpft, die mit zumutbaren Anstrengungen nutzbar wären.

So liegt eine grundlegende Störung des Leistungsgleichgewichts dann vor, wenn die Durchschnittsleistung langfristig um deutlich mehr als ein Drittel unterschritten wird (vgl. zu allem BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, S. 784). Dieser Darlegungslast ist die Beklagte bereits nicht nachgekommen.

2. Die schriftliche Abmahnung genügt nicht den an eine Abmahnung zu stellenden Anforderungen. Eine Abmahnung erfüllt in einem Arbeitsverhältnis eine Rüge- und eine Warnfunktion. Eine verwertbare Abmahnung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise Leistungsmängel beanstandet und damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfalle der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (BAG v. 18.01.1980, DB 1980, S. 1351). Die Abmahnung ist nicht hinreichend bestimmt. Die dem Kläger zur Last gelegten Missstände sind nur schlagwortartig umschrieben. So ist die Rede in der Abmahnung von einem „äußert kritischen Gesamtzustand“, „lückenhafter Warenpräsenz“, „desolaten Gondelkopfaufbauten“, „ungenügender Umsetzung der Preisauszeichnung“ und „Nichtkennzeichnung wesentlicher Beilagenartikel“. Damit werden weder die Missstände noch die dem Kläger konkret zur Last gelegten Pflichtverletzungen hinreichend bestimmt.

3. Es bedurfte darüber hinaus nach Auffassung der Kammer nicht der weiteren Aufklärung, ob die Anhörung des bei der Beklagten gebildeten Sprecherausschusses ordnungsgemäß nach § 31 II SprAuG erfolgt ist. Es reicht auch für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers – jedenfalls wenn leitende Angestellte im Sinne des § 14 KSchG betroffen sind – aus, wenn die Kündigung auch sozialwidrig ist (wie hier unabhängig von der leitenden Angestellteneigenschaft eines Arbeitnehmers KR-Spiller, a.a.O., § 9 KSchG, Rn 27 ff. m.w.N.).

Kündigungsschutzrecht

Das Bundesarbeitsgericht vertritt demgegenüber die Auffassung, dass weitere Unwirksamkeitsgründe einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers ausschließen mit der Einschränkung, dass die Unwirksamkeit Folge eines Verstoßes gegen eine Schutznorm zugunsten des Arbeitnehmers sein muss (BAG v. 10.11.1994, NZA 1995, 309; BAG v. 27.09.2001, NZA 2002, 1277). Ein Auflösungsantrag soll jedoch möglich sein, wenn der Arbeitgeber zusätzlich weitere Kündigungssachverhalte geltend macht, die aus anderen Gründen die Unwirksamkeit der Kündigung begründen (BAG v. 21.09.2000, NZA 2001, 102). Begründet wird die Auffassung damit, dass Lösungsmöglichkeit nach § 9 KSchG für den Arbeitgeber eine Vergünstigung bedeute, die nur in Betracht komme, wenn eine Kündigung „nur“ sozialwidrig und nicht auch aus anderen Gründen nichtig sei.

Dieser Auffassung ist jedenfalls für den Bereich leitender Angestellter im Sinne des § 14 KSchG nicht zu folgen. Der Gesetzeswortlaut des § 9 KSchG sieht eine entsprechende Einschränkung nicht vor. Die Auffassung lässt sich auch nicht mit Sinn und Zweck der maßgeblichen Vorschriften begründen. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit § 14 KSchG durch den Verzicht auf eine Begründung des Auflösungsantrags, sofern leitende Angestellte betroffen sind, eine leichtere Lösungsmöglichkeit für den Arbeitgeber schaffen wollen. Dies steht im Zusammenhang mit der regelmäßig bei leitenden Angestellten vorliegenden besonderen Vertrauensstellung. Dem mit § 14 KSchG verfolgten Zweck steht die vom Bundesarbeitsgericht vertretene Einschränkung der Lösungsmöglichkeiten des Arbeitgebers entgegen.

4. Die Voraussetzungen des § 14 II 1 KSchG liegen vor. Bei dem Kläger, der ein Warenhaus der Beklagten mit rund 100 Beschäftigten leitet, handelt es sich um einen Betriebsleiter im Sinne des § 14 II 1 KSchG. § 14 II 1 KSchG setzt ferner die Berechtigung zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern voraus. Selbständigkeit in diesem Sinne setzt Eigenverantwortlichkeit voraus.

Dem Umfang nach kann eine ausreichende Personalverantwortung eines leitenden Angestellten bereits dann gegeben sein, wenn sie sich auf eine abgeschlossene Gruppe von Mitarbeitern bezieht, die für das Unternehmen von wesentlicher Bedeutung ist (BAG v. 27.09.2001, NZA 2002, 1277).

Die Mitarbeiter in einem Warenhaus bis zur Verkäuferendstufe machen quantitativ einen wesentlichen Teil der dort Beschäftigten aus und sind für den Markt prägend.

5. Ausgangspunkt für die Bemessung der Abfindung ist für die Kammer somit zunächst der genannte Regelsatz. Erhöhend wirkt sich vorliegend die aufgrund der allgemeinen Arbeitsmarktlage zu erwartenden Schwierigkeiten, eine gleichwertige Stelle zu finden, aus. Ferner ist der Wegfall des Anspruchs auf Verzugslohn gem. § 615 BGB durch den Auflösungsantrag des Arbeitgebers berücksichtigungsfähig (vgl. *KR-Spillger*, a.a.O., § 10 KSchG, Rn 53). Dies gilt insbesondere im Anwendungsbereich des § 14 KSchG bei dem es

für den Auflösungsantrag keiner Begründung bedarf. Nicht ins Gewicht fällt demgegenüber ein besonderes Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung. Es ist zu berücksichtigen, dass Minderleistungen des Arbeitnehmers an sich eine verhaltensbedingte Kündigung begründen können. Unabhängig von der nicht ausreichenden Darlegung etwaiger Pflichtverletzungen im Detail (s.o. unter I.) handelt es sich andererseits nach Auffassung der Kammer nicht um einen nur vorgeschobenen, völlig aus der Luft gegriffenen Kündigungsgrund. Dies wird dokumentiert durch die erteilte Abmahnung, die geführten Beschlussverfahren einschließlich der Einlassungen des Klägers in diesen Verfahren sowie den Schreiben des Landkreises M hinsichtlich Hygienemängeln. Nach alledem erscheint eine Abfindung in Höhe eines um ein Drittel erhöhten Regelsatzes angemessen.

■ Arbeitsgericht Braunschweig
vom 25. August 2004, 6 Ca 295/04
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader,
Podbielskistraße 33, 30163 Hannover,
Tel.: 0511 / 2155563–33, Fax: 2155563–43

64. Änderungskündigung, auflösende Bedingung, Vertragsbedingung

Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung für einzelne Vertragsbedingungen bedarf, wenn der Inhalt dem Änderungsschutz nach § 2 KSchG unterliegt, einer sachlichen Begründung, andernfalls ist sie unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10. Juli 2003, 5 Sa 392/03

65. Arbeitszeiterhöhung, befristete, kein Schriftformerfordernis

1. Die in § 14 Abs. 4 TzBfG für die Befristung von Arbeitsverträgen vorgeschriebene Schriftform betrifft nur die Befristung des Gesamtarbeitsvertrages.

2. Das Schriftformerfordernis erfasst nicht die Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.

3. Daher kann eine befristete Erhöhung der Arbeitszeit auch mündlich wirksam vereinbart werden, wenn das Arbeitsverhältnis als solches unbefristet fortbesteht.

4. Durch die vorübergehende Weiterarbeit in Vollzeit nach Ablauf einer befristeten Erhöhung der Arbeitszeit wird nicht gemäß § 15 Abs. 5 TzBfG, § 625 BGB die unbefristete Weitergeltung der Erhöhung der Arbeitszeit bewirkt.

■ Bundesarbeitsgericht
vom 3. September 2003, 7 AZR 106/03

66. Auszubildender, Kündigung, Schriftform der Begründung

Die bloße Bezugnahme im Kündigungsschreiben auf eine im Ausbildungsvertrag benannte Pflicht des Auszubilden-

den (hier: Pflicht zu unverzüglicher Benachrichtigung bei Fernbleiben von der Praxisausbildung, vom Berufsschulunterricht oder von sonstigen Ausbildungsveranstaltungen sowie Pflicht zur Übersendung einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am darauf folgenden Arbeitstag bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als drei Kalendertagen) genügt nicht dem Formerfordernis des § 15 Abs. 3 BBiG. Erforderlich ist vielmehr die Benennung eines konkreten Kündigungsrelevanten Fehlverhaltens des Auszubildenden unter kurzer, aber nachvollziehbarer Angabe des tatsächlichen Kündigungssachverhalts.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18. Februar 2004, 3 Sa 1392/03

67. Betriebsrat, Anhörung vor erneuter Kündigung

Wird eine nach § 174 BGB zurückgewiesene Kündigung vom Vertreter des Arbeitgebers anschließend unter Verwendung des gleichen Schreibens – jedoch unter Beifügung der erforderlichen Vollmacht – erneut ausgesprochen, so ist vor dem Ausspruch der zweiten Kündigung eine erneute Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG erforderlich.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30. März 2004, 5 (13) Sa 1380/03

68. Kündigung; Kleinbetrieb, Treu und Glauben, Darlegungs- und Beweislast

Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG hat grundsätzlich der Arbeitnehmer die von ihm behaupteten Unwirksamkeitsgründe darzulegen und zu beweisen. Zu seinen Gunsten kommen allerdings die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zur Anwendung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28. Mai 2003, 3 Sa 723/02

69. Kündigungsschutz, Feststellungsinteresse bei sonstiger Beendigung

Eine Kündigungsschutzklage kann ausnahmsweise wegen fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig sein, wenn die Wirksamkeit eines anderen vor oder gleichzeitig mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eintretenden Beendigungsstatbestands unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15. Juli 2004, 6 (9) Sa 195/04

70. Nachträgliche Zulassung, Anwaltsverschulden, Nichteingang der Klage

Die zweiwöchige Antragsfrist fängt an zu laufen, wenn ein Anwalt bei einer Wiedervorlage erkennen kann, dass nach mehr als zwei Monaten noch keine Reaktion des Gerichts, erst recht keine Ladung zum Gütetermin, erfolgt ist. Nicht maßgeblich ist, wann über den Nichteingang der Klageschrift positive Kenntnis gegeben war. Angesichts der engen Zeitvorgabe,

innerhalb der nach gesetzgeberischem Willen die Güteverhandlung durchzuführen ist, führt eine Wiedervorlagefrist zur Überprüfung des Klageeingangs von mehr als 2,5 Monaten zur verschuldeten Unkenntnis vom fehlenden Klageeingang. Spätestens nach drei Wochen ohne Ladungseingang musste sich der Verlust der Klageschrift aufdrängen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 11. August 2004, 2 Ta 297/04

71. Nachträgliche Zulassung; Kündigungsschutzklage; Verschulden des Arbeitgebers

Die Versäumung der Klagefrist kann nicht erfolgreich mit der Behauptung entschuldigt werden, der Betriebsleiter des Arbeitgebers habe dem Arbeitnehmer erklärt: „Warte mal ab, vielleicht erledigt sich dies und wir machen die Kündigung rückgängig.“

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19. April 2004, 5 Ta 63/04

72. Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, keine Zurechnung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten, Streitwert der nachträglichen Zulassung

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 19.09.2003 aus verhaltensbedingten Gründen fristlos, hilfsweise fristgerecht zum 31.10.2003.

Die vom Kläger beauftragten Rechtsanwälte stellten der Beklagten mit Schreiben vom 25.09.2003 die Erhebung einer Kündigungsschutzklage in Aussicht, welche aber erst durch die neuen Prozessbevollmächtigten des Klägers erhoben wurde und am 18.03.2004 beim Arbeitsgericht einging. Gleichzeitig beantragte der Kläger die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage und versicherte an Eides statt, er habe die Rechtsanwälte spätestens am 25.09.2003 beauftragt, gegen die Kündigung außergerichtlich und gegebenenfalls auch gerichtlich vorzugehen. Er habe darauf vertraut, dass erforderlichenfalls fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben werde. Die Kündigung vom 19.09.2003 habe er am 10.03.2004 seinem jetzigen Prozessbevollmächtigten vorgelegt.

Ergänzend hat der Kläger am 18.05.2004 ein „Bestätigungsschreiben“ des Rechtsanwalts vorgelegt, welcher angibt, in dieser Sache eine Klageschrift für das Arbeitsgerichts Wilhelmshaven verfasst und diese unterzeichnet zu haben. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen sei diese Klage aber nicht zugestellt worden. In diesem Zusammenhang gibt der Rechtsanwalt an, auf Grund finanzieller Probleme seien in den letzten Monaten im Kanzleibetrieb Schwierigkeiten aufgetreten, so dass auch Postwertzeichen für Klagen und Gebührenmarken gefehlt hätten. Dem Kläger sei dennoch immer wieder Auskunft erteilt worden, die Angelegenheit laufe und nehme noch etwas Zeit in Anspruch.

1. Die Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom

Kündigungsschutzrecht

19.09.03 ist verspätet, deren nachträgliche Zulassung ist rechtzeitig beantragt worden.

Der Antrag auf nachträgliche Zulassung ist nach § 5 Abs. 3 KSchG nur innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses zulässig. Nach Ablauf von 6 Monaten, vom Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann der Antrag nicht mehr gestellt werden.

Beide Fristen sind gewahrt. Behoben war das Hindernis am 11.03.2004, nachdem der Kläger am Vortage das Kündigungsschreiben seinem jetzigen Prozessbevollmächtigten vorgelegt und dieser vom Arbeitsgericht erfahren hat, dass Klage nicht erhoben worden ist. Er hat den Antrag am 18.03.2004 gleichzeitig mit Klageerhebung gestellt. Zu diesem Zeitpunkt ist die Sechs-Monats-Frist als absolute Zeitgrenze noch eingehalten, selbst ausgehend von einem Zugang der Kündigung am 19.09.2003.

2. Der Antrag auf nachträgliche Zulassung ist auch begründet.

a) Nach § 5 Abs. 1 KSchG ist die Kündigungsschutzklage auf Antrag nachträglich zuzulassen, wenn der Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Kündigung innerhalb von drei Wochen nach Zugang zu erheben. Den Arbeitnehmer darf kein Verschulden an der Fristversäumung treffen, wobei schon leichte Fahrlässigkeit die nachträgliche Zulassung ausschließt (von *Hoyningen-Huene/Linck*, 13. Auflage, § 5 KSchG Rn 2; Erfurter Kommentar/*Ascheid*, § 5 KSchG Rn 2; KR/*Friederich*, § 5 KSchG 7. Auflage, Rn 10 ff.).

Das Gericht hält an seiner Auffassung fest, dass Vertreterverschulden dem Arbeitnehmer insoweit nicht zuzurechnen ist (vgl. Beschlüsse vom 27.07.2000–5 Ta 799/99 – LAGE § 5 KSchG Nr. 98; 20.01.2003–5 Ta 507/02 NZA-RR 2004, 17).

Den Kläger selbst trifft kein Verschulden, da er nach der Bestätigung des Rechtsanwalts immer wieder mit dem Hinweis getröstet worden ist, die Angelegenheit nehme noch einige Zeit in Anspruch. Er hatte keinen positiven Anhaltspunkt anzunehmen, dass Kündigungsschutzklage tatsächlich nicht erhoben worden sei.

3. Als Wert des Beschlusses hat das Gericht ein Bruttomonatsverdienst als angemessen erachtet, weil es sich bei der Frage der nachträglichen Zulassung der Kündigungsschutzklage nur um eine Vorfrage im Kündigungsschutzprozess handelt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 18. August 2004, 5 Ta 416/04 eingereicht von Rechtsanwalt H.-P. Rübke, Parkstraße 18, 26382 Wilhelmshaven, Tel.: 04421 / 410 86, Fax: 447 73; E-mail: rae@meyer-lass- und-partner.de; www.meyer-lass- und-partner.de

Anmerkung:

Unabhängig von der Bewertung der Entscheidung ist es unerträglich, in einer so wichtigen Frage keine Rechtseinheit in der Bundesrepublik zu haben. Sieg und Niederlage in exi-

stenziell wichtigen Kündigungsschutzverfahren hängen damit unter Umständen vom Wohnsitz ab. Auch wenn die Entscheidung eine Mindermeinung wiedergibt ist diese Mindermeinung stets virulent gewesen, ohne dass dies den Gesetzgeber – gleich welcher Couleur – zum Eingreifen veranlasst hätte.

Erschreckend ist aber auch, in welcher wirtschaftlichen Situation sich Anwälte inzwischen offensichtlich befinden. (me)

73. Sonderkündigungsschutz, Einladender zur Wahlversammlung, kein Ende des Kündigungsschutzes nach § 15 Abs. 3 a KSchG durch weiteres Einladungsschreiben

Mit Schreiben vom 03.12.2002 lud die Klägerin gemeinsam mit 4 weiteren Arbeitnehmern zu einer Betriebsversammlung zwecks Wahl eines Wahlvorstandes zur Gründung eines Betriebsrats ein. Zu einer Betriebsratswahl kam es in der Folgezeit nicht. Mit Schreiben vom 10.12.2002 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin ordentlich zum 15.06.2003. Mit Schreiben vom 27.01.2003 rief die Klägerin mit zwei weiteren Mitarbeitern erneut zu einer ersten Wahlversammlung zwecks Bestellung eines Wahlvorstandes auf.

Der Beklagte ist der Auffassung, durch den erneuten Aufruf zur Wahl eines Wahlvorstandes mit Schreiben vom 27.01.2003 sei das erste Einladungsschreiben überholt. Insofern stehe der Klägerin auch kein Kündigungsschutz mehr zu.

Die Klage ist hinsichtlich des Antrags zu 1. begründet. Der Antrag zu 2. ist unzulässig.

Die Kündigung vom 10.12.2002 ist unwirksam. Die ordentliche Kündigung des Beklagten ist gem. § 15 Abs. 3 a KSchG unzulässig. Nach dieser Vorschrift ist die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers, der zu einer Betriebsversammlung u.a. nach § 17 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes einlädt, vom Zeitpunkt der Einladung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig.

Die Klägerin hat gemeinsam mit Schreiben vom 03.12.2002 eine entsprechende Einladung ausgesprochen. Unerheblich ist es, dass in der Folgezeit keine Betriebsversammlung stattgefunden hat und es nicht zu einer Betriebsratswahl gekommen ist. Für diesen Fall sieht § 15 Abs. 3 a S. 2 KSchG vor, dass der Kündigungsschutz vom Zeitpunkt der Einladung an für 3 Monate gilt. Die Kündigung vom 10.12.2002 ist vor Ablauf dieser Dreimonatsfrist ausgesprochen und damit unzulässig.

Das Einladungsschreiben vom 03.12.2002 ist auch nicht durch das weitere Einladungsschreiben vom 27.01.2003 überholt. Hierfür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 a KSchG ist es, die zur Betriebsversammlung einladenden Arbeitnehmer vor Repressalien des Arbeitgebers wegen dieser Einladung zu schützen. Dieser Zweck ist unabhängig davon gegeben, ob später erneut zu einer Wahlversammlung einberufen wird, weil die erste Versammlung, aus welchen Gründen auch immer, nicht stattfinden kann.

■ Arbeitsgericht Lübeck
vom 30. Januar 2003, 1 Ca 4067/02
eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram Müller-Wichards,
Breite Straße 7, 23552 Lübeck, Tel.: 0451 / 50 11 88,
Fax: 502 11 59; E-mail: RA.Mueller-Wichards@t-online.de

74. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, einstweilige Verfügung, Anforderungen an den Widerspruch, Verfügungsgrund erforderlich

1. Zumindest dann, wenn der Betriebsratsvorsitzende auskunftsbereit ist, muss der die Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG einklagende Arbeitnehmer sich näher äußern, falls der Arbeitgeber die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 2 BetrVG bestreitet.
2. Sind im Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG die für sozial stärker gehaltenen Arbeitnehmer nicht konkret benannt, muss der die Weiterbeschäftigung einklagende Arbeitnehmer im einzelnen darstellen, warum aus den allgemeinen Angaben für den Arbeitgeber eindeutig ersichtlich ist, welche Arbeitnehmer gemeint sind.
3. Die Widerspruchsbegründung, der Arbeitnehmer könne mit seinen bisherigen Arbeiten weiterbeschäftigt werden, genügt den Anforderungen des § 102 Abs. 3 BetrVG ebenso nicht wie die Begründung, nach Fortbildung könne der Arbeitnehmer auf einem neu einzurichtenden Arbeitsplatz anderen Beschäftigten zuarbeiten.
4. Die Kammer bleibt dabei, dass auch für die Weiterbeschäftigungsverfügung nach § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG ein Verfügungsgrund erforderlich ist.
5. Betreibt der Arbeitnehmer das Verfügungsverfahren nicht mit dem nötigen Nachdruck – was etwa durch Einreichen der Berufungsbegründung erst nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zum Ausdruck kommt –, zeigt er, dass ein Eilbedürfnis offenbar nicht gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 17. August 2004, 6 Sa 439/04

75. Weiterbeschäftigung gem. § 102 Abs. 5 BetrVG nach Kündigung, Entbindungsantrag des Arbeitgebers entbehrlich und zurückzuweisen, wenn nur mit mangelhaftem Widerspruch des Betriebsrates begründet (abweichende Auffassung des LAG Hamburg)

1. In der Rechtsprechung und Literatur wird unterschiedlich beurteilt, ob der Arbeitgeber einen Antrag auf Entbindung von seiner Weiterbeschäftigungspflicht gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG auch auf die Begründung stützen kann, es fehle an einem ordnungsgemäßen Widerspruch.
Teilweise ist hierzu die Auffassung vertreten worden, gegebenenfalls sei der Entbindungsantrag als unzulässig abzuweisen (LAG Berlin DB 1974, 1629; LAG Niedersachsen DB 1975, 1898; LG Düsseldorf BD 1976, 1065; LAG Düsseldorf,

Urteil vom 21. Juni 1974, EzA § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 3). Auf der Grundlage dieser Auffassung ist weiter teilweise angenommen worden, dass der Arbeitgeber gegebenenfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren einen Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens eines Beschäftigungsanspruchs stellen könne (LAG Brandenburg, Beschluss vom 15. Dezember 1992, LAGE § 102 BetrVG 1972 Beschäftigungspflicht Nr. 1; *Fitting*, u.a., BetrVG, 22. Aufl., § 102 Rn 121, m.w.N.; a.A. zu Recht MünchArbR/*Matthes*, 2. Aufl. 2000, § 357 Rn 24). Überwiegend wird demgegenüber in der Rechtsprechung und Literatur die auch vom Arbeitsgericht seiner Entscheidung zu Grunde gelegte Auffassung vertreten, der Arbeitgeber könne eine Entbindung entsprechend § 102 Abs. 5 Satz 2 BetrVG auch mit der Begründung beantragen, es fehle bereits an einem ordnungsgemäßen Widerspruch. Ein nicht ordnungsgemäßer Widerspruch könne entweder ein offensichtlich unbegründeter Widerspruch i.S.v. § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG sein oder aber jedenfalls entsprechend behandelt werden (LAG Hamm, Urteil vom 12. Januar 2001–5 Sa 999/100 –; LAG München, Urteil vom 2. August 1983–6 Sa 439/83 – zitiert nach *Juris*; *KR-Etzel*, 7. Aufl., § 102 BetrVG Rn 232; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsrecht im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rn 2110).

In direkter Anwendung von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG kann ein solcher Antrag nicht begründet sein, da die gesetzliche Regelung ersichtlich das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Widerspruchs voraussetzt. Denn nur in diesem Fall besteht überhaupt ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers, von dem der Arbeitgeber im Wege einer gestaltenden Entscheidung des Gerichts entbunden werden könnte. Entsprechend wird die Rechtsgrundlage für eine Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht durch einstweilige Verfügung wegen nicht ordnungsgemäßen Widerspruchs des Betriebsrats ganz überwiegend in einer entsprechenden Anwendung von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG gesehen (*KR-Etzel*, a.a.O.; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, a.a.O.).

2. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG auf den Tatbestand des Fehlens eines ordnungsgemäßen Widerspruchs des Betriebsrats nicht entsprechend angewendet werden.

Eine analoge bzw. entsprechende Anwendung ist die Übertragung der für einen oder mehrere bestimmte Tatbestände im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand. Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und einen vergleichbaren Sachverhalt voraus (BAG, Urteil vom 13. Mai 2004–4 AZR 92/03 – n.v., unter II 2 bb der Gründe). Die fehlende Ordnungsgemäßheit des Widerspruchs des Betriebsrats und die offensichtliche Unbegründetheit des Widerspruchs im Sinne von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG sind jedenfalls keine in diesem Sinne vergleichbaren Sachverhalte.

Indem das Gesetz in § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG auf eine offensichtliche Unbegründetheit abstellt, soll ersichtlich die

Kündigungsschutzrecht

Möglichkeit der Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht aus § 102 Abs. 3 BetrVG auf völlig eindeutige Sachverhalte beschränkt werden. Dieser gesetzliche Prüfungsmaßstab kann bei der Beurteilung der Frage, ob ein nicht ordnungsgemäßer Widerspruch ein mit dem Tatbestand des offensichtlich unbegründeten Widerspruchs in § 102 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 BetrVG vergleichbarer Tatbestand ist, nicht außer Betracht gelassen werden.

Wenn der Gesetzgeber aber eine Entbindung gemäß § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG auf den Fall der offensichtlichen Unbegründetheit des Widerspruchs beschränkt, kann allenfalls ein offensichtlich nicht ordnungsgemäßer Widerspruch als vergleichbarer Tatbestand im Sinne der Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung angesehen werden (ebenso *Kittner*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht*, 6. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rn 372). Andernfalls würden an eine Entbindung wegen nicht ordnungsgemäßen Widerspruchs in entsprechender Anwendung von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs geringere Anforderungen gestellt als bei der gesetzlich geregelten Entbindung wegen Unbegründetheit des Widerspruchs. Dies würde die Grenzen einer entsprechenden Anwendung von § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG überschreiten. Eine entsprechende Anwendung kommt damit allenfalls im Falle des offensichtlich nicht ordnungsgemäßen Widerspruchs in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg vom 13. August 2004, 3 Sa 61/04 eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Hennigs, Große Bleichen 21, 20354 Hamburg, Tel.: 040/35922-249, Fax: 35922-224; E-mail: thomas.hennigs@westphalen-law.de; www.westphalen-law.de

76. Weiterbeschäftigung nach zweiter Kündigung bei vorangegangener Weiterbeschäftigung gem. § 102 V BetrVG, Schriftform bei Befristung, § 625 BGB

Setzen die Parteien nach Ausspruch einer weiteren ordentlichen Kündigung das Arbeitsverhältnis fort, geschieht dies auch dann aufgrund einzelvertraglicher Abrede, wenn in Bezug auf die vorherige ordentliche Kündigung ein Weiterbeschäftigungsverhältnis gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG begründet worden ist. Dieses endet nämlich mit dem Entlassungstermin der weiteren Kündigung. Soll das Arbeitsverhältnis nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzrechtsstreits fortgesetzt werden, bedarf eine solche Abrede der Schriftform gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 25. Juni 2004, 9 Sa 151/04, Rev. zugel.

77. Zurückweisung einer Kündigung gegenüber gesetzlichem Vertreter nach § 174 BGB; Zurückweisungsfrist; Kündigungserklärung des gemeinsam vertretungsberech-

tigten Geschäftsführers als Gesamtvertreter, Kündigungskompetenz, Personalreferentin

1. Die Zurückweisung einer Kündigung nach § 174 BGB verlangt nicht ein sofortiges Handeln des die Kündigung in Empfang nehmenden Arbeitnehmers. Dem Arbeitnehmer steht vielmehr eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung rechtskundigen Rats zur Verfügung. Für die Zeitdauer der für die Zurückweisung der Kündigung einzuhaltenden Frist sind die Umstände des Einzelfalls maßgebend. Eine Zurückweisung der Kündigung innerhalb von drei bis max. 10 Tagen, wenn ein Wochenende dazwischen liegt, ab Zugang der Kündigungserklärung ist noch als unverzüglich im Sinne des § 174 S. 1 BGB anzusehen.

2. Bei einer Personalreferentin handelt es sich – anders als bei einem Personalleiter – nicht um eine Person, die eine Tätigkeit ausübt, die regelmäßig mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Es bedarf insoweit der „Inkenntnissetzung“ der Bevollmächtigung oder jedenfalls der Beifügung einer Originalvollmacht.

3. Ein Geschäftsführer übt hingegen eine Position aus, mit der regelmäßig das Kündigungsrecht verbunden ist. Allerdings besteht vorliegend die Besonderheit, dass nach der handelsrechtlichen Eintragung wie nach dem Gesellschaftervertrag nur beide Geschäftsführer gemeinsam zur Vertretung der Beklagten befugt sind. Ein Geschäftsführer ist sonach als so genannter Gesamtvertreter auf die Mitwirkung des anderen Geschäftsführers angewiesen. Insoweit bedarf es einer Bevollmächtigung, wenn nur ein Geschäftsführer die Kündigung ausstellt.

Zwar wird in Rechtsprechung und Literatur die Meinung vertreten, dass die Vorschrift des § 174 BGB auf gesetzliche Vertreter keine Anwendung findet. Diese Auffassung wird jedoch insbesondere vom BAG nicht geteilt. In seiner Entscheidung vom 18.12.1980 (2 AZR 980/78) hat das BAG insoweit ausgeführt, dass die Gesamtvertretung einer GmbH durch zwei Geschäftsführer in der Weise ausgeübt werden könne, dass ein Gesamtvertreter den anderen formlos zur Abgabe einer Willenserklärung ermächtigt und der zweite Gesamtvertreter die Willenserklärung allein unterschreibt. Auf diese formlose interne Ermächtigung eines Gesamtvertreters durch den anderen sei § 174 BGB nach Sinn und Zweck dieser Vorschrift anzuwenden.

Die vorliegende Kündigung war insoweit unwirksam, da weder eine Vollmachtsurkunde beigefügt war noch dem Kläger eine entsprechende Bevollmächtigung zur Kenntnis gebracht wurde und der Kläger die Kündigung unverzüglich zurückgewiesen hat.

■ Arbeitsgericht Stuttgart vom 19.03.2003, 30 Ca 10329/02, eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711 / 22 41 99-0, Fax: 0711 / 22 41 99-79; E-mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de; www.shp-anwaltskanzlei.de

Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

78. Betriebsratswahl, Nichtigkeit, grenzüberschreitender Betriebsrat, örtliche Zuständigkeit

Der Arbeitgeber (Antragsteller) begehrt im vorliegenden Verfahren die Erklärung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl.

Bei dem Arbeitgeber handelt es sich um eine Grenzspedition. Registerrechtlich ist die Firma eingetragen bei dem Amtsgericht in Emmerich. Dort wird jedoch keine Geschäftstätigkeit entfaltet.

Zollabfertigungen werden vorgenommen in den Binnenzollämtern in Brandenburg und Sachsen, an der deutsch-polnischen Grenze u.a. in Polen, Mecklenburg-Vorpommern und Sachsen sowie an der deutsch-niederländischen Grenze u.a. in s'-Heerenberg (Niederlande), wo zugleich die Verwaltung der Beklagten angesiedelt ist.

Die Betriebsratswahl wurde am 27.12.2003 durchgeführt. Laut Wählerliste nahmen 23 Mitarbeiter mit folgender Verteilung an der Betriebsratswahl teil:

- 10 Mitarbeiter in den Niederlanden
- 5 Mitarbeiter in Polen,
- 3 Mitarbeiter in Sachsen,
- 3 Mitarbeiter in Brandenburg,
- 1 weiterer Mitarbeiter in Polen
- 1 weiterer Mitarbeiter in Brandenburg.

1. Die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte für Arbeits-sachen ergibt sich aus § 2 a Abs. 1 Ziff. 1 ArbGG. Für die örtliche Zuständigkeit ist § 82 Satz 1 ArbGG maßgebend. Hiernach ist das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Betrieb liegt. Ausweislich § 82 Satz 2 ArbGG wird zwischen Betrieb und Sitz des Unternehmens unterschieden.

Geht man mit dem Betriebsrat davon aus, dass hier § 82 Satz 1 ArbGG Anwendung findet, so wäre der Betrieb maßgebend, von dem die Betriebsratswahl ausgegangen ist. Dies ist der Betrieb des Arbeitgebers in s'-Heerenberg in den Niederlanden, in dem gleichzeitig die Verwaltung angesiedelt ist.

Damit wäre die EG-VO Nr. 44/2001 anwendbar. Sie gehört zum sekundären Gemeinschaftsrecht. Gem. Art. 249 Abs. 2 EG-V ist sie in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (vgl. *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., A. 1 Einl. Rz 40).

Allerdings greift nicht § 2 der EG-Verordnung Nr. 44/2001 ein, denn die internationale Zuständigkeit kann nicht davon abhängen, ob der jeweilige Betriebsratsvorsitzende per Zufall seinen Wohnsitz in Deutschland oder in den Niederlanden hat.

Dagegen gilt Art. 60 Abs. 1 der EG-Verordnung Nr. 44/2001, wonach Gesellschaften und juristische Personen für die Anwendung dieser Verordnung ihren Wohnsitz in dem Ort haben, an dem sich

a) ihr satzungsmäßiger Sitz,

b) ihre Hauptverwaltung oder

c) ihre Hauptniederlassung

befindet.

Die hiermit am Sitz des Arbeitsgerichts gegebene örtliche Zuständigkeit indiziert die internationale Zuständigkeit (vgl. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Rz 846).

Soweit es sich wegen der Lage des Betriebs in den Niederlanden überhaupt um einen Sachverhalt mit Auslandsberührung handelt, folgt die Anwendung deutschen Rechts entsprechend den Regelungen der Art. 27 ff, 30 EG-BGB aus der Tatsache, dass auf die Arbeitsverhältnisse kraft Vereinbarung deutsches Recht Anwendung findet und die Betriebsratswahl auch nach den gesetzlichen Regelungen des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes 1972 abgehalten worden ist.

2. Das Betriebsverfassungsgesetz gilt in der gesamten Bundesrepublik Deutschland. Innerhalb dieses Gebietes gilt das Gesetz grundsätzlich für alle dort ansässigen betriebsratsfähigen Betriebe, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Inhabers, das heißt auch für Betriebe von Unternehmen, die ihren Sitz im Ausland haben. Es ist dabei gleichgültig, ob das ausländische Unternehmen im Inland eine rechtsfähige Zweigniederlassung oder nur eine so genannte Betriebsstätte unterhält, sofern diese einen betriebsratsfähigen Betrieb darstellt. Das Betriebsverfassungsgesetz gilt für die in Deutschland gelegenen betriebsratsfähigen Betriebe und Betriebsteile auch, wenn für die dort beschäftigten Arbeitnehmer kraft Vereinbarung ausländisches Arbeitsvertragsrecht gilt. Dies ist die notwendige Folge der grundsätzlich zwingenden Wirkung des Betriebsverfassungsgesetzes. Seine Anwendbarkeit auf inländische Betriebe kann auch nicht mittelbar durch eine Rechtswahlvereinbarung in den Einzelarbeitsverträgen ausgeschlossen werden (vgl. *Kraft*, GK-BetrVG, a.a.O., § 1 Rz 12 m.w.N.).

In ausländischen Betriebsteilen inländischer Betriebe gilt nach dem Territorialitätsgrundsatz das Betriebsverfassungsgesetz nicht (vgl. *Kraft*, GK-BetrVG, § 1 Rz 20 m.w.N.).

Werden Arbeitnehmer eines deutschen Arbeitgebers im Ausland beschäftigt, so gilt das Betriebsverfassungsgesetz, sofern diese Arbeitnehmer noch dem deutschen Betrieb angehören (Ausstrahlungen des inländischen Betriebes). Keine Zugehörigkeit zu dem deutschen Betrieb liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer auf Dauer in eine im Ausland bestehende betriebliche Organisation eingegliedert ist (vgl. *Kraft*, GK-BetrVG, a.a.O., § 1 Rz 24 m.w.N.). Das Betriebsverfassungsgesetz ist nicht anzuwenden auf die im Ausland gelegenen Betriebe deutscher Unternehmen. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob die Einzelarbeitsverträge der in diesen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer deutsches oder ausländisches Recht anwenden (vgl. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl., § 1 Rz 16 m.w.N.). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob der niederländische Betrieb mit der Hauptverwaltung eine enge Verbindung zu Emmerich hat in der Form, dass es sich um eine deutsche Postadresse, deutsche Telefonnummer und um deutsche Kraftfahrzeugkennzeichen handelt. Ebenso ist

Betriebsverfassungsrecht

nicht entscheidend, ob die Arbeitnehmer der deutschen Berufsgenossenschaft unterliegen, hiernach unfall- und sozialversichert sind, Lohnsteuer an das deutsche Finanzamt abgeführt wird, die deutschen Feiertage eingehalten werden oder Eingliederungszuschüsse durch die Bundesanstalt für Arbeit gewährt werden.

Hieran ändert auch nichts das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande über die Zusammenlegung der Grenzabfertigung und über die Einrichtung von Gemeinschafts- oder Betriebswechselbahnhöfen an der deutsch-niederländischen Grenze (vgl. Bl. 52 ff d. A.), unterzeichnet am 13.05.1958 und in Kraft seit dem 28.09.1960 sowie das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über Erleichterungen der Grenzabfertigung (Bl. 60 ff d. A.), unterzeichnet am 29.07.1992 und in Kraft seit dem 04.08.1994. Soweit der Betriebsrat auf diese Abkommen verweist, ergibt sich aus deren Regelungen nicht der geringste Hinweis dafür, dass hiermit in solchen Betrieben die Wahl eines Betriebsrates nach dem deutschen Betriebsverfassungsgesetz zulässig sein sollte, das heißt eine Ausnahme vom Territorialitätsprinzip gelten sollte.

3. Eine Wahlanfechtung aus Gründen, die zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl führen, ist im Betriebsverfassungsgesetz weder hinsichtlich der Nichtigkeitsvoraussetzungen noch hinsichtlich der Nichtigkeitsfolgen gesetzlich geregelt. Es entspricht jedoch einem für das Betriebsverfassungsgesetz allgemein anerkannten Grundsatz, dass neben den im gesetzlich geregelten Wahlanfechtungsverfahren geltend zu machenden Wahlmängeln auch solche Gesetzesverstöße vorliegen können, die das Entstehen einer Arbeitnehmervertretung von vornherein ausschließen.

In seiner Beschwerde weist der Arbeitgeber zutreffend auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 09.02.1982 – 1 ABR 36/80 – AP Nr. 24 zu § 118 BetrVG 1972 hin, wonach eine nichtige Betriebsratswahl nach allgemeiner Meinung dann anzunehmen ist, wenn es sich um einen Betrieb handelt, auf den das Betriebsverfassungsgesetz keine Anwendung findet und es damit an den gesetzlichen Voraussetzungen für eine Betriebsratswahl überhaupt fehlt. Dies ist auch hier der Fall. Den Fall anders zu beurteilen, weil nach einer völligen Mindermeinung von *Däubler* (BetrVG, 8. Aufl., § 1 Rz 23) auch eine gegenteilige Auffassung vertreten wird, auf die sich im Übrigen der Betriebsrat auch gar nicht gestützt hat, kann nicht ausreichen, um von einer bloßen Anfechtbarkeit auszugehen.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 27. Juli 2004, 8 TaBV 40/04

eingereicht von Rechtsanwältin Stefanie Lehnen, Am Hammerwerk 22, 41515 Grevenbroich, Tel.: 02181 / 47 57 79–0, Fax: 47 57 79–25

79. Betriebsratswahl, Anfechtung, Nichtigkeit, Abbruch durch einstweilige Verfügung, Nachweis der Kenntnis

von der Einladung zur Wahl des Wahlvorstands, Beeinflussungsrelevanz, Darlegungs- und Beweislast

1. Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass bei Streitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten im Laufe des Betriebsratswahlverfahrens einstweilige Verfügungen gemäß § 85 Abs. 2 ArbGG in Betracht kommen (vgl. statt Vieler: *Schäfer*, Der einstweilige Rechtsschutz im Arbeitsrecht, Berlin 1996, Rn 191).

2. Die Bildung des Wahlvorstands leidet unter einem so schwerwiegenden Mangel, dass er zur Nichtigkeit der eingeleiteten Betriebsratswahl führt.

Die Einladung zu der Betriebsversammlung, in der der Wahlvorstand bestellt worden ist, ist nicht so bekannt gemacht worden, dass alle Arbeitnehmer des Betriebes der antragstellenden Arbeitgeberin hiervon Kenntnis nehmen konnten. Es ist zwar aufgrund der betriebsüblichen Gegebenheiten (Schichtdienst) kaum möglich, alle Arbeitnehmer persönlich in Kenntnis zu setzen. In diesem Fall genügt jedoch der Aushang der Einladung an zentraler Stelle. Dies wurde von den Antragsgegnern nicht glaubhaft gemacht. Üblicherweise werden Aushänge an einem Ort (schwarzes Brett) vorgenommen, von dem die Arbeitnehmer wissen, dass dort allgemeine Verlautbarungen gemacht werden. Inwieweit Umkleide- und Aufenthaltsräume als zentrale Informationsstelle geeignet sein sollen oder bisher dazu genutzt wurden, ist nicht ersichtlich. Es ist auch nicht erkennbar, inwieweit die genannten Räume von den Arbeitnehmern der antragstellenden Arbeitgeberin genutzt werden, so dass von der Möglichkeit auszugehen ist, dass dort angebrachte Informationen auch wahrgenommen werden.

Die Arbeitnehmer haben auch nicht auf andere Weise tatsächlich von der Einladung Kenntnis genommen. Dies wurde durch die eidesstattliche Versicherung des Mitarbeiters Sp. glaubhaft gemacht. Auch die in der Unterschriftenliste genannten Mitarbeiter haben bestätigt, dass sie keine Einladung zur Betriebsversammlung erhalten haben.

Die durchgeführte Wahl des Wahlvorstandes ist daher nichtig, da durch diesen Mangel der Einladung das Wahlergebnis beeinflusst werden konnte. Bei der Wahl des Wahlvorstandes hängt die Beschlussfähigkeit der Wahlversammlung nicht von der Teilnahme einer Mindestzahl von Arbeitnehmern ab. Somit kann eine kleine Minderheit von Arbeitnehmern eines Betriebes die Bestellung eines Wahlvorstandes durchsetzen und eine Betriebsratswahl einleiten. Gerade deshalb muss gewährleistet sein, dass alle Arbeitnehmer zumindest die Möglichkeit erhalten, an dieser Wahl mitzuwirken. Andernfalls könnte durch eine gezielte Auswahl der eingeladenen Arbeitnehmer der überwiegenden Mehrheit die Durchführung einer Betriebsratswahl aufgezwungen werden (vgl. BAG 2 AZR 349/85). Dass die Antragsgegner die Gesamtzahl der bei der antragstellenden Arbeitgeberin beschäftigten Arbeitnehmer bestreiten, ist rechtlich unerheblich. Sofern vereinzelt vertreten wird, dass Ladungsfehler bei einer kurzfri-

stig stattfindenden Betriebsversammlung, von der jedenfalls ein Großteil der Belegschaft hätte Kenntnis haben können, nicht so gravierend sind, dass von einer gesetzwidrigen Wahl des Wahlvorstands auszugehen ist (*Fitting*, 21. Aufl., Rn 19 zu § 17), ist diese Auffassung im vorliegenden Fall nicht relevant, da die Antragsgegner nicht dargelegt haben, wie viele Arbeitnehmer von den von ihnen behaupteten 130 Gesamtarbeitnehmer des Betriebes der antragstellenden Arbeitgeberin an der Betriebsversammlung teilgenommen haben.

■ Arbeitsgericht München

vom 28. Juli 2004, 5 BVGa 49/04

eingereicht von Rechtsanwalt Ulrich Schulte-Spechtel, Ganghoferstraße 31, 8039 München, Tel.: 089/386657-0, Fax: 386657-29; E-mail: brunnberg@sachenbacher.de

80. Betriebsratswahl, Verfassungswidrigkeit, Frauenquote, Minderheitsgeschlecht, Listensprung, Wahlgleichheit, Wahlgrundsätze, verfassungskonforme Auslegung, Aussetzung

1. Die Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs 1 GG gelten auch für Betriebsratswahlen.

2. § 15 Abs 5 Nr 2 WahIO zum BetrVG stellt einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs 1 GG dar.

3. Die gesetzliche Vorgabe des § 15 Abs 2 BetrVG zur Förderung des Minderheitsgeschlechts ist für sich betrachtet verfassungsgemäß, denn im Wege der Verfassungskonformen Auslegung sind weniger einschneidende Korrekturen als der Listensprung i.S.v. § 15 Abs 5 Nr 2 WahIO zum BetrVG möglich (a.A. LAG Köln, Beschluss vom 13.10.2003-2 TaBV 1/03, s. AE 4/04 Nr. 450).

4. Hält das Gericht eine Vorschrift für verfassungsgemäß, muss es sie auch anwenden und kann den Rechtsstreit nicht ohne eingehende eigene Prüfung im Hinblick auf ein anderweitig anhängiges Normenkontrollverfahren aussetzen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 31. März 2004, 3 TaBV 12/03,

Rechtsbeschwerde eingelegt zum AZ 7 ABR 40/04

81. Betriebsänderung, zeitlich befristete einstweilige Verfügung auf Unterlassung, abweichende Entscheidung für Schleswig-Holstein

Dem Betriebsrat steht bei einer geplanten Betriebsänderung, die durch erheblichen Personalabbau erfolgen soll, ein Anspruch auf Beratung und Verhandlung über einen Interessenausgleich gegenüber dem Arbeitgeber zu, der durch einen Unterlassungsanspruch gegenüber solchen Maßnahmen (Kündigungen) gestützt wird, mit denen die Betriebsänderung durchgeführt werden soll und die den Verhandlungsanspruch des Betriebsrates, der nach Durchführung der Betriebsänderung nicht mehr gegeben ist, zunichte

machen. Dieser Anspruch kann durch eine einstweilige Verfügung gemäß § 940 ZPO gesichert werden (vgl. LAG Berlin v. 07.09.1995 10 TaBV 5/95).

Der Unterlassungsanspruch ist auch nicht durch § 113 Abs. 3 BetrVG ausgeschlossen. Der in dieser Vorschrift geregelte Nachteilsausgleich ist eine Sanktion individualrechtlicher Art. Ein kollektivrechtlicher Anspruch kann aber nicht von einer individualrechtlichen Sanktion abhängig gemacht werden. Unzutreffend ist schließlich auch die Auffassung, der Anspruch auf Unterlassung der Betriebsänderung gehe über den Verhandlungsanspruch des Betriebsrates hinaus und führe bei einer Anordnung im Wege einer einstweiligen Verfügung zu einer Überbefriedigung. Der Unterlassungsanspruch, der dem Betriebsrat bei Verletzung seines Verhandlungsanspruches aus § 112 Abs. 2 und 3 BetrVG zusteht, hat sich an der Reichweite seines Mitbestimmungsrechtes zu orientieren. Der Betriebsrat hat daher nur solange einen Anspruch auf Unterlassung der Betriebsänderung, solange die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber und die Schlichtungsverfahren nicht zum Abschluss gekommen sind. Der Zeitraum für die Abwicklung des Beratungs- und Verhandlungsanspruches dürfte regelmäßig einen Zeitraum von zwei Monaten nicht überschreiten (vgl. *Koch*, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 244 Rn 29; ArbG München v. 06.12.2002 27 BVGa 68/02).

Auch wenn die nach dem arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz vom 13.09.1996 in § 113 Abs. 3 BetrVG enthaltene zeitliche Begrenzung der Pflicht zur Interessenausgleichsverhandlung von zwei Monaten wieder aufgehoben wurde, entspricht dieser Zeitraum doch den Erfahrungswerten und ist somit zur Sicherung der Informations- und Beratungsrechte des Betriebsrates ausreichend.

■ Arbeitsgericht Elmshorn

vom 17. September 2004, 3 BVGa 47d/04,

eingereicht von Rechtsanwalt Klaus Müller-Knapp, Kaemmereruf 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040 / 696 57 63, Fax: 280 74 93; E-mail: kanzlei@anwaelte-mkhhb.de

Anmerkung des Einreichers:

Der Beschluss ist deshalb interessant, weil in Schleswig-Holstein wegen der Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 13.01.1992 (LAGE § 111 BetrVG 72 Nr. 11) bisher nicht mit dem Erlass einer einstweiligen Verfügung im Rahmen von § 111 BetrVG gerechnet werden konnte.

Da die Sache inzwischen für erledigt erklärt worden ist, wird das LAG Schleswig-Holstein hiermit nicht mehr befasst sein.

82. Betriebsänderung, Unterlassung, einstweilige Verfügung

1. Ein Verfügungsanspruch des Betriebsrats auf Unterlassung einer Betriebsänderung besteht nicht.

2. Für eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung einer unter Umständen als Betriebsänderung gemäß § 613 a BGB

Betriebsverfassungsrecht

anzusehenden Maßnahme fehlt es darüber hinaus regelmäßig an einem Verfügungsgrund.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30. April 2004, 5 Ta 166/04

83. Betriebsänderung, einstweilige Verfügung im Beschlussverfahren, Unterlassung von Kündigungen im Tendenzbetrieb vor Unterrichtung und Beratung von Betriebsänderungen (hier: Teilbetriebsstilllegung)

Die Beteiligten streiten um die Unterlassung von betriebsbedingten Kündigungen im Zusammenhang mit der Stilllegung der Vertriebsabteilung. Antragsteller ist der bei der Antragsgegnerin bestehende Betriebsrat. Die Antragsgegnerin, ein Schulbuchverlag, beschäftigt 29 Arbeitnehmer.

1. Es besteht ein Verfügungsgrund, da angesichts der eingeleiteten Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG und der darin mitgeteilten Kündigungsabsicht für 10 Arbeitnehmer das Recht des Antragstellers auf Unterrichtung und Beratung über die geplante Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG nur durch Untersagung der beabsichtigten Kündigungen gesichert werden kann.

2. Dem Antragsteller steht auch ein Verfügungsanspruch zur Seite. Es ist dies, der die Wahrung der Beteiligungsrechte nach den §§ 111 ff BetrVG sichernde Unterlassungsanspruch. Nach § 111 BetrVG soll die Betriebsänderung – hier die Schließung der Vertriebsabteilung – erst vorgenommen werden, wenn der Betriebsrat über die geplante Betriebsänderung umfassend unterrichtet wurde und sie mit ihm beraten wurde (LAG Ffm. Beschluss vom 21.9.1982, DB 1983, 613).

Dies gilt, obwohl es sich bei der Antragsgegnerin um einen Tendenzbetrieb im Sinne des § 118 BetrVG handeln dürfte. Jedenfalls geht die Kammer aufgrund der vorliegenden spärlichen Informationen – weitere Aufklärung ist wegen Dringlichkeit nicht möglich – davon aus, da Buch- und Zeitschriftenverlage im Regelfall Tendenzbetriebe sind (*Fitting*, § 118 Rn 26). Deshalb kann der Betriebsrat einen Interessenausgleich oder auch nur dessen Versuch nicht erzwingen (*Fitting*, § 118 BetrVG Rn 47).

Gleichwohl hat auch im Tendenzunternehmen der Betriebsrat einen Anspruch auf Unterrichtung und Beratung über die Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG im Hinblick auf die Verminderung wesentlicher Nachteile für die Arbeitnehmer rechtzeitig vor Durchführung der Betriebsänderung, damit der Betriebsrat auch in einem Tendenzunternehmen über angemessene Informationen über die durch Sozialplan ausgleichenden Nachteile verfügt (BAG vom 27.10.1999, APNr. 65 zu § 118 BetrVG 1972). Auch im Tendenzbetrieb erfordern die geschützten Belange der betroffenen Arbeitnehmer eine frühzeitige Erwägung aller sozialen Folgen der Betriebsänderung sowie der Maßnahmen, die zum Ausgleich oder zur Milderung in Betracht kommen. Diese Belange werden beeinträchtigt, wenn mangels rechtzeitiger Unterrichtung des Betriebsrates im Vorfeld der Betriebsänderung noch völlige

Unkenntnis über einen möglichen Sozialplan besteht (BAG am angegebenen Ort).

Aus dem dargelegten ergibt sich, dass der Antragsteller hier nicht die Unterlassung der beabsichtigten Kündigungen bis zum Abschluss der Verhandlungen über einen Interessenausgleich, sondern bis zur Unterrichtung und Beratung über die geplante Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG verlangen kann.

Dieser Anspruch auf Unterrichtung und Beratung ist der vorläufigen Regelung im Wege der einstweiligen Verfügung zugänglich. Im Streit steht nämlich, der im Wege der Verfügungsmaßnahme § 940 ZPO nach § 938 ZPO zu gestaltende Schutz der dargelegten Rechtsposition des Betriebsrates und nicht etwa ein materiell rechtlicher Anspruch auf Verhinderung einer der Unternehmensautonomie unterliegenden Maßnahme.

3. Zu beachten waren indessen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Hessischen Landesarbeitsgerichtes (Beschluss vom 21.9.1982, DB 1983, 613) zwei Schranken, die sich aus der Einstweiligkeit der aufgrund des § 85 Abs. 2 ArbGG anzuordnenden Maßnahmen ergeben. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung keine zusätzliche Art des Kündigungsschutzes eingeführt werden darf.

Zum anderen unterliegt unternehmerische Entscheidung ob eine Betriebsänderung durchgeführt werden soll nicht dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Auch die Informations- und Beratungsrechte des Betriebsrates stehen der Durchführung einer Betriebsänderung nicht absolut entgegen. Deshalb kann der Antragsgegnerin eine zeitlich unbegrenzte Unterlassung personeller Maßnahmen nicht zugemutet werden. Diesem Gedanken Rechnung tragend sieht die Kammer eine Beschränkung des Kündigungsverbot auf einen Zeitraum von 4 Wochen als erforderlich aber auch ausreichend an.

■ Arbeitsgericht Darmstadt
vom 18. November 2004, 10 BVGa 15/04
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt,
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt,
Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

84 a. Betriebsratsmitglied, Schulungskosten, Anrechnung einer Haushaltsersparnis bei Seminarteilnahme

Die vom Arbeitgeber zu tragenden Verpflegungskosten der Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einem Seminar gemäß §§ 37 Abs. 6, 40 Abs. 1 BetrVG können um die sich aus § 1 Abs. 1 und Abs. 3 SachbezVO ergebenden Pauschbeträge reduziert werden (sog Haushaltsersparnis), soweit im Betrieb keine Reisekostenregelung gilt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 26. Juli 2004, 9 (7) TaBV 51/02, Rechtsbeschw. zugel.

84b. Einigungsstellenverfahren, unterschiedliche Vorschläge für den Einigungsstellenvorsitz, Entzug des gesetzlichen Richters

1. Das Schutzprinzip des gesetzlichen Richters im Rechtsmittelverfahren (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) kann erst dann wirksam werden, wenn ein Rechtsmittel bei einem Rechtsmittelgericht eingeht.
2. Der gesetzliche Richter des Rechtsmittelverfahrens kann damit nicht schon dadurch entzogen werden, dass der im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren erstinstanzlich unterlegene Beteiligte sofort nach Verkündung der Endentscheidung Beschwerde zu Protokoll des Arbeitsgerichts einlegt und der erstinstanzliche Richter die Beschwerde nicht unverzüglich dem LAG vorlegt.
3. Lehnen beide Beteiligte im Bestellungsverfahren des § 98 ArbGG den jeweils von der Gegenseite benannten, objektiv geeigneten Kandidaten für den Vorsitz einer Einigungsstelle ohne Mitteilung nachvollziehbarer Gründe ab und können sich die Beteiligten auf einen dritten Kandidaten nicht verständigen, hat das Beschwerdegericht den vom Erstgericht bestellten Einigungsstellenvorsitzenden zu bestätigen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 2. Juli 2004, 7 TaBV 19/04

85. (Keine) Behinderung der Betriebsratsarbeit durch kritische Meinungsäußerung des Arbeitgebers, Bekanntgabe der Kosten der Betriebsrats Tätigkeit, öffentliche Streitaustragung, Untersagungsanträge

Der Betriebsrat wollte der Antragsgegnerin untersagen lassen, in ihrer Monatszeitschrift „AeroVision“ zu behaupten:

- a) Forderungen des Betriebsrats, die im Einklang mit dem Gesetz aufgestellt werden, nützten niemand und kosteten das Unternehmen unnötige Zeit und auch viel Geld.
- b) Der Betriebsrat mit 7 Mitgliedern verbringe eine nicht geringe Zeit in Sitzungen zu allen möglichen Themen, die in den letzten Monaten von dem Betriebsrat dem Geschäftsführer geschickten Dokumente füllten fast einen ganzen Ordner und dies alles habe für niemanden eine Verbesserung gebracht sondern im Gegenteil eine Verschlechterung.
- c) Die Beantragung der einstweiligen Verfügung durch den Betriebsrat bezüglich der ab der 6. KW 2003 vereinheitlichten Arbeitszeit sei eine nicht untypische, vollkommen überflüssige Sache und wenn der Betriebsrat diesbezüglich seine Rechte wahrnehme, hätten alle verloren, am meisten die Mitarbeiter, die für ihren Einsatz bestraft würden.
- d) Der Betriebsrat übe sein Amt durch überflüssigen Formalismus und Regelungswut aus.
- e) Wenn der Betriebsrat weiter wie bisher sein Amt ausübe, würden Unternehmen und Mitarbeiter verlieren.
- f) Auf einer Betriebsversammlung zu behaupten, der Betriebsrat koste im Jahr 200.000,00 EUR.

Die Antragsgegnerin ihrerseits wollte dem Betriebsrat un-

tersagen lassen, Meinungsverschiedenheiten zwischen Geschäftsführer und Betriebsrat in offenen Briefen auszutragen.

Die Äußerungen des Geschäftsführers der Beteiligten zu 2. in der Zeitschrift verstoßen nicht gegen § 78 Betriebsverfassungsgesetz. Zwar mag der Betriebsrat durch die in der Tat sehr kritischen Äußerungen des Geschäftsführers zu der allgemeinen Haltung des Betriebsrates und zu seinem Verhalten in dem Beschlussverfahren in seiner Tätigkeit gestört worden sein. Der Beteiligte zu 1. verkennt aber, dass nicht jede objektive Behinderung oder Störung ausreicht, um den Unterlassungsanspruch des § 78 Betriebsverfassungsgesetz auszulösen. Vielmehr muss das positive Tun rechtswidrig sein (vgl. *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Auflage, § 78, Rn 28). Rechtswidrig aber sind die Äußerungen des Geschäftsführers nicht. Sie sind im Licht der Drittwirkung der Grundrechte auf Meinungs- und Pressefreiheit zu bewerten. Lediglich kritische aber das Persönlichkeitsrecht Dritter nicht verletzende Äußerungen in den Medien sind damit nicht unzulässig. Zwar gehört auch § 78 zu den Gesetzen, die Meinungs- und Pressefreiheit einschränken. Was die Meinungs- und Publikationsfreiheit angeht, genießt der Betriebsrat aber über § 78 keine Sonderrechte gegenüber anderen Menschen oder Gruppen. § 78 schützt den Betriebsrat lediglich vor Eingriffen in die Ausübung seiner Tätigkeit. Dies kann zwar auch durch Worte geschehen. Der Geschäftsführer hat hier aber nicht die Belegschaft des Betriebsrats aufgerufen, den Betriebsrat zu boykottieren, ihn zu missachten oder gar ihn abzuwählen. Die von ihm beanstandeten Äußerungen setzen sich ausschließlich kritisch mit seiner Amtsführung auseinander. Diese Kritik mag zwar hart und objektiv nicht zutreffend sein, sie ist aber in jedem Falle zulässig. Denn ein direkter oder indirekter Eingriff in die Tätigkeit des Betriebsrats liegt damit nicht vor.

Auch die betriebsinterne Bekanntgabe der Betriebsratskosten und Äußerungen des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern über die vom Betriebsrat verursachte Kostenlast verstoßen nicht gegen das Behinderungsverbot (vgl. *Kreutz*, a.a.O., Rn 36). Vielmehr kommt es auf den Zusammenhang an, in den die Erklärung der Kosten gestellt werden.

Abzuweisen ist auch der Antrag auf Untersagung der Austragung von Meinungsverschiedenheiten in offenen Briefen. Die veröffentlichte Antwort des Betriebsrats an die Geschäftsleitung auf die Äußerungen des Geschäftsführers in der genannten Zeitschriftenausgabe ist nicht unzulässig. Sie verstößt nicht gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, weil es dem Betriebsrat gestattet sein muss, seinerseits auf die öffentlich geäußerte Kritik der Geschäftsleitung an ihn ebenso öffentlich zu erwidern, damit die Belegschaft zur Kenntnis nehmen kann, ob der Betriebsrat die Kritik teilt oder nicht und sich so aufgrund der öffentlich ausgetauschten Argumente eine eigene Meinung bilden kann. Insoweit muss also Waffengleichheit zwischen den Betriebspartnern bestehen.

Betriebsverfassungsrecht

■ Arbeitsgericht Lübeck vom 26. Mai 2004, 4 BV 23/03
eingereicht von Rechtsanwalt Wolfram Müller-Wichards,
Breite Straße 7, 23552 Lübeck, Tel.: 0451 / 50 11 88, Fax:
502 11 59; E-mail: RA.Mueller-Wichards@t-online.de

86. Betriebsrat, Anhörung zur Kündigung, Verfahrensfehler des Betriebsrates, betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung zur Fremdvergabe

1. Eine Kündigung ist nicht nach § 102 BetrVG unwirksam, wenn der Betriebsratsvorsitzende, den der Arbeitgeber aufgefordert hat, zu der Kündigung Stellung zu nehmen, Verfahrensfehler begeht, wenn etwa der nicht zuständige Betriebsausschuss statt des Betriebsrats mit der Sache befasst wird oder wenn dieser in fehlerhafter Besetzung zusammengetreten ist.

2. Die Fremdvergabe von Reinigungsaufträgen an Subunternehmer kann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 1. Juli 2004, 5 (9) Sa 427/03

87. Kündigungsanhörung § 102 BetrVG, Betriebsausschuss, Darlegungs- und Beweislast

Der Betriebsrat kann seine Zuständigkeit nach § 102 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich auf den Betriebsausschuss übertragen. Die Bildung eines Betriebsausschusses beinhaltet jedoch nicht zugleich die Anhörungszuständigkeit. Es genügt daher nicht, wenn die Beklagte pauschal vorträgt, der Betriebsausschuss sei befugt gewesen, die Zustimmung zur Zustellung der Kündigung zu erteilen. Es hätte eines konkreten Vortrages bedurft, inwiefern die Beklagte von dieser Befugnis ausgehen durfte.

2. Wird in der Betriebsratsanhörung lediglich ausgeführt: „Betriebsbedingt siehe Interessenausgleich“ und enthält dieser Interessenausgleich wie üblich gerade keine Ausführungen zu dem konkreten Arbeitsplatz des Klägers, ist der Betriebsrat nicht in der Lage, sich ein Bild über den Kündigungsgrund zu machen.

■ Arbeitsgericht Koblenz – auswärtige Kammern Neuwied – vom 5. Februar 2004, 11 Ca 2668/03
eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 02224 / 26 38, Fax: 785 44, E-mail: mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

88. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, Widerspruch des Betriebsrates gegen Kündigung, Befreiung von der Beschäftigungspflicht nach Kündigung

Gemäß § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat einer Kündigung widersprechen, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Ein ordnungsgemäßer Widerspruch setzt voraus, dass der Betriebsrat aufzeigt, welcher vom Arbeitgeber bei der

sozialen Auswahl nicht berücksichtigte Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig ist. Dies gilt unabhängig vom Umfang der Mitteilung des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 1 BetrVG (ebenso KR-Etzel, 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn 153; DKK/Kittner, BetrVG 8. Aufl. § 102 Rn 189). Auch wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat – wie hier – keine Sozialdaten anderer Arbeitnehmer mitteilt, weil er der Meinung ist, es gebe keine vergleichbaren Arbeitnehmer, hat der Betriebsrat im Widerspruch nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG darzulegen, warum die vom Arbeitgeber getroffene soziale Auswahl fehlerhaft sei. Macht der Betriebsrat mit seinem Widerspruch 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 aus dem Widerspruchsschreiben bestimmbar sein (vgl. KR-Etzel, 6. Aufl. § 102 BetrVG Rn 151; Jaeger/Röder/Heckelmann, Praxishandbuch Betriebsverfassungsrecht § 25 Rn 114; Richardi/Thüsing, BetrVG 8. Aufl. § 102 Rn 186; HaKo-BetrVG/Braasch, § 102 Rn 90; weitergehend Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG 5. Aufl. § 102 Rn 109; Stege/Weinspach/Schiefer, BetrVG 9. Aufl. § 102 Rn 126). Dies folgt aus dem Regelungszusammenhang von § 102 Abs. 3 Nr. 1 mit § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BetrVG. Das Arbeitsgericht kann den Arbeitgeber nur dann im Wege der einstweiligen Verfügung von der Weiterbeschäftigungspflicht wegen eines offensichtlich unwirksamen Widerspruchs nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG entbinden, wenn sich aus dem form- und fristgerechten Widerspruch (§ 102 Abs. 2 BetrVG) des Betriebsrats nicht hinreichend deutlich ergibt, welche Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre soziale Schutzwürdigkeit zu vergleichen sein sollen. Den hierfür erforderlichen Sachvortrag vermag der Arbeitgeber nur zu leisten, wenn der oder die nach Auffassung des Betriebsrats weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer jedenfalls identifizierbar sind.

Zur Begründung des Widerspruchs nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG ist weiter erforderlich, dass der Betriebsrat plausibel darlegt, warum ein anderer Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig sei. Hierzu sind zwar nicht die einzelnen Sozialdaten i.S.d. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aufzuführen, der Betriebsrat hat aber aufzuzeigen, welche Gründe aus seiner Sicht zu einer anderen Bewertung der sozialen Schutzwürdigkeit führen.

Bei mehreren zur gleichen Zeit beabsichtigten betriebsbedingten Kündigungen kann der Betriebsrat den Kündigungen nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG nur dann wirksam widersprechen, wenn er in jedem Einzelfall auf bestimmte oder bestimmbare, seiner Ansicht nach weniger schutzwürdige Arbeitnehmer verweist. Der Betriebsrat kann nicht für alle oder mehrere beabsichtigte Kündigungen geltend machen, die soziale Auswahl sei fehlerhaft, weil der Arbeitgeber einen oder mehrere weniger schutzwürdige Arbeitnehmer übergangen habe. Auf denselben Berufungsfall kann der Betriebsrat seinen Widerspruch nicht mehrfach stützen. Dem steht – anders als nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats im Kündigungs-

schutzprozess (BAG 18. Oktober 1984–2 AZR 543/83 – BAGE 47, 80 = AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 34) – entgegen, dass der Betriebsrat mit der Ausübung des Widerspruchsrechts kollektive Interessen der Belegschaft wahrnimmt. Dies ist nur wirksam möglich, wenn der Betriebsrat den Widerspruch für jede beabsichtigte Kündigung so formuliert, dass er jeweils andere weniger schutzwürdige Arbeitnehmer bestimmt oder jedenfalls bestimmbar bezeichnet.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 26. Mai 2004, 6 Sa 445/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Dieter Straub, Briener Straße 11, 80333 München, Tel.: 089 / 238 07–0, Fax: 238 07–110; E-mail: dieter.straub@cmslegal.de; www.cmslegal.de

89. Beschlussverfahren, Erledigung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 103 BetrVG durch eine „zwischen den Instanzen“ erteilte Zustimmung des Betriebsrats, keine „Rücknahme“ einer wirksam abgegebenen Erledigungserklärung, Eintritt der Rechtskraft eines Beschlusses durch unzulängliche Beschwerdebegründung?

1. Im Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 Abs 2 BetrVG handelt es sich um ein objektiv erledigendes Ereignis, wenn der Betriebsrat nach einer stattgebenden Entscheidung des Arbeitsgerichts („zwischen den Instanzen“) die ursprünglich verweigerte Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung seines Mitgliedes erteilt.

2. Die einmal wirksam abgegebene Erledigungserklärung des Arbeitgebers kann auch dann nicht zurückgenommen werden, wenn das beteiligte Betriebsratsmitglied sich der Erledigungserklärung zunächst nicht anschließt, sondern seine bereits eingelegte Beschwerde begründet.

3. Die form- und fristgerechte Einlegung einer Beschwerde gegen einen Beschluss des Arbeitsgerichts im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG hemmt den Eintritt der Rechtskraft; diese Hemmung dauert bis zur Rechtskraft der Entscheidung, durch die das Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen oder als unzulässig verworfen wird. Die Rechtskraft tritt nicht schon „von selbst“ mit Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist ein, wenn die (rechtzeitige) Beschwerdebegründung nicht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S 2 Nr. 2–4 ZPO entspricht. Das gilt jedenfalls dann, wenn bereits vorher ein objektiv erledigendes Ereignis (hier: die nachträgliche Zustimmung des Betriebsrats) eingetreten ist.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 13. Juli 2004, 16 TaBV 2358703

90. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 2 BetrVG; Eingruppierung eines Mitarbeiters; Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats; Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG.

Der Antragsteller (Betrieb) begehrt im Hauptantrag die Feststellung, dass die vom Antragsgegner (Betriebsrat) verwei-

gerte Zustimmung zur Eingruppierung eines Arbeitnehmers in die Tätigkeitsgruppe F gemäß des einschlägigen Vergütungstarifvertrags als erteilt gilt (da die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu unbestimmt sei), hilfsweise die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats (der Betriebsrat war der Auffassung, der betroffene Arbeitnehmer wäre in die höhere Vergütungsgruppe G einzustufen).

1. Der Hauptantrag ist unbegründet.

Nach § 99 Abs. 3 BetrVG hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber eine etwaige Verweigerung der Zustimmung zu der beabsichtigten personellen Maßnahme binnen einer Ausschlussfrist von einer Woche seit dem Zeitpunkt des Zugangs der Mitteilung der beabsichtigten personellen Maßnahme unter Angabe konkreter Gründe schriftlich mitzuteilen, anderenfalls gilt die Zustimmung als erteilt.

Zur Begründung der Zustimmung genügt zwar die bloße Wiederholung des Wortlauts einer der Tatbestände von § 99 Abs. 3 BetrVG nicht. Konkrete Tatsachen und Gründe müssen aber nur für die Tatbestände der Ziff. 3 und 6 des § 99 Abs. 2 BetrVG angegeben werden. Im Übrigen ist es ausreichend, dass die vom Betriebsrat angeführten Zustimmungsverweigerungsgründe sich den gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgründen noch irgendwie zuordnen lassen und von deren Sinn und Zweck gedeckt sind. Diesem Erfordernis ist dann genügt, wenn die vom Betriebsrat für die Verweigerung seiner Zustimmung vorgetragene Begründung es als möglich erscheinen lässt, dass einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG abschließend genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird. Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen dieser Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich, mit der Folge, dass die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt.

An diesen Anforderungen gemessen, war die vom Betriebsrat erklärte Verweigerung der Zustimmung zur Eingruppierung des Arbeitnehmers nicht unbeachtlich.

2. Der Hilfsantrag ist begründet.

Die Ein- und Umgruppierung i.S.v. § 99 Abs. 1 BetrVG ist die Zuordnung eines Arbeitnehmers aufgrund der von ihm vertragsgemäß auszuübenden Tätigkeit zu einer bestimmten Vergütungsgruppe einer im Betrieb geltenden Vergütungsordnung, u.a. eines im Betrieb geltenden Tarifvertrags. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats ist ein Mitbeurteilungsrecht. Ein- und Umgruppierungen sind, anders als Einstellungen und Versetzungen, keine rechtsgestaltenden Akte des Arbeitgebers, sondern Akte der Rechtsanwendung. Im Interesse einer größeren Richtigkeitsgewähr und Akzeptanz durch die betroffenen Arbeitnehmer ist der Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 u. 2 BetrVG an dieser Rechtsanwendung beteiligt. Wenn Ausgangspunkt des Eingruppierungsakts bei einem Vergütungstarifvertrag die zugewiesene und ausgeübte Tätigkeit ist, erfolgt eine Eingruppierung in die Tätigkeitsgruppe, deren Aufgaben der Arbeitnehmer überwiegend, also mehr als 50 % seiner Arbeitszeit erbringt. Da dieser Schwerpunkt bei

Betriebsverfassungsrecht

dem betroffenen Mitarbeiter in der Tätigkeitsgruppe F liegt, war insoweit die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Eingruppierung gem. § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen.

■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 12.01.2004, 30 BV 79/03,

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711 / 22 41 99-0, Fax: 0711/22 41 99-79, E-mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de; www.shp-anwaltskanzlei.de;

91. Jugend- und Auszubildendenvertreter, Weiterbeschäftigung, Unzumutbarkeit

Bei der Prüfung der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung eines Jugend- und Auszubildendenvertreters nach Abschluss der Berufsausbildung wegen des Fehlens eines freien Arbeitsplatzes (§ 78 a Abs. 4 S 1 BetrVG) ist grundsätzlich auf die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Ausbildungsbetrieb und nicht auch in anderen Betrieben des Unternehmens abzustellen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 18. März 2004, 10 TaBV 74/03

92. Interessenausgleich, Sozialauswahl, Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern unwirksam, Pflicht zur Berücksichtigung nachträglich bekannt gewordener Unterhaltspflichten

1. Ein Interessenausgleich, bei dem der Betriebsrat die Herausnahme von auf einer Liste aufgeführten, der Gewerkschaft ver.di angehörenden Mitarbeitern aus der Liste der zu kündigenden Arbeitnehmern zur wesentlichen Voraussetzung macht, ist nach § 75 BetrVG unwirksam.

2. Der Arbeitgeber muss die anhand der Lohnsteuerkarte für die getroffene Sozialauswahl ermittelte Zahl von Unterhaltspflichten des gekündigten Arbeitnehmers jedenfalls dann korrigieren, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Klagefrist gemäß § 1 KSchG geltend gemacht hat, dass weitere Unterhaltspflichten bestehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29. Juli 2004, 5 Sa 63/04

93. Kosten der Betriebsratstätigkeit, (kein) Anschluss des Betriebsrats-PC's an das Internet

Die Parteien streiten darüber, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, den PC des Betriebsrates im Betriebsratsbüro an das Internet anzuschließen und die laufenden Kosten hierfür zu tragen.

Im Betrieb der Arbeitgeberin werden derzeit ca. 350 Mitarbeiter beschäftigt. Ungefähr 35 Arbeitsplätze sind mit Computern ausgestattet und dreizehn Arbeitnehmer haben einen Zugang zum Internet. Dies sind der geschäftsführende Direktor, der Bereichsleiter Technik, dessen Stellvertreter sowie deren Se-

cretärinnen. Darüber hinaus besteht ein Internetzugang in der Kantine, welchen die Mitarbeiter privat nutzen können.

Die dreizehn Mitarbeiter, die an das Internet angeschlossen sind, können über einen zentralen Internetzugang über eine zentrale Firewall auf das Internet zugreifen. Die Arbeitgeberin zahlt hierfür monatlich ca. 1500,00 EUR. In diesem Betrag ist der Abruf einer bestimmten, recht umfangreichen Datenmenge inbegriffen, d.h. es entstehen keine zusätzlichen Gebühren für Nutzungszeiten mehr, solange diese Datenmenge nicht überschritten wird.

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat in erforderlichem Umfang unter anderem Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Zu den sachlichen Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnik gehört auch das Internet (BAG vom 03.09.2003 – 7 ABR 8/03). Der Betriebsrat kann die zur Verfügungstellung nur in erforderlichem Umfang verlangen. Die Prüfung, ob das verlangte Sachmittel für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich und deshalb vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen ist, obliegt dem Betriebsrat. Der Betriebsrat muss bei seiner Entscheidungsfindung die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellende Aufgaben berücksichtigen. Er hat die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamtes und berechtigte Interessen des Arbeitgebers, auch soweit sie auf eine Begrenzung seiner Kostentragungspflicht gerichtet sind, gegeneinander abzuwägen.

Die Entscheidung des Betriebsrats über die Erforderlichkeit des verlangten Sachmittels unterliegt der arbeitsgerichtlichen Kontrolle. Diese ist jedoch auf die Prüfung beschränkt, ob das verlangte Sachmittel aufgrund der konkreten betrieblichen Situation der Erledigung einer gesetzlichen Aufgabe des Betriebsrates dient und ob der Betriebsrat nicht nur die Interessen der Belegschaft berücksichtigt hat, sondern bei seiner Entscheidung auch berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung getragen hat. Das Arbeitsgericht hat dabei nur zu prüfen, ob sich die Interessenabwägung des Betriebsrats im Rahmen seines Beurteilungsspielraumes bewegt. Das Arbeitsgericht kann nicht die Interessenabwägung des Betriebsrats durch eine eigene ersetzen. (BAG vom 03.09.2003 – 7 ABR 8/03; LAG Schleswig-Holstein vom 28.01.2003 – 5 TaBV 25/02 (zum Intranet))

2. Der Betriebsrat durfte es vorliegend nicht für erforderlich halten, dass sein PC im Betriebsratsbüro an das Internet angeschlossen wird. Er hat entgegenstehende betriebliche Interessen der Arbeitgeberin nicht ausreichend berücksichtigt und somit seinen Beurteilungsspielraum überschritten.

2.1. Ein Internetzugang ist grundsätzlich geeignet, dem Betriebsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben zu dienen. Zum einen ermöglicht das Internet die Kommunikation mit Gewerkschaften, Arbeitnehmern und anderen Betriebsräten. Zum anderen kann das Internet genutzt werden, um sich über die arbeits-

und betriebsverfassungsrechtlichen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zu unterrichten.

Das Internet ist mittlerweile ein gängiges Kommunikationsmittel. Allein daraus folgt jedoch nicht, dass jeder Betriebsrat ohne weiteres einen Anspruch auf Installation eines Internetanschlusses hat. Er kann nicht ohne Rücksicht auf betriebliche Belange oder betriebsratsbezogene Notwendigkeiten den Zugang zu jeder Informationsquelle verlangen, die sich mit Themen seiner gesetzlichen Aufgabenstellung befasst. Vielmehr verlangt die normative Wertung des § 40 Abs. 2 BetrVG eine sachgerechte Abwägung der Belange beider Betriebsparteien (BAG vom 3.9.2003 – 7 ABR 8/03).

2.2. Die Kammer teilt zunächst die Auffassung des Betriebsrates, dass dieser sich nicht auf einen Zugang in der Kantine verweisen lassen muss. Der Betriebsrat muss sich zur Erfüllung dienstlicher Aufgaben nicht auf die Kantine verweisen lassen, in welcher sich Arbeitnehmer aufhalten. Er hat einen Anspruch darauf, dass ihm zur Erfüllung seiner Aufgaben ein eigener, abschließbarer Raum zusteht, der mit den erforderlichen Sachmitteln ausgestattet ist (*Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, § 40, Rn 108 f.).

2.3. Die Kammer ist allerdings der Auffassung, dass der vom Betriebsrat gewünschte eigene Internetanschluss vor dem Hintergrund der konkreten betrieblichen Verhältnisse und der entstehenden Kosten nicht erforderlich ist. Im Betrieb der Arbeitgeberin ist immerhin ein Drittel der 35 PC-Arbeitsplätze mit einem Internetanschluss ausgestattet. Insofern könnte man davon sprechen, dass die Nutzung des Internets, bezogen auf die PC-Arbeitsplätze, im Betrieb relativ üblich ist. Der Betriebsrat fordert jedoch gerade nicht die übliche Ausstattung im Betrieb. Die Internetarbeitsplätze bei der Arbeitgeberin greifen über eine zentrale Firewall über einen zentralen Internetzugang auf das Internet zu. Zusätzliche Nutzungsgebühren entstehen durch die Anbindung eines weiteren PC nicht. Eine solche Anbindung an das Netzwerk der Arbeitgeberin wünscht der Betriebsrat allerdings nicht. Er fordert stattdessen, dass sein standalone PC erhalten bleibt und mit einem Internetzugang ausgestattet wird. Dabei handelt es sich um eine bislang betriebsunübliche Lösung, für die zusätzliche Kosten entstehen. Insofern unterscheidet sich der hier zur Entscheidung gestellte Fall von dem Sachverhalt, über welchen das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 03.09.2003 entschieden hat. Der Betriebsrat durfte einen eigenen Anschluss nach Auffassung der Kammer angesichts der entstehenden Zusatzkosten nicht für erforderlich halten.

Die entstehenden Kosten – ca. 50,00 Euro monatlich plus einmalige Anschlusskosten in Höhe von 100,00 Euro sind allein durch das grundsätzliche Interesse des Betriebsrats, sich über das Internet Informationen zu beschaffen, nicht gerechtfertigt. Für die Erforderlichkeit eines Internetanschlusses im Sinne von § 40 BetrVG genügt es nicht, dass die Arbeit lediglich erleichtert wird (LAG Köln vom 27.09.2001 – 10 TaBV 38/01; BB 2002, 579).

■ Arbeitsgericht Dortmund
vom 22. September 2004, 5 BV 38/03
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp, Münsterstraße 21, 33330 Gütersloh, Tel: 05241 / 9033 – 22, Fax: 05241 / 14859

94. Betriebsvereinbarung, Auslegung, Ablösung, Zeitkollisionsregel, Regelungsidentität

Die im Verhältnis zweier Betriebsvereinbarungen grundsätzlich geltende Zeitkollisionsregel führt dann zur Ablösung der früheren Betriebsvereinbarung, wenn inhaltliche Deckungsgleichheit im Sinne einer Regelungsidentität besteht.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 16. Juli 2003, 3 TaBV 65/02

95. Versetzung, Mitbestimmung, Unterlassungsanspruch, grober Verstoß, einstweilige Verfügung

1. In der Weigerung des Arbeitgebers, den örtlich zuständigen Betriebsrat nicht nur in einem Einzelfall sondern im Zusammenhang mit einer geplanten Betriebsänderung, bezüglich derer mit dem Gesamtbetriebsrat ein Interessenausgleich und Sozialplan vereinbart wurde ganz allgemein bei anstehenden Versetzungen nicht mehr nach Maßgabe der §§ 99 ff BetrVG zu beteiligen, liegt ein Verstoß des Arbeitgebers gegen die Pflichten nach dem BetrVG.

2. Ein grober Verstoß im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG ermöglicht auf Antrag des Betriebsrats den Erlass einer einstweiligen Verfügung durch die bestimmte Versetzungsmaßnahmen ohne Beteiligung des örtlichen Betriebsrats nach Maßgabe der §§ 99, 100 BetrVG untersagt und dem Arbeitgeber für jeden Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsgeld angedroht werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19. März 2004, 8 TaBV 13/04

96. Auskunfts- und Unterrichtsansprüche des Betriebsrats gegenüber der Arbeitgeberin in Bezug auf die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen

Der Betriebsrat kann von der Arbeitgeberin keine Auskunft über Art, Zeitpunkt und Umfang der Veräußerung der Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 2 an dritte Personen unter Angabe der Gesellschafter verlangen. Ein Anspruch erfolgt nicht aus § 111 BetrVG. Danach hat der Unternehmer in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Arbeitnehmern den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die unter Ziffer 1 bis 5 dann noch einmal aufgezählt werden, zu informieren. Die Änderung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft stellt jedoch keine Betriebsänderung dar, da der Betrieb als Gesamtheit erhalten bleibt und auch die Arbeitgeberstellung hierdurch nicht berührt wird.

Aus den gleichen Gründen steht dem Betriebsrat auch kein Auskunftsanspruch aus § 80 Abs. 2 BetrVG gegen die Arbeit-

Tarifrecht

geberin zu. Danach ist der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben aus dem Betriebsverfassungsgesetz rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten. Durch die Änderung der Inhaber von Gesellschaftsanteilen der Beteiligten zu 2 werden keinerlei betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben berührt. Die Anteilseigner nehmen weder gegenüber dem Betriebsrat noch gegenüber den Arbeitnehmern arbeitsgeberrechtliche Befugnisse wahr oder wirken auf Betriebsabläufe ein. Die Übernahme von Geschäftsanteilen ist auch nicht mit einem Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 BGB gleichzusetzen. Sofern der Betriebsrat sich von der begehrten Information Erkenntnisse über die finanzielle Ertragskraft der Beteiligten zu 2 erhofft, ist ihm entgegenzuhalten, dass eine Unterrichtung über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens nur ein Wirtschaftsausschuss in Unternehmen mit in der Regel mehr als 100 ständig beschäftigten Arbeitnehmern nach § 106 Abs. 2, 3 Nr. 1, 10 BetrVG zusteht. Sofern ein Wirtschaftsausschuss nicht errichtet werden kann, stehen diese Unterrichtungsansprüche nicht dem Betriebsrat zu. Wie das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden hat (BAG 22.01.1999, AP Nr. 9 zu § 106 BetrVG 1972), kann auch nur der Wirtschaftsausschuss eine Unterrichtung über die Veräußerung aller Gesellschaftsteile verlangen. Ein Anspruch auf Vorlage des Veräußerungsvertrages, welchen der Betriebsrat mit seinem Antrag ebenfalls geltend macht, steht nicht einmal dem Wirtschaftsausschuss zu.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 16. August 2000, 27 BV 2566/00

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/31506747 Fax: 030/31506749; E-mail: lampe@lsrw.de

Tarifrecht

97. Arbeitszeitverlängerung durch § 15 Abs. 2 BAT bis 48 h/W zulässig, Vergütungsregelung für Bereitschaftszeiten nicht europarechtswidrig

1. Die Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 15 Abs. 2 BAT im Ausmaß bis zu 48 Wochenstunden kollidiert nicht mit der EG-Richtlinie 93/104 und hält sich durch die vertragliche Inbezugnahme des BAT sich im Rahmen der beiderseitigen Rechte und Pflichten.

2. In Bezug auf die vom Arbeitsgericht zu Recht angenommene fehlende Verpflichtung des Klägers, mehr als 48 Stunden wöchentlich einschließlich Arbeitsbereitschaft zu leisten, folgt das Berufungsgericht den zutreffenden Erwägungen des Arbeitsgerichts, wonach die EG-Richtlinie 93/104 nichts darüber sagt, wie Arbeitszeit zu bezahlen ist. Das Arbeitsgericht befindet sich damit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, welches in Fällen, in denen die nach Artikel 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/

EG gebotene zeitliche Beschränkung in Folge der Anordnung von Bereitschaftsdienst überschritten war, eine gesonderte Vergütungspflicht des öffentlichen Arbeitgebers verneint hat (BAG v. 05.06.2003–6 AZR 114/02, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Bereitschaftsdienst; v. 28.01.2004–5 AZR 530/02 (bisher nur als Presseerklärung und im Leitsatz als Vorab-Dokumentation in Juris vorliegend)). So wie im Falle des Bereitschaftsdienstes dürfen die Tarifvertragspartner auch die geringeren Belastungen der Arbeit, in die Arbeitsbereitschaft hineinfällt, dazu veranlassen, diese Arbeit geringer zu vergüten als „Vollarbeit“. Das Arbeitsgericht hat zu Recht herausgearbeitet, dass die Richtlinie 93/104/EG in die tarifvertragliche Wertung von geschuldeter Arbeitsleistung zu geschuldeter Vergütung nicht eingreifen will, sondern dass es Sache der Tarifvertragsparteien bleibt, für eine Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung zu sorgen. Dabei dürfen die Tarifvertragsparteien weiterhin bei der Gewichtung einen Unterschied machen, je nachdem, ob während der abzuleistenden Arbeitszeit nur „Vollarbeit“ geleistet wird oder ob in einem bestimmten Umfang in die Arbeitszeit „Zeiten wacher Achtsamkeit im Zustand der Entspannung“ fallen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 20. April 2004, 9 Sa 2142/03, Rev. zugel

Anmerkung:

Parallelentscheidungen sind LAG Niedersachsen vom 20.04.2004, 9 Sa 2140 und 2141/03, die Revision wurde jeweils zugelassen. (me)

98. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Zitiergebot der SR 2 y BAT

Schildert der Arbeitsvertrag den der Befristung zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt nahe zu vollständig, ist dem Zitiergebot der SR 2 y BAT jedenfalls genüge getan, da eine Auslegungsgrundlage für die Zuordnung zu der Befristungsgrundform gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29. März 2004, 2 Sa 1320/03

99. Eingruppierung, Schadensachbearbeiter Rechtsschutz

Sachbearbeiter in der Schadenabteilung einer Rechtsschutzversicherung sind nicht Arbeitnehmer im „Bereich Recht“ sondern im Bereich der Schadens- und Vertragsbearbeitung der Versicherung.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 19. April 2004, 2 TaBV 66/03, Rechtsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 8 ABR 34/04

100. Heimzulage im Berufsbildungswerk, AVR

Einem technischen Ausbilder in einem Berufsbildungswerk steht bei enger räumlich-organisatorischer Verknüpfung mit

einem Heim im Sinne der Ziffer 1 Satz 1 der Anmerkungen zu EGP 24 a der AVR des Diakonischen Werkes eine Zulage gemäß Ziffer 1 Satz 2 dieser Anmerkungen zu.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 25. Juni 2004, 9 (8) Sa 23/03

101. Leistungszulage, Befristung, Tarifauflegung

Die Leistungszulage nach § 4 BZT-G/NRW ist stets auf ein Jahr befristet und entfällt nach Zeitablauf. Dies ergibt die Tarifauflegung. Das Zulagevolumen ist jedes Jahr neu unter Beteiligung und auf Vorschlag der paritätischen Kommission zu verteilen. Die Befristung umgeht den Änderungskündigungsschutz nicht, da sie mit Sachgrund erfolgt. Allein die jährliche Neuverteilung ist geeignet, gleiche Zugangsmöglichkeit und gleichen Bewertungsmaßstab für alle Arbeiter zu gewährleisten.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 21. Juni 2004, 2 (9) Sa 161/04,
Rev. eingelegt zum AZ 99 AZR 441/04

102. Mobbing, Ausschlussfrist, Schadenersatz

Für Schadensersatzansprüche eines Arbeitnehmers wegen Mobbing beginnt die tarifliche Verfallfrist gemäß § 70 BAT spätestens mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 3. Juni 2004, 5 Sa 241/04

103. Sonderzuwendung nach BAT-KF für kirchliche Angestellte, unmittelbare Anschlussfähigkeit

Liegt zwischen zwei Arbeitsverhältnissen, die dem BAT-KF unterliegen, ein Zeitraum von sechs Wochen, handelt es sich um keinen unmittelbaren Anschluss i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 der Zuwendungsordnung.

■ Arbeitsgericht Aachen
vom 31. August 2004, 4 Ca 6010/03
eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11,
52072 Aachen, Tel.: 0241/93295-96, Fax: 93295-97;
E-mail: sparla-rechtsanwaelte@t-online.de;
www.sparla-rechtsanwaelte.de

104. Streikmaßnahme, Untersagung, einstweilige Verfügung, Gewerkschaftseigenschaft, Gewerkschaft der Flugsicherung e.V.

1. Eine Streikmaßnahme kann im einstweiligen Verfügungsverfahren nur dann untersagt werden, wenn sie rechtswidrig ist und dies glaubhaft gemacht ist (Hess. LAG Urteil vom 2. Mai 2003-9 SaGa 638/03 – BB 2003,1229 = NZA 2003,679; LAG Hamm Urteil vom 31. Mai 2000-18 Sa 858/00 – AP Nr. 158 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Schleswig-Holstein Urteil vom 25. November 1999-4 Sa 584/99 – LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 68 a). Die beantragte Untersagungsverfügung muss

zum Schutz des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) und zur Abwendung drohender wesentlicher Nachteile geboten und erforderlich sein. Besteht ein Verfügungsanspruch, hat zur Prüfung, ob eine auf Unterlassung eines Arbeitskampfes gerichtete einstweilige Verfügung im Sinne des § 940 ZPO zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint, eine Interessenabwägung stattzufinden, in die sämtliche in Betracht kommenden materiell-rechtlichen und vollstreckungsrechtlichen Erwägungen sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen für beide Parteien einzubeziehen sind (LAG Köln, Urteil vom 14. Juni 1996, 4 Sa 177/96 – LAGE Art. 8 GG Arbeitskampf 3).

2. Arbeitskämpfe im Bereich des Luftverkehrs sind nicht von vornherein ausgeschlossen (*Löwisch*, ZfA 1988, 137, *Rieble*, Gutachten Flugsicherung S. 8, Bl. 87 d.A.). Es besteht zwar eine besondere Eingriffsempfindlichkeit des Luftverkehrs (vgl. *Heinze*, FS 50 Jahre BAG, 493 ff.; *Rüthers*, ZfA 1987, 1, 39, 42 ff.). Das BVerfG (BverfGE 88, 103, 114) hat jedoch angenommen, die Koalitionsfreiheit sei auch den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gewährleistet, und zwar unabhängig davon, ob sie hoheitliche oder andere Aufgaben erfüllten. Art. 33 Abs. 4 GG stehe dem nicht entgegen.

3. Über die Voraussetzungen der Gewerkschaftseigenschaft einer Koalition herrscht Einigkeit. Sie 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. Weiter ist Voraussetzung, dass sie ihre Aufgabe als Tarifpartnerin sinnvoll erfüllen kann. Dazu gehört einerseits eine hinreichende Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler, zum anderen eine gewisse Leistungsfähigkeit der Organisation. Durchsetzungskraft muss eine Arbeitnehmervereinigung besitzen, damit sichergestellt ist, dass der soziale Gegenspieler Verhandlungsangebote nicht übergehen kann.

Die für die Anerkennung einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG erforderlichen Merkmale der Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit sind funktionsnotwendige Ausprägungen, ohne die eine Koalition den verfassungsrechtlichen Aufgaben der Interessenwahrnehmung ihrer Mitglieder nicht nachkommen kann (vgl. *Höfling*, RdA 1999, 182, 184). Wirtschaftliche Abhängigkeit vom sozialen Gegenspieler birgt die Gefahr, Verhandlungspositionen in den tariflichen Auseinandersetzungen nicht mit Nachdruck vertreten zu können (vgl. *Höfling*, RdA 1999, 182, 184). Die Gegnerunabhängigkeit soll auch durch das Merkmal der Überbetrieblichkeit gewährleistet werden (vgl. *Höfling*, RdA 1999, 182, 184). Die Prüfungsmerkmale Gegnerfreiheit und Gegnerunabhängigkeit erfüllen indessen keinen Selbstzweck, sondern sind im Lichte der Funktion der Koalitionen zu sehen.

Gewerkschaften, die nur auf einzelne Unternehmen be-

schränkt sind, können nicht infolge der Kündigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers als von diesem abhängig angesehen werden. Eine Kündigung wegen rechtmäßiger gewerkschaftlicher Betätigung hält §§ 134 BGB in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht stand.

In Wirtschaftszweigen mit Monopolstrukturen relativiert sich – wie die Beispiele der in ihrem Bestand unangefochtenen Gewerkschaft der Postbediensteten oder der Gewerkschaft der Lokführer zeigen – das Merkmal der Überbetrieblichkeit ohnehin (ebenso *Höfling*, RdA 1999, 182, 184; *Rieble*, FS Wiedemann, 519, 529, 530, 535; *Stelling*; NZA 1998; 920, 924). Dass das Unternehmen mit der eigenen Liquidation oder Verlagerung nach Osteuropa drohen kann, um Zugeständnisse zu erreichen (vgl. *Rieble*, FS Wiedemann, 519, 533), tritt im Streitfall angesichts der weitgehenden aufgabenbedingten Standortgebundenheit der Verfügungsklägerin in den Hintergrund.

Die Satzung des Verfügungsbeklagten (Hülle Bl 684 d. A.) unterscheidet sich hinsichtlich der Binnenstruktur nicht nennenswert von der Ver.di-Satzung (Auszug Bl. 687 ff. d. A.). Nach §§ 3 und 4 der Satzung ist der Verfügungsbeklagte überbetrieblich organisiert. Dass die Mitglieder des Verfügungsbeklagten nahezu ausschließlich bei der Verfügungsklägerin beschäftigt sind, hat seine Ursache in den Monopolstrukturen der Flugsicherung. Die Verfügungsklägerin bildet mit ihrem Geschäftsgegenstand nahezu den ganzen Wirtschaftszweig ab. Diese Faktizität kann jedoch nicht zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führen und das Recht des Verfügungsbeklagten aus Art. 9 Abs. 3 GG eine Arbeitnehmerkoalition zu bilden, beschneiden (LAG Rheinland-Pfalz Urteil vom 11. Juni 2004 – 11 Sa 2096/03 – S. 13 ff., Bl. 749 ff. d. A.). Auf die nominelle Mitgliederzahl des Verfügungsbeklagten kommt es nicht entscheidend an, da diese angesichts ihrer Schlüsselpositionen schon bei Arbeitskampfmaßnahmen geringen Umfangs eine große Wirkung erzielen können. Ihre Durchsetzungskraft hat der Verfügungsbeklagte, dem in Gestalt der Berufsverbände bereits eine Organisation zur Verfügung stand, durch die Umstände seiner Gründung sowie die Durchführung der Urabstimmung hinreichend unter Beweis gestellt. Seine personelle und organisatorische Stärke reicht angesichts der homogenen Mitgliederstruktur und des Umstandes, dass nur zwei verwandte Berufsgruppen zu betreuen sind, aus.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 22. Juli 2004, 9 SaGa 593/04
eingereicht von Rechtsanwalt Stephan Brozeit, Schleussnerstraße 42, 63263 Neu Isenburg, Tel.: 06102/8848–88, Fax: 8848–89; E-mail: wv@kanzlei-wv.de, www.kanzlei-wv.de

105. Tarifliches Maßregelungsverbot, Auslegung des Begriffs der Naturalleistung

Ein Wertgutschein zum Einkauf in einem Juweliengeschäft ist eine „Naturalleistung“ im Sinne eines tariflichen Maßregelverbots, das Naturalleistung bis zu einem bestimmten Wert pro Tag an Nichtstreikende zulässt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13. Februar 2004, 4 Sa 1163/03, Rev. zugel.

106. Tarifliche Entgeltsicherung, Arbeitsplatzwechsel, Verhinderung des Bedingungseintritts, leidensgerechter Arbeitsplatz und Sozialauswahl

1. § 18 MTV Metall NRW setzt für die Entgeltsicherung grundsätzlich einen Arbeitsplatzwechsel voraus.
2. Wird ein möglicher den Entgeltsicherungsanspruch auslösender Arbeitsplatzwechsel vom Arbeitgeber trotz Aufforderung unterlassen und der Arbeitnehmer weiter mit betriebsärztlicherseits verbotener Akkordarbeit beschäftigt, kann sich der Arbeitgeber nicht mit Erfolg auf den fehlenden Arbeitsplatzwechsel berufen.
3. Bei der Besetzung „leidensgerechter“ Arbeitsplätze (hier: im Zeitlohnbereich) hat der Arbeitgeber eine soziale Auswahl zu treffen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 25. März 2004, 10 Sa 916/02,
Rev. eingelegt zum AZ 4 AZR 260/04

107. Bürgenhaftung für Urlaubskassenbeiträge einer Bau-firma mit Sitz in der Türkei

Der Kläger ist eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien des Baugewerbes. Er hat nach den Vorschriften des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV) in Verbindung mit den Vorschriften des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) die Aufgabe, die Auszahlung der tarifvertraglich vorgesehenen Urlaubsvergütung zu sichern.

Die Beklagte beauftragte die Firma E. im Streitzeitraum ausweislich der Zusicherungsbescheide der B. A. (Bl. 10–19 d.A.) mit der Erbringung von Baustahlverlegearbeiten, für die die Firma E. Arbeitnehmer aus der Türkei zur vorübergehenden Tätigkeit nach Deutschland entsandte. Diese Arbeitnehmer waren zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen. Urlaubskassenbeiträge nach § 1 Abs. 3 AEntG in Verbindung mit §§ 18 Abs. 1 Satz 2, 22 Abs. 1 VTV Bau leistete die Firma E. im Streitzeitraum nicht. Mit der Klage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Mindesturlaubsbeitrags.

1. Die Voraussetzungen der Bürgenhaftung der Beklagten nach § 1 a AEntG liegen vor, denn die Beklagte ist Unternehmer im Sinne von § 1 a AEntG, die Firma E. hat für die Beklagte Bauleistungen im Sinne von § 211 Abs. 1 Satz 2 SGB III erbracht und die für den Streitzeitraum nach § 1 Abs. 3 Satz 2 AEntG geschuldeten Urlaubskassenbeiträge nicht geleistet.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich das Berufungsgericht anschließt, war § 1 Abs. 3 AEntG bezogen auf den hier streitigen Zeitraum auf einen Arbeitgeber mit Sitz in einem Land, das nicht der Europäischen Gemeinschaft angehört, nach innerstaatlichem Recht wirksam, insbesondere kollisionsrechtlich anwendbar, nicht durch Regelungen des Arbeitsförderungsgesetzes verdrängt und stellte im

Hinblick auf die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge weder einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit (Artikel 9 Abs. 3 GG) noch den Gesichtspunkt der Gleichheit vor dem Gesetz (Artikel 3 Abs. 1 GG) dar (vgl. zu einem Arbeitgeber mit Sitz in der Republik Polen – BAG, Urteil vom 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – BAGE 101, 357 = AP Nr. 12 zu § 1 AEntG = NZA 2003, 275). Die gleichen rechtlichen Erwägungen gelten für den hier zu entscheidenden Fall eines Betriebs mit Sitz in der Türkei (vgl. auch Hessisches LAG, Urteile vom 28.7.2003 – 16 Sa 584/00, n.v. (Bl. 76–79 d.A.), vom 1.12.2003 – 16 Sa 461/03 – zitiert nach Juris).

Auch das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 (BGBl II 1964, 510 f.) und das Zusatzprotokoll vom 23. November 1970 (BGBl II 1972, 385 f.) stehen der Anwendung der Regelung in § 1 Abs. 1 AEntG nicht entgegen, insbesondere stellt diese gesetzliche Vorschrift keine neue Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, die Artikel 41 Abs. 1 des Zusatzabkommens mit unmittelbarer Wirkung in den Mitgliedsstaaten (vgl. EUGH vom 5.10.2000 EAS EG Vertrag Artikel 238 Nr. 26) untersagt.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich (Urteil vom 20.7.2004 – 9 AZR 343/03 – Presseerklärung Nr. 52/04) die Erstreckung des Urlaubskassenverfahrens ab 1. Januar 1999 auch auf ein Land der Europäischen Union für wirksam erachtet hat.

3. Die Bürgenhaftung von Bauunternehmen für Urlaubskassenbeiträge verstößt nicht gegen höherrangiges, innerstaatliches Recht einschließlich des Verfassungsrechts, wie das Bundesarbeitsgericht in der Vorlageentscheidung vom 6. November 2002 (5 AZR 617/01 (A), NZA 2003, 490) mit ausführlicher Begründung festgestellt hat. § 1 a AEntG verstößt weder gegen Artikel 12 Abs. 1 GG, da der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BAG, Beschluss vom 6.11.2002, a.a.O., B IV) noch gegen Artikel 3 Abs. 1 GG (vgl. B V).

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 9. Juli 2004, 8 Sa 804/04, Rev. zugel.

Sonstiges

108. Arrest, Vollziehung, wiederholter Arrest in denselben Vermögenswert, Gleichsetzung vereinnahmter Schmiergelder mit Schadenshöhe des Arbeitgebers, kriminelle Handlung als Arrestgrund, Glaubhaftmachung durch Straftaten

Die Arrestklägerin war durch Bestechlichkeit durch den Arrestbeklagten geschädigt worden. Sie hatte einen Arrest bezüglich des Porsche Carrera des Arrestbeklagten erwirkt, allerdings erfolglos, weil sie aufgrund falscher Angaben der Staatsanwaltschaft gegen den falschen Drittschuldner vorgegangen war und den Fehler erst außerhalb der Vollziehungsfrist be-

merkte. Gegen einen neuerlichen Arrestantrag – nunmehr gegen den richtigen Drittschuldner, wandte der Arrestbeklagte – erfolglos – ein, die Arrestklägerin habe nicht alle Möglichkeiten des ersten Arrestes ausgeschöpft.

1. Nach Ablauf der Vollziehungsfrist eines Arrestes kann ein erneuter Arrest ausgebracht werden, sofern Arrestanspruch und fortbestehender Arrestgrund erneut glaubhaft gemacht werden können (herrschende Meinung: *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 21. Auflage, § 929, Rn 23; *Heinze*, Münchner Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, § 929 Rn 13; *Stein-Jonas-Grunzky*, ZPO, 21. Auflage, § 929, Rn 18). Soweit sich der Arrestbeklagte für seine gegenteilige Auffassung auf das Urteil des OLG Koblenz vom 29.07.1980 – 6 U 591/80 (Juris Nr. BORE001568142) stützt, verkennt er, dass das OLG Koblenz lediglich abgelehnt hat, nach Ablauf der Vollziehungsfrist auf die Anschlussberufung des Arrestklägers und Berufungsbeklagten den bereits erstinstanzlich erlassenen Arrest erneut zu erlassen, weil dieser Arrestantrag in dem Verfahren bereits rechtshängig sei. Das schließt jedoch nicht aus, einen erneuten Arrest nach Ablauf der Vollziehungsfrist in einem neuen Verfahren zu beantragen.

2. Das Fehlschlagen der Pfändung des Anspruchs des Arrestbeklagten innerhalb der Vollziehungsfrist des ersten Arrestes steht einem neuerlichen Antrag nicht entgegen. Es kommt nicht auf etwaige vermeidbare Fehler der Arrestklägerin bei dem ersten Vollziehungsversuch an, vielmehr ist entscheidend, ob der Arrestgrund weiterhin besteht. Das hat die Arrestklägerin glaubhaft gemacht.

3. Der Arrestgrund des dinglichen Arrestes ist gemäß § 917 Abs. 1 ZPO gegeben, wenn zu besorgen ist, dass ohne seine Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Das ist grundsätzlich anzunehmen, wenn der Arrestbeklagte in krimineller Weise den Arrestkläger geschädigt hat (vgl. *Zöller-Vollkommer*, a.a.O., § 917, Rn 6; *Stein-Jonas-Grunzky*, a.a.O., § 917, Rn 8; einschränkend: *Heinze*, Münchner Kommentar zur ZPO, a.a.O., § 917, Rn 6; *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtschutz, § 917 ZPO, Rn 4).

Jedenfalls eine hohe kriminelle Energie des Arrestbeklagten dokumentiert, dass er versuchen könnte, Vermögenswerte dem Vollstreckungszugriff zu entziehen. Auch sein prozessuales Verhalten streitet für diese Annahme, wenn ohne nachvollziehbaren Grund zu nennen einmal zugestandene Taten wieder bestritten und damit die Erlangung eines Zahlungstitels durch die Arrestklägerin verzögert wird, was die Gefahr heraufbeschwört, dass Haftungsmasse dem Vollstreckungszugriff entzogen wird.

4. Soweit der Arrestbeklagte einwendet, die auf Grund des Arrestes gepfändete Forderung gegen die X GmbH & Co. KG liege im Wert weit unter dem beantragten Arrestbetrag, vermag das nicht gegen den Arrestgrund zu streiten. Es liegt im Ermessen eines jeden Arrestklägers, in welcher Höhe er

Sonstiges

eine Forderung arrestieren lässt, um ein ausreichendes Vollziehungsvolumen zu erlangen.

5. Für das Vorliegen einer Übersicherung ist nicht die Höhe des verhängten Arrestes maßgebend, sondern der Wert der auf Grund des ersten Arrestes ausgebrachten Sicherungspfändungen. Dazu hat der Arrestbeklagte jedoch Ausführungen zu machen.

6. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich zur Herausgabe verinnahmter Schmiergelder verpflichtet (§§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB). Auch indiziert die Höhe des für die Auftragsvergabe von den Auftragsnehmern der Arrestklägerin an den Arrestbeklagten gezahlten Schmiergelder einen entsprechenden Schaden der Arrestklägerin. Die Tatsache der Zahlungen und ihre Höhe kann durch die Vorlage der staatsanwaltschaftlichen Aussageprotokolle der für die Auftragnehmer handelnden Personen glaubhaft gemacht werden.

Zwar sind die Arbeitsgerichte nicht an die Feststellungen der Strafgerichte gebunden. Der Tatsache des strafgerichtlichen Geständnisses des Arrestbeklagten kommt jedoch Indizwirkung zu, auch wenn er sein Geständnis nunmehr widerrufen hat. Das pauschale Bestreiten eines Arrestanspruchs im vorliegenden Verfahren erschüttert diese Indizwirkung nicht.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 16. Juni 2004, 15 Sa 4/04

eingereicht von Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Neef, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511 / 215 55 63 33, Fax: 215 55 63 43

109. Berufung, besondere Zulassung nicht erforderlich, wenn Berufungswert erreicht, Feststellungsantrag gegen rechtswidrige Arbeitgeberweisung, Rechtsschutzbedürfnis

Einer Zulassung der Berufung nach § 64 Abs. 2 lit. a. i.V.m. § 64 Abs. 3 ArbGG bedarf es nicht, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt.

Nach dem Wortlaut von § 64 Abs. 3 a S. 1 ArbGG ist die Entscheidung hierüber stets in den Urteilstenor aufzunehmen, auch wenn sie eigentlich entbehrlich ist, weil sich die Statthaftigkeit der Berufung schon aus § 64 Abs. 2 lit. b, c oder d ArbGG ergibt.

Das Arbeitsgericht hat die beiden Feststellungsanträge der Klägerin zu Recht als zulässig angesehen. Dass ein Arbeitnehmer die Rechtmäßigkeit einer ihm gegenüber angeordneten Versetzung durch eine Feststellungsklage klären lassen kann, entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 10.3.1998, 1 AZR 658/97, AP Nr. 5 zu § 84 ArbGG 1979 = NZA 1998, 1242). Die Feststellungsklage betrifft auch keinen abgeschlossenen Sachverhalt in der Vergangenheit, weil aus der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Versetzung auch die gegenwärtige Frage resultiert, ob die Klägerin zu der ihr im Vollzug der Versetzung übertragenen Arbeit verpflichtet ist.

Auch die Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen

eines Leistungsverweigerungsrechts auf dem neu zugewiesenen Arbeitsplatz ist zulässig. Das Bestehen oder Nichtbestehen eines Leistungsverweigerungsrechts im Arbeitsverhältnis ist ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO. Die Arbeitnehmer haben auch ein rechtliches Interesse an der ausdrücklichen Feststellung hierüber, weil es ihnen nicht zumutbar ist, im Falle einer nicht eindeutigen Rechtslage durch die Verweigerung der Arbeitsleistung das Risiko einer Kündigung einzugehen.

■ Landesarbeitsgericht Rostock

vom 6. Mai 2004, 1 Sa 240/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Heinz-Schmörle-Str. 12, 40227 Düsseldorf, Tel.: 0211/720670, Fax: 7206711; E-mail: wg@kanzlei-arbeitsrecht.de, www.kanzlei-arbeitsrecht.de

110. Faktische Geschäftsführung, Schadensersatzansprüche gegen Prozessbevollmächtigten aufgrund Vertrauenshaftung, Rechtsscheinsgrundsätze, Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Sachverhalt: Die Klägerin war in einem Café beschäftigt. Nachdem die Klägerin gegenüber dem Café restliche Vergütungsansprüche eingeklagt hatte, schlossen die damaligen Parteien einen Vergleich über Zahlung rückständiger Vergütungsansprüche zugunsten der Klägerin. Für das Café trat die hiesige Beklagte als deren Prozessbevollmächtigte auf, die zugleich Ehefrau des Geschäftsführers des Cafés war. Versuche der Klägerin, die Forderung aus dem Vergleich zu vollstrecken, waren erfolglos geblieben. Das Café wird nicht mehr betrieben.

Mit der vorliegenden Klage wurden Schadensersatzansprüche in Höhe der Vergleichsforderung gegen die Prozessbevollmächtigte und Ehefrau des Geschäftsführers als faktische Geschäftsführerin geltend gemacht. Die Beklagte war von Anfang an Ansprechpartnerin der Klägerin bei der Einstellung, war während des laufenden Arbeitsverhältnisses Ansprechpartnerin und trat dann in dem vorangegangenen Prozess als Prozessbevollmächtigte auf und bestätigte, dass die Zahlung erfolgen würde. Die Einzelheiten zum dadurch gesetzten Rechtsschein und die dadurch geschaffene Vertrauenslage sind streitig. Die Beklagte verweist insbesondere darauf, dass sie zuletzt (nur) in ihrer Eigenschaft als anwaltliche Vertretung des Cafés gehandelt habe und nicht persönlich dafür Sorge tragen wollte, dass die Klägerin ihr Geld erhalte.

Aus den Entscheidungsgründen: Das Arbeitsgericht Berlin lehnte eine Schadensersatzpflicht der Beklagten ab. Hierzu führt es aus: (...) Daneben kann der Schadensersatzanspruch der Klägerin auch nicht mit Erfolg auf eine Vertrauenshaftung, Rechtsscheinsgrundsätze oder ein Verschulden der Beklagten bei den Vertragsverhandlungen über den damaligen Vergleich begründet werden. Zwar geht die Kammer davon aus, dass die Beklagte für den Restaurantbetrieb des Cafés eine nicht unwesentliche Rolle spielte, da sie zumindest teilweise mit den betrieblichen Belangen wie etwa den Dienstplänen,

den Lohnabrechnungen, dem Bestellwesen und den Entgeltzahlungen befasst war und sie ferner, jedenfalls zeitweilig auch im Betrieb des Cafés tätig war. Gleichwohl ist nach Auffassung des Gerichts eine Haftung der Beklagten als so genannte faktische Geschäftsführerin abzulehnen.

Zum einen liegt den Tätigkeiten der Beklagten in erheblichen Teilen der Beratervertrag mit dem Café zugrunde. Dies gilt insbesondere für die Vertragsgestaltung, die Lohnabrechnung und die zumindest gelegentliche Koordination von Warenbestellungen. Soweit die Beklagte weitere Handlungen für das Café vorgenommen hat, beruhen diese auf deren Stellung als (frühere) Prozessbevollmächtigte des Cafés und schließlich ebenfalls aus ihrer Stellung als Ehefrau des ehemaligen Geschäftsführers. Vor diesem Hintergrund sind die jeweiligen Aktivitäten der Beklagten verschiedenen Verpflichtungstatbeständen wie etwa dem Beratervertrag, dem Mandantschaftsverhältnis und den eherechtlichen Beziehungen zuzurechnen und können nicht ohne weiteres eine eigene Haftung der Beklagten begründen.

Insbesondere ist durch das Auftreten der Beklagten kein haftungsbegründender Vertrauenstatbestand auf Seiten der Klägerin entstanden. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann ausnahmsweise auch ein Vertreter aus Verschulden bei Vertragsverhandlung persönlich haften, wenn er entweder dem Vertragsgegenstand besonders nahe steht und bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichsam in eigener Sache handelt oder wenn er gegenüber dem Verhandlungspartner in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen bewusst beeinflusst hat.

Diese Voraussetzungen sah das Arbeitsgericht Berlin als nicht gegeben an:

Erforderlich ist vielmehr, dass er dem Vertragspartner zusätzlich in zurechenbarer Weise den Eindruck vermittelt, er werde persönlich mit seiner Sachkunde die ordnungsgemäße Abwicklung selbst dann gewährleisten, wenn der Vertragspartner dem Geschäftsherren nicht oder nur wenig vertraut. Ein solcher Sachverhalt ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben. Zwar mag es sein, dass die Klägerin der Auffassung war, die Beklagte als Rechtsanwältin würde in jedem Fall eine problemlose Durchführung des Arbeitsvertrages und insbesondere für eine reibungslose Erfüllung der Entgeltansprüche eintreten. Selbst wenn die Beklagte der Klägerin versprochen haben sollte, persönlich dafür zu sorgen, dass die Klägerin ihr Geld erhalte, so kann dies angesichts des Beratervertrages nicht ohne weiteres als persönliches Garantieverprechen der Beklagten selbst bzw. als Zahlungsverprechen in eigenem Namen angesehen werden. Anhand der Darstellung der Klägerin ist nicht zu erkennen, dass die Beklagte bei den Gesprächen bezüglich des Arbeitsverhältnisses und insbesondere bei den Verhandlungen der Parteien über den damaligen Vergleich besonderes persönliches Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat. Es ist nicht festzustellen, inwiefern die Be-

klagte die seinerzeitigen Verhandlungen und deren Ergebnis entscheidend im Sinne einer persönlichen Gewähr für die Ansprüche beeinflusst hat (jetzt § 311 Abs. 3 BGB).

Ferner stützt das Arbeitsgericht Berlin seine Entscheidung darauf, dass ein die Haftung ausfüllender Schaden zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht gegeben sei:

Zwar konnte die im Vergleich titulierte Forderung bisher nicht vollstreckt werden, jedoch sei der Vergleich 30 Jahre lang gültig. Erst bei einem dauerhaften Fehlschlagen der Vollstreckungsversuche könne die Forderung als uneinbringlich bewertet werden und eine Vermögenseinbuße der Klägerin darstellen. Schließlich könne sie auch noch Insolvenzgeld erhalten.

■ Arbeitsgerichts Berlin

vom 10. Juli .2003, 45 Ca 10747/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/31506747, Fax: 030/31506749; E-mail: lampe@lsrw.de

111. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter

Der Kläger ist als Gebietsleiter für die Region Südwestdeutschland beschäftigt. In seiner Funktion betreute der Kläger 11 Märkte in Südwestdeutschland.

Der Kläger ist der Ansicht, als Erfüllungsort des Arbeitsverhältnisses sei seine Wohnung anzusehen, da er aus dem in seiner Wohnung eingerichteten Büro heraus wesentliche administrative Aufgaben erfüllt habe.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist i.d.R. von einem einheitlichen Erfüllungsort für das Arbeitsverhältnis auszugehen, wobei dies der Ort ist, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu erbringen hat (BAG, B. v. 12.03.1992, 5 As 10/91 NN.v. vom 03.11.1993, 5 As 20/93, NZA 94, 479). In diesen sowie in vorgehenden und nachfolgenden Entscheidungen hat das BAG die Auffassung vertreten, Erfüllungsort für das Arbeitsverhältnis eines für die Bearbeitung eines größeren Bezirkes angestellten Reisenden sei dessen Wohnsitz, wenn er von dort aus seine Reisetätigkeit ausübe. Dies gelte unabhängig davon, ob er täglich nach Hause zurückkehre und in welchem Umfang er vom Betrieb Anweisungen für die Gestaltung seiner Reisetätigkeit erhalte. Diese vom BAG nicht näher begründete Auffassung hat in der Literatur wie auch in der Instanzrechtsprechung Kritik erfahren. Insbesondere wird gegen diese Rechtsprechung eingewandt, die das Rechtsverhältnis eines Außendienstmitarbeiters charakterisierenden Pflichten beständen nicht in dem Antritt einer Dienstreise sowie in der Nachbearbeitung der Dienstreisen, entscheidende Pflicht sei vielmehr, an unterschiedlichen Orten des zugewiesenen Gebietes Kunden zu besuchen und diese zu betreuenden Aufträge zustande zu bringen.

Der Auffassung des BAG kann in der Pauschalität nicht gefolgt werden.

Mit dem BAG kann davon ausgegangen, dass bezüglich der

Sonstiges

vielfältigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis von einem einheitlichen (gemeinsamen) Erfüllungsort auszugehen ist (BAG a.a.O.). Die weitere Schlussfolgerung des BAG jedenfalls, dieser Erfüllungsort liege für die Arbeitsleistung/Bearbeitung eines größeren Bezirkes angestellten Reisenden an dessen Wohnsitz, wenn er von dort seine Reisetätigkeit ausübe, ist in diese Absolutheit weder nachvollziehbar noch vom BAG näher begründet.

2. Vorliegend handelt es sich beim Kläger jedoch nicht um einen schlichten Außendienstmitarbeiter, welcher bei beliebiger Kundschaft Verhandlungen zu führen und Verträge zustande zu bringen hat.

Der Kläger ist vielmehr Gebietsleiter und hat in der Betreuung der ihm übertragenen 11 Märkte vielfältige Aufgaben. Nach der vorgelegten Stellenbeschreibung hat der Kläger neben Aufgaben, welche er vor Ort in den Märkten durchzuführen hat, auch administrative Aufgaben, welche in der Regel an einem festen Ort, vorliegend in dem in seiner Wohnung eingerichteten Büro erbracht werden.

Soweit nunmehr die Beklagtenvertreter in Abrede stellen, dass Bürotage tatsächlich genommen worden sind, setzen sie sich damit in Widerspruch zum eigenen Vortrag der Partei. Ob auch im Monat November 2003 solche Bürotage angefallen sind oder aber in diesem Monat aus besonderen Gründen solche Bürotage nicht angefallen sind, ist unbeachtlich.

3. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Klägers sich nicht in einem Einsatz vor Ort in den ihm zugewiesenen Märkten beschränkte, dass der Kläger vielmehr auch administrative Aufgaben hatte, welche sinnvoller Weise in einem festen Büro erbracht werden. Sie waren wesentlicher Inhalt der dem Kläger obliegenden Pflichten (Datenerfassung, zeitgenaue Ablauforganisationen u.a.).

Dies rechtfertigt es, den Wohnsitz des Klägers als Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses, somit als Erfüllungsort des Arbeitsverhältnisses anzusehen.

■ Arbeitsgericht Freiburg – Kammern Offenburg –

vom 19. Mai 2004, 10 Ca 142/04

eingereicht von Rechtsanwalt Bob Dingeldey, Kanzleiberg 9, 35390 Gießen, Tel.: 0641/34034, Fax: 390 345

112. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter

Die Klägerin ist Pharmareferentin für die Beklagte, die in Augsburg sitzt. Die Klägerin wohnt im Arbeitsgerichtsbezirk Gießen. Ihr Arbeitsbereich liegt in den Gerichtsbezirken Gießen und Wetzlar.

Die Klägerin ist in ihrem Home-Office, an ihrem Wohnort bis zu 8 Stunden wöchentlich beschäftigt. Dort erledigt sie ihre Bürotätigkeit, es werden Besuchsberichte, Wochenberichte monatliche Spesenabrechnungen etc. gefertigt. Von zu Hause aus plant die Klägerin ihre Touren. Zu Hause führt die Klägerin auf einer Lagerfläche von 3,50 m x 2,20 m ein Musterlager. Auch erstellt sie dort für jeden Arztbesuch einen Besuchsbeleg, womit sie mindestens 4 Stunden pro Woche beschäftigt

ist. Die Hälfte des der Klägerin zu bearbeitenden Gebietes befindet sich im Zuständigkeitsbereich des Arbeitsgerichts Gießen. Maximal 1 bis 2 mal jährlich ist die Klägerin bei der Beklagten in Augsburg.

Das Arbeitsgericht Gießen ist als Gericht des Erfüllungsortes, § 29 Abs. 1 ZPO, vorliegend örtlich zuständig. Allgemein wird die Auffassung vertreten, dass bei Arbeitsverhältnissen, auch bei wechselnden Leistungsorten, für sämtliche Verpflichtungen der Vertragsparteien ein einheitlicher Leistungsort aus § 269 Abs. 1 BGB anzunehmen sei (vgl. z.B. BAG Beschl. v. 03. November 1993, NZA 1994, 997). Streitig ist jedoch, ob dabei auf den Wohnsitz des Arbeitnehmers oder den Betriebssitz des Arbeitgebers abzustellen sei. Zutreffend soll der Ort den Ausschlag geben, der als Schwerpunkt der Dienstleistung anzusehen ist, (BAG, Beschl. v. 03.11.1993, a. a. O.).

Vorliegend liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin im Arbeitsgerichtsbezirk Gießen. Zwar erfüllt die Klägerin ihre arbeitsvertragliche Hauptleistungspflicht, nämlich das stete Bemühen, Vertragsabschlüsse mit den Ärzten vor Ort für die Beklagte herbeizuführen, über zwei Arbeitsgerichtsbezirke hinweg, nämlich Gießen und Wetzlar. Allerdings lässt sich vorliegend ein Schwerpunkt der Dienstleistung im Arbeitsgerichtsbezirk Gießen feststellen. Denn zum einen befindet sich die Hälfte des von der Klägerin bearbeiteten Gebiets in der Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Gießen, darüber hinaus ist die Klägerin in ihrem Home-Office, welches im Arbeitsgerichtsbezirk Gießen liegt, bis zu 8 Stunden wöchentlich beschäftigt. Dabei handelt es sich um Bürotätigkeit die, jedenfalls sofern sie im Zusammenhang mit dem bei der Klägerin befindlichen Musterlager steht, auch nicht ortsunabhängig erbracht werden kann. Damit ist die Klägerin, anders als andere Außendienstmitarbeiter, gerade nicht zunehmend ortsunabhängig. Damit schwindet vorliegend der Bezug der Arbeitspflicht zum Wohnsitz/Musterlager des Außendienstmitarbeiters gerade nicht.

Dementsprechend ist im vorliegenden Fall das Arbeitsgericht Gießen örtlich zuständig.

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 10. September 2004, 6 Ca 252/04

eingereicht von Rechtsanwalt Bob Dingeldey, Kanzleiberg 9, 35390 Gießen, Tel.: 0641/34034, Fax: 390 345

113. Rechtsweg, Promoter, Arbeitnehmerstatus, sic-non-Fall, studentische Hilfskräfte

1. Macht ein Kläger gegenüber dem anderen Vertragspartner einen Anspruch auf Freistellung von Schäden geltend, die er im Rahmen der Vertragsbeziehung bei einem Dritten verursacht hat, so handelt es sich um einen Anspruch, der nur Erfolg haben kann, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist („sic – non – Fall“)

2. Werden studentische Hilfskräfte nach kurzer Schulung im Rahmen einer vorgegebenen Einsatz- und Tourenplanung als

„Promoter“ für eine bestimmte Produktgruppe in Warenhäuser eingesetzt, so sind sie als Arbeitnehmer anzusehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28. Juni 2004, 5 Ta 187/04

114. Rechtsweg, Geschäftsführer, Versorgungszusage, fortbestehender Arbeitsvertrag

Für den Anspruch eines Geschäftsführers auf betriebliche Altersversorgung ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet, wenn es sich um eine Versorgungszusage aus einem früheren Arbeitsverhältnis handelt, die Kraft ausdrücklicher Vereinbarung im Anstellungsvertrag des Geschäftsführers fortgilt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 12. Juli 2004, 3 Ta 220/04

115. Rechtsweg, Bindungswirkung für das Berufungsgericht, Organmitglied, ausgeschiedenes, Kündigungsbechtigung, Annahmeverzug, Darlegungs- und Beweislast bei Dienstverträgen, Klage auf zukünftige Leistungen

1. Soweit es um bereits erstinstanzlich geltend gemachte Ansprüche geht, hat das Arbeitsgericht unausgesprochen die Zulässigkeit des Rechtsweges angenommen; dies muss das Rechtsmittelgericht hinnehmen und ist daher an einer eigenen Prüfung der Rechtswegfrage gehindert (BAG, Beschluss vom 09.07.1996–5 AZB 6/96 –, NZA 1996, 1117 f; BAG, Urteil vom 21.04.1993–5 AZR 276/92 –, n.v., zitiert nach juris, siehe auch BGH, Urteil vom 12.11.1992 – V ZR 230/91 –, BGHZ 120, 204 ff zur parallelen Problematik bei § 17 a GVG).

Diese Bindungswirkung für das Berufungsgericht muss auch insoweit gelten, als – wie im vorliegenden Fall – das Vordergericht mangels Konfrontierung mit einem erst in der Berufung erweiterten Klageantrag in dieser Hinsicht keine Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges für den erweiterten Antrag treffen konnte. Denn nach der gesetzlichen Systematik soll die Entscheidung über den einzuschlagenden Rechtsweg möglichst frühzeitig erfolgen. Das dann mit dem Verfahren betraute Rechtsmittelgericht soll von der Prüfung der Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs entlastet werden.

Demgegenüber sind die Voraussetzungen einer Klageerweiterung gemäß § 533 ZPO „rechtswegintern“ zu prüfen (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation BAG, Urteil vom 20.08.1998–2 AZR 12/98 –, n.v., zitiert nach juris).

2. Nach der Rechtsprechung fällt die Beendigung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers einer GmbH ebenso wie dessen Abschluss (s hierzu BGH, Urteil vom 03.07.2000 – II ZR 282/98 –, WM 2000, 1698 ff) allein in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Dies gilt nicht nur für zum Zeitpunkt der Kündigung noch im Amt befindliche Organmitglieder, sondern auch für bereits „ausgeschiedene“ Organmitglieder der GmbH, für Konstellationen, in denen ehemaligen Organvertretern, die durch eine Verschmelzung ihre Organstellung verloren haben und die bei der aufnehmenden Ge-

sellschaft nicht mehr zum Organ bestellt worden sind, gekündigt werden soll (BGH, Urteil vom 14.07.1997 – II ZR 168/96 –, WM 1997, 1657 f; BAG, Urteil vom 20.08.1998–2 AZR 12/98 –, n.v. zitiert nach juris).

3. § 259 ZPO ist auf Lohnansprüche aus Dienst- und Arbeitsverhältnissen anwendbar (BAG, Urteil vom 13.02.1983–4 AZR 508/81 –, BAGE 42, 54 ff).

Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Annahmeverzugsvergütung gemäß §§ 615 S. 1, 293 ff. BGB liegen vor.

Eine Anrechnung etwaigen Zwischenverdienstes des Klägers gemäß § 615 S. 2 BGB kommt nicht in Betracht. Denn die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei § 615 S. 2 BGB: *Staudinger/Richardi*, 13. Aufl. § 615 Rn 159 m.w.N.) hat keine Tatsachen vorgetragen, die darauf schließen lassen würden, dass der Kläger zwischenzeitlich einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

Aus demselben Grund besteht keine Auskunftspflicht des Klägers über etwaige Zwischenverdienste (vgl. zur insoweit ebenfalls den Dienstberechtigten treffenden Darlegungs- und Beweislast: BAG, Ur. v. 27.3.1974–5 AZR 258/73 –, NJW 1974, 1348; BAG, Ur. v. 19.7.1978–5 AZR 748/77 –, NJW 1979, 285 f.).

4. Zulässig und begründet ist auch der Antrag auf zukünftig fällig werdende (und inzwischen teilweise bereits fällig gewordene) Vergütungen.

4.1. Ob sich die Zulässigkeit der Klage bereits aus den §§ 257, 258 ZPO ergibt erscheint allerdings zweifelhaft. Denn bei Gehaltsansprüchen handelt es sich nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht um wiederkehrende Leistungen (vgl. BAG, Ur. v. 20.6.1984–4 AZR 208/82 –, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Großhandel m.w.N.).

Die Zulässigkeit der Klage folgt jedenfalls aus § 259 ZPO, weil die Beklagte durch ihre Kündigungen und die Freistellung des Klägers den Anspruch des Klägers auf Vergütungszahlung entsprechend dem Anstellungsvertrag vom 5.4.2000 nach Grund und Höhe ernstlich bezweifelt hat und angesichts ihres Vorbringens in der Berufungsinstanz weiterhin in Zweifel zieht. Dass § 259 ZPO anders als §§ 257, 258 ZPO auch auf Lohnansprüche aus Dienst- und Arbeitsverhältnissen anwendbar ist hat die Rechtsprechung bereits sehr früh entschieden (BAG, Ur. v. 13.2.1983–4 AZR 508/81 –, BAGE 42,54 ff.).

4.2. Der Zulässigkeit der Klage steht auch nicht entgegen, dass ein Teil der im klägerischen Antrag aufgeführten Raten mittlerweile bereits fällig geworden ist, und damit eigentlich auch unmittelbar im Wege des zu 3. vorgebrachten Leistungsantrags hätte geltend gemacht werden können. Denn § 259 ZPO stellt lediglich verschärfte Zulässigkeitsschranken auf, hindert also bei Vorliegen der Besorgnis nicht rechtzeitiger Leistung nicht die prozessuale Geltendmachung des Leistungsanspruchs. Das entscheidende Gericht dürfte deshalb sogar ohne Antragsumstellung auf sofortige Leistung verur-

Sonstiges

teilen (vgl. OLG Dresden, Urt. v. 24.9.1998–21 U 1565/98 –, NZM 1999, 173).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 21. April 2004, 8 (13) Sa 136/03

116. Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für betriebliche Verbesserungsvorschläge

Für Vergütungsklagen des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber wegen eines betrieblichen Verbesserungsvorschlags ergibt sich die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a ArbGG, in Bezug auf einfache technische Verbesserungsvorschläge i.S.d. § 20 Abs. 2 ArbNErG und sonstige (nicht-technische) Verbesserungsvorschläge, und aus § 2 Abs. 2 a ArbGG, soweit es sich um einen qualifizierten technischen Verbesserungsvorschlag i.S.d. § 20 Abs. 1 ArbNErG handelt.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 27. August 2004, 9 Ta 62/04

117. Internationale Zuständigkeit, Gerichtsbarkeit, sic-non-Fall

Es besteht keine logische Reihenfolge, ob zunächst die zuständige Gerichtsbarkeit oder zunächst die internationale Zuständigkeit zu prüfen ist. Gibt es keinen internationalen Gerichtsstand in Deutschland, kann auch keine Gerichtsbarkeit zuständig sein. Dies festzustellen muss aber irgendeinem Gericht in Deutschland möglich sein. Hierzu kann sich ein Arbeitsgericht zunächst auf Grund der sic-non-Rechtsprechung für zuständig erklären. Die internationale Zuständigkeit kann aber nicht in den sic-non-Fällen dahingestellt bleiben, sondern die Arbeitnehmereigenschaft ist positiv festzustellen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30. Juli 2004, 2 Ta 219/04

118. Prozesskostenhilfe, Entzug

Das bloße Verlangen des Rechtspflegers, das Formular nach § 117 Abs. 2–4 ZPO nochmals auszufüllen, stellt kein Verlangen im Sinne von § 120 Abs. 4 S 2 ZPO dar. Damit ist die Begründung des PKH-entziehenden Beschlusses im Sinne von § 124 Nr. 2 2. Alt ZPO un schlüssig, die Partei habe die übersandte PKH-Erklärung nicht ausgefüllt zurückgesandt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 7. April 2003, 11 Ta 31/02

119. Prozesskostenhilfe, Beiordnung eines anderen Anwalts

Die Beiordnung eines neuen Anwalts im Rahmen der Prozesskostenhilfe ist abzulehnen, wenn dadurch zusätzliche Anwaltskosten entstehen, die die Partei durch eine von ihr verur-

sachte Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses zu dem bisher beigeordneten Prozessbevollmächtigten verursacht hat.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19. April 2004, 4 Ta 40/04

120. Prozesskostenhilfe, Untätigkeit, Beschwerdemöglichkeit, Verfahrensverzögerung, Gebot der Rechtsschutzgleichheit

Die verfahrenswidrige Verzögerung der gerichtlichen Entscheidung über einen Prozesskostenhilfeantrag ist einer ablehnenden Entscheidung gleichzusetzen. Dem Antragsteller steht in diesem Fall die sofortige Beschwerde in entsprechender Anwendung von § 127 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu (hier: unterbliebene PKH – Entscheidung über einen Zeitraum von 17 Monaten nach Antragstellung und mindestens 6 Monaten ab Bewilligungsreife).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 9. Juni 2004, 3 Ta 185/04

121. Prozesskostenhilfe, Beschwerde, Instanzende, Verjährung, Frist

Verspricht eine Partei die unverzügliche Nachreichung von Unterlagen zum PKH-Antrag und wird im Anschluss hieran ein Vergleich protokolliert, so ist eine angemessene Frist eingeräumt, die nicht von der Herbeiführung der Rechtskraft des Vergleichs durch den Gegner abhängt. Wird der rechtzeitig ergänzte Antrag durch das Gericht erstmals nach fast 3 Jahren beschieden und weigert sich die Partei nunmehr, aktuelle Unterlagen vorzulegen, da die Anwaltsforderung verjährt ist, so ist die Partei durch den Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss nicht beschwert. Das Verhalten kann gegebenenfalls auch als Antragsrücknahme ausgelegt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28. Juli 2004, 2 Ta 184/04

122. Prozesskostenhilfe, Abfindung, Leistungsfähigkeit

Abfindungen, die dem Prozesskostenhilfeberechtigten nach Bewilligung der Prozesskostenhilfe zugeflossen sind, sind bei der Beurteilung der Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen, soweit sie den Schonbetrag aus § 88 BSHG überschreiten. Die Neuaufnahme von Darlehen nach Prozesskostenhilfegewährung und deren angebliche Rückzahlung stellen keine besondere Notlage dar, die es gerechtfertigte erscheinen lassen könnte, vom Einsatz der Abfindung zur Tilgung der Kosten abzusehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28. Juli 2004, 2 Ta 237/04, Rechtsbeschwerde zugel.

123. Prozesskostenhilfe, Rahmen für die Prüfung der Erfolgsaussichten, Verwirkung für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage

Mit seiner Klage vom 12. Dezember 2003 hat sich der Kläger gegen eine ihm am 01. August 2003 mündlich ausgesprochenen Kündigung des Beklagten zur Wehr gesetzt. Im Gütetermin vom 06. Februar 2004 haben die Parteien den Rechtsstreit durch den Abschluss eines Vergleichs beendet. Mit Beschluss vom 05. Februar 2004 hat das Arbeitsgericht Darmstadt den Antrag des Klägers, ihm Prozesskostenhilfe (PKH) für die Klage und die Klageerweiterungen zu gewähren, mit der Begründung zurückgewiesen, die Klage biete keine hinreichenden Erfolgsaussichten, da das Recht des Klägers, die Unwirksamkeit der formnichtigen Kündigung geltend zu machen, zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verwirkt gewesen sei.

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung (oder Rechtsverteidigung) gegeben ist, muss beachtet werden, dass diese nach § 114 ZPO gebotene Prüfung nicht dazu dient, die Rechtsverfolgung (oder Rechtsverteidigung) in das Nebenverfahren der PKH zu verlagern. Denn das PKH-Verfahren will den Rechtsschutz, den der Rechtsstaatsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) erfordert, nicht etwa selbst bieten, sondern zugänglich machen (vgl. BVerfG 30.10.1991 NJW 1992, 859; BVerfG 07.04.2000 NJW 2000, 1936(1937)).

Das gebietet es, bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht keinen Maßstab anzulegen, durch den einer unbemittelten Partei im Verhältnis zu einer bemittelten die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unverhältnismäßig erschwert wird. Deshalb dürfen die Anforderungen an die Erfolgsaussicht nicht überspannt werden. Hängt die Entscheidung des Rechtsstreits von der Beantwortung einer Rechtsfrage ab, so darf PKH nicht verweigert werden, wenn es sich um eine Rechtsfrage handelt, deren Beantwortung auf der Grundlage von Gesetz und dazu ergangener Rspr. zweifelhaft erscheint, weil das Hauptsacheverfahren den Parteien, und damit auch der unbemittelten Partei, bessere Möglichkeiten der Erläuterung und Darlegung des eigenen Rechtsstandpunktes bietet (vgl. BVerfG 07.02.2000 a.a.O.). Ist eine entscheidungs-erhebliche Frage nicht höchstrichterlich geklärt, so kommt es darauf an, ob eine bestimmte Antwort im Hinblick auf die maßgeblichen Regelungen oder bereits vorliegende Rspr. praktisch vorgegeben ist und damit die Rechtsfrage für einen Rechtskundigen nicht als „schwierig“ und zweifelhaft erscheint (vgl. BGH 10.12.1997 MDR 1998, 302; HessLAG v. 11.01.2001 – 16 Ta 430/00). Für „juristische Himmelfahrtskommandos“ ist die Gewährung von PKH nämlich nicht bestimmt.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Verwirkung ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung und mit dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens verwandt. Die Verwirkung soll dem Bedürfnis nach Rechtsklarheit dienen. Es ist aber nicht der Zweck der Verwirkung, Schuldner, denen gegenüber die Gläubiger längere Zeit

ihre Rechte nicht geltend gemacht haben, von ihrer Pflicht zur Leistung vorzeitig zu befreien (so bereits RGZ 159, 99,105 f). Deshalb kann allein der Zeitablauf die Verwirkung eines Rechts nicht rechtfertigen. Um den Tatbestand der Verwirkung auszufüllen, muss neben das Zeitmoment das Umstandsmoment treten.

Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der Erfüllung der ersten Voraussetzung, des Zeitmoments.

Starr vorgegebene Zeiträume, nach deren Ablauf von der Erfüllung der zeitlichen Komponente auszugehen ist, werden sowohl von der Rechtsprechung als auch der einschlägigen Literatur abgelehnt. Allerdings ist das Bundesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang von einem Zeitraum von einem Jahr als Obergrenze ausgegangen, jenseits der der Arbeitgeber nicht mehr mit einem gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der von ihm ausgesprochenen Kündigung rechnen müsse (BAG Urteil vom 02.12.1999 – 8 AZR 890/98, NZA 2000, 541). Andererseits könne ein Zeitraum von weniger als zwei Monaten für die Annahme des Zeitmoments aber auf keinen Fall ausreichen (BAG Urteil vom 28.05.1998 – 2 AZR 615/97 – NZA 1998, 1169). Letztlich richtet sich die Entscheidung über die Erfüllung der zeitlichen Komponente nach den Umständen des Einzelfalles und der Art und Bedeutung des jeweils geltend gemachten Anspruchs (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 63. Aufl. § 242 Rn 93).

Allein diese Unsicherheit in der rechtlichen Beurteilung der Frage, wann eine Feststellungsklage gegen eine Kündigung verwirkt sein kann, verbietet es, den PKH-Antrag hinsichtlich einer solchen Klage wegen mangelnder Erfolgsaussicht zurückzuweisen.

Dies gilt umso mehr, als auch das weiterhin erforderliche Umstandsmoment nicht ersichtlich ist. Außer der ohne Klageerhebung vergangenen Zeit liegt ein wie auch immer geartetes Verhalten des Klägers, aus dem der Beklagte hätte sicher schließen können, der Kläger werde sich gegen die Kündigung nicht mehr zur Wehr setzen, nicht vor. Weder hat der Kläger dies dem Beklagten gegenüber wörtlich geäußert, noch hat er beispielsweise nach den Arbeitspapieren verlangt. Ein widersprüchliches Verhalten des Klägers kann demzufolge nicht gesehen werden.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 17. Mai 2004, 7 Ta 152/04
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt,
Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt,
Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

124. Wiedereinsetzung bei fehlender Unterschrift, faires Verfahren

Es widerspräche dem rechtsstaatlichen Gebot eines fairen Verfahrens, das Fehlen einer Unterschrift unter Klage- und Berufungsschrift dem Kläger und Berufungskläger zum Nachteil gereichen zu lassen, wenn er diese Schriftsätze jeweils bereits mindestens eine Woche vor Ablauf von Klage- bzw.

Sonstiges

Berufungsschrift eingereicht hat, ohne dass das Fehlen einer Unterschrift durch das Gericht beanstandet worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 27. August 2004, 6 Sa 949/04

125. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Rechtsmittelbegründungsfrist, Anwaltsverschulden, Organisationsverschulden, Zivilprozessreform, Routinefrist

1. Nach Änderung der Rechtsmittelbegründungsfrist durch das ZPO-Reformgesetz kann es sich bei dieser Frist zumindest in den ersten Wochen ihres Eingreifens nicht um eine Routinefrist handeln, deren Berechnung der Anwalt seinem geschulten Personal zur selbständigen Erledigung überlassen darf.

2. Werden dem Anwalt nach Zustellung der anzufechtenden Entscheidung die Akten zur Unterzeichnung des Empfangsbekennnisses vorgelegt, muss er bei dieser Gelegenheit die Eintragung der Rechtsmittelfristen überprüfen – in erster Linie anhand der Aktenvermerke, die die Notierung der Fristen bestätigen, bei fehlendem Aktenvermerk anhand des Fristenkalenders. Wurde das unterzeichnete Empfangsbekennnis hingegen ohne Aktenvorlage in den Geschäftsgang gegeben, muss der Anwalt durch eine besondere Einzelanweisung die erforderlichen Fristeneintragungen veranlassen.

3. Verfügt der Anwalt die Eintragung der Rechtsmittelfristen nicht schriftlich, trifft ihn eine besondere Fristensicherungspflicht; daher muss er durch besondere Maßnahmen sicherstellen, dass die Fristeneintragung sofort erfolgt.

4. Wird dem Anwalt die Akte zur Rechtsmitteleinlegung vorgelegt, muss er bei dieser Gelegenheit die Eintragung der Begründungsfrist überprüfen – in erster Linie anhand der Aktenvermerke, die die Notierung der Fristen bestätigen, bei fehlendem Aktenvermerk anhand des Fristenkalenders.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 24. Januar 2003, 11 TaBV 39/02, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 1 ABN 16/03

126. Wiedereinsetzung, verspätete Berufung aufgrund falscher Adressierung, Anwaltsverschulden

Reicht ein Prozessbevollmächtigter am letzten Tag der Berufungsfrist per Fax um 12.18 Uhr die Berufung beim Arbeitsgericht Berlin ein, darf er nicht verschuldensausschließend darauf vertrauen, dass die Berufung noch am selben Tag an das Landesarbeitsgericht Berlin weitergeleitet wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 11. Juni 2004, 13 Sa 754/04, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 2 AZN 604/04

127. Nichtigkeit eines Verweisungsbeschlusses wegen nicht ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs, Ablehnung der Übernahme, Gerichtsstandsvereinbarung

1. Verweist ein Arbeitsgericht den Rechtsstreit wegen örtlicher Unzuständigkeit an ein anderes Arbeitsgericht und lehnt dieses durch Beschluss die Übernahme ab, können die Parteien bis zu einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen, nach der das zunächst angerufene (an sich unzuständige) Gericht örtlich zuständig sein soll.

2. Nicht nur das verweisende, auch das „zurückverweisende“ Gericht hat den Parteien vor seiner Entscheidung rechtliches Gehör zu geben.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 30. Juli 2004, 16 SHa 1480/04

128. (Keine) Wiederaufnahme eines gegen den Schuldner rechtshängiges Kündigungsschutzverfahrens während des Insolvenzverfahrens

1. Das Kündigungsschutzverfahren stellt ein Verfahren dar, das die Insolvenzmasse betrifft und demzufolge bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen wird.

2. Das Kündigungsschutzverfahren stellt keine Streitigkeit dar, die gemäß § 86 InsO aufgenommen werden kann. Es liegt insbesondere keine Masseverbindlichkeit vor.

3. Die vom Kläger wieder aufgenommene Klage ist deshalb selbst dann als unzulässig abzuweisen, wenn der Insolvenzverwalter mit der Fortsetzung des Verfahrens einverstanden ist.

■ Arbeitsgericht Weiden

vom 23. März 2004, 6 Ca 283/03 A, rkr.

129. Anwaltschaftung, Beratungspflichten des Rechtsanwalts nach Abschluss eines Vergleiches mit Widerrufsvorbehalt

I. Sachverhalt: Der Kläger wurde von der Beklagten, einer Kanzlei mit mehreren Fachanwälten für Arbeitsrecht, nach Abschluss eines Beratungsvertrages arbeitsrechtlich umfassend vertreten und beraten. Die Vertretung bezog sich auf diverse einstweilige Verfügungsverfahren und eine Kündigungsschutzklage. Es wurde schließlich im Kammertermin ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt vor dem Arbeitsgericht abgeschlossen. Der Kläger war in Person bei der Kammerverhandlung anwesend. Dennoch wurde ein Widerruf vorbehalten, da der den Mandanten betreuende Anwalt nicht selbst im Kammertermin verhandelte, sondern eine in der gleichen Sozietät tätige Kollegin. Der Mandant wollte den Vergleich noch mit „seinem Anwalt“ besprechen und sich dann abschließend entscheiden. Der Vorsitzende der Kammer hatte zu erkennen ergeben, dass die Kündigungsschutzklage keinen Erfolg haben würde. Der Vergleich beinhaltete dann, dass das Arbeitsverhältnis am 31.01.2003 enden sollte und

nicht entsprechend der Kündigung des Arbeitgebers bereits zum 31.10.2002. Am letzten Tag der Widerrufsfrist telefonierte der Mandant mit seinem betreuenden Anwalt. Der Inhalt des Telefonates ist streitig. Jedenfalls wurde der Vergleich widerrufen, das Arbeitsgericht wies die Kündigungsschutzklage ab, das Urteil wurde den Prozessbevollmächtigten zugestellt, die Berufungsfristen darauf notiert, aber keine Berufung eingelegt. Abzüglich des erhaltenen Arbeitslosengeldes hatte der Mandant einen Schaden in Höhe von netto 4.138,82 €.

II. Auszug aus den Entscheidungsgründen: Das AG Charlottenburg hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Dem Kläger steht der Ersatz seines Schadens aus § 280 Abs. 1 BGB zu.

Zwischen den Parteien bestand ein Schuldverhältnis in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 BGB, welches die arbeitsrechtliche Vertretung und Beratung des Klägers zum Gegenstand hatte.

Eine Pflichtverletzung ist gegeben, da die Beklagten dem Kläger vor dessen Zustimmung zum Widerruf des Vergleichs die verschiedenen möglichen Vorgehensweisen nicht umfassend gegenübergestellt und vor allem deren Folgen nicht konkret dargelegt hatten. Verlangt wird eine klare und deutliche Belehrung durch den Anwalt, die geeignet ist, Fehleinschätzungen des Mandanten zu vermeiden. Dieser Pflicht ist der Anwalt nicht schon dadurch nachgekommen, dass er den Kläger auf einen objektiv möglichen Widerruf und eine objektiv mögliche Berufung hinwies. Die bloße Benennung rechtlich vorgesehener Mittel ist keine vollständige Unterrichtung über deren Chancen und Risiken. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass er den ihn treffenden Hinweis- und Aufklärungspflichten gerecht geworden ist. Er hat den Entlastungsbeweis nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht geführt.

Durch den Verlust der Nettolohnansprüche des Arbeitnehmers ist ihm ein Schaden entstanden, wobei das Arbeitslosengeld in Abzug zu bringen ist. Im Rahmen der §§ 280, 249, 251 ist der Schaden zu ersetzen, der dem Mandanten dadurch entstanden ist, dass er sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit des erteilten Rates verlassen hat. Insofern die Beklagten meinen, dem Kläger sei kein Schaden entstanden, da ihm das Ergebnis des Vergleiches nach dem materiellen Recht – wie das Urteil des Arbeitsgericht zeige – nicht zustehe, ist dem nicht zu folgen. Der Anspruch steht dem Kläger nach der Rechtsordnung zu, weil die Möglichkeit, einen Vergleich abzuschließen, gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Durch Nichteinlegen der Berufung ist insoweit schon kein Schaden entstanden, denn es ist nicht ersichtlich, dass die Berufung gegen das arbeitsgerichtlich ergangene Urteil Erfolg gehabt hätte. Das Arbeitsgericht hat alle wesentlichen Aspekte der Kündigungsschutzklage geprüft und ist zur Annahme der Wirksamkeit der Kündigung gelangt. Daher hätte der Anwalt den Kläger vor dem Widerruf des Vergleichs ausdrücklich warnen müssen.

■ AG Charlottenburg

vom 16.03.2004, 228 C 289/03

Anmerkung des Einreichers:

Die zuzustimmende Entscheidung macht einmal mehr deutlich, welche Beratungspflichten ein Arbeitsrechtsanwalt bei der täglichen Arbeit – den Vergleichsverhandlungen – hat und welches Haftungsrisiko besteht. Mit dem Abschluss eines Vergleiches, der einen Widerrufsvorbehalt enthält, endet nicht die anwaltliche Beratung, sondern ist ab diesem Zeitpunkt besonders gefragt. Und zwar auch dann, wenn der Mandant selbst bei dem Vergleichsabschluss anwesend war und die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts zur Kenntnis genommen hat. Das AG Charlottenburg stellt auf die bekannte Rechtsprechung des BGH ab, wonach der um eine Beratung ersuchte Rechtsanwalt zu einer umfassenden und möglichst erschöpfenden Belehrung seines Auftraggebers verpflichtet ist. „Er hat diesem diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Ziel zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den relativ sichersten und am wenigsten gefährlichen Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist.“ (vgl. BGH 9. Zivilsenat, Urteil vom 11. Februar 1999, Az: IX ZR 14/98).

Dafür ist der Anwalt darlegungs- und beweispflichtig. Die Anforderungen an den Anwalt werden sicherlich durch die Gerichte häufig überspannt. Im vorliegenden Fall drängte sich aber auf, dass eine Pflichtverletzung vorlag. Der Kläger hatte mit dem Vergleich bereits einen Vermögenszuwachs erreicht, den er durch den Widerruf wieder preisgegeben hat. Entweder hätte der Vergleich nicht widerrufen werden dürfen oder es hätte Berufung eingelegt werden müssen. Dass es nicht richtig sein konnte, einen erreichten Stand zu verschlechtern und nicht durch Berufung den Versuch einer Korrektur zu erreichen, lag auf der Hand. Darauf hat das AG Charlottenburg aber nicht maßgeblich abgestellt. Entscheidend war die unzureichende Beratung über die Risiken durch Ausübung des Widerrufs. Als Ergebnis sollte mitgenommen werden, dass gerade vor der Entscheidung über die Ausübung eines Widerrufs der Mandant ausführlich über Vor- und Nachteile sowie Risiken aufgeklärt werden und dies darüber hinaus dokumentiert werden sollte. Wenn dies nicht belegt werden kann, kann eine Entlastung schwierig sein. Durch Vergleich und Urteil hat der Mandant nämlich eine konkrete – schriftliche – Gegenüberstellung seiner Vermögenspositionen. Dem Mandanten sind die Risiken des Widerrufsvergleichs deutlich – am Besten dokumentiert – vor Augen zu führen.

Zutreffend weist das AG Charlottenburg auch darauf hin, dass ein Schaden entstanden ist. Die beklagte Anwaltskanzlei hatte versucht, damit zu argumentieren, dass die Vergütung für die Monate, die von dem Vergleich umfasst waren, dem Kläger normativ nach der Rechtsordnung nicht zustehen würden und damit keinen ersatzfähigen Schaden darstellen könne. Der Vereinbarung einer abweichenden – längeren – Kündi-

Streitwert und Gebühren

gungsfrist im Rahmen eines Prozessvergleiches steht durch die Rechtsordnung nichts entgegen. Auch unabhängig von dem Verfahren hätten die Parteien vereinbaren können, dass das Arbeitsverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt enden sollte. Der Hinweis der beklagten Kanzlei auf BGH vom 28.09.2000. NJW 2001, 146 (148) verfiel zutreffenderweise nicht. Zwar ist richtig, dass ein Regresskläger nur das ersetzt verlangen kann, worauf er nach der materiellen Rechtslage einen Anspruch hat. Hier oblag die Frage, was dem Kläger „zusteht“, aber der Disposition der Parteien.

■ eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstr. 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/315067-47 Fax: 030/315067-49; E-mail: lampe@lsrw.de

Anmerkung:

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Berufung ist eingelegt. (me)

130. Zustellung, Wohnung

Zustellung oder Ersatzzustellung an die Wohnung setzen voraus, dass der Zustellungsadressat dort tatsächlich lebt. Unwesentlich ist, ob er dort gemeldet ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18. Mai 2004, 4 Ta 165/04

Streitwert und Gebühren

131. Streitwert, Abmahnung, mehrfache bei gleichem Fehlverhalten

Auch dann, wenn ein Arbeitnehmer für ein und dasselbe Fehlverhalten mehrfach abgemahnt wurde, ist für jede Abmahnung ein Bruttomonatsgehalt in Ansatz zu bringen.

■ Arbeitsgericht Leipzig
vom 27. August 2004, 8 Ca 2614/04
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,
Christianstraße 27, 04105 Leipzig,
Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24;
E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

132. Streitwert, Kündigungsschutz, mehrere Kündigungen, Differenztheorie

Gemäß § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG sind die Kündigungsschutzklagen gegen die Kündigung vom 14.02. zum 30.04.2003 und gegen die Kündigung vom 31.03. zum 30.06.2003 entgegen dem angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts nicht mit insgesamt nur vier und entgegen der Beschwerde nicht mit insgesamt sechs, sondern mit fünf Monatsgehältern in Höhe von $5 \times \text{€ } 8.632,- = 43.160,-$ zu bewerten.

Nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammer richtet sich der Streitwert mehrerer Kündigungsschutzklagen gegen mehrere Kündigungen zu verschiedenen Kündigungsterminen mit einem Abstand von weniger als einem Vierteljahr mit

Rücksicht auf den punktuellen Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage nach der sog. Differenztheorie, wonach zum einen drei Monatsgehälter gemäß § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG und zusätzlich im Rahmen des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG die auf die Zeit zwischen den Kündigungsterminen entfallenden Monatsgehälter in Rechnung zu stellen sind. Von dieser Rechtsprechung abzuweichen besteht keine Veranlassung.

Dementsprechend sind im vorliegenden Fall zusätzlich zu den drei Monatsgehältern in Höhe von $3 \times \text{€ } 8.632,- = \text{€ } 25.896,-$ die auf die Zeit zwischen den Beendigungsterminen vom 30.04. und 30.06.2003 entfallenden zwei Monatsgehälter in Höhe von $2 \times \text{€ } 8.632,- = \text{€ } 17.264,-$ in Rechnung zu stellen, woraus sich zusammen mit den nicht angefochtenen Werten die Streitwerte in Höhe von insgesamt $\text{€ } 60.424,-$ und $\text{€ } 51.792,-$ ergeben.

■ Landesarbeitsgericht München
vom 18. August 2004, 5 Ta 18/04,
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München, Tel.: 089 /5441460, Fax: 544 4666; E-mail: schaeder@schaeder.de; www.schaeder.de

133. Streitwert, mehrere Kündigungen, bei unterschiedlichen Kündigungsgründen stellt § 12 Abs. 7 ArbGG a.F. keine Obergrenze dar, Ermessensauswertung des Arbeitsgerichts

1. Die Streitwertfestsetzung ist eine Ermessensentscheidung, an die auch das Beschwerdegericht gebunden ist, so lange keine neuen Tatsachen zu beurteilen sind und das Erstgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen nicht fehlerhaft oder missbräuchlich Gebrauch gemacht hat. Das Beschwerdegericht kann also nur prüfen, ob das Erstgericht sein Ermessen überhaupt ausgeübt und dabei die gesetzten Grenzen eingehalten hat.

2. Die Beschwerdekammer hält es nicht für ermessensfehlerhaft, den Wert mehrerer Feststellungsanträge dann unabhängig von der Streitwertgrenze des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG festzusetzen, wenn die zu Grunde liegenden Beendigungstatbestände keinen im Wesentlichen einheitlichen Lebensvorgang darstellen und deshalb kein erheblicher Anteil an wirtschaftlicher bzw. Interessenidentität besteht (vgl. LAG Nürnberg, Beschlüsse vom 01.10.1996, 5 Ta 127i96 m.w.N.; vom 21.10.1997, 5 Ta 188/97; vom 12.01.1998, 5 Ta 214/97; vom 14.12.1998, 5 Ta 174/98; vom 20.09.1999, 5 Ta 257/99 und vom 01.03.2001, 5 Ta 22101). Von einem solchen Fall ist auszugehen, wenn eine verhaltensbedingte Kündigung und eine betriebsbedingte Kündigung nicht auf einem im Wesentlichen einheitlichen Lebensvorgang beruhen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 16. November 2004, 5 Ta 214/04
eingereicht von Rechtsanwalt Marko Heimann, Schwanenstraße 2, 93413 Cham, Tel.: 09971/994356, Fax: 994357; E-mail: info@anwalt-cham.de, www.anwalt-cham.de

134. Streitwert, Beschlussverfahren, Streit unter Betriebsratsfraktionen über das Entkernungsverbot

Der Gegenstandswert ist auf den doppelten Regelsatz (€ 8.000,00) festzusetzen.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 1. Juli 2004, 6 TaBV 74/03

eingereicht von Rechtsanwalt Jens Klein, Ulmenweg 17, 61184 Karben, Tel.: 06039/7866, Fax: 43184

135. Streitwert, Beschlussverfahren, Wahlanfechtung

Bei der Wertfestsetzung im Wahlanfechtungsverfahren kann als Ausgangswert bei einem einköpfigen Betriebsrat von Hilfs-wert (4.000 €) ausgegangen werden, der bei mehrköpfigen Betriebsräten für jede weitere Staffel des § 9 BetrVG um den halben Ausgangswert, das heißt um 2.000 Euro zu erhöhen ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 19. Mai 2004, 10 Ta 79/04

136. Streitwert, originärer Beschäftigungsanspruch, Nachrangigkeit des § 12 Abs. 7 ArbGG

Bei einem isolierten Beschäftigungsanspruch, bei dem gerade der Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung und die Berechtigung von den Arbeitsinhalt bestimmenden Direktionsrechten streitig ist, ist die Berücksichtigung von 2 Bruttomonatsvergütungen als Streitwert angemessen. Da eine Kündigungsschutzklage nicht anhängig ist, ist der Gedanke der Streitwertbegrenzung aus § 12 Abs. 7 ArbGG nicht vorrangig.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 24. Mai 2004, 2 Ta 194/04

137. Streitwertfestsetzungsverfahren, Beschwerden nach dem 1. Juli 2004, Beschwerdewert, Begründungsanforderungen

1. Die Zulässigkeit der Beschwerden gegen Streitwertbeschlüsse des Arbeitsgerichts, die vor dem 01.07.04 nach § 9 Abs. 2 BRAGO ergangen sind, richtet sich seit dem 01. Juli 2004 nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz.

2. Beschwerden gegen Entscheidungen des Arbeitsgerichts nach § 9 Abs. 2 BRAGO sind deshalb nur zulässig, wenn ein Beschwerdewert von € 200,- gem. § 33 Abs. 3 RVG erreicht ist.

3. Eine Beschwerde ist unzulässig, wenn kein bestimmter Antrag gestellt wird und auch der weitere Vortrag nicht erkennen lässt, in welcher Höhe der Streitwert nach Auffassung des Beschwerdeführers festgesetzt werden soll, damit auch ein Beschwerdewert für die Beschwerdekammer nicht errechnet werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Bremen

vom 27. August 2004, 3 Ta 45 + 48/04, rkr.

138. Streitwertfestsetzungsverfahren, Urteilsstreitwert und Gebührenstreitwert

Die Festsetzung eines Streitwertes im arbeitsgerichtlichen Urteil hindert das Arbeitsgericht nicht bei der Festsetzung des Gebührenstreitwertes.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 20. Juni 2003, 4 Ta 80/03

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Herausgeber und Redaktionsanschrift:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier
Budapester Straße 40
10787 Berlin
Telefon (030) 25 45 91 55
Telefax (030) 25 45 91 66
email: m.bendel@advocati.de

Redakteur:

Rechtsanwalt Roland Gross
Christianstr. 27
04105 Leipzig
Telefon (0341) 984 62-0
Fax (0341) 984 62-24
email: leipzig@advo-gross.de;
www.advo-gross.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
Dr. Peter Hamacher
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134
Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:

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

Anzeigen

sales friendly Verlagdienstleistungen
Bettina Roos
Reichsstr. 45-47
53125 Bonn
Telefon: (0228) 9 26 88-35
Telefax: (0228) 9 26 88-36
E-Mail: roos@sales-friendly.de
Gültig ist die Preisliste vom 1.1.2005

Lektorat

Anne Krauss

Satz

Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck

Druckhaus Köthen, Köthen

Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich

Bezugspreise 2005

Inland € 88,- (zzgl. Versand)
Einzelheft € 23,- (zzgl. Versand)

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

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 8 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

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

Urheber- und Verlagsrecht

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

Manuskripte

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der 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.

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Abmahnung

Anforderungen – 63
entbehrlich – 55, 57, 59

Annahmeverzug

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – 1
Betriebsübergang – 19
böswilliges Unterlassen – 43
Darlegungs- und Beweislast – 115
Gesundheitsrisiko – 1
unzumutbare Annahme der Arbeitskraft – 1

Anwaltschaft

Belehrungspflicht – 129

Arbeitnehmerhaftung

Kausalität – 11

Arbeitnehmerstatus

Handelsvertreter – 3
Propagandist – 113
Rechtsweg – siehe dort
Student – 113
Vergütungsbemessung nach Statusprozess – 3
Vertretungsprofessor – 2

Arbeitsfähigkeitsbescheinigung

kein Anspruch auf – 1

Arbeitskampf

Untersagung Streikmaßnahme – 104

Arbeitsmittel

Aufwendungersatz – 7

Arbeitsvertrag

auflösende Bedingung – 8

Arbeitsverweigerung

berechtigte – 62

Arbeitszeit

Erhöhung – 65
Verkürzung – 4
Verlängerung durch § 15 II BAT-97

Arbeitszeitreduzierung

Ankündigungsfrist nach TzBfG – 5
Anspruch auf – 4, 5
Betriebsvereinbarung – 5
einstweilige Verfügung 6
Organisationskonzept – 4

Arrest

Glaubhaftmachung – 108
erneuter – 108
Straftat – 108
Vollziehungsfrist – 108

Aufhebungsvertrag

Betriebsübergang – 25

Auflösende Bedingung

Arbeitsvertrag gesamt – 8
Vertragsbedingung – 64

Auflösungsantrag

Arbeitgeber – 62, 63
Sprecherausschuss nicht angehört – 63

Auflösungsurteil

Abfindungshöhe – 63

Aufwendungersatz

Arbeitsmittel – 7

Ausbildungskosten

Rückzahlungsvereinbarung – 9, 10

Ausforschungsbeweis – 21

Auslegung

des Arbeitsvertrages – 36
Tarifvertrag – 101

Ausschlussfrist

Beginn – 11
Meinungsbildungsfrist – 11
Mobbing – 102
Schadenersatz – 102
Vergütungsansprüche – 102

Außendienstmitarbeiter

örtliche Zuständigkeit – 111, 112

Außerordentliche Kündigung

Anzeige gegen Arbeitgeber – 51
Auszubildender – 66
Beleidigung – 52, 54, 56
Diebstahl – 57, 58, 60, 61
Dienst-Pkw – 61
Frist des § 626 Abs. 2 BGB – 55, 56
Frist nach § 626 Abs. 2 BGB, Dauerverstoß – 59
Frist nach § 103 Abs. 2 BetrVG – 56
gefährliche Handlung – 55
Interessenabwägung – 52, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61
Nachschieben von Kündigungsgründen – 58
Pornografie – 53
Rufschädigung – 54, 55
Straftat – 55
Täuschung Dritter – 55
überholende – 53
unentschuldigtes Fehlen – 59
unkündbare Mitarbeiter – 52

Ausbildungsverhältnis

Kündigungsbegründung Inhalt – 66

Befristung

Vertragsbedingung, einzelne – 65
Zulage – 101

Befristung des Arbeitsverhältnisses

Höchstgrenze nach HRG – 12
Praktikant – 13
Promotionsbefristung – 12
Prozessrechtsverhältnis – 76
Verlängerungsvereinbarung – 13
Weiterbeschäftigung während Prozess – 76
Zitiergebot SR 2 y BAT – 98

Berufung

Zulassung – 109

Berufungsbegründung

Anforderungen an den Inhalt – 30

Beschäftigungsanspruch

einstweilige Verfügung – 14
ungekündigtes Arbeitsverhältnis – 14

Beschlussverfahren

einstweilige Verfügung – 14, 75, 79, 81, 82, 83, 88, 95
Erledigung – 89
Rechtskräfteintritt – 89

Betriebliche Altersversorgung

Betriebsübergang – 15
Betriebsvereinbarungsoffenheit – 17
Direktversicherung – 18
Gleichbehandlung – 15, 16
Insolvenzschutz – 15
kollektiver Günstigkeitsvergleich – 17
Spätheckelung – 16
Veränderung der Zusage – 17
Versicherungsvertrag – 18

Betriebliche Übung

Nettolohnvereinbarung – 34

Betriebsänderung

Beratungsanspruch – 83
einstweilige Verfügung – 81, 82, 83

Betriebsbedingte Kündigung

Darlegungs- und Beweislast – 50
Interessenausgleich mit Namensliste – 50
Sozialauswahl – 44, 45, 46, 48, 92
unternehmerische Entscheidung – 47, 50

Betriebsrat

Anhörung zur Kündigung – 42, 44, 50, 57, 59, 67, 86, 87
Auskunftsanspruch – 96
Behinderung des – 85
Betriebsratskosten – siehe dort
grenzüberschreitender – 78
Schulung – siehe Betriebsratsschulung
Verfahrensfehler – 86, 87

Betriebsratskosten

Internet – 93

- Meinungsfreiheit des Arbeitgebers – 85
- Betriebsratsschulung**
Kostennachweis und Haushaltsersparnis – 84 a
- Betriebsratswahl**
Anfechtung – 80
Anfechtung, Nichtigkeit – 78, 79
einstweilige Verfügung – 79
Quotenvorgaben – 80
Sonderkündigungsschutz – 73
- Betriebsübergang**
Abwicklung – 20
Annahmeverzug – 19
Aufhebungsvertrag – 25
Beschäftigungsgesellschaft – 25
Betriebliche Identität – 25
Betriebsstilllegung – 20
Betriebsteilübergang – 21
Darlegungs- und Beweislast – 21
Dentallabor – 23
Einzelhandel – 21
Erwerberkonzept – 25
fehlerhafte Information nach § 613 a V BGB – 49
Kino – 24
Rechtsgeschäft – 21
Rückwirkung – 19
Vergütungsschuldner – 19
- Betriebsvereinbarung**
Ablösung – 94
Auslegung – 94
Billigkeitskontrolle 92
- Beurlaubung**
befristete Insign-/Beamte – 31
- Beweisantritt**
Ausforschungsbeweis – 21
- Beweiswürdigung**
Zeugenbeweis – 52
- Bruttolohnklage**
Abweisung bei Handelsvertreter – 3
- Bürgenhaftung**
Urlaubskasse Bau – 107
- Darlegungs- und Beweislast**
abgestufte – 68
Betriebsübergang – 21
- Direktionsrecht**
Grenzen – 62
Konkretisierung der Tätigkeit – 26
leidensgerechter Arbeitsplatz – 106
Rufbereitschaft – 35
- Eingruppierung**
Heimzulage – 100
Rechtsschutzsachbearbeiter – 99
- Einstellungsbefugnis**
Ärztlicher Direktor – 27
- Einstweilige Verfügung**
Arbeitskampf – 104
Arbeitszeitreduzierung – 6
Beschäftigungsanspruch – 14
Betriebsratswahl – 79
gegen Betriebsänderung – 81, 82, 83
späte Antragstellung – 14
kein Verfügungsgrund weil Fristausschöpfung – 74
Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V BetrVG – 74, 75
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**
Berechnung der 6-Wochen-Frist – 29
- Faktische Geschäftsführung**
Haftung – 110
- Feststellungsinteresse**
Leistungsverweigerungsrecht – 199
- Fürsorgepflicht**
leidensgerechter Arbeitsplatz – 106
- Geschäftsführer**
Annahmeverzug – 115
Kündigungskompetenz – 77
Kündigungsrecht der Gesellschafterversammlung – 115
- Geschäftsführung, faktische**
Haftung – 110
- Gesetzlicher Richter** – 84 b
- Gesundheitsschutz**
Erst- und Folgeuntersuchungen – 27
- Gewerkschaft**
Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. – 104
- Glaubhaftmachung**
Strafakten – 108
- Haftungsdurchgriff GmbH**
existenzvernichtender Eingriff – 30
- Hausmeister**
Dienstwohnung, Nutzungspflicht – 36
- Insolvenz**
Masseverbindlichkeit – 28
- Insolvenzschutz**
Betriebliche Altersversorgung – 15
- Interessenausgleich**
Gleichbehandlung – 92
- Internationale Zuständigkeit** – 117
- Jugend- und Auszubildendenvertretung**
Auflösung des Arbeitsverhältnisses – 91
- Kleinbetrieb**
Kündigung im – 68
- Konkurrentenklage**
Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst – 32
- Kündigung**
Änderungskündigung – siehe dort
siehe u. a. auch unter betriebs-, krankheits-, verhaltens-,
personenbedingte u. außerordentliche
- Kündigungserklärung**
Betriebsratsanhörung – 42, 50, 57, 86, 87
Betriebsratsanhörung bei Wiederholung – 67
Treu und Glauben – 68
Zurückweisung mangels Vollmacht – 59, 77
- Kündigungsschutzklage**
allgemeiner Feststellungsantrag – 42
Berufung auf Sozialauswahlfehler – 48
Feststellungsinteresse – 69
nachträgliche Zulassung – 70, 71, 72
Rüge mangelhafter Betriebsratsanhörung – 50
Versäumung der Klagefrist durch Arbeitgeberverschulden – 71
Verwirkung – 123
- Kündigungsschutzprozess**
Unterbrechung Insolvenz – 128
Zurückverweisung an das Arbeitsgericht – 42
- Leidensgerechter Arbeitsplatz**
Sozialauswahl – 106
- Leistungsverweigerungsrecht**
Feststellungsklage – 109
- Leistungszulage**
Befristung – 101
- Maßregelungsverbot**
tarifliches – 105
- Meinungsfreiheit**
des Arbeitgebers – 85
- Mitbestimmung allgemein**
grober Verstoß – 95
- Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**
Eingruppierung – 90
Versetzung – 95
- Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**
Arbeitszeit – 5
Betriebliche Altersversorgung – 17
- Nettolohnvereinbarung** – 34
- Örtliche Zuständigkeit**
Außendienstmitarbeiter – 111, 112
Betriebsratswahl – 78
Gerichtsstandsvereinbarung – 127
- Personalratsmitglied**
Zeugnisananspruch – 40
- Personalreferent**
Kündigungskompetenz – 77
- Prozessbevollmächtigter**
Vertrauenshaftung – 110
- Prozesskostenhilfe**
Anwaltsbeordnung – 119

Entzug – 118
 mutwillige Rechtsverfolgung – 123
 Untätigkeit des Gerichts – 120
 Verspätete Einreichung von Unterlagen – 121
 Zumutbarer Vermögenseinsatz – 122

Rechtliches Gehör
 Verweisungsbeschluss – 127

Rechtsmittelverzicht
 Anforderungen – 5

Rechtsscheinhaftung
 Grundsätze – 110

Rechtsweg
 Betriebliche Verbesserungsvorschläge – 116
 Geschäftsführer – 114
 sic-non-Fall – 113

Rechtswegentscheidung
 Bindungswirkung – 115

Rufbereitschaft
 Anspruch auf – 35

Scheinvertrag
 Definition – 13

Schmiergeld
 Erstattungspflicht – 108

Schriftform
 Arbeitszeiterhöhung – 65
 Kündigungserklärung – 66

Schulhausmeister
 siehe Hausmeister

Sonderkündigungsschutz
 Einladender zur Wahlversammlung – 73

Sonderzahlung
 Definition – 37

Sonderzuwendung
 Anschlussfähigkeit, unmittelbare – 103

Sozialauswahl
 Auswahlrichtlinien – 46
 berechnete betriebliche Interessen – 46
 Betriebsratsanhörung – 44
 Geltungsbereich von Fehlern – 48
 Lohnsteuerkarte – 45, 92
 vergleichbare Arbeitnehmer – 44, 47

Stellenausschreibung
 Vertragsauslegung – 36

Streikmaßnahme
 Untersagung – 104

Streitwert
 Abmahnungen, mehrere – 131
 Beschäftigungsanspruch – 136
 Beschlussverfahren – siehe dort
 Betriebsübergang, Feststellung – 21
 Kündigungsschutzverfahren – siehe dort
 Rufbereitschaft – 35

Streitwert im Kündigungsschutzverfahren
 mehrere Kündigungen – 132, 133
 nachträgliche Zulassung – 72

Streitwert im Beschlussverfahren
 Anfechtung einer Betriebsratswahl – 135
 Streit zwischen Betriebsratsfraktionen – 134

Streitwertfestsetzung
 Beschwerdewert – 137
 Beschwerdebegründung – 137
 neben Urteilsausspruch – 138

Tarifliche Entgeltreduzierung
 Arbeitsplatzwechsel – 106

Tarifliches Maßregelungsverbot
 Naturalleistung – 105

Tarifvertrag
 Auslegung – 101

Umwandlungsgesetz
 Sondervorteil – 41

Untätigkeit des Gerichts
 Beschwerdemöglichkeit – 120

Urlaubsgewährung
 konkludente – 38

Urlaubskasse
 Bürgenhaftung – 107

Variable Vergütung
 Anpassung – 39

Vergleich
 Protokollierungsvereinbarung – 5

Vergütungsklage
 Bruttolohnklage – 3
 zukünftige Ansprüche – 115

Verhaltensbedingte Kündigung
 Anzeige gegen Arbeitgeber – 51
 Beleidigung – 54, 56
 Betriebsratsmitglied – 14
 eigenmächtiger Urlaubsantritt – 59
 Leistungsmängel – 63
 Pornografie – 52
 Straftat – 55

Verschulden bei Vertragsverhandlungen
 Haftung – 110

Vertrauenshaftung – 110

Verwirkung
 sonstige Rechte – 123

Weiterbeschäftigung
 einstweilige Verfügung – 74
 Entbindungsantrag des Arbeitgebers – 75, 88
 Prozessrechtsverhältnis – 76
 Jugend- und Auszubildendenvertretung – 91

Weiterbeschäftigungsanspruch
 einstweilige Verfügung – 74

Wettbewerbsverbot
 freier Mitarbeiter – 33

Wiedereinsetzung
 Antragsfrist – 70
 Anwaltsverschulden – 70, 72, 124, 125, 126
 Fürsorgepflicht des Gerichts – 124
 Unterschrift, fehlende – 124

Zeuge
 Beweiswürdigung – 52

Zeugnis
 Ausschlussfrist – 40
 Berichtigungsanspruch – 40
 Beurteilungstatsachen – 40
 Personalratsmitglied – 40
 Verwaltungsvorschrift – 40

Zurückweisung der Kündigungserklärung
 mangels Vollmacht – 59, 77

Zuständigkeit, internationale
 sic-non-Fall – 117

Zustellung
 Wohnung – 130