

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

gestatten Sie vorab einen Hinweis in eigener Sache: Kollege Dr. Hans-Georg Meier hat die AE zu dem entwickelt, was sie heute ist – eine über die Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht im DAV hinaus gern gelesene und längst schon zitierfähige arbeitsrechtliche Fachzeitschrift mit durchaus hohem praktischen Nutzwert für Arbeitsrechtler aller Couleur. Dieses Blatt lebt von dem Engagement seiner Leserinnen und Leser, die es mit Entscheidungen, Kommentierungen und Meinungen versorgen. Kontinuierlich nimmt dabei die Zahl der eingesandten Entscheidungen zu; in diesem Heft konnten 121 Entscheidungen redaktionell aufbereitet werden. Ein Dankeschön ist auszusprechen, gerichtet an die Leser, aber auch und besonders an Kollegen Dr. Meier für seinen unermüdlichen Einsatz, die AE pünktlich viermal im Jahr herauszubringen.

Wenn ein Nachwuchsredakteur Lobpreisung ausspricht, könnte man auch an Lobhudelei denken. Dies ist nicht beabsichtigt, aber Kollegen Dr. Meier – und vor allem auch seiner Frau – ist nochmals Dank zu sagen: Für eine gelungene Feier zur 50. Tagung der Arbeitsgemeinschaft im September 2005. Diese Arbeitsgemeinschaft kann feiern, und sie hat allen Grund dazu. Immerhin finden sich in ihr Vertreter antagonistischer Interessen – Nannte man es nicht einmal so? – kollegial zusammen; die Bekennenden ausschließlich der einen oder anderen Seite sind eingebettet in eine Vielzahl von Kollegen, die sich im besten Sinne advokatorisch mal für Arbeitgeber-, mal für Arbeitnehmerinteressen einsetzen. Schon längst sind die Zeiten überwunden, in denen nach dem Sektempfang Arbeitnehmer- und Arbeitgebertainische lupenrein besetzt wurden und allenfalls vorsichtiges Herantreten an den anderen Tisch, nach fast schon diplomatischem Protokoll – und erst nach dem Absacker – stattfand. Man freut sich aufeinander, die Tagungen sind zu Höhepunkten im Leben der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV geworden.

Spannende Zeiten stehen uns bevor: Die große Koalition in Berlin wird einige Pflichtaufgaben ganz schnell zu erfüllen haben. Überfällig ist insbesondere das Antidiskriminierungsgesetz. Der DAV-Arbeitsrechtsausschuss hat den Verhandlungsdelegationen für die Koalition eine Denkschrift mit Empfehlungen vorgelegt, wie eine schnelle, allerdings durchaus über eine 1:1 Umsetzung hinausgehende, Transformation der EU-Richtlinien in nationales Recht erfolgen könnte. Sicherlich wird es in der Legislaturperiode bereits erste Entscheidungen auf der Grundlage des neuen Antidiskriminierungsrechts geben, die ebenso sicher auch in der AE veröffentlicht werden.

Wenn man in Ostdeutschland, den „neuen“ oder „Beitrittsländern“, arbeitsrechtlich tätig ist, erlebt man Gesetzesänderungen an den arbeitsrechtlichen Fundamentalnormen wie Kündigungsschutz, Tarifrecht, Teilzeit- und Befristungsrecht, Betriebsverfassungsrecht, noch etwas hautnäher als in den wohl gereiften Strukturen der alten Bundesländer. Was hier angetastet wird, sollte verantwortlich überlegt werden und die (positive) Wirkung sicher zu prognostizieren sein. Für Experimente besteht kein Spielraum.

Die Änderungen der letzten Legislaturperioden haben jedenfalls in Ostdeutschland keine zusätzlichen Arbeitsplätze gebracht, jedoch – alltäglich am Arbeitsgericht zu erleben – höhere Unsicherheit über berufliche Zukunft erzeugt. Elternzeit, z. B., wird zu einem theoretischen Phänomen, wenn

Krankenschwestern bis zum Alter von 40 Jahren kettenmäßig in befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden. Bekommt man am Anfang eines Arbeitsverhältnisses zwei, drei Monate keine Vergütung, so wird unter dem Eindruck der Massenarbeitslosigkeit, mit Arbeitslosenzahlen von über 20 % in der Fläche, eine Vergütungsklage eher nicht erhoben werden – allein die Fiktion eines Arbeitsplatzes ist wie ein Strohalm, an den der Hartz IV-Bedrohte sich zu klammern sucht.

Die AE wird die Entwicklung mit ihren Veröffentlichungen begleiten
- und auch weiter gilt:

Mögen sie nutzen!

Leipzig, im November 2005

Ihr
Roland Gross
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 Kelber, Dr. Neef, Dr. Puhr-Westerheide Schrader, Dr. Tschöpe, Dr. Zeißig, Dr.	Hansjörg Markus Klaus Christian Peter Ulrich Rolf	Gießen Berlin Hannover Duisburg Hannover Gütersloh Berlin
--	---	---

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Brötzmann, Dr. Faecks Hilligus Jung Lampe, Dr. Müller-Wiechards Schaefer Schmalenberg, Dr. Schmitt Weber	Dietmar Ulrich Friedhelm Kurt-Jörg Nikolaus Christian Wolfram Rolf Werner Jürgen Axel	Wiehl Mainz Marburg Neustadt i.Holst. Oberursel Berlin Lübeck Hannover Bremen Stuttgart Frankfurt/M.
--	---	--

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

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

Betriebsübergang und Arbeitsrecht

Rechtsanwalt Nikolaus Jung, Genf

A. Problemstellung

Zuletzt hatte Neef verborgene wirtschaftliche Risiken beim Betriebsübergang in der AE dargestellt¹. Wobei hier unter dem Begriff Betriebsübergang sowohl Unternehmensnachfolgen innerhalb der Familie oder als Management-buy-in, -buy-out, Owners-buy-out, als auch Übernahmen und Umstrukturierungen zu verstehen sind. Im September diesen Jahres hat die Fachkonferenz „Unternehmensnachfolge im Mittelstand“ der Bankakademie Frankfurt am Main stattgefunden². Neben vielen anderen nimmt auch die Bankakademie sich zu Recht dieses Themas an. Die VR – Leasing AG in Eschborn geht davon aus, dass 70.000 mittelständische Unternehmen in absehbarer Zeit die Unternehmensnachfolge zu regeln haben.³ Bereits 2001 war zu lesen, für 76.000 mittelständische Unternehmen sei ein Nachfolger zu finden, wobei nach Einschätzung des Geschäftsführers der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände nur für die Hälfte der Unternehmen ein Testament, welches die Nachfolge regelt, vorläge.⁴ Was wohl auch damit zusammenhängt, dass in der eigenen Familie kein geeigneter Nachfolger vorhanden ist, mithin Erwerber gesucht werden müssen. Die Vorsitzende des Bundes Katholischer Unternehmer, Marie-Luise Dött, MdB, wies bei der Auftaktveranstaltung von BKU und BKR zum Thema „Unternehmensnachfolge im mittelständischen Familienbetrieb“⁵ eindringlich auf die Gefahren einer unzureichenden oder nicht geregelten Unternehmensnachfolge nicht nur für das Unternehmen selbst, sondern auch für die damit verbundenen Arbeitsplätze hin. Die sozialpolitische Bedeutung dieser Frage ist damit klar umrissen. In der aktuellen Diskussion wird richtigerweise darauf hingewiesen, bei der Unternehmensnachfolge gehe es nicht allein um erb- und gesellschaftsrechtliche Fragen. Um die Unternehmensnachfolge nachhaltig zu sichern, ist auch eine Steuerstrategie erforderlich, bei der komplizierte Sachverhalte wie zum Beispiel die Schenkung von Unternehmensanteilen an den Nachfolger gelöst werden müssen, bei der klar ist, dass Schenkungsteuer anfällt, aber eben nur wenigen die Stolperfalle⁶ bewusst ist, wonach eine Einkommenssteuerbelastung ebenso die Folge sein kann.

B. Ausgewählte arbeitsrechtliche Probleme

1. Stolperfallen bei Betriebsübergängen, sei es bei der Unternehmensnachfolge im Familienbetrieb oder bei der Umstrukturierung von Aktiengesellschaften, gibt es auch aus arbeitsrechtlicher Sicht sowohl bei Personen- als auch bei Kapitalgesellschaften. So führt der Trugschluss, über § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB würden kollektivrechtliche Regelungen unabdingbar

zum Bestandteil der Einzelarbeitsverträge, häufig in der Praxis zu Fehlentscheidungen. Dies gilt nicht nur bei Akquisitionsentscheidungen von Erwerbern bzw. Nachfolgern, sondern auch für die hiervon betroffenen Beschäftigten. Die Einzelarbeitsverträge enthalten häufig – im hier interessierenden Zusammenhang – Klauseln, die konkret daraufhin untersucht werden müssen, inwieweit sie nach der Rechtsprechung des BAG und nach dem SchuMoG als Bezugnahmeklausel⁷ zu werten sind. So hat das Arbeitsgericht Duisburg in einem Urteil vom 09.01.2003⁸ festgestellt, dass die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Arbeitgebers eingreifen soll, der in vorformulierten Arbeitsverträgen mittels dynamischer Verweisklauseln lediglich eine Gleichstellungsabrede beabsichtigte, ohne dies kenntlich zu machen.⁹

Der Ausgang dieser Prüfung ist für die übergehenden Beschäftigten nicht nur für die Frage der Inanspruchnahme des ihnen zustehenden Widerspruchsrechts von erheblicher Bedeutung. Wenn auch Herschel in der Anmerkung zu einem Urteil des BAG¹⁰ bereits 1980 feststellt, dass das Widerspruchsrecht kein sehr wirksames Mittel und dementsprechend in der Praxis äusserst selten sei.¹¹

Das nachvollziehbare Interesse der Arbeitgeber beim Betriebsübergang besteht darin, Kosten zu senken. Dabei ist eines der Instrumente die „Flucht aus dem Tarifvertrag“. So schlägt die von der Allianz angekündigte Umstrukturierung

1 Neef, *Verborgene wirtschaftliche Risiken beim Betriebsübergang*, AE 02/04, S. 83 ff.

2 www.bankakademie.de

3 *Den Generationswechsel gestalten*, FAZ, 06.05.2005.

4 *Viele Seniorchefs kümmern sich zu spät um Nachfolge*, FAZ, 24.10.2001.

5 *Ungeregelte Firmennachfolge gefährdet Arbeitsplätze*, bku – Journal 3/2002, Die Welt, 14.11.2002.

6 *So Rödl, Welche neuen Stolperfallen gibt es bei der Unternehmensübergabe?*, FAZ, 11. Mai 2005.

7 *Reichel, Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag*, 2001.

8 *ArbG Duisburg, Urteil v. 09.01.2003*, 4 Ca 3028/02 = EZA SD Heft 4/2003.

9 *Allg. zur AGB – Kontrolle vertraglicher Bezugnahmeklauseln nach dem SchuMoG*, vgl. Thüsing/Lambrich, NZA 2002, S. 1361 ff.

10 *BAG, Urteil v. 6.02.1980* – 5 AZR 275/78.

11 *So Binz-Rausser, BB 1980*, S. 897 unter I 1 a.E.

ihres Deutschlandgeschäfts hohe Wellen. Die neue Vertriebsgesellschaft soll nicht Mitglied im Arbeitgeberverband werden, mithin rund 12.000 Beschäftigte in Zukunft nicht mehr nach Tarif bezahlt werden. Zwar bleiben die bestehenden Arbeitsverträge wegen der sog. „Nachbindungsphase“ gem. § 3 Abs. 3 TVG zunächst bestehen. Aber nach Ablauf eines Jahres endet diese. Damit werden Kostensenkungsmassnahmen wegen der verlängerten Tarifbindung nicht unmittelbar wirksam.¹² Massgeblich für diese Entscheidung – dies gilt in gleicher Weise für Erwerber mit eben dieser Zielsetzung – dürfte aber auch sein, dass künftige Tarifabschlüsse keine Geltung für das Unternehmen mehr entfalten und künftig Mitarbeiter ohne Tarifbindung eingestellt werden können. Gleiches dürfte wohl für Verbandsmitglieder ohne Tarifbindung gelten.¹³

Zu beachten ist allerdings für die Erwerber, dass es nach der Nachbindungsphase zu der sog. Nachwirkungsphase¹⁴ gem. § 4 Abs. 5 TVG kommt, mithin die bisherigen kollektivrechtlichen Normen fortwirken. Zwar können nachwirkende Normen jederzeit geändert werden.¹⁵ Ob sich allerdings ein Arbeitnehmer mit sich für ihn verschlechternden Bedingungen ohne weiteres einverstanden erklärt, kann hier dahin gestellt bleiben. Klar hingegen dürfte sein, dass zwar eine Änderung jederzeit über eine Änderungskündigung versucht werden kann, diese sich aber hinsichtlich einer gerichtlichen Überprüfung den gleichen Anforderungen zu stellen hat, wie eine Beendigungskündigung. Erfolg dürfte eine solche Massnahme nur dann haben, wenn die Dringlichkeit einer Änderungskündigung begründenden betrieblichen Erfordernisse erheblich sind und zudem ein Sanierungsplan vorgelegt wird, für dessen Begründung der Arbeitgeber aber die volle Beweislast trägt. Das Ende der Nachbindungsphase nach einem Jahr tritt im Übrigen dann nicht ein, wenn der Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung individualrechtlich vereinbart sind. Eine vormals normative Geltung eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung ist dann Gegenstand des Individualvertrages. Sicher kann man auch dies im Konsens ändern. Aber wo soll ein solcher Konsens ohne weiter gehende Anreize für den Arbeitnehmer herkommen? Und ein Erfolg von Änderungskündigungen in diesem Zusammenhang dürfte in der Praxis aussichtslos sein.

2. Die europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Unterrichtung von Arbeitnehmern über den Zeitpunkt und den Grund eines Betriebsübergangs über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen wurden mit Einfügung des neuen § 613 a Abs. 5 BGB im Jahr 2002 in Deutschland auch auf Arbeitnehmer in betriebsratsfähigen Unternehmen erweitert. Danach ist nunmehr jeder einzelne Arbeitnehmer detailliert über den Betriebsübergang zu unterrichten. Dabei ist der Zugang der Unterrichtung der massgebliche Zeitpunkt, nicht der Betriebsübergang selbst, für das dem Arbeitnehmer zustehende Widerspruchsrecht, welches er binnen eines

Monats in Anspruch nehmen muss. Eine nicht formgerechte oder nicht vollständige Unterrichtung könnte sich jedoch als Stolperfalle erweisen. Die Unterrichtung hat schriftlich zu erfolgen. Der Zugang ist nachzuweisen. Die Beweislast trägt der Arbeitgeber. Schwieriger ist aber die Frage, was unter einer vollständigen Unterrichtung zu verstehen ist, zu beantworten. Für die im Arbeitsvertrag selbst begründeten Rechte und Pflichten dürfte der Hinweis auf die gesetzliche Regelung im § 613 a BGB genügen. Schwieriger wird es jedoch bei Fragen nach möglichen Änderungen bei Betriebsvereinbarungen und tarifrechtlichen Regelungen durch den Betriebsübergang. Eine pauschale Formulierung dürfte hier sicher nicht ausreichen. Vielmehr ist konkret darauf einzugehen, ob und in welchem Umfang Änderungen eintreten. Unbedingt mitzuteilen ist ferner die Absicht, Personal abzubauen oder Betriebsänderungen durchzuführen. Geschieht dies nicht im gesetzlich geforderten Umfang ist die Folge, dass die Monatsfrist nicht zu laufen beginnt, mithin der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang auch noch sehr viel später widersprechen kann. Dies führt dazu, dass der Arbeitnehmer beim Veräußerer beschäftigt bleibt und das Arbeitsverhältnis nicht auf den Betriebserwerber übergeht. Dass dies in der Praxis zu absurden Ergebnissen führen kann, liegt auf der Hand. Das damit verbundene Risiko, ist mit erheblichen Kosten verbunden, da Kündigungsfristen einzuhalten sind, eventuell ein Sozialplan aufgestellt werden muss und Abfindungen gezahlt werden müssen. Das neue Widerspruchsrecht hat damit eine besondere Qualität erhalten.

Bei börsennotierten Unternehmen haben Beschäftigte gem. § 10 Abs. 5 S. 2 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz¹⁶ besondere Informationsansprüche. Bei aller Kritik an diesem Gesetz, ob etwa der Gesetzgeber über das Ziel hinausgeschossen ist, indem er wieder einmal europarechtliche Vorgaben übererfüllte, dürfte Motiv für die Verabschiedung des Gesetzes gewesen sein, feindliche Übernahmen mit anschliessendem Personalabbau zu erschweren. Grundsätzlich wirkt sich die Übernahme einer börsennotierten Gesellschaft

¹² Bauer/Haussmann, DB 2003, S. 610ff.

¹³ Vgl. hierzu grundlegend Franzke, OT – Mitgliedschaften, Zur Frage der Zulässigkeit einer tarifbindungsfreien Verbandsmitgliedschaft in einer Arbeitgeberorganisation, Inauguraldissertation 1999, ISBN 3-89820-080-9.

¹⁴ Ständige Rechtsprechung des BAG, Urteil v. 18.03.1992, DB 1992, S. 1297; BAG, Urteil v. 13.12.1995, DB 1996, S. 1284.

¹⁵ BAG, Urteil v. 01.08.2001, EzA § 613 a BGB Nr. 199 unter 4.

¹⁶ Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz v. 20. Okt. 2001, BGBl I S. 3822, zuletzt geändert durch Art. 71 der Achten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25. Nov. 2003, BGBl I S. 2304.

nicht auf die Arbeitsverhältnisse aus, da lediglich die Eigentümer wechseln, die bisherige Rechtsform aber erhalten bleibt. Veränderungen treten erst dann ein, wenn sogenannte Synergieeffekte über Personalabbau und Rationalisierungsmaßnahmen erzielt werden sollen. Vor diesem Hintergrund ist es dringend geboten, genau zu prüfen, in welchem Umfang Informationspflichten bestehen.

3. Mit einer noch unveröffentlichten Entscheidung macht es das Bundesarbeitsgericht¹⁷ künftig offenbar leichter, Konsequenzen eines Betriebsübergangs bei insolvenzgefährdeten Betrieben zu vermeiden. Bisher war es so, dass die Veräusserung und Fortführung insolvenzgefährdeter Betriebe oft an den insgesamt zu unveränderten Bedingungen zu übernehmenden Arbeitsverhältnissen scheiterte. Der deutsche Gesetzgeber hat übrigens auch hier entschieden, obwohl dies nach den Vorgaben der Europäischen Union nicht notwendig war, dass die vollständige und umfassende Übernahme ebenso der Arbeitsverhältnisse, auch für Betriebe gelten soll, für die die Insolvenz eröffnet wurde. Während das LAG Bremen noch die Konstruktion, wonach zunächst das bisherige Unternehmen mit den Beschäftigten Aufhebungsverträge abschloss, eine Zwischengesellschaft die Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen aufnahm und sodann diejenigen Mitarbeiter, die für die Fortführung des sanierten Betriebes erforderlich sind mit neuen Arbeitsverträgen einstellt, als „Spiel über die Bande“ ansah, hält das BAG nunmehr die sanierende Übertragung eines insolvenzgefährdeten Betriebes unter Zwischenschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft für rechtmäßig. Allerdings sollen dabei bestimmte Voraussetzungen gegeben sein. Damit der Schutz des § 613 a BGB nicht umgangen wird, insbesondere der Aufhebungsvertrag nicht unwirksam sein soll, müssen die mit der Vertragsgestaltung verbundenen Verschlechterungen für den Arbeitnehmer sachlich geboten sein. Dieses Kriterium soll dann erfüllt sein, wenn die dreiseitige Vertragsgestaltung zwischen insolvenzgefährdetem Betrieb, Zwischengesellschaft und aufnehmendem Unternehmen den Zweck hat, eine sonst eintretende Insolvenz zu vermeiden. Die Vorteile einer solchen Konstruktion liegen auf der Hand. Die Auswahl der Mitarbeiter erfolgt ohne Sozialauswahl, wodurch eine qualifizierte Beschäftigungsstruktur erreicht werden kann und überlebensfähige Betriebsteile im Gegensatz zum Rest des Unternehmens erhalten bleiben können.

Dies wird aber in der Praxis nur dann funktionieren, wenn die Belegschaft bereit ist, Aufhebungsverträge mit schlechteren Bedingungen abzuschließen. Die Bereitschaft dazu dürfte umso geringer sein, je unwahrscheinlicher der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit dem sanierten Unternehmen ist. Insbesondere diejenigen Mitarbeiter, die durch die Sozialauswahl besonders geschützt sind, werden freiwillig kaum auf

ihre Rechte verzichten. Dann bleibt nur die betriebsbedingte Kündigung, eventuell in der Form der betriebsbedingten Änderungskündigung. Aber auch hier hat das BAG klar und eindeutig festgestellt,¹⁸ dass Änderungskündigungen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sind. Einmal geschlossene Verträge sind einzuhalten, Geldmangel kann den Schuldner nicht entlasten. Diese allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts gelten auch hier. Ein Eingriff in das Lohngefüge zur Durchsetzung einer erheblichen Senkung des Lohnes ist danach nur dann begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die zu einer Minimierung der Mitarbeiteranzahl oder sogar zu einer Betriebsstillegung führen. Dies setzt wiederum einen umfassenden Sozialplan voraus, der alle gegenüber den beabsichtigten Änderungskündigungen milderen Mittel ausschöpft. Auch wenn das BAG mit der Entscheidung vom 18.08.2005¹⁹ den Betriebsübergang insolvenzgefährdeter Betriebe erleichtert hat, dürfte das „Spiel über Bande“ dadurch in der Praxis nicht unbedingt leichter werden.

C. Fazit

Die dargestellten arbeitsrechtlichen Probleme sind nicht abschliessend. Ungeklärt ist zum Beispiel, wie Bezugnahme-klauseln nach der Gründung von ver.di wirken.²⁰ Interessant sind auch die komplexen Fragen nach der Übernahme einer vorhandenen betrieblichen Altersvorsorge.²¹ Bei den unterschiedlichen Möglichkeiten eines Betriebsübergangs können die arbeitsrechtlichen Probleme dennoch die gleichen sein. Unabhängig davon, ob es um die Unternehmensnachfolge im mittelständischen Familienbetrieb, um eine Übernahme oder die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften geht. Regelmässig sind erb- und gesellschaftsrechtliche und steuerliche Aspekte zu beachten. Und immer sind auch arbeitsrechtliche Fragen tangiert und können ohne fachgerechte Beratung für beide Seiten folgenschwere Verluste nach sich ziehen. Eine umfassende „Human Resources Due-Diligence“ ist deshalb bei einem Betriebsübergang, einer Übernahme oder einer Umstrukturierung zur Risikominimierung unbedingt zu empfehlen.

¹⁷ BAG, Urteil v. 18.08.2005, 8 AZR 532/04.

¹⁸ BAG, Urteil v. 16.05.2002, 2 AZR 292/01; EzA § 2 KSchG Nr. 46.

¹⁹ BAG, Urteil v. 18.05.2005, a.a.O.

²⁰ Vgl. Schiefer, DB 2003, 390 ff.; Melms, NZA 2002, S. 296 ff.

²¹ Neef, a.a.O., S. 84/85.

Betriebliche Altersversorgung: Bei Gestaltungsfehlern ist Sozialhilfe vorprogrammiert

Rechtsanwalt Johannes Fiala*, München

Findige bAV-Unternehmensberatungen bewerben einen Pensionszusagencheck: „Gerne übernehmen wir für Sie die fachgerechte Prüfung von Pensionszusagen. Dabei stellen wir zusätzlich sicher, dass häufige in der Praxis vorkommende Mängel (...) ebenfalls erkannt werden.“ Bei Bestellung erhält der Vermittler Fragebögen. Leider werden jedoch damit zentrale Risiken nicht erkannt, denn die Praxis erfordert mehr als zig Standardfragen, vielmehr ist Einzelfallprüfung aller Akten angesagt. Dazu ein paar Beispiele aus der Praxis:

Sozialhilfeantrag nach Pensionscheck

Ein Kunde betreibt eine kleine GmbH. Mit Pensionszusage angestellt sind ein GGF und seine Ehefrau. Andere Mitarbeiter und die mitarbeitende Tochter besitzen keine Pensionszusagen.

Unternehmensberater U. lässt sich vom Vermittler die Unterlagen zur Prüfung vorlegen. Alles O.K. denken U., der Vermittler, und der Kunde. Leider ein Irrtum.

Als der Kunde in die Insolvenz fällt, stellt sich heraus, dass es zahlreiche Pensionszusagen und Verpfändungen gibt, nur leider sind diese widersprüchlich und unvollständig und die etwa 30 Rückdeckungsversicherungen teilweise bereits aufgelöst. Der Kunde stellt fest, dass der Unternehmensberater leider nur ein Teil der Akten vom Steuerberater zur Prüfung bekommen hatte. Ohne Pension muss der GGF nun leider Sozialhilfe beantragen.

Prozessfinanzierer

Der Kunde kann keine Pension bei der insolventen GmbH durchsetzen. Mehrere Prozessfinanzierer sagen ohne weiteres zu, nachdem vor allem weder der fröhliche Unternehmensberater noch der Steuerberater nach Auskunft des örtlichen Amtsgerichtspräsidenten eine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz besitzen. Der vom Unternehmensberater „eingespannte“ Vermittler ist entsetzt. Auch er soll haften, obwohl er doch nur den Fragebogen ausgefüllt und das Ergebnis mit dem Kunden besprochen hatte. Dennoch kein Wunder, denn schließlich hatte er einen Teil der Vergütung erhalten und das persönliche Vertrauen des Kunden in Anspruch genommen – als bAV-Experte verkauft man schließlich besser.

Hinterlegung

Nicht minder problematisch stellt sich die Pensionszusage beim Unternehmensverkauf und bei vorweggenommener Erbfolge dar. Wenn der Unternehmenskäufer später Mängel in den Raum stellt oder es zum Streit in der Familie mit den Erben kommt, hängt der GGF nebst Partner bei der Pensionszusage „am Tropf seiner früheren“ GmbH. Wenn es zum Streit kommt, friert die GmbH einfach die Pensionszahlungen ein. Jetzt kommt der GGF auf die Idee, sein Pfandrecht geltend zu machen, aber wieder wird daraus nichts: Der Versicherer wird sich kaum in den Streit mit der GmbH einmischen, und schlicht beim Amtsgericht hinterlegen. GGF und GmbH können sich dann in aller Ruhe streiten, und das kann dauern.

Ähnlich verhalten sich Versicherer übrigens, wenn es zum Streit zwischen GGF und Insolvenzverwalter kommt. Klagen bis vor das „jüngste Gericht“, sprich die letzte Instanz, können dauern: 10 Jahre Verfahrensdauer kann verfassungsgemäß sein. Der Praktiker nennt dies den „Justizkredit“.

Sozialhilfeantrag nach Sozialversicherungscheck

Der Kunde hatte seinerzeit auch einen Sozialversicherungscheck, über den Vermittler bei der Unternehmensberatung beauftragt. Die fachkundigen Checklisten wurden bearbeitet, das Textbaustein-Gutachten führte zum gewünschten Erfolg. Der GGF und seine Ehefrau erhielten kräftige Rückzahlungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung – und der Vermittler eine Provision aus der anschließenden Geldanlage.

Doch nun stellt sich heraus, dass die Beratung lückenhaft war – für die Eheleute hätten sich durch freiwillige Beiträge und andere gestalterische Maßnahmen erhebliche Vorteile ergeben.

Wäre richtig beraten worden, könnte die Ehefrau früher als mit 65 eine Vollrente beziehen. Auch der GGF könnte, nachdem er vor der Insolvenz invalide geworden war, eine Vollrente beziehen – wenn er denn korrekt beraten worden wäre. Beide hätten damit (auch wenn es nicht in der Pensionszusage steht) aus gesetzlichen Gründen zudem ihre Pension früher

* M.B.A. (Univ. Wales), M.M. (Univ.), geprüfter Finanz- und Anlageberater (A.F.A.), EG-Experte (C.I.F.E.), Bankkaufmann; www.fiala.de

als zugesagt, zusätzlich zu einer gesetzlichen Rente beziehen können.

Der Steuerberater ist überrascht, der Vermittler entsetzt: In seinen Hochschulunterlagen zur Ausbildung als Finanzplaner, sucht er vergebens nach den Feinheiten der Sozialversicherung und den gestalterischen Details im Zusammenhang mit der bAV.

Kein Arbeitslosengeld trotz Sozialversicherungscheck

Doch es kommt noch besser – die Tochter ist von der Insolvenz ebenfalls betroffen, der Insolvenzverwalter kündigt ihr. Kein Problem denkt sie, und meldet sich beim Arbeitsamt.

Dieses antwortet sinngemäß „Vielen Dank für Ihren Antrag, den wir hiermit ablehnen“, denn sie war nach Prüfung durch das Arbeitsamt „versicherungsfrei“. Schließlich bekommt sie keine Leistungen, lediglich für vier Jahre ihre Beiträge erstattet (aber erst auf Antrag). Auch in solchen Fällen haftet der Steuerberater, wie das LG Köln bereits vor Jahren einmal entschieden hatte (Az. 16 O 6/93).

Königswege

Ausgangspunkt jeder Gestaltung ist die Analyse. Das Unterfangen mit Checklisten durch einen Vermittler die Pensionszusage prüfen zu lassen, gleicht einem Patienten der sich von der Krankenschwester am Herzen operieren lassen würde.

Auch beim Arzt beginnt eine Behandlung nach einer persönlichen Untersuchung und Beratung. Das kostet Zeit, denn Checklisten können kaum alle denkbaren Fälle abbilden, vor allem nicht, wenn es um existentielle komplexe Rechts- und Steuerfragen geht.

Dann stellt sich die Frage nach den Finanzen, und hier vor allem die nach der Risikostreuung. Als Vermittler sollten Sie sich vom Kunden unterschreiben lassen, dass die gesamte Altersvorsorge über einen einzigen Durchführungsweg zu gestalten, praktisch ein Klumpenrisiko bedeutet. Wer setzt schon bewusst alles auf eine Karte?

Vor allem, wenn der Kunde auch unterschreiben muss, dass die optimistischen Werbesprüche über den Insolvenzschutz der Pensionszusage verkäuferischem Wunschdenken entspringen und wenig mit der Praxis zu tun haben.

Im Einzelfall muss der Kunde entscheiden, wie viel Insolvenzschutz gewünscht wird. Es gibt ja auch Kunden, die es sich buchstäblich leisten können, darauf zu verzichten.

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht	Seite		Seite
328. Abmahnung, Maßregelungsverbot	212	349. Gratifikation; Geschäftsgrundlage; Existenz- gefährdung; Vertrauensschutz in Fortbestand BAG-Rechtsprechung; betriebliche Übung	222
329. Betriebsübergang, Weiterbeschäftigungsan- spruch, Zuordnung zu einem Betriebsteil, Ver- wirkung der Weiterbeschäftigung	212	350. Arbeitnehmerhaftung, gesamtschuldnerische Haftung von Mittätern, Gehilfen und Neben- tätern	228
330. Sonderzuwendung, Unklarheitenregel	215	351. Aufrechnung, rechtsmissbräuchliche – Aufhe- bungsvereinbarung	228
331. Fälligkeit von Vergütung, Zinsen	215	352. Allgemeine Geschäftsbedingungen, Transpa- renzgebot, Firmenangehörigenrabatt	228
332. Abmahnung; Rechtsanwalt, Weitergabe von dienstlichen Unterlagen	215	353. Beschäftigungsverbot, ärztliche Schweigepflicht, Beweiswert	229
333. AGB-Kontrolle, Verlängerung Ausbildungsver- trag; Verzugszinsen	216	354. Betriebliche Altersversorgung, Witwenrente, Frei- todklausel	229
334. Statusfeststellung, Freier Mitarbeiter, Anstel- lungsverhältnis Zahnärztin	216	355. Arbeitszeit, Lage der –; Leistungsbestimmung; Personensorgepflichten	231
335. Lohnzahlungsansprüche, Statusänderung, Weg- fall der Geschäftsgrundlage	217	356. Bewilligungsanspruch schwerbehinderter Men- schen, Wiedereingliederung	231
336. Hochschulbefristungsrecht, Rückwirkung, Rechts- staatsprinzip	218	357. Direktionsrecht, Arbeitszeit, billiges Ermessen	231
337. Betriebsrenten, betriebliche Übung, Freiwillig- keitsvorbehalt	219	358. Geschäftsführer, Abberufung eines –; Abfindung	231
338. Annahmeverzug, Beschäftigungsverbot, Berg- bau, Vorsorgeuntersuchung	219	359. Arbeitsvermittlung; Vermittlungsgebühren, Rück- erstattung von Pauschalvergütung	231
339. Betriebsübergang, Widerspruch	220		
340. Betriebliche Übung, Geschäftsgrundlage, Werks- busverkehr	220	Kündigungsrecht	
341. Arbeitsverhältnis, Ruhen des; ununterbrochener Bestand	221	360. Schwerbehinderteneigenschaft, Nachweispflicht gegenüber Arbeitgeber	232
342. Mutterschaftsgeld, Zuschuss	221	361. Ordentliche Kündigung, Abwicklungsvertrag, Aufhebungsvertrag, Auslegung, Umdeutung	233
343. Beschäftigungszeit, Unverfallbarkeitsfristen, zwi- schenbetriebliche Bauorganisation (ZBO)	221	362. Kündigungsschutz, Anwendbarkeit, Arbeitneh- mer, Kommanditist	234
344. Betriebsteilübernahme, Dienstleistungsvertrag, betriebsbedingte Kündigung	221	363. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Wegfall des Arbeitsplatzes eines Rechtsanwalts	235
345. Befristetes Arbeitsverhältnis, Missbrauch der Gestaltungsform, Konzernschwester, Leiharbeit- geber	221	364. Kündigung, betriebsbedingte –; Betriebsüber- gang, Erwerberkonzept, konkretes	235
346. Bonuszahlung, Freiwilligkeitsvorbehalt	221	365. Kündigung, außerordentliche –; Konkurrenzstätig- keit	236
347. Ausbildungsverhältnis; Arbeitsverhältnis, Über- nahme in; Schadenersatzanspruch	221	366. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsratsanhö- rung, subjektive Determinierung, Nachschieben von Kündigungsgründen	237
348. Wettbewerbsverbot; Karenzentschädigung; Über- brückungsgeld, Anrechnung	222		

	Seite		Seite
367. Kündigung, Schwerbehinderung, Nachweis der Schwerbehinderung, Auslegung	239	390. Betriebsrat, Zustimmungsverweigerung, unvollständige Information	253
368. Kündigung, außerordentliche, Berufsausbildungsverhältnis	240	391. Sachverständiger, Erforderlichkeit	253
369. Unverzügliche Meldung bei Agentur für Arbeit, Schadenersatzanspruch, Hinweispflicht, Verletzung der Hinweispflicht	242	392. Verhaltenskodex; Unternehmensethik; Ordnung des Betriebes, Verhalten der Arbeitnehmer; Gesamtbetriebsrat, Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats	254
370. Prozessbeschäftigung, Kündigung, Zweckbefristung	243	393. Betriebsrat, Schulungsveranstaltung, Androhung arbeitsrechtlicher Sanktionen, Unterlassungsanspruch	258
371. Nichtverlängerungsmittelteilung, Arbeitgeberfunktion	244	394. Kostenübernahme, externer Berater, Betriebsänderung	258
372. Kündigung, krankheitsbedingte; Wirbelsäulenleiden, Umgestaltung des Arbeitsplatzes	244	395. Betriebsratsmitglied, freigestelltes –; Abmeldepflicht; Verlassen des Betriebes	258
373. Kündigung, Sozialauswahl, Betriebsvereinbarung, Arbeitszeitverkürzung	245	396. Betriebsrat, Restmandat	259
374. Beschwer, Auflösungsantrag, Abfindungshöhe	245	397. Betriebsrat; Schulungsveranstaltung, Erforderlichkeit der –	260
375. Sonderkündigungsschutz Betriebsratsmitglied, Ersatzmitglied, außerordentliche Kündigung, Abmahnung	246	398. Betriebsrat, Betriebsübergang, Restmandat, Widerspruch	260
376. Kündigung, außerordentliche, Abmahnung	246	399. Mitbestimmung, Eingruppierung	261
377. Weiterbeschäftigung, Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses nach Teilurteil	247	400. Betriebsrat, Anhörung, Mängel	261
378. Anwendbarkeit Kündigungsschutzgesetz	247	401. Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, zugänglich machen	261
379. Weiterbeschäftigung, Änderungskündigung, Rechtsmissbrauch	247	402. Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungs-/Rückkehrzusage	262
380. Massenentlassung; Arbeitnehmerüberlassung, unerlaubte; Nachteilsausgleich	248	403. Gemeinsamer Betrieb, Betriebsrat, einheitliche Leitung im Konzern	262
381. Kündigungsschreiben, Vollmacht	248	404. Rechtsanwaltskosten, Sachverständiger, Abgrenzung	262
382. Vergütungsanspruch, Vergleich, Auslegung	248	405. Betriebseinschränkung, Schwellenwert	263
383. Kündigung außerordentliche, hilfsweise ordentliche, Suchterkrankung (Heroin)	249	406. Betriebsrat, Einblick in Bruttolohn- und Gehaltslisten	263
384. Außerordentliche Änderungskündigung, Zumutbarkeit	250	407. Beschlussfassung, Betriebsrat, Interessenkollision, Ehepartner	263
385. Besonderer Kündigungsschutz, Elternzeit	251	408. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Beschlussverfahren, Gesamtbetriebsrat, Videoüberwachungsanlage	263
386. Änderungskündigung, Treu und Glauben	251	409. Personalvertretungsrecht, Anordnung von Überstunden, Mitbestimmung bei Gruppe von Beschäftigten, Unvorhersehbarkeit, Erfordernisse des Betriebsablaufs	264
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht			
387. Parteifähigkeit des Betriebsrates; Unterlassungsansprüche gegen Betriebsrat im Urteilsverfahren, Beschwerderecht	251		
388. Freistellungsanspruch, Aufsichtsratsmitglieder, Schulungsveranstaltung	251	Tarifvertragsrecht	
389. Einigungsstelle, Beisitzer, Vergütung	253	410. Ortszuschlag, häusliche Verbindung, Auslegung	265

	Seite		Seite
411. Übergangsgeld, Betriebsrente	265	429. Arbeitnehmerähnliche Person, stille Beteiligung, Hausmeister, Wahlfeststellung	274
412. Schadenersatz Ausschlussklausel, Maßregelungsverbot, Auslegung	265	430. Sachurteilsvoraussetzungen; Prüfungsreihenfolge der –; Rechtsweg; Prozessführungsbefugnis	274
413. Ortszuschlag, Umstellung, Tarifvertrag	267	431. Prozesskostenhilfe, Kündigungsantrag, allgemeiner Feststellungsantrag	275
414. Eingruppierung, Zulage, Aufrückungszulage, Funktionszulage	268	432. Rechtsweg, Widerklage, Kündigung, GmbH-Geschäftsführer	275
415. Korrigierende Rückgruppierung, Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers, Irrtum bei der Eingruppierung	268	433. Prozesskostenhilfe, mutwillige Klage, Weiterbeschäftigung	275
416. Übergangsgeld, Anwartschaft, Versorgungsrente	270	434. Prozesskostenhilfe; Bausparvertrag; Vermögen, einzusetzendes	276
Sonstiges			
417. Nachträgliche Zulassung, Kündigungsschutzklage, Verschulden eines Prozessbevollmächtigten	270	Streitwerte und Gebühren	
418. Beschleunigungsgrundsatz, Kündigungsschutzverfahren, Aussetzung	271	435. Nachteilsausgleich, Hilfsantragsbewertung	276
419. Aussetzung, gesetzlicher Richter, Annahmeverzug, mündliche Verhandlung, pflichtgemäßes Ermessen	271	436. Gegenstandswert, Nachteilsausgleich, Hilfsantrag, Hauptantrag	276
420. Pfändung in Arbeitseinkommen, US-amerikanische Pfändungsverfügung, internationale Zuständigkeit, Hinterlegung	271	437. Beschlussverfahren, Gegenstandswerte, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	277
421. Verfassungsbeschwerde, Willkürverbot, Rechtsstaatsprinzip	272	438. Beschwerdeverfahren, Prozessführungsbefugnis, Kosten	277
422. Arbeitnehmerhaftung, Haftungsfeststellungsklage	272	439. Streitwert, variable Vergütung	277
423. Beweislast, Umkehr der –; Arbeitslohn	272	440. Gegenstandswert, Klageerweiterung, Streitgegenstand, identische Begründung	277
424. Empfangsbekanntnis, unrichtiges Datum	273	441. Streitwert, Änderungskündigung, dreifacher Jahresbetrag	278
425. Sofortige Beschwerde, Beschwerdewert, RVG, Anwendbarkeit, Rechtsmittelbelehrung – unrichtige	273	442. Eingruppierungsklage; Streitwert; Feststellungsantrag, ohne Abschlag	278
426. Prozesskostenhilfe, Anwaltsbeordnung, maßgeblicher Beurteilungszeitraum, nachträglich unzulässig gewordene Änderungsschutzklage	273	443. Einigungsgebühr, Kündigung, Rücknahme der	278
427. Rechtsmittel; Vollstreckbarkeit, Ausschluss der Vollstreckbarkeit	273	444. Terminsgebühr, nicht rechtshängige Ansprüche, Prozesskostenhilfe	278
428. Zulässigkeit der Klage, Stellenpool, Versetzung	273	445. Streitwert Kündigungsschutzklage, Klageerweiterung, 2. Kündigung, wirtschaftliche Einheit	279
		446. Beschlussverfahren, Gegenstandswert, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch	279
		447. Einigungsgebühr; Kündigung, Rücknahme der Kündigung	280

Allgemeines Vertragsrecht

Allgemeines Vertragsrecht

328. Abmahnung, Maßregelungsverbot

1. Eine Abmahnung ist als rechtswidrige und unwirksame Maßregelung nach § 612 a BGB aus der Personalakte zu entfernen, wenn die Abmahnung im Zusammenhang mit der zwangsweise erforderlichen Durchsetzung eines Weiterbeschäftigungsurteils ausgesprochen wird.

2. (...) Im Übrigen zeigt allein der Umstand, dass die Beklagte fast fünf Monate lang nicht bereit war, dem Weiterbeschäftigungsurteil des Arbeitsgerichts nachzukommen und sie erst mit der Verhängung eines Zwangsgeldes dazu angehalten werden musste, dieses Urteil zu befolgen und den Kläger wieder als Küchenleiter zu beschäftigen, wie angebracht (und der Sache nach richtig) dessen Hinweis auf eben diese Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung seines Beschäftigungstitels war. Deswegen und vor dem Hintergrund der – unstreitigen – Äußerung des Geschäftsführers der Beklagten, „Küchenleiter werde Sie bei mir nicht mehr!“, dürfte sich die Abmahnung vom 06.10.2004 letztlich im Übrigen auch schon als rechtswidrige und damit unwirksame Maßregelung im Sinne des § 612 a BGB darstellen. Das gesamte Verhalten der Beklagten in den letzten Monaten macht nämlich deutlich, dass sie eben auf keinen Fall gewillt war (und ist), das – zudem gerichtliche festgestellte – Recht des Klägers auf weitere arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung (als Küchenleiter) im Pflegeheim H. und dessen tatsächliche Durchsetzung zu akzeptieren.

■ Arbeitsgericht Minden

vom 28. Juni 2005, 1 (4) Ca 2101/04

eingereicht von Rechtsanwalt Joachim Schramm, Lange Straße 2, 32312 Lüneburg, Tel.: 05741/10-18 o. -19, Fax: -4331

Anmerkung:

S. zum Thema auch *Jung*, in AE 2004, 136 f.

329. Betriebsübergang, Weiterbeschäftigungsanspruch, Zuordnung zu einem Betriebsteil, Verwirkung der Weiterbeschäftigung

1. Die Zuordnung eines Direktors für Personal- und Materialwesen zu einem im Rahmen eines Betriebsübergangs übergehenden Betriebsteiles richtet sich nach der konkreten Organisation des Betriebes und der Art der von ihm ausgeführten Tätigkeiten.

2. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung beim Betriebserberwerber ist nicht dadurch verwirkt, dass der Anspruch auf Beschäftigung nicht unverzüglich nach Betriebsübergang geltend gemacht wurde.

3. (...) Der Kläger kann von der Beklagten seine Beschäftigung in deren Betrieb mit den Aufgaben des Direktors des Personalwesens und Materialwesens verlangen.

Der Anspruch beruht auf dem Arbeitsvertrag, der zwischen dem Kläger und der Firma bestand. Die Arbeitgeberrechte

und -pflichten aus diesem Vertrag sind in Folge der Betriebsübernahme auf die Beklagte übergegangen. Geht nämlich ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein (§ 613 a Abs. I BGB). Dies gilt auch im Fall einer Betriebsveräußerung durch einen Insolvenzverwalter (BAG v. 18.11.2003 – 9 AZR 347/03 –). (...)

Die Beklagte hat mit Wirkung vom 01.01.2003 vom Insolvenzverwalter, dem die Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Firma zustand, zwei Betriebe übernommen, nämlich den Betrieb in (...), zu dem damals ca. 180 Arbeitnehmer gehörten, und den Betrieb in (...), zu dem ca. 460 Arbeitnehmer gehörten; von dem gesamten Betrieb ist zugleich ein Teil, der Anlagenbau, zu dem ca. 150 Arbeitnehmer gehörten, abgetrennt und auf eine andere Gesellschaft übertragen worden. In Folge dieser – unstreitigen – Betriebsübernahme ist die Beklagte in die Rechte und Pflichten der Arbeitgeberin gegenüber dem Kläger eingetreten. Das Arbeitsverhältnis des Klägers bestand noch zur Zeit der Betriebsübernahme und es war noch den übernommenen Betrieben zugeordnet.

Das mit der Firma begründete Arbeitsverhältnis des Klägers bestand noch am 01.01.2003. Es war zwar vorher vom Insolvenzverwalter zum 30.11.2001 gekündigt worden. Die Kündigung hat sich jedoch anschließend im Kündigungsschutzprozess als unwirksam herausgestellt. Es war in jenem Prozess vom Arbeitsgericht aufgelöst worden zum 30.11.2001 (nach § 9 KSchG). Diese Entscheidung ist jedoch nicht rechtskräftig geworden und später vom Berufungsgericht durch Urteil vom 08.01.2004 abgeändert worden.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers war am 01.01.2003 noch den von der Beklagten übernommenen Betrieben zugeordnet.

Grundsätzlich geht das Arbeitsverhältnis eines Leiters einer Zentralabteilung nicht über, wenn ein – auch wesentlicher – Betriebsteil ohne die Zentralabteilung auf einen Erwerber übertragen wird (BAG AP Nr. 170 zu § 613 a BGB). Die Beklagte beruft sich darauf, indem sie vorträgt, dass der Kläger hauptsächlich Aufgaben wahrgenommen habe, die nicht zum übernommenen Betrieb gehört hätten, nämlich die Betreuung des Projekts (...), die des Projekts (...), die Beschaffung von Haushaltshilfen für den geschäftsführenden Gesellschafter, die Aufgaben des Vorsitzenden des Verwaltungsrats der Betriebskrankenkasse und des Mitglieds des Verwaltungsrats des Landesverbandes der Betriebskrankenkassen sowie die Renovierung und Vermietung des sogenannten Herrenhauses an die Betriebskrankenkasse.

Durch die Befassung mit diesen Aufgaben war jedoch das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht von den Betrieben, die die Beklagte übernommen hat, losgelöst. Die Arbeiten in und für die Betriebskrankenkasse sind als betriebliche Tätigkeiten anzusehen. Die Betriebskrankenkasse ist, wie der Name schon zeigt, eine betriebliche Einrichtung. Daran hat sich auch durch die neuerdings mögliche Aufnahme von Mitgliedern, die nicht zur Belegschaft des Betriebes gehören, nichts geändert. Sie ist

weiterhin eine Einrichtung für die Arbeitnehmer des Betriebes. Der Personalchef des Betriebes hat mit auf diese Einrichtung zu achten. Die Beschaffung von Haushaltshilfen für den Geschäftsführer war eine Kleinigkeit, die neben den arbeitsvertraglichen Aufgaben erledigt werden konnte und diese Aufgaben nicht berührte. Die Betreuung der Projekte war, wie aus dem Begriff „Projekt“ hervorgeht, eine vorübergehende Aufgabe. Wenn diese Projekte nicht zum betrieblichen Tätigkeitsbereich gehören – bei dem einen Projekt war das der Fall, bei dem anderen Projekt ist es zweifelhaft, braucht hier aber nicht aufgeklärt zu werden –, drängte die Arbeit des Klägers an diesen Projekten zwar die arbeitsvertraglich festgelegten Arbeiten zurück, ersetzte diese jedoch nicht. Die arbeitsvertraglichen Aufgaben des Personaldirektors würden nach Abschluss der Projekte wieder voll im Vordergrund stehen und konnten auch jederzeit, wenn nötig, den Vorrang einnehmen. Die dem Kläger übertragene Betreuung der Projekte änderte also an seinem arbeitsvertraglich bestimmten Aufgabenbereich nichts.

Der Kläger war auch nicht einer Zentralabteilung zugeordnet, die unabhängig von den Betrieben, die die Beklagte übernommen hat, bestanden hätte.

Die frühere Betriebsinhaberin, hatte ihr Unternehmen, zu dem die Betriebe in (...) und (...) gehörten, nicht so organisiert, dass die Unternehmensleitung in einem eigenen Bereich, getrennt von den Tätigkeiten der Betriebe wahrgenommen worden wäre. Die Mitglieder des Unternehmensführungskreises, zu dem der Kläger gehörte, bildeten keine von den Betrieben losgelöste selbständige Einheit. Der Kläger hatte keine reine Stabsfunktion inne, sondern hatte als Direktor des Personalwesens, dem die beiden örtlichen Personalleiter in (...) und (...) unterstellt waren, und später auch als Direktor des Materialwesens unmittelbar betriebliche Aufgaben zu erfüllen. Er unterschrieb Arbeitsverträge und Kündigungen, er verhandelte mit dem Betriebsrat und schloss mit ihm Betriebsvereinbarungen. Er führte Verhandlungen mit Energie-Versorgungsunternehmen. Damit war er nicht nur mit Unternehmensplanung und strategischer Ausrichtung, sondern auch mit Arbeiten, die zum Tagesgeschäft im Betrieb gehörten, betraut. Wenn für den Kläger, wie die Beklagte vorträgt, im Betrieb nicht viel zu tun war, ist das unerheblich. Es gibt Positionen, in denen die zu leistende Arbeit auf andere delegiert werden kann. Gewöhnlich sind sie mit größerer selbständiger Entscheidungsbefugnis und höherer Verantwortung im Sinne des Einstehen-Müssens für das Ergebnis verbunden. Für die Zuordnung zum Betrieb ist eine solche Eigenart der Position ohne Bedeutung.

An der Zuordnung der Position hat sich in der Zeit, während der der Insolvenzverwalter den Betrieb fortführte, rechtlich nichts geändert. Zwar hat der Insolvenzverwalter den Betrieb verkleinert. Er hat nicht nur dem Kläger, sondern auch einer Reihe anderer Arbeitnehmer gekündigt. Die Aufgaben des Klägers hat er so verteilt, dass die Arbeit des Klägers für den Betrieb nicht weiter erforderlich war. Die Beklagte weist auf

einen Satz im Berufungsurteil im Kündigungsschutzprozess hin, der lautet: „Zutreffend ist insoweit, dass durch die erfolgte Umstrukturierung der ursprüngliche Arbeitsplatz des Klägers als Direktor des Personal- und Materialwesens entfallen ist.“ Gleichwohl gehört der Kläger noch zum Betrieb. Ein Betrieb ist eine organisatorische Einheit von Sachen und Rechtsbeziehungen. Die Rechtsbeziehung zum Kläger aber bestand zur Zeit der Betriebsübernahme am 01.01.2003 noch. Der Arbeitsvertrag war weder durch die zum 30.11.2001 ausgesprochene Kündigung noch durch das nicht rechtskräftig gewordene Gestaltungsurteil des Arbeitsgerichts zum 30.11.2001 aufgelöst worden.

Eine Veränderung der Zuordnung des Klägers hatte der Insolvenzverwalter nicht vorgenommen. Er hatte keinen eigenständigen Betriebsteil „übergeordnete Leitung“ oder eigenständigen, von den Betrieben getrennten Bereich „Unternehmensleitung“ gebildet und den Kläger dorthin zugeordnet. Eine solche Zuordnung hätte einer, ausdrücklichen oder konkludenten Zuordnungsentscheidung bedurft, die ggf. durch Zuweisung von Tätigkeiten hätte erfolgen können (BAG AP Nr. 256 zu § 613 a BGB am Ende). Der Insolvenzverwalter hat eine solche Entscheidung nicht getroffen und weder durch mündliche Erklärung noch durch Zuweisung von bestimmten Tätigkeiten zum Ausdruck gebracht. Die Kündigung ersetzt nicht eine Zuordnung zu einem Betriebsteil oder Unternehmensbereich. Durch sie wird lediglich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und somit auch der Arbeit angestrebt, nicht dagegen die Eingliederung in einen anderen Betriebsteil oder die Übertragung überbetrieblicher Unternehmensaufgaben. Eine Suspendierung von der Arbeitspflicht ist keine betriebsverfassungsrechtlich mitbestimmungspflichtige Versetzung (BAG AP Nr. 11 zu § 174 BGB). Ebenso ist eine Kündigung keine Zuordnung aus einem Betrieb heraus anderswohin.

Der Zuordnung des Klägers zu den von der Beklagten übernommenen Betrieben steht nicht entgegen, dass die Beklagte den Betrieb nicht vollständig, sondern nur ohne den Teil der Konstruktion von Maschinen und Anlagen übernommen hat, der Aufgabenbereich des Klägers aber beide Betriebsteile umfasste.

Wenn nicht ein ganzer Betrieb, sondern nur ein Betriebsteil übertragen werden soll, während der andere Teil beim alten Betriebsinhaber verbleiben oder an einen anderen Erwerber übergeben werden soll, hat der alte Betriebsinhaber die Betriebsteile so zu formen, dass sie für sich übertragungsfähig sind, und hat dabei insbesondere die Arbeitsplätze für zentrale Aufgaben, wenn diese Arbeitsplätze nicht in einer selbständigen Zentralabteilung zusammengefasst sind oder zusammengefasst werden sollen, den einzelnen Teilen zuzuordnen. Wenn er das nicht getan hat, weil er beispielsweise irrtümlich der Ansicht gewesen ist, ein früherer Arbeitsplatz sei schon länger nicht mehr vorhanden und das Arbeitsverhältnis mit dem letzten Stelleninhaber sei bereits beendet, muss die Zuordnung nachträglich vorgenommen werden. Das muss allein nach objektiven Gesichtspunkten geschehen und nicht

Allgemeines Vertragsrecht

nach einer mutmaßlichen Zuordnungsentscheidung des früheren Betriebsinhabers oder nach dessen früheren oder späteren Wünschen. Denn der Übergang des Arbeitsverhältnisses ist eine Rechtsfolge, des objektiven Vorgangs der Betriebsteil-Übernahme.

Bei Berücksichtigung dieser objektiven Gesichtspunkte wäre eine Teilung des Arbeitsverhältnisses entsprechend der Betriebsteilung die nächstliegende Möglichkeit. Es entsteht dann ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis mit dem einen Betriebsteil-Übernehmer und komplementär ein zweites Teilzeit-Arbeitsverhältnis mit dem Inhaber des anderen Betriebsteils. Dieser Möglichkeit stehen jedoch erhebliche Hindernisse entgegen, z. B. bei der Abstimmung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit und bei der Einhaltung von Wettbewerbsverboten, sodass sie ausscheidet.

Es bleibt dann nur die Möglichkeit, das nicht vorher zugeordnete Arbeitsverhältnis dem größeren der Betriebsteile zuzuordnen. Für den Erwerber des größeren Teils kommt dann eine Anpassung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung, notfalls im Wege der Änderungskündigung, an die Größe des übernommenen Betriebsteils infrage.

Demgemäß gehört das Arbeitsverhältnis des Klägers zu den von der Beklagten übernommenen Betrieben. Der Betrieb und der übernommene ist Teil mit insgesamt ca. 640 Arbeitnehmern deutlich größer als der nicht übernommene Teil, zu dem ca. 150 Arbeitnehmer gehörten.

4. Das Recht zur Geltendmachung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten ist nicht verwirkt.

Die Geltendmachung eines Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer kann zwar wie jeder andere Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis verwirkt werden (BAG v. 8.08.2002 – 8 AZR 583/01 – ; vom 20.05.1988 – 2 AZR 711/87 – AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozessverwirkung). Der Anspruch ist verwirkt, wenn, der Anspruchsberechtigte erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums den Anspruch erhebt (Zeitmoment) und dadurch beim Verpflichteten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, er werde nicht mehr in Anspruch genommen (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (BAG vom 22.07.2004 – 8 AZR 394/03 – BB 2005, 216 m. w. N.).

Allerdings hat der Kläger den Übergang seines Arbeitsverhältnisses erst lange Zeit nach der Betriebsübernahme geltend gemacht. Die Beklagte hat den Betrieb zum 01.01.2003 übernommen. Der Kläger hat sich erst mit Anwaltsschreiben vom 08.04.2004 an die Beklagte gewandt und sie aufgefordert, ihn zu beschäftigen. Bedenkt man, dass für den umgekehrten Fall, dass ein Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen will, eine Frist von einem Monat gilt, wird deutlich, dass hier die Zeit von 15 Monaten, die der Kläger mit der Geltendmachung gewartet hat, ein sehr langer Zeitraum ist.

Es ist jedoch nicht erkennbar, dass und inwiefern bei der Be-

klagten ein Vertrauenstatbestand, sie werde vom Kläger nicht mehr in Anspruch genommen werden, entstanden wäre und ihr deshalb die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nach den Regeln von Treu und Glauben nicht zumutbar wäre. Es mag zwar sein, dass die Beklagte, wie sie vorträgt, völlig überrascht war darüber, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Firma nicht aufgelöst gewesen sein könnte und der Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit ihr, der Beklagten, verlangen könnte. Dies Überraschtsein ist aber nicht dasselbe wie ein Vertrauenstatbestand, der für die Anerkennung von Verwirkung erforderlich ist. Hierzu gehört nämlich auch, dass sich die Partei darauf eingerichtet hat, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, und deshalb die späte In-Anspruch-Nahme nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist.

Die Beklagte aber hat, soweit erkennbar, keine Maßnahmen ergriffen, die auf dem Tatbestand beruhen, dass der Kläger die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nicht mehr geltend machen würde. Sie trägt in diesem Zusammenhang lediglich vor, dass die vorherige Position des Klägers bei Firma A. nicht mehr existent sei. Sie erklärt aber nicht, dass sie, im Vertrauen darauf, dass sich der Kläger nicht mehr bei ihr melden würde, diese Position abgeschafft oder etwa neu besetzt hätte oder dass sie, wenn sie noch mit dem Kläger gerechnet hätte, diesem früher vorsorglich gekündigt hätte oder sich in irgendeiner anderen Weise darauf eingestellt hätte.

Die Beklagte beruft sich für die Annahme der Verwirkung auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12.11.1998 – 8 AZR 265/97 – (AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung). Danach muss ein wirksam betriebsbedingt gekündigter Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebserwerber noch vor Ablauf der Kündigungsfrist oder zumindest unverzüglich nach Kenntniserlangung des Betriebsübergangs geltend machen. In der Begründung heißt es: „Mit dem Gebot der notwendigen Rechtsklarheit ist es nicht vereinbar, die Beteiligten über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsübernehmer noch nach Beendigung des durch Kündigung aufgelösten Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers zum Betriebsveräußerer im Unklaren zu lassen.“ Weiter wird ausgeführt: Der Senat habe den Fortsetzungsanspruch auch auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstreckt, um so ein wirksames, den europarechtlichen Vorgaben genügendes Mittel des Bestandschutzes bei Betriebsübernahmen zu gewährleisten. Der Zweck dieses Bestandschutzes rechtfertige jedoch keine Phasen vermeidbarer Ungewissheit über das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Betriebserwerber.

Diese Entscheidung betrifft einen Sachverhalt, der in einem entscheidenden Punkt abweicht von dem Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. Es ging in jenem Fall um die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis mit dem

bisherigen Betriebsinhaber wirksam gekündigt war, und einem Erwerber dieses Betriebes. Ein Anspruch eines solchen früheren Arbeitnehmers auf Abschluss eines Fortsetzungsarbeitsverhältnisses kann nur aus allgemeinen Regeln wie den Grundsätzen von Treu und Glauben und dem Arbeitnehmerschutz auch bei Betriebsübertragungen abgeleitet werden. Ein solcher Anspruch ist nicht eigenständig in einer besonderen Vorschrift im Gesetz begründet. Seine Voraussetzungen sind deshalb durch die Rechtsprechung zu erkennen und zu begrenzen. In diesem Zusammenhang hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass zu den Voraussetzungen gehöre, dass ein Fortsetzungsverlangen vom Arbeitnehmer erklärt werden müsse, und zwar bald, regelmäßig noch innerhalb der Kündigungsfrist und nur ausnahmsweise auch danach, aber nur unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis vom Betriebsübergang.

Im Verhältnis zwischen den Parteien geht es aber nicht um den Abschluss eines Vertrages über ein Fortsetzungsarbeitsverhältnis. Vielmehr ist hier ein nicht wirksam beendetes Arbeitsverhältnis auf die Beklagte als Betriebsübernehmerin übergegangen. Für einen solchen Fall gelten die oben genannten Grundsätze nicht (BAG vom 18.12.2003 – 8 AZR 621/02 – BB 2004, 1634).

Ob infolge der späten Geltendmachung einzelne früher fällig gewordene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis der Parteien verwirkt sind, ist hier nicht Streitgegenstand. Der Anspruch auf künftige Beschäftigung, den der Kläger mit der Klage verfolgt, ist nicht verwirkt.

■ **Arbeitsgericht Hameln**

vom 25. Januar 2005, 1 Ca 397/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: -43; E-mail: www.neef-schrader.de

330. Sonderzuwendung, Unklarheitenregel

Sagt ein Arbeitgeber eine Sonderleistung (hier: Weihnachtsgeld) zu, ohne weitere Voraussetzungen der Leistung, wie Bestand des Arbeitsverhältnisses am Auszahlungstag, zu benennen, muss er es nach der Unklarheitenregel hinnehmen, wenn der Arbeitnehmer davon ausgeht, dass allein eine zusätzliche Vergütung für die geleistete Arbeit innerhalb des Bezugszeitraums bezweckt wird und das Bestehen des Arbeitsverhältnisses am Auszahlungstag nicht erforderlich ist. Soll die Gewährung der Sonderleistung von bestimmten Voraussetzungen abhängig sein, müssen diese Voraussetzungen ausdrücklich und eindeutig sowie für den Arbeitnehmer überschaubar und klar geregelt werden (BAG, Urteil vom 14.6.1995 – 10 AZR 25/94 –).

■ **Arbeitsgericht Düsseldorf**

vom 15. Februar 2005, 6 Ca 7946/04, n.rk

eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek, Düsseldorfer

Straße 21, 40878 Ratingen, Tel.: 02102/71140–12, Fax: -47, E-mail: perlitz@matyssek-kirchmann.de

331. Fälligkeit von Vergütung, Zinsen

Soweit die Klägerin Zinsen bereits ab 01. des jeweiligen Folge-monats geltend macht, ist die Klage unbegründet. Fehlt eine vertragliche Regelung, ist gemäß § 614 BGB die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Die Fälligkeit einer monatlichen Lohnzahlung tritt demnach am 01. des Folge-monats ein, Verzug am darauf folgenden Tag. Ist einer dieser Tage ein staatlich anerkannter Feiertag, ein Sonnabend oder Sonntag, so tritt an dessen Stelle der nächste Werktag, § 193 BGB.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann die Klägerin Zinsen fordern für die Arbeitsvergütung.

Für Februar 2005 ab 02.03.2005, für März 2005 ab 04.04.2005, für April 2005 ab 03.05.2005, für Mai 2005 ab 02.06.2005, für Juni 2005 ab 04.07.2005, für Juli 2005 ab 02.08.2005.

■ **Arbeitsgericht Leipzig**

vom 18. August 2005, 16 Ca 2331/05

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

332. Abmahnung; Rechtsanwalt, Weitergabe von dienstlichen Unterlagen

1. Hat eine Arbeitnehmerin, die Mitarbeiterin des Bereichs Personalwesen einer Universitätsklinik AöR ist, eine vom Arbeitgeber als vertraulich bezeichnete Unterlage über ihre Stellung und Aufgaben bezüglich dem mitverwalteten Personalbereich der medizinischen Fakultät Universität erhalten, kann sie diese jedenfalls dann an den sie im Arbeitsrechtsstreit vertretenden Rechtsanwalt weitergeben, wenn sie das Dokument „auch in ihrer Eigenschaft als Mitarbeiterin von ihrem fachlich Vorgesetzten erhalten hat, und damit nicht nur im Rahmen der Erledigung ihrer Arbeitspflichten“.

2. (...) Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf Rücknahme der Abmahnung (BAG, Urteil vom 15.04.1999, NZA 1037 f.; *Linck*, in: *Schaub, Arbeitsrechtshandbuch*, 11. Auflage, § 61 Rn 70). Der Rücknahme- bzw. Widerrufsanspruch dient dem Schutz des betroffenen Arbeitnehmers vor einer anhaltenden Beeinträchtigung seiner Rechte. Neben dem Vorliegen entsprechender Rechtsverletzungen ist Voraussetzung hierfür, dass die Rechtsbeeinträchtigungen andauern und durch den begehrten Widerruf bzw. durch die Rücknahme auch beseitigt werden können. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Beklagte hat bislang noch nicht zu erkennen gegeben, dass sie den Inhalt der Abmahnung vom 18.10.2004 nicht zur Begründung späterer arbeitsrechtlicher Maßnahmen heranzieht oder die Klägerin hierdurch an ihrem beruflichen Fortkommen gehindert ist.

Allgemeines Vertragsrecht

■ Arbeitsgericht Leipzig
vom 21. April .2005, 16 Ca 8434/04, n.rk
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße
27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98642-0, Fax: -24,
e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

333. AGB-Kontrolle, Verlängerung Ausbildungsvertrag; Verzugszinsen

1. Eine Hebammenschülerin kann in analoger Anwendung von § 17 Abs. 2 Hebammengesetz i.V.m. § 20 Hebammengesetz die Verlängerung ihres Ausbildungsverhältnisses um ein Jahr verlangen, wenn sie schuldlos an den Prüfungen nicht teilnehmen kann. Daraus folgt, dass sich das ursprüngliche Ausbildungsverhältnis auf Antrag der Auszubildenden automatisch verlängert, d. h. zu unveränderten Bedingungen weitergeführt wird. Die Verlängerung gestattet dem Arbeitgeber nicht, die wesentlichen Vertragsgrundlagen zu Lasten der Auszubildenden zu ändern.

2. Eine Klausel in der Ausbildungsverlängerungsvereinbarung, wonach sich das Ausbildungsverhältnis entweder nach allgemeinen Vertragsbedingungen oder nach Tarifvertrag richtet, ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung aufgrund nicht klarer und verständlicher Bestimmungen unwirksam.

3. Der Zinsanspruch ist nur teilweise begründet. Rückständige Beträge sind in Höhe von 5 Prozentpunkten ab Rechtshängigkeit gem. § 288 BGB zu verzinsen. Im Übrigen ist der Zinsantrag unbegründet. Gemäß § 288 Abs. I BGB ist eine Geldschuld während des Verzuges zu verzinsen. Der Verzugszins beträgt für das Jahr 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Gemäß § 288 Abs. 2 BGB beträgt der Zinssatz 8 Prozentpunkte für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist. Der Gesetzgeber hat in § 13 BGB normiert, wer Verbraucher im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

Der Anspruch auf Ausbildungsvergütung resultiert aus dem abgeschlossenen Ausbildungsvertrag, d. h. aus einem Vertrag, durch den die Auszubildende auf eine unselbständige berufliche Tätigkeit vorbereitet werden soll. Damit ist die Klägerin Verbraucher i. S.v. § 13 BGB und der Zinsanspruch richtet sich nach § 288 Abs. I BGB (vgl. auch unter Bezugnahme auf weitere Nachweise *Gotthard*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 1. Auflage, München 2002, Rn 164 ff.). Der über 5 % hinaus gehende Zinsanspruch war daher abzuweisen.

Die Klägerin hat erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit ihrer Feststellungsklage Anspruch auf eine 5-%ige Verzinsung über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß §§ 291, 288 Abs. I BGB. Ein weiter gehender Zinsanspruch wegen Schuldnerverzugs der Beklagten nach §§ 284, 288 BGB scheidet am fehlenden Verschulden der Beklagten gem. § 285 BGB. Bei Eingruppie-

rungsfeststellungsklagen im öffentlichen Dienst ist in aller Regel ein Verschulden des Arbeitgebers nicht gegeben. Es ist davon auszugehen, dass nach der vorherrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre bei schwieriger und zweifelhafter Rechtslage der Schuldner auf die ihm günstige Rechtsauffassung vertrauen darf und zudem auch ein entschuldbarer Irrtum über die Rechtslage die Verzugsfolgen nicht eintreten lässt (vgl. BAG, Urteil v. 11. Juni 1997, AZ: 10 AZR 613/96). Mithin besteht ein Zinsanspruch erst ab Rechtshängigkeit der Feststellungsklage und nicht ab Fälligkeit, da ein Verschulden der Beklagten nicht gegeben ist.

■ Arbeitsgericht Leipzig
vom 2. Juni 2005, 20 Ca 814/05, n. rkr.
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße
27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; e-mail:
leipzig@advo-gross.de; www.leipzig@advo-gross.de

334. Statusfeststellung, Freier Mitarbeiter, Anstellungsverhältnis Zahnärztin

1. Auch wenn eine Zahnärztin vertraglich als „Freier Mitarbeiter“ bezeichnet ist, kann sie doch Arbeitnehmerin sein. Es ist nicht branchenunüblich, dass Zahnärzte im Angestelltenverhältnis beschäftigt werden.

2. (...) Die Kammer hatte keine Zweifel, dass die Klägerin hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Erbringung der Arbeitsleistung dem Weisungsrecht des Beklagten unterlag. Insofern gab es für die Ausübung ihrer Tätigkeit qualitativ gegenüber ihrem zunächst vereinbarten Status als angestellte Zahnärztin keine entscheidenden Veränderungen. Sie konnte nach wie vor ihre Tätigkeit schlechterdings nur in den Praxisräumen des Beklagten erbringen und hatte sowohl die Praxisöffnungszeiten als auch Abwesenheitszeiten des Beklagten zu beachten. Dass sie bei der Absprache von Patiententerminen eventuell eigene Terminwünsche mitberücksichtigen konnte, fällt demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht. Die Klägerin war auch vollen Umfangs in die Arbeitsorganisation des Beklagten eingebunden. Denn zum einen nutzte sie die vom Beklagten gestellten Praxiseinrichtungen und Materialien, zum anderen war die Erbringung der Arbeitsleistung nur in Absprache und im Zusammenwirken mit dem sonstigen vom Beklagten beschäftigten Personal (Empfang, Zahnarzhelferinnen) etc. möglich. Nach dem Verständnis der Kammer dokumentiert dies geradezu in klassischer Weise die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, wobei die Klägerin auch unstreitig wirtschaftlich fremdnützig tätig war, nämlich für Rechnung des Beklagten. Daran ändert auch die erfolgsabhängige Vergütung der Klägerin nichts.

Dass die Klägerin hinsichtlich der Behandlung der von ihr betreuten Patienten keinen fachlichen Weisungen durch den Beklagten unterlag, ist demgegenüber unschädlich. Denn die fachliche Weisungsgebundenheit ist für Dienste höherer Art nicht immer typisch. Die Art der Tätigkeit kann es mit sich bringen, dass dem Dienstverpflichteten ein hohes

Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit verbleibt (vgl. BAG AP Nr. 42, 60 zu 3 611 BGB Abhängigkeit; BAG, 16.2.1994, 5 AZR 402/93). Dies ist für zahnärztliche Behandlungstätigkeit ohne weiteres anzunehmen. Ebenso wenig vermochte die Kammer zu erkennen, warum es darauf ankommen kann, ob die Klägerin, was zwischen den Parteien streitig ist, kurzfristig auch für eine andere Zahnärztin tätig geworden ist. Dies wäre ihr sowohl nach dem Vertrag vom 13.10.1995 als auch als Arbeitnehmerin (Wettbewerbsverbot im bestehenden Arbeitsverhältnis) ohne Zustimmung des Beklagten untersagt gewesen.

Schließlich konnte die Kammer auch nicht erkennen, dass der Arbeitnehmerstatus für eine Zahnärztin etwa branchenüblich oder nicht sozialtypisch sein konnte. Dies ergibt sich schon aus dem Bescheid des zuständigen Zulassungsausschusses für Zahnärzte, durch den dem Beklagten ausdrücklich die Beschäftigung einer angestellten Zahnärztin bewilligt worden war. Vielmehr ist im Gegenteil eine Beschäftigung mit dem Status einer freien Mitarbeiterin auch mit diesem Bescheid nicht in Einklang zu bringen.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 15.09.1999, 24 Ca 82/99

eingereicht von Rechtsanwalt Mark Schönleiter, Tarpenbekstraße 132, 20251 Hamburg, Tel.: 040/467770–50, Fax: -51; e-mail: info@rechtsanwalt-schoenleiter.de

335. Lohnzahlungsansprüche, Statusänderung, Wegfall der Geschäftsgrundlage

Bei einer Statusänderung einer Freien Mitarbeiterin in eine Arbeitnehmerin wandelt sich der Honoraranspruch dann in einen Arbeitsentgeltanspruch, wenn kein anderer Wille der Parteien ermittelt werden kann.

(...) Die Klägerin kann vom Beklagten dem Grunde nach für die Monate Januar bis einschließlich Mai 1999 Zahlung einer Monatsvergütung von je DM 7.668,11 brutto, abzüglich erhaltener Nettobeträge verlangen.

Dabei geht die Kammer von folgenden Annahmen aus. Die Parteien befanden sich in einem gemeinsamen Rechtsirrtum, als sie das durch Vertrag vom 13.10.1995 tatsächlich fortbestehende Arbeitsverhältnis für ein freies Dienstverhältnis hielten. In einem solchen Fall richtet sich die Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen über den Wegfall (das Fehlen) der (subjektiven) Geschäftsgrundlage (vgl. BAG, Urteil vom 9. Juli 1986, AP Nr. 7 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage), wobei grundsätzlich eine Anpassung nicht für die Vergangenheit sondern nur für solche Zeiträume in Betracht kommt, die noch nicht abschließend auf der Basis des irrtümlich angenommenen Rechtsstatus abgerechnet sind. Welche Auswirkungen sich daraus auf die Bestimmung der Vergütungshöhe ergeben, wird unterschiedlich bewertet.

Das BAG geht davon aus, dass aus einer vereinbarten Honorarregelung nicht ohne weiteres folge, dass diese auch als das von den Parteien gewollte Arbeitsentgelt anzusehen sei (vgl.

BAG, 21.1.1998, AP Nr. 55 zu § 612 BGB; auch *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Auflage, § 8, Rn 31; Erfurter Kommentar-*Schlachter*, § 612 Rn 7), sondern jedenfalls dann, wenn ein anderer Wille der Parteien nicht feststellbar ist, die übliche Vergütung zu ermitteln und maßgeblich sei. Das LAG Berlin ist hingegen in der von der Klägerin zitierten Entscheidung der Auffassung, dass jedenfalls in dem Fall, dass eine bezifferte Honorarvergütung getroffen war, kein Raum für eine Vertragsanpassung nach den Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage bestehe, sondern wegen der sozialgesetzlichen Vorgaben diese sozusagen automatisch als die maßgebliche Bruttovergütung anzusehen sei (vgl. LAG Berlin, 8.6.1993, NZA 1994, 512).

Für die Kammer ergibt sich daraus Folgendes: Die Kammer geht davon aus, dass auch für die Vergütungshöhe zunächst grundsätzlich eine Regelungslücke anzunehmen ist, die durch Vertragsanpassung zu schließen ist. Dies wird in Wahrheit auch in der Entscheidung des LAG Berlin unterstellt und so gehandhabt, nämlich eine Anpassung in der Weise vorgenommen, dass der bisherige Honoraranspruch in einen Bruttogehaltsanspruch gleicher Höhe gewandelt wird. Dabei kommt es jedoch stets auf die Umstände des Einzelfalles an. Diese können durchaus dazu führen, dass ein vereinbarter Honoraranspruch dem anzunehmenden Bruttoarbeitsentgelt entspricht, ein Automatismus dieses Inhalts aber ebenso wenig wie stets auf die übliche Vergütung gegebenenfalls in Höhe des maßgeblichen Tarifgehalts abzustellen ist. Denn insbesondere dann, wenn die Parteien bei der Vereinbarung eines bestimmten Honorars bewusst Überlegungen darüber angestellt hatten, ob und dass der/die Dienstverpflichtete alleine für Kranken- und Rentenversicherung aufzukommen habe und genau deshalb das vereinbarte Honorar höher bemessen worden ist als ein sonst vereinbartes Arbeitsentgelt, ist dieser Umstand bei einer Vertragsanpassung zu berücksichtigen.

So liegt der Fall hier. Denn es ist hier der Ausnahmefall zu konstatieren, dass für die Kammer feststand, welche Vergütungshöhe die Parteien wollten, hätten sie den rechtlichen Status der Klägerin zutreffend bewertet. Denn dies hatten die Parteien selbst im schriftlichen Anhang zum Arbeitsvertrag, gültig ab 1.9.1995 fixiert, den sie sodann durch den freien Mitarbeitervertrag vom 13.10.1995, gültig ab 1.10.1995 abgelöst haben. Danach war zunächst vereinbart worden, dass die Klägerin eine erfolgsabhängige Vergütung („Jahrestantieme“) in Höhe von 25 % des von ihr erarbeiteten zahnärztlichen Honorars erhalten sollte. In dem dann folgenden „Freier Mitarbeiter-Vertrag“ haben die Parteien sodann u. a. die alleinige Belastung der Klägerin mit Kranken- und Rentenversicherung etc. erkennbar mit einer gegenüber der arbeitsvertraglichen Regelung um 5 Prozentpunkte höheren Umsatzbeteiligung honoriert. Damit mussten keine Spekulationen über den hypothetischen Willen der Parteien bei rechtlich richtiger Bewertung des Status der Klägerin angestellt werden, sondern die Kammer konnte und musste für die Vertragsanpassung hinsichtlich der Vergütungshöhe auf den schriftlich vereinbar-

Allgemeines Vertragsrecht

ten Anhang zum Arbeitsvertrag gemäß Anlage K10 zurückgreifen.

Auf dieser Basis errechnet sich die für die Klägerin maßgebliche Bruttomonatsvergütung wie folgt. Die Klägerin kann eine Umsatzbeteiligung von 25 % auf die von ihr erarbeiteten zahnärztlichen Honorare verlangen, bei einem monatlichen Fixgehalt von DM 4.000,00 für einen zugrunde gelegten Jahresumsatz von DM 192.000,00. Da der Arbeitsvertrag keine anderslautende Bestimmung enthält, handelt es sich sowohl bei der vereinbarten prozentualen Erfolgsbeteiligung als auch bei dem vereinbarten monatlichen Fixum jeweils um Bruttoentgelt. Da die Parteien nach dem Arbeitsvertrag als Berechnungsgröße für die vereinbarte erfolgsabhängige Vergütung die erarbeiteten zahnärztlichen Honorare bezogen auf ein Jahr als maßgeblich angesehen haben („endgültig abgerechnet wird nach Ablauf eines Jahres“, vgl. Anlage K10, Bl. 76 d.A.), ist für die Berechnung des Verdienstes für die Monate Januar 1999 ff. auf den potenziellen Jahresverdienst abzustellen. Da dieser für 1999 nicht verlässlich zu ermitteln ist, war auf die vergangenen 12 Monate abzustellen, d. h. auf die Umsätze für 1998.

Die Kammer hat zunächst auf der Basis der unstreitigen Honorarabrechnungen für 1998 (vgl. Anlage K12, Bl. 87 ff d.A.) den von der Klägerin 1998 erarbeiteten Gesamtumsatz errechnet, wobei zu berücksichtigen war, dass die Klägerin im ersten Quartal 1998 eine Umsatzbeteiligung von 30 % (abgerechnetes Honorar insoweit DM 33.715,63), danach von 35 % erhalten hat (abgerechnetes Honorar insoweit DM 88.945,18). Es errechnet sich daraus ein berücksichtigungsfähiger Jahresumsatz von DM 366.258,14 (100 %). Hinzuzusetzen waren Kosten für Verwaltungsaufwand in Höhe von 2 %, die der Klägerin nach der Honorarvereinbarung (vgl. Anlage K9, Bl. 75 d.A.), nicht aber nach der arbeitsvertraglichen Regelung abzuziehen waren. Die Kammer hat sich erlaubt, diese gemäß § 287 Abs. 2, I ZPO anhand der Quartalsabrechnung 1/1999 des Beklagten (vgl. Anlage Bl. 16 d.A.) zu schätzen. Daraus ergibt sich für das gesamte Jahr der vierfache dort ausgewiesene Betrag von DM 452,75, sodass weitere DM 1811,00 hinzuzusetzen waren.

Nicht hinzuzusetzen waren hingegen Umsatzausfälle durch Urlaubsabwesenheit einerseits, Krankheitszeiten im üblichen Rahmen andererseits. Denn offensichtlich hatten die Parteien entsprechende Ausfälle im Anhang zum Arbeitsvertrag bereits mit berücksichtigt, indem sie auf eine fixe Jahresumsatzgröße abgestellt haben. Aus dem Rahmen fallende Ausfallzeiten insbesondere durch Krankheit sind im übrigen weder dargelegt noch ersichtlich.

Insgesamt ergibt sich daher als Bemessungsgrundlage für die Berechnung des Monatsgehalts ein Jahresgesamtumsatz für 1998 von insgesamt DM 368.069,14. Auf diesen Gesamtumsatz kann die Klägerin nach der arbeitsvertraglichen Regelung 25 % Umsatzbeteiligung als Bruttojahresgehalt, dividiert durch 12 Monate, nämlich DM 7.668,11 brutto pro Monat verlangen. Davon sind DM 4.000,00 als Fixum und 3.668,11

als variables umsatzabhängiges Gehalt zu zahlen, soweit ein Jahresumsatz von DM 192.000,00 pro Jahr überschritten worden ist.

Die Kammer hat erwogen, ob der Klägerin eine „Gehaltserhöhung“ entsprechend der per 1.4.1998 vereinbarten und vollzogenen Honorarerhöhung bei zugrunde gelegtem freien Mitarbeiterverhältnis (von bisher 30 auf 35 %) zugute kommen kann. Für die Kammer war jedoch nicht ersichtlich, dass überhaupt, gegebenenfalls wann und in welcher Höhe eine Anhebung auch dann erfolgt wäre, wenn die Parteien sich über den Vertragsstatus die Klägerin nicht im Irrtum befunden hätten. Dafür sind weder Anhaltspunkte erkennbar oder vorgetragen, noch konnte dies unterstellt werden.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 6. Dezember 2000, 24 Ca 164/00

eingereicht von Rechtsanwalt Mark Schönleiter, Tarpentstraße 132, 20251 Hamburg, Tel.: 040/46777050, Fax: 040/46777051; e-mail: info@rechtsanwalt-schoenleiter.de

Anmerkung:

Folgeentscheidung zu Arbeitsgericht Hamburg vom 15.09.1999 zu 24 Ca 82/99.

336. Hochschulbefristungsrecht, Rückwirkung, Rechtsstaatsprinzip

1. Eine vor der Entscheidung des BVerfG vom 27.07.2004 (NJW 2004, 2803) auf der Grundlage von § 57 f HRG vereinbarte Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist wirksam, weil das „Gesetz zur Änderung dienst- und arbeitsvertraglicher Vorschriften im Hochschulbereich“ vom 27.12.2004 rückwirkend eine Rechtsgrundlage geschaffen hat, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist (ArbG Berlin, vom 24.02.2005 – 75 Ca 26827/04 –, Juris).

2. Die gesetzlich angeordnete Rückwirkung verstößt nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

a) Liegt der vereinbarte Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach dem Erlass des genannten Änderungsgesetzes, handelt es sich lediglich um eine unechte Rückwirkung, weil sich die Rechtsfolgen der dadurch geschaffenen Befristungsregelungen erst in der Zukunft auswirken.

b) Jedenfalls ist durch die rückwirkende Änderung des Hochschulbefristungsrechts kein berechtigtes Vertrauen enttäuscht worden. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des befristeten Arbeitsvertrages existierte eine Rechtsgrundlage für die Befristung. Ein etwaiges Vertrauen darauf, dass diese verfassungswidrig ist, ist nicht geschützt. Durch die Entscheidung des BVerfG, mit der diese Rechtsgrundlage für verfassungswidrig erklärt wurde, ist kein berechtigtes Vertrauen in die endgültige Unwirksamkeit der Befristung entstanden, weil ein Zustand der Rechtsunsicherheit herrschte, den alsbald zu beseitigen der Gesetzgeber aufgerufen war.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 11.05.2005, 86 Ca 28497/04

337. Betriebsrenten, betriebliche Übung, Freiwilligkeitsvorbehalt

1. Betriebsrentner können aufgrund betrieblicher Übung einen Rechtsanspruch auf Beihilfe im Krankheitsfall erwerben.
2. Allein die wiederholte Kennzeichnung einer Leistung als „freiwillig“ schließt die Entstehung eines Rechtsanspruchs aus betrieblicher Übung nicht von vornherein aus.
3. Nach § 6 Abs. 6 der Verordnung über die Organisation der technischen Überwachung (NW) mussten die bei der Überwachungsorganisation angestellten Sachverständigen „eine den Bezügen der vergleichbaren Beamten oder Angestellten des Landes Nordrhein-Westfalen angegliche Vergütung sowie eine Alters-, Hinterbliebenen- und Dienstunfähigkeitsversorgung“ erhalten. Diese Bestimmung gab dem einzelnen Sachverständigen keinen Rechtsanspruch auf eine bestimmte Arbeitgeberleistung. Es handelte sich um eine öffentlichrechtliche Verpflichtung, welche die Überwachungsorganisation im Verhältnis zur Aufsichtsbehörde zu erfüllen hatte (Orientierungssatz des Gerichts).
4. Textauszug zum 2. Leitsatz:
 - a) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts behandelt die Frage, inwieweit Feststellungen der Tatsachengerichte zum Vorliegen oder Nichtvorliegen einer betrieblichen Übung einer revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegen, noch uneinheitlich.

In seiner älteren Rechtsprechung ist das Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen, es sei in erster Linie Aufgabe der Tatsachengerichte zu ermitteln, ob und mit welchem Inhalt Ansprüche von Arbeitnehmern auf zukünftige Gewährung von Leistungen aus betrieblicher Übung erwachsen; das Revisionsgericht könne nur überprüfen, ob die Ermittlung des Erklärungswerts des tatsächlichen Verhaltens anhand der Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB erfolgt sei, mit den Gesetzen der Logik und den allgemeinen Erfahrungssätzen vereinbar sei und alle vom Berufungsgericht festgestellten wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt worden seien. Demgegenüber haben der Dritte und der Neunte Senat erwogen, die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen und dem Inhalt einer betrieblichen Übung in der Revisionsinstanz uneingeschränkt zu überprüfen, die Frage aber letztlich offen gelassen (vgl. 25. Juni 2002 – 3 AZR 360/01 – AP BetrAVG § 16 Nr. 50 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 3, zu B111 der Gründe; 20. Januar 2004 – 9 AZR 43/03 – AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 65 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 5, zu B113 der Gründe).

b) Die Frage bedarf auch im vorliegenden Rechtsstreit keiner abschließenden Entscheidung. Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts hält auch dem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab nicht stand, weil es den feststehenden Auslegungssstoff nicht vollständig verwertet und nicht beachtet hat, dass der Kläger trotz seines missverständlichen Klageantrags – nur – die Feststellung begehrt, hinsichtlich der Beihilfen im Krankheitsfall ebenso behandelt zu werden

wie die aktiven Arbeitnehmer. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht auch angenommen, die Formulierungen in den Begleitschreiben aus Anlass der Beihilfegewährungen seien geeignet, die Entstehung einer anspruchsbegründenden betrieblichen Übung zu verhindern.

(1) Der Beklagte hat seinen Betriebsrentnern ebenso wie seinen aktiven Arbeitnehmern bis Ende 2000, also weit mehr als 30 Jahre lang, Beihilfen im Krankheitsfall gezahlt. Damit sollten die Betroffenen, aktive Arbeitnehmer wie auch Betriebsrentner, die Kassenpatienten waren oder einen entsprechenden Krankenversicherungsschutz hatten, jedenfalls zum Teil den privat Versicherten gleichgestellt werden, wie etwa aus der Regelung der Erstattung der Aufwendungen für die stationäre Krankenhausbehandlung in Nr. 34.5 der Vereinsordnung deutlich wird. Wie sich auch aus den vom Beklagten vorgelegten Begleitschreiben ergibt, geht es bei den Beihilfeleistungen zumindest auch, im Zweifel sogar typischerweise um Krankenhaus- und Zahnbehandlungskosten. Für beide Bereiche werden private Krankenzusatzversicherungen angeboten. Gibt es eine langjährige betriebliche Praxis, wonach Arbeitnehmer und Betriebsrentner solche Zusatzleistungen erhalten, liegt es besonders nahe, dass sich beide Gruppen darauf einrichten, indem sie auf den Abschluss von Zusatzversicherungen verzichten, weil sie darauf vertrauen, dass eine entsprechende einheitlich praktizierte Leistungsgewährung nur nach Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und schonend für alle verschlechtert wird und nicht von einzelnen Gruppen Sonderopfer verlangt werden. Dies gilt insbesondere für die Betriebsrentner, für die es mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand in aller Regel nicht möglich ist, nachträglich Zusatzversicherungen abzuschließen.

Angesichts dessen konnte der Kläger grundsätzlich davon ausgehen, dass der Beklagte die betriebliche Übung gegenüber den Betriebsrentnern auch nach seinem Ausscheiden bei Eintritt des Versorgungsfalles fortführen würde (vgl. BAG, 29. April 2003 – 3 AZR 247/02 – EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 4, zu 11 der Gründe).

■ Bundesarbeitsgericht

vom 19. Mai 2005, 3 AZR 660/03

eingereicht von Rechtsanwalt Peter Boschheidgen, Ostring 6, 47441 Moers, Tel.: 02841/1400-0, Fax: -33; e-mail: Kontakt@madert.com

338. Annahmeverzug, Beschäftigungsverbot, Bergbau, Vorsorgeuntersuchung

1. Ansprüche aus Annahmeverzug bestehen nicht, solange die Beschäftigung des Arbeitnehmers einem öffentlichrechtlichen Beschäftigungsverbot unterliegt.
2. Ein solches Beschäftigungsverbot besteht, wenn die nach Maßgabe der Bergverordnung zum gesundheitlichen Schutz der Beschäftigten (GesBergV) vom 31.07.1991 (BGBl 1991 I S. 1751) und der Bergverordnung zum Schutz der Gesundheit gegen Klimaeinwirkungen (KlimaBergV) vom 09.06.1983 (BGBl

Allgemeines Vertragsrecht

1983 I S. 685) durchgeführte ärztliche Vorsorgeuntersuchung zu dem Ergebnis führt, dass die Beschäftigung des Bergmanns gesundheitlichen Bedenken unterliegt und der untersuchende Arzt deshalb keine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ erteilt.

3. Die Regelung ist mit Art. 12 GG vereinbar, obwohl sie in die Berufsausübungsfreiheit beider Arbeitsvertragsparteien eingreift. Der Eingriff rechtfertigt sich aus den besonderen Gefahren der bergbaulichen Arbeit.

4. Die Gerichte für Arbeitssachen sind befugt, die inhaltliche Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung zu überprüfen. Das einzuholende Gutachten muss durch einen nach § 3 GesBergV ermächtigten Arzt erstattet werden. Ist die Beschäftigung des Bergmanns danach gesundheitlich unbedenklich, entfällt für die Zukunft das Beschäftigungsverbot.

5. Eine rückwirkende „Aufhebung“ des Beschäftigungsverbots kommt nicht in Betracht, weil eine Beschäftigung des Bergmanns ohne Unbedenklichkeitsbescheinigung als Ordnungswidrigkeit verfolgt wird. Der Bergwerksunternehmer trägt nach § 615 Satz 3 BGB nur das Betriebsrisiko, nicht das Risiko einer fehlerhaften ärztlichen Bescheinigung (Bestätigung BAG, Urteil vom 24.06.1960 – 1 AZR 96/58 – BAGE 9, 300 = AP Nr. 1 zu § 8 MuSchG).

■ Bundesarbeitsgericht

vom 15. Juni 2004, 9 AZR 483/03

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Reddemann, Friedrichstraße 20, 45772 Marl-Hüls, Tel.: 02365/9581-0, Fax: -95; e-mail: Kanzlei@AnwNotar.de; www.AnwNotar.de

Anmerkung:

Der Einreicher konnte diese Entscheidung bei seinem Vortrag auf der 49. Tagung der Arbeitsgemeinschaft in Leipzig aus Zeitgründen nicht mehr vorstellen. Er hat hierzu unter der Überschrift „Das Risiko der ärztlichen Fehleinschätzung der Reichweite eines gesetzlichen Beschäftigungsverbotest trägt der Arbeitnehmer“ folgende Orientierungssätze verfasst:

Dem Arbeitgeber obliegt es als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung nach § 296 BGB dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Kommt dem ein Arbeitgeber nicht nach, so ist dies unschädlich, wenn der Arbeitnehmer wegen eines gesetzlichen Beschäftigungsverbotest nicht beschäftigt werden darf.

Nach § 615 S. 3 BGB trägt der Arbeitgeber nur das Betriebsrisiko, nicht aber das Risiko einer fehlerhaften „Bedenkenbescheinigung“ als Ergebnis einer vorgeschriebenen Vorsorgeuntersuchung. Die ärztliche Bescheinigung dient nicht nur dem Nachweis der gesundheitlichen Unbedenklichkeit, sondern ist Voraussetzung einer zulässigen Beschäftigung. Solange diese fehlt, ist dem Arbeitgeber die Beschäftigung untersagt.

Die Regelungen eines Beschäftigungsverbotest hält rechtsstaatlichen Anforderungen nur Stand, soweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, die inhaltliche Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung überprüfen zu lassen

(Art. 19 Abs. 4 GG). Die bergrechtlichen Vorschriften regeln die Frage der Rechtsschutzgewährung im Gegensatz zu anderen Gesetzen nicht ausdrücklich. Wegen dieser Lücke sind die Gerichte für Arbeitssachen befugt, durch Einholung eines Gutachtens eines nach § 3 GesBergV ermächtigten Arztes die Streitfrage verbindlich zu klären und ggfs. die erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung „auszustellen“.

339. Betriebsübergang, Widerspruch

Solange ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer nicht gem. § 613 a Abs. 5 BGB über die näheren Einzelheiten eines Betriebsübergangs unterrichtet, kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Betriebes gem. § 613 a Abs. 6 BGB widersprechen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 30. März 2004, 2 Sa 50/04, Rev. nicht zugelassen

340. Betriebliche Übung, Geschäftsgrundlage, Werksbusverkehr

1. Unterhält ein Unternehmen über Jahrzehnte für Arbeitnehmer aus einem bestimmten Gebiet einen kostenlosen Werksbusverkehr, so entsteht für die Arbeitnehmer aus betrieblicher Übung ein vertraglicher Anspruch.

2. Der so entstandene Anspruch auf kostenlosen Transport durch Werksbusse ist jedenfalls nicht betriebsvereinbarungsoffen geworden, wenn eine erst nach langen Jahren erstmals abgeschlossene Betriebsvereinbarung bei kollektiver Betrachtung nicht günstiger ist. Dabei kann offen bleiben, ob die Entscheidung des Großen Senats des BAG im Beschluss vom 16.09.1986 (Az. GS 1/82 = AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972), die sich auf eine vom Arbeitgeber gesetzte Einheitsregelung oder eine Gesamtzusage bezieht, auch auf Ansprüche aus einer betrieblichen Übung übertragen werden kann. Weiter kann dahinstehen, ob den erhobenen Bedenken gegen einen kollektiven Günstigkeitsvergleich (vgl. z. B. *Richardi*, BetrVG 8. Aufl., § 77 Rz 154 m. w. N., BAG vom 28.03.2000, Az. 1 AZR 366/99 = AP Nr. 83 zu § 77 BetrVG) zu folgen wäre.

3. Bei einer Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB i.d.F. ab 01.01.2002 kann eine Vertragspartei grundsätzlich nur solche Vertragsanpassungen verlangen, die sich aus den Änderungen ergeben, wobei in diesen Fällen der Vorrang der Änderungskündigung als *lex specialis* nur dann nicht besteht, wenn der von der Störung betroffenen Partei das unveränderte Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann, weil das Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde.

4. Für die Berechnung eines Ausgleichsanspruchs aus § 313 BGB n.F. oder eines Schadensersatzanspruchs wegen Unmöglichkeit der nachträglichen Leistung aus §§ 275 Abs. 1, 280, 283 BGB n.F. kann bei der Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO

eine abstrakte Schadensberechnung erfolgen und hierbei auf steuerliche Regelungen zurückgegriffen werden.

Bei der Anpassung an die veränderten Umstände gem. § 313 BGB n.F. bei Einstellung eines Busverkehrs ist den betroffenen Arbeitnehmern, die einen Anspruch auf Entschädigung in Geld haben, unter Berücksichtigung der Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Kostenbelastung des Unternehmens grundsätzlich zuzumuten, auch Fahrgemeinschaften zu bilden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 29. Oktober 2004, 2 Sa 828/02, Rev. nicht zugelassen

341. Arbeitsverhältnis, Ruhen des –; ununterbrochener Bestand

Ein Kläger kann das Vorliegen des Ruhens des Arbeitsverhältnisses und damit dessen ununterbrochenen Bestand auch durch Indizien darlegen. Dies setzt voraus, dass der Schluss auf die Haupttatsache zwingend ist. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Klägers.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17. Januar 2005, 2 Sa 906/04, Rev. zugel.

342. Mutterschaftsgeld, Zuschuss

Der nach § 14 Abs. 1 MuSchG vom Arbeitgeber an die Arbeitnehmerin kalendertäglich zu zahlende Zuschuss zum Mutterschaftsgeld berechnet sich nach dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate; es ist dabei nicht vom Tage des Beginns der Schutzfrist drei Monate zurückzurechnen, sondern es sind die letzten drei – vollen – Kalendermonate, in denen die Arbeitnehmerin ohne Unterberechnung gearbeitet hat, der Berechnung zu Grunde zu legen.

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 9. Dezember 2004, 3 Sa 91/04, rkr.

343. Beschäftigungszeit, Unverfallbarkeitsfristen, zwischenbetriebliche Bauorganisation (ZBO)

Beschäftigungszeiten, die ein nach dem AGB der DDR bei einer zwischenbetrieblichen Bauorganisation (ZBO) beschäftigter Arbeitnehmer bei der ZBO zurückgelegt hat, sind bei ununterbrochener Fortsetzung dieses Arbeitsverhältnisses bei einem Rechtsnachfolger der ZBO für die Unverfallbarkeitsfristen nach § 1 Abs. 1 BetrAVG zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 16. Dezember 2004, 5 Sa 994/04, Rev. nicht zugelassen

344. Betriebsteilübernahme, Dienstleistungsvertrag, betriebsbedingte Kündigung

Wird bei einem Betriebsübernahmevergange die Verwaltung nicht übernommen, sodass sie von dem bisherigen Inhaber weiter – auch für die abgegebenen Betriebsteile – geführt wird und dies auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrages, so führt die Aufkündigung dieses Vertrages durch die

Betriebsteilübernahme zu betriebsbedingten Kündigungsgründungen und nicht zu einem Betriebsübergang, wenn die neuen Betriebsinhaber die Verwaltung nunmehr mit eigenem Personal durchführen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 26. August 2004, 6 Sa 271/04, Rev. zugel.

345. Befristetes Arbeitsverhältnis, Missbrauch der Gestaltungsform, Konzernschwester, Leiharbeitgeber

1. Es spricht viel dafür, in der Einschaltung einer Konzernschwester als Leiharbeitgeber auf Selbstkostenbasis zur bloßen Verlagerung von Personalkosten in den Bereich der Sachkosten einen Missbrauch der Gestaltungsform und keine zulässige Tatbestandsvermeidung mehr zu sehen, wenn der schon bisher im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnisses beschäftigt gewesene Arbeitnehmer auf demselben Dauerarbeitsplatz beschäftigt wird.

2. Soweit sich der Arbeitnehmer gegen einen solchen Rechtsformmissbrauch wenden will, muss er sich innerhalb der Klagefrist des § 17 S. 1 TzBfG an den Entleiher halten, in dessen Betrieb sich der Dauerarbeitsplatz befindet.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 7. Januar 2005, 6 Sa 2008/04, Revision nicht zugelassen

346. Bonuszahlung, Freiwilligkeitsvorbehalt

Es ist nicht willkürlich, wenn der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer von der unter Freiwilligkeitsvorbehalt erfolgenden Bonuszahlung ausnimmt, deren Arbeitsverhältnisse zum Auszahlungszeitpunkt bereits gekündigt war. Dies gilt selbst im Investmentbankenbereich, wo Bonuszahlungen ein Vielfaches des Jahresfesteinkommens betragen können (vgl. Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 09.12.2004 zu Az. 14 Sa. 1308/04).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 25. April 2005, 7/6 Sa 927/04, Revision nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwältin Nicole Engesser-Means, Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60049 Frankfurt am Main, Tel.: 069/7199-01, Fax: -4000;
e-mail: nicole.engessermeans@cliffordchance.com,
www.cliffordchance.com

347. Ausbildungsverhältnis; Arbeitsverhältnis, Übernahme in –; Schadenersatzanspruch

1. Übernimmt der Arbeitgeber einen Auszubildenden nach Abschluss der Berufsausbildung nicht, obwohl eine anwendbare Tarifnorm dies grundsätzlich vorsieht, kann ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegeben sein.

2. Sieht die Tarifnorm einen Ausschluss des Anspruchs auf Übernahme u. a. aus betrieblichen Gründen vor, kann sich der Arbeitgeber darauf berufen.

3. Ist die an sich dann bei Widerspruch des Betriebsrats vorgesehene tarifliche Schlichtungsstelle bei Beendigung des Ausbildungsverhältnisses noch nicht errichtet, so scheidet ein

Allgemeines Vertragsrecht

Schadensersatzanspruch mangels Verschuldens des Arbeitgebers jedenfalls dann aus, wenn er diese nach Einrichtung unverzüglich anruft, diese aber – gleich aus welchen Gründen – eine inhaltliche Befassung mit der Angelegenheit ablehnt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 21. Juni 2004, 7 Sa 1321/02, Rev. zugel.

348. Wettbewerbsverbot; Karenzentschädigung; Überbrückungsgeld, Anrechnung

1. Überbrückungsgeld kann ohne weiteres als Lohnersatzzahlung angesehen werden, mit der Folge, dass es auf eine Karenzentschädigung nach § 74 c HGB angerechnet werden muss.

2. (...) Die Anrechnung von Sozialleistungen auf die Karenzentschädigung ist nicht abschließend geklärt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die erkennende Kammer anschließt, ist bei Sozialleistungen danach zu differenzieren, ob diese Lohnersatzfunktion haben (BAG AP Nr. 15 zu § 74 c HGB). Aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung hat das Bundesarbeitsgericht so insbesondere das Arbeitslosengeld dem Arbeitseinkommen im Sinne des § 74 c HGB gleichgestellt (BAG AP Nr. 11 zu § 74 c HGB). Arbeitslosengeld wird Arbeitslosen gewährt, wenn sie der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stehen, die Anwartschaftszeit erfüllen, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Arbeitslosengeld beantragt haben (§ 117 SGB III). Da dem Gesetzgeber bei der Regelung der nachvertraglichen Wettbewerbsverbote die Gewährung von Arbeitslosengeld noch unbekannt war, hat das Bundesarbeitsgericht eine Regelungslücke in § 74 c Abs. 1 Satz 1 HGB angenommen und ausgeführt, es komme zu Wertungswidersprüchen, wenn anderweitiges Einkommen angerechnet werde, nicht dagegen das es ersetzende Arbeitslosengeld. Es müsse vermieden werden, dass ein Arbeitnehmer sich arbeitslos meldet, um neben dem Arbeitslosengeld Karenzentschädigung zu beziehen und damit seine Einnahmen gegenüber denen aus dem fortbestehenden Arbeitsverhältnis zu erhöhen.

Mit dem Arbeitsgericht ist davon auszugehen, dass das Überbrückungsgeld ebenfalls Lohnersatzfunktion in diesem Sinne hat. Zwar beschränkt sich der Zweck des Überbrückungsgeldes nicht auf den Lohnersatz, sondern dient auch der Sicherung des Lebensunterhalts und der sozialen Sicherung des Existenzgründers und seiner Angehörigen in der Zeit nach der Existenzgründung (*Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts). Es ist andererseits aber unabhängig von der Bedürftigkeit des Beziehers und unterscheidet sich dadurch grundsätzlich von echten Sozialleistungen. So ist es ohne weiteres denkbar, dass der Bezieher bereits unmittelbar nach der Existenzgründung ausreichende Einkünfte aus seiner selbständigen Tätigkeit bezieht, ohne dass dies den Bezug von Überbrückungsgeld schmälern würde. Daran zeigt sich, dass das Überbrückungsgeld vorrangig eine Leistung der aktiven Arbeitsförderung nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 SGB III ist. Solche

Leistungen werden gerade zur Vermeidung der sonst erforderlichen Leistungen zum Ersatz des Arbeitsentgelts gewährt (§ 5 SGB III). Wird das Überbrückungsgeld aber anstelle des sonst zu zahlenden Arbeitslosengeldes gewährt und hat dieses, wie oben ausgeführt, Lohnersatzfunktion, so kann auch das Überbrückungsgeld ohne weiteres als Lohnersatz angesehen werden.

Erhebliche Unterschiede zwischen dem Überbrückungsgeld und dem Arbeitslosengeld, das eine Anrechnung ausschließen würde, bestehen nach Auffassung der Kammer nicht. Zwar steht der Bezieher von Überbrückungsgeld dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung, weil er seine Arbeitskraft zum Aufbau und der Durchführung seiner selbständigen Tätigkeit benötigt. Der Kläger konnte diese selbständige Tätigkeit ab Oktober 2003 aber allein deshalb aufnehmen, weil sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten beendet war. Die Situation stellt sich deshalb nicht anders dar, als wenn er Verdienst aus einer anderweitigen Verwendung seiner Arbeitskraft bezogen hätte, den er ebenfalls nicht hätte erzielen können, wenn er aus dem Hauptarbeitsverhältnis eine Arbeitsleistung hätte erbringen müssen (ebenso für die Anrechnung von Überbrückungsgeld auf den Anspruch auf Annahmeverzugslohn: LAG Köln, Urteil v. 15.10.2003 – 7 Sa 163/03 –, ZTR 2004, S. 326).

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 4. Januar 2005, 8 Sa 50/04, Rev. zugel. eingereicht von Rechtsanwalt Alexander Krafft, Schillerstraße 57, 74613 Öhringen, Tel.: 07941/6075–0, Fax: -99; e-mail: info@advoca.de, www.advoca.de

349. Gratifikation; Geschäftsgrundlage; Existenzgefährdung; Vertrauensschutz in Fortbestand BAG-Rechtsprechung; betriebliche Übung

1. Selbst die Existenzgefährdung des Arbeitgebers führt nicht zur Kürzung von aufgrund betrieblicher Übung entstandenen Gratifikationsansprüchen wegen gegenseitiger Treue, Solidarität und Betriebsverbundenheit aus dem Arbeitsverhältnis (entgegen BAG, vom 17.04.1957 – 2 AZR 411/54 –; vom 26.10.1961 – 5 AZR 480/58 –; Urteil vom 18.12.1964 – 5 AZR 262/64 –).

2. (...) Dem Kläger steht der verfolgte Zahlungsanspruch nach den Regeln der betrieblichen Übung zu.

a) Unstreitig hat der Kläger zumindest seit dem Jahre 1997 mehr als dreimal vorbehaltlos die streitige Sonderleistung erhalten, so dass nach den Regeln der betrieblichen Übung ein entsprechender Rechtsanspruch des Klägers entstanden ist.

b) Soweit die Beklagte demgegenüber mit der Berufung einwendet, jedenfalls zuletzt habe es sich bei der Gewährung der Sonderzahlung nicht um eine feststehende Betriebsübung, sondern um eine Leistung nach „Gutdünken“ ohne rechtsverbindlichen Charakter gehandelt, greift dieser Einwand nicht durch. Weder kann aus dem Umstand, dass die Beklagte bereits im Jahre 2001 einmal eine Leistungskürzung

aus wirtschaftlichen Gründen versucht hat, anschließend im Jahre 2002 allerdings wieder die übliche Leistung in Höhe von 90% erbracht hat und nunmehr für das Jahr 2003 wiederum unter Hinweis auf wirtschaftliche Gründe die Gewährung einer Sonderzahlung verweigert, der erkennbare Wille abgeleitet werden, die Beklagte behalte sich jedes Jahr die Entscheidung über die Gewährung einer Sonderleistung aufs Neue vor, noch könnte allein durch eine solche Willensäußerung die einmal begründete betriebliche Übung abgeändert werden. Nachdem durch die mehrjährige – mehr als dreimalige – vorbehaltlose Gewährung der Sonderzahlung ein entsprechender Rechtsanspruch des Klägers entstanden ist, könnte dieser nur durch Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung beseitigt werden. Eine stillschweigende Änderung der einmal begründeten Betriebsübung durch eine gegenteilige dreimalige „negative Betriebsübung“ (vgl. BAG, Urteil vom 04.05.1999 – 10 AZR 290/98 – AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 55) liegt erkennbar nicht vor. Aus der Sicht der Beschäftigten stellt sich das Verhalten der Beklagten vielmehr so dar, dass diese sich wegen ihrer aktuellen wirtschaftlichen Lage zur Erfüllung der durch Betriebsübung begründeten Ansprüche außerstande sieht. Weder liegt danach in der Nichtgewährung der Sonderzahlung ein Vertragsangebot der Beklagten zur künftigen Beseitigung der bestehenden Betriebsübung, noch hat erst recht der Kläger ein derartiges Änderungsangebot angenommen.

c) Für die Entscheidung des Rechtsstreits kommt es danach allein auf die Frage an, ob die Beklagte im Hinblick auf die vorgetragenen Verluste und wirtschaftlichen Schwierigkeiten bzw. die behauptete Existenzgefährdung zu einer Beseitigung des einmal begründeten Rechtsanspruches des Klägers berechtigt ist. Dies ist aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen, ohne dass es einer weiteren Aufklärung in rechtlicher – hinsichtlich des Rechtscharakters der gewährten Sonderzahlung – und tatsächlicher Hinsicht – in Bezug auf die behauptete Existenzgefährdung – bedarf.

aa) Zur rechtlichen Ausgestaltung der gewährten Sonderzahlung im Sinne einer Gratifikationsleistung oder eines zusätzlichen (anteiligen) 13. Monatseinkommens haben die Parteien im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht keine Angaben machen können. Insbesondere von der Frage, ob die Sonderzahlung im Ein- und Austrittsjahr anteilig gewährt wird, die Leistungsgewährung den Bestand eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses voraussetzt (Stichtagsregelung) und die empfangene Leistung gegebenenfalls bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Folgejahr zurückzahlen ist (Rückzahlungsklausel), hängt ab, ob es sich um reines – im zeitlichen Zusammenhang mit dem Weihnachtsfest fälliges – Arbeitsentgelt i.e.S. handelt oder ob eine Gratifikationsleistung vorliegt, welche etwa die in der Vergangenheit geleistete und künftig erwartete Betriebstreue honorieren soll (vgl. z. B. BAG AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 1, 98, 100). Allein die Bezeichnung als Weihnachtsgeld ist demgegenüber für die rechtliche Einordnung ohne Aussagekraft, da sich inso-

weit ein feststehender Sprachgebrauch im Arbeitsleben nicht feststellen lässt (LAG Hamm, Urteil vom 18.04.2002 – 8 Sa 1164/01; BAG, Urteil vom 21.05.2003 – 10 AZR 408/02 – EzA § 611 BGB 2002 Gratifikation, Prämie Nr. 8).

Sollte es sich hier bei der gewährten Sonderzahlung um an keine weiteren Voraussetzungen geknüpftes zusätzliches Arbeitsentgelt handeln, welches allein hinsichtlich der Fälligkeit mit dem bevorstehenden Weihnachtsfest verbunden ist, so lässt sich – unabhängig von den nachfolgenden Erwägungen – ein Wegfall des Rechtsanspruchs auf vollständige Auszahlung der Arbeitsvergütung keinesfalls begründen. Weder aus „Treu und Glauben“ im Allgemeinen, der arbeitsvertraglichen Treuepflicht, dem „Solidaritätsgedanken“ oder nach den Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage kommt eine Kürzung des Arbeitsentgelts i.e.S. als synallagmatisch geschuldeter Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung in Betracht. Vielmehr bezieht sich die von der Beklagten in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausdrücklich auf Gratifikationsleistungen. Dementsprechend wird nachfolgend zugunsten der Beklagten unterstellt, dass die betrieblich gewährte Leistung als Gratifikation ausgestaltet ist.

bb) Hat der Arbeitgeber durch wiederholte regelmäßige Zahlung einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers nach den Regeln der betrieblichen Übung begründet, so unterliegt dieser Anspruch nach der zutreffend von der Beklagten zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts doch gewissen rechtlichen Beschränkungen für den Fall, dass der Arbeitgeber nachträglich in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät oder gar in Konkurs fällt. So könne sich – nicht anders als bei der Gewährung betrieblicher Ruhegelder – auch bei der Gewährung einer ursprünglich freiwillig gezahlten Weihnachtsgatifikation die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur gegenseitigen Treue dahingehend auswirken, dass – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – der Arbeitnehmer eine vorübergehende oder dauerhafte Leistungskürzung oder gar den Wegfall der Leistung hinzunehmen habe (BAG, Urteil vom 17.04.1957 – 2 AZR 411/54 – AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 5). Ebenso soll nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1961 (5 AZR 480/58 – AP § 322 ZPO Nr. 7) der Arbeitgeber im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten u.U. berechtigt sein, eine Kürzung der Leistung bzw. den vollständigen Wegfall anzuordnen, sofern durch die Leistungsgewährung das Maß zumutbarer Belastung überstiegen werde. Dies ergebe sich aus der Pflicht zur gegenseitigen Treue und Rücksichtnahme im Arbeitsverhältnis. Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.12.1964 (5 AZR 262/64 – AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 51) kann der Gesichtspunkt der Solidarität und Betriebsverbundenheit dazu führen, dass der Arbeitnehmer im Falle des Konkurses des Arbeitgebers auf ihm zustehende Gratifikationsansprüche verzichten muss, damit andere Arbeitnehmer ihre sonst gefährdeten Arbeitsplätze noch eine gewisse Zeit behalten können.

cc) Im neueren Schrifttum trifft diese Auffassung ganz

Allgemeines Vertragsrecht

überwiegend auf Bedenken oder Ablehnung (*Lipke/Vogt/Steinmeyer*, Sonderleistungen im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Rz 153, 157; *Röhler*, AR-Blattei SD „Gratifikation“ Rz 226; *Schierbaum*, in: *Berscheid/Kunz/Brand*, PraxisArbR, Teil 2 Rz 1747; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., § 78 Rz 37; allgemein zu den Grundsätzen des „Betriebsrisikos“ bei Existenzgefährdung des Unternehmens *ErfK-Preis*, 3. Aufl., § 615 BGB Rz 135; *Boewer*, in: *MünchHandb*, 2. Aufl., Bd. I § 79 Rz 20). Auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte steht der genannten BAG-Rechtsprechung kritisch gegenüber (*ArbG Celle*, NZR-RR 1998, 490; *LAG Hamm LAGE* § 242 BGB Geschäftsgrundlage Nr. 3, auch zur Kürzung tariflicher Leistungen).

dd) Die Kammer teilt diese Bedenken. In Anbetracht der Tatsache, dass die Rechtsordnung den Beteiligten zur Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen verschieden ausgeformte Rechtsinstitute zur Verfügung stellt, ließe sich ein Rückgriff auf den allgemeinen Rechtsgedanken von Treu und Glauben, die arbeitsvertragliche Treuepflicht des Arbeitnehmers und den Gesichtspunkt der Solidarität der Belegschaft zur Einschränkung vertraglich verfestigter Ansprüche nur rechtfertigen, wenn sich die gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten als unzureichend erwiesen. Davon kann indessen nach dem gegenwärtigen Stand der Arbeitsrechtsdogmatik nicht ausgegangen werden.

(1) Hierbei ist zunächst der Umstand zu berücksichtigen, dass es der Arbeitgeber schon bei Abschluss des Arbeitsvertrages – z. B. durch Einführung einer „doppelten Schriftformklausel“ (*BAG*, Urteil vom 24.06.2003 – 9 AZR 302/02 – AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 63) bzw. durch einen Vorbehalt bei erstmaliger (freiwilliger) Leistungsgewährung in der Hand hat, die Entstehung eines vertraglichen Anspruchs auf künftige Gratifikationsleistung von vornherein auszuschließen. Hierzu ist zwar allein der Hinweis auf die „Freiwilligkeit“ nicht genügend (*BAG*, Urteil vom 23.10.2002 – 10 AZR 48/02 – AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 243). Erklärt der Arbeitgeber demgegenüber ausdrücklich, die Gewährung der Leistung erfolge ohne Rechtsanspruch und ohne Bindungswillen für die Zukunft, kann er in jedem Jahre erneut frei darüber entscheiden, ob, in welchem Umfang und unter welchen Gesichtspunkten er zusätzliche Leistungen gewähren will (*BAG*, Urteil vom 12.01.2000 – 10 AZR 840/98 AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 223). Als weitere Gestaltungsmöglichkeit steht dem Arbeitgeber die Gewährung einer widerruflichen Leistung zur Verfügung. Jedenfalls in der Vergangenheit ist die Gewährung von Gratifikationen unter Widerrufsvorbehalt auch ohne Benennung konkreter Widerrufsgründe problemlos für zulässig erachtet worden (vgl. die Darstellung bei *Schierbaum*, in: *Berscheid/Kunz/Brand*, PraxisArbR Teil 2 Rz 1680). Auch wenn dies nach neuer Rechtslage im Falle der Verwendung allgemeiner Arbeitsbedingungen im Hinblick auf die Vorschrift des § 308 Ziff. 4 BGB Zweifelsfragen aufwirft (vgl. die Darstellung bei *Richardi*, NZA 2002, 1057, 1063; demgegenüber stellt nach *LAG Berlin*, Urteil vom 30.03.2004 – 3 Sa 2206/03 – EzA-SD

2004 Nr. 16 – die Vereinbarung eines Widerrufsrechts ohne Benennung von Widerrufsgründen eine „Besonderheit des Arbeitsrechts“ im Sinne des § 310 Abs. 4 S. 2 BGB dar), ist damit die Möglichkeit, das Gratifikationsversprechen durch Widerrufsvorbehalt an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu binden, nicht ausgeschlossen.

(2) Hat der Arbeitgeber von den genannten Möglichkeiten des Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalts keinen Gebrauch gemacht, sondern durch wiederholte vorbehaltlose Leistungen einen entsprechenden Rechtsanspruch begründet, so bleibt nach den Regeln des Bürgerlichen Rechts die Verbindlichkeit der Vereinbarung bis zu ihrer Änderung bestehen. Als Gestaltungsmittel – gerade auch für den Fall wirtschaftlicher Schwierigkeiten und Existenzbedrohung – kommt insoweit im bestehenden Arbeitsverhältnis das Mittel der Änderungskündigung in Betracht. Auch wenn die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer Änderungskündigung zum Zwecke der Lohnkürzung stellt (*BAG*, Urteil vom 01.07.1999 – 2 AZR 826/99 – AP § 2 KSchG 1969 Nr. 53), ist dieser Weg doch geeignet, eine unzumutbare Belastung des Arbeitgebers – mit Wirkung für die Zukunft – zu beseitigen. Im Gegensatz zu der vom Bundesarbeitsgericht auf Treu und Glauben gestützten Anspruchsbeschränkung bewirkt das Instrument der Änderungskündigung zugleich, dass es der Entscheidung des betroffenen Arbeitnehmers überlassen bleibt, ob er das Arbeitsverhältnis künftig zu geänderten Bedingungen – also ohne die bislang zu beanspruchende Gratifikation – fortsetzen oder aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden will. Demgegenüber wird dem Arbeitnehmer über den Weg der Verpflichtung zu Treue, Rücksichtnahme und Solidarität ein geänderter Vertragsinhalt aufgezwungen, von welchem er sich nur durch Eigenkündigung lösen könnte.

(3) Richtig ist allerdings, dass das Gestaltungsmittel der Änderungskündigung Wirkung nur für die Zukunft entfalten kann. Geht es demgegenüber um die Beseitigung bereits entstandener Gratifikationsansprüche wegen aktueller wirtschaftlicher Schwierigkeiten, wäre selbst eine außerordentliche fristlose Änderungskündigung zur Lösung der Problematik ungeeignet. Gleichwohl bestehen Bedenken, zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellung auf die wenig konturierten Grundsätze einer allgemeinen arbeitsvertraglichen Verpflichtung zur Rücksichtnahme und Solidarität zurückzugreifen, wie sich dies aus der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergibt. Vielmehr stellt das Gesetz – nunmehr auch in ausdrücklich kodifizierter Form in § 313 BGB n. F. – das Rechtsinstitut der „Störung der Geschäftsgrundlage“ zur Verfügung, anhand dessen die Frage zu beantworten ist, inwiefern eine von den Parteien nicht bedachte Änderung der Verhältnisse eine Anpassung oder Beseitigung vertraglicher Verpflichtungen verlangt. Bereits *Nikisch* (Anm. zu BAG AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 51) hat sich für eine rechtliche Einordnung der vorliegenden arbeitsrechtlichen Problematik in die „auch der Zivilistik bekannte“ Frage der Veränderung

oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausgesprochen und in diesem Zusammenhang den Konkurs des Arbeitgebers als möglichen Anwendungsfall angesehen.

a) Gleich, ob diesem Standpunkt im Ergebnis zu folgen ist, vermeidet die gewählte Einordnung der Fragestellung in die anerkannte Dogmatik des Bürgerlichen Rechts und die Regeln der „Geschäftsgrundlage“ jedenfalls die Verwendung von unscharfen vermeintlich spezifisch arbeitsrechtlichen Begrifflichkeiten wie etwa einer umfassend verstandenen Verpflichtung von Fürsorge, Treue, Rücksichtnahme und Solidarität, welche sich – anknüpfend an das Verständnis des Arbeitsverhältnisses als „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“ – von den weitaus differenzierten Regeln und Wertungen des allgemeinen Vertragsrechts und insbesondere vom Recht der Leistungsstörungen des allgemeinen Schuldrechts entfernen.

b) Nach § 242 BGB hat der Schuldner die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Damit dient die genannte Vorschrift zunächst einmal der Konkretisierung bestehender Rechte und Pflichten sowie der Begründung von Nebenpflichten wie etwa leistungssichernder Pflichten, Mitwirkungspflichten sowie Schutz-, Aufklärungs- und Rechenschaftspflichten (vgl. die Übersicht bei MünchKomm-Roth, § 242 BGB Rz 141 ff.) Mit der hier einzuordnenden Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Belange der anderen Vertragspartei kann jedoch keinesfalls eine Verpflichtung zum Verzicht auf bestehende Forderungsrechte begründet werden (MünchKomm-Roth, a. a. O., Rz 187). § 242 BGB betrifft insoweit allein die Modalitäten der Leistungsabwicklung, stellt aber die Verbindlichkeit der vertraglichen Hauptpflichten nicht in Frage. Auch für das Verständnis der arbeitsvertraglichen Treue- und Fürsorgepflichten ist dieser Zusammenhang zu beachten. Die Tatsache, dass Ausgestaltung und Reichweite der vertraglichen Nebenpflichten stets die Besonderheiten der Vertragsbeziehungen zu beachten haben und speziell auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die Treuepflicht des Arbeitnehmers besondere Ausprägungen zeigt, bedeutet nicht, dass im Arbeitsrecht – weit über den Regelungsgehalt des § 242 BGB hinaus – aus einer Verpflichtung zur „Rücksichtnahme“ bei der Leistungsbewirkung eine Pflicht zum Verzicht auf vertragliche Hauptleistungsansprüche hergeleitet werden kann.

c) Aus demselben Grunde – nämlich der rechtlichen Einordnung des Arbeitsverhältnisses in das Regelwerk des allgemeinen Schuldrechts – bestehen auch Bedenken dagegen, im Arbeitsrecht aus dem sog. Solidaritätsgedanken Beschränkungen vertraglich vereinbarter Rechtsansprüche herzuleiten. Der Gedanke der Solidarität der Arbeitnehmer betrifft in erster Linie die Regeln des kollektiven Arbeitsrechts, so etwa hinsichtlich der Ausgestaltung der Arbeitskämpfungsmittel oder in betriebsverfassungsrechtlichen Fragen. Mittelbar können sich zwar hieraus auch individualrechtliche Auswirkungen – wie bei der Überwälzung des Lohnrisikos auf die Belegschaft bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen – ergeben. Kennzeichnend hierfür ist jedoch stets ein – wie auch immer

ausgestalteter – kollektiver Bezug in Abgrenzung zu rein individualrechtlichen Fragestellungen. Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber bei der Begründung, vertraglicher Ansprüche im Wege der Betriebsübung – nicht anders als bei der Verwendung allgemeiner Arbeitsbedingungen oder einer sog. Gesamtzusage – eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen gleichartig gestaltet, stellt jedoch keinen im Rechtssinne „kollektiven“ oder gar kollektivrechtlich geprägten Tatbestand dar, vielmehr gründet sich die Rechtsverbindlichkeit jedes einzelnen Leistungsversprechens auf die Grundsätze des Vertragsrechts. Dann kann aber auch nicht aus der gleichsam parallelen Wirkung der Vertragsansprüche auf den allein kollektivrechtlich begründbaren Grundsatz der Solidarität zurückgegriffen werden, um so ungeschriebene Beschränkungen der Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers zu begründen. Erst recht scheidet der Gedanke einer „solidarischen Betriebsgemeinschaft“ von Arbeitgeber und Belegschaft als Rechtsgrundlage einer Beschränkung vertraglicher Ansprüche aus.

d) Zwischenzeitlich haben sich Rechtsprechung und Schrifttum des Arbeitsrechts vom früheren „personenrechtlichen“ Verständnis der arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen gelöst und erkannt, dass allein die Rückbesinnung auf die Schuldrechtsregeln des BGB – unter Beachtung der Besonderheiten der Dauerrechtsverhältnisse und der Elemente gesteigerten sozialen Kontakts und personaler Bindung im Arbeitsverhältnis – dazu geeignet ist, Wertungswidersprüche zu allgemeinen Rechtsregeln zu vermeiden. Für die vorliegende Fragestellung bedeutet dies, dass vertraglich nicht vorbehaltenen Einschränkungen des Gratifikationsversprechens allein nach den Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage zu beurteilen sind.

(1) Die Zuordnung der „wirtschaftlichen Überforderung“ bzw. „Gefahr der Existenzvernichtung“ zu den Regeln des allgemeinen Schuldrechts und den Regeln der „Störung der Geschäftsgrundlage“ macht aber ohne weiteres deutlich, dass allgemein im Vertragsrecht die mangelnde Zahlungsfähigkeit des Schuldners die bestehenden Leistungsverpflichtungen unberührt lässt (Palandt/Heinrichs, 63. Aufl., § 313 BGB Rz 37, 39). Ausnahmen gelten allein, soweit es um grundlegende Veränderungen der wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnisse – wie z. B. Krieg, Naturkatastrophen – (sog. „große Geschäftsgrundlage“, vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., Rz 8) geht, welche sich individueller Einflussnahme und Risikozurechnung entziehen.

(2) Entgegen den Ausführungen der Berufung hat sich hieran auch durch die Schuldrechtsreform und den Wegfall der Vorschrift des § 279 BGB a.F. nichts geändert. Nach wie vor trifft das Risiko „kein Geld zu haben“ den Schuldner, weswegen ihn der Geldmangel nicht von seiner Zahlungspflicht befreit. Auch aus § 276 BGB folgt nichts anderes. Dass die Schadensersatzhaftung des Schuldners ein „Vertretenmüssen“ voraussetzt, welches bei unvorhersehbaren Leistungshindernissen fehlen kann – allein hierauf bezieht sich die zitierte Fundstelle bei

Allgemeines Vertragsrecht

Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rz 30, 32 –, hat nichts mit der Frage zu tun, dass die vertragliche Zahlungsverpflichtung des Unternehmens gegenüber Lieferanten, Geschäftskunden, Arbeitnehmern oder Finanzamt selbst bei unverschuldeten Zahlungsschwierigkeiten einschließlich der Gefahr der Insolvenz bestehen bleibt, da ein Fall der „Unmöglichkeit“ i. S.d. § 275 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Mit dieser gesetzlichen Wertung korrespondiert die Feststellung, dass die gegenwärtige und künftige Leistungsfähigkeit des Versprechenden regelmäßig nicht als Geschäftsgrundlage des Vertrages angesehen werden können, da sie in die vom Gesetz der einen Vertragspartei zugewiesenen Risikosphäre fallen. Sollen wirtschaftliche Entwicklung und/oder Leistungsfähigkeit des Versprechenden hiervon abweichend für Bestand und Inhalt der übernommenen Verpflichtung maßgeblich sein, bedarf es dazu nach den Regeln des Vertragsrechts einer besonderen Vereinbarung.

(3) Für den Bereich der durch Betriebsübung begründeten Gratifikationsansprüche gilt im Ergebnis nichts anderes. Dies gilt auch für den Fall einer Existenzgefährdung des Unternehmens.

(a) Nicht anders als für den Anspruch auf Zahlung der regulären Vergütung (Arbeitsentgelt im Sinne der synallagmatischen Gegenleistung) trifft auch für Ansprüche auf Zahlung vertraglich zugesagter Gratifikationen der Ausgangspunkt zu, dass es sich um einen Teil des zu beanspruchenden Arbeitsentgelts handelt. Allein die „Unberechenbarkeit“ der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen unternehmerischen Handelns vermag nichts an der gesetzlichen Risikozuweisung zu ändern, dass jede Vertragspartei das Risiko der eigenen Leistungsfähigkeit trägt, und zwar nicht nur hinsichtlich der versprochenen Gegenleistung, sondern auch hinsichtlich zusätzlicher, an besondere Voraussetzungen geknüpfter Zahlungsansprüche. Hat der Arbeitnehmer die geforderte Betriebstreue erbracht, gebührt ihm ohne weiteres die diesbezügliche Gegenleistung. Für eine Beschränkung der Leistungsverpflichtung mittels Treu und Glauben ist damit unter keinem Gesichtspunkt Raum.

(b) Auch der Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis nicht auf einen einmaligen Leistungsaustausch, sondern auf eine gewisse Dauer angelegt ist, trägt zunächst schon die Möglichkeit der Änderungskündigung Rechnung. Eben aus diesem Grunde überzeugt die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gezogene Parallele zur Kürzung von Ruhegeldern bei wirtschaftlicher Notlage nicht. Gegenüber den Ruheständlern scheidet eine Änderungskündigung des Arbeitsvertrages aus, so dass es in der Tat im Fall der wirtschaftlichen Notlage besonderer Handhaben bedarf. Auf die Verhältnisse im „aktiven“ Arbeitsverhältnis lassen sich diese Grundsätze nicht übertragen. Soweit es demgegenüber um aktuelle und kurzfristige Verschlechterungen der wirtschaftlichen Lage – bis hin zur Existenzgefährdung – geht, versagt zwar das Instrument der Änderungskündigung. Aus dem Fehlen gesetzlicher oder

vereinbarter Änderungsmöglichkeiten folgt aber nicht, dass das Risiko kurzfristiger Änderungen der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers – abweichend von den allgemeinen Regeln des Schuldrechts – der Geschäftsgrundlage des Leistungsversprechens zugeordnet werden kann. In Anbetracht der Tatsache, dass allein der Arbeitgeber die unternehmerische Verantwortung trägt und über Gewinnchancen und Verlustrisiken entscheidet, ohne dass der Arbeitnehmer hierauf unmittelbaren Einfluss hat, kann auch hinsichtlich nicht absehbarer kurzfristiger Verschlechterungen der wirtschaftlichen Lage nicht von einer „Risikogemeinschaft“ von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft ausgegangen werden. Selbst im Fall unvorhersehbarer Betriebsstörungen – nicht gemeint sind hier Fälle der „großen Geschäftsgrundlage“ – stößt der Gedanke einer Risikoverlagerung auf Bedenken, da allein der Arbeitgeber die Entscheidung zu treffen hat, ob er sich für derartige Fälle Versicherungsschutz verschafft.

(c) Entgegen der Auffassung von *Nikisch* (a. a. O.) folgt auch aus dem „Wesen der Gratifikation“ und der Tatsache, dass es sich bei dem – nach den Regeln der Betriebsübung begründeten – Gratifikationsanspruch um eine vormals freiwillige Leistung des Arbeitgebers aus sozialen Gründen gehandelt hat, nichts anderes.

Aus welchem Grunde der vormals freiwillige Charakter auch dann noch die Verbindlichkeit und Abänderbarkeit des Leistungsversprechens sowie die Frage der Geschäftsgrundlage und Risikozurechnung bestimmen soll, wenn im Wege der Betriebsübung ein vorbehaltloser vertraglicher Anspruch entstanden ist, lässt sich, wenn nicht überhaupt der Rechtscharakter der Betriebsübung als konkludente vertragliche Einigung infrage gestellt werden soll, weder dogmatisch noch wertungsorientiert schlüssig begründen.

Zu Unrecht wird nämlich aus dem vormals freiwilligen Charakter der Leistung und der bei der Einführung der Leistung etwa vorhandenen sozialen Motivation gefolgert, auch nach Umwandlung in ein vertragliches Leistungsversprechen wirke das Wesen der Gratifikation als „Sozialleistung“ weiter (so aber offenbar *Nikisch*, a. a. O.). Selbst wenn eine solche Sichtweise auf diejenigen Arbeitnehmer zutreffen sollte, welche in der Vergangenheit selbst noch in den Genuss der Gratifikation als freiwilliger Sozialleistung gelangt sind, versagt der Gedanke der Kontinuität jedenfalls bei denjenigen Arbeitnehmern, welche unter Geltung einer rechtsverbindlich gewordenen Betriebsübung in den Betrieb eintreten und – wie es der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 6, 10; Urteile vom 17.09.1970 und vom 10.08.1988 – 5 AZR 571/87 – AP § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 32) entspricht – sogleich von der bestehenden betrieblichen Übung erfasst werden, ohne erst selbst die Anspruchsvoraussetzungen in eigener Person erfüllt haben zu müssen. Die hierfür maßgebliche Begründung, dass nämlich der neu eintretende Arbeitnehmer regelmäßig von der Gewährung von Gratifikationsleistungen erfährt und, diese damit konkludent zum Inhalt des Arbeitsvertrages werden (BAG AP

§ 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 6), bedeutet nicht, dass auf diesem Wege zugleich auch der vormalige Charakter der Gratifikation als freiwilliger Sozialleistung vermittelt wird. Für die Berücksichtigung des früheren Rechtscharakters als einer freiwilligen Sozialleistung ist damit nach Umwandlung in einen Rechtsanspruch kein Raum.

Ebenso wenig kann aus dem Wesen der Gratifikation und dem Umstand, dass es sich bei dem vertraglich verfestigten Gratifikationsanspruch nicht um reines Arbeitsentgelt i.e.S. handelt, sondern mit der versprochenen Gratifikationsleistung eine Zusatzleistung zur Erreichung weitergehender Ziele – wie etwa der Belohnung geleisteter Dienste und dem Anreiz zu künftiger Betriebstreue – erbracht wird, eine Abschwächung der vertraglichen Bindung des Arbeitgebers hergeleitet werden, welche über eine veränderte Zuordnung des Wirtschaftsrisikos im Rahmen der „Geschäftsgrundlage“ den Arbeitgeber bei Zahlungsschwierigkeiten vom Gratifikationsversprechen befreit. Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wird nicht allein durch die laufende, proportional zur Arbeitsleistung gewährte Vergütung (Arbeitsentgelt i.e.S.) abgedeckt, sondern auch durch die zusätzlich – unter weiteren Voraussetzungen – versprochenen Sonderleistungen „entgolten“ (Arbeitsentgelt i.w.S.). Auch letztere nehmen damit uneingeschränkt an der vertraglichen Bindung teil. Sollen, versprochene Zusatzleistungen gleichwohl von anderen als den erkennbar vereinbarten Voraussetzungen – etwa von der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers – abhängig sein, erfordert dies eine entsprechende Klarstellung. Nicht hingegen kann unter Hinweis auf das Wesen der Gratifikation als zusätzlicher Leistung eine erleichterte Abänderbarkeit mittels der Regeln der Geschäftsgrundlage begründet werden.

(d) Schließlich kann eine erleichterte Abänderbarkeit betriebsüblich gewährter Sonderzahlungen auch nicht damit gerechtfertigt werden, für den Arbeitnehmer sei auch ohne besonderen Hinweis erkennbar, der Arbeitgeber wolle sich – trotz rechtlicher Verbindlichkeit der begründeten Betriebsübung – zu einer zusätzlichen Leistung nur unter dem stillschweigenden Vorbehalt seiner Leistungsfähigkeit verpflichten. Aus der Sicht des Arbeitnehmers sind indessen die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes nicht erkennbar, so dass für die Annahme eines stillschweigenden Änderungsvorbehalts oder einer Bedingung keine Grundlage besteht. Ebenso wenig wie im Bereich der ausdrücklich – im Arbeitsvertrag – vereinbarten Leistungen mangels gegenteiliger Erklärungen von einer bedingten Verpflichtung auszugehen ist, kann auch im Anwendungsbereich stillschweigender (konkludenter) Abreden unter Einschluss der Regeln der Betriebsübung allein aus dem formlosen Zustandekommen der vertraglichen Regelung auf einen eingeschränkten Bindungswillen oder unbenannte Vorbehalte geschlossen werden. Das gilt umso mehr, als es beim Vertragsschluss der Versprechende in der Hand hat, die gewollten Vertragsbedingungen klar zu formulieren.

Auch wenn man im Übrigen die Wirkungen der Betriebs-

übung nicht nach den Regeln des Vertragsrechts begründen, sondern aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Sinne einer „Erwirkung“ herleiten will, besteht für eine abgeschwächte Verbindlichkeit bzw. erleichterte Abänderbarkeit des kraft „Erwirkung“ entstandenen Anspruchs keine Grundlage, sofern nicht der Vertrauenstatbestand der wiederholten vorbehaltlosen Zahlung selbst hierfür erkennbare Anhaltspunkte bietet.

e) In Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung des neueren arbeitsrechtlichen Schrifttums muss nach alledem die zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als überholt angesehen werden. Sie ist – insbesondere nach der Normierung der Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage – nicht mehr anwendbar. Vielmehr ist der Arbeitgeber auf die anerkannten Gestaltungsmittel des Zivilrechts angewiesen, um sich von einer unzumutbaren oder existenzbedrohenden Belastung durch Zahlungsverpflichtungen zu lösen.

Unabhängig hiervon steht dem Arbeitgeber und Betriebsinhaber – nicht anders als im Verhältnis zu sonstigen Gläubigern – die Möglichkeit zu, durch Offenlegung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens die Arbeitnehmer zu freiwilligen Unterstützungsmaßnahmen wie Stundung oder Verzicht auf die Gratifikationsleistung zu bewegen, wobei ggfs. auch der Betriebsrat in geeigneter Form auf ein solidarisches Verhalten der Belegschaft zum Erhalt der Arbeitsplätze hinwirken kann. Ebenso wenig wie sich aber der Betriebsinhaber wegen finanzieller Bedrängnisse im Verhältnis zu anderen Gläubigern auf allgemeine vertragliche Rücksichtnahmepflichten, Treu und Glauben oder auf eine „Störung der Geschäftsgrundlage“ berufen kann, um bestehenden Rechtsansprüchen auszuweichen, kann der Belegschaft ohne besondere rechtliche Grundlage ein „Sonderopfer“ in Form der Beschränkung vertraglich verfestigter Gratifikationsansprüche auferlegt werden.

(f) Nur ergänzend ist für den vorliegenden Fall auszuführen, dass die Beklagte bereits im Jahre 2001 erhebliche wirtschaftliche Probleme zu verzeichnen hatte. Eben aus diesem Grunde hatte sie das betriebsübliche Weihnachtsgeld zunächst nur in Höhe von 50% eines Gehalts ausgezahlt. Im Jahre 2002 hat die Beklagte demgegenüber – trotz negativen Betriebsergebnisses – die reguläre Sonderzahlung in Höhe von 90% eines Bruttogehalts erbracht. Wenn aber die Beklagte trotz gleich bleibend schlechter wirtschaftlicher Lage davon absah, durch Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung bestehende finanzielle Belastungen abzumildern, erscheint es auch aus diesem Grunde als zweifelhaft, ob aufgrund der anhaltenden weiteren schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und der hieraus abgeleiteten Existenzbedrohung selbst dann, wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen für Gratifikationsansprüche aufgrund Betriebsübung eine erleichterte Abänderbarkeit auf der Grundlage des § 313 BGB n.F. annehmen wollte, hier ein Wegfall der Zahlungsverpflichtung nach den Regeln der Störung der Geschäftsgrundlage anzuerkennen wäre (Röhler, a. a. O., Rz

Allgemeines Vertragsrecht

225, 226). Ohne nähere Erklärung erscheint das Verhalten der Beklagten in gewisser Weise widersprüchlich. Andererseits macht die Beklagte mit der Berufung geltend, sie habe sich bei der Prüfung rechtlicher Handlungsmöglichkeiten an der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht orientiert (und wohl aus diesem Grund förmliche Schritte zur Beseitigung der Betriebsübung für entbehrlich gehalten). Ob unter diesen Umständen das Ausbleiben einer Änderungskündigung und die ungekürzte Auszahlung der Gratifikation im Jahr 2002 auf Seiten der Beschäftigten ein besonderes Vertrauen in dem Sinne wecken konnten, mit nachteiligen Maßnahmen sei nicht zu rechnen, solange sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens nicht weiter verschlimmere, bedürfte weiterer Aufklärung. Hiervon kann aus den vorstehenden Gründen abgesehen werden.

(g) Andererseits kann aber auch nicht von einem berechtigten Vertrauen der Beklagten in die zitierte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – mit der Folge ihrer weiteren Anwendung bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits – ausgegangen werden, wie dies die Beklagte aus rechtsstaatlichen Gründen für geboten hält. Weder trifft es zu, dass das Bundesarbeitsgericht noch vor wenigen Jahren seinen früheren Standpunkt bestätigt habe – die zitierte Entscheidung (BAG, Urteil vom 23.06.1994 – 6 AZR 853/93 – NZA 1995, 468 = AP § 615 BGB Nr. 56) betrifft Fragen des Betriebsrisikos bei Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit ohne Bezug zu Fragen des Gratifikationsrechts und weist das Vergütungsrisiko dem Arbeitgeber zu –, noch kann unter Berücksichtigung der Fortentwicklung der arbeitsrechtlichen Dogmatik und der im Schrifttum ganz überwiegend geäußerten Bedenken von einer gefestigten Rechtsüberzeugung ausgegangen werden, welche das Vertrauen rechtfertigt, die arbeitsrechtliche Entscheidungspraxis werde gleichsam unbelehrbar an der überkommenen Auffassung festhalten. Im Übrigen lässt sich auch auf der Grundlage der älteren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht begründen, im Falle einer wirtschaftlichen Notlage stehe dem Arbeitgeber als einzige Reaktionsmöglichkeit eine aus Treu und Glauben abgeleitete Kürzungsbefugnis zu. Wenn die Beklagte, die bereits im Jahre 2001 mit erheblichen wirtschaftlichen Problemen zu kämpfen hatte und in diesem Zusammenhang bereits einmal den Versuch einer Kürzung von Gratifikationen unternommen hatte, in der Folge von geeigneten und rechtlich anerkannten Möglichkeiten zur Reduzierung der gratifikationsbedingten Zahlungsverpflichtungen absah, sondern statt dessen – trotz massiver Gegenstimmen – auf die unveränderte Fortgeltung der BAG-Rechtsprechung vertraute, so kann sie für sich keinen gesteigerten Vertrauensschutz mit dem Ziel in Anspruch nehmen, im vorliegenden Rechtsstreit noch einmal nach Maßgabe eines als unrichtig erkannten Rechtsstandpunktes behandelt zu werden.

■ Landesarbeitsgericht Hamm
vom 13. September 2004, 8 Sa 721/04, Revision zugelassen/nicht eingelegt

eingereicht von Rechtsanwalt Joachim Sturm, Hansastraße 18–20, 46236 Bottrop, Tel.: 02041/22197, Fax: 02041/27405; www.sturm-tietze.de

350. Arbeitnehmerhaftung, gesamtschuldnerische Haftung von Mittätern, Gehilfen und Nebentätern

Begeht ein Arbeitnehmer als Mittäter, Gehilfe oder Nebentäter in Zusammenwirken mit Dritten eine zum Schadensersatz verpflichtende Straftat zu Lasten seines Arbeitgebers bzw. dessen Vertragspartners als Kostenträger, ist er aufgrund seiner gesamtschuldnerischen Haftung zum Ausgleich des vollen Schadens verpflichtet. Er muss sich gegenüber den an der Straftat beteiligten Dritten auf den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB verweisen lassen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 17. Januar 2005, 9 (2) Sa 679/02, Rechtsmittel nicht zugelassen

351. Aufrechnung, rechtsmissbräuchliche -; Aufhebungsvereinbarung

Verpflichtet sich die Arbeitgeberin in einer Aufhebungsvereinbarung, die eine Vielzahl von Rechten und Pflichten der Parteien regelt und aus Sicht des Vertragspartners abschließenden Charakter trägt, zu einer Entgeltzahlung, kann sich eine spätere Aufrechnung mit abgetretenen Schadensersatzansprüchen eines Dritten ohne einen entsprechenden Vorbehalt in der Vereinbarung selbst oder im Rahmen der Vertragsverhandlungen als rechtsmissbräuchlich erweisen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 8. Oktober 2004, 9 (4) Sa 186/03, Rechtsmittel nicht zugelassen

352. Allgemeine Geschäftsbedingungen, Transparenzgebot, Firmenangehörigenrabatt

1. Das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen erfordert bei einer Klausel, nach der ein Preisnachlass beim Kauf eines vom Arbeitgeber produzierten Kraftfahrzeuges entfällt, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf bestimmter Fristen endet, dass nicht nur die Voraussetzungen für den Wegfall klar und verständlich dargestellt werden, sondern auch wegen der Höhe der Forderung des Arbeitgebers nicht erst eine intensive Beschäftigung mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder eine Nachfrage notwendig wird (im Anschluss an BAG, Urteil vom 26.05.1993, AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz).

2. Die Angabe der prozentualen Höhe des Preisnachlasses und der Umsatzsteuer in einer solchen Klausel bereitet dem Arbeitgeber keine unüberwindbaren Schwierigkeiten.

3. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot kann nur so lange „geheilt“ werden, wie sich der Arbeitnehmer noch entscheiden kann, ob er den Kaufvertrag über das Kraftfahrzeug abschließen will (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11.02.1992,

NJW 1992, S. 1097, 1098 und BGH, Urteil vom 10.03.1993, NJW 1993, S. 2052, 2054).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 4. März 2005, 9 Sa 1782/04, Rev. zugel.

353. Beschäftigungsverbot, ärztliche Schweigepflicht, Beweiswert

1. Der ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG aussprechende Arzt ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die konkreten Arbeitsbedingungen, die der Arbeitnehmerin nicht zumutbar gewesen sein sollen, zu benennen. Er verletzt hierdurch nicht seine ärztliche Schweigepflicht.

2. Das Beschäftigungsverbot wird in der Regel schriftlich erklärt. Ein ordnungsgemäß ausgestelltes schriftliches Beschäftigungsverbot hat einen hohen Beweiswert. Dieser kann nur dadurch erschüttert werden, dass der Arbeitgeber Umstände vorträgt und ggf. beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Berechtigung des Beschäftigungsverbots Anlass geben (vgl. BAG, Urt. v. 31.07.1996 – 5 AZR 474/95 = AP Nr. 8 zu § 3 MuSchG 1968; Urt. v. 01.10.1997 – 5 AZR 685/96 = AP Nr. 11 zu § 3 MuSchG 1968). Der Arbeitgeber ist berechtigt, nach Vorlage einer Bescheinigung über ein vollständiges Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG von dem behandelnden Arzt weitere Auskünfte über den Umfang des Verbots sowie über die Frage, ob Arbeitsumstände, die vom Arbeitgeber abgestellt werden könnten, ausschlaggebend für das Verbot waren, zu verlangen. Insoweit bedarf es keiner Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht (vgl. LAG Bremen, Urt. v. 25.01.1991 – 4 Sa 198/90, 4 Sa 290/90 = LAGE § 11 MuSchG Nr. 1). Dementsprechend hat der Arzt der Schwangeren zwar die Fragen des Arbeitgebers nach dem Umfang des Beschäftigungsverbots, nicht aber die Fragen nach den Gründen für den Ausspruch des Beschäftigungsverbots zu beantworten (vgl. BAG, Urt. v. 12.03.1997 – 5 AZR 766/95 = AP Nr. 10 zu § 3 MuSchG 1968). Ist der Beweiswert eines ärztlichen Beschäftigungsverbots erschüttert, muss sich das Gericht die näheren Gründe für ein Beschäftigungsverbot vom Arzt erläutern lassen. Kann das Gericht nach einer entsprechenden Beweisaufnahme die Voraussetzungen des Beschäftigungsverbots nicht feststellen, geht dies zu Lasten der schwangeren Arbeitnehmerin. Die Arbeitnehmerin trägt dann die Beweislast dafür, dass ein wirksames Beschäftigungsverbot vorliegt (vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 20.01.2003 – 5 Sa 833/02 = NZA – RR 2003, 517 ff.).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 12. Mai 2004, 9 Sa 2109/03, Rev. nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwalt Volker Allmang, Eisenbahnstraße 73, 67655 Kaiserslautern, Tel.: 0631/354780, Fax: 0631/63033; e-mail: Kanzlei@aer-kl.de

354. Betriebliche Altersversorgung, Witwenrente, Freitodklausel

1. Dem verstorbenen Arbeitnehmer war eine betriebliche Altersversorgung nach der mit dem Betriebsrat vereinbarten Versorgungsordnung vom 16.08.1979 zugesagt worden. Die zugesagten Leistungen umfassen nach § 3 der Versorgungsordnung Ruhegeld und Hinterbliebenenrenten. Anspruch auf Witwenrente besteht sowohl beim Tod des Anwärters (§ 11) als auch beim Tod des Ruhegeldempfängers (§ 12). In § 13 der Versorgungsordnung heißt es: „Bei Freitod eines Anwärters wird kein Anspruch auf Witwenrente erworben.“

2. Das Berufungsgericht teilt die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass die Freitodklausel nicht insgesamt unwirksam ist, sondern nur zu dem Ergebnis führt, dass Witwenrente nicht vorzeitig beim Tod des Anwärters, sondern erst ab dem Zeitpunkt zu zahlen ist, zu dem der Anwärter ohne seinen Freitod die feste Altersgrenze erreicht hätte. Zu diesem Ergebnis kommt das Berufungsgericht bereits im Wege der teleologischen Reduktion der Freitodklausel.

3. Die Zulässigkeit von Freitodklauseln in der betrieblichen Altersversorgung ist, soweit ersichtlich, vom BAG noch nicht entschieden worden. Im Urteil vom 29.01.1991 – 3 AZR 85/90 – (AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung) hat das BAG die Frage offen gelassen. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung beurteilt sie unterschiedlich, worauf bereits das Arbeitsgericht hingewiesen hat. Im Schrifttum werden Freitodklauseln zwar nicht generell als unzulässig, aber als „problematisch“ (*Griebeling*, Betriebliche Altersversorgung, Rn 55), „bedenklich“ (*Langohr-Plato*, Rechtshandbuch Betriebliche Altersversorgung, Rn 23) und als unbefriedigend empfunden, da der Freitod die Hinterbliebenen zusätzlich „bestrafe“ (*Blomeyer/Otto*, 3. Auflage 2004, Rn 176 und *Höfer*, BetrAVG, Rn 894).

4. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind Freitodklauseln nicht von vornherein unwirksam. Der Arbeitgeber ist frei in seiner Entscheidung, ob er überhaupt eine Hinterbliebenenversorgung in die Zusage einer betrieblichen Altersversorgung einbeziehen will. Er ist auch grundsätzlich frei darin, bestimmte Versorgungsfälle auszuklammern, wobei er bei einer auf einer Betriebsvereinbarung beruhenden Versorgungsordnung wie vorliegend gemeinsam mit dem Betriebsrat die Grundsätze von Recht und Billigkeit nach § 75 BetrVG zu beachten hat. Schließen die Betriebsparteien den Freitod als Versorgungsfall aus der betrieblichen Altersversorgung aus, ist der ihnen bei der Anwendung der Grundsätze von Recht und Billigkeit nach § 75 BetrVG zuzubilligende Beurteilungsspielraum noch nicht überschritten. Es ist keine sachfremde Ungleichbehandlung, wenn Hinterbliebene im Falle des Freitodes eines Arbeitnehmers aus der Versorgungsregelung herausgenommen werden, um den Arbeitgeber davor zu schützen, vorzeitig und länger Versorgungsleistungen erbringen zu müssen, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass eine Missbrauchsgefahr und die

Allgemeines Vertragsrecht

Notwendigkeit einer Risikobegrenzung in Freitodfällen nur als gering einzuschätzen ist. Die Begehung eines Selbstmordes zur Verschaffung einer Hinterbliebenenrente ist eher fernliegend. Daher ist der Ausschlussbestand des „Freitodes“ im Zweifel restriktiv auszulegen.

5. Für die konkrete Freitodklausel in § 13 der Versorgungsordnung gilt Folgendes:

Der Begriff des Freitodes in der Versorgungsordnung schließt schon vom Wortverständnis her die Fälle aus, in denen die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen worden ist. Dieser Wortsinn findet außerdem seinen Niederschlag in der Gesetzesregelung des § 169 Satz 2 WG für den Bereich der Versicherungswirtschaft, in dem die Missbrauchsgefahr durch Verschaffung einer in der Regel nicht unbedeutlichen Lebensversicherungssumme weitaus höher ist als das Missbrauchsrisiko zur Erlangung einer betrieblichen Hinterbliebenenrente. Die Auslegung des Begriffs „Freitod“ mit den Beschränkungen im Sinne des § 169 Satz 2 WG vermag den Anspruch im Streitfall aber nicht zu begründen, denn nach dem Inhalt der Berufungsverhandlung beruft sich die Klägerin nicht auf einen Fall des Selbstmordes in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit.

6. Im Rahmen der Auslegung oder weitergehend einer Rechtskontrolle ist es nicht möglich, etwa die Wartezeitregelung des § 8 der Allgemeinen Bedingungen für die kapitalbildende Lebensversicherung (ALB 86) zum Inhalt der Freitodklausel des § 13 der Versorgungsordnung zu machen. Die ALB schließen Selbstmordfälle nach einer bestimmten Wartezeit (3 Jahre) nicht mehr aus der Leistungspflicht aus, stehen also einer Auszahlung der vollen Versicherungssumme nach Ablauf von 3 Jahren seit Zahlung des Einlösungsbeitrages oder seit Wiederherstellung der Versicherung nicht entgegen. Im Schrifttum wird zwar gelegentlich empfohlen, in eine Freitod- oder Härtefallklausel eine vergleichbare Wartezeit zwischen der Zusage der betrieblichen Altersversorgung und dem Freitodfall aufzunehmen (*Langohr-Plato a. a. O.*, Rn 23). Wo eine solche Regelung, die auf die Verhältnisse in der Versicherungswirtschaft zugeschnitten ist, aber wie vorliegend durch die Betriebsparteien in der Versorgungsordnung nicht getroffen wurde, kann sie nicht ohne weiteres aus allgemeinen Billigkeitserwägungen in die Todesfallklausel hineininterpretiert werden.

7. Die Versorgungsordnung enthält keine Härtefallklausel, die die Möglichkeit böte, bei Vorliegen einer bestimmten Wartezeit oder bei sonstigen Umständen wie etwa die Motive, die zu einem Selbstmord geführt haben, die Freitodklausel nicht anzuwenden. Andererseits begründet eine fehlende Härtefallklausel noch nicht die generelle Unzulässigkeit der Freitodklausel, wenn sie nach Wortsinn und dem Rechtsgedanken des § 169 Satz 2 WG wie hier so verstanden wird, dass Versorgungsleistungen nicht ausgeschlossen sind, wenn der Selbstmord in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden

Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen worden ist.

8. Die somit grundsätzlich zulässige Freitodklausel in § 13 bietet nach Wortlaut und systematischem Zusammenhang der Versorgungsregelung allerdings die Möglichkeit der teleologischen Reduktion in dem Sinne, dass lediglich die durch Freitod ausgelöste vorzeitige Inanspruchnahme der Hinterbliebenenrente ausgeschlossen sein sollte.

9. Zunächst ist festzustellen, dass die Betriebsparteien in der Versorgungsordnung die Hinterbliebenenversorgung nicht generell bei Freitod ausgeschlossen haben. Die Klausel lautet nicht: „Bei Freitod besteht kein Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung.“ Die Versorgungsordnung gewährt gemäß den §§ 3, 11 und 12 Hinterbliebenenrenten sowohl beim Tod eines Anwärters als auch eines Ruhegeldempfängers. Nach § 13 soll lediglich die Witwenrente beim Freitod eines „Anwärters“ ausgeschlossen sein, das heißt, der Freitod eines Ruhegeldempfängers lässt den Anspruch auf Witwenrente unberührt. Diese Differenzierung ist nach Auffassung des Berufungsgerichts vor dem wirtschaftlichen Hintergrund nachvollziehbar, dass der Arbeitgeber durch den Freitod eines Anwärters nicht vorzeitig und damit auch länger zu Versorgungsleistungen verpflichtet sein sollte. Der Normzweck, sich vor voluntativer Herbeiführung eines vorzeitigen Versorgungsfalles zu schützen, kommt auch in § 9 b der Versorgungsordnung zum Ausdruck. Dort ist geregelt, dass ein Anspruch auf Invalidenrente nicht erworben wird, wenn der Anwärter die Invalidität vorsätzlich herbeigeführt hat. Von den in §§ 9 b und 13 geregelten Fällen des Ausschlusses bewusst herbeigeführter vorzeitiger Versorgungsfälle sind die Ansprüche zu unterscheiden, die mit Erreichen der festen Altersgrenze entstehen, die kalkulierbar und nicht beeinflussbar sind. Da die Versorgungsordnung ab diesem Zeitpunkt Witwenrente auch dann vorsieht, wenn der ehemalige Arbeitnehmer Freitod begeht, besteht kein sachlicher Differenzierungsgrund für eine „Bestrafung“ der Witwe, deren Ehemann vorher durch Freitod aus dem Leben geschieden ist, obwohl sie erst ab der Altersgrenze des Arbeitnehmers und daher nicht vorzeitig an der von diesem verdienten Versorgungsanwartschaft teilhaben soll. Eine besondere Belastung des Arbeitgebers gegenüber den Fällen des Freitodes eines Rentners besteht nicht.

10. Letztlich kann dahingestellt bleiben, ob aus Wortlaut und Systematik der Versorgungsordnung das Ergebnis aus einer teleologischen Reduktion der Freitodklausel in § 13 herzuleiten ist, die für vorzugswürdig gehalten wird, oder ob bei Bedenken gegen diesen methodischen Weg die Bestimmung des § 13 der Versorgungsordnung der sodann erforderlichen Billigkeitskontrolle zu unterziehen ist. Insoweit kann auf die Erwägung des Arbeitsgerichts zur Billigkeitskontrolle gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG verwiesen werden. Einer Billigkeitskontrolle würde die Freitodklausel allerdings vor allem deshalb nicht standhalten, weil sie aus den oben genannten Gründen bei den Freitodfällen die Witwe beim „Anwärtertod“ generell von Versorgungsansprüchen ausschließt und damit

ohne hinreichenden Grund überschießend schlechter stellt als die Witwe beim „Rentnertod“.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15. Juli 2004, 10 Sa 184/04, Rev. zugel.

355. Arbeitszeit, Lage der –; Leistungsbestimmung; Personensorgepflichten

1. Zu den vom Arbeitgeber – bei einer Leistungsbestimmung nach § 106 S. 1 GewO – auf Seiten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Umständen gehören auch die schutzwürdigen familiären Belange des Arbeitnehmers.

2. Bei der Bestimmung der Lage der Arbeitszeit muss der Arbeitgeber auf die Personensorgepflichten (§§ 1626, 1627 BGB) des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen, soweit einer vom Arbeitnehmer gewünschten Verteilung der Arbeitszeit nicht betriebliche Gründe oder berechnete Belange anderer Arbeitnehmer entgegenstehen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 19. Januar 2005, 10 Sa 820/04, Revision nicht zugelassen

356. Bewilligungsanspruch schwerbehinderter Menschen, Wiedereingliederung

1. Der Bewilligungsanspruch schwerbehinderter Menschen beschränkt sich nicht auf die arbeitsvertraglich vereinbarte Tätigkeit. Vielmehr kann auch eine Vertragsänderung und eine entsprechende Beschäftigung verlangt werden, wenn dies erforderlich ist, um § 81 Abs. 3 Ziffer 1 SGB IX zu genügen.

2. Daraus ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, dass der Arbeitgeber auch verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer eine ganz bestimmte Wiedereingliederung zu ermöglichen.

3. Die Mitwirkung an der vom Arbeitnehmer angestrebten Wiedereingliederungsmaßnahme muss dem Arbeitgeber zumutbar sein.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 4. März 2005, 12 Sa 566/04, Rev. eingelegt zum Az. 9 AZR 229/05

357. Direktionsrecht, Arbeitszeit, billiges Ermessen

Sieht ein Tarifvertrag (hier § 22 Manteltarif für die Arbeitnehmer der Deutschen Post AG vom 01.09.2003) vor, dass Arbeitnehmer sowohl im Schichtdienst als auch in der Tag- oder Nachtschicht eingesetzt werden können, so wird diese Regelung weder durch die Zuweisung einer bestimmten Tätigkeit abbedungen, noch konkludent durch einen langjährigen Einsatz in einer Schichtform.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 18. November 2004, 14 SaGa 1619/04, rkr.
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: /72987; e-mail: info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

358. Geschäftsführer, Abberufung eines –; Abfindung

1. Eine Abfindungsklausel in einem Geschäftsführerdienstvertrag, die die Zahlung einer Abfindung für den Fall vorsieht, „dass die Gesellschaft den Geschäftsführer vorzeitig abberuft, ohne dass ein Grund nach Punkt 11 Abs. 2 vorgelegen hat“, enthält keine Lücke für eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass der Abfindungsanspruch nur entstände, wenn der Geschäftsführer das Unternehmen auch verlässt.

2. Der Ansicht der Beklagten, dass der Text grammatikalisch unrichtig sei, keinen Sinn ergebe, weil er offensichtlich eine Lücke aufweise und die Worte „... dieser das Unternehmen verlässt ...“ zwischen die Worte „und ohne“ einzufügen seien, trifft nicht zu. Die vertragliche Formulierung „... und ohne dass ein Grund nach Punkt 11 Absatz 2 vorgelegen hat ...“ mag sprachlich nicht besonders schön sein und eleganter mit den Worten „... und kein Grund nach Punkt 11 Absatz 2 ...“ ausgedrückt werden, aber inhaltlich ist mit der vertraglichen Formulierung klar und abschließend zum Ausdruck gebracht, dass für den Abfindungsanspruch allein zwei Voraussetzungen vorliegen müssen, nämlich einmal die vorzeitige Abberufung des Geschäftsführers und zum Anderen, dass kein Grund nach Punkt 11 Absatz 2 vorliegen darf (Grund für eine fristlose Kündigung).

Der strittige Vertragstext enthält deshalb keine Lücke, die der ergänzenden Vertragsauslegung bedarf.

Für die Behauptung der beklagten Partei, dass auch für den Kläger bei Abschluss des Dienstvertrages es klar gewesen sei, dass die von der Beklagten behauptete Lücke bestehe und dass sie mit den Worten „dieser das Unternehmen verlässt“ auszufüllen ist, hat die Beklagte keinen Beweis angeboten.

■ Landgericht München II
vom 23. September 2004, 4 HK 0 809/04
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: 0511/2155563–43

Anmerkung:

Immerhin war die kleine Ungenauigkeit in der Vertragsformulierung knapp € 200.000,00 wert. (gr)

359. Arbeitsvermittlung; Vermittlungsgebühren, Rückerstattung von Pauschalvergütung

1. Ein Kurierfahrer der für die Akquisition von Aufträgen an einen Unternehmer eine Pauschalvergütung abzuführen hat, kann die Pauschalvergütung für den Zeitraum zurückverlangen, in denen ein Arbeitsverhältnis des Kurierfahrers zum Kunden des Kurierunternehmens entstanden war.

2. Der Anspruch auf Rückerstattung der von der Beklagten für die Monate Juni und Juli 1998 einbehaltenen Pauschale von zusammen DM 2.400, – ist begründet aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 134 BGB i.V.m. §§ 291, 297 Ziff. 2 SGB III.

Während dieses Zeitraumes hat die Beklagte die monatlichen Pauschalbeträge dafür einbehalten, dass sie den Kläger und

Kündigungsrecht

die Bank zur Ausführung von Botentätigkeiten gegen Zahlung von Stundenlöhnen zusammengeführt hat. Bei diesen Tätigkeiten handelte es sich nach den für die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit von einer Dienstleistung als Arbeitnehmer geltenden Kriterien um typische Arbeitnehmer-tätigkeit im Sinne von Zeitarbeit, wie auch das Arbeitsgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 17.11.00 festgestellt hat. Denn der Kläger hat die Botentätigkeit für die Bank an Werktagen ganztags während der üblichen Arbeitszeiten ausgeführt, war dabei in den Betrieb der Bank eingegliedert und unterlag in sachlicher und zeitlicher Hinsicht vollständig ihrem Weisungsrecht. Er hatte fremdbestimmte abhängige Arbeit auszuführen, konnte weder die Art und Umfang seiner Tätigkeit noch seine Arbeitszeit frei bestimmen und musste etwaige Urlaubszeiten mit der Bank abstimmen. Bei der Beklagten verblieb allein das Aushandeln und Abrechnen sowie die Auszahlung der Stundenlöhne für den Kläger abzüglich der dafür einbehaltenen Monatspauschalen. Auch wenn dies wie das Arbeitsgericht Hamburg gleichfalls festgestellt hat, nicht bedeutet, dass der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten gewesen ist, und aus diesem Grunde die Vermittlungsleistungen der Beklagten nicht als ihr nicht erlaubte Arbeitnehmerüberlassung nach den Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes angesehen werden können (vgl. BayrObLG AP 1982 § 1 AÜG Nr. 4), ist die monatliche Pauschale von der Beklagten für eine Arbeitsvermittlung gemäß § 291, 297 Nr. 1 SGB III einbehalten worden.

Nach der Legaldefinition des § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB III ist Arbeitsvermittlung jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitssuchende mit Dritten zur Begründung von Beschäftigungsverhältnissen zusammenzuführen. Für den Begriff des Beschäftigungsverhältnisses, der weiter als der Begriff des Arbeitsverhältnisses ist, ist die persönliche Abhängigkeit von einem „Arbeitgeber“ im Gegensatz zur selbständigen Dienstleistung charakteristisch (*Niesel-Brand*, SGB III § 35 Rn 9). Ein derartiges persönliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Bank hat unzweifelhaft im Juni und Juli 1998, den letzten beiden Monaten vor Begründung des festen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Bank, bestanden. Dem steht nicht entgegen, dass für den Kläger zumindest theoretisch die Möglichkeit bestanden hat, abends bzw. nachts oder an Wochenenden Kurierfahrten mit seinem Fahrzeug für die Klägerin nach eigener Zeiteinteilung selbständig auszuführen, denn für die Vermittlung solcher Dienstleistungen hat die Beklagte in den Monaten Juni und Juli 1998 die Pauschale gerade nicht einbehalten. Die Tatsache, dass der Vertrag der Parteien vom 11.9.1995 (Anlage K 1) über die Vermittlung von Kurierfahrten zu diesem Zeitpunkt ungekündigt fortbestanden hat, steht der Annahme, dass der Kläger Arbeitssuchender gewesen ist, nicht entgegen. Denn der Begriff des Arbeitssuchenden ist weiter als der des Arbeitnehmers und erfasst auch Selbständige, die sich in ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu einer anderen Person begeben (*Niesel-Brand*, a. a. O. Rn 7), ohne dass eine

feste Grundlage für ihren arbeitsrechtlichen Schutz in dem Verhältnis zu dem „Vermittler“ vorhanden ist bzw. bleibt, wie im vorliegenden Fall. Denn die Arbeitsvermittlung ist vornehmlich aus Gründen der sozialen Sicherheit der Arbeitnehmer, zum Schutz ihrer Würde in Gestalt des Schutzes vor einer Ausbeutung zu einer Aufgabe der unmittelbaren staatlichen Daseinsvorsorge gemacht worden (BSG BB 1970, 1398 ff. und JUS 19761, 108). Dieser soziale Schutzzweck rechtfertigt die Annahme, dass trotz des formalen Fortbestandes des Vertrages der Parteien über die Vermittlung von Kurierfahrten im Juni und Juli 1998 die Pauschale für eine Arbeitsvermittlung gewährt bzw. einbehalten worden ist. Andernfalls wären einer Umgehung dieses Schutzes Tor und Tür geöffnet.

Der Rückforderungsanspruch ist nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Dies wäre nur der Fall, wenn der Kläger gewusst hätte, dass er zur Bezahlung der Pauschale für die Monate Juni und Juli 1998 nicht verpflichtet gewesen ist. Hierzu reicht nicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen der Leistungspflicht ergibt. Hinzukommen muss die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung (Palandt-*Sprau*, BGB, 61. Aufl., § 814 Rn 3). Weder aus dem Vorbringen der Beklagten noch dem unstreitigen Sachverhalt ergeben sich hinreichend sichere Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Kläger über diese Rechtskenntnisse im Juni und Juli 1998 verfügt hat.

■ Landgericht Hamburg

vom 11. September 2002, 318 S 66/01, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Mark Schönleiter, Tarpenbekstraße 132, 20251 Hamburg, Tel.: 040/467770-50, Fax: -51; e-mail: info@rechtsanwalt-schoenleiter.de

Kündigungsrecht

360. Schwerbehinderteneigenschaft, Nachweispflicht gegenüber Arbeitgeber

1. Zum Zeitpunkt der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers muss die Schwerbehinderteneigenschaft lediglich durch Feststellungsbescheid des Versorgungsamtes oder den Schwerbehindertenausweis festgestellt sein. Ein Nachweis gegenüber dem Arbeitgeber ist vor der Kündigung nicht erforderlich.

2. (...) Dem steht auch § 90 Abs. 2 a SGB IX nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Menschen nicht der vorherigen Zustimmung durch das Integrationsamt, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte (§ 90 Abs. 2 a SGB IX). Auf Grund des von der Klägerin vorgelegten Bescheides des Versorgungsamtes vom 15.04.2003

war die Schwerbehinderteneigenschaft der Klägerin bereits vor Ausspruch der Kündigung nachgewiesen. Eine Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung wird durch die mit Wirkung vom 01.05.2004 eingeführte neue Vorschrift des § 90 Abs. 2 a SGB IX nicht begründet.

Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Vorschrift als auch aus ihrer Entstehungsgeschichte.

§ 90 Abs. 2 a SGB IX verlangt nach seinem Wortlaut lediglich, dass die Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers im Zeitpunkt der Kündigung nachgewiesen ist. Ein solcher Nachweis erfolgt durch den Feststellungsbescheid des Versorgungsamtes oder den Schwerbehindertenausweis. Dass ein solcher Nachweis darüber hinaus im Zeitpunkt der Kündigung vom Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber geführt sein muss, lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen. Im Übrigen wurde eine solche Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber im Gesetzgebungsverfahren zwar diskutiert, aber letztlich nicht in den Wortlaut der Vorschrift mit aufgenommen. In seiner Stellungnahme vom 19.12.2003 (BR-Drucksache 746/03, Seite 23) hat der Bundesrat zum Gesetzesentwurf der Neuregelung des Sonderkündigungsschutzes im SGB IX folgende Änderung vorgeschlagen und wie folgt begründet:

„In § 85 wird nach Satz 1 folgender Satz 2 angefügt: Einer vorherigen Zustimmung bedarf es nicht, wenn der behinderte Mensch dem Arbeitgeber vor der Kündigung den Ausweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch (§ 69 Abs. 5) oder den Gleichstellungsbescheid (§ 68 Abs. 2) nicht vorgelegt hat.“

Begründung:

„Die Ergänzung ist erforderlich, um dem zunehmenden Missbrauch des Kündigungsschutzes in den Fällen entgegen zu wirken, in denen Arbeitnehmer ein von vornherein aussichtsloses Feststellungs- oder Gleichstellungsverfahren nur mit dem Ziel in die Wege leiten, die Regelungen über den Kündigungsschutz für die Zeit dieses Verfahrens in Anspruch zu nehmen.“

Da der Gesetzgeber diesen Vorschlag des Bundesrates letztlich nicht in die endgültige Gesetzesfassung (weder in § 85 noch in § 90 Abs. 2 a SGB IX) übernommen hat, wird hinreichend deutlich, dass eine entsprechende Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber für den Arbeitnehmer gerade nicht gesetzlich begründet werden sollte (so auch ArbG Kassel vom 19.11.2004 – 3 Ca 323/04 – ArbRB 2005, Seite 9, im Übrigen Juris; *Grimm/Brock/Windeln*, DB 2005, Seite 285; andere Auffassung *Bauer/Powietzka*, NZARR 2004, Seite 507; *Gramer*, NZA 2004, Seite 704).

Ob die Schwerbehinderteneigenschaft der Klägerin dem Beklagten darüber hinaus vor Ausspruch der Kündigung bekannt war, kann vorliegend dahinstehen. Mit der von der Kammer weiterhin für anwendbar gehaltenen bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, (vgl. dazu die Rechtsprechungsnachweise bei *KR-Etzel*, 7. Auflage, §§ 85 bis 90 SGB IX, Rn 14 ff.) ist es ausreichend, dass der Arbeitnehmer

den Arbeitgeber binnen einer Regelfrist von einem Monat nach Ausspruch der Kündigung über seine Schwerbehinderteneigenschaft informiert. Dies hat die Klägerin vorliegend durch die Klageschrift getan.

■ Arbeitsgericht Siegen

vom 31. März 2005, 1 Ca 2169/04 O

eingereicht von Rechtsanwalt Peter Färber, Finnertröper Straße 23, 57439 Attendorn, Tel.: 02722/93620, Fax: /959556; e-mail: RAe.J.Schmitz@t-online.de

361. Ordentliche Kündigung, Abwicklungsvertrag, Aufhebungsvertrag, Auslegung, Umdeutung

1. Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer ordentlich und schließt danach mit diesem unter Bezug auf die Kündigung einen „Abwicklungsvertrag“ dergestalt, dass vereinbart wird, „dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund betriebsbedingter Kündigung vom ... zum ... sein Ende finden wird“, so kann der Abwicklungsvertrag nicht als Aufhebungsvertrag ausgelegt bzw. umgedeutet werden, wenn sich die Kündigung als nicht wirksam erweist.

2. (...) Auch der Abwicklungsvertrag vom 18.11.2004 war entgegen der Ansicht der Beklagten nicht geeignet, das Arbeitsverhältnis der Parteien zu beenden.

Zwar ist der Abwicklungsvertrag nicht durch Anfechtung des Klägers vom 15.02.2005 nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend wegen Nichtigkeit entfallen. Es fehlt diesbezüglich an einem wirksamen Anfechtungsgrund. Dem insofern beweisbelasteten Kläger ist es nicht gelungen, eine arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung des Beklagten im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB darzulegen bzw. nachzuweisen.

Der Abwicklungsvertrag entfaltet aber keine das Arbeitsverhältnis beendende Wirkung. Denn ein Abwicklungsvertrag unterscheidet sich dadurch von einem Aufhebungsvertrag, dass ein Abwicklungsvertrag das Arbeitsverhältnis nicht beendet, sondern auf eine bereits zuvor ausgesprochene Kündigung Bezug nimmt. Dies war hier der Fall, da dem Kläger zunächst eine Kündigung übergeben wurde, und er erst danach den Abwicklungsvertrag unterzeichnete, der in seiner Ziffer 1 ausdrücklich auf die ausgesprochene Kündigung Bezug nimmt.

Die beabsichtigte Rechtsfolge eines Abwicklungsvertrages ist demzufolge auch nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern die Regelung der Abwicklung eines durch Kündigung zuvor wirksam beendeten Arbeitsverhältnisses. Ein Abwicklungsvertrag, der auf eine unwirksame Kündigung Bezug nimmt, geht daher grundsätzlich ins Leere, es sei denn, der Arbeitnehmer verzichtet in diesem Abwicklungsvertrag wirksam auf sein Recht auf gerichtliche Überprüfung der Kündigung, gegebenenfalls gegen Zahlung einer Abfindung.

Der hier vorliegende Abwicklungsvertrag vom 18.11.2004 enthält jedoch gerade keinen Verzicht des Klägers auf sein Recht auf gerichtliche Überprüfung der Kündigung vom 18.11.2004. Da die Kündigung überdies – wie dargelegt – unwirksam ist,

Kündigungsrecht

fehlt es insofern an einem abwicklungsbedürftigen Rechtsverhältnis und der Abwicklungsvertrag geht ins Leere.

Auch kommt eine Auslegung des Abwicklungsvertrages als Aufhebungsvertrag nicht in Betracht, da eine solche Auslegung dem Abwicklungsvertrag eine das Arbeitsverhältnis beendende Wirkung zusprechen würde, die er weder nach seinem Wortlaut, noch nach der Interessenlage der Parteien haben sollte.

Der Wortlaut in Ziffer 1 nimmt ausdrücklich Bezug auf die beendende Wirkung einer zuvor ausgesprochenen Kündigung und lässt daher keinen Raum für eine anderweitige Auslegung.

Auch die Interessenlage der Parteien spricht gegen eine Auslegung als Aufhebungsvertrag. Nach dem Vortrag der Beklagten kam es dem Kläger gerade auf eine arbeitgeberseitige Kündigung an, um von der Bundesagentur für Arbeit eine Umschulung finanziert zu bekommen. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag hätte hingegen nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III für den Kläger mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Sperrzeit zur Folge gehabt, während der er zum einen kein Arbeitslosengeld und zum anderen keine Umschulung erhalten hätte. Dem Kläger fehlte damit auch und gerade unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrages jegliches Interesse am Abschluss eines Aufhebungsvertrages, so dass eine Auslegung seiner Willenserklärung als eine solche auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht in Betracht kommt.

Schließlich kommt auch eine Umdeutung des Abwicklungsvertrages in einen Aufhebungsvertrag nicht in Betracht. Eine Umdeutung erfordert nach § 140 BGB die Nichtigkeit des umzudeutenden Rechtsgeschäftes (Palandt-*Heinrichs*, § 140, Rn 3). Dem Abwicklungsvertrag stehen jedoch keine Nichtigkeitsgründe entgegen, er ist lediglich gegenstandslos. Eine Umdeutung scheidet darüber hinaus auch daran, dass das Ersatzgeschäft in seinen rechtlichen Wirkungen nicht weiterreichen darf als das unwirksame Geschäft (Palandt-*Heinrichs*, § 140, Rn 6). Dies wäre jedoch hier bei einer Umdeutung in einen Aufhebungsvertrag der Fall, da durch einen solchen ein bestehendes Arbeitsverhältnis beendet würde, obwohl ein Abwicklungsvertrag gerade keine beendende Wirkung haben soll.

■ Arbeitsgericht Wesel

vom 27. April 2005, 3 Ca 4775/04

eingereicht von Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Feldmühleplatz 1, 40545 Düsseldorf, Tel.: 0211/4979-187, Fax.: 0211/4979-65218;

e-mail: heinzjosef.willemsen@freshfields.com,

www.freshfieldsbruckhausderinger.com

362. Kündigungsschutz, Anwendbarkeit, Arbeitnehmer, Kommanditist

1. Der Kommanditist einer Familien-KG ist grundsätzlich ohne gesonderte Vereinbarung kein Dienstnehmer oder

Arbeitnehmer der Gesellschaft im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG mit der Folge, dass er bei der Anzahl der Mitarbeiter für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nicht mitzuzählen ist.

2. (...) Der Schwellenwert des § 23 KSchG wird im Betrieb der Beklagten nicht überschritten. Unstreitig beschäftigt die Beklagte mit den Klägern insgesamt fünf Arbeitnehmer. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Kommanditist der Beklagten, Herr A., kein Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, da er nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses weisungsgebundene, abhängige Arbeit gegen Entgelt in einem Betrieb bzw. Unternehmen leistet. Dienstleistungen können nämlich auch auf gesellschaftsvertraglicher Basis geschuldet werden. Insbesondere Personengeschafter einer KG können zu persönlichen Dienstleistungen aufgrund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet sein (§ 706 Abs. 3 BGB). Der Gesellschaftsvertrag kann die Grundlage für Dienstleistungen sein, die die Gesellschafter im Rahmen ihrer Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks erbringen müssen. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, dass Personengeschafter ohne gesonderte Vereinbarung keine Dienstnehmer oder Arbeitnehmer der Gesellschaft sind (vgl. nur ErfK/*Preis*, § 611 BGB Rn 22). Dass es im vorliegenden Fall anders sein könnte, ist nicht ersichtlich. Dem Kommanditisten wurde von seinem Vater und Komplementär der Gesellschaft, die Geschäftsführungsbefugnis übertragen. Daran zeigt sich, dass er dem Direktionsrecht seines Vaters nicht unterstellt ist, sondern vielmehr das Direktionsrecht gegenüber sämtlichen Mitarbeitern selbst ausübt. Unwidersprochen hat die Beklagte vorgebracht, dass Herr (...) die Geschicke der Gesellschaft maßgeblich selbst bestimmt. Er hat seine Arbeit nicht im Rahmen einer von dem Komplementär bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen, sondern er kann im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen (vgl. dazu BAG, Beschluss vom 29.01.1992 – 7 ABR 25/91). Gegen die Abhängigkeit in der Beschäftigung spricht auch, dass der Kommanditist einen erheblichen Einfluss auf die Beschlussfassung der Gesellschafter der Beklagten hat, wie sich aus seinem aus § 166 HGB entspringendem Kontrollrecht ergibt. Schließlich sind der Komplementär und der Kommanditist der Beklagten miteinander eng familiär verbunden, ein Umstand, welcher der Arbeitnehmereigenschaft des Kommanditisten ebenfalls entgegensteht (vgl. dazu BAG, Urteil v. 08.01.1970, AP § 528 ZPO Nr. 14).

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 22. Februar 2005, 4 Ca 510/04, Berufung eingelegt

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

363. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Wegfall des Arbeitsplatzes eines Rechtsanwalts

1. Eine widerspruchsfreie Darlegung der unternehmerischen Entscheidung eines Arbeitgebers als überörtliche Wirtschaftskanzlei zur Einstellung von Beratungsleistungen im Bereich Gesellschaftsrecht/Kapitalmarktrecht/IPO ist nicht gegeben, wenn die Beklagte in aktuellen Kanzleibroschüren weiter damit wirbt, Beratungsleistungen auf diesen Gebieten zu erbringen, neue Mitarbeiter einstellt und auch öffentlich verlautbaren lässt (juve-Datenbank), dass derartige Beratungsleistungen auf höchstem Niveau angeboten werden.

2. Selbst wenn man aber unterstellen wollte, die Beklagte hätte eine Unternehmerentscheidung des behaupteten Inhaltes getroffen, ist nicht substantiiert dargelegt, dass dadurch die Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers, also seine vertragliche Anbindung an bestimmte Verrichtungen, weggefallen ist. Insoweit die Beklagte behauptet, der Kläger sei eigens für die Begleitung/Beratung von Börsengängen eingestellt worden und mit dem Zusammenbruch des Neuen Marktes sei hier jeder Beratungsbedarf weggefallen, ist dies nicht schlüssig. Der Kläger wurde am 1. Januar 2002 eingestellt. Der Neue Markt brach bereits im ersten Halbjahr 2001 ein, also noch deutlich vor Einstellung des Klägers. Die behauptete Unternehmerentscheidung und die Kündigung des Klägers erfolgten knapp zwei Jahre, nachdem die Beklagte über die beabsichtigte Schließung des Neuen Marktes unterrichtet worden war. Insgesamt ist nicht dargelegt, welche Mandate aus welchen Bereichen unter Zuordnung zu welchem Partner der Kläger im einzelnen bearbeitete und welche dieser Mandate durch welche äußeren Umstände oder durch die behauptete Unternehmerentscheidung weggefallen sind, ohne dass neue Mandate akquiriert wurden. Weiter ist es für die Kammer weder nachvollziehbar, dass durch Schließung eines ganzen Bereiches lediglich ein Arbeitsplatz betroffen ist, bedeutete dies doch, dass vorher allein der Kläger diesen Bereich bzw. diese Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht auf der einen und Kapitalmarktrecht/IPO auf der anderen Seite abgedeckt hätte, noch wie eine den Ansprüchen der Beklagten genügende Beratung im Kapitalmarktrecht ohne solide Kenntnisse des allgemeinen Gesellschaftsrechts möglich sein soll.

■ Arbeitsgericht Frankfurt

am Main vom 25. Januar 2005, 4 Ca 4229/04

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 25461

364. Kündigung, betriebsbedingte –, Betriebsübergang, Erwerberkonzept, konkretes

Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Grund eines Erwerberkonzepts verstößt dann nicht gegen § 613 a Abs. 4 BGB, wenn ein verbindliches Konzept oder ein Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare

Formen angenommen hat. Der Schutzzweck des § 613 a BGB liegt darin, den Erwerber daran zu hindern, bei der Übernahme der Belegschaft eine Auslese zu treffen; er sich insbesondere nicht von den besonders schutzbedürftigen älteren, schwerbehinderten, unkündbaren oder sonst sozial schwächeren Arbeitnehmern trennen soll. Sinn und Zweck der Regelungen in § 613 a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BGB ist es aber nicht, den Erwerber auch bei einer auf Grund betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte voraussehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit zu verpflichten, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer noch einmal künstlich zu verlängern, bis er selbst die Kündigung aussprechen kann. Es bedarf jedoch eines verbindlichen Konzepts oder Sanierungsplans des Erwerbers, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen hat. Allein die Forderung des Erwerbers, die Belegschaft vor dem Betriebsübergang zu verkleinern, genügt nicht (BAG, 20.03.2003 – 8 AZR 97/02 –).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich Folgendes:

a) Im Fall eines Betriebsübergangs gem. § 613 a Abs. 1 BGB kann ein konkretes Erwerberkonzept geeignet sein, eine betriebsbedingte Kündigung des Veräußerers (hier des Beklagten zu 1) zu rechtfertigen. Voraussetzung hierfür ist, dass ein solches konkretes Erwerberkonzept vorliegt. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die Beklagten stützen sich auf ein Konzept, das im Zeitpunkt der Verhandlungen vom 08.08.2003 bereits vorgelegen haben soll, dies sei im Schreiben des Beklagten zu 1) vom 08.08.2003 wiedergegeben. Dieses Konzept sei im Laufe des Monats August 2003 vertieft worden.

b) Die in diesem Schreiben angeführten Umstände und die weiteren Darlegungen der Beklagten ergeben jedoch das erforderliche konkrete Konzept nicht. Der Beklagte zu 1) führt in dem Schreiben selbst aus, dass er den Betrieb im Rahmen des vorläufigen Insolvenzverfahrens voll weiterführt und er am Tag der Insolvenzeröffnung vorsorglich sämtliche Arbeitsverhältnisse kündigen werde. Er werde auch das Unternehmen in der Insolvenz weiterführen, wobei er eine gewisse Personalstraffung vornehmen müsse. Die Aushandlung der Details und der Vertragsabschluss mit der Beklagten zu 2) war für den Zeitraum ab September 2003 vorgesehen.

c) Eine konkrete zeitliche Planung oder ein konkretes Konzept, welche Aufgaben zu welchem Zeitpunkt entfallen sollen, und welche konkreten Kündigungen deshalb erfolgen sollen, lässt sich daraus nicht erkennen. Auch sonstige weitere Einzelheiten zu dem behaupteten Erwerberkonzept haben die Beklagten nicht dargelegt. Dass nach Angaben des Beklagten zu 1) in dem Schreiben alle Arbeitnehmer vorsorglich gekündigt werden sollen, begründet ein solches Konzept oder ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung nicht. Selbst wenn zum 08.08.2003 bzw. im Kündigungszeitpunkt entsprechende Vorstellungen bestanden haben sollten, Aufgaben der Personalverwaltung und der Buchhaltung künftig von einer Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2) erledigen zu

Kündigungsrecht

lassen, sind keine konkreten Tatsachen dargetan, ab wann die Umsetzung einer solchen unternehmerischen Entscheidung erfolgen sollte und dass diese Umsetzung auch tatsächlich möglich war. Ob bei der Tochtergesellschaft der Beklagten zu 2) entsprechende Kapazitäten vorhanden waren, ohne weiteres auch die im Rahmen des übernommen Betriebes anfallenden Buchhaltungs- und Personalverwaltungsangelegenheiten und damit die Aufgaben des Klägers zu übernehmen, haben die Beklagten nicht näher dargetan. Genaue Inhalte des behaupteten Konzepts und greifbare Formen der Umsetzung im Kündigungszeitpunkt sind nicht vorgetragen. Ob und welche konkrete Personalplanung Ende August 2003 bei dem Beklagten zu 1) vorgelegen hat, ist nicht näher dargestellt. Zu dem behaupteten Konzept passt auch nicht, dass die Mitarbeiterinnen S und N bei der Beklagten zu 2) weiterbeschäftigt werden.

d) Bezogen auf den Kündigungszeitpunkt ist bereits das Bestehen der behaupteten unternehmerischen Entscheidung, die Buchhaltung künftig von einer Tochtergesellschaft durchführen zu lassen nicht hinreichend dargetan. Gleiches gilt für die erforderlichen Prognosegrundlagen, dass die Übernahme der vom Kläger bisher durchgeführten Buchhaltungsarbeiten durch die Tochtergesellschaft bis zum Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers auch realisierbar ist. Bezogen auf den Kündigungszeitpunkt kann damit nicht die Prognose erstellt werden, für die bisher vom Kläger durchgeführten Aufgaben werde nach dem geplanten Betriebsübergang bei der Beklagten zu 2) der Beschäftigungsbedarf mit Ablauf des 30.11.2003 entfallen.

Damit haben die Beklagten keine hinreichenden betriebsbedingten Kündigungsgründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG dargetan. Die Kündigung ist daher gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam. Die Klage ist auch begründet, soweit es um die vom Kläger begehrte Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses zur Beklagten zu 2) geht. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist zum 01.10.2003 gem. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB auf die Beklagte zu 2) übergegangen und besteht zu ihr fort. Ein Betriebsübergang i. S.d. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB setzt die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit voraus. Der Begriff Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. Der Übergang eines Betriebsteils steht für dessen Arbeitnehmer dem Betriebsübergang gleich. Betriebsteile sind Teileinheiten (Teilorganisationen) des Betriebes. Es muss sich um eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit handeln, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck erfüllt. Das Merkmal des Teilzwecks dient dabei zur Abgrenzung der organisatorischen Einheit. Im Teilbetrieb müssen nicht andersartige Zwecke als im übrigen Betrieb verfolgt werden (BAG, 26.08.1999 – 8 AZR 718/98 – EzA BGB § 613 a Nr. 185).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend von einem Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB auszuge-

hen, der auch das Arbeitsverhältnis des Klägers erfasst. Die Beklagte zu 2) ist im gleichen Marktbereich wie die Insolvenzschuldnerin tätig. Nach ihrem eigenen Vorbringen hat sie jedenfalls den Produktionsbereich und den Vertrieb übernommen. Sie beschäftigt einen überwiegenden Teil der früheren Mitarbeiter der Insolvenz-Schuldnerin. Die Beklagten stellen den Betriebsübergang auch nicht in Abrede, tragen allerdings vor, das Erwerberkonzept habe keine Übernahme der Personalverwaltung und der Buchhaltung beinhaltet. Die Bekl. haben aber nicht im Einzelnen dargetan, dass es sich hinsichtlich der Tätigkeiten des Klägers bzw. der Aufgabenbereiche der Personalverwaltung und der Buchhaltung um einen Betriebsteil handelt, der organisatorisch von dem Übergang der anderen Betriebsteile nicht erfasst ist. Dass nach dem behaupteten Konzept der Beklagten die fraglichen Aufgaben auf eine Tochtergesellschaft verlagert werden sollen, steht dem Betriebsübergang insoweit nicht entgegen. Dass bestimmte Aufgaben vom Erwerber nicht mehr durchgeführt werden sollen, hat nicht zur Folge, dass bestimmte Arbeitsverhältnisse nicht zunächst gem. § 613 a BGB auf den Erwerber übergehen.

Bei Gesamtwürdigung der Umstände ist vielmehr davon auszugehen, dass die bei der Insolvenzschuldnerin zuvor bestehende wirtschaftliche Einheit ihre Identität insgesamt gewahrt hat. Die organisatorische Einheit des früheren Betriebs der Insolvenzschuldnerin wird von der Beklagten zu 2) jedenfalls in ihrer Substanz weitergeführt. Diese Merkmale ergeben zusammengefasst die Wahrung der wirtschaftlichen Identität der betreffenden Einheit und damit das Vorliegen eines Betriebsübergangs i. S.d. § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB auf die Beklagte zu 2). Davon erfasst werden auch die Tätigkeitsbereiche Personalverwaltung und Buchhaltung. Diese stellen keinen eigenständigen, nicht übergegangenen Betriebsteil dar.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Aschaffenburg – vom 20. Oktober 2004, 6 Ca 1933/03 eingereicht von Rechtsanwältin Silke Vrana-Zentgraf, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 25461

365. Kündigung, außerordentliche-; Konkurrenzfähigkeit

Die Konkurrenzfähigkeit eines Arbeitnehmers ist als konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses im Vertrauensbereich generell geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darzustellen. Für die Annahme einer Konkurrenzfähigkeit ist jedoch entscheidend, dass die Gefahr der Beeinträchtigung des Marktbereichs des Arbeitgebers besteht. Der Arbeitgeber ist im Kündigungsschutzprozess hierfür darlegungs- und beweisbelastet.

■ Arbeitsgericht Darmstadt vom 24. Mai 2005, 8 Ca 570/04 eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26244, Fax: 06151/25451

366. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsratsanhörung, subjektive Determinierung, Nachschieben von Kündigungsgründen

1. Ist bei einem Vorhaben eines Klinikunternehmens, die Rezeptionstätigkeiten zukünftig auf externe Dritte zu übertragen, der Betriebsrat nicht dazu angehört worden, dass die an der Rezeption bisher erledigten Schreivarbeiten nicht übertragen werden, vielmehr in der Klinik verbleiben, so darf der Arbeitgeber zur Begründung des dringenden betrieblichen Erfordernisses der Kündigung der Rezeptionsbeschäftigten den Vortrag der Übertragung der Schreivarbeiten in das medizinische Schreibbüro nicht verwerten.

Die Übertragung von Schreivarbeiten in das medizinische Schreibbüro ist eine weitere neben der Fremdvergabe zu treffende unternehmerische Entscheidung, die Auswirkungen auf die Beschäftigungsmöglichkeiten der bisherigen Rezeptionsangestellten hat, weshalb nicht lediglich eine Konkretisierung und Erläuterung von Kündigungsgründen, sondern ein Nachschieben eines neuen Kündigungsgrundes vorliegt.

2. (...) Nach ständiger Rechtsprechung, des BAG ist davon auszugehen, dass eine Kündigung nach § 102 Abs. I Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat zuvor überhaupt beteiligt zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. I BetrVG nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachkommt. Die Einschaltung des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens vor einer Kündigung hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, ihm Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zu der Kündigungsabsicht aus Sicht der Arbeitnehmervertretung zur Kenntnis zu bringen. Die Anhörung soll in geeigneten Fällen dazu beitragen, dass es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt. Aus diesem Sinn und Zweck der Anhörung folgt für den Arbeitgeber die Verpflichtung, die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, dass er dem Betriebsrat eine nähere Umschreibung des für die Kündigung maßgeblichen Sachverhalts gibt. Die Kennzeichnung des Sachverhalts muss so genau und umfassend sein, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Der Arbeitgeber genügt der ihm obliegenden Mitteilungspflicht nicht, wenn er den Kündigungssachverhalt nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig umschreibt, ohne die für seine Wertung maßgeblichen Tatsachen mitzuteilen (BAG, Urteil vom 28.02.1974 – 2 AZR 455/73 – BAGE 26, 27; BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 – EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 86; BAG, Urteil vom 17.02.2000 – 2 AZR 913/98 – EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 103).

An die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Betriebsratsanhörung sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess, sondern der Grundsatz der so genannten „subjektiven Deter-

minierung“ gilt, demzufolge ist der Betriebsrat immer dann ordnungsgemäß angehört worden, wenn der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (st. Rspr., etwa BAG, Urteil vom 11. Juli 1991 – 2 AZR 119/91 – AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 57). Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf (zunächst) nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluss für unerheblich oder entbehrlich hält, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß. Die in objektiver Hinsicht unvollständige Unterrichtung hat lediglich mittelbar die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge, wenn der mitgeteilte Sachverhalt zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreicht, weil es dem Arbeitgeber verwehrt ist, Gründe nachzuschieben, die nicht Gegenstand der Betriebsratsanhörung waren (BAG, Urteil vom 11.07.1991, a. a. O., BAG, Urteil vom 17.02.2000, a. a. O.).

Die streng subjektiv bestimmte Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist im Schrifttum umstritten (vgl. Anmerkung von Raab zur Entscheidung des BAG, vom 17.02.2000 in EZA § 102 BetrVG Nr. 103). Die Kammer folgt jedoch der Auffassung des BAG. Danach führt eine unbewusste Fehlinformation des Arbeitgebers über den Kündigungsgrund nicht zur fehlerhaften Betriebsratsanhörung.

Die Betriebsratsanhörung ist nur dann als nicht ordnungsgemäß anzusehen, wenn der Arbeitgeber den Sachverhalt bewusst irreführend oder unvollständig dem Betriebsrat mitgeteilt hat. Hier verletzt der Arbeitgeber die Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit (BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 – NZA 1995, 365). Stellt sich im Verfahren heraus, dass die vom Arbeitgeber bislang angegebenen Kündigungsgründe gegenüber dem Betriebsrat zur Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreichen und hat der Arbeitgeber im Prozess nicht mitgeteilte Umstände vorgetragen, so ist zu prüfen, ob das weitere Vorbringen als Nachschieben von Kündigungsgründen oder als bloße Erläuterung und Konkretisierung des Kündigungsgrundes anzusehen ist.

Unter Nachschieben von Kündigungsgründen im Zusammenhang mit der Anhörung des Betriebsrates sind alle Tatsachen zu verstehen, auf die der Arbeitgeber nach der (ersten) Unterrichtung des Betriebsrats über die Kündigungsgründe die Kündigung zusätzlich stützen will. Von einem solchen Nachschieben von Kündigungsgründen zu unterscheiden, ist die bloße Erläuterung der dem Betriebsrat bereits mitgeteilten Kündigungsgründe. Diese Erläuterung ist im Kündigungsschutzprozess zulässig, denn hier bleibt der mitgeteilte Kündigungsgrund unbeschränkt bestehen und wird nur näher substantiiert (BAG, Urteil vom 11.04.1985, EZA § 102, BetrVG 1972 Nr. 62; KR, 7. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 70).

Das Nachschieben von Kündigungsgründen kommt nur in Betracht, wenn die vorherige Anhörung des Betriebsrates zur Kündigung als ordnungsgemäß nach § 102 Abs. I BetrVG anzusehen ist.

Kündigungsrecht

3. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte den Betriebsrat nicht fehlerhaft beteiligt.

Bei der Fallgestaltung der bewusst irreführenden oder unvollständigen Information des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat hat der Arbeitnehmer zunächst substantiiert zu behaupten, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat bewusst irreführend oder unvollständig informiert hat. Danach obliegt dem Arbeitgeber die Beweislast für die den Grundsätzen der subjektiven Determinierung entsprechende Unterrichtung des Betriebsrates (*Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 2. Aufl., § 102 BetrVG Nr. 165 b). Die Klägerin hat im Verfahren keinerlei Tatsachen behauptet, die eine bewusste unvollständige Information der Beklagten belegen und es sind auch derartige Umstände nicht ersichtlich. Aus dem Anhörungsschreiben vom 05.11.2004 geht hervor, dass von der W alle Rezeptionsleistungen übernommen werden sollen. Über die Übertragung der unstreitig wahrgenommenen Schreibarbeiten der Mitarbeiterinnen der Rezeption an die Mitarbeiter des Schreibdienstes steht im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat nichts. Selbst wenn, wie in der mündlichen Verhandlung der Geschäftsführer der Beklagten behauptet hat, der Betriebsrat davon Kenntnis hatte, dass die Angebote gegenüber Dritten Rezeptionsleistungen ohne Schreibarbeiten beinhaltet haben, sind die Erklärungen der Beklagten im Anhörungsschreiben unmissverständlich so zu verstehen, dass die Schreibarbeiten auch an die Firma W übertragen werden. Die Mitteilung, „dass der gesamte Rezeptionsdienst“ übernommen wird, enthält keinen Hinweis darauf, dass Arbeiten der Rezeption bei der Beklagten verbleiben. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte die Übertragung der Schreibarbeiten unbewusst übersehen hat. Das bloße „Vergessen“ ist kein Verstoß im Sinne von § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

Auch andere Verletzungen des Anhörungsverfahrens sind nicht feststellbar. Es wird nicht der Auffassung der Klägerin gefolgt, dass die Beklagte weitere Mitteilungen im Hinblick auf die Sozialauswahl gegenüber dem Betriebsrat hätte vornehmen müssen. Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass eine Sozialauswahl überflüssig ist, weil keine mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden sind, braucht er dem Betriebsrat überhaupt keine Auswahlgesichtspunkte und weitere Angaben zu machen, selbst wenn dies bei objektiv Betrachtung nicht zutrifft (BAG, Urteil vom 16.01.1987, RzK III I b Nr. 9; KR, 7. Aufl. § 102 BetrVG Rn 62 i).

4. Die Beklagte hat mit dem Vortrag der Übertragung der Schreibtätigkeiten an den medizinischen Schreibdienst einen Kündigungsgrund nachgeschoben, den sie vorher nicht dem Betriebsrat mitgeteilt hat. Ihr Vorbringen im Prozess unterliegt dem Verwertungsverbot. Es handelt sich nicht lediglich um eine Erläuterung des Kündigungsgrundes, sondern um einen wesentlichen Teil des Kündigungssachverhaltes.

Wo die Grenze zwischen Nachschieben und Konkretisierung von Kündigungsgründen verläuft, ist im Einzelfall zu ermitteln.

Der Arbeitgeber hat im Prozess die Kündigungsgründe darzustellen, die seinen Kündigungsentschluss tragen. Im Verfahren obliegt dem Arbeitgeber eine erweiterte Darlegung, insbesondere bei qualifiziertem Bestreiten der Kündigungsgründe durch den Arbeitnehmer, den Sachverhalt substantiiert darzustellen als gegenüber dem Betriebsrat. Hält sich der Vortrag des Arbeitgebers im Rahmen des dem Betriebsrat bereits mitgeteilten Sachverhaltes, liegt lediglich eine jederzeit zulässige Konkretisierung vor, die ohne erneute Beteiligung des Betriebsrates zulässig ist. Greift der Arbeitgeber zur Begründung seiner Kündigung jedoch auf dem Betriebsrat nicht mitgeteilte Sachverhalte zurück, die wesentlich für die Begründung der Kündigung sind, handelt es sich um ein Nachschieben von Kündigungsgründen (*Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 2. Aufl. § 102 BetrVG Rn 166).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte auf den Hinweis der Klägerin, dass nicht alle Tätigkeiten der Rezeption fremd vergeben werden, mitgeteilt, dass Schreibarbeiten in der Rezeption in der Vergangenheit erledigt worden sind und den Mitarbeitern des medizinischen Schreibdienstes diese Arbeiten übertragen werden. Die Übertragung der Schreibarbeiten ist nicht als Erläuterung oder Konkretisierung des Kündigungsgrundes anzusehen. Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungs- und Beweislast für den Kündigungsgrund nicht allein durch Vortrag der getroffenen unternehmerischen Entscheidung, sondern er muss begründen, dass das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entfallen ist, was durch das Gericht voll nachzuprüfen ist (BAG, Urteil vom 07.03.1976, EZA § I KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 84; Erfurter Kommentar, 5. Aufl., § I KSchG Rn 425).

Bei einer Rationalisierungsmaßnahme muss der Arbeitgeber vortragen, ob sich unmittelbar durch die Maßnahme der Arbeitsanfall und der Bedarf an Arbeitskräften verringert hat und wie sich die betriebliche Veränderung auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt (BAG, Urteil vom 07.12.1978, AP § I KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6; Erfurter Kommentar, 5. Aufl., § I KSchG Rn 425). Die Beklagte hatte somit die Auswirkungen der Rationalisierungsmaßnahme auf die Arbeitsmenge der Klägerin darzulegen. Da die Beklagte die Klägerin langfristig neben den reinen Rezeptionstätigkeiten auch mit Schreiben und Korrigieren von Arzt- und Therapieberichten beschäftigt hat, musste die Beklagte ihre Entscheidung offenlegen, wer diese Arbeiten in der Zukunft bei Kündigung der Klägerin ausführen soll. Die Beklagte hatte neben der Fremdvergabe eine weitere unternehmerische Entscheidung getroffen. Hierbei handelt es sich um eine reine organisatorische Maßnahme. Jedoch erst durch die Verteilung der Schreibarbeiten ist die Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin vollständig entfallen. Damit gehört die Übertragung der Schreibarbeiten zur Begründung der Dringlichkeit i. S. von § I Abs. 2 KSchG.

Die Dringlichkeit umfasst eine Überprüfung der Art der Umsetzung der Unternehmensentscheidung. Zu einer Kündigung kann es demnach nur kommen, wenn die Umsetzung zwangs-

läufig zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten führt (Erfurter Kommentar, 5. Aufl., § I KSchG Rn 399).

Die Beklagte hätte den Betriebsrat über beide organisatorische Maßnahmen informieren müssen.

Es ist ferner davon auszugehen, dass die übertragenen Schreivarbeiten in der Vergangenheit nicht im geringen Umfang angefallen sind, wie die Beklagte meint. Zwar ist zwischen den Parteien streitig, ob die Berechnung der Arbeitgeberin mit 0,5 einer Vollzeitkraft gerechtfertigt ist. In diesem Umfang ist jedenfalls nicht von einer zu vernachlässigenden Größe auszugehen. Das Verbleiben der Schreivarbeiten war der Beklagten bereits bei Einleitung des Anhörungsverfahrens im November 2004 auch bekannt. Die Beklagte hatte bereits die Angebote für die Fremdvergabe ohne Schreivarbeiten vorgenommen.

Im Verfahren führt die unvollständige Unterrichtung des Betriebsrates über einen wesentlichen Teil des Kündigungsgrundes dazu, dass es der Beklagten verwehrt ist, die Abgabe der Schreivarbeiten zu verwerten. Ohne diesen Vortrag hat die Beklagte das dringende betriebliche Erfordernis für die Kündigung nicht nachgewiesen. Die Kündigung ist nach § 1 Abs. 2 KSchG sozialwidrig. Das Arbeitsverhältnis der Parteien wird nicht zum 31.03.2005 beendet

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 29. April 2005, 8 Ca 8301/04, Berufung eingelegt eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/9746-20, Fax: -24; e-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

367. Kündigung, Schwerbehinderung, Nachweis der Schwerbehinderung, Auslegung

1. Der besondere Kündigungsschutz nach § 90 Abs. 2 a SGB IX entfällt, wenn der Nachweis nicht geführt wurde und der fehlende Nachweis auf einem Verschulden, d. h. auf einer fehlenden Mitwirkung des Arbeitnehmers im Feststellungsverfahren beruht. Bei dem Bindewort „oder“ im Wortlaut des § 90 Abs. 2 a handelt es sich um ein Redaktionsversehen, das im Wege der Auslegung in ein „und“ zu berichtigen ist.

2. (...) § 90 Abs. 2 a SGB IX versagt den besonderen Kündigungsschutz, wenn die Schwerbehinderteneigenschaft im Zeitpunkt der Kündigung nicht nachgewiesen und nicht offenkundig ist, es sei denn, ein Feststellungsantrag ist gestellt worden und das Versorgungsamt hat ohne Verschulden des Antragstellers noch nicht entschieden (so – ohne nähere Begründung – im Ergebnis auch *Berger-Delhey*, ZTR 2004, 347). Dieser Regelungsgehalt ergibt sich bei Auslegung der Norm anhand der Entstehungsgeschichte, des Willens des Gesetzgebers und des Regelungszwecks. Der Wortlaut einer Norm bietet bei der Auslegung eine erste Orientierung. Die äußere Grenze der Auslegung ergibt sich jedoch nicht aus dem Wortlaut, sondern aus dem Sinn des Gesetzes (vgl. *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 2. Aufl. 2001, S. 50 ff.; *Rüthers*, Rechtslehre, 1999, Rn 732).

Es ist davon auszugehen, dass bei der Formulierung des Wortlauts dem Gesetzgeber ein Redaktionsversehen unterlaufen ist: Statt des Wortes „oder“ hätte das Wort „und“ verwandt werden müssen. Redaktionsversehen, d. h. nachweisliche „Erklärungsirrtümer“ der gesetzgebenden Organe, die einen anderen Wortlaut des Gesetzes beschlossen haben als sie wollten, sind gegebenenfalls im Wege der Auslegung entsprechend der wirklichen Absicht zu berichtigen (*Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, S. 393). Die Gerichte sind nicht an den Wortlaut der Gesetze, sondern an die erkannten wirklichen Normzwecke der Gesetzgebung gebunden. Aufgabe der Rechtsanwendung ist es, den wirklichen Willen der Gesetzgebung zu vollziehen; es geht um den Gehorsam, nicht um Buchstabengehorsam (*Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, Rn 938).

Nach dem objektiven Wortlaut beinhaltet der neu in § 90 SGB IX eingefügte Abs. 2 a aufgrund der „oder“-Verknüpfung zwei selbständige Ausnahmetatbestände. Gem. § 90 Abs. 2 a 1. Alt SGB IX entfällt der besondere Kündigungsschutz, wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist. Gem. § 90 Abs. 2 a 2. Alt. SGB IX entfällt der besondere Kündigungsschutz, wenn das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 1 eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. Systematisch ist die Verknüpfung der beiden Alternativen durch ein „oder“ jedoch sinnwidrig. Da die „erste Alternative“ alle Fälle umfasst, in denen die Schwerbehinderung nicht nachgewiesen ist, unabhängig davon, ob der fehlende Nachweis auf einem Verschulden des Arbeitnehmers beruht oder nicht, stellt die „zweite Alternative“, die auf ein Verschulden abstellt, nur einen Unterfall der „ersten Alternative“ dar. Einen eigenen Regelungsgehalt hätte die „zweite Alternative“ nur dann, wenn damit auch demjenigen die Berufung auf den besonderen Kündigungsschutz verwehrt werden soll, der zwar die Feststellung zunächst schuldhaft verzögert hatte, dessen Schwerbehinderung aber letztlich vor Zugang der Kündigung nachgewiesen wurde. Dafür, dass der Gesetzgeber tatsächlich die fehlende Mitwirkung im Feststellungsverfahren mit der Folge des dauerhaften Verlusts des besonderen Kündigungsschutzes sanktionieren wollte, fehlt jeglicher Anhaltspunkt.

Durch die Neuregelung sollte vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers nur einem Missbrauch des besonderen Kündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen entgegen gewirkt werden (vgl. *Feldes/Kossak*, AiB, 2004, 453, 454). Der Bundesrat wollte zu diesem Zweck den Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX in allen Fällen ausschließen, in denen dem Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung ein Ausweis noch nicht vorlag (vgl. *Gramer*, NZA 2004, 698, 704; *Düwell*, FA 2004, 200, 201). Diese Folge würde nach dem objektiven Wortlaut der ersten Alternative des jetzigen § 90 Abs. 2 a SGB IX eintreten. Diese weitreichende Regelung sollte jedoch gerade nicht Gesetz werden, die getroffene Ausnahmeregelung sollte hinter den Vorstellungen des Bundesrats zurückbleiben

Kündigungsrecht

(vgl. *Gramer*, NZA 2004, 698, 704; *Düwell*, FA 2004, 200, 201; *Rehwald/Kossack*, AiB 2004, 604, 606).

Die Gesetzesbegründung führt dementsprechend aus (BT-Drucksache 15/2357, 8.24):

„Die Ergänzung stellt sicher, dass der Arbeitgeber zur Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen nicht der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, wenn zum Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist, also entweder nicht offenkundig ist, so dass es eines durch ein Feststellungsverfahren zu führenden Nachweises nicht bedarf oder der Nachweis über die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht durch einen Feststellungsbescheid nach § 69 Abs. 1 erbracht ist; diesem Bescheid stehen Feststellungen nach § 69 Abs. 2 gleich. Der Kündigungsschutz gilt daneben nur in den Fällen, in denen ein Verfahren auf Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch zwar anhängig ist, das Versorgungsamt aber ohne ein Verschulden des Antragstellers noch keine Feststellung treffen konnte.

Die Regelung schließt damit aus, dass ein besonderer Kündigungsschutz auch für den Zeitraum gilt, in dem ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren betrieben wird. Im Übrigen wird mit der Neufassung grundsätzlich einem Anliegen aus der Sachverständigenanhörung und des Bundesrates Rechnung getragen.“

Der Gesetzesbegründung lässt sich demnach eindeutig entnehmen, dass der Kündigungsschutz eingreifen soll, wenn der Nachweis noch nicht geführt wurde, der Arbeitnehmer aber bei Zugang der Kündigung einen Antrag auf Anerkennung der Schwerbehinderung gestellt hat, das Versorgungsamt aber ohne ein Verschulden des Antragstellers noch keine Feststellung treffen konnte. Diese Aussage ist mit dem Wortlaut des § 90 Abs. 2 a SGB IX nicht in Einklang zu bringen. Liest man jedoch statt dem „oder“ ein „und“, sind Regelungszweck und Regelungsinhalt deckungsgleich: Der besondere Kündigungsschutz entfällt, wenn der Nachweis nicht geführt wurde und der fehlende Nachweis auf einem Verschulden, d. h. auf einer fehlenden Mitwirkung im Feststellungsverfahren beruht. Nur bei diesem Verständnis erfasst der Abs. 2 a tatsächlich ausschließlich Fälle, in denen ein Missbrauch des besonderen Kündigungsschutzes zu befürchten ist.

Zum Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen Kündigung am 25.6.2004 war das seit dem 1.3.2004 anhängige Verfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen. Die Beklagte hat auch keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass der fehlende Abschluss des Verfahrens auf einer fehlenden Mitwirkung des Klägers an dem Feststellungsverfahren beruhte. Der Arbeitgeber, der sich auf die Ausnahmeregel beruft, muss darlegen und beweisen, dass die Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verstrichen ist, weil der behinderte Mensch pflichtwidrig nicht mitgewirkt hat (*Gramer*, NZA 2004, 698, 704). Der Umstand, dass das Versorgungsamt selbst im Wege der Abhilfe den Grad der Behinderung von 50% anerkannt hat, spricht im Gegenteil eher dafür, dass ein Verschulden der Behörde

vorlag. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob dem Kläger überhaupt aufgrund der Besonderheiten des Falles ein Verschuldensvorwurf gemacht werden könnte. Die fragliche Neuregelung im Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen trat nämlich erst zwei Monate nach Antragstellung des Klägers am 1.5.2004 in Kraft.

Der Kläger hat sein Recht, sich auf den Kündigungsschutz zu berufen, auch nicht wegen des Ablaufs einer Ausschlussfrist verwirkt. Er setzte die Beklagte jedenfalls innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung von der Antragstellung in Kenntnis. Mangels einer Regelung über die Information des Arbeitgebers in der Neuregelung des SGB IX ist davon auszugehen, dass die bisherige ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Information des Arbeitgebers über die Antragstellung weiterhin gelten soll. Danach genügt es, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von einem vor Zugang der Kündigung gestellten Antrag binnen eines Monats nach Zugang in Kenntnis setzt (BAG, v. 14.5.1982 – 7 AZR 1221/79, AP Nr. 4 zu § 18 SchwBG; BAG, v. 16.1.1985 – 7 AZR 373/83, AP Nr. 14 zu § 12 SchwBG; zustimmend *ErfK-Rolfs*, 4. Aufl. 2004, § 85 SGB IX Rn 9).

Die Monatsfrist wurde gewahrt. Die Beklagte wurde spätestens durch die am 20.7.2004 zugestellte Klageschrift über den Antrag auf Anerkennung eines Grades der Behinderung von 50% in Kenntnis gesetzt. Ferner spricht für eine frühere Kenntnis der Beklagten der Umstand, dass sie bereits mit Datum vom 25.6.2004 einen Antrag auf Zustimmung zur Kündigung an das Integrationsamt richtete.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf

vom 29. Oktober 2004, 13 Ca 5326/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Heinz-Schmörle-Straße 12, 40277 Düsseldorf, Tel.: 0211/72067-0, Fax: -11; e-mail: wg@kanzlei-arbeitsrecht.de, www.kanzlei-arbeitsrecht.de

Anmerkung:

Siehe hierzu auch Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 31.03.2005 in diesem Heft Nr. 360. (gr)

368. Kündigung, außerordentliche, Berufsausbildungsverhältnis

1. Die außerordentliche Kündigung eines Auszubildenden gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG ist nicht schon ohne weiteres deshalb gerechtfertigt, weil die Auszubildende in Zwischenprüfungen der Berufsschule mangelhafte bis ungenügende Ergebnisse erzielt.

2. Eine Vereinbarung zwischen den Parteien des Ausbildungsvertrages, wonach für den Fall, dass die Zwischenprüfung mit mangelhaft oder schlechter bewertet werden, ist wegen Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften gemäß § 18 BBiG nichtig.

3. Für den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit dem

die Auszubildende die Fortführung ihrer Ausbildung begehrt, besteht in der Regel ein Verfügungsgrund.

4. Das Berufsausbildungsverhältnis ist durch die fristlose Kündigung der Verfügungsbeklagten nicht rechtswirksam beendet worden. Nach Ablauf der Probezeit kann das Berufsausbildungsverhältnis durch den Auszubildenden nur gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung ist anzunehmen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien die Fortsetzung des Berufsausbildungsverhältnisses bis zum Ablauf der Ausbildungszeit nicht zugemutet werden kann.

Die Verfügungsbeklagte stützt die fristlose Kündigung darauf, dass die Verfügungsklägerin wiederholt die Zwischenprüfung mit mangelhaften und ungenügenden Ergebnissen abgeschlossen hat. Dies ist jedoch schon an sich nicht als Grund für eine fristlose Kündigung geeignet. Denn die Erfüllung der Lernpflicht im Rahmen des Unterrichts in der Berufsschule wird in der Abschlussprüfung neben den praktischen, im Betrieb vermittelten Fertigkeiten und Kenntnissen gesondert geprüft (vgl. § 35 BBiG) und kann in das privatrechtliche Berufsausbildungsverhältnis, dem ein eigenständiger Ausbildungsplan zugrunde liegt, nur einwirken, wenn auch dieses durch die Mängel in seinem Erfolg gefährdet wird (KR-Weigand, 6. Auflage, §§ 14, 15 BBiG Rn 64; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, Kommentar, § 15 Rn 49). Dass die Erwartung, dass der Auszubildende die Abschlussprüfung nicht besteht, kein Grund für die fristlose Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses darstellen kann, ergibt sich nach Auffassung der Kammer schon daraus, dass der Auszubildende sogar dann, wenn feststeht, dass er die Abschlussprüfung nicht bestanden hat, gemäß § 14 Abs. 3 BBiG einen Anspruch auf Verlängerung des Berufsausbildungsverhältnisses bis zur nächstmöglichen Wiederholungsprüfung, höchstens für ein Jahr, hat. Die Verlängerung dient dazu, dem Auszubildenden die Möglichkeit zu geben, seine Kenntnisse zu vertiefen und auf den Gebieten, bei denen er in der Prüfung keinen Erfolg hatte, die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zu erwerben (Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, Kommentar, § 14 Rn 34). Der Anspruch des Auszubildenden führt bei entsprechendem Verlangen selbst dann zur Verlängerung des Berufsausbildungsverhältnisses, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Auszubildende die Wiederholungsprüfung besteht (ArbG Emden, Urteil vom 19.12.1973, EzB § 14 Abs. 3 BBiG Nr. 2; Leinemann/Taubert, Berufsbildungsgesetz, Kommentar, § 14 Rn 28). Nach Auffassung der Kammer widerspricht es der gesetzlichen Wertung des § 14 Abs. 3 BBiG, wenn man hingegen die Erwartung, der Auszubildende werde die Abschlussprüfung wahrscheinlich nicht bestehen, als Grund für die fristlose Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses akzeptieren würde. Die mangelhaften schulischen Leistungen der Verfügungsklägerin rechtfertigen daher die

fristlose Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses der Parteien nicht. Der Lernstoff der Verfügungsklägerin ist gesonderter Prüfungsgegenstand der Abschlussprüfung. Dass die schlechten schulischen Leistungen zu gravierenden, die fristlose Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses rechtfertigenden Mängeln in der betrieblichen Ausbildung der Verfügungsklägerin geführt haben, ist nicht ersichtlich und wurde auch von der Verfügungsbeklagten nicht behauptet.

Die Verfügungsbeklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf die von ihr herangezogene Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 08.01.2003 berufen. Das Landesarbeitsgericht Köln hat dort ausgeführt, dass das beanstandete Leistungsverhalten des Auszubildenden, der sich im dritten und letzten Ausbildungsjahr befand, in einem so späten Ausbildungsstadium allenfalls dann als wichtiger Grund für die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses in Frage kommen kann, wenn es so katastrophal schlecht ist, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit ein erfolgreicher Abschluss der Ausbildung nicht mehr zu erwarten ist und gemessen daran die Mühewaltung des Ausbilders in keinem zumutbaren Verhältnis mehr zu den Bemühungen des Auszubildenden und dem zu erwartenden Misserfolg bei der Ausbildung stehen. Dieser Fall kann mit dem vorliegenden Fall nicht verglichen werden, da es dort zwar um ein vom Auszubildenden beanstandetes Leistungsverhalten des Auszubildenden ging, jedoch nicht ersichtlich ist, dass – wie vorliegend – allein die *schulischen* Leistungen und nicht (auch) das Leistungsverhalten im Bereich der betrieblichen Ausbildung beanstandet wurden. Zudem hat das Landesarbeitsgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass unabdingbare Voraussetzung jeder auf das Leistungsverhalten des Auszubildenden gestützten Kündigung ist, dass der Auszubildende zuvor abgemahnt wurde. Auch hieran scheitert die vorliegende fristlose Kündigung der Verfügungsbeklagten, da sie eine Abmahnung der Verfügungsklägerin vor Ausspruch der Kündigung nicht dargelegt hat. Die von der Verfügungsbeklagten mit der Verfügungsklägerin geführten Gespräche und auch die Vereinbarung, dass die Verfügungsklägerin das Berufsausbildungsverhältnis selbst beendet, wenn die Zwischenprüfung mit mangelhaft oder schlechter bewertet wird, ersetzen nicht die erforderliche Abmahnung, da es insoweit an der Androhung der Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses seitens der Verfügungsbeklagten fehlt.

Nach alledem ist das Berufsausbildungsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Verfügungsbeklagten vom 13.12.2004 nicht beendet worden. Nur am Rande sei zudem bemerkt, dass die Verfügungsbeklagte auch nicht etwa einen Anspruch darauf hat, dass die Verfügungsklägerin das Berufsausbildungsverhältnis durch eine fristgemäße Eigenkündigung beendet. Zwar haben die Parteien das unter dem 24.09.2004 schriftlich vereinbart für den – dann eingetretenen – Fall, dass die Zwischenprüfung im November 2004 mit mangelhaft oder schlechter bewertet wird, diese Vereinbarung ist

Kündigungsrecht

jedoch wegen Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften gemäß § 18 BBiG nichtig. Die Verfügungsbeklagte hat mit dieser Vereinbarung versucht, die eigene Kündigung, die gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG nur aus wichtigem Grund zulässig ist, zu umgehen. Zudem verstößt die Vereinbarung der Kündigung durch die Verfügungsklägerin gegen § 15 Abs. 2 Nr. BBiG. Nach dieser Vorschrift kann der Auszubildende das Berufsausbildungsverhältnis nach der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen nur dann kündigen, wenn er die Berufsausbildung aufgeben oder sich für eine andere Berufstätigkeit ausbilden lassen will. Beides ist vorliegend nicht der Fall. Die Verfügungsklägerin hat vielmehr in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, dass sie an dem gewählten Ausbildungsberuf festhalten will. Eine Kündigung durch den Auszubildenden mit der Begründung, dass er aufgrund mangelhafter Ergebnisse in der Zwischenprüfung keine Möglichkeit sehe, das Ausbildungsverhältnis erfolgreich zu beenden, sieht das Berufsbildungsgesetz nicht vor.

Für den Erlass der einstweiligen Verfügung besteht auch ein Verfügungsgrund. Bis zum Erlass einer erstinstanzlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren über die Rechtswirksamkeit der Kündigung wäre die Ausbildungszeit der Verfügungsklägerin bereits abgelaufen. Um zumindest die Chance zu haben, die Ausbildung erfolgreich abzuschließen, ist die Verfügungsklägerin in besonderem Maße darauf angewiesen, dass ihr im Rahmen der betrieblichen Ausbildung Fertigkeiten und Kenntnisse in ihrem Ausbildungsberuf vermittelt werden. Zudem hat die finanziell bedürftige Klägerin ausweislich des zur Akte gereichten Schreibens der Bundesagentur für Arbeit nur dann die Möglichkeit unentgeltlich Nachhilfe in ihren Ausbildungsfächern zu erhalten, wenn das Ausbildungsverhältnis fortgesetzt wird. Auch der weitere Kontakt zu den anderen Auszubildenden im Betrieb der Verfügungsbeklagten ist für die Verfügungsklägerin zur Vorbereitung auf die Abschlussprüfung hilfreich. Würde das Ausbildungsverhältnis jetzt unterbrochen und die Verfügungsklägerin erst nach Abschluss der ersten Instanz im Hauptsacheverfahren weiter ausgebildet, so würde sich der Abschluss ihrer Ausbildung erheblich verzögern, was insbesondere angesichts der angespannten Lage auf dem Arbeitsmarkt eine Verschlechterung ihrer beruflichen Chancen bedeuten würde. Den Interessen der Verfügungsklägerin stehen keine überwiegenden Interessen der Verfügungsbeklagten entgegen. Die mit der betrieblichen Ausbildung verbundene Mühewaltung des Ausbilders ist der Verfügungsbeklagten zuzumuten, zumal bereits Mitte April 2005 für die Verfügungsklägerin, der Blockschulunterricht beginnt, an den sich die Abschlussprüfung anschließt. Für den Fall, dass die Verfügungsklägerin die Abschlussprüfung nicht besteht und die Verlängerung des Berufsausbildungsverhältnisses verlangt, müsste die Verfügungsbeklagte das Berufsausbildungsverhältnis bis zur Wiederholungsprüfung, höchstens aber für ein Jahr fortsetzen. Angesichts der erheblichen Bedeutung, die eine zeitnahe und erfolgreiche Berufsausbildung für die Verfügungsklägerin hat, ist es der Verfügungsbe-

klagten zuzumuten, die Mühen der Ausbildung für den überschaubaren Zeitraum der restlichen Ausbildung auf sich zu nehmen. Sonstige Gründe, die der vorläufigen Weiterbeschäftigung und weiteren Ausbildung der Verfügungsklägerin im Betrieb entgegenstehen, sind von der Verfügungsbeklagten nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 1. Februar 2005, 14 (12) Ga 13/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Banse, Tivolistraße 4, 52349 Düren, Tel.: 02421/40768-0, Fax: -25;

e-mail: info@kanzlei-banse.de; www.kanzlei-banse.de

369. Unverzügliche Meldung bei Agentur für Arbeit, Schadenersatzanspruch, Hinweispflicht, Verletzung der Hinweispflicht

1. Weist ein kündigender Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht darauf hin, dass dieser sich unverzüglich bei der Arbeitsagentur arbeitssuchend zu melden habe, steht dem Arbeitnehmer hieraus kein Schadenersatzanspruch gegen den Arbeitgeber zu, wenn der Arbeitnehmer sich verspätet gemeldet hat und die Agentur für Arbeit daraufhin das Arbeitslosengeld minderte.

2. (...) a) Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Ziff. 3 SGB III dient nicht den Interessen der Arbeitnehmer. Dies ergibt sich eindeutig aus Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift. Arbeitgeber sollen bei Ihren Entscheidungen Auswirkungen auf die Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitsförderung einbeziehen. Es geht nicht darum, Sorge dafür zu tragen, dass der Arbeitnehmer Arbeitslosengeld in voller Höhe bezieht. Wenn Arbeitgeber ihre Verpflichtung aus § 2 Abs. 2 Ziff. 3 SGB III verletzen, kommt allenfalls eine Schadenersatzverpflichtung gegenüber der Agentur für Arbeit für gezahltes Arbeitslosengeld in Betracht, wenn die Agentur nachweisen kann, dass dem Arbeitnehmer bei sofortiger Meldung ein Arbeitsplatz hätte nachgewiesen werden können.

b) Eine Hinweispflicht des Arbeitgebers ergibt sich auch nicht gem. § 242 BGB aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, aus dem Hinweis- und Aufklärungspflichten folgen können. Solche Pflichten können sich nur aus besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben, da jeder Vertragspartner grundsätzlich selbst für die Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen hat. Derartige Nebenpflichten können vor allem dadurch entstehen, dass der Arbeitgeber einen Vertrauensstatbestand geschaffen hat. Informationspflichten des Arbeitgebers können daher entstehen, wenn er durch das Angebot eines Aufhebungsvertrages den Eindruck erweckt hat, er werde bei der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigen und ihn vor unbedachten versorgungsrechtlichen Nachteilen bewahren (vgl. BAG, vom 1.12.2001, NZA 2002, 1150 ff.).

c) Wenn ein außergewöhnliches Informationsbedürfnis nicht besteht und der Arbeitnehmer über die Pflicht zur unverzüglichen Arbeitslosmeldung nicht informiert war, obwohl dies in

allen Zeitungen nachzulesen war, ist dies sein eigenes Risiko. Der Arbeitgeber ist dann für die sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer verspäteten Arbeitslosmeldung nicht haftbar.

■ **Arbeitsgericht Köln**

vom 3. Januar 2004, 20 Ca 8197/04

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Striegel, Christophstraße 18, 34123 Kassel, Tel.: 0561/57085-0, Fax: -11;

e-mail: mail@striegel-rechtsanwaelte.de,

www.striegel-rechtsanwaelte.de

370. Prozessbeschäftigung, Kündigung, Zweckbefristung

1. Ein Arbeitgeber, der die Arbeitsleistung eines gekündigten Arbeitnehmers aufgrund einer Aufforderung zur vorläufigen Fortsetzung der Tätigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist in Anspruch nimmt, kann die Auslegung seines Verhaltens als Ausdruck eines entsprechenden Rechtsfolgewillens zum Abschluss eines (befristeten) Arbeitsvertrages nicht dadurch ausschließen, dass er dem Arbeitnehmer gleichzeitig erklärt, er wolle mit der Weiterbeschäftigung kein Arbeitsverhältnis begründen.

2. Die Vereinbarung über die Beschäftigung des Arbeitnehmers bis zum – erstinstanzlichen oder rechtskräftigen – Abschluss des Kündigungsschutzprozesses stellt eine Zweckbefristung dar, wohingegen bei der vereinbarten Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage eine auflösende Bedingung anzunehmen ist.

3. Die in §§ 17 S. 2, 21 TzBfG i.V.m. 7 1. Halbs. KSchG angeordnete Fiktion bei Versäumung der Klagefrist bewirkt nur, dass der Arbeitsvertrag als wirksam befristet oder wirksam auflösend bedingt gilt. Es wird nicht fingiert, dass und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der wirksamen Zweckbefristung oder des Eintritts der wirksamen auflösenden Bedingung eingetreten ist.

4. a) ad 1

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann in der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ausspruch der Kündigung und nach Ablauf der Kündigungsfrist der Abschluss eines neuen befristeten Arbeitsvertrags oder die Vereinbarung liegen, dass der gekündigte Arbeitsvertrag auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage bzw. zweckbefristet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens fortgesetzt werden soll (15. Januar 1986 – 5 AZR 237/84 – BAGE 50, 370 = AP LohnFG § 1 Nr. 66 = EzA LohnFG § 1 Nr. 79, zu II 3 der Gründe; 4. September 1986 – 8 AZR 636/84 – BAGE 53, 17 = AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 22 = EzA BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 27, zu II 2 a der Gründe; 22. Oktober 2003 – 7 AZR 113/03 – AP TzBfG § 14 Nr. 6 = EzA TzBfG § 14 Nr. 6, zu II 1 c bb und II 1 c cc der Gründe). Fordert der Arbeitgeber wie hier einen gekündigten Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist auf, seine Tätigkeit

bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage fortzuführen, geht der Wille der Parteien regelmäßig dahin, das Arbeitsverhältnis, das der Arbeitgeber durch die Kündigung beenden möchte, bis zur endgültigen Klärung, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt die Kündigung wirksam geworden ist, fortzusetzen oder für die Dauer des Rechtsstreits ein befristetes Arbeitsverhältnis zu begründen. Anders kann ein solches Verhalten der Arbeitsvertragsparteien nicht verstanden werden. Denn der Arbeitnehmer ist auf Grund des gekündigten Arbeitsverhältnisses zu weiterer Arbeitsleistung nicht verpflichtet.

bb) Die Aufforderung der Beklagten in ihrem Schreiben vom 30. Dezember 2002, die Arbeit nach Beendigung seiner Krankheit wegen Arbeitsrückständen bis auf Widerruf sofort wieder aufzunehmen, konnte der Kläger aus Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157 BGB) nur dahingehend verstehen, dass die Beklagte das zum 31. Dezember 2002 beendete Arbeitsverhältnis fortsetzen oder ein neues befristetes Arbeitsverhältnis begründen will, bis Klarheit darüber besteht, ob die im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht Stuttgart angegriffenen Kündigungen vom 13. September 2002 und 30. Oktober 2002 wirksam geworden sind. Das darin liegende Angebot auf Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung hat der Kläger konkludent angenommen, indem er der Aufforderung zur Arbeitsaufnahme am 8. Januar 2003 nachkam. Dieser Auslegung steht nicht die im Schreiben vom 30. Dezember 2002 enthaltene Formulierung, dass mit der Aufforderung kein Angebot auf Neuabschluss eines Arbeitsverhältnisses ab dem 1. Januar 2003 unterbreitet werde, entgegen. Nimmt der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des gekündigten Arbeitnehmers auf Grund einer Aufforderung zur vorläufigen Fortsetzung der Tätigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist in Anspruch, kann er die Auslegung seines Verhaltens als Ausdruck eines entsprechenden Rechtsfolgewillens nicht dadurch ausschließen, dass er dem Arbeitnehmer gleichzeitig erklärt, er wolle mit der Weiterbeschäftigung kein Arbeitsverhältnis begründen. Die in Widerspruch zu seinem geäußerten Willen und eigenem tatsächlichen Verhalten stehende Erklärung ist für die rechtliche Wertung, welche Erklärungsbedeutung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung zukommt, ohne Bedeutung. Zeigt nämlich jemand ein Verhalten, das nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur als Ausdruck eines bestimmten Willens aufgefasst werden kann, so ist seine wörtliche Verwahrung gegen eine entsprechende Deutung des Verhaltens unbeachtlich, denn er setzt sich in Widerspruch mit seinem eigenen tatsächlichen Verhalten (sog. protestatio facto contraria) und hat durch sein tatsächliches Verhalten die Geltendmachung einer anderweitigen Auslegung verwirkt (BGH, 9. Mai 2000 – VIZR 173/99 – NJW 2000, 3429, zu II 2 b bb) der Gründe).

b) Ad 2:

Die zwischen den Parteien zustande gekommene arbeitsvertragliche Vereinbarung über die Weiterbeschäftigung des Klägers bis zum Abschluss des anhängigen Rechtsstreits über

Kündigungsrecht

die Wirksamkeit der zum 31. Dezember 2002 ausgesprochenen Kündigungen ist ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag. Durch die Weiterbeschäftigungsvereinbarung schaffen die Arbeitsvertragsparteien für die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage eine arbeitsvertragliche Grundlage, weil sie in dieser Zeit keine Gewissheit darüber haben, ob zwischen ihnen noch ein Arbeitsverhältnis mit den daraus resultierenden Arbeits- und Beschäftigungspflichten besteht (BAG, 22. Oktober 2003 – 7 AZR 1 13/03 – AP TzBfG § 14 Nr. 6 = EzA TzBfG § 14 Nr. 6, zu II 1 a der Gründe). Hat die Vereinbarung die Beschäftigung des Arbeitnehmers bis zum – erstinstanzlichen oder rechtskräftigen – Abschluss des Kündigungsschutzprozesses zum Gegenstand, handelt es sich – anders als bei der vereinbarten Weiterbeschäftigung bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage – nicht um eine auflösende Bedingung, sondern um eine Zweckbefristung. Denn bei Vertragsschluss ist aus Sicht der Parteien die Entscheidung über die Kündigungsschutzklage ein zukünftiges Ereignis, dessen Eintritt feststeht, lediglich der Zeitpunkt des Eintritts ist ungewiss. Demgegenüber ist bei einer auflösenden Bedingung bereits ungewiss, ob das zukünftige Ereignis, das zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen soll, überhaupt eintreten wird (BAG, 22. Oktober 2003 – 7 AZR 113/03 – a.a.O., zu II 1 a der Gründe).

c) ad 3:

Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Zweckbefristung sei wegen Versäumung der Klagefrist nach § 17 Satz 1 TzBfG wirksam und habe ein möglicherweise bestehendes Arbeitsverhältnis vor dem 31. März 2003 beendet. Der Kläger hat nicht einmal eine Klage erhoben, mit der er sich gegen die Wirksamkeit der Zweckbefristung wendet, sondern eine allgemeine Feststellungsklage i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO erhoben. Sollte er damit die Klagefrist des § 17 TzBfG versäumt haben, so hat das keine Auswirkungen auf sein Klagebegehren. Denn die in § 17 Satz 2, § 21 TzBfG i.V.m. § 7 1. Halbs. KSchG angeordnete Fiktion bei Versäumung der Klagefrist bewirkt allein, dass der Arbeitsvertrag als wirksam befristet oder wirksam auflösend bedingt gilt. Es wird nicht fingiert, dass und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der wirksamen Zweckbefristung oder des Eintritts der wirksamen auflösenden Bedingung eingetreten ist (BAG 23. Juni 2004 – 7AZR 440/03 – AP TzBfG § 17 Nr. 5 = EzA TzBfG § 17 Nr. 5, zu 12 b der Gründe). Das ergibt sich aus den weiteren gesetzlichen Tatbeständen, z.B. aus § 15 Abs. 2 TzBfG. Selbst wenn der (wirksam) vereinbarte Zweck bereits mit der Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils am 18. März 2003 erreicht worden wäre, hätte dies nach § 1–5 Abs. 2 TzBfG frühestens zwei Wochen nach Zugang einer schriftlichen Unterrichtung des Klägers durch die Beklagte über den Zeitpunkt der Zweckerreichung zur Beendigung des zweckbefristeten Arbeitsverhältnisses führen können. Eine derartige schriftliche Mitteilung der Beklagten i.S.v. § 15 Abs. 2 TzBfG liegt nicht vor. Das Arbeitsverhältnis

der Parteien hat damit jedenfalls nicht auf Grund der vereinbarten Zweckbefristung vor dem 31. März 2003 sein Ende gefunden.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 19. Januar 2005, 7 AZR 113/04

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

371. Nichtverlängerungsmittelung, Arbeitgeberfunktion

1. Die Entscheidung über die Nichtverlängerung eines Anstellungsverhältnisses im Geltungsbereich des Normalvertrages-Bühne obliegt regelmäßig dem künstlerischen Leiter der Einrichtung, der typischerweise Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Dieser darf die Entscheidung über die Verlängerung des Vertragsverhältnisses auch nicht auf Dritte übertragen. Insoweit folgt aus dem Letztentscheidungsrecht des künstlerischen Leiters auch eine eigenverantwortliche Letztentscheidungspflicht über die anstehende Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

2. Es ist ausreichend, wenn für die Entscheidung über die Verlängerung des Anstellungsverhältnisses eines Bühnenmitglieds, dessen Leistungen nur in einzelnen Proben oder Aufführungen herangezogen werden. Dies entspricht auch der tatsächlichen Handhabung im Theaterleben.

3. Eine Absicht des Arbeitgebers durch den Ausspruch von Nichtverlängerungsmittelungen den Eintritt des Bestandschutzes nach § 96 Abs. 3 NV-Bühne zu verhindern, begründet den Einwand des Rechtsmissbrauchs.

4. (...) Allerdings hat bereits das Bühnenschiedsgericht zutreffend hervorgehoben, dass der Intendant sowohl die Erläuterung des Verfahrens wie auch die Mitteilung der künstlerischen Gründe einem Dritten überlässt. Der Sinn und Zweck des Anhörungsgesprächs ist gewahrt, wenn die für den Intendanten maßgeblichen Gründe im Beisein des Bühnenmitglieds erörtert werden und dieses erkennen kann, dass sich der Intendant die Sachverhaltsdarstellung und die künstlerische Wertung zu eigen macht bzw. als eigene übernimmt.

Bühnenoberschiedsgericht – Außenstelle Hamburg – vom 7. März 2005, BOSchG 1/04

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

372. Kündigung, krankheitsbedingte; Wirbelsäulenleiden, Umgestaltung des Arbeitsplatzes

1. Die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des bereits mehrere Monate an einem Wirbelsäulenleiden erkrankten, nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers ist ungewiss, wenn dieser auf Anfrage des Arbeitgebers zum einen mitteilt, bei nicht leidensgerechter Umgestaltung seines Arbeitsplatzes werde er wieder arbeitsunfähig erkranken und zum anderen ausführt, er wolle den bisher ausgeübten Beruf als Dreher

(Zerspannungstechniker) zukünftig nicht ausüben, da er dazu körperlich nicht mehr in der Lage sei.

2. Vor Inkrafttreten des § 84 Abs. 2 SGB IX zum 1. Mai 2004 gab es für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer nach krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf leidensgerechte Umgestaltung des Arbeitsplatzes (vgl. § 81 Abs. 4 Nr. 4, 5 SGB IX) oder Präventivmaßnahmen i. S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX, die einer personenbedingten Kündigung vorausgehen hatten.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 29. März 2005, 1 Sa 1429/04

373. Kündigung, Sozialauswahl, Betriebsvereinbarung, Arbeitszeitverkürzung

Eine Betriebsvereinbarung, nach der das Arbeitsverhältnis von Mitarbeitern, die die Arbeitszeit verkürzen, nicht vor dem Ablauf der Geltungsdauer der Betriebsvereinbarung (1 Jahr) endet, verkürzt den Auswahlbereich der Sozialwahl bei trotzdem erforderlichen Kündigungen nicht zu Lasten von Mitarbeitern, die sich der Arbeitszeitverkürzung nicht anschließen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20. Dezember 2004, 2 Sa 695/04

374. Beschwer, Auflösungsantrag, Abfindungshöhe

1. Bei einer Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG ist der Kläger dann beschwert, wenn das Urteil hinter der in der Antragsbegründung dargestellten Höhe zurückbleibt, auch wenn der Antrag selbst nicht zahlenmäßig bestimmt war.

2. (...) Nach § 10 KSchG, der auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ist als Abfindung ein Betrag bis zu 12 Monatsverdiensten festzusetzen. Weitere Festlegungen enthält das Kündigungsschutzgesetz nicht. Vielmehr ist den Tatsacheninstanzen hier ein angemessener Beurteilungsspielraum eingeräumt. Die Rechtsprechung hat insoweit Entscheidungskriterien entwickelt, die bei der Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit Berücksichtigung finden. Zu den wichtigsten Bemessungsfaktoren gehören dabei in erster Linie die Dauer des Arbeitsverhältnisses und das Lebensalter des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis hat etwas über 4 Jahre gedauert, die Klägerin ist 1971 geboren. Der Bemessungsfaktor Monatsgehalt ist mit 1.808,00 € festzusetzen. Als sonstige Sozialdaten des Arbeitnehmers können darüber hinaus der Familienstand und die Anzahl der unterhaltspflichtigen Personen sowie die Vermittlungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt werden. Insbesondere kann dabei berücksichtigt werden, dass die Klägerin ausweislich ihrer PKH-Unterlagen bereits zum 01.01.2005 eine neue Stelle gefunden hat, die zwar nur einen Stundenrahmen von 20 Wochenstunden umfasst, deren Stundenvergütung jedoch nicht erheblich schlechter ist als die bei der Beklagten gezahlte Vergütung. Weiterhin kann im Rahmen der Ermessensausübung das Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung Berücksichtigung

finden sowie der Umfang des Verschuldens bei der Herbeiführung der Auflösungsgründe.

Danach ergibt sich, dass im vorliegenden Fall keinerlei Gesichtspunkte für eine Erhöhung der zugesprochenen Abfindung sprechen. Die Klägerin ist im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern und zu dem Eintritt ins Berufsleben noch jung. Sie hat, soweit ersichtlich und im PKH-Verfahren geltend gemacht, keinerlei Unterhaltspflichten. Das Arbeitsverhältnis hat nicht besonders lange gedauert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Höchstumfang der Abfindung nach § 10 Abs. 1 KSchG 12 Monatsbruttoverdienste umfasst. Hiermit sind alle Beschäftigungszeiten bis zur Vollendung des 50. Lebensjahres bei gleichzeitiger Dauer von mehr als 15 Jahren des Arbeitsverhältnisses abgedeckt. Um somit eine angemessene Abstufung zu erzielen wird im Regelfall nicht pro Beschäftigungsjahr ein Bruttomonatsgehalt sondern ein halbes Bruttomonatsgehalt als Faustformel angewendet. Diese Berechnungsformel ermöglicht es, angemessen zwischen kurzen und langen „Beschäftigungsverhältnissen bei Arbeitnehmern die noch nicht 50 Jahre alt sind“ zu unterscheiden. Denn der Rahmen von 12 Gehältern kann auch dann nicht überschritten werden, wenn das Arbeitsverhältnis 30 Jahre bestanden hat, der Arbeitnehmer aber noch keine 50 Jahre alt ist.

Auch die nur kurze Arbeitslosigkeit der Klägerin führt nicht dazu, dass besondere Faktoren für eine Erhöhung des Abfindungsbetrages sprächen. Eine generell schwierige Lage in ihrem Fachgebiet und für ihre Ausbildung auf dem Arbeitsmarkt hat die Klägerin nicht geltend gemacht.

Bei der Ermessensausübung ist die konkrete Sozialwürdigkeit der Kündigung nicht als besonders schwerwiegend zu berücksichtigen. Dies ergibt sich daraus, dass tatsächlich eine Aufklärung der Kündigungsgründe und insbesondere eine Bewertung der unternehmerischen Entscheidung Arbeitsplätze einzusparen wegen der Situation des Versäumnisurteils nicht erfolgte. Vielmehr hat die Beklagte, nachdem sie schriftsätzlich vorgetragen hat, die Situation habe sich dahingehend geändert, dass eine Weiterbeschäftigung angeboten werden könne, von der prozessualen Möglichkeit des Nichterscheitens zum Termin Gebrauch gemacht. Aufgrund der Rechtskraft des danach ergangenen Versäumnisurteils ist zwar festgestellt, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt war. Eine besondere Verwerflichkeit kann aber weder im Ausspruch der Kündigung noch in dem Weiterbeschäftigungsangebot gesehen werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass eine sozial gerechtfertigte Kündigung ohnehin keine Abfindung nach sich zieht. In diesem Falle wäre die Klage abgewiesen worden, ohne dass eine finanzielle Kompensation möglich gewesen wäre. Die Zahlung einer Abfindung setzt damit immer voraus, dass die Kündigung gerade nicht den Erfordernissen des Kündigungsschutzgesetzes entspricht. Vorliegend kann nicht festgestellt werden, dass dies in einem besonders hohen Maß der Fall gewesen wäre.

Auch im Rahmen des Auflösungsverschuldens seitens der Beklagten sind keine Gesichtspunkte gegeben, die eine Erhö-

Kündigungsrecht

hung der Abfindung zu Gunsten der Klägerin rechtfertigen würden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 21. März 2005, 2 Sa 1499/04, Revision nicht zugelassen

375. Sonderkündigungsschutz Betriebsratsmitglied, Ersatzmitglied, außerordentliche Kündigung, Abmahnung

1. (...) Ein zweites Ersatzmitglied im Betriebsrat genießt keinen Sonderkündigungsschutz eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds, wenn es zum Zeitpunkt seiner Kündigung nicht im Betrieb anwesend ist, aber sowohl sämtliche ordentliche Betriebsratsmitglieder als auch das erste Ersatzmitglied im Betriebsrat sich zum Zeitpunkt der Kündigung im Betrieb befinden. Damit liegt kein Verhinderungsfall nach § 25 Abs. I S. 2 BetrVG vor, der dazu führen würde, dass dem zweiten Ersatzmitglied der Sonderkündigungsschutz eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds nach § 15 Abs. I S. I KSchG, § 103 BetrVG zusteht (BAG, 09.11.1977 – 5 AZR 175/76 –, 17.01.1979 – 5 AZR 891/77 – und 06.09.1979 – 2 AZR 548/77 – AP KSchG 1969 § 15 Nr. 3, 5 und 7). Daran ändert auch nichts, dass die Betriebsratsmitglieder nicht sämtlich zu denselben Arbeitszeiten ihre Tätigkeit angetreten hatten. Selbst wenn keine Überschneidung der Arbeitszeiten vorgelegen hätte (was hier der Fall war), ergibt sich aus § 37 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG, dass in einem derartigen Fall nicht ohne weiteres von einer Verhinderung ausgegangen werden kann. Denn hiernach hat ein Betriebsratsmitglied, das außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit Betriebsratsarbeit verrichtet, Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Selbst wenn das betreffende Betriebsratsmitglied zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben in den Betrieb fahren müsste, ist dies kein Grund zur Annahme eines Verhinderungsfalls (BAG, 18.01.1989 – 7 ABR 89/87 – AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 28).

2. Beim nachwirkenden Sonderkündigungsschutz eines Ersatzmitglieds des Betriebsrats nach § 15 S. I KSchG können die zu § 626 Abs. I BGB entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit einer außerordentlichen Kündigung angewandt werden (vgl. nur BAG, 18.02.1993 – 2 AZR 526/92 – AP KSchG 1969 § 15 Nr. 35). Zu prüfen ist also, ob Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen. Fristlos kann einem Ersatzmitglied des Betriebsrats im Nachwirkungszeitraum nur gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber bei einem vergleichbaren Nichtbetriebsratsmitglied dessen Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der einschlägigen ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar wäre. Jedenfalls für die Beendigungskündigung geht das Bundesarbeitsgericht nach wie vor davon aus, dass im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung von derjenigen Kündigungsfrist auszugehen ist, die ohne den Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG für eine ordentliche Kündigung gelten würde (hier: sechs Monate zum Monatsende).

Hieraus folgt, dass eine hilfsweise ausgesprochene außer-

ordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit bei der Kündigung von Betriebsratsmitgliedern beziehungsweise Ersatzmitgliedern keine zulässige Kündigungsart darstellen kann. Jedenfalls für die verhaltensbedingte und krankheitsbedingte Beendigungskündigung von Betriebsratsmitgliedern beziehungsweise Ersatzmitgliedern entspricht dies der derzeitigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, 18.02.1993 – 2 AZR 526/92 – und 10.02.1999 – 2 ABR 31/98 – AP KSchG 1969 § 15 Nr. 42; BAG, 27.09.2001 – AZR 487/00 – NZA 2002, 815; APS-Linck, 2. Aufl., § 15 Rz 127; a.A. KR-Etzel, 7. Aufl., § 15 KSchG Rz 22 f.).

3. In Rechtsprechung und Schrifttum ist es anerkannt, dass eine Abmahnung nur dann ihre Warnfunktion erfüllen kann, wenn der Arbeitnehmer die Drohung mit der Kündigung auch ernst nehmen muss. Dies kann dann nicht mehr der Fall sein, wenn ein Arbeitgeber jahrelang die Kündigung stets nur androht, nicht aber ausspricht (BAG, 15.11.2001 – 2 AZR 609/00 – AP KSchG 1969 § I Abmahnung Nr. 4; BAG 16.09.2004 – 2 AZR 406/03).

Sind seit der letzten Abmahnung nahezu zwei Jahre verstrichen, so besteht mangels einer bestimmten Regelfrist für die Wirkungslosigkeit von Abmahnungen aufgrund Zeitablaufs die Möglichkeit, dass sich der Arbeitnehmer darauf berufen werde, die vorangegangenen Abmahnungen hätten durch Zeitablauf ihre Wirkungen verloren (BAG, 18.11.1986 – 7 AZR 674/84 – AP KSchG 1969 § I Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17).

Enthalten die letzten drei Abmahnungen eine Steigerung an Intensität, wobei in der Abmahnung zur letzten Unpünktlichkeit ausdrücklich die Möglichkeit einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung ausgesprochen wird, so darf der Arbeitnehmer nicht mehr davon ausgehen, dass bei einer weiteren Unpünktlichkeit die „Abmahnungsserie“ lediglich fortgesetzt werde.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
vom 16. Dezember 2005, 4 Sa 33/04, Revision nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5, 70174 Stuttgart, Tel. 0711/224199–0, Fax: 0711/224199–79; e-mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

376. Kündigung, außerordentliche, Abmahnung

1. Verletzt ein Fleischbeschauerarzt nachhaltig seine Pflichten im Zusammenhang mit der fleischhygienischen Untersuchung von geschlachteten Rindern auf BSE, ist diese Pflichtverletzung an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.

2. Eine vorherige vergebliche Abmahnung muss einer derartigen Kündigung nicht immer vorangehen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 10. Februar 2005, 4 Sa 784/04

377. Weiterbeschäftigung, Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses nach Teilurteil

Sind in einem Kündigungsschutzverfahren mehrere Kündigungen angegriffen worden und zudem ein Weiterbeschäftigungsantrag gestellt, so kommt eine Aussetzung des Rechtsstreits über den Weiterbeschäftigungsantrag nicht in Betracht, da der Weiterbeschäftigungsanspruch gerade nicht vom rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens abhängig ist.

Vielmehr ist dem Weiterbeschäftigungsverlangen (Seite 6 des Urteils) regelmäßig stattzugeben, wenn das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung bejaht und der Arbeitgeber keine neuen Tatsachen für ein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers vorgetragen hat (LAG Köln, 17.05.1991, NZA 1992, 84; BAG, Urteil vom 19.12.1985 – 2 AZR 190/85 –).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht
vom 18. Februar 2005, 4 Ta 398/04
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

378. Anwendbarkeit Kündigungsschutzgesetz

Ein als Ersatzkraft für einen ausscheidenden Mitarbeiter eingestellter Arbeitnehmer ist bei der Zahl der "in der Regel Beschäftigten" i. S. v. § 23 KSchG nicht zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13. Januar 2005, 5 Sa 1237/04

379. Weiterbeschäftigung, Änderungskündigung, Rechtsmissbrauch

1. Der Vorrang einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vor einer Beendigungskündigung gilt entsprechend, wenn der Arbeitgeber statt einer Änderungskündigung den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz zu im Wesentlichen gleichen Arbeitsbedingungen beschäftigen könnte, die den Arbeitnehmer weniger belasten würden.

2. Für die Frage, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist, ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem bei dem Arbeitgeber der Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit erkennbar ist.

3. (...) Die Verpflichtung der Beklagten zur Berücksichtigung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Klägers auf einem Arbeitsplatz als Straßenbahnfahrer scheitert nicht daran, dass zum Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten vom 27.03.2003 von der Beklagten keine Ausbildungsmaßnahmen für eine Umschulung zum Straßenbahnfahrer mehr durchgeführt worden sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss der Arbeitgeber einem von einer nachteiligen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz anbieten, sobald er damit rechnen muss, dass für ihn der Arbeitsplatz wegfallen wird bzw. – im Fall der personenbedingten Kündigung – der

Arbeitnehmer für den bisher ausgeübten Arbeitsplatz auf Grund festgestellter gesundheitlicher Einschränkungen nicht mehr geeignet ist. In einem solchen Fall ist dem Arbeitgeber die Berufung auf das Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Kündigungszeitpunkt aus dem in § 162 Abs. 1 und 2 BGB normierten Rechtsgedanken verwehrt, weil er diesen Zustand selbst treuwidrig herbeigeführt hat (vgl. BAG, vom 06.12.2001, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115 sowie vom 25.04.2002, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21 zu den Fällen vorgezogener Stellenbesetzungen vor dem Hintergrund sich abzeichnender betriebsbedingter Kündigungen). Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar nicht um eine betriebsbedingte Kündigung, sondern um eine auf Grund gesundheitlicher Einschränkungen des Klägers erforderliche personenbedingte Kündigung, deren Voraussetzungen mit Feststellung des Gutachters vom 15.08.2002, dass der Kläger für eine Tätigkeit als Busfahrer nicht weiter geeignet ist, vorlagen. Für den hier vorliegenden Fall kann jedoch nichts anderes gelten als in den von dem Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen. Der Beklagten war bereits im August 2003 bewusst und bekannt, dass der Kläger für die Tätigkeit als Busfahrer nicht mehr in Betracht kam, sie hat lediglich zunächst versucht, die Zuweisung einer Tätigkeit im Omnibusrangierdienst und Herabgruppierung einseitig im Wege des Direktionsrechts und ohne Ausspruch einer Änderungskündigung durchzusetzen. Nach den mit der Berufung nicht mehr angegriffenen Feststellungen des angefochtenen Urteils (zu Z.1 des Urteilstenors) war die Beklagte zu dieser einseitigen Maßnahme nicht berechtigt. Aus dem fehlerhaften Vorgehen kann der Beklagten kein Vorteil erwachsen. Sie kann sich daher nicht darauf berufen, dass zwischenzeitlich, nämlich seit Ende des Jahres 2002 keine freien Stellen im Straßenbahnfahrdienst mehr vorhanden gewesen sind und die von der Beklagten angestellten Prognosen im Januar 2003 zu dem Ergebnis geführt haben, dass lediglich noch zum 01.04.2003 diejenigen Bewerber für den Straßenbahnfahrdienst eingestellt werden sollten, denen das bereits verbindlich zugesagt worden war.

Hätte die Beklagte im Zeitpunkt der Feststellung der fehlenden Eignung des Klägers für den Busfahrdienst im August 2002 statt der einseitigen Versetzung in den Omnibusrangierdienst eine Änderungskündigung gegenüber dem Kläger ausgesprochen, so hätte sie zu diesem Zeitpunkt die noch vorhandenen freien Stellen im Straßenbahnfahrdienst als Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger berücksichtigen müssen. Die Berufung darauf, dass eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Zeitpunkt der Änderungskündigung vom 27.03.2003 nicht mehr bestand, erscheint daher rechtsmissbräuchlich, §§ 242, 162 BGB.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 4. November 2004, 5 Sa 1301/03

Kündigungsrecht

380. Massentlassung; Arbeitnehmerüberlassung, unerlaubte; Nachteilsausgleich

1. Auf eine GmbH, deren Alleingesellschafter die Bundesrepublik Deutschland ist und die als Verwaltungshelfer bei Erfüllung einer staatlichen Aufgabe tätig wird, sind die Vorschriften der §§ 17, 18 KSchG über eine Massentlassungsanzeige gemäß § 23 Abs. 2 KSchG nicht anzuwenden.
2. Es liegt keine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Arbeitnehmer einer GmbH, deren Alleingesellschafter die Bundesrepublik Deutschland ist, in den Räumen einer Behörde des Bundes nach Weisungen des Geschäftsführers, dessen Beamtenverhältnis für diese Zeit zum Ruhen gebracht worden ist, mit der Erledigung staatlicher Aufgaben beschäftigt werden.
3. Ein Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG muss mit Rücksicht auf seinen Sanktionscharakter eine Sozialplanabfindung grundsätzlich übersteigen.
4. Auf einen Anspruch auf Nachteilsausgleich ist nur eine bereits gezahlte Sozialplanabfindung anzurechnen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 27. Mai 2005, 6 Sa 1499/04, Rev. zugew.

381. Kündigungsschreiben, Vollmacht

1. Wer erkennbar in Vollmacht für einen Arbeitgeber eine Kündigung erklärt, ist nicht Arbeitgeber.
2. (...) Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich auch aus dem Kündigungsschreiben vom 29.09.2003 ohne weiteres ergibt, dass der Beklagte des vorliegenden Verfahrens für den Arbeitgeber des Klägers gehandelt hat, nicht aber ein vermeintlich bestehendes eigenes Arbeitsverhältnis zu diesem kündigen wollte. Dies ergibt sich bereits aus dem ersten Absatz des Schreibens, in dem auf die Entscheidung des Arbeitgebers, nämlich des Trägers des W., hingewiesen wird, die Backstube und damit die eigene Herstellung von Torten und Backwaren einzustellen. Am Ende des Schreibens befindet sich zudem der Vermerk, dass er zur Kenntnisnahme an das W. übersandt wird mit der Bitte, das beiliegende Exemplar dem Mitarbeiter auszuhändigen. Auch auf Grund dieser Umstände, dieses Inhalts des Kündigungsschreibens war klar, dass der Beklagte des vorliegenden Verfahrens für den Arbeitgeber des Klägers handelte. Anhaltspunkte für ein bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens, von denen die Klageanträge allesamt ausgehen, sind erkennbar nicht gegeben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 13. Dezember 2004, 7 Sa 459/04

382. Vergütungsanspruch, Vergleich, Auslegung

- I. Die Parteien hatten in dem Anstellungsvertrag folgendes vereinbart,
„§ 2 Bezüge
Für seine vertragliche Tätigkeit erhält Herr A ein Jahresgehalt von DM 180.000,00 (in Worten: einhundertachtzigtausend

DM), das in 13 Raten ausbezahlt wird. Hiermit sind auch die Sonderjahresleistung und das Urlaubsgeld abgegolten.

Mit den Monatsbezügen von DM 13.334,00 sind alle Ansprüche abgegolten, die Herr A aus dem Arbeitsverhältnis zustehen.“

In einem nach Kündigung geschlossenen gerichtlichen Beendigungsvergleich vom 21.02.2002 schlossen die Parteien unter anderem folgende Regelungen:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Arbeitgeberkündigung vom 18. Februar 2002 mit dem 31. März 2003 enden wird.

Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer ab sofort unwiderruflich unter Anrechnung etwaiger Urlaubsansprüche und unter Fortzahlung der vertraglichen Vergütung in Höhe von EUR 10.225,84 brutto monatlich von der Arbeitsleistung frei.

9. Mit der Erfüllung der Ansprüche aus diesem Vergleich sind sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und anlässlich seiner Beendigung abgegolten und erledigt.“

II. (...)

1. Nachdem das Arbeitsverhältnis der Parteien während des gesamten Jahres 2002 bestanden hat und der Kläger gemäß Ziffer 2) des Vergleichs vom 21.2.2002 unter Fortzahlung seiner vertraglichen Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt war, steht dem Kläger ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 des Anstellungsvertrages in Höhe eines Jahresgehalts, das zuletzt unstreitig EUR 138.048,84 betrug, zu. Nachdem die Beklagte dem Kläger für das Jahr 2002 insgesamt EUR 124.947,08 brutto gezahlt hat, verbleibt zu Gunsten des Klägers ein Vergütungsanspruch von EUR 13.101,76.

2. Diesem Anspruch des Klägers steht der Vergleich der Parteien vom 21.2.2002 nicht entgegen. Denn die Parteien haben in Ziffer 2) des Vergleichs diesen Anspruch, weder anderweitig festgelegt, noch ist der Anspruch durch Ziffer 9) des Vergleichs abgegolten oder erledigt.

a) Aus Ziffer 2) des Vergleichs vom 21.02.2002 folgt nicht, dass danach entgegen der vertraglichen Vereinbarung der Parteien dem Kläger für das Jahr 2002 nur noch ein Vergütungsanspruch von EUR 10.225,84 für 12 Monate zustehen soll.

aa) Gem. § 157 BGB sind Verträge, zu denen auch ein Vergleich gemäß § 779 BGB zählt (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 61. Aufl., § 779 Rz I a), so auszulegen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern.

Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Inhalt der Erklärende bei seiner Erklärung im Sinn gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (vgl. BAG, vom 26.9.2002 – 6 AZR 434/00 = AP Nr. 10 zu § 10 BBiG). Ein übereinstimmender Wille der Vertragspartner ist auch dann maßgebend, wenn er in der Vertragsur-

kunde keinen oder nur unzulänglich Ausdruck gefunden hat (vgl. BAG, vom 20.11.2001 – 3 AZR 28/01 = AP Nr. 12 zu § 3 BetrAVG). Trotz des Verbots der Buchstabeninterpretation ist zwar zunächst vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Dabei dürfen freilich nicht einzelne Wörter isoliert herausgegriffen werden. Zu berücksichtigen sind die dem Erklärungsempfänger bekannten Begleitumstände sowie insbesondere der mit der Vereinbarung verfolgte Zweck und die beiderseitige Interessenlage (vgl. BAG, vom 20.2.2002 – 7 AZR 748/00 = AP Nr. 18 zu § 620 BGB „Altersgrenze“). Im Zweifel ist das Vernünftige gewollt (vgl. MünchKomm-BGB/Mayer-Maly/Busche, 4. Aufl., § 133 Rn 56).

bb) Danach ist davon auszugehen, dass durch Ziffer 2) des Vergleichs vom 21.2.2002 nicht festgelegt wurde, dass dem Kläger nur eine Vergütung von monatlich EUR 10.225,84 für insgesamt 12 Monate zustehen soll.

(1) Dies ergibt sich bereits nicht aus dem Wortlaut der Regelung in Ziffer 2) des Vergleichs. Denn danach soll dem Kläger während der Freistellung gerade die vertragliche Vergütung zustehen, die mit der Bezeichnung „EUR 10.225,84 monatlich“ nur die Festlegung der monatlichen Teilbeträge regelt. Eine Beschränkung der Zahlungspflicht der Beklagten statt der vertraglich vereinbarten 13,5 zu leistenden Monatsbezüge auf nur 12 Monatsbezüge lässt sich dem Wortlaut der Regelung nicht entnehmen. Mit der Regelung in Ziffer 2) des Vergleichs und der Festlegung des Monatsbetrages von EUR 10.225,84 nehmen die Parteien vielmehr auf ihre eigene Regelung im § 2 Abs. 2 des Anstellungsvertrages Bezug. Wenn sie dort vereinbart haben, dass mit den Monatsbezügen von DM 13.334,00 alle Ansprüche abgegolten sein sollen, die dem Kläger aus dem Arbeitsverhältnis zustehen, wird dies hinsichtlich der Festlegung des Monatsbetrags nunmehr auf EUR 10.225,84 nur wiederholt. Die Verpflichtung gem. § 2 Abs. 1 des Anstellungsvertrages 13,5 Raten auszuzahlen wird dadurch aber in keiner Weise berührt.

(2) Dafür, dass beide Parteien eine derartige Begrenzung der Zahlungsverpflichtung gewollt haben, lässt sich auch kein Anhaltspunkt finden. Die Vergütungspflicht der Beklagten war vor Abschluss des Vergleichs weder dem Grunde noch der Höhe nach zwischen den Parteien streitig. Sie bedurfte im Hinblick auf das zwischen den Parteien streitige Ausscheiden des Klägers keiner gesonderten Regelung. Wenn die Parteien das Ausscheiden des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis einer Regelung zuführen wollten, hat der Vergleich diesen streitigen oder ungewissen Punkt geregelt. Ohne besondere Anhaltspunkte bleibt aber der übrige Inhalt des Rechtsverhältnisses der Parteien davon unberührt (vgl. Palandt-Sprau, a. a. O. Rn 11). Soll nun der Regelung der Ziffer 2) des Vergleichs der Sinn zukommen, dass eine Beschränkung des vertraglichen Vergütungsanspruchs des Klägers vereinbart wurde, obwohl zwischen den Parteien darüber zuvor kein Streit bestand, käme dies einem einseitigen Verzicht des Klägers gleich. Dem widerspricht aber der Grundsatz, dass ein Verzicht des Arbeitnehmers als Gläubiger auf Rechte nach

der Lebenserfahrung nicht zu erwarten und zu vermuten ist (vgl. BAG, vom 28.7.2004 – BB 2004, 2134; BAG, vom 20.8.1980 – NJW 1981, 1285). Weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn der Regelung in Ziffer 2) des Vergleichs kann daher angenommen werden, dass der Vergütungsanspruch des Klägers für das Jahr 2002 nur noch 12 x EUR 10.225,84 für 12 Monate beträgt.

b) Dem Anspruch des Klägers steht auch nicht Ziffer 9) des Vergleichs entgegen.

aa) Zwar haben die Parteien in Ziffer 9) des Vergleichs vom 21.2.2002 vereinbart, dass damit sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und anlässlich seiner Beendigung abgegolten und erledigt sind. Damit haben die Parteien auch festgelegt, dass für die Zukunft keine Ansprüche mehr bestehen. Denn diese Vereinbarung der Parteien ist entweder ein Erlassvertrag im Sinne von § 397 Abs. I BGB, der alle Ansprüche zum Erlöschen bringt, die dem Erklärenden bekannt waren oder mit deren Bestehen zu rechnen war (vgl. BAG, vom 20.1.1998 – AP Nr. 45 zu § 13 BUrlG; BAG vom 23.8.1994 – AP Nr. 3 zu § 3 BetrAVG), oder der Kläger hat mit der vereinbarten Erledigung aller gegenseitigen Forderungen nach § 397 Abs. 2 BGB anerkannt, dass aus dem Arbeitsverhältnis keine Ansprüche mehr bestehen und durch ein derartiges, negatives Schuldanerkenntnis alle Ansprüche zum Erlöschen gebracht wurden, die dem Erklärenden bekannt waren oder mit deren Bestehen zu rechnen war (vgl. BAG, vom 23.9.2003, NJW-Spezial 2004, 35; BAG, vom 9.6.1998 – AP Nr. 23 zu § 7 BUrlG; BAG, vom 31.7.1996 – AP Nr. 63 zu § 77 BetrVG 1972).

bb) Die Abgeltungsklausel erfasst aber den hier vom Kläger geltend gemachten Anspruch nicht. Denn Ansprüche, die in der Vereinbarung selbst bezeichnet sind, werden von einer Abgeltungsklausel nicht berührt (vgl. BAG AP Nr. 25 zu § 794 ZPO; LAG München NZA-RR 1998, 198). In Ziffer 9) des Vergleichs heißt es ausdrücklich, dass erst mit Erfüllung der Ansprüche aus diesem Vergleich sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erloschen sind. In Ziffer 2) des Vergleichs haben die Parteien gerade bestimmt, dass dem Kläger für die Zeit der Freistellung die vertragliche Vergütung fortzuzahlen ist. Dazu zählt – wie ausgeführt – die Vergütung des festgelegten Monatsbetrags für 13,5 Monate. Ziffer 9) des Vergleichs betrifft diesen Anspruch daher nicht.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 1. Dezember 2004, 10 Sa 1542/03, Revision nicht zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Kilian Friemel, Isartorplatz 8, 80331 München, Tel.: 089/21038-0, Fax: -330; e-mail: k.friemel@taxlorwessing.com, www.taxlorwessing.com

383. Kündigung außerordentliche, hilfsweise ordentliche, Suchterkrankung (Heroin)

1. Bei gerichtlicher Überprüfung einer außerordentlichen, hilfsweisen ordentlichen Kündigung kommen die zur krank-

Kündigungsrecht

heitsbedingten Kündigung entwickelten Grundsätze zur Anwendung.

2. Danach steht für eine außerordentliche Kündigung nur dann ein wichtiger Grund in Frage, wenn eine ordentliche Kündigung durch Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag ausgeschlossen ist.

3. Bei Vorliegen einer Suchtkrankheit sind an die negative Gesundheitsprognose geringere Anforderungen als bei sonstiger Krankheit zu stellen.

4. (...) Auch wenn angenommen wird, dass der Arbeitnehmer im Falle eines Rückfalles ein schuldhaftes Verhalten gezeigt hat (vergl. BAG, Urteil vom 7.12.1989 – 2 AZR 134/89 – n.v.), war die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht wirksam. Ein solches evtl. Fehlverhalten kann angesichts der Betriebszugehörigkeit des Klägers von ca. 15 Jahren eine außerordentliche Kündigung nicht rechtfertigen.

Die Kündigung war aber als ordentliche Kündigung zum 31.5.2003 sozial gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG). Wegen der Besonderheiten einer Suchtkrankheit ist davon auszugehen, dass an die für die Wirksamkeit der Kündigung erforderliche negative Gesundheitsprognose geringere Anforderungen zu stellen sind (vgl. BAG, Urteil vom 09.04.1987 – 2 AZR 210/86 – BB 1987, S. 1815). Zwar kann in der Regel angenommen werden, dass dann, wenn der gekündigte Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung therapiebereit war, eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen weiteren Gesundheitszustandes nicht ohne weiteres vorliegt. Im Streitfall war der Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigung am 20.03.2003 therapiebereit, wie seine Vorsprache in der Geschäftsstelle der Drogenhilfe Nordhessen e.V. belegen. Dies hat das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Kläger erst unter dem Eindruck der Untersuchungshaft therapiebereit wurde. Er war es jedenfalls zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung. Trotz dieser Therapiebereitschaft musste im Streitfall aus besonderen Gründen von einer fortbestehenden negativen Gesundheitsprognose ausgegangen werden. Der vor Ausspruch der Kündigung festgestellte Heroinkonsum des Klägers war ein Rückfall. Ob generell bei einem Rückfall eine erneute Entziehungskur keinen Erfolg verspricht, so dass von einer negativen Prognose des weiteren Krankheitszustands auszugehen ist (vgl. LAG Hamm, Urteil vom 02.05.1986 – 16 Sa 1987/85 – LAGE § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 4) oder ob ein schuldhaftes Verhalten eines Arbeitnehmers anzunehmen ist, der eine Entwöhnungsbehandlung durchlaufen hat und der die Gefahren des Suchtmittels kannte und dennoch trotz mehrjähriger Abstinenz rückfällig wurde (vgl. BAG, Urteil vom 07.12.1989 – 2 AZR 134/89 – n.v.), brauchte nicht entschieden zu werden. Aufgrund der Gesamtumstände war im Streitfall von einer negativen Gesundheitsprognose auszugehen. Dass der Kläger mehr als 3 Jahre nach der ersten Entwöhnungskur wieder rückfällig geworden ist zeigt, dass der Kläger aus Gründen, die evtl. im soziologischen, psychologischen und physiologischen Bereich liegen mögen,

nicht in der Lage war, seine Krankheit trotz der Erfahrungen, die er in der ersten Entwöhnungskur gesammelt haben muss, zu beherrschen. Zwar hat der Kläger vorgetragen, der Rückfall sei dadurch, dass sich seine Frau von ihm getrennt habe und dass diese ihm jeglichen Kontakt zu seinen Kindern untersagt habe, ausgelöst worden. Selbst wenn zugunsten des Klägers angenommen wird, dass er hierdurch in eine schwierige persönliche Lage geraten war, ist die von der Beklagten beschriebene Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass der Kläger in anderen schwierigen Lebenssituationen wieder rückfällig werden könnte. Es kommt hinzu, dass es der Beklagten nicht zumutbar war, die Zeit einer weiteren Entwöhnungskur abzuwarten. Der Kläger konnte erst von September 2003 bis 09. Februar 2004 eine Kur absolvieren, was bedeutet, dass die Beklagte den Kläger über 9 Monate nicht hätte einsetzen können. Der Kläger hat nicht bestritten, dass ein Arbeitnehmer in der Produktion, der unter Rauschmittel steht, eine Gefährdung für sich und seine Arbeitskollegen darstellt. Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Kläger schon seit 1988 in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand und gegenüber zwei Kindern unterhaltspflichtig ist, war das Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers als höher zu bewerten. Es konnte von der Beklagten auch nicht verlangt werden, dass sie den Kläger beschäftigt, aber zur Kontrolle und Überwachung Personal abstellt (vgl. BAG, Urteil vom 13.12.1996 – 2 AZR 336/96 – EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 33).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 16. Dezember 2004, 11 Sa 119/04, Revision nicht zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: -43; www.neef-schrader.de

384. Außerordentliche Änderungskündigung, Zumutbarkeit

1. Bei der außerordentlichen Änderungskündigung ist die Annahme unter Vorbehalt gemäß § 2 KSchG analog unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 2 BGB) zu erklären (BAG, vom 27.03.1987 AP Nr. 20 zu § 2 KSchG 1969). Eine Zeitspanne von 4 Werktagen ist noch unverzüglich in diesem Sinne, da dem Arbeitnehmer Zeit zum Nachdenken und zur Orientierung in jedem Fall zuzugestehen ist.

Das Vorliegen des wichtigen Grundes im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB setzt dann voraus, dass vorgesehene Änderungen für den Arbeitgeber unabweisbar und dem Arbeitnehmer gegenüber zumutbar sind (BAG, vom 06.03.1986 und 21.06.1995 AP Nr. 19, 36 zu § 15 KSchG 1969).

2. Die außerordentliche Änderungskündigung einer Arzthelferin zur Manglerin in einer Wäscherei ist für die Arbeitnehmerin zumutbar, wenn diese nach der Vornahme von Blutspenden, das abgegebene Blut nicht misst, aber dennoch in

den Computer Messdaten für Puls, Blutdruck und Temperatur einträgt, die nicht den Spendern zuzuordnen sind.

3. (...) Angesichts der besonders schwerwiegenden Pflichtverletzung der Klägerin war eine vorherige Abmahnung entbehrlich (BAG, v. 26.8.1993 AP 112 zu § 626 BGB). Die Klägerin konnte von vornherein nicht mit der Billigung einer bewusst falschen Eingabe von Untersuchungswerten zur Verdeckung nicht durchgeführter Untersuchungen rechnen. Es kann davon ausgegangen werden, dass ihr – zumindest aufgrund der vorher zuteil gewordenen Schulung – bewusst gewesen ist, mit einem „solchen Verhalten“ ihren bisherigen Arbeitsplatz aufs Spiel zu setzen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 1. Oktober 2004, 12 Sa 239/04, Rechtsmittel nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: /72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

385. Besonderer Kündigungsschutz, Elternzeit

Der Arbeitnehmer muss sich nicht unverzüglich nach Eintritt der Voraussetzungen für den Anspruch auf Elternzeit auf einen besonderen Kündigungsschutz berufen, sondern er hat insoweit allenfalls eine Frist von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung einzuhalten (entsprechend § 9 Abs. 1 MuSchG).

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 15. Dezember 2004, 17 Sa 1463/04

386. Änderungskündigung, Treu und Glauben

Erklärt der Arbeitgeber bei einer Anhörung des Arbeitnehmers zu vermeintlichen Kündigungsgründen, er erwäge den Ausspruch einer Änderungskündigung, verstößt eine ohne Änderung der Sachlage erklärte Beendigungskündigung gegen Treu und Glauben.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 17. November 2004, 17 Sa 1601/04

Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

387. Parteifähigkeit des Betriebsrates; Unterlassungsansprüche gegen Betriebsrat im Urteilsverfahren, Beschwerderecht

1. Parteifähig (ist), nur wer rechtsfähig ist, und der Beklagte zu 2. ist als Betriebsrat nicht rechtsfähig; (vgl. *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge-Matthes*, Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Aufl., § 10 Rn 20; Erfurter Kommentar-Koch, 4. Aufl., § 10 ArbGG Rn 6).

Zwar mag es sein, dass den Betriebsrat auch Unterlassungspflichten treffen können. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass

Unterlassungsansprüche von den einzelnen Arbeitnehmern gegen den Betriebsrat im Klageverfahren geltend gemacht werden können. Dies ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. Juli 1980 – 6 ABR 5/78 –, AP Nr. 3 zu § 74 BetrVG 1972, da dort das Bundesarbeitsgericht die Möglichkeit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen den Betriebsrat lediglich im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren bejaht hat. Da die Beteiligtenfähigkeit des Betriebsrates im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren durch § 10, 2. Halbsatz ArbGG ausdrücklich geregelt ist, lässt sich dies auf das Klageverfahren nicht übertragen.

Für die Möglichkeit einer solchen Unterlassungsklage besteht auch nicht deswegen die Notwendigkeit, weil der Betriebsrat sich sonst im rechtsfreien Raum befände und der Arbeitnehmer sich gegen Verstöße des Betriebsrates nicht wehren könnte, da der einzelne Arbeitnehmer Ansprüche gegen die jeweiligen Mitglieder des Betriebsrates persönlich geltend machen kann (vgl. wegen der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen *GK-Raab*, Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., § 104 Rn 23).

2. In § 85 BetrVG ist das Recht des Arbeitnehmers verbrieft, sich auch wegen des Verhaltens anderer Arbeitnehmer an den Betriebsrat und über diesen an den Arbeitgeber zu wenden. Dieses Recht steht vorliegend im Spannungsverhältnis zu dem Persönlichkeitsrecht der Klägerin. Wollte man der Beklagten zu 3. verwehren, diese Tatsachenbehauptungen aufzustellen, könnte sie von ihrem Beschwerderecht gemäß § 85 BetrVG keinen Gebrauch machen. Insoweit würde ihr Beschwerderecht vereitelt. Das Persönlichkeitsrecht der Klägerin wird auf der anderen Seite dadurch geschützt, dass die Behauptungen lediglich gegenüber dem Betriebsrat aufgestellt wurden. Die Beklagte zu 3. hat, soweit ersichtlich, nicht gegenüber unbeteiligten Dritten Behauptungen über das Verhalten der Klägerin aufgestellt. Hierbei konnte sie zunächst auch davon ausgehen, dass die Behauptungen von dem Betriebsrat nicht weitergetragen wurden. Danach ist der Kreis derjenigen, die von den Behauptungen erfahren würden, auf das Notwendigste begrenzt gewesen

■ Arbeitsgericht Stade
vom 3. November 2004, 2 Ca 469/04
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/2155563–33, Fax: -43; www.neef-schrader.de

388. Freistellungsanspruch, Aufsichtsratsmitglieder, Schulungsveranstaltung

1. Ein Aufsichtsratsmitglied kann aus der Regelung in § 37 Abs. 6 S. 1 BetrVG keinen Anspruch auf Freistellung unter Vergütungsfortzahlung für den Besuch einer Schulungsveranstaltung herleiten. Die Zuerkennung eines Freistellungsanspruches liefe auf eine Besserstellung der Aufsichtsratsmitglieder hinaus. Das Behinderungs- und Benachteiligungsverbot darf

Betriebsverfassungsrecht

nicht zweckentfremdet und in ein Beförderungsgebot verwandelt werden.

2. (...) Aus § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG kann der Verfügungskläger keinen Anspruch auf Freistellung unter Vergütungsfortzahlung für den Besuch der Schulungsveranstaltung „Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Einführung“ herleiten.

Diese Vorschrift gilt nur für die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen, die „Kenntnisse vermitteln, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind“. Die Schulungsveranstaltung „Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – Einführung“ vermittelt aber keine Kenntnisse, die im Rahmen der Betriebsratstätigkeit (bzw. Personalvertretungstätigkeit) des Verfügungsklägers erforderlich sind. Die Tätigkeit im Aufsichtsrat hat nichts mit den Aufgaben der Personalvertretung B zu tun. Seine Aufgaben als Mitglied der Personalvertretung B kann der Verfügungskläger auch ohne Kenntnisse des Mitbestimmungsrechts wahrnehmen.

Gesetzliche Vorschriften des Mitbestimmungsrechts, die – wie § 37 Abs. 6 S. 1 BetrVG – eine Freistellung von Aufsichtsratsmitgliedern für die Teilnahme an Schulungen vorsehen, existieren nicht.

Weder im Mitbestimmungsgesetz noch im Drittelbeteiligungsgesetz noch im Aktiengesetz befindet sich eine Regelung darüber, dass Aufsichtsratsmitglieder vom Arbeitgeber verlangen können, für den Besuch von Schulungsveranstaltungen unter Vergütungsfortzahlung freigestellt zu werden. § 26 MitbestG enthält lediglich das Verbot, Aufsichtsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit zu benachteiligen. Versagt man den Aufsichtsratsmitgliedern Ansprüche auf bezahlte Freistellung zum Zwecke des Besuchs von Schulungsveranstaltungen, so werden sie nicht in der Ausübung ihrer Tätigkeit behindert (die Schulung an sich wird ja nicht verboten, sie kann auch in der arbeitsfreien Zeit stattfinden) oder gegenüber anderen Arbeitnehmern benachteiligt. Die Zuerkennung eines Freistellungsanspruchs unter Vergütungsfortzahlung für den Besuch von Schulungsveranstaltungen liefert vielmehr auf eine Besserstellung der Aufsichtsratsmitglieder hinaus, denn normalerweise steht Arbeitnehmern ein solcher Freistellungsanspruch – etwa zur Herstellung „intellektueller Waffengleichheit“ gegenüber dem Arbeitgeber – gerade nicht zu. Das Behinderungs- und Benachteiligungsverbot des § 26 MitbestG darf nicht zweckentfremdet in ein Förderungsgebot verwandelt werden (*Faude*, DB 1983, 2249, 2250). Zu Recht wird deshalb ein Anspruch auf bezahlte Schulungsteilnahme für Aufsichtsratsmitglieder allgemein verneint (vgl. etwa *Hanau/Ulmer*, MitbestG, § 26 Rn 7; *Kraft*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, Bd. II, 7. Auflage, 2002, § 76 BetrVG 1952 Rn 132; *Oetker*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Auflage 2004, § 26 MitbestG Rn 5; *Wißmann*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. III, 2. Auflage, 2000, § 380 Rn 24; ausführlich *Faude*, DB 1983, 2249 ff.; abweichend *Säcker*, NJW 1979, 1521, 1526 im Hinblick auf Aufwendungsersatzansprüche für Schulungskosten der Aufsichtsratsmitglieder).

Als Anspruchsgrundlage für einen Freistellungsanspruch kommen die §§ 670, 675 BGB nicht in Betracht.

Aus diesen Vorschriften können sich allenfalls Aufwendungsersatzansprüche für Aufsichtsratsmitglieder ergeben (so insbesondere für Schulungskosten *Säcker*, a. a. O.; dagegen *Faude*, DB 1983, 2249, 2251 f.), nicht aber Freistellungsansprüche.

Das Freistellungsbegehren des Verfügungsklägers lässt sich auch nicht auf eine entsprechende Anwendung des § 37 Abs. 2, Abs. 6 Satz 1 BetrVG stützen. Diese Vorschrift, die lediglich für Betriebsratsmitglieder gilt, ist nicht entsprechend anwendbar auf Ansprüche der Aufsichtsratsmitglieder. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift liegen nicht vor. Aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip folgt, dass der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss. Der Rechtsprechung ist es im Grundsatz verwehrt, solche in Gesetzesform ergangenen Entscheidungen zu korrigieren; die Rechtsprechung ist vielmehr an Gesetz und Recht gebunden (Artikel 20 Abs. 3 Satz 2 Grundgesetz). Eine rechtsfortbildende Anwendung von Gesetzen dergestalt, dass eine Norm über ihren eigentlichen Geltungsbereich hinaus (analog) angewandt wird, bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Erforderlich ist, dass eine planwidrige Regelungslücke besteht und dass die Interessenlage des gesetzlich geregelten Falles mit dem zu entscheidenden Fall übereinstimmt.

Im Hinblick auf Freistellungsansprüche von Aufsichtsratsmitgliedern zum Besuch von Schulungsveranstaltungen fehlt es schon an der erforderlichen Regelungslücke (*Oetker*, a. a. O., § 27 MitbestG Rn 5). Es kann unterstellt werden, dass dem Gesetzgeber das Bedürfnis von Aufsichtsratsmitgliedern (gerade von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmerseite) nach Fortbildung bekannt war. Gleichwohl hat der Gesetzgeber im Mitbestimmungsgesetz vom 04.05.1976 (und auch in anderen Mitbestimmungsgesetzen) keine Vorschrift geschaffen, die § 37 Abs. 6 BetrVG entspricht. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr darauf beschränkt, von den Bestimmungen des § 37 BetrVG allein die Absicherung der beruflichen Entwicklung in § 26 MitbestG zu übernehmen. An diese Entscheidung des Gesetzgebers sind die Gerichte gebunden. Wollte man davon ausgehen, dass sich ein Freistellungsanspruch für den Besuch von Schulungsveranstaltungen für alle Mitglieder von Arbeitnehmervertretungen unabhängig von einer besonderen gesetzlichen Regelung schon „aus der Natur des Amtes selbst“ ergibt, so erwiese sich die Vorschrift des § 37 Abs. 6 BetrVG letztlich als überflüssig.

Es fehlt aber auch an der Vergleichbarkeit der Interessenlage. Das Amt, das der Verfügungskläger als Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat innehat, ist nicht mit dem Betriebsratsamt vergleichbar. Im Gegensatz zur Betriebsratstätigkeit wird die Aufsichtsratsstätigkeit nicht ehrenamtlich, sondern im Rahmen eines besonderen, in der Regel vergüteten Rechtsverhältnisses zum Unternehmen ausgeübt (*Hanau/Ulmer*, a. a. O., § 26 Rn 7). In Anbetracht der Vergütung, die der Verfügungskläger, wie

er im Kammertermin selbst angegeben hat, jährlich in Höhe von 4.000,- € für seine Aufsichtsratsstätigkeit erhält, durfte die Verfügungsbeklagte als Arbeitgeberin davon ausgehen, dass sich nur solche Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat wählen lassen, die entweder das erforderliche Wissen besitzen oder aber bereit sind, sich die notwendigen Erkenntnisse auf eigene Kosten anzueignen. Hinzu kommt, dass bei der Betriebsratsstätigkeit der Vertrauensgedanke im Vordergrund steht (§ 2 Abs. 1 BetrVG verpflichtet die Betriebsparteien zu vertrauenswürdiger Zusammenarbeit). Demgegenüber vollzieht sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vor dem Hintergrund der prinzipiellen Kontrollfunktionen des Aufsichtsrats. Weil der Aufsichtsrat als „unabhängiger Kontrolleur“ des Arbeitgebers handeln soll (und nicht, wie der Betriebsrat, vertrauensvoll mit ihm zusammenarbeiten soll), erscheint es nicht sachgerecht, den Arbeitgeber zur aufsichtsratspezifischen Ausbildung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu verpflichten (*Faude*, DB 1983, 2249, 2250 f.).

■ Arbeitsgericht Dortmund

vom 30. März 2005, 4 Ga 17/05

eingereicht von Rechtsanwalt Achim Schreynemackers, Kurt-Schumacher-Straße 6, 44534 Lünen, Tel.: 02306/515-10, Fax: -30

389. Einigungsstelle, Beisitzer, Vergütung

Außerbetriebliche Beisitzer der Einigungsstelle, haben gemäß § 76 a Abs. 3 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber einen Anspruch auf Vergütung ihrer Tätigkeit und gem. § 76 a Abs. 1 auch auf Erstattung angefallener Fahrtkosten.

■ Arbeitsgericht Gießen

von 11. Mai 2004, 5 BV 2/04

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

Anmerkung des Einreichers:

Nach Beschwerde zum Hessischen Landesarbeitsgericht, hat dieses die Parteien darauf hingewiesen, „dass der Antrag unbegründet sein dürfte, weil es sich nicht um einen Anspruch des Betriebsrats, sondern des Einigungsstellenbeisitzers handelt. Der Betriebsrat ist am Verfahren nicht beteiligt (vgl. *Fitting*, 22. Auflage, § 76 a BetrVG Rn 14, 33)“.

390. Betriebsrat, Zustimmungsverweigerung, unvollständige Information

1. Die Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG beginnt nicht zu laufen, wenn der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden ist. Dies hat zur Folge, dass die Zustimmung auch nicht im Gerichtsverfahren ersetzt werden kann.
2. Der Betriebsrat hat den Arbeitgeber auf eine etwaige Unzulänglichkeit der Information hinzuweisen und entsprechende Nachfragen zu stellen.
3. (...) Hinsichtlich des Umfangs der Informationspflicht des

Arbeitgebers im Rahmen einer Einstellung muss zumindest soviel an Tätigkeitsbeschreibung bzw. -umschreibung der zu besetzenden Stelle mitgeteilt werden, dass der Betriebsrat auch die Möglichkeit hat, seine Zustimmungsverweigerungsgründe im Sinne des § 99 Abs. 3 BetrVG sinnvoll auszuüben. Dabei ist die Schilderung der grundlegenden Aufgaben der zu besetzenden Position darzustellen.

4. Erforderlichkeit i. S.v. § 100 Absatz 1 BetrVG liegt erst dann vor, wenn keine das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats schonendere und dem Arbeitgeber zumutbare Handlungsalternative besteht. Das bedeutet üblicherweise, dass dem Betrieb ohne die vorläufige Maßnahme ein zu Buche schlagender, spürbarer Nachteil erwachsen würde. Das Kriterium der Dringlichkeit erfordert darüber hinaus eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des Arbeitgebers. Bloße Unannehmlichkeiten, die aus einer nicht besetzten Stelle herrühren, reichen nicht aus.

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 24. August 2004, 5 BV 10/04

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

391. Sachverständiger, Erforderlichkeit

1. Die Beauftragung eines Sachverständigen zur Erstellung einer Betriebsvereinbarung setzt voraus, dass zuvor Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geführt oder zumindest gefordert wurde und Uneinigkeit bezüglich konkreter Fragestellungen besteht.

2. (...) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Erforderlichkeit zur Hinzuziehung dann gegeben, wenn der Betriebsrat angesichts der Schwierigkeit der Materie eine in seine Zuständigkeit fallende Aufgabe ohne einen solchen fachlichen Rat nicht ordnungsgemäß wahrnehmen kann (vgl. BAG, vom 26. Februar 1992, ArbuR 93, S. 93). Die Frage der Erforderlichkeit der Zuziehung eines Sachverständigen ist keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage, die in vollem Umfang der gerichtlichen Prüfung unterliegt (vgl. *Däubler-Buschmann*, § 80, Rn 68).

Unter Zugrundelegung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Februar 1992 (wonach die Zuziehung eines Sachverständigen bei elektronisch gestützter Datenverarbeitung erst dann als erforderlich angesehen werden kann, wenn bestimmte Stufen durchlaufen sind) ergibt sich, dass eine Inanspruchnahme eines Sachverständigen durch den Betriebsrat nur dann als erforderlich angesehen werden kann, wenn

- die rechtzeitige und umfassende Information des Betriebsrats durch den Arbeitgeber über den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt erfolgt ist,
- bei Unvollständigkeit der Informationen, der Betriebsrat beim Arbeitgeber weitere Einzelauskünfte verlangt hat und dabei alle zur Verfügung stehenden betriebsinternen Informationsquellen ausgeschöpft hat und

Betriebsverfassungsrecht

– der Betriebsrat unter Berücksichtigung des Zusammenarbeitsgebots und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit versucht hat, sich den notwendigen Sachverstand selbst anzueignen, bevor er einen externen Sachverständigen hinzuzieht. Der Begriff der Erforderlichkeit bestimmt sich daher nach den konkreten Umständen im Einzelfall, der Abwägung der Interessen des Betriebs, des Betriebsrats und der Belegschaft. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war die Hinzuziehung eines Sachverständigen noch nicht als erforderlich im Sinne des § 80 Abs. 3 BetrVG anzusehen.

Nach Auffassung der Kammer ist als Mindestanforderung an den Begriff der Erforderlichkeit vorzusetzen, dass die Betriebspartner hinsichtlich des zu regelnden Gegenstandes vorher Verhandlungen geführt haben, aus denen sich dann unzweifelhaft ergibt, in welchen konkreten Punkten zwischen den Beteiligten Uneinigkeit besteht und die zur Entscheidung anstehenden Fragestellungen nunmehr nicht mehr vom Betriebsrat aufgrund fehlender Sachkenntnis getroffen werden können. Dies setzt jedoch zwingend voraus, dass zwischen den Betriebspartnern zuvor Verhandlungen stattgefunden haben. Auch wenn das im Betriebsverfassungsgesetz verankerte Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach langjähriger Kenntnis der Kammer im Betrieb der Beteiligten zu 2) wechselseitig zwar immer wieder angemahnt, jedoch selten praktiziert wurde, entbindet dies die Beteiligten nicht, in jedem Einzelfall entsprechend dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit die Verhandlungen mit dem Ziel zur Findung einer einvernehmlichen Lösung aufzunehmen. Erst wenn dies geschehen ist, besteht die Möglichkeit den Sachverständigen mit einer konkreten Fragestellung zu beauftragen.

■ Arbeitsgericht Gießen

vom 9. November 2004, 5 BV 14/04

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

392. Verhaltenskodex; Unternehmensethik; Ordnung des Betriebes, Verhalten der Arbeitnehmer; Gesamtbetriebsrat, Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats

1. Die unternehmensübergreifende Einführung eines ethischen Verhaltenskodexes ist unter Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats mitbestimmungspflichtig.

2. (...) Die von der US-amerikanischen Muttergesellschaft der Beteiligten zu 2. herausgegebene Unternehmensethik unterliegt in Deutschland den Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretungen nach dem BetrVG. Das deutsche BetrVG gilt für sämtliche inländische Betriebe, gleichgültig, ob sie zu inländischen oder ausländischen Unternehmen gehören (vgl. BAG, v. 7.12.1989, BB 1990, 564; BAG, v. 22.3.2000, BB 2000, 2098; BAG, v. 20.2.2001, NZA 2001, 1033). Bei der Einführung konzernweiter Verhaltensstandards gilt daher kollisionsrechtlich, dass in jedem betroffenen Staat die Arbeit-

nehmervertretungen die nach dem dortigen Recht vorgesehenen Befugnisse ausüben können (vgl. für die Einführung eines Verhaltenskodexes nach französischem Recht: Tribunal de Grande Instance de Versailles, v. 17.6.2004, Droit Ouvrier 2004, 473; hierzu *Junker*, BB 2005, 602). Die Mitbestimmungsrechte des BetrVG haben insoweit zwingenden Charakter und können durch eine Weisung der ausländischen Konzernmutter in keiner Weise berührt werden.

3. Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist gem. § 50 Abs. 1 BetrVG gegeben. (...) Es handelt sich um Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates setzt voraus, dass es sich um eine überbetriebliche Angelegenheit handelt. Hierbei sind zwar reine Zweckmäßigkeitserwägungen oder ein Koordinierungsinteresse nicht ausreichend (vgl. BAG, vom 16.6.1998, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; BAG, vom 15.1.2002, AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972), auf der anderen Seite erfordert die fehlende Regelungsmöglichkeit durch den örtlichen Betriebsrat keine objektive Unmöglichkeit (vgl. BAG, vom 23.9.1975, AP Nr. 1 zu § 50 BetrVG 1972; *Eisemann*, in: Erfurter Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 50 BetrVG Rn 3). Es reicht aus, dass eine zwingende sachliche Notwendigkeit, ein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung besteht (vgl. BAG, vom 15.1.2002, AP Nr. 23 zu § 50 BetrVG 1972, BAG, vom 11.12.2001, NZA 2002, 688). Der Gesamtbetriebsrat ist zuständig, wenn sich eine unterschiedliche Regelung sachlich oder rechtlich nicht rechtfertigen lässt.

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist zu berücksichtigen, dass die Beteiligte zu 2. den Verhaltenskodex einheitlich in sämtlichen Betrieben in Deutschland zur Anwendung bringen will. Aus Sicht der Beteiligten zu 2. sollen gerade unternehmensübergreifende Ethikvorstellungen bzw. Verhaltensanordnungen statuiert werden. Der von der Beteiligten zu 2. angestrebte Zweck, dass sich die Mitarbeiter ihren Unternehmensgrundsätzen verpflichtet fühlen, kann entsprechend nur durch eine unternehmenseinheitliche Regelung erreicht werden. Für den Bereich der privaten Liebesbeziehungen kommt hinzu, dass der Regelungsbereich nicht nur Liebesbeziehungen von Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmern ein und desselben Betriebes, sondern auch verschiedener Betriebe erfasst.

4. Entgegen der Rechtsansicht des Beteiligten zu 1. ist der von der Beteiligten zu 2. in Verkehr gebrachte Verhaltenskodex nicht insgesamt mitbestimmungspflichtig. So führt insbesondere die Tatsache, dass den Arbeitnehmern aufgegeben wird, den Verhaltenskodex zu lesen, nicht dazu, dass bereits durch diese Aufforderung Fragen der Ordnung des Betriebes oder des Verhaltens der Arbeitnehmer im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betroffen sind. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bezieht sich auf die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bereits durch diese Formulierung wird deutlich,

dass es sich um Regelungsbereiche handeln muss, die auf Dauer oder zumindest für einen längeren Zeitraum betroffen sind. Das einmalige Lesen bzw. das zu Kenntnisnehmen des Verhaltenskodexes ist aber gerade nicht auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet und betrifft daher auch nicht die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb. Dies ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Mitbestimmungsrechte des § 87 BetrVG. So wäre es sinnwidrig, wenn die Betriebspartner eine Betriebsvereinbarung darüber schlossen, wann und unter welchen Voraussetzungen ein bestimmtes Papier zu lesen sei.

Die von der Beteiligten zu 2. in Verkehr gebrachte Unternehmensethik ist auch nicht deshalb insgesamt mitbestimmungspflichtig, weil sie für sich in Anspruch nimmt, insgesamt ein Leitfaden für moralisches Handeln zu sein, dessen Bestandteile nicht im Einzelnen betrachtet werden könnten. Bei den einzelnen Regelungsbereichen der Unternehmensethik handelt es sich um klar abgrenzbare Regelungsbereiche, wobei jeder Regelungsbereich für sich betrachtet sinnvollerhalten werden kann. Aus diesem Grunde ist für jeden einzelnen Regelungsbereich der Unternehmensethik zu fragen, ob dieser Mitbestimmungsrechte des Beteiligten zu 1. tangiert oder nicht.

Der Antrag zu 1. ist daher nur in dem im Tenor beschriebenen Umfang begründet, wobei der Unterlassungsanspruch auf die Anwendung des Verhaltenskodexes gegenüber Arbeitnehmern im Sinne des § 5 BetrVG zu beschränken war. Der Verhaltenskodex richtet sich nicht nur an Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG, sondern auch an das Management und an leitende Angestellte. Für diesen Bereich der Mitarbeiter sind Mitbestimmungsrechte des Gesamtbetriebsrates nicht gegeben. Ggf. wäre hier an die Zuständigkeit des Sprecherausschusses zu denken.

Hiervon ausgehend sind folgende Abschnitte der Unternehmensethik mitbestimmungspflichtig:

a) Die Anregung, ethische Bedenken oder jegliche Verstöße gegen den Verhaltenskodex über eine anonyme Telefonhotline vorzubringen, wie sie auf Seite 3 des Kodexes, 4. Spiegelstrich bzw. im Abschnitt „Wie Sie ethische Anliegen vorbringen“ auf Seite 5 des Kodexes enthalten ist, verstößt gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Es handelt sich hierbei um eine sogenannte Whistleblower-Klausel, was sinngemäß „verpfeifen“ oder „anschwärzen“ bedeutet (vgl. hierzu *Schuster/Darsow*, NZA 2005 273, 276). Zwar betrifft die Klausel in erster Linie das Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber und nicht das Zusammenleben der Arbeitnehmer im Betrieb, andererseits weist die Anzeigepflicht nur geringe Berührungspunkte mit der Erbringung der Arbeitsleistung auf (vgl. hierzu *Junker*, BB 2005, 602, 604, ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht bejahend). Derartige Klauseln betreffen jedenfalls dann die Ordnung des Betriebes bzw. das Verhalten der Arbeitnehmer, wenn die Regelung über die bloße Hinweispflicht hinaus ein bestimmtes Verfahren vorsieht, nach dem der Whistleblower vorzugehen hat

(so *Schuster/Darsow* a. a. O.). Hierdurch wird die Koordination interner Abläufe und somit die betriebliche Ordnung betroffen. Zwar enthalten die streitgegenständlichen Klauseln ausgehend von ihrem Wortlaut keine konkrete Pflicht des Arbeitnehmers. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ausweislich Seite 4 des Kodexes angemessene disziplinarische Maßnahmen, bis hin zur Kündigung, gegen jeden Mitarbeiter zu ergreifen sind, dessen Verhalten diese Unternehmensethik oder gültige Gesetze und Bestimmungen, einschließlich dieser ethischen Leitprinzipien, verletzt. Aufgrund dieser Androhungen wird die Möglichkeit der Meldung von Verletzungen gegen den Verhaltenskodex de facto zur Pflicht. Es wird ein konkretes Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer statuiert. Zudem hält das BAG bereits die Einführung eines Formulars zum Nachweis der Einhaltung von Ethikregeln nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 für mitbestimmungspflichtig (vgl. BAG, v. 28.5.2002, NZA 2003, 166). Die Anzeigepflicht des Arbeitnehmers bei Verstößen gegen die Unternehmensethik stellt hierbei einen noch intensiveren Eingriff als die Einführung eines Nachweisformulars dar, so dass eine derartige Regelung erst Recht als mitbestimmungspflichtig angesehen werden muss (so auch *Junker*, BB 2005, 602, 604).

b) Ebenso verstößt der Abschnitt „Geschenke und Zuwendungen“ (Seite 9 des Kodexes) gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Nach dieser Klausel ist es Arbeitnehmern nicht erlaubt, von einem Lieferanten, potenziellen Lieferanten oder einer anderen Person, von der angenommen wird, dass diese Person dadurch Einfluss auf eine Geschäftsentscheidung oder Transaktion, bei der X. involviert ist, gewinnen möchte, Geschenke und Zuwendungen zu fordern, anzufragen oder anzunehmen. Als Beispiele für Geschenke und Zuwendungen werden genannt: kostenlose Waren, Tickets für Sport- oder Unterhaltungsveranstaltungen, Schmiergelder in Form von Geld oder Ware, abgelaufene oder nicht länger genutzte Muster, vom Lieferanten gezahlte Reisen, Alkohol oder Lebensmittel, Trinkgelder, persönliche Dienstleistungen oder Gefallen.

Auch hier wird das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb reglementiert. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2. handelt es sich auch nicht um Regelungen im Bereich des reinen Arbeitsverhaltens. Ob ein Arbeitnehmer Geschenke annimmt oder nicht, hat mit seiner zu erbringenden Arbeitsleistung nichts zu tun. Das Mitbestimmungsrecht ist auch nicht aufgrund einer gesetzlichen Regelung ausgeschlossen (§ 87 Abs. 1 Eingangssatz). Lediglich für Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter ist die Annahme von Geschenken durch die Straftatbestände der Vorteilsannahme und der Bestechlichkeit (§§ 331, 332 StGB) gesetzlich geregelt. Dagegen bestehen in der freien Wirtschaft keine gesetzlichen Regelungen. Ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmer Geschenke annehmen dürfen, insbesondere ob es eine Geringfügigkeitsgrenze gibt, ist demnach durch die Betriebspartner zu vereinbaren. Entgegen *Schuster/Darsow* (NZA 2005, 273, 276) scheidet ein Mitbestimmungsrecht auch nicht deshalb aus, weil durch die

Betriebsverfassungsrecht

Anordnung nicht das Verhalten der Arbeitnehmer untereinander, sondern das Verhalten der Arbeitnehmer zu außerhalb des Betriebes stehenden Dritten betroffen sei. Auch wenn das Verhältnis zu einem Betriebsfremden betroffen ist, wird dem Arbeitnehmer aufgegeben, wie er sich in einer konkreten Situation im Betrieb zu verhalten habe. Untersagt die Beteiligte zu 2. den Arbeitnehmern generell die Annahme jeglicher Geschenke, so verstößt sie hierdurch gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Auch der Abschnitt „Pressemitteilungen“ (Seite 13 des Kodexes) wonach den Arbeitnehmern ohne Zustimmung durch die Abteilung Unternehmenskommunikation nicht gestattet ist, im Namen von X. Aussagen (schriftlich oder mündlich) gegenüber der Presse, Zeitungen oder anderen Quellen zu machen, verstößt gegen das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Mit Ausnahme der Arbeitnehmer, bei denen Öffentlichkeits- bzw. Pressearbeit zu ihrem arbeitsvertraglichen Aufgabengebiet gehört, betrifft diese Regelung nicht das Arbeitsverhalten, sondern das Ordnungsverhalten. So ist beispielsweise für einen Verkäufer ein Bezug zu seiner geschuldeten Arbeitsleistung nicht zu erkennen. Zum mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten zählen nur Arbeitsanweisungen, mit denen der Arbeitgeber die Arbeitspflicht seines Arbeitnehmers konkretisiert (vgl. BAG, vom 10.3.1998, AP Nr. 5 zu § 84 ArbGG 1979). Es liegt daher eine verbindliche Verhaltensvorschrift vor, wenn den Arbeitnehmern untersagt wird, ohne Zustimmung durch die Abteilung Unternehmenskommunikation Aussagen gegenüber Presse, Zeitungen oder anderen Quellen zu machen.

d) Auch der Abschnitt „Belästigung und unangemessenes Verhalten“ verstößt gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. In diesem Abschnitt heißt es unter anderem:

Verbale Äußerungen, Gesten und Blicke sowie körperliche Handlungen sexueller Natur gehören nicht an den Arbeitsplatz und können rechtswidrige sexuelle Belästigung darstellen. Beispiele hierfür sind:

- Sexuelle Annäherung, Bitten um sexuelle Gefälligkeiten, Gossensprache, zweideutige Witze, Bemerkungen über den Körper oder die sexuellen Aktivitäten einer Person;

- Zurschaustellung von sexuell suggestiven Bildern oder Dingen, lüsterne oder anzügliche Blicke oder als sexuell deutbare Kommunikation jeder Art, oder Unangemessenes Anfassen.

Die Regelungen verweisen nicht lediglich auf nationale gesetzliche Regelungen zum Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, sondern gehen über § 2 Abs. 2 BeschSchG hinaus. Zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz gehören nach § 2 Abs. 2 BeschSchG sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen, die

von dem Betroffenen erkennbar abgelehnt werden. Das Gesetz verbietet ein Flirten am Arbeitsplatz nicht grundsätzlich. So stellt es keine sexuelle Belästigung dar, wenn ein Arbeitnehmer einer Arbeitnehmerin lüsterne Blicke zuwirft, wenn nicht die Arbeitnehmerin dies erkennbar ablehnt. Der in der Presse als sogenanntes „Flirt-Verbot“ bezeichnete Abschnitt der Unternehmensethik reglementiert daher das Verhalten der Arbeitnehmer und ihren Umgang miteinander im Betrieb über die Regelungen in § 2 BeschSchG hinaus und ist daher nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

e) Auch der Abschnitt „Privatsphäre“ verstößt gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, soweit hierin Einsichtsrechte in die Personalakte geregelt werden. Nach der entsprechenden Klausel sind nur berechtigte Mitarbeiter und solche mit einem betrieblich-begründeten Anliegen berechtigt, die Personal- und Krankenakten des Unternehmens einzusehen. Was unter einem Mitarbeiter mit einem betrieblich-begründeten Anliegen zu verstehen ist, bleibt offen. Die Beteiligte zu 2. legt im Ergebnis einseitig fest, wer die Personalakten einsehen darf. Die Regelung von Einsichtsrechten in die Personalakte ist aber nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig (vgl. *Küttner-Reinecke*, Personalbuch 2004, Personalakte, Rn 17).

f) Soweit von der Beteiligten zu 2. in dem Abschnitt „Private Beziehungen/Liebesbeziehungen“ von Mitarbeitern ein Verhalten verlangt wird, das Respekt, Vertrauen, Sicherheit und Effizienz am Arbeitsplatz fördern soll und daher den Arbeitnehmern untersagt ist, mit jemandem auszugehen oder in eine Liebesbeziehung mit jemandem zu treten, wenn er die Arbeitsbedingungen dieser Person beeinflussen kann oder der Mitarbeiter seine Arbeitsbedingungen beeinflussen kann, stellt nicht nur aus individualarbeitsrechtlicher Sicht einen erheblichen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Artikel 2 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG dar, sondern verstößt darüber hinaus auch gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Die Regelung betrifft nicht nur das außerbetriebliche Verhalten der Mitarbeiter, sondern zumindest auch das Verhalten im Betrieb. Wird Arbeitnehmern untersagt miteinander eine Liebesbeziehung einzugehen, so wird hierdurch auch das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb reglementiert. Bei Einhalten der Verhaltensregel wäre den Arbeitnehmern beispielsweise das Küssen am Arbeitsplatz verboten. Den Arbeitnehmern wäre jedwedes Verhalten im Betrieb untersagt, das bei Außenstehenden den Eindruck einer Liebesbeziehung entstehen ließe. Das von der Beteiligten zu 2. vorgebrachte Anliegen, dass die Regelung gerade verhindern solle, dass Vorgesetzte unter Missbrauch ihrer Vorgesetztenfunktion die ihnen unterstellten Mitarbeiter belästigen oder es im Falle einer Beziehung zur Benachteiligung anderer Mitarbeiter komme und betriebliche Abläufe dadurch gefährdet würden, mag zwar durchaus ein berechtigtes Anliegen sein, ändert aber nichts daran, dass die Einzelheiten der Regelung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegen.

g) Der Abschnitt „Alkohol- und Drogenmissbrauch“ verstößt

gegen das Mitbestimmungsrecht des § 95 BetrVG. Soweit die Verhaltensrichtlinie vorsieht, dass, sofern erlaubt, von allen Bewerbern für einen Arbeitsplatz als Teil des Einstellungsprozesses ein Drogentest verlangt wird und jeder Bewerber, der positiv auf Drogen getestet wird, nicht angestellt wird, ist dies eine Auswahlrichtlinie im Sinne des § 95 BetrVG. Auswahlrichtlinien sind Grundsätze, die der Entscheidungsfindung bei personellen Einzelmaßnahmen dienen sollen, wenn für diese mehrere Arbeitnehmer und Bewerber in Frage kommen (vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, 22. Aufl. 2004, § 95 BetrVG Rn 7; *Kania*, in: *Erfurter Kommentar*, 5. Aufl. 2005, § 95 BetrVG Rn 3). Durch sie können, wie sich aus Absatz 2 Satz 1 ergibt, die zu beachtenden fachlichen, persönlichen und sozialen Voraussetzungen festgelegt werden. Indem der Verhaltenskodex bestimmt, dass Bewerber, die positiv auf Drogen getestet werden, generell nicht angestellt werden, handelt es sich auch um eine Regelung, die nicht nur für den Einzelfall, sondern für alle zukünftigen personellen Einzelmaßnahmen gelten soll.

Auch die Einschränkung „sofern gesetzlich erlaubt“ führt nicht dazu, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entfielen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es gesetzliche Regelungen zu Drogentests als Einstellungsvoraussetzungen nicht gibt. Da ein Drogentest aber in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers oder potenziellen Arbeitnehmers nach Artikel 2 Abs. 1 GG sowie in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 GG) eingreift, bedarf es stets einer gegenseitigen Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern. Daher ist es gesetzlich per sé nicht unzulässig, einen Drogentest zum Teil des Einstellungsprozesses zu machen.

Soweit in dem Abschnitt darauf hingewiesen wird, dass die Beteiligte zu 2. sich für eine drogen- und alkoholfreie Arbeitsumgebung einsetzt und eine strenge Richtlinie zu Alkohol- und Drogenmissbrauch hat, ist insofern das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betroffen, da die Einführung eines Alkoholverbotes mitbestimmungspflichtig ist (vgl. BAG, vom 23.9.1986, DB 1987, 337; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, 22. Auflage 2004, § 87 BetrVG Rn 71).

Sofern Alkohol- oder Drogentests im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses durchgeführt werden sollen, unterfallen derartige Gebote aus Gründen des Arbeitsschutzes zudem dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, 22. Auflage 2004, § 87 BetrVG Rn 71).

Die Beteiligte zu 2. hat zwar zuletzt in ihrem Schriftsatz vom 10.6.2005 ausgeführt, dass keine Drogen- oder Alkoholtests durchgeführt worden sind und auch zukünftig nicht durchgeführt werden, da die Regelungen zum Alkohol- und Drogenmissbrauch aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in Deutschland praktisch gegenstandslos seien. Da die Beteiligte zu 2. bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung ihren Arbeitnehmern gegenüber nicht erklärt hat, dass dieser

Abschnitt für die deutschen Arbeitnehmer gegenstandslos sei, ist der Unterlassungsanspruch des Beteiligten zu 1. nach wie vor gegeben, da die Beteiligte zu 2. dem Unterlassungsbegehren noch nicht nachgekommen ist.

h) Soweit die Beteiligte zu 2. auf dem zu den Gerichtsakten gereichten Poster darauf hinweist, dass Geschenke bzw. Gratifikationen nicht angenommen werden dürften und zudem die Arbeitnehmer auffordert, Verstöße gegen den Verhaltenskodex bei der eigens dafür eingerichteten Telefonhotline für Globale Unternehmensethik zu melden, liegt auch hier ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG vor. Insoweit wird auf die Ausführungen unter a) und b) verwiesen.

Auch der Antrag zu 2. ist begründet, da das Betreiben der Telefonhotline für Globale Unternehmensethik ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darstellt. Wie bereits unter 4 a) dargelegt, wird durch das Betreiben der anonymen Telefonhotline ein bestimmtes Verfahren statuiert, um Verstöße gegen die Unternehmensethik zu melden. In einem solchen Fall ist die Koordinierung interner Abläufe und somit die betriebliche Ordnung betroffen. Darüber hinaus verstößt das Betreiben der Telefonhotline auch gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Es handelt sich um eine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen. Dem steht nicht entgegen, dass nach Aussage der Beteiligten zu 2. die Hotline anonym betrieben wird. Entgegen des Wortlautes setzt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht voraus, dass die technische Einrichtung ausschließlich oder überwiegend die Überwachung der Arbeitnehmer zum Ziel hat. Insbesondere braucht der Arbeitgeber die Überwachung nicht zu beabsichtigen. Da das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gerade zum Persönlichkeitsschutz des einzelnen Arbeitnehmers gegen anonyme Kontrollvorrichtungen, die stark in den persönlichen Bereich der Arbeitnehmer eingreifen, eingefügt worden ist (vgl. die Begründung zum RE, BT-Drucks. VI/1786, S. 48 f.), ist es ausreichend, wenn die Einrichtung auf Grund ihrer technischen Gegebenheiten objektiv zur Überwachung der Arbeitnehmer geeignet ist, unabhängig davon, ob es sich nur um einen Nebeneffekt handelt oder die Arbeitnehmerdaten überhaupt durch den Arbeitgeber ausgewertet werden (vgl. BAG, v. 14.5.1974, 9.9.1975, 10.7.1979, 6.12.1983, 23.4.1985, AP Nr. 1–3, 7, 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung). Da bei einer Telefonhotline aufgrund der technischen Gegebenheiten registriert werden kann, von welchem Anschluss angerufen worden ist, wäre es der Beteiligten zu 2. durchaus möglich, hieraus Rückschlüsse auf den einzelnen Arbeitnehmer zu ziehen. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer die Hotline beispielsweise von zu Hause aus anruft.

■ Arbeitsgericht Wuppertal

vom 15. Juni 2005, 5 BV 20/05

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenburg, Tel.: 069/80014–77, Fax: –79; e-mail: Anwaltskanzlei.HorstThon@gmx.ded, www.horst-thon.de

Betriebsverfassungsrecht

393. Betriebsrat, Schulungsveranstaltung, Androhung arbeitsrechtlicher Sanktionen, Unterlassungsanspruch

1. Für einen Verfügungsgrund zum Erreichen einer einstweiligen Verfügung über einen Unterlassungsanspruch, mit dem der Betriebsrat die Teilnahme seiner Mitglieder an einer Schulungsveranstaltung begehrt, genügt es nicht, wenn der Betriebsrat pauschal behauptet, dass einzelne Betriebsratsmitglieder sich veranlasst sehen könnten, nicht an den geplanten Schulungsmaßnahmen teilzunehmen.

2. Ein Anspruch des Betriebsrates auf Zahlung eines Spensenvorschusses im Wege der einstweiligen Verfügung besteht nicht.

Zwar kann der Betriebsrat die Tragung von Kosten im Sinne des § 40 BetrVG (hierzu gehört auch die Zahlung von Kostenvorschüssen für Reise- oder Schulungskosten) im Wege des Beschlussverfahrens durchsetzen und gegebenenfalls auch eine einstweilige Verfügung beantragen (vgl. insoweit *Fitting*, § 40 Rn 148 m. w. N.). Voraussetzung ist jedoch, dass die Tragung der Kosten zu einer wesentlichen Erschwerung der Betriebsratsarbeit führt. Hiervon ist angesichts der relativ geringen Kosten von ca. 100,00 EUR pro Betriebsratsmitglied nicht auszugehen. Hierbei handelt es sich um einen Betrag, auf den die einzelnen Betriebsratsmitglieder zwar – nach vorherigem Nachweis der konkreten Kosten – einen Zahlungsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin haben, der jedoch nicht so hoch ist, dass ein solcher im Zweifelsfalle nicht auch vorgestreckt werden könnte. Darüber hinaus ist – trotz des Inhaltes des Schreibens der Antragsgegnerseite vom 19. Januar 2005 – nicht ersichtlich, dass die Antragsgegnerin sich weigert, den Kostenvorschuss zu leisten. Insoweit mangelt es auch hier am Verfügungsgrund.

■ **Arbeitsgericht Gießen**

vom 18. Februar 2005, 5 BVGa 4/05

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

394. Kostenübernahme, externer Berater, Betriebsänderung

1. Zu den Kosten der Tätigkeit des Betriebsrates gem. §§ 40 Abs. 1, 51 Abs. 1 S. 2 BetrVG gehört in Unternehmen mit mehr als dreihundert Arbeitnehmern auch die Zuziehung eines Beraters gemäß § 111 Satz 2 BetrVG, soweit diese nach pflichtgemäßer Prüfung der Erledigung der gesetzlichen Aufgabe des Gesamtbetriebsrates diene und die hierfür entstehenden Kosten auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers angemessen sind.

2. Die Bestellung des Herrn A. zum Berater im Sinne des § 111 Satz 2 BetrVG erfolgte, (...) formell ordnungsgemäß. Sie war nach der pflichtgemäßen Einschätzung des Beteiligten zu 1. auch erforderlich, um sich die angesichts des Ineinander-

greifens verschiedener Rechtsmaterien notwendigen Kenntnisse im Zusammenhang mit den von der Beteiligten zu 2. geplanten Maßnahmen zu verschaffen. Insoweit ist der Beteiligte zu 1. nicht verpflichtet, der Beteiligten zu 2. im einzelnen Aufschluss darüber zu geben, zu welchen Zeit- und Kostenanteilen der Berater welche konkreten Gesichtspunkte einer einheitlich zu begutachtenden Betriebsänderung unterzogen hat. Auch die Heranziehung eines externen Beraters war – wiederum nach pflichtgemäßem Ermessen des Beteiligten zu 1. – erforderlich und auch unter Berücksichtigung des Kosteninteresses der Beteiligten zu 2. angemessen. Denn die von dem Berater gestellte Honorarforderung erweist sich als maßvoll. Die Kostenrechnung weist keine finanziellen Lasten aus, die die Beteiligte zu 2. wegen der räumlichen Entfernung des Beraters von Leipzig zu tragen hätte. Herr A hat einen Tagessatz von 690,- EUR zu Grunde gelegt. Fahrtkosten erscheinen in seiner Kostennote nicht. Angesichts der für vergleichbare Beratungsleistungen geforderten Stundensätze, die nicht selten 250,- EUR überschreiten, erweist sich die in Rechnung gestellte Gesamtsumme als moderat und insgesamt angemessen.

■ **Arbeitsgericht Leipzig**

vom 22. April 2005, 6 BV 51/04, Beschwerde zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462 – 11, Fax: -24; e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

Anmerkung:

Gleichermaßen problematisch für Arbeitgeber- wie Betriebsratsseite erscheint die mitunter qualitativ zweifelhafte – jedenfalls in rechtlicher Hinsicht – Billigberatung durch ehemalige Gewerkschaftssekretäre, die sich im Grenzbereich zur Rechtsberatung auf Betriebsratsbetreuung orientiert haben. Im Interesse fachlich qualifizierter Tätigkeit der Betriebsräte sollte diese Entwicklung durch die Fachanwälte für Arbeitsrecht verstärkt beobachtet, ihr ggf. auch berufsrechtlich entgegengewirkt, werden. (*gr*)

395. Betriebsratsmitglied, freigestelltes-; Abmeldepflicht; Verlassen des Betriebes

1. Es besteht keine generelle Verpflichtung freigestellter Betriebsratsmitglieder, sich beim Verlassen des Betriebes während der arbeitsvertraglichen Arbeitszeit beim Arbeitgeber oder dessen Repräsentanten abzumelden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das freigestellte Betriebsratsmitglied den Betrieb zur Erfüllung erforderlicher Betriebsaufgaben verlässt.

2. (...) a) Zutreffend weist die Beklagte allerdings darauf hin, dass in der einschlägigen Kommentarliteratur in breiter Mehrheit die Ansicht vertreten wird, ein freigestelltes Betriebsratsmitglied sei beim Verlassen des Betriebes zur Abmeldung verpflichtet (vgl. *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 5. Auflage, § 38 Rz 23; *Halberstadt*, BetrVG, § 38 Rz 11; *Weber/Ehrich/Hörchens*, Handbuch zum BetrVG, Teil D Rz 83; *Däubler/Kittner/Klebe*,

BetrVG, 6. Auflage, § 38 Rz 65; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 9. Auflage, § 38 Rz 50; *Hess/Schlochauer/Glaubitz*, BetrVG, 5. Auflage, § 38 Rz 46; *Wiese/Weber*, in GK-BetrVG, 7. Auflage, § 38 Rz 38; Münch-ArbR/*Joost*, 2. Auflage, § 308 Rz 82).

Soweit überhaupt eine Begründung für diese Ansicht gebracht wird, wird ausgeführt, dass das freigestellte Betriebsratsmitglied nur von seiner beruflichen Tätigkeit befreit sei, nicht jedoch von den sonstigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Insbesondere sei es weiterhin der betrieblichen Ordnung unterworfen. Teilweise wird zur Begründung auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31.05.1989 (– 7 AZR 277/88 – NZA 1990, 313) verwiesen. Ein Teil der Literatur sieht eine Abmeldepflicht nur bei Vorliegen besonderer Umstände als gegeben an (vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, BetrVG, 22. Auflage, § 38 Rz 82 und *ErfK-Eisemann*, 5. Auflage, § 38 BetrVG Rz 11), ohne allerdings diese Ansicht näher zu begründen und aufzuzeigen, wann „besondere Umstände“ gegeben sein sollen.

b) Die Literaturmeinung überzeugt nicht. Sie berücksichtigt, den Unterschied zwischen einem „normalen Arbeitnehmer“ bzw. einem nicht freigestellten Betriebsratsmitglied und einem freigestellten Betriebsratsmitglied nicht ausreichend.

Ebenso wie die Anzeigepflicht im Falle einer Arbeitsverhinderung wegen Krankheit gemäß § 5 Abs. I Satz I EFZG dient auch die als vertragliche Nebenpflicht bestehende Pflicht des nicht freigestellten Betriebsratsmitglieds, sich im Falle der Ausübung von Betriebsratsarbeit rechtzeitig beim Arbeitgeber abzumelden, der Dispositionsfähigkeit des Arbeitgebers. Dem Arbeitgeber soll durch eine frühzeitige Abmeldung ermöglicht werden, die betrieblich notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um den Ausfall des Arbeitnehmers/Betriebsratsmitglieds zu überbrücken (statt vieler vgl. z. B. BAG, Urteil vom 15.03.1995 – 7 AZR 643/94 – NZA 1995, 961, 962 und *Wiese/Weber*, in GK-BetrVG, 7. Auflage, § 37 Rz 48). Zweck der Abmeldepflicht ist es nicht, dem Arbeitgeber ein Vorprüfungsrecht hinsichtlich der Erforderlichkeit von Betriebsratsarbeiten zu verschaffen (vgl. BAG, a. a. O.).

Die Dispositionsfähigkeit des Arbeitgebers wird in Fällen des Verlassens des Betriebes durch freigestellte Betriebsratsmitglieder jedoch nicht betroffen. Da das freigestellte Betriebsratsmitglied regelmäßig keine Arbeitspflicht zu erfüllen hat und damit nicht in den Betriebsablauf eingebunden ist, muss der Arbeitgeber keine Maßnahmen ergreifen, um die Abwesenheit des Betriebsratsmitglieds zu überbrücken. Es kann allenfalls zu einer Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit des Betriebsrates kommen. Diese wäre durch eine Abmeldung beim Arbeitgeber aber nicht zu verhindern, da es nicht Aufgabe des Arbeitgebers ist, die Arbeit des Betriebsrates zu organisieren. Vor diesem Hintergrund kann die sich als vertragliche Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis ergebende allgemeine Meldepflicht des Arbeitnehmers im Falle der Abwesenheit im Betrieb eine Meldepflicht des freigestellten Betriebsratsmitglieds beim Verlassen des Betriebes nicht begründen. Etwas

anderes ergibt sich auch nicht aus der Möglichkeit von Wegeunfällen bei der Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben außerhalb des Betriebes und deren versicherungsrechtlicher Behandlung. Voraussetzung für einen Versicherungsanspruch ist nicht die Abmeldung gegenüber dem Arbeitgeber, sondern das Vorliegen der Betriebsbezogenheit, der betrieblichen Veranlassung des Weges.

Liegt letztere objektiv vor, können Ansprüche gegenüber der Versicherung/Berufsgenossenschaft bestehen.

Auch, der Verweis auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 31.05.1989 kann die von der Literatur überwiegend vertretene Ansicht nicht stützen. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts enthält keine Ausführungen zur Erforderlichkeit einer Abmeldung in Fällen der Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben durch freigestellte Betriebsratsmitglieder außerhalb des Betriebes. Das Bundesarbeitsgericht stellt lediglich klar, dass die Vermutung, dass das Betriebsratsmitglied während seiner Freistellung erforderliche Betriebsratsarbeit verrichtet, nur insoweit gilt, als das Betriebsratsmitglied Tätigkeiten im Betrieb verrichtet. Bei Tätigkeiten außerhalb des Betriebes ist nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts dagegen ebenso wie bei nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern im Hinblick auf den Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG im Einzelfall zu prüfen, ob die Abwesenheit vom Betrieb zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrates erforderlich ist.

Gefolgt werden kann der Literaturmeinung nur in den Fällen, in denen im Betrieb eine wirksame, insbesondere mitbestimmte (vgl. § 87 Abs. I Nr. I BetrVG) Regelung betreffend die Verpflichtung zur Abmeldung in Fällen des Verlassens des Betriebes während der Arbeitszeit (z. B. bei sogenannten Dienstgängen) besteht. Da auch freigestellte Betriebsratsmitglieder betrieblichen Ordnungen genauso unterworfen sind wie die „normalen Arbeitnehmer“ bzw. nicht freigestellten Betriebsratsmitglieder, haben sie solchen Regelungen Folge zu leisten.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 29. April 2005, 10 Ca 8398/04, rkr.

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

396. Betriebsrat, Restmandat

1. Ein Restmandat des Betriebsrates nach § 21 b BetrVG besteht auch in den Fällen, in denen ein Betrieb in einen anderen Betrieb eingegliedert oder mit einem anderen größeren Betrieb zusammengelegt wird.

2. Das Restmandat ist zeitlich begrenzt; es besteht solange der Betriebsrat des durch Zusammenlegung untergehenden Betriebes noch Mitbestimmungsrechte, die sich auf diesen Betrieb beziehen, wahrzunehmen hat. Dies ist der Fall, wenn Verfahren nach §§ 99, 100 BetrVG, mit denen die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Versetzung der Mitarbeiter des einzugliedernden bzw. untergehenden Betriebes in den

Betriebsverfassungsrecht

aufnehmenden Betrieb begehrt wird, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind.

3. Auch ein Restmandat führt dazu, dass dem Betriebsrat die erforderlichen Sachmittel und Räume zur Verfügung zu stellen sind.

4. Auch der „nur“ mit einem Restmandat ausgestattete Betriebsrat muss seine Aufgaben betriebsnah erfüllen können. Deshalb müssen diesem Betriebsrat des durch Zusammenlegung untergehenden Betriebes – zumindest für einige Stunden in der Woche – Räume dort zur Verfügung stehen, wo die Arbeitnehmer, um deren Versetzung gestritten wird, ihre „betriebliche Anlaufstelle“ haben.

5. Auch während des Restmandates hat der Betriebsrat Anspruch auf dieselben Sachmittel – wie z. B. PC, eigenen Telefon- und Faxanschluss, Literatur –, die ihm auch während des „Vollmandats“ zur Verfügung standen. Der Arbeitgeber, der in der – falschen – Annahme, der Betriebsrat befinde sich in einem Übergangsmandat nach § 21 a BetrVG diesem Betriebsrat nach sechs Monaten die Nutzung der Räume und der Sachmittel entzogen hat, ist verpflichtet, diese Sachmittel und Räume dem Betriebsrat mit Restmandat zur zeitlich eingeschränkten Nutzung zur Verfügung zu stellen.

6. Stehen dem Betriebsrat nur zeitlich eingeschränkt Räume zur Verfügung, ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat mindestens einen viertürigen, verschließbaren Aktenschrank zur Verfügung zu stellen

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 9. Dezember 2004, 3 TaBV 15/04, rkr.

397. Betriebsrat; Schulungsveranstaltung, Erforderlichkeit der -

Eine Schulung ist erforderlich im Sinne des § 37 VI BetrVG, wenn die vom Betriebsrat zu leistende Arbeit ohne das Schulungswissen entweder gar nicht oder nur unter erhöhten Anstrengungen sachgerecht erfüllt werden kann. Das Schulungsprogramm muss zum überwiegenden Teil auf die Mitbestimmungs- oder Mitwirkungspflicht nach dem Betriebsverfassungsgesetz zugeschnitten sein.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 16. März 2005, 1 TaBV 40/04, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

398. Betriebsrat, Betriebsübergang, Restmandat, Widerspruch

1. Wird ein Betrieb nach § 613 a BGB übertragen und widersprechen nach der Betriebsübertragung zahlreiche Arbeitnehmer dem Übergang, dann behält der Betriebsrat ein Restmandat, wenn der übertragende Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse der Widersprechenden betriebsbedingt kündigt. Das Restmandat ist funktionalbezogen auf alle im Zusammenhang mit der Stilllegung sich ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte.

2. Das Restmandat wird von denjenigen Betriebsratsmitglie-

dern ausgeübt, die zum Zeitpunkt des Übergangs im Amt waren.

(...) Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend den Antrag des Betriebsrates auf Errichtung einer Einigungsstelle durch gerichtliche Entscheidung im Rahmen von § 98 ArbGG zurückgewiesen.

Der antragstellende Betriebsrat ist nicht antragsbefugt. Soweit er das vorliegende Verfahren betreibt als originärer Betriebsrat der Beteiligten zu 3) (neue Arbeitgeberin), fehlt ihm die Rechtsbefugnis, mit der alten Arbeitgeberin einen Sozialplan im Hinblick auf die Kündigung der 60 dem Betriebsübergang widersprechenden Arbeitnehmer abschließen zu können. Der das vorliegende Verfahren betreibende Betriebsrat ist das Gremium der neuen Arbeitgeberin und hat als originärer Betriebsrat dieser Arbeitgeberin nicht das Recht, mit einer anderen Arbeitgeberin einen Sozialplan abzuschließen, weil er nicht der Betriebsrat der Beteiligten zu 2) ist.

Soweit sich der antragstellende Betriebsrat darauf beruft, seine Antragsbefugnis ergebe sich aus dem Umstand der Wahrnehmung eines Restmandates als Betriebsrat bei der alten Arbeitgeberin, war er nicht richtig zusammengesetzt.

Im Termin zur Anhörung der Beteiligten vor dem Beschwerdegericht stellte der antragstellende Betriebsrat klar, dass er das vorliegende Verfahren allein unter dem Aspekt der Wahrnehmung eines Restmandates betreibt. Soweit er sich hierzu auf die §§ 21 a und 21 b BetrVG beruft, liegen die Voraussetzungen dieser Bestimmungen vorliegend nicht unmittelbar vor. Der bisherige Betrieb wurde weder gespalten noch teilweise nur auf die neue Arbeitgeberin übertragen, sondern im Wege eines Betriebsübergangs nach § 613 a BGB komplett auf die anlässlich des Betriebsübergangs neu gegründete Beteiligte zu 3) übertragen. Diese neue Arbeitgeberin hat auch ausschließlich nur die Arbeitnehmer der alten Arbeitgeberin übernommen und diese nicht etwa in einen bestehenden Betrieb mit eingegliedert. Trotzdem finden vorliegend die Rechtsfolgen aus § 21 b BetrVG analoge Anwendung. Schon vor der Neuregelung in den §§ 21 a, 21 b BetrVG entsprach es ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass ein Betriebsrat zur Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte anlässlich einer Betriebsstilllegung grundsätzlich ein Restmandat behält und zwar auch dann, wenn er im Zeitpunkt der Betriebsstilllegung nicht mehr im Amt ist (vgl. etwa BAG, AP Nr. 20 zu § 111 BetrVG 1972). Das Restmandat ist funktionalbezogen auf alle im Zusammenhang mit der Stilllegung sich ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte (BAG, AP Nr. 63 zu § 112 BetrVG 1972). Dazu gehören insbesondere der Abschluss eines Sozialplans gemäß § 112 BetrVG (BAG, AP Nr. 123 zu § 112 BetrVG 1972) und die betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben, die sich daraus ergeben, dass trotz tatsächlicher Stilllegung des Betriebs noch nicht alle Arbeitsverhältnisse rechtlich beendet sind und evtl. einzelne Arbeitnehmer mit Abwicklungsarbeiten beschäftigt werden. Weder in § 21 a noch in § 21 b BetrVG gibt es allerdings eine

Regelung, in welcher personellen Zusammensetzung der Betriebsrat das Übergangs- bzw. das Restmandat auszuüben hat. Das Restmandat ist anders als das Übergangsmandat kein Vollmandat, sondern nur ein nachwirkendes Mandat, das durch die mit der Abwicklung des Betriebes einhergehenden betriebsverfassungsrechtlichen Rechte ausgefüllt wird (BAG, AP Nr. 5 zu § 24 BetrVG 1972; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 8. Aufl., § 21 b, Rz 7). Sowohl während der Dauer eines Übergangsals auch eines Restmandates bleibt der Betriebsrat in seiner bisherigen personellen Zusammensetzung bestehen und ist insoweit für die noch zu erledigenden Arbeiten zuständig. Das Restmandat ist daher von dem Betriebsrat auszuüben, der bei Beendigung des Vollmandats im Amt war (BAG, AP Nr. 5 zu § 24 BetrVG 1972; Erfurter Kommentar/*Eisemann*, 5. Aufl., § 21 b BetrVG, Rz 4). Die Mitglieder des Betriebsrates beim alten Arbeitgeber verlieren nicht dadurch ihr Restmandat, dass sie im Wege des § 613 a BGB auf einen anderen Arbeitgeber übergegangen sind. Sie sind damit zwar beim bisherigen Arbeitgeber ausgeschieden, sie üben trotzdem nachwirkend ihr bisheriges Betriebsratsamt als Restmandat dort aus.

Das vorliegende Verfahren hat aber nicht der ehemalige Betriebsrat der alten Arbeitgeberin betrieben, sondern formell und ausdrücklich der Betriebsrat der neuen Arbeitgeberin. Schon vorgerichtlich haben sich die Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrates für dieses Gremium bei der alten Arbeitgeberin bestellt gehabt.

Im Streitfall kann das richtige Gremium auch nicht durch Auslegung ermittelt werden, nachdem der antragstellende Betriebsrat im Anhörungstermin klar gestellt hat, dass er das vorliegende Verfahren in Ausübung seines Restmandates ausübt. Zwar wäre eine solche Auslegung mit der Folge einer entsprechenden Rubrumsberichtigung bzw. zumindest Klarstellung in den Entscheidungsgründen des vorliegenden Beschlusses dann evtl. möglich, wenn das alte und das neue Betriebsratsgremium personell identisch wären. Die personelle Identität blieb im Zeitpunkt des Betriebsübergangs unverändert, weil alle Arbeitnehmer auf die neue Arbeitgeberin übergegangen sind, darunter auch alle neun Betriebsratsmitglieder. Allerdings haben nach Ablauf von rund einer Woche 60 Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprochen mit der Folge, dass sie wieder zum alten Arbeitgeber zurückgekehrt sind; unter den Widersprechenden haben sich auch drei Betriebsratsmitglieder befunden. Da sie durch den Widerspruch aus dem Betriebsratsgremium bei der neuen Arbeitgeberin ausgeschieden sind, sind an ihrer Stelle drei Ersatzmitglieder nachgerückt. Diese drei widersprechenden Betriebsratsmitglieder haben auch nicht ihr Restmandat niedergelegt mit der Folge, dass in diesem Fall die Ersatzmitglieder nachgerückt wären (*Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, BetrVG, 22. Aufl., § 21 b Rz 15). Wenn aber das Restmandat von dem alten Betriebsrat ausgeübt wird, so geschieht dies auch in der alten personellen Zusammensetzung. Die drei dem Betriebsübergang widersprechenden Betriebsratsmitglieder haben unstreitig an dem Beschluss zur Einleitung des vorliegen-

den Verfahrens nicht mitgewirkt, sondern die nachrückenden Ersatzmitglieder waren an ihrer Stelle an der Beschlussfassung beteiligt. In diesem Fall hat ein Gremium in einer fehlerhaften personellen Zusammensetzung entschieden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gremium in seiner richtigen personellen Zusammensetzung gegebenenfalls anders entschieden hätte.

Ob die Auffassung des Arbeitsgerichts richtig ist, dass eine Einigungsstelle zur Aufnahme von Sozialplanverhandlungen im Hinblick auf die ausgesprochenen Kündigungen der 60 Arbeitnehmer, die dem Betriebsübergang widersprochen haben, auch offensichtlich unzuständig sein soll, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 18. April 2005, 2 TaBV 15/05

399. Mitbestimmung, Eingruppierung

Wird in einem Überleitungstarifvertrag zu einem Haus-Entgelttarifvertrag, der das Eingruppierungssystem neu ordnet, die neue Eingruppierung für jede einzelne Stelle des Arbeitgebers genau festgelegt, so kann der Betriebsrat im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht geltend machen, die in dem Überleitungstarifvertrag getroffene Festlegung entspreche nicht den neuen Eingruppierungsmerkmalen. Die Tarifparteien sind nicht verpflichtet dem Betriebsrat insoweit einen Beurteilungsspielraum zu belassen.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 26. November 2004, 4 TaBV 50/04, Rechtsbeschwerde zugelassen

400. Betriebsrat, Anhörung, Mängel

1. Mängel des Verfahrens bei einer Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG sind für die Wirksamkeit der Kündigung nicht relevant, wenn sie in die Zuständigkeit des Betriebsrats fallen.

2. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber weiß oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat.

■ Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Dezember 2004, 5 (7) Sa 925/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

401. Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag, zugänglich machen

Die in § 8 TVG sowie in § 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG statuierte Verpflichtung des Arbeitgebers, den Tarifvertrag bzw. die Betriebsvereinbarung auszulegen, bedeutet, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Anforderung das entsprechende Regelwerk zugänglich machen muss.

Betriebsverfassungsrecht

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 9. Dezember 2004, 5 Sa 328/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

402. Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungs-/Rückkehrzusage

1. Die Anforderungen an eine Wiedereinstellungsklausel, wonach den aufgrund eines Betriebsübergangs wechselnden Mitarbeitern eine Rückkehrmöglichkeit für den Fall zugesagt wird, dass aus betrieblichen Gründen eine Beschäftigung beim Erwerber nicht möglich ist und soweit freie und adäquate Arbeitsplätze bei dem Veräußerer vorhanden sind, werden durch die Betriebsparteien ausschließlich selbst festgelegt. Ohne zeitliche Befristung gilt die Zusage unbefristet. Soweit reicht auch die interne Stellenausschreibung aus.

Die mit dem Betriebsrat vereinbarten Leitlinien zur Personalbeschaffung, die externe Einstellung nur unter besonderen Voraussetzungen zuzulassen, können den sich aus einer mit dem selben Betriebsrat geschlossenen förmlichen Betriebsvereinbarung und damit höherrangigem Recht resultierenden Anspruch nicht abbedingen.

2. (...) Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren in Abrede stellt, dass Ziffer 17 der Ausgliederungsvereinbarung eine Anspruchsgrundlage zugunsten der Klägerin darstelle, folgt die Kammer dem nicht. Warum es sich nicht um eine Betriebsvereinbarung handeln soll, nach deren Maßgabe der Klägerin gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG ein einklagbarer Anspruch zusteht, ist nicht erkennbar. Weder dem Wortlaut der Regelung in der Ausgliederungsvereinbarung, noch Sinn und Zweck der Regelung lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es sich lediglich um eine Absichtserklärung gehandelt haben soll. Vielmehr war das nach Auffassung der Kammer erkennbare Ziel der Regelung, unter anderem auch mit Ziffer 17 eine gewisse Sicherheit für die betroffenen Arbeitnehmer zu gewährleisten, um weitgehend Widersprüche gemäß § 613 a BGB zu vermeiden.

Ebenso wenig vermag die Kammer die Auffassung der Beklagten zu teilen, allein der zwischenzeitliche Zeitablauf habe einen angeblichen Anspruch der Klägerin entfallen lassen. Anhaltspunkte für eine Zeit- oder Zweckbefristung der Regelung in Ziffer 17 lassen sich mit allen Methoden zur Auslegung von Normen dieser Regelung nicht entnehmen. Im Eingangstext wird lediglich der Anlass der nachfolgenden Regelungen beschrieben, nämlich die Übernahme des Magnetbandgeschäftes zum 01.01.1991. Auch in Ziffer 17 sind, worauf das Arbeitsgericht bereits zutreffend hingewiesen hat, keinerlei Anhaltspunkte für eine Zeit- oder Zweckbefristung gegeben. Gleiches gilt für den Vorbehalt der Beklagten, etwas anderes müsse zumindest gelten, weil die W. GmbH inzwischen längst aus dem Konzernbund der Beklagten ausgeschieden sei. Auch ein dahingehender Vorbehalt ist nicht ersichtlich.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 15. November 2004, 7 Sa 415/04, Revision zugelassen

403. Gemeinsamer Betrieb, Betriebsrat, einheitliche Leitung im Konzern

1. Die in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG niedergelegten Voraussetzungen führen, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht vorliegen, zu einem Vermutungstatbestand, der jedoch widerlegbar ist.

2. Steht im Einzelfall fest, dass eine einheitliche Leitung, die sich auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt, nicht vorhanden ist, bleibt für eine Anwendung von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kein Raum.

3. In konzernangehörigen Unternehmen ist es erforderlich, die für solche Unternehmen typische, mehr oder weniger enge unternehmerische Zusammenarbeit von der institutionell vereinheitlichten, gemeinsamen einheitlichen Leitung der wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten abzugrenzen. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit, mag sie auch als eng bezeichnet werden können, genügt nämlich gerade nicht für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14. Juli 2004, 7 TaBV 59/03, Rechtsbeschwerde zugelassen

404. Rechtsanwaltskosten, Sachverständiger, Abgrenzung

1. Ein Rechtsanwalt, der vom Betriebsrat lediglich zur Beratung hinzugezogen wurde, ist Sachverständiger gem. § 80 Abs. 3 BetrVG und kann die ihm hierdurch entstehenden Kosten nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 BetrVG geltend machen.

2. (...) Hier ist nicht ersichtlich, dass der Rechtsanwalt zur Einleitung eines betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahrens oder einer gütlichen Einigung tätig werden sollte. Im Betriebsratsbeschluss ist ausgeführt, dass eine „rechtliche Prüfung“, inwieweit im Zusammenhang mit den Fortbildungsveranstaltungen Mitbestimmungsrechte bestünden, stattfinden solle und wie die weitere Vorgehensweise aussehen solle. Die Betriebsratsvorsitzende solle den Rechtsberatungstermin wahrnehmen. Zur Abgrenzung einer gutachterlichen Rechtsberatung im Sinne von § 80 Abs. 3 BetrVG ist jedoch ein Betriebsratsbeschluss mit dem Inhalt erforderlich, der Anwalt solle beauftragt werden, ein betriebsverfassungsrechtliches Beschlussverfahren einzuleiten, wenn dieses Erfolg verspricht. Das muss vor der Beauftragung feststehen, denn wenn sich erst aus einer vom Betriebsrat beschlossenen gutachterlichen Beratung eine konkrete Maßnahme ergibt, muss der Betriebsrat einen erneuten Beschluss über die Durchführung der empfohlenen Maßnahme herbeiführen. Nur ein Beschluss über die Beauftragung des Rechtsanwaltes zur Durchführung eines betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahrens kann dann auch die Grundlage für die Schaffung der Voraussetzungen für dieses Verfahren oder den Versuch einer gütlichen Einigung vor dessen Einleitung sein.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 17. Juni 2004, 9/4/2 TaBV 4/04, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

405. Betriebseinschränkung, Schwellenwert

Besteht eine Betriebseinschränkung i.S.d. § 111 S. 3 Ziffer 1 BetrVG in einem bloßen Personalabbau ohne gleichzeitige Einschränkung sächlicher Betriebsmittel, sind bei der Ermittlung des Schwellenwertes des § 112 a Abs. 1 BetrVG nur Entlassungen und sonstige personelle Maßnahmen (Aufhebungsverträge, Eigenkündigungen u. ä.) zu berücksichtigen, die zu einem Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Betrieb führen, nicht jedoch betriebsinterne Versetzungen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 17. Januar 2005, 9 TaBV 9/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

406. Betriebsrat, Einblick in Bruttolohn- und Gehaltslisten

1. Eine Arbeitgeberin ist gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, dem Vorsitzenden des Betriebsrats Einblick in Bruttolohn- und Gehaltslisten zu geben.

2. (...) Es gehört zu den Aufgaben des Betriebsrats, die Einhaltung der kollektiven Entgeltregelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen sowie der Grundsätze von Recht und Billigkeit bei der Vergütung der Arbeitnehmer und die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu überwachen. Dieses macht den Einblick in die Entgeltlisten auch ohne besonderen Anlass erforderlich (BAG, Beschluss vom 10. Febr. 1987 – 1 ABR 43/84 – EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 28 = NZA 87, 385; BAG, Beschluss vom 14. Mai 1987 – 6 ABR 39/84 – DB 88, 2569; BAG, Beschluss vom 3. Dezember 1981 – 6 ABR 60/79 – EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 21; BAG, Beschluss vom 30. Juni 1981 – 1 ABR 26/79 – EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 19). Das Einblicksrecht steht im vorliegenden Fall dem Betriebsratsvorsitzenden zu. Nach dem Wortlaut des § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG ist zwar der Betriebsausschuss berechtigt, Einblick in die Lohnlisten zu nehmen. In kleineren Betrieben, in denen ein Betriebsausschuss nicht gebildet werden kann, steht das Einblicksrecht aber den Personen zu, die in § 27 Abs. 4 BetrVG erwähnt sind. Das ist der Vorsitzende des Betriebsrats oder ein anderes Mitglied des Betriebsrats, dem die laufenden Geschäfte übertragen wurden (vgl. BAG, Beschluss vom 18. Sept. 1973 – 1 ABR 17/73 – BAGE 25, 301 = AP § 80 BetrVG 1972 Nr. 4).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 29. April 2004, 9 TaBV 137/03, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen
eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e-mail: info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

407. Beschlussfassung, Betriebsrat, Interessenkollision, Ehepartner

Ein Betriebsratsmitglied ist wegen Interessenkollision verhindert, an einer die Umgruppierung und die Versetzung betreffenden Beschlussfassung des Betriebsrats und auch an der ihr vorhergehenden Beratung teilzunehmen, wenn diese personellen Maßnahmen gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG seinen Ehepartner betreffen (Weiterführung von BAG, 03.08.1999 – 1 ABR 30/98 – EzA § 33 BetrVG 1972 Nr. 1)

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 16. Dezember 2004, 11 TaBV 79/04, Rechtsbeschwerde zugelassen

408. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Beschlussverfahren, Gesamtbetriebsrat, Videoüberwachungsanlage

1. Für die Annahme eines Verfügungsgrundes ist es grundsätzlich erforderlich, dass die Besorgnis besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts ohne eine alsbaldige einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert wird, d. h. es wird eine Gefährdung vorausgesetzt, die so sein muss, dass Sie die Abwehrmaßnahme dringlich erscheinen lässt.

2. Bereits der Umstand, dass es sich bei der Installation und Nutzung einer Videoüberwachungsanlage um eine auf Dauer gerichtete Maßnahme handelt, die irreversibel nicht im Hinblick auf die Wahrnehmung diesbezüglicher Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat überhaupt, sondern allenfalls insoweit ist, als es um die dadurch mögliche Arbeitnehmerüberwachung in der Vergangenheit geht, lassen an der Dringlichkeit sofortiger Abwehrmaßnahmen zweifeln. Hinzukommt, dass die hier in Streit stehende Überwachung nicht ohne Einschaltung einer Arbeitnehmervertretung, sondern in einem mitbestimmten Rahmen stattfand, da der Arbeitgeber den von ihr für zuständig gehaltenen Gesamtbetriebsrat eingeschaltet und mit ihm eine Gesamtbetriebsvereinbarung abgeschlossen hatte.

3. Zu den Aufgaben des Betriebsrates gehört es, bei einem möglichen Zuständigkeitskonflikt mit dem Gesamtbetriebsrat die eigene Zuständigkeit zu prüfen und zu wahren, da dies eine notwendige Vorfrage zur Wahrnehmung der eigentlichen Beteiligungsrechte ist (unter Hinweis auf BAG, vom 14.02.1996 – 7 ABR 32/95 – n.v.).

Es ist in diesem Zusammenhang Sache des Betriebsrates, seiner Rechtsauffassung zur streitigen Zuständigkeitsfrage nach § 50 Abs. 1 BetrVG alsbald klären zu lassen bzw. zumindest nicht so lange zuzuwarten, bis der Arbeitgeber kostenträchtige Anschaffungen getätigt hat, die gegebenenfalls bei rechtzeitiger Klärung der Zuständigkeitsfrage unterlassen bzw. anderweitig vorgenommen worden wären. Wenn der Betriebsrat jedoch längere Zeit nach Abschluss der Gesamtbetriebsvereinbarung untätig bleibt und zögerlich handelt, kann er nicht

Betriebsverfassungsrecht

vom Gericht ein sofortiges Einschreiten verlangen, so dass ein Verfügungsgrund nicht gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 13. Januar 2005, 15 TaBV 82/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz, Tel.: 06131/6181–56, Tel.: -57; e-mail: post@kanzlei-broetzmann.de

409. Personalvertretungsrecht, Anordnung von Überstunden, Mitbestimmung bei Gruppe von Beschäftigten, Unvorhersehbarkeit, Erfordernisse des Betriebsablaufs

1. § 72 Abs. 4 Nr. 2 LPVGNW erfasst nach seinem Wortlaut die grundsätzliche Anordnung von Überstunden oder Mehrarbeit. Die Beschränkung des Mitbestimmungsstatbestandes auf die nächste Stufe, nämlich die Umsetzung der Anordnung durch Verteilung der Überstunden und der Mehrarbeit auf die zur Verfügung stehenden Arbeitstage sowie die Festlegung ihrer zeitlichen Lage an den einzelnen Arbeitstagen (*Havers*, Landespersonalvertretungsgesetz, Kommentar, 9. Auf., § 72 Anm. 57 m. w. N.) wird durch den Wortlaut nicht gestützt. Eine entsprechende Auslegung ist nicht möglich, weil der Wortlaut der Vorschrift sie nicht hergibt. In dieser Form verstößt die Vorschrift weder gegen § 104 Satz 3 BPersVG noch steht sie in Widerspruch zu tragenden Prinzipien der Verfassung, nach der die Personalvertretung in den Kernbereich der staatlichen Organisationsgewalt nicht eindringen darf. Zum einen besteht das Mitbestimmungsrecht nach § 72 Abs. 4 Nr. 2 nur sehr eingeschränkt. Es greift nicht ein, wenn die Notwendigkeit der Anordnung von Überstunden/Mehrarbeit nicht voraussehbar war oder wenn Erfordernisse des Betriebsablaufs oder die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung sie rechtfertigt. In keinem Fall hängt die Anordnung von Überstunden/Mehrarbeit im Ergebnis von dem Votum der Personalvertretung ab. Lässt sich im Einigungsverfahren keine gemeinsame Position mit der Dienststelle herstellen, kann die Einigungsstelle lediglich eine Empfehlung abgeben. Die Endentscheidung obliegt den in § 68 LPVG genannten Stellen. Damit ist dem Erfordernis des Letztentscheiders der parlamentarisch verantwortlichen Verwaltung ausreichend Rechnung getragen (*Cecior/Dietz/Vallendar*, Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Loseblattkommentar, § 72 Rn 369).

Die Anordnung von Überstunden der Betriebszentrale, wie sie in der bisherigen Betriebspraxis geübt worden ist, ist mitbestimmungspflichtig.

2. Das Mitbestimmungsrecht aus § 72 Abs. 4 Nr. 2 LPVGNW bezieht sich nach seinem Sinngehalt nur auf generelle Regelungen, die für die Beschäftigten einer Dienststelle insgesamt oder für Gruppen von Beschäftigten gelten sollen (*Cecior/Dietz/Vallendar/Lechtermann/Klein*, Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Loseblattkommentar, § 72, Rn 364). Bei Individualmaßnahmen besteht ein Mitbestimmungsrecht nicht.

Unter einer Gruppe ist ein funktional abgrenzbarer Teil der Beschäftigten einer Dienststelle zu verstehen. Dabei kann sich die Abgrenzung aus organisatorischen, aufgabenmäßigen oder persönlichen Gesichtspunkten ergeben (OVGNW, Beschluss vom 5. Februar 1998, 1 A 651/97.PVL, PersR 1/99, 28).

Aus der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer lässt sich nichts gegen eine gruppengerichtete Maßnahme herleiten. Wie hoch die Zahl der von einer Überstundenanordnung betroffenen Bediensteten sein muss, um das Mitbestimmungsrecht auszulösen, ist nicht generell geklärt (vgl. OVGNW, Beschluss vom 5. Februar 1998, 1 A 651/97.PVL, PersR 1999, 28). Unter einer Gruppe ist ein funktional abgrenzbarer Teil der Beschäftigten einer Dienststelle zu verstehen. Dabei kann sich die Abgrenzung aus organisatorischen, aufgabenmäßigen oder persönlichen Gesichtspunkten ergeben. Ein Beschäftigter bildet regelmäßig keine Gruppe (vgl. OVGNW, Beschluss vom 5. Februar 1998, a. a. O., Hessischer VGH, Beschluss vom 23. Mai 2000, 22 TL 4473/98, PersR 2/2001, 83). Im Personalvertretungsrecht gilt, möglicherweise anders als im kollektiven Arbeitsrecht, eine quantitative Betrachtungsweise, mit der Folge, dass bei sehr geringer Zahl von betroffenen Beschäftigten eine Mitbestimmungspflicht ausscheidet. Bei drei Beschäftigten liegt regelmäßig noch keine Gruppenbetroffenheit vor, während bei sieben durch eine konkrete gemeinsame Aufgabe miteinander verbundenen Beschäftigten der kollektive Charakter der Maßnahme bereits überwiegt (OVGNW, Beschluss vom 21. Juni 1989, CL 55/87). Das entspricht auch mehr dem allgemeinen Sprachgebrauch.

3. Unvorhersehbarkeit entsteht nur bei von außen auf die Dienststelle treffenden plötzlichen Ereignissen, wie etwa plötzliche Einsätze bei der Polizei oder im Katastrophenschutz (*Cecior/Dietz/Vallendar/Lechtermann/Klein*, Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Loseblattkommentar, § 72, Rn 366 a. a. O.).

4. Die Mitbestimmungspflicht scheidet nicht daran, dass die Überstundenanordnungen durch Erfordernisse des Betriebsablaufs bedingt sind.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht bereits dann gegeben, wenn der Arbeitsanfall ohne die Anordnung von Überstunden oder Mehrarbeit nicht bewältigt werden kann. Eine andere Auslegung würde das Mitbestimmungsrecht leer laufen lassen, da die Anordnung der Überstunden in aller Regel durch sachliche Gründe (übermäßiger Arbeitsanfall, Arbeitsrückstände, Personalausfall) gerechtfertigt ist. Da „Erfordernisse des Betriebsablaufs“ das Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung sogar in den Fällen „auszuschließen vermögen, in denen die Notwendigkeit einer Überstundenanordnung vorauszusehen ist“, müssen strenge Anforderungen an das Vorliegen dieser Voraussetzung gestellt werden (OVGNW, Beschluss vom 29. Januar 1996, 1 A 3920/92.PVL, PersR 6/1996, 244, 245, Beschluss vom 5.4.1990, CL 58/87, PersV 1991, 316). Eine derartige Ausnahmesituation liegt nicht vor. Erfordernisse des Betriebsablaufs kommen als Ausschluss-tatbestand nur dann in Betracht, wenn der Arbeitsanfall

zwar vorhersehbar, aber mehr oder weniger unregelmäßig ist. Extern verursachte Belastungsspitzen, die erfahrungsgemäß zu mehr oder weniger bestimmbar Zeiten auftreten, lassen sich mit einer am Sparsamkeitsgrundsatz orientierten Personalausstattung ohne Mehrarbeit der Bediensteten oft nicht bewältigen. In diesen Fällen geht die Notwendigkeit der Aufgabenerfüllung den Beteiligungsrechten der Personalvertretung vor. In Bereichen dagegen, in denen kontinuierliche Arbeit auf einem im Wesentlichen gleich bleibenden Belastungsniveau geleistet werden muss, ist es grundsätzlich Sache des Dienstherrn, diejenige Ausstattung an Personal und Sachmitteln bereit zu stellen, die die Arbeit innerhalb der regelmäßig dafür zur Verfügung stehenden Zeit schafft. Das gilt für die Organisation der Arbeitsabläufe gleichermaßen. Im „normalen“ Arbeitsalltag ist die tarifliche Arbeitszeit oder der normale Ablauf von Schicht und Freizeit die Regel, Überstunden sind die (mitbestimmungspflichtige) Ausnahme. Auf diese Situation zielen die Zwecke des Mitbestimmungsrechtes aus § 72 Abs. 4 Nr. 2 LPVGNW. Sie betreffen den Schutz vor unnötigen Einschränkungen von Freizeit und vor Überforderung sowie die generelle Beschränkung von Mehrarbeit aus arbeitsmarktpolitischen Gründen (vgl. *Cecior/Dietz/Vallendar/Lechtermann/Klein*, Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen, Loseblattkommentar, § 72, Rn 60). Die Dienststelle hat organisatorische Maßnahmen zu treffen, um zu gewährleisten, dass Überstunden nicht zum Dauerzustand werden. Auch das Verlangen der Personalvertretung nach der Einstellung von Zusatzkräften liegt nicht außerhalb des Mitbestimmungstatbestandes (OVGNW, Beschluss vom 5.4.1990, a. a. O.).

■ Verwaltungsgerichts Düsseldorf
vom 6. Februar 2003, 34 K 5294/02.PVL, Rechtsmittel eingelegt, im Rechtsmittelverfahren eingestellt
eingereicht von Rechtsanwalt Karl-Wilhelm Goetz, Oststraße 84, 40210 Düsseldorf, Tel.: 0211/3536-78, Fax: -70

Tarifvertragsrecht

410. Ortszuschlag, häusliche Verbindung, Auslegung

Zieht das Kind einer ortszuschlagsberechtigten Angestellten in eine von der Familienwohnung 400 Meter entfernte Wohnung, hält es sich aber fast täglich noch in der Familienwohnung auf, besteht weiterhin eine häusliche Verbindung im Sinne von § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 4 S. 3 BAT-O, sodass der Ortszuschlag erhalten bleibt.

■ Arbeitsgericht Leipzig
vom 22. Juni 2005, 19 Ca 2107/05, rkr.
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24;
e-mail: leipzig@advo-gross.de

411. Übergangsgeld, Betriebsrente

1. Dem Anspruch auf Zahlung eines Übergangsgeldes steht § 62 Abs. 2 lit. H BAT-O entgegen, da die vom Arbeitnehmer erworbene unverfallbare Anwartschaft auf eine Betriebsrente nach dem Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes vom 01.03.2002 (ATV) keine einer Anwartschaft auf eine Versorgungsrente vergleichbare Leistung ist.

2. Die Betriebsrente orientiert sich im Wesentlichen auf das gesamte innerhalb der rentenfähigen Dienstjahre erzielte Einkommen und nicht, wie die Versorgungsrente auf das zuletzt erzielte Einkommen und steht dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Übergangsgeld nicht als rechtshindernde Einwendung entgegen.

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 22. Oktober 2004, 91 Ca 11495/04

412. Schadenersatz Ausschlussklausel, Maßregelungsverbot, Auslegung

1. Eine nach Ende einer Betriebsblockade zwischen der Gewerkschaft und der Arbeitgebervereinigung geschlossene Klausel, wonach „Schadenersatzansprüche aus Anlass der Teilnahme an der Tarifbewegung 2002 (...) gegenseitig ausgeschlossen (sind)“, schließt alle Schadenersatzansprüche, auch von Arbeitnehmern aus, die aus Anlass der Teilnahme an der Tarifbewegung 2002 entstanden sein könnten.

Insbesondere muss ein verbandsangehöriger Arbeitgeber damit rechnen, dass durch den Verband in seinem Namen und mit Wirkung für ihn auf Schadenersatzansprüche sowohl gegenüber einzelnen Arbeitnehmern als auch gegenüber der Gewerkschaft verzichtet wird.

2. Dabei ist zuerst zunächst festzustellen, dass die fragliche Klausel des Maßregelungsverbots die hier geltend gemachten Schadenersatzansprüche mitumfasst. Dies erfolgt durch Auslegung der Klausel. Dabei kann dahinstehen, ob es sich vorliegend um eine tarifvertraglich wirkende Klausel handelt, die nach den für Gesetze geltenden Auslegungsregeln zu behandeln ist (BAG, vom 21.03.2001 – 10 AZR 41/00 –) oder ob es sich um eine lediglich schuldrechtlich wirkende Klausel handelt, die nach den Regeln für Verträge §§ 133, 157 BGB auszulegen ist. Dabei ist hinsichtlich des Empfängerhorizontes insbesondere zu berücksichtigen, dass sich die Klausel sowohl an Arbeitnehmer richtet, die durch die Klausel davon abgehalten werden können, Schadenersatzansprüche wegen Sachbeschädigung oder Körperverletzung geltend zu machen als auch an Arbeitgeber, die auf Grund rechtswidriger Maßnahmen finanzielle Einbußen hinnehmen mussten.

Denn auch unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes ergibt sich, dass von dem Schadenersatzausschluss auch Ansprüche von verbandsgebundenen Arbeitgebern gegenüber der Beklagten erfasst sein sollen. Der Wortlaut der Regelung besagt zunächst, dass die Unterzeichner damit rechnen, dass es aus Anlass der Teilnahme an der Tarifbewe-

Tarifvertragsrecht

gung 2002 zu dem Entstehen von Schadensersatzansprüchen kommen kann. Hierfür ist allerdings Voraussetzung, dass es sich um Vorkommnisse handelt, die gerade nicht einen rechtmäßigen Streik betreffen, sondern im weitesten Sinne Exzesse des rechtmäßigen Streiks sind. Soweit das Arbeitsgericht angenommen hat, die Verwendung des Wortes „gegenseitig“ in der Klausel besage, dass nur Ansprüche, die unmittelbar zwischen den drei Unterzeichnern bestünden, gemeint seien, ergeben sich Bedenken, da zum einen nicht ersichtlich ist, inwieweit Arbeitgeberverbände und Gewerkschaft in der unmittelbaren Beziehung zueinander rechtswidrig gehandelt haben könnten, noch kann man bei den Verbänden davon sprechen, dass sie an einer Tariffbewegung teilgenommen haben. Die besonders weit gefasste Klausel gibt deshalb nur dann einen Sinn, wenn damit jedes Verhalten umfasst ist, das aus Anlass der Teilnahme an der Tariffbewegung 2002, also im Zusammenhang mit allen damit zusammenhängenden rechtswidrigen Maßnahmen zu Schadensersatzansprüchen geführt haben könnte.

Dabei ist hinsichtlich der Auslegung insbesondere die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.11.1988 – 1 AZR 417/86 – zu berücksichtigen, in der das Bundesarbeitsgericht ausgeführt hat, dass die im entschiedenen Fall vorliegende Klausel den Schadensersatzanspruch nicht ausschließe. Diese lautete im konkreten Fall: „Schadensersatzansprüche wegen der Beteiligung an dem Tarifkonflikt entfallen“. Das Bundesarbeitsgericht hatte ausgeführt, dass sich die Gewerkschaft nicht am Tarifkonflikt beteilige und sich deshalb die Klausel nur auf Arbeitnehmer beziehe. Ein weitergehender Ausschluss von Schadensersatzansprüchen müsse deutlich hervortreten, zum Beispiel dadurch, dass auf Schadensersatzansprüche aller Art verzichtet werde. Hiervon ausgehend haben die Verbände eine erheblich weiter gehende Klausel vereinbart, nämlich dergestalt, dass der Schadensersatzausschluss bereits eintreten soll, wenn der Anspruch auch nur aus Anlass der Teilnahme an der Tariffbewegung entstanden ist und dass der Ausschluss gegenseitig sein soll. Würde man den Regelungsbereich der Klausel nur dahin begrenzen, dass die Verbände gegeneinander sich begünstigen, andererseits annehmen, dass die Gewerkschaft nicht an der Tariffbewegung beteiligt ist im Sinne der BAG-Entscheidung vom 08.11.1988, so hätte diese Klausel überhaupt keinen Regelungsinhalt. Man hätte sie genauso gut weglassen können.

Bei der Auslegung berücksichtigt die erkennende Kammer dabei auch, dass den Unterzeichnern die höchstrichterliche Rechtsprechung im Arbeitskampfrecht bekannt ist und dass eine Weiterentwicklung von Klauseln gerade darauf beruht, dass eine Auseinandersetzung mit vorhergehenden Entscheidungen stattfindet. Auch in diesem Sinne ergibt die Hereinnahme des Wortes „gegenseitig“ in die Klausel nur, dass so weit wie möglich alle denkbaren Anspruchsteller und Anspruchsgegner erfasst werden sollten, soweit sie jeweils der einen oder anderen Seite der tarifvertragsschließenden Parteien zuzuordnen sind. Diese weite Auslegung der

Schadensersatzklausel ergibt sich auch im Vergleich zu der vorangestellten Maßregelungsklausel. Denn in dieser waren ausdrücklich die Beschäftigten und Auszubildenden genannt, die Gegenstand einer Maßregelung sein könnten. Da sich ein Maßregelungsverbot allerdings bereits aus dem Gesetz ergibt, § 612a BGB, verbliebe bei der Auslegung, die das Arbeitsgericht vorgenommen hat, letztlich kein Anwendungsbereich der Vereinbarung mehr. Denn Ansprüche der Verbände untereinander hätten nicht einer unmittelbaren Befriedung und Regelung im Zusammenhang mit dem Ende des Arbeitskampfes bedurft. Demgegenüber ist der Schadensersatzausschluss im Zusammenhang mit dem Maßregelungsverbot dahingehend zu verstehen, dass mit dem Ende des Arbeitskampfes auch alle Arbeitskampffolgen abschließend geregelt werden sollen. Ein Interesse an der Aufarbeitung rechtswidriger Maßnahmen bestand nicht mehr. Hätte die fragliche Klausel nur die Bedeutung, dass arbeitgeberseitige Schadensersatzansprüche gegenüber einzelnen natürlichen Personen ausgeschlossen sind, so hätte dies wiederum zur Folge, dass insbesondere die Gewerkschaft wegen der Freizeichnung des einzelnen Arbeitnehmers ein erhebliches Interesse daran haben müsste, sich von der Verantwortung für Streikexzesse freizusprechen und die Verantwortung nach unten abzuschieben, also auf die Ebene, die nach Abschluss des Maßregelungsverbots nicht (mehr) haftet. Gerade das die Beklagte dies im vorliegenden Fall nicht getan hat und dem Zeugen G nicht die alleinige Verantwortung in die Schuhe geschoben hat, spricht dafür, dass die Schadensersatzklausel nicht lediglich einen Teilbereich der Vorkommnisse erfassen sollte. Für die Beklagtenseite wäre es ansonsten ein Leichtes, sich von der Haftung freizuzeichnen, indem sie die sorgfältige Auswahl, Schulung und Überwachung des Zeugen G sowie eine missverständliche Schilderung der Situation bei dem Telefonat am 25.06.2002 darstellte. Würde man die Klausel also dahingehend auslegen, dass Schadensersatz nur zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgeschlossen ist, so würde hierdurch nur eine ebenfalls unerwünschte Folge eintreten, nämlich das Abschieben der Verantwortung von der Gewerkschaft auf die einzelnen Handelnden. Auch dies wäre einer umfassenden Regelung im Sinne eines Verbots des „Nachkartens“ nicht dienlich. Insgesamt kommt die erkennende Kammer deshalb zu dem Ergebnis, dass die die Schadensersatzansprüche ausschließende Klausel nur dann eine sinnvolle Regelung darstellt, wenn sie, wie der Wortlaut, der besonders weitgehend gewählt ist, ergibt, alle denkbaren Schadensersatzkonstellationen, insbesondere auch solche, von Arbeitgebern gegenüber der Gewerkschaft ausschließt.

3. Weiterhin zu klären ist danach die Frage, ob die vorliegende Klausel wirksam vereinbart werden konnte, insbesondere ob sie die Klägerin bindet.

Denkbar sind dabei drei Geltungsmöglichkeiten der Klausel. Sie kann zum einen als normative tarifvertragliche Regelung Anwendung finden, sie kann als schuldrechtliche tarifver-

tragliche Regelung Wirksamkeit haben oder sie kann als rein vertragsrechtliche Regelung die Rechte der Klägerin beeinflussen. Die Einordnung der Schadensersatzausschlussklausel ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (vgl. BAG, vom 08.11.1988; *Däubler/Colneric*, Arbeitskampfrecht, 3. Auflage, Rz 1374; *Loretz*, Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche in tarifvertraglichen Maßregelungsklauseln, ZFA 1982, S. 77; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 46 Rn 81; *Däubler/Reim*, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, § 1 Rn 1215). Einigkeit besteht allenfalls insoweit, dass die Regelung durch Tarifvertrag mit normativer Wirkung ausscheidet. Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob die Regelung sich als schuldrechtlicher Teil eines Tarifvertrages darstellt, oder ob lediglich ein zivilrechtlich wirkender Erlassvertrag in Vertretung der verbandsorganisierten Arbeitgeber abgeschlossen wurde. Die erkennende Kammer folgt insoweit jedenfalls der Ansicht von *Däubler/Colneric*, wonach der Beitritt zu einem Arbeitgeberverband jedenfalls diesen auch berechtigt, entsprechende Schadensersatzverzichtsklauseln abzuschließen. Denn solche Klauseln sind insbesondere nach exzessiven Arbeitskämpfen üblich und nicht überraschend. Insbesondere auch die Tendenz, die Klauseln entsprechend der vorhergehenden BAG-Rechtsprechung anzupassen und zu erweitern, um einen einschränkungslosen Schadensersatzverzicht und damit eine schnelle Beruhigung des aufgewühlten Klimas nach Ende des Arbeitskampfes herbeizuführen, bewegt sich nicht außerhalb der Vertretungsmacht des Arbeitgeberverbandes. Ein verbandsangehöriger Arbeitgeber muss deshalb damit rechnen, dass in seinem Namen und mit Wirkung für ihn auf Schadensersatzansprüche sowohl gegenüber einzelnen Arbeitnehmern als auch der gegnerischen Arbeitnehmerorganisation verzichtet wird.

Selbst wenn man also eine schuldrechtliche Tarifwirkung ablehnt, reichte die Vertretungsmacht des Arbeitgeberverbandes, dem die Klägerin angehört, aus, den Verzicht wirksam zu Lasten der Klägerin abzuschließen. Allenfalls für die Zukunft kann die Frage, ob eine rein schuldrechtliche Geltung von Schadensersatzklauseln oder eine obligatorisch tarifvertragliche Geltung gegeben ist, Bedeutung erlangen, wenn ein Arbeitgeber die schuldrechtliche Vertretungsmacht dadurch beschränkt, dass er seinem Arbeitgeberverband ausdrücklich den Abschluss solcher Klauseln untersagt. Handelt der Arbeitgeberverband dem zuwider, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Als drittes bleibt zu prüfen, ob die konkrete Klausel im Einzelfall eingreift oder ob sie insbesondere wegen ihrer weit reichenden Wirkungen im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangen kann. Insoweit wird in der Literatur erörtert, dass selbst umfassende Verzichtsklauseln inhaltlichen Beschränkungen unterworfen sind, soweit nämlich Verhaltensweisen den Schaden herbeiführen, die in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitskampf stehen. Insbesondere sollen Schäden aus schweren Straftaten nicht ausgeschlossen werden können. Vorliegend handelt es sich zwar um eine als

rechtswidrig zu beurteilende Betriebsblockade, die sich ggf. auch strafrechtlich als Nötigung beurteilen lässt. Da andererseits aber das Entstehen eines Schadensersatzanspruchs stets voraussetzt, dass rechtswidriges schuldhaftes unerlaubtes Verhalten gegeben ist und vorliegend nicht von einem besonders arglistigen Verhalten ausgegangen werden kann oder von einem Verhalten, welches besonders schwere Straftaten, insbesondere Gesundheitsverletzungen zum Gegenstand hat, ist es nicht erforderlich, die genaue Grenze der inhaltlichen Beschränkung des Schadensersatzausschlusses festzulegen, da jedenfalls der vorliegende Sachverhalt sich im Rahmen der „typischen“ rechtswidrigen Streikaktionen bewegt.

Es ist Sache der Vertragsschließenden, eine konkrete Typisierung des Schadensersatzausschlusses vorzunehmen, falls Betriebsblockaden nicht von der Klausel erfasst werden sollen. Auch ist es Sache der Vertragsschließenden zu beurteilen, ob die Üblichkeit der Schadensersatzausschlussklausel dazu führt, dass die Risikobereitschaft der Streikenden erhöht ist und diese unbesorgter ihr legales Streikrecht überschreiten. Dies zu steuern ist Angelegenheit der Vertragsschließenden. Diese können im Einzelfall konkret festlegen, falls sie einzelne Schadensersatzbeziehungen, einzelne konkretisierte Sachverhalte, typisierte Sachverhalte oder einzelne datumsmäßig abgegrenzte Teile des Streikgeschehens von der Schadensersatzverzichtsklausel ausnehmen wollen.

Nach alledem kommt es damit auf die Aufklärung der streitig gebliebenen Anspruchsvoraussetzungen nicht an, da ein Schadensersatzanspruch insbesondere der Art und der Höhe, wie er dem Berufungsgericht zur Entscheidung vorliegt, ausgeschlossen ist. Die Befriedungsfunktion des Schadensersatzausschlusses soll vielmehr auch im vorliegenden Fall nach dem Willen des die Klägerin vertretenden Arbeitgeberverbandes möglichst schnell dazu führen, das eine weitere Aufarbeitung der Streiksituation nicht erfolgt und Streikende sowie Nichtstreikende schnell und unbelastet zu ihrem regelmäßigen Arbeitsrhythmus zurück finden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. November 2004, 2 Sa 684/04, Revision zugelassen

413. Ortszuschlag, Umstellung, Tarifvertrag

Im Rahmen der Umstellung eines Tarifvertrags soll ein Familienzuschlag, auch wenn er bisher gezahlt wurde, dann nicht in die Vergütung einfließen, die bei der Umstellung zu berücksichtigen ist, wenn der andere Ehegatte aufgrund des Herausfallens des bisher nach BAT vergüteten Ehegatten nunmehr uneingeschränkt den Familienzuschlag für sich beanspruchen kann.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 28. Februar 2005, 2 Sa 1001/04, Revision nicht zugelassen

Tarifvertragsrecht

414. Eingruppierung, Zulage, Aufrückungszulage, Funktionszulage

1. §§ 10, 12 Ersatzkrankentarifvertrag (EKT), Anlagen 5 und 12 zum EKT, § 75 I Nr. 2 BPersVG .

Die Streichung einer „Zulage in Höhe der Aufrückungszulage der Vergütungsgruppe 10“, wie sie in § 10 Abs. 1 Ersatzkassentarifvertrag i.V.m. den Regelungen über die Vergütungsgruppe IX in der Anlage 5 zum Ersatzkassentarifvertrag geregelt ist, stellt keine Rückgruppierung dar.

2. (...) a) Der Wortlaut der tarifvertraglichen Vorschriften ist zur Überzeugung des Berufungsgerichts insoweit eindeutig und hat Vorrang vor etwaigen systematischen Erwägungen. Dies gilt umso mehr, als die vom Kläger angeführten systematischen Argumente nur geringes Gewicht haben.

Schon nach dem allgemeinen gesetzestechnischen und (arbeits-)rechtlichen Sprachgebrauch erscheinen die Begriffe Eingruppierung und Zulage nicht kompatibel: Die Eingruppierung bezieht sich stets auf die Ansiedlung der Grundvergütung an einer bestimmten Stelle eines abstrakt-generellen Bewertungsschemas. Eine Zulage bezeichnet dem gegenüber per definitionem einen Vergütungsbestandteil, der über die Grundvergütung hinausgeht. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 23.09.2004 – 11 (10) Sa 1125/04 – zutreffend darauf hingewiesen, dass der Begriff der, Rückgruppierung z. B. in § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG verwendet wird und darunter gerade nicht der Widerruf oder die Absenkung einer Zulage verstanden wird.

b) Gerade auch der Wortlaut des Ersatzkassen-Tarifwerks stellt eindeutig und unmissverständlich klar, dass die Eingruppierung, insbesondere die Rückgruppierung die Grundvergütung betrifft und Zulagen hiervon streng zu unterscheiden sind. Dabei ist lediglich die Besonderheit zu beachten, dass das Tarifwerk den Unterschiedsbetrag zwischen den Grundvergütungen der einzelnen Vergütungsgruppen, der sich bei einer Höher- bzw. Rückgruppierung rechnerisch ergibt, als „Aufrückungszulage“ bezeichnet. Dieser Begriff der „Aufrückungszulage“ ist somit streng von dem Begriff der Zulage im rechtstechnischen Sinne zu unterscheiden, wie er im allgemeinen im Arbeitsrecht, aber auch ansonsten in dem Ersatzkassen-Tarifwerk verwendet wird. So handelt es sich nach dem Wortlaut der Anlage 5 zum EKT bei der hier streitgegenständlichen Zulage eben gerade nicht um „die halbe Aufrückungszulage“, sondern explizit um „eine Zulage in Höhe der halben Aufrückungszulage“.

c) Entscheidend ist, dass es sich bei der hier streitigen Zulage somit um einen echten Zulage im rechtstechnischen Sinne handelt, also einen Vergütungsbestandteil zusätzlich zu der Grundvergütung, während die „Eingruppierung“ und insbesondere die „Rückgruppierung“, wie sie in § 8 Abs. 3 S. 1 der Anlage 12 zum EKT erwähnt wird, nur Veränderungen der Grundvergütung selbst betrifft. Dies wird besonders deutlich, wenn man § 12 Abs. 8 S. 1 EKT und die Protokollnotiz Nr. 7

Abs. 5 1. Halbsatz der Anlage 5 zum EKT gegenüberstellt. § 12 Abs. 8 S. 1 EKT lautet:

„Bei einer Rückgruppierung verringert sich die bisherige Grundvergütung um die Aufrückungszulage der bisherigen Vergütungsgruppe“.

Demgegenüber heißt es in Protokollnotiz Nr. 7 Abs. 5 1. Halbsatz zur Anlage 5 zum EKT: „Die Zulage in Höhe der halben Aufrückungszulage ist kein Bestandteil der Grundvergütung (...)“

d) Die vom Kläger angeführten systematischen Argumente scheinen demgegenüber nicht erheblich. Es trifft zwar zu, dass die hier in Rede stehende Zulage in Anlage 5 zum EKT im unmittelbaren Zusammenhang mit den für die Eingruppierung maßgeblichen Tätigkeitsmerkmalen geregelt ist und dass § 10 EKT, dessen Abs. 1 auf die Anlage 5 verweist, die Überschrift „Eingruppierung“ trägt. Bei der hier in Rede stehenden Zulage handelt es sich richtigerweise um eine sogenannte Funktionszulage (ebenso LAG Düsseldorf a.a.O.). Eine Funktionszulage stellt eine Vergütung für eine herausgehobene Tätigkeit dar, die den Tätigkeitsmerkmalen der nächsthöheren Vergütungsgruppe nicht entspricht, mit der Grundvergütung der innegehabten Vergütungsgruppe jedoch nicht angemessen bezahlt ist (LAG Düsseldorf a.a.O. im Anschluss an BAG NZA 1997, 324 f). Gerade bei derartigen Funktionszulagen erscheint es weder überraschend, noch unüblich, wenn sie aufgrund ihres Sachzusammenhangs mit Eingruppierungsfragen räumlich an gleicher Stelle geregelt werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Funktionszulage eine Zulage im rechtstechnischen Sinne bleibt und von der Eingruppierung selbst streng zu unterscheiden ist.

e) Dies haben die Tarifvertragsparteien offensichtlich auch bewusst so gewollt. Anderenfalls hätte nämlich nichts näher gelegen, als diejenigen Voraussetzungen, die für den Anspruch auf Zahlung „einer Zulage in Höhe der halben Aufrückungszulage“ aufgestellt worden sind, als Tätigkeitsmerkmale einer eigenen Vergütungsgruppe zu bezeichnen.

Da die Tarifvertragsparteien dies gerade nicht getan haben, macht es keinen Sinn, die von ihnen geregelte „Zulage in Höhe der halben Aufrückungszulage“ im Wege der Auslegung in ein Eingruppierungsmerkmal umzudeuten.

f) Und was schließlich § 10 EKT angeht, so belegt der Inhalt von dessen Absätzen 2–4 gerade besonders deutlich, wie diffizil der Tarifvertrag zwischen einer Höhergruppierung und der Gewährung einer Zulage zu unterscheiden weiß.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 17. November 2004, 7 Sa 659/04, Revision zugelassen

415. Korrigierende Rückgruppierung, Direktions- und Weisungsrecht des Arbeitgebers, Irrtum bei der Eingruppierung

Der Kläger ist seit 1970 bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts beschäftigt. 1991 wurde zwischen den Parteien ein Zusatzarbeitsvertrag geschlossen, wonach der Kläger in die

Vergütungsgruppe BAT 1a eingruppiert wurde. Mit Wirkung vom 01.06.1999 wurde dem Kläger eine besondere Funktion übertragen, die dieser auch annahm, ohne dass jedoch zwischen den Parteien über die Vergütung eine Regelung getroffen wurde. Der Kläger wurde weiterhin nach BAT 1a vergütet. Der Kläger ist tarifvertraglich ordentlich unkündbar.

Im Dezember 2000 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie im Rahmen einer Überprüfung der Vergütung festgestellt haben will, dass die derzeitige Vergütung des Klägers nicht den Eingruppierungsmerkmalen seiner Vergütungsgruppe entspreche. Offensichtlich sei die Vergütung bei dem Wechsel auf die jetzige Position nicht angepasst worden.

Mit der Klage begehrt der Kläger Feststellung, dass die Beklagte den Kläger weiterhin nach BAT 1a zu vergüten hat. Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte sei zur Änderung der Vergütungsgruppe ohne Änderungsvertrag oder Änderungskündigung nicht befugt. Weiterhin ist der Kläger der Ansicht, seine derzeitige Tätigkeit erfülle die Merkmale der Vergütungsgruppe BAT 1a.

Die Beklagte dagegen meint, dass die Vergütung nach der Vergütungsgruppe BAT 1a irrtümlich erfolgt sei. Zum einen habe man bei der Zuweisung der neuen Tätigkeit irrtümlich keine Anpassung vorgenommen. Zum anderen sei man einem Rechtsirrtum unterlegen. In Unkenntnis der maßgeblichen Rechtsprechung sei die Beklagte davon ausgegangen, sie sei zur Zahlung nach BAT 1a verpflichtet gewesen.

Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main (Az.: 20 Ca 476/01) ist in seinem Urteil vom 10.07.2001 auf die Problematik, ob der Kläger mit seiner derzeitigen Tätigkeit die Merkmale der Vergütungsgruppe BAT 1a erfüllt oder nicht, nicht weiter eingegangen.

Die Klage ist dennoch begründet:

1. Mit der einseitigen Zuweisung einer Tätigkeit, die dem BAT unterliegt, behält der Arbeitnehmer seine bisherige Vergütung, sofern er sich nicht ausdrücklich oder stillschweigend mit der neuen Vergütung einverstanden erklärt.

2. Das Direktions- oder Weisungsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber die Einzelheiten der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen einseitig zu bestimmen, sofern dem nicht eine anderweitige vertragliche Regelung entgegensteht. In dem Zusatzarbeitsvertrag von 1991 wurde die Eingruppierung des Klägers nach BAT 1a vereinbart. Die Parteien haben einen im öffentlichen Dienst üblichen Formularvertrag geschlossen, wonach die Tätigkeit nicht näher bestimmt ist, sondern nur ein allgemein umschriebener Aufgabenbereich, der durch die Nennung der Vergütungsgruppe näher definiert ist. Das Gericht stellte fest, dass sich bei einer solchen Vertragsgestaltung das Direktionsrecht des Arbeitgebers auf alle Tätigkeiten erstreckt, die die Merkmale der Vergütungsgruppe erfüllen. Eine Berechtigung des Arbeitgebers im öffentlichen Dienst dem Arbeitnehmer im Wege des Direktionsrechts eine Tätigkeit zuzuweisen, die die Merkmale einer niedrigeren Vergütungsgruppe erfüllt, besteht nicht. Vielmehr stelle eine solche

Zuweisung eine Überschreitung der Direktionsbefugnis des Arbeitgebers dar.

3. Soweit sich die Beklagte bei der Rückgruppierung auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der sog. korrigierenden Rückgruppierung beruft stellt das Gericht fest, dass dies schon dann nicht möglich sei, wenn die ursprüngliche Eingruppierung nach der zu verrichtenden Tätigkeit nicht mit Fehlern behaftet war. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht auf einen Irrtum berufen, wenn er einem zunächst zutreffend eingruppierten Arbeitnehmer eine neue Tätigkeit zuweist, die dann nicht die Merkmale der bisherigen Eingruppierung erfüllt. Der Arbeitgeber habe nur die Möglichkeit, dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit zuzuweisen, die den Merkmalen der bisherigen Eingruppierung entspricht oder aber ihm unter Beibehaltung der Zuweisung eine Änderungskündigung auszusprechen. Wenn der Arbeitgeber von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch macht, ist er verpflichtet, den Arbeitnehmer nach der bisherigen, höheren Vergütungsgruppe zu vergüten. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Arbeitnehmer der niedrigeren Vergütung zustimmt.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Die Beklagte hat Berufung vor dem LAG Frankfurt am Main eingelegt (Az.: 12 Sa 1860/01). Sie trägt vor, das Arbeitsgericht habe die Prüfung unterlassen, ob die jetzige Tätigkeit des Klägers den Tätigkeitsmerkmalen der Vergütungsgruppe BAT 1a entspricht. Die Nennung einer Vergütungsgruppe im Arbeitsvertrag sei lediglich deklaratorischer und nicht konstitutiver Art. Die Eingruppierung eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst richte sich nach der dem Arbeitnehmer übertragenen Tätigkeit und nicht nach einem allgemein umschriebenen Aufgabenbereich, der lediglich durch die Nennung einer Vergütungsgruppe näher bezeichnet sei. Außerdem habe der Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die höhere Vergütungsgruppe. Eine korrigierende Rückgruppierung des Klägers sei einem Arbeitgeber bei Feststellung einer nicht tarifgerechten Eingruppierung möglich.

Der Kläger trägt im Berufungsverfahren (12 Sa 1860/01) – vorsorglich – vor, warum er seit 1991 zu Recht nach der Vergütungsgruppe BAT 1a vergütet wird und dass seine jetzige Tätigkeit mit der ihm seit 1999 neu zugewiesenen Tätigkeit ebenfalls die Merkmale der Vergütungsgruppe BAT 1a erfüllt. Die Parteien führen Vergleichsverhandlungen. Das Landesarbeitsgericht hat daher auf Antrag der Parteien das Ruhen des Verfahrens im September 2002 angeordnet. Da die Vergleichsverhandlungen noch nicht zu einem Ergebnis geführt haben, ruht das Verfahren weiter fort (...).

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main vom 10. Juli 2001, 20 Ca 476/01 (Berufungsverfahren Landesarbeitsgericht Frankfurt am Main, 12 Sa 1860/01) eingereicht von Rechtsanwalt Nikolaus Jung, 11, Chemin du Sautoir d'Or, CH-1294 Genthod-Genf, Tel.: +41 (0) 22-77 433 75, Fax: +41 (0) 22-77 433 76; e-mail: n.jung@bluewin.ch, www.ra-jung.de

Sonstiges

416. Übergangsgeld, Anwartschaft, Versorgungsrente

1. Eine unverfallbare Anwartschaft auf Zahlung einer Betriebsrente nach dem Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten im öffentlichen Dienst (ATV) ist keine Anwartschaft auf eine Versorgungsrente, die gemäß § 62 Abs. 2 lit. h BAT-O das tarifvertragliche Übergangsgeld ausschließt.

2. Dem Kläger ist bei seinem Ausscheiden keine Anwartschaft auf eine Versorgungsrente im Tarifsinn gesichert. Der Kläger hat vielmehr eine unverfallbare Anwartschaft auf den Bezug einer Betriebsrente nach §§ 5 ff. ATV erworben, die jedoch nicht als Anwartschaft auf eine Versorgungsrente oder eine der Versorgungsrente vergleichbare Leistung im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann. Dies hat das Arbeitsgericht unter Hinweis auf die unterschiedliche Ausgestaltung von Versorgungsrente und Betriebsrente zutreffend begründet, ohne dass die Berufung neue Gesichtspunkte hat aufzeigen können. Ergänzend sei nur darauf hingewiesen, dass der Ausschlussbestand bis zum Inkrafttreten des ATV auf die Ausnahmefälle beschränkt war, in denen dem Angestellten trotz vorzeitigen Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis in den gesondert geregelten Fällen (wie zum Beispiel Nr. 6 SR 2 n, Nr. 4 SR 2 x BAT) die Anwartschaft auf eine Versorgungsrente gesichert war, während im Regelfall nur die Versicherungsrente beansprucht werden konnte, die nicht zum Ausschluss des Anspruchs auf Übergangsgeld führte. Damit sollte nur derjenige Angestellte kein Übergangsgeld erhalten, der durch eine ausdrückliche tarifliche Regelung begünstigt wurde. Eine solche Begünstigung sieht das neue Versorgungssystem nicht vor, so dass der Ausschlussbestand nicht erfüllt ist (so auch *Böhm/Spiertz*, BAT, Stand April 2004, Rz 39 zu § 62 BAT; a.A. *Uttlinger/Breier*, BAT, Stand September 2004, Anm. 8 zu § 62 BAT).

Auch im Wege ergänzender Vertragsauslegung kann nicht festgestellt werden, dass die Tarifvertragsparteien die Betriebsrente als eine der Versorgungsrente vergleichbare Leistung im Sinne des § 62 Abs. 2 lit. h BAT haben ansehen wollen.

Da die Tarifvertragsparteien den Begriff der Versorgungsrente mit der vorgegebenen Bedeutung gewählt haben, ist durch den Systemwechsel bei der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst eine Regelungslücke entstanden, die von den Gerichten für Arbeitssachen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist, wenn sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausreichende Anhaltspunkte für einen entsprechenden Regelungswillen der Tarifvertragsparteien ergeben (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. nur Ur. vom 29.04.2004 – 6 AZR 101/03 – ZTR 2004, 519 m. w. N.). Das scheidet allerdings aus, wenn den Tarifvertragsparteien ein Spielraum zur Lückenschließung bleibt und es ihnen wegen der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie überlassen bleiben muss, die von ihnen für angemessen gehaltene Lösung zu finden (vgl. BAG, Ur. vom 20.05.1999 – 6 AZR

451/97 – ZTR 2000, 30). Ein solcher Fall ist vorliegend nach Auffassung des Berufungsgerichts gegeben, weil es den Tarifvertragsparteien obliegt festzulegen, ob und in welchen Fällen die Anwartschaft auf eine Betriebsrente zum Ausschluss des Anspruchs auf Übergangsgeld führen soll.

Anhaltspunkte dafür, dass die Tarifvertragsparteien den Anspruch auf Übergangsgeld bei allen Angestellten ausgeschlossen hätten, die vor Eintritt des Versicherungsfalles ausscheiden und bereits eine Anwartschaft auf eine Betriebsrente nach dem ATV erworben haben, sind wegen des bisherigen Ausnahmecharakters der Regelung nicht gegeben.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 8. April 2005, 8 Sa 21/05, Revision zugelassen

Sonstiges

417. Nachträgliche Zulassung, Kündigungsschutzklage, Verschulden eines Prozessbevollmächtigten

1. Das Verschulden eines Prozessbevollmächtigten ist im Rahmen der nachträglichen Zulassung der Kündigungsschutzklage gemäß § 5 KSchG bei Versäumung der Klagefrist des § 4 KSchG nicht gemäß § 85 Abs. 2 ZPO der klagenden Arbeitnehmerin zuzurechnen.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Hamburg, von der auch nach erneuter Überprüfung abzugehen kein Anlass besteht, ist § 85 Abs. 2 ZPO auf die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht anzuwenden. Vom Normzweck des § 5 KSchG her kann nicht angenommen werden, dass für Verschulden des Prozessbevollmächtigten eingestanden werden müsse. Es soll demjenigen Arbeitnehmer die nachträgliche Zulassung gewährt werden, der alles getan hat, um sich innerhalb der Frist gegen die Kündigung zu wehren. Deswegen wird von ihm u. a. verlangt, dass er sich nach den Möglichkeiten einer Gegenwehr gegen die ihm unberechtigt erscheinende Kündigung auch dann erkundigt, wenn ihm die Klagefrist unbekannt ist. Es wird von ihm erwartet, dass er sich um seine Angelegenheiten kümmert. Hat der Arbeitnehmer sich aber an geeignete Stellen gewandt, so hat er im Sinne des § 5 KSchG das seinerseits Erforderliche getan. Es ist nicht einzusehen, warum er dann das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten auf sich nehmen soll (vgl. nur *KR/Friedrich*, § 5 KSchG Rn 70 m. w. N.).

Gleichwohl war hier die Kündigungsschutzklage nicht nachträglich zuzulassen. Denn nach dem Vortrag der Klägerin ist nicht davon auszugehen, dass sie trotz Anwendung aller ihr nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt an der rechtzeitigen Klageerhebung gehindert war.

Es ist schon nicht nachvollziehbar dargelegt, wann die Klägerin sich um Rechtsrat bei ihrem Prozessbevollmächtigten bemühte und diesem das Schreiben vom 29. Juli 2004 vorlegte. Die Behauptung, dies sei innerhalb der Frist des § 4 KSchG erfolgt, genügt nicht den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag.

Allein durch das Aufsuchen eines Rechtsanwaltes hat ein Arbeitnehmer die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten auch noch nicht in jeder Hinsicht erfüllt, insoweit ist auf den Einzelfall abzustellen. Vorliegend ist nicht ersichtlich, in welchem Umfang und in welcher Hinsicht das Schreiben der Beklagten vom 29. Juli 2004 überhaupt Gegenstand eines Gesprächs zwischen der Klägerin und ihrem Prozessbevollmächtigten war, ob beispielsweise sich die Klägerin erkundigte, ob gegen dieses Schreiben etwas unternommen werden müsse. Für den Fall, dass dies der Prozessbevollmächtigte der Klägerin verneint haben sollte, weil es sich um eine bloße Ankündigung handele, durfte die Klägerin hierauf angesichts des klaren Wortlauts des Schreibens jedenfalls nicht ohne weitere Nachfrage vertrauen. Grundlage der Auskunft war ein tatsächlicher Sachverhalt und nicht eine Rechtsfrage, wobei auch für einen Laien unschwer das Schreiben als Kündigung und nicht als bloße Ankündigung einer Beendigung zu verstehen ist.

Ob die unterlassene Klagerhebung insoweit auf einer falschen Anwaltsauskunft beruhte, weil die Klägerin auf die Richtigkeit der erteilten Auskunft vertraute, kann vor diesem Hintergrund nicht festgestellt werden. Selbst der Inhalt einer etwa erteilten Auskunft ist offen geblieben.

Das behauptete Vertrauen auf die Richtigkeit der anwaltlichen Auskunft kann im Übrigen nur durch eine eidesstattliche Versicherung der Klägerin selbst glaubhaft gemacht werden (vgl. LAG Köln vom 30. August 1989, LAGE Nr. 42 zu § 5 KSchG). Eine solche fehlt hier.

Nach allem war der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage zurückzuweisen.

■ **Arbeitsgericht Hamburg**

vom 24. Januar 2005, 2 Ca 438/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Mark Schönleiter, Tarpenbekstraße 132, 20251 Hamburg, Tel.: 040/46777050, Fax: 040/46777051; e-mail: info@rechtsanwalt-schoenleiter.de

418. Beschleunigungsgrundsatz, Kündigungsschutzverfahren, Aussetzung

In einem Kündigungsschutzverfahren wegen einer fristlosen Verdachtskündigung widerspricht eine Aussetzung bis zur Erledigung des bereits eingeleiteten Strafverfahrens dem Beschleunigungsgebot aus § 61 a ArbGG.

■ **Arbeitsgericht Detmold**

vom 16. Juni 2005, 3 Ca 1828/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231/7608-0, Fax: -76; e-mail: info@kdanwalt.de

419. Aussetzung, gesetzlicher Richter, Annahmeverzug, mündliche Verhandlung, pflichtgemäßes Ermessen

1. Bei einer Entscheidung über einen Aussetzungsantrag nach § 148 ZPO besteht keine Ermessensregel dahingehend, dass nach einer erstinstanzlichen Klagestattgabe im Kündi-

gungsschutzprozess ein abhängiger Annahmeverzugsprozess regelmäßig auszusetzen ist (a.A. LAG Berlin [02.12.1993] – 9 Ta 24/93 – LAGE ZPO § 148 Nr. 28).

2. Eine Aussetzung nach § 148 ZPO kommt auch dann in Betracht, wenn ein vorgreiflicher Rechtsstreit bei demselben Spruchkörper eines Gerichts anhängig ist. Die bloße Möglichkeit der Verbindung zweier Rechtsstreite nach § 147 ZPO steht einer Aussetzung nach § 148 ZPO nicht entgegen (a.A. Sachsen-Anhalt [22.09.1995] – 2 Ta 140/95 – LAGE ZPO § 148 Nr. 29).

3. Steigt mit einer Aussetzung die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, so spricht dies gegen eine Aussetzung (LAG Berlin [02.12.1993], a. a. O.).

4. Die Frage, ob der Vorsitzende allein oder die vollbesetzte Kammer über einen Aussetzungsantrag entscheiden darf, betrifft den gesetzlichen Richter i. S. d. Art. 101 Abs. 1 2 GG (Abgrenzung zu LAG Berlin [14.10.1994] – 6 Sa 89/94 – LAGE ZPO § 513 Nr. 11).

5. Ob der Vorsitzende oder die Kammer eine Entscheidung nach § 55 Abs. 1 ArbGG trifft, hängt nicht vom pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden, sondern vom Entscheidungszeitpunkt ab (Argument: Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) (str.).

6. Eine streitige mündliche Verhandlung vor der Kammer führt zur Entscheidung mit der Kammer.

■ **Arbeitsgericht Berlin**

vom 23. Februar 2005, 7 Ca 2796/05

420. Pfändung in Arbeitseinkommen, US-amerikanische Pfändungsverfügung, internationale Zuständigkeit, Hinterlegung

1. Für Pfändungen in Arbeitseinkommen ist die internationale deutsche Zuständigkeit gegeben, wenn der Anspruch auf Arbeitsentgelt in Deutschland entstanden und auch dort zu erfüllen ist. Eine US-amerikanische Pfändungsverfügung, mit der ein solcher Arbeitsentgeltanspruch gepfändet wird, entfaltet in Deutschland weder nach völkerrechtlichen Regeln noch nach dem innerstaatlichen Recht rechtliche Wirkung.

2. Ein Arbeitgeber, der auf Grund einer solchen Pfändungsverfügung einen Teil der Nettovergütung des Arbeitnehmers einbehält und an die US-amerikanische Vollstreckungsbehörde abführt, bleibt gegenüber dem Arbeitnehmer zur Zahlung verpflichtet.

3. Kann auf Grund einer Rechtsauskunft, die der Arbeitgeber eingeholt hat, nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht des Staates, der die Pfändungsverfügung erlassen hat, die eigene internationale Zuständigkeit annimmt und der Arbeitgeber vor dem ausländischen Gericht ebenfalls in Anspruch genommen wird, ist der Arbeitgeber berechtigt, den nach den §§ 850 c ff. ZPO pfändbaren Teil der Nettovergütung des Arbeitnehmers bei einem Amtsgericht unter Verzicht der Rücknahme zu hinterlegen.

■ **Arbeitsgerichts Berlin**

vom 29. September 2004, 86 Ca 10240/04, rkr.

Sonstiges

421. Verfassungsbeschwerde, Willkürverbot, Rechtsstaatsprinzip

1. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen einen Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (AE 1/2002, S. 30 Entscheidung Nr. 90; NJW 2002, S. 1142) und einen Beschluss des Sächsischen Landesarbeitsgerichts. Im Ausgangsverfahren hatte das Landesarbeitsgericht einen klagestattgebenden in einen klageabweisenden Urteilstenor „berichtigt“ (§ 319 ZPO).

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Voraussetzungen des § 93 a Abs. 2 BVerfG nicht vorliegen.

2. Ein Verfassungsverstoß liegt bei gerichtlichen Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon dann vor, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthält. Hinzukommen muss vielmehr, dass diese bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass die Entscheidung des Gerichts auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 74, 102 <127>; 80, 48 <51>; 81, 132 <137>; 87, 273 <278 f.>; 89, I <13 f.>; 96, 189 <203>). Fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird (vgl. BVerfGE 89, I <13 f.>; 96, 189 <203>). Selbst „eine zweifelsfrei fehlerhafte Gesetzesanwendung“ begründet noch keinen Verfassungsverstoß. Die Grenze zur Willkür ist erst überschritten, wenn die Auslegung und die Anwendung des einfachen Rechts unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr verständlich sind, es sich also um eine krasse Fehlentscheidung handelt (vgl. BVerfGE 89, I <14>).

Ein solcher Mangel haftet den angegriffenen Entscheidungen, insbesondere dem Berichtigungsbeschluss des Landesarbeitsgerichts, nicht an.

a) In welchen Fällen eine Unrichtigkeit im Sinne des § 319 ZPO offenkundig ist, wird in der Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet. So wird in der Literatur davon ausgegangen, dass Tenorierungsfehler sich in der Regel aus einem Vergleich zwischen Tenor und Entscheidungsgründen ergeben und durch die Berichtigung nach „allgemeiner Meinung“ der Tenor auch in sein Gegenteil verkehrt werden könne; auch sei § 319 ZPO aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit im Rahmen des Zulässigen weit auszulegen (vgl. *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, *Zivilprozessordnung*, 62. Aufl. 2004, § 319 Rn 12; *Vollkommer*, in: *Zöller*, *Zivilprozessordnung*, 24. Aufl. 2004, § 319 Rn 6, 15).

Auch in Ansehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht als krasse Fehlentscheidung gedeutet werden. Es wird in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durchaus als genügend angesehen, wenn sich die Unrichtigkeit einer verkündeten Urteilsformel aus den später abgefassten Entscheidungs-

gründen ergibt (vgl. BGHZ 127, 74 <80 f.>; vgl. auch BGH, NJW-RR 1990, S. 893; BGH, NJW-RR 2002, S. 712).

b) Vor diesem Hintergrund kann von einer im verfassungsrechtlichen Sinne willkürlichen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht gesprochen werden. Das Bundesarbeitsgericht hat in der angegriffenen Entscheidung gemeint, dass angesichts der vom Landesarbeitsgericht zitierten Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden könne, es habe willkürlich gehandelt, wenn es sich „unter diesen Umständen für befugt hielt“, sein Urteil zu berichtigen. Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

■ Bundesverfassungsgericht

vom 1. Dezember 2004, 1 BvR 1826/01

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

422. Arbeitnehmerhaftung, Haftungsfeststellungsklage

Es bestehen Zweifel an der Zulässigkeit einer Haftungsfeststellungsklage, soweit die Haftungsregeln der Arbeitnehmerhaftung Anwendung finden. Denn nach der BAG-Rechtsprechung muss sich das Verschulden auch auf den konkreten Schadenseintritt erstrecken. Dieses Verschulden ist für den Umfang der Haftungserleichterungen maßgeblich. Handelt ein Arbeitnehmer mit ausdrücklicher Genehmigung des Vorstandes, trägt dieser die Verantwortung für die dem Geschäft innewohnenden Risiken. Fehler des Vorstands muss der Arbeitgeber sich zurechnen lassen. Sie entlasten den Arbeitnehmer.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. November 2004, 2 Sa 491/04, Revision nicht zugelassen

423. Beweislast, Umkehr der -; Arbeitslohn

1. Legt der Arbeitgeber, entgegen seiner aus § 2 Nachweisgesetz folgenden Pflicht, den Arbeitslohn nicht schriftlich nieder, ist dem Arbeitnehmer bei Vortrag weiterer plausibler Umstände eine erhebliche Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast zuzubilligen.

2. Der Verstoß gegen § 2 NachwG führt nicht zu einer Beweislastumkehr (vgl. Hess. LAG, vom 25. Mai 2001 – 7 Sa 129/01 nicht veröffentlicht; a.A. LAG Hamm, vom 2. Juli 1998 – LAGE § 2 NachwG Nr. 5). Angesichts des Gangs des gesetzgeberischen Verfahrens ist nämlich davon auszugehen, dass eine Beweislastumkehr bewusst nicht geregelt wurde, denn der Bundesrat hatte eine entsprechende gesetzliche Regelung vorgeschlagen (BR-Drucks. 353/1/94), die jedoch nicht umgesetzt worden ist.

Allerdings kann die Nichterstellung eines Nachweises jedoch bei Vorliegen weiterer plausibler Umstände nach § 286 ZPO zu einer erheblichen Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast für den Arbeitnehmer führen. Dem Zweck der EG-Richtlinie 91/533/EWG und des Nachweisgesetzes, sicherzu-

stellen, dass der Arbeitnehmer in den Punkten des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG bei der Durchsetzung seiner Ansprüche in gerichtlichen Auseinandersetzungen nicht in Beweisnot gerät, kann mit einer verschärften Darlegungslast des Anspruchsgenegers Rechnung getragen werden, wenn der Anspruchsteller seinerseits genügend plausible Umstände für die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen vorträgt (vgl. LAG Nürnberg, vom 9. April 2002 – 7 Sa 518/0.1, LAGE § 286 i ZPCT Nr. 2; Hess. LAG, vom 25. Mai 2001, a. a. O.; LAG Köln, vom 25. Juli 1997 – 11 Sa 138/97, BB 1998, 590; ErfK/Preis, 5. Aufl., Einf. NachwG Rn 23 m.w.H.).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 25. Februar 2005, 2 Sa 2234/04
eingereicht von Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15,
35390 Gießen, Tel.: 0641/76034, Fax: 0641/72987; e.mail:
info@linder-berrisch.de, www.arbeitsrecht-giessen.de

424. Empfangsbekanntnis, unrichtiges Datum

Das auf einem Empfangsbekanntnis angegebene Datum ist als unrichtig zu bewerten, wenn

a) bei gleichzeitiger Aufgabe zur Post ein Parteivertreter ohne Hinweis auf eine etwaige Postverzögerung und ohne Angaben zum Zeitpunkt des Eingangs der Entscheidung in der Kanzlei ein Datum angibt, das um 3 Wochen + 1 Tag abweicht vom Empfangsdatum des gegnerischen Prozessbevollmächtigten;

b) der Rechtsanwalt sich weiterer Mitwirkung an der Feststellung des Zustellungsdatums entzieht und nicht einmal die Fragen des Rechtsmittelgerichts beantwortet, deren Beantwortung ihm möglich ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 8. Dezember 2004, 2 Ta 185/04, Rechtsmittel zugelassen

425. Sofortige Beschwerde, Beschwerdewert, RVG, Anwendbarkeit, Rechtsmittelbelehrung – unrichtige –

1. Für alle seit dem 01.07.2004 eingelegten Beschwerden gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse und Streitwertbeschlüsse, die auf der Grundlage der BRAGO bzw. des § 104 ZPO ergangen sind, ist das RVG und damit die Beschwerdegrenze des § 33 Abs. 3 von 200,- EUR maßgeblich.

2. Hieran ändert auch eine falsche Rechtsmittelbelehrung des Arbeitsgerichts, die auf den Schwellenwert von 50,- EUR abstellt, nichts, da eine rechtsirrtümliche Rechtsmittelbelehrung die Anfechtbarkeit des Festsetzungsbeschlusses nicht begründet.

■ Landesarbeitsgericht Chemnitz
vom 4. März.2005, 4 Ta 23/05 (7)
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

426. Prozesskostenhilfe, Anwaltsbeordnung, maßgeblicher Beurteilungszeitraum, nachträglich unzulässig gewordene Änderungskündigung

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder mutwillig ist (§§ 11 a Abs. 3 ArbGG i.V.m. 114 ZPO), oder offensichtlich mutwillig ist (§ 11 a Abs. 1 ArbGG), ist auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren frühestens derjenige der Entscheidungsreife. Entscheidungsreife liegt in der Regel vor, wenn die Partei den PKH-Antrag bzw. den Antrag auf Beordnung eines Rechtsanwalts schlüssig begründet hat, die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und die entsprechenden Belege vorgelegt hat und der Gegner Gelegenheit gehabt hat, sich innerhalb angemessener Frist zu äußern.

2. Einer vor Entscheidungsreife unzulässig gewordenen Klage fehlt die hinreichende Erfolgsaussicht i.S.d. § 114 ZPO. Die Weiterverfolgung einer eindeutig unzulässigen Klage ist auch offensichtlich mutwillig i.S.d. § 11 a Abs. 1 ArbGG.

3. Nimmt der Arbeitnehmer die Änderungskündigung unter Vorbehalt gem. § 2 KSchG an, liegt darin zugleich die vorweggenommene Zustimmung zur „Rücknahme“ der Änderungskündigung durch den Arbeitgeber. Daher entfällt ab Zugang der „Rücknahme“ der Änderungskündigung das Rechtsschutzbedürfnis für die Änderungskündigung.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 11. Januar 2005, 7 Ta 5/05

427. Rechtsmittel; Vollstreckbarkeit, Ausschluss der Vollstreckbarkeit

Gegen die Entscheidung im arbeitsgerichtlichen Urteil, die vorläufige Vollstreckbarkeit nach § 62 Abs. 1 Satz 2 ArbGG auszuschließen, ist kein selbständiges Rechtsmittel gegeben. Eine isolierte Anfechtung des Ausspruchs über die vorläufige Vollstreckbarkeit im Urteil kommt nicht in Betracht; der Angriff kann nur gegen das Urteil insgesamt gerichtet werden. Insbesondere scheidet auch eine sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO aus, da von dieser Vorschrift nur Beschlüsse des Vollstreckungs- oder Prozessgerichts, nicht jedoch Urteile erfasst werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 25. April 2005, 10 Ta 84/05

428. Zulässigkeit der Klage, Stellenpool, Versetzung

Die Klage eines beim Land Berlin Angestellten, mit der festgestellt werden soll, seine „Versetzung“ zum Stellenpool (gemäß dem Stellenpoolgesetz vom 09.12.2003, GVBl S. 589) sei unwirksam, ist unzulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO), wenn er weiterhin auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 7. Februar 2005, 12 Sa 2241/04, Revision zugelassen

Sonstiges

429. Arbeitnehmerähnliche Person, stille Beteiligung, Hausmeister, Wahlfeststellung

1. Auch beim Bestehen eines Vertrages über eine „stille Beteiligung“ kann ein – vollschichtig tätiger – Hausmeister als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sein.
2. Im Rechtswegbestimmungsverfahren kann eine Wahlfeststellung zulässig sein (im Anschluss an BAG, vom 30.08.2000 – 5 AZB 12/00 – NZA 2000, 1359).
3. (...) Es kann dahinstehen, ob der Kläger hinreichend Tatsachen dargelegt hat, die für eine Arbeitnehmerstellung sprechen, die dann gegebenenfalls vom Arbeitsgericht hätte geklärt werden müssen, vgl. § 572 Abs. 3 ZPO. Dann jedenfalls ist der Kläger aufgrund der zwischen den Parteien unstreitigen Tatsachen als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen, weshalb ohne weitere Sachaufklärung der angefochtene Beschluss des Arbeitsgerichts aufzuheben und die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Gerichten für Arbeitssachen festzustellen war. Für die Rechtswegbestimmung ist insoweit eine Wahlfeststellung zulässig (BAG, 30.08.2000 – 5 AZB 12/00 – NZA 2000, 1359, 1360).
4. (...) Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbstständige. Sie unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind – in der Regel wegen ihrer fehlenden oder gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsgebundenheit, oft auch wegen fehlender oder geringerer Eingliederung in eine betriebliche Organisation – in wesentlich geringerem Maße persönlich abhängig als Arbeitnehmer. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Eine arbeitnehmerähnliche Person kann für mehrere Auftraggeber tätig sein, wenn die Beschäftigung für einen von ihnen überwiegend und die daraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt. Der wirtschaftlich Abhängige muss außerdem seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein (BAG aaO).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 23. Juni 2005, 12 Ta 78/05

430. Sachurteilsvoraussetzungen; Prüfungsreihenfolge der -; Rechtsweg; Prozessführungsbefugnis

1. Ein an sich unzuständiges Gericht kann die zu ihm erhobene Klage mangels Prozessführungsbefugnis der Beklagten abweisen, wenn eine Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht sofort und ohne weiteres als unzulässig abgewiesen werden müsste.
2. (...) Damit bleibt die Frage zu beantworten, ob das eigentlich unzuständige Arbeitsgericht Hanau oder ein zuständiges Gericht die Klage gegen die Beklagte zu 2 mangels Prozessführungsbefugnis als unzulässig abweisen muss. Dies wiederum hängt davon ab, welche der beiden in Rede stehenden Sachurteilsvoraussetzungen als erstes geprüft werden muss. Das Gesetz gibt auf die Frage, in

welcher Reihenfolge Sachurteilsvoraussetzungen zu prüfen sind, keine Antwort (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Auflage 2005, vor § 253 Rz 11; *Thomas/Putzo*, ZPO, 26. Auflage 2004, § 253 Vorbem Rz 14; *Harms*, ZZZ 83, 167). Sie kann deshalb unter prozessökonomischen Gesichtspunkten entschieden werden. Danach sollte tunlichst diejenige Sachurteilsvoraussetzung zuerst geprüft werden, die den Rechtsstreit am leichtesten und schnellsten zu erledigen hilft. Sinnlose Umwege sind zu vermeiden (*Zöller/Greger*, a. a. O.; *Thomas/Putzo*, a. a. O.; ähnlich auch BVerfG, vom 31. August 1999, NZA 1999, 1234; BAG, vom 18. Dezember 1996, AP Nr. 3 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung). Zu einem solchen käme es aber, wenn der Rechtsstreit zunächst verwiesen und die Klage dann von dem Gericht, an das verwiesen wurde, sofort und ohne weiteres als unzulässig abgewiesen werden müsste. Der Kläger kann kein berechtigtes Interesse daran haben, dass seine Klage von einem anderen als dem von ihm selbst ausgewählten Gericht als unzulässig abgewiesen wird. Die Beklagte zu 2 hat ebenfalls kein schutzwürdiges Interesse an einer Verweisung in einen anderen Rechtsweg, wenn sie die begehrte Abweisung als unzulässig auch sofort erhalten kann. Deshalb zwingt die Prozessökonomie in Fällen der vorliegenden Art zu einer vorrangigen Prüfung der Prozessführungsbefugnis unter Hintanstellung der Rechtswegfrage.

Bestätigt wird diese rechtliche Beurteilung durch die von der Rechtsprechung entwickelte Lehre von der Doppelrelevanz in sogenannten sic-non-Fällen. Nach dieser werden schlüssig behauptete Tatsachen, die sowohl die Zuständigkeit als auch den Anspruch selbst begründen, für die Zuständigkeit unterstellt und erst im Rahmen der Begründetheit entschieden (*Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 5. Auflage 2004, § 2 Rz 190 ff; *GK-ArbGG/Wenzel*, § 2 Rz 279 ff; *Schwab/Weth/Walker*, ArbGG, § 2 Rz 213 ff, jeweils m. w. N.) Auch dies wird regelmäßig mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet. Eine „Verweisung in einen anderen Rechtsweg wäre in diesem Fall sinnlos“ (so BAG, vom 15. März 2000, NZA 2000, 1472; BAG, vom 18. Dezember 1996, a. a. O.; vgl. auch BAG, vom 19. Dezember 2000, NZA 2001, 285; BAG, vom 17. Januar 2001, NZA 2001, 341 und BAG, vom 18. November 2003 – 5 AZB 56/03; *Schwab/Weth/Walker*, a. a. O., Rz 214). Wenn es aber rechtens ist, Sachurteilsvoraussetzungen aus Gründen der Zweckmäßigkeit zunächst zu unterstellen und sogar erst im Rahmen der Begründetheit des fraglichen Anspruchs „mitzuentcheiden“, muss dies erst recht auch in Fällen der vorliegenden Art geschehen, in denen es „nur!“ um die Prüfungsreihenfolge innerhalb der Sachurteilsvoraussetzungen geht.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 2. März 2005, 13/16 Ta 665/04
eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30,
64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

431. Prozesskostenhilfe, Kündigungsantrag, allgemeiner Feststellungsantrag

1. Der Kläger hat gegen eine Kündigung der Beklagten vom 27.02.2004 am 18.03.2004 Kündigungsschutzklage erhoben.

Gegenüber dieser Kündigung hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 26.03.2004 geltend gemacht, sie habe dem Kläger erklärt, aus der Kündigung keine Rechte herleiten zu wollen.

Der Kläger hat behauptet, von einem solchen Sachverhalt erstmals mit diesem Schriftsatz erfahren zu haben.

Mit Schriftsatz vom 30.03.2004 hat der Kläger die Klage um einen Antrag auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ungekündigt und unbefristet fortbesteht, erweitert und hat zur Begründung geltend gemacht, die Beklagte habe ihm am 17.03.2004 eine „Änderungskündigung gezeigt, allerdings wieder aus der Hand genommen“; ferner hat er die Entfernung von zwei Abmahnungen aus seiner Personalakte verlangt. Mit Schriftsatz vom 07.04.2004 hat der Kläger darüber hinaus die Feststellung der Unwirksamkeit einer weiteren Kündigung der Beklagten vom 31.03.2004 verlangt.

Der Rechtsstreit ist in erster Instanz durch einen Abfindungsvergleich auf der Grundlage einer Kündigung vom 27.02.2004 beendet worden.

Das Arbeitsgericht hat eine Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Anträge auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.02.2004 sowie für den allgemeinen Feststellungsantrag auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses abgelehnt.

2. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Klägers ist begründet.

Gemäß § 114 ZPO ist einer Partei, die nach ihrem persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder in Raten aufbringen kann, Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Dabei genügt zur Annahme hinreichender Erfolgsaussichten, die im Einzelfall durchaus für beide Parteien bestehen können, dass der vom Antragsteller vorgetragene Sachverhalt auf der Grundlage einer vertretbaren Rechtsauffassung zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs geeignet ist und dass, soweit der vorgetragene Sachvortrag bestritten und der Antragsteller beweispflichtig ist, eine Beweisführung möglich erscheint (vgl. *Zöller-Philipp*, ZPO, 25. Aufl. 2005, Rn 18 ff. zu § 114 m. w. N.).

Diese Voraussetzungen ergeben sich hinsichtlich der Klage gegen die Kündigung vom 27.02.2004 daraus, dass eine Kündigungsschutzklage zur Vermeidung der Fiktionswirkung des § 7 KSchG notwendig gewesen ist und hinsichtlich der von der Beklagten behaupteten Erklärung, aus der Kündigung keine Rechte ableiten zu wollen, streitig ist, ob eine solche Erklärung gegenüber dem Kläger vor dem Zugang des Schriftsatzes der Beklagten vom 26.03.2004 abgegeben worden ist. Hinzukommt in diesem Zusammenhang, dass in dem am 15.06.2004 protokollierten Vergleich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses

auf der Grundlage einer Kündigung der Beklagten vom 27.02.2004 vereinbart worden ist.

Hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrags ergeben sich ein Rechtsschutzinteresse sowie hinreichende Erfolgsaussichten daraus, dass der Kläger hierzu behauptet hat, die Beklagte habe ihm am 17.03.2004 „eine Änderungskündigung gezeigt, allerdings wieder aus der Hand genommen“. Dies rechtfertigt den allgemeinen Feststellungsantrag, da bei einem solchen Sachverhalt durchaus streitig werden kann, ob damit eine Änderungskündigung bereits erklärt worden ist (vgl. BAG, Urt. v. 04.11.04 – 2 AZR 17/04 = BB 05, 1007).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 7. Juni 2005, 14 Ta 484/04

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Schaefer, Ludwig-Barnay-Straße 1, 30175 Hannover, Tel.: 0511/6949-21, Fax: -51; e-mail: kanzlei@rs-ra.de, www.rs-ra.de

432. Rechtsweg, Widerklage, Kündigung, GmbH-Geschäftsführer

Hat das Landgericht die Feststellungsklage eines GmbH-Geschäftsführers gegen die (zeitlich nach der Abberufung liegende) außerordentliche Kündigung seines Dienstverhältnisses (zu Unrecht, aber bestandskräftig) an das Arbeitsgericht verwiesen, kann vor dem Arbeitsgericht nach § 2 Abs. 3 ArbGG eine Widerklage erhoben werden, mit der Schadensersatz wegen Verhaltensweisen des Geschäftsführers aus der Zeit vor seiner Abberufung verlangt wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Verhaltensweisen, deretwegen Schadensersatz verlangt wird, (teilweise) identisch sind mit den Kündigungsvorwürfen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 10. Januar 2005, 16 Ta 2212/04

433. Prozesskostenhilfe, mutwillige Klage, Weiterbeschäftigung

Es ist nicht mutwillig i. S.d. § 114 ZPO, wenn eine hilfsbedürftige Partei die Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung im Wege des unechten Hilfsantrags verfolgt, sie aber nicht von dem Scheitern der Güteverhandlung abhängig macht.

(...) Einer Partei, die wie die Klägerin die Kosten der Prozessführung nicht selbst aufbringen kann, ist auf ihren Antrag hin Prozesskostenhilfe zu bewilligen, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig erscheint (§ 114 ZPO). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

a) Die Klägerin hat die Verurteilung des Beklagten zur vorläufigen Weiterbeschäftigung nur für den Fall begehrt, dass sie mit der Kündigungsschutzklage obsiegt. Da ein derartiger Weiterbeschäftigungsanspruch ohne das Vorliegen besonderer Umstände gegeben ist, wenn das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der streitbefangenen Kündigung festgestellt hat (vgl. hierzu grundlegend BAG, Beschluss vom 27. Februar 1985 – GS 1/84 – AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht),

Streitwerte und Gebühren

kann der genannten Rechtsverfolgung die hinreichende Erfolgsaussicht nicht versagt werden.

b) Der Klägerin kann auch nicht vorgehalten werden, es sei mutwillig, ihren Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung in der geschehenen Weise zu verfolgen. Denn auch eine verständige, nicht hilfsbedürftige Partei würde diesen Anspruch in gleicher Weise geltend machen (vgl. hierzu *Zöller*, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 114 Rn 30 ff.). Der insoweit angekündigte unechte Hilfsantrag stellt die kostengünstigste Rechtsverfolgung dar, da über ihn nur im Falle des Erfolgs der Bestandsstreitigkeit zu entscheiden ist und er ohne eine Entscheidung oder eine vergleichsweise Regelung den für die Gerichts- und Rechtsanwaltskosten maßgebenden Gegenstandswert nicht erhöht (§ 45 Abs. 1, 3 GKG; § 23 Abs. 1 RVG). Von der Klägerin konnte auch nicht erwartet werden, den Anspruch nur für den Fall des Scheiterns der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht anhängig zu machen. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass sie bei einer Säumnis des Beklagten in dem Güteverfahren gehindert wäre, insoweit den Erlass eines Versäumnisurteils zu beantragen. Denn der Beklagte wäre hinsichtlich der erst in der Güteverhandlung rechtshängig werdenden Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung nicht rechtzeitig, d. h. unter Einhaltung der Einlassungsfrist (§ 47 Abs. 1 ArbGG) geladen, weshalb eine Versäumnisentscheidung gemäß § 335 Abs. 1 Nr. 2 ZPO unzulässig wäre. Auch der hilfsbedürftigen Partei ist es aber nicht verwehrt, den weitestgehenden Rechtsschutz zu wählen und sich für den Fall der Säumnis des Gegners abzusichern.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 10. Mai 2005, 17 Ta 849/05

Anmerkung:

Die Entscheidung ist nur teilweise zutreffend. Dem „unechten“ Hilfsantrag ist ein eigener Streitwert beizumessen, auch wenn nicht über ihn entschieden wird, jedenfalls soweit es die Rechtsanwaltsgebühr betrifft (s.u. Nrn. 435 und 436).

Die zitierten Vorschriften kommen nicht zur Anwendung, weil sie sich nur auf echte Hilfsanträge beziehen. Der „unechte“ ist in Wahrheit – jedenfalls für den Rechtsanwalt und in seinen prozessualen Auswirkungen – ein Hauptantrag. Die Entscheidung ist insoweit ein weiterer Baustein im Anwaltsgebührensenkungsprogramm des für Kostenfragen zuständigen Vorsitzenden am LAG Berlin, der sich bereits mit der radikalen Absenkung der Streitwerte für den Weiterbeschäftigungsantrag und dem Allgemeinen Feststellungsantrag von seinen Vorgängern abgesetzt hat. Sollten die deutschen Rechtsschutzversicherer eines Tages Ehrenpreise verleihen, gehört er sicher zu den aussichtsreichsten Anwärtern. (*me*)

434. Prozesskostenhilfe; Bausparvertrag; Vermögen, einzusetzendes

Auch nicht zuteilungsreife Bausparverträge sind einzusetzendes Vermögen im Sinne des § 115 Abs. 2 ZPO zur Deckung der Prozesskosten. Dabei ist es unbeachtlich, ob die Kündi-

gung des Bausparvertrages vor Zuteilungsreife wirtschaftliche Nachteile bringt.

■ Landesarbeitsgericht Hamm
vom 29. Juni 2005, 18 Ta 320/05
eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231/7608-0, Fax: 05231/760876; e-mail: info@kdanwalt.de

Streitwerte und Gebühren

435. Nachteilsausgleich, Hilfsantragsbewertung

1. Der Antrag auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG wirkt für die Gegenstandswertfestsetzung streitwerterhöhend um den Betrag, auf den der Nachteilsausgleich beziffert ist, wenn sich die anwaltliche Tätigkeit, insbesondere bei Vergleichsverhandlungen, auch auf diesen Anspruch bezog.

2. (...) Bezüglich des Antrages gemäß § 113 Abs. 3 BetrVG schließt sich das Gericht der Auffassung des LAG Köln in seinem Beschluss vom 14.09.2001 – 13 Ta 214/01 – in NZA-RR 2002, S. 437, an. Danach gilt § 19 Abs. 1 Satz 2 GKG im Festsetzungsverfahren nach § 10 BRAGO nicht. Grundsätzlich bleibt der Hilfsantrag außer Betracht, wenn über ihn nicht entschieden worden ist. Vorliegend beziehen sich aber gerichtliche und anwaltliche Tätigkeit nicht auf denselben Gegenstand. Wenn auch das Verfahren durch Vergleich beendet worden ist, spielte bei der Bemessung der Abfindung gerade die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Entschädigung nach § 111 Abs. 3 BetrVG gegeben sind, eine wesentliche Rolle. Somit ist für diesen Anspruch auch eine anwaltliche Tätigkeit entfaltet worden. Wie in der Entscheidung des LAG Köln ausgeführt, findet auch die Vorschrift des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG a. F. auf Entschädigungszahlungen nach § 113 Abs. 3 BetrVG keine Anwendung.

■ Arbeitsgericht Neunkirchen
vom 1. März 2005, 1 Ca 41/04
eingereicht von Rechtsanwälte Halm & Preßer, Gut Bechstedt, 07426 Bechstedt, Tel.: 036730/316-66, Fax: -67; e-mail: info@halm-presser.de, www.halm-presser.de

436. Gegenstandswert, Nachteilsausgleich, Hilfsantrag, Hauptantrag

Die Tätigkeit des Rechtsanwalts bezüglich eines als Hilfsantrag gestellten Anspruches auf Nachteilsausgleich ist mit einer besonderen Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen. Ein Streitwert in Höhe eines halben Bruttoverdienstes pro Beschäftigungsjahr ist angemessen (vgl. LAG Köln, 14.09.01, NZA-AR 2002, 437).

Der Antrag vom 02.07.04 wurde ausgehend von dem in dem Schriftsatz benannten Jahresverdienst geteilt durch 12 mal 11,09 bewertet.

Der Antrag vom 22.10.04 wurde, da eine Mindestsumme begehrt wurde mit dieser Summe bewertet (vgl. *Baum-*

bach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., § 3 Anhang Rn 99 zur Mindestsumme bei Schmerzensgeld).

■ Arbeitsgericht Ludwigshafen am Rhein vom 18. Februar 2005, 1 Ca 1257/04 eingereicht von Rechtsanwältin Halm & Preßer, Gut Bechstedt, 07426 Bechstedt, Tel.: 036730/316-66, Fax: -67; e-mail: info@halm-presser.de, www.halm-presser.de

437. Beschlussverfahren, Gegenstandswerte, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

1. (...) Der Gegenstandswert ist innerhalb des vorgegebenen Bewertungsrahmens und mangels genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nach billigem Ermessen zu bestimmen. Wo kein objektiver Wert festgestellt werden kann, kommt es in erster Linie auf die Feststellung dieses Wertes an. Für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren folgt daraus, dass die wirtschaftliche Bedeutung des jeweiligen Streitgegenstandes vielfach im Vordergrund der Bewertung stehen muss. Zwar geht es im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren vielfach gar nicht um die Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen, wenn der Betriebsrat als Antragsteller kollektivrechtliche Befugnisse gewahrt wissen will, jedoch hat die Untersagung einzelner Maßnahmen des Arbeitgebers im Rahmen des § 87 BetrVG in der Regel erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen, die bei der Bewertung nach § 23 Abs. 3 RVG in den Streitwert einfließen müssen.

2. Der Streitwert eines Antrages auf Entfernung von Überwachungskameras ist auf die Arbeitskosten der Installation bzw. Deinstallation festzusetzen (hier 20.000,00 €).

■ Arbeitsgericht Braunschweig vom 17. März 2005, 4 BVGa 7/04, RM eingelegt eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz, Tel.: 06131/61815-6, Fax: -7; e-mail: post@kanzlei-broetzmann.de, www.kanzlei-broetzmann.de

438. Beschwerdeverfahren, Prozessführungsbefugnis, Kosten

Der im Hauptsacheverfahren tätige Anwalt ist in der Regel als beauftragt anzusehen, die Partei auch im Beschwerdeverfahren zu vertreten. Die Entstehung und die Erstattung seiner Anwaltsgebühren im Beschwerdeverfahren richten sich deshalb nach allgemeinen Grundsätzen und sind insbesondere nicht davon abhängig, dass der Anwalt einen Schriftsatz eingereicht hat (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 06.04.2005 zu Az. V ZB 25/04).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 29. Juni 2005, 2 Ta 35/05 eingereicht von Rechtsanwältin Eder & Englisch, Schloßstrasse 29, 86732 Oettingen, Tel.: 09082/9696-60, Fax: -69; e-mail: oettingen@eder-englisch.de

439. Streitwert, variable Vergütung

1. Bei Berechnung des Streitwertes ist neben der Grundvergütung eines Arbeitnehmers auch eine variable Vergütung zu berücksichtigen, wenn diese nicht an die Erreichung bestimmter Ziele geknüpft ist.

2. (...) Die Wertfestsetzung richtet sich nach dem Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts. Ausweislich der arbeitsvertraglichen Regelung stellt die variable Vergütung des Klägers Arbeitsentgelt und nicht etwa eine Gratifikation dar.

Berücksichtigung der variablen Vergütung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil auf das Arbeitsentgelt in den ersten drei Monaten nach dem Beendigungstermin abzustellen wäre. Zum einen lässt sich dem vorgelegten Arbeitsvertrag keine Fälligkeitsregelung für die Zahlung der variablen Vergütung entnehmen. Zum anderen stellt das Gesetz nicht auf drei konkrete Monatsverdienste ab, sondern auf das Vierteljahresentgelt. Wenn Zahlungen – wie hier – Entgelt für geleistete Arbeit darstellen, sind sie anteilig zu berücksichtigen.

Schließlich kommt es vorliegend nicht darauf an, ob die variable Vergütung von der Erreichung bestimmter Ziele abhängt. Dem Arbeitsvertrag lässt sich nicht entnehmen, dass bei Nichterreichung der Ziele gar keine variable Vergütung zu zahlen ist. Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass die Nichtberücksichtigung der variablen Vergütung Arbeitnehmer mit einer Festvergütung und Arbeitnehmer mit einem eventuell hohen variablen Anteil ohne sachlichen Grund ungleich behandeln würde. Eine Streitwertberechnung ohne Berücksichtigung der variablen Vergütung würde auch dem Zweck des § 42 Abs. 4 GKG widersprechen. Aus sozialen Gründen sollen die Kosten von Kündigungsschutzverfahren niedrig gehalten werden. Es ist allerdings nicht gerechtfertigt, Verfahren von Arbeitnehmern mit einer teilweise variablen Vergütung stärker zu verbilligen als Verfahren von Arbeitnehmern mit einer festen Vergütung. Für die Wertberechnung soll das maßgeblich sein, was für den Arbeitnehmer auf dem Spiel steht. Hierfür ist die Ausgestaltung der Vergütung als Festgehalt oder als Entgelt mit einem variablen Anteil unerheblich.

■ Landesarbeitsgericht München vom 24. März 2005, 2 Ta 79/05 eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0,-24; e-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

440. Gegenstandswert, Klageerweiterung, Streitgegenstand, identische Begründung

1. Setzt das Arbeitsgericht nach dem Inkrafttreten des RVG (1. Juli 2004) in einem sog. „Altfall“ von § 60 Abs. 1 Satz 1 RVG den Gegenstandswert fest und legt ein Beteiligter gegen die Festsetzung Beschwerde ein, dann richtet sich dieses Beschwerdeverfahren aufgrund der Übergangsregelung von § 60 Abs. 1 Satz 2 RVG nach den Bestimmungen des RVG (§ 3 Abs. 3 RVG).

Streitwerte und Gebühren

2. Reicht ein Rechtsanwalt wegen identischer Vergütungsansprüche in zwei unterschiedlichen Schriftsätzen eine Klageerweiterung ein und spricht der zeitliche prozessuale Ablauf und die völlig identische (kurze) Begründung für die Klageerweiterung dafür, dass die zweite Klageerweiterung nur versehentlich und nicht bewusst geschehen ist, so führt dies nicht zu einer Verdoppelung des Gegenstandswertes. Dies gilt auch dann, wenn im Termin (zusammen mit weiteren Klageanträgen) auch die beiden Anträge aus diesen Schriftsätzen gestellt werden und das Gericht eine diesbezügliche Aufklärung nach § 139 ZPO unterlassen hat.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 25. Oktober 2004, 2 Ta 234/0

441. Streitwert, Änderungskündigung, dreifacher Jahresbetrag

Der Streitwert einer Änderungsschutzklage richtet sich nach dem erkennbaren wirtschaftlichen Wert, der der konkreten streitigen Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitnehmer nach dessen Klagevorbringen zukommt. Maßgebend ist dabei gemäß § 42 Abs. 3 S. 1 GKG der dreifache Jahresbetrag. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist die in § 42 Abs. 4 GKG geregelte Streitwertobergrenze zu beachten. Ein Rückgriff auf den Pauschalwert des § 23 Abs. 3 RVG kann nur dann erfolgen, wenn dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine Bezifferung des wirtschaftlichen Werts zu entnehmen sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 26. Januar 2005, 3 Ta 457/04

442. Eingruppierungsklage; Streitwert; Feststellungsantrag, ohne Abschlag

Bei einer Eingruppierungsklage im öffentlichen Dienst ist von dem nach der dreifachen Jahresdifferenz berechneten Streitwert ein Abschlag von 20% wegen der Erhebung einer Feststellungsklage nicht vorzunehmen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23. Dezember 2004, 4 (3) Ta 468/04

443. Einigungsgebühr, Kündigung, Rücknahme der

1. Die Einigungsgebühr nach VV 1000 erfordert nicht den Abschluss eines Vergleichs nach § 779 BGB. Ihr Anwendungsbereich ist daher weiter zu ziehen als der der Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 BRAGO.

2. Die Einigungsgebühr ist daher entstanden, wenn die Parteien im Kündigungsschutzprozess einen Vergleich schließen, wonach Einigkeit über den ungekündigten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses besteht.

3. (...) a) Die Einigungsgebühr nach VV 1000 ist an die Stelle der Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 BRAGO getreten. Diese gebührenrechtliche Neuregelung soll die Streitvermeidende oder -beendende Tätigkeit des Rechtsanwalts weiter fördern und damit richtersentlastend wirken. Sie soll außerdem die

bisher häufige kostenrechtliche Auseinandersetzung über die Frage, ob ein Vergleich im Sinne von § 779 BGB vorliegt, vermeiden. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers ist für die Einigungsgebühr daher der Abschluss eines echten Vergleichs im Sinne von § 779 BGB nicht mehr erforderlich. Dies wird bereits durch die Änderung der Bezeichnung „Vergleichsgebühr“ in die bereits begrifflich umfassendere „Einigungsgebühr“ verdeutlicht. Die Einigungsgebühr entsteht daher bereits für die Mitwirkung des Rechtsanwalts beim Abschluss eines Vertrages, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz-KostRMOG) BT-Drucks. 15/1971, S. 204 zu Anlage 1 zu Teil 1 zu Nr. 1000). Der Anwendungsbereich der Einigungsgebühr ist daher weiter zu ziehen als der der bisher geregelten Vergleichsgebühr (*Gebauer/Schneider*, RVG, 2. Aufl., VV 1000, Rz 29).

b) An diesem Maßstab gemessen, war gegen den Kläger eine Einigungsgebühr festzusetzen.

Durch den am 01.10.2004 geschlossenen Vergleich ist die Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beseitigt worden. Der Vergleich beschränkt sich auch nicht ausschließlich auf ein Anerkenntnis des Klaganspruchs durch die Beklagte. Die Parteien haben im Güteverfahren vor dem Arbeitsgericht Einigkeit erzielt, dass das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortbestehen soll. Der Sache nach enthält der Vergleich somit eine Rücknahme der Kündigung. Eine Rücknahme der Kündigung kann jedoch nur einvernehmlich mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen und ist ein aliud gegenüber der durch Urteil erstrittenen Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Die einvernehmliche Regelung ermöglicht anders als eine durch Urteil erstrittene Weiterbeschäftigung eine unbelastete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte hat damit nicht lediglich den geltend gemachten Anspruch erfüllt, so dass ein Anerkenntnis im Sinne der Regelung in VV 1000 ausscheidet (vgl. BT-Drucks. 15/1971, a. a. O.).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 18. Februar 2005, 10 Ta 129/05

444. Terminsgebühr, nicht rechtshängige Ansprüche, Prozesskostenhilfe

1. Durch Verhandlungen im Güte- oder Kammertermin auch über nicht anhängige Rechtsansprüche zum Zwecke der vergleichsweisen Erledigung entsteht die Terminsgebühr aus dem für den Vergleich festgesetzten Gegenstandswert. Dies folgt aus Nr. 3104 Abs. 2 VV RVG. Die Entstehung der Terminsgebühr aus dem erhöhten Gegenstandswert setzt jedoch voraus, dass nicht lediglich beantragt wird, eine Einigung der Parteien über nicht rechtshängige Ansprüche zu Protokoll zu nehmen. Dies würde die Entstehung der Terminsgebühr aus

dem erhöhten Gegenstandswert verhindern gemäß Nr. 3104 Abs. 3 W RVG.

2. Soweit Prozesskostenhilfe nicht nur für die vor Gericht anhängigen Ansprüche, sondern „zugleich auch für einen eventuellen Vergleichsmehrwert“ bewilligt wurde, umschließt dies alle Gebühren, die durch die Verhandlung über einen Vergleich, der über den Gegenstandswert der Klage hinausgeht, entstehen können. Dies umfasst insbesondere Gegenstände und Ansprüche auf Grund der in dieser Form durch das RVG neu eingeführten Terminsgebühr bei Verhandlungen zur Einigung über nicht rechtshängige Ansprüche gemäß Nr. 3104 Abs. 2 W RVG.

3. (...) Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist der umstrittene Betrag auch aus der Staatskasse zu erstatten. Gemäß § 48 RVG bestimmt sich der Vergütungsanspruch nach den Beschlüssen, durch die Prozesskostenhilfe bewilligt und der Rechtsanwalt beigeordnet worden ist. Hier wurde dem Kläger durch den Beschluss vom 18. November 2004 Prozesskostenhilfe nicht nur für die vor Gericht anhängigen Ansprüche bewilligt, sondern „zugleich auch für einen eventuellen Vergleichsmehrwert“. Der Klägervertreter wurde entsprechend beigeordnet. Diese Form der Prozesskostenhilfebewilligung ist nicht auf einen bestimmten Gebührentatbestand wie etwa die Einigungsgebühr (Nr. 1000 W RVG) bezogen, sondern umschließt alle Gebühren, die durch die Verhandlung über einen Vergleich, der über den Gegenstandswert der Klage hinausgeht, entstehen können, z. B. auch die in dieser Form durch das RVG neu eingeführte Terminsgebühr bei Verhandlungen zur Einigung über nicht rechtshängige Ansprüche gemäß Nr. 3014 Abs. 2 W RVG.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 13. Juni 2005, 13 Ta 148/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Mathias Hofmann, Ludwigstraße 15, 61231 Bad Nauheim, Tel.: 06032/2466, Fax: 06032/71237; e-mail: info@philipp-badnauheim.de, www.philipp-badnauheim.de

445. Streitwert Kündigungsschutzklage, Klageerweiterung, 2. Kündigung, wirtschaftliche Einheit

1. Der Gegenstandswert eines Kündigungsschutzverfahrens in dem nach Klageerweiterung zwei Kündigungen angegriffen werden, ist mit je drei Bruttomonatsgehältern pro Kündigung festzusetzen, wenn die weitere Kündigung auf ein Beendigungsdatum gerichtet ist, das nach Ablauf eines Dreimonatszeitraums ab dem Beendigungsdatum liegt, das mit der ersten Kündigungsschutzklage zugrunde liegenden Kündigung angestrebt worden ist, abzielt.

2. (...) Hinsichtlich der Bewertung der einzelnen Feststellungsanträge ist grundsätzlich davon auszugehen, dass bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit mehrerer Kündigungen im Wege der objektiven Klagehäufung in einem Rechtsstreit für jeden Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit bzw. der Sozialwidrigkeit einer Kündigung ein

Gegenstandswert gemäß § 12 VII 1 ArbGG festzusetzen ist und dass die Einzelwerte zu addieren sind. Dabei ist jedoch anerkannt, dass mehrere mit einer Klage im Wege der objektiven Klagehäufung verfolgten Ansprüche wertmäßig dann und insoweit nicht zusammenzurechnen sind, wenn bzw. wie sie zwar rechtlich verschiedene Streitgegenstände betreffen, diese jedoch wirtschaftlich eine Einheit bilden (vgl. BAG AP Nr. 16 zu § 22 ArbGG 1953; BAG NZA 85, 296; *Stein-Jonas-Roth* ZPO, 21. Aufl. 1993, Rn 6 zu § 5 m. w. N.). Eine derartige wirtschaftliche Einheit liegt hinsichtlich der mit dem dreifachen Monatsverdienst bewerteten Kündigungsschutzklage und einer weiteren Kündigungsschutzklage insoweit vor, als die weitere Kündigungsschutzklage eine Kündigung betrifft, die auf ein Beendigungsdatum gerichtet ist, das vor dem Ablauf des 3-Monats-Zeitraums ab dem Beendigungsdatum liegt, das mit der ersten Kündigungsschutzklage zugrunde liegenden Kündigung angestrebt worden ist.

Auf der Grundlage dieser Gesichtspunkte ergibt sich für das Verfahren erster Instanz ein Gegenstandswert von 10.454,28 € als dem Betrag von 6 Monatsverdiensten, da das Arbeitsverhältnis durch eine am 16.12.2004 wirksam erklärte fristgerechte Kündigung zum 28.02.2005 beendet werden konnte, während aufgrund der vertraglichen Regelungen über die Kündigungsfristen das Arbeitsverhältnis durch die weitere Kündigung vom 13.01.2005 erst zum 30.06.2006 wirksam beendet werden konnte.

Da zwischen diesen beiden möglichen Beendigungsterminen erheblich mehr als 3 Monate liegen, ist der Gegenstandswert für jeden der Kündigungsschutzanträge mit 3 Monatsverdiensten zu bewerten.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 23. Mai 2005, 14 Ta 368/05

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Brunssen, Nikolaiwall 2, 27283 Verden, Tel.: 04231/3004-0, Fax: -50; e-mail: mail@struif-partner.de, www.struif-partner.de

446. Beschlussverfahren, Gegenstandswert, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

Bei dem Streit über die Entfernung von Videoüberwachungsanlagen ohne Beteiligung des örtlichen Betriebsrates gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG wird der Wert der Installationskosten (hier 19.000,00 €) zugrunde gelegt, welcher bei Stattgabe des umfassendsten aller Anträge vergeblich aufgewandt worden wäre.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 23. Februar 2005, 15 TaBV 82/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz, Tel.: 06131/618156, Fax: 06131/618157; e-mail: post@kanzlei-broetzmann.de, www.kanzlei-broetzmann.de

447. Einigungsgebühr; Kündigung, Rücknahme der Kündigung

1. Die Einigungsgebühr nach VV 1000 erfordert nicht den Abschluss eines Vergleichs nach § 779 BGB. Ihr Anwendungsbereich ist daher weiter zu ziehen als der der Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 BRAGO.

2. Die Einigungsgebühr ist daher entstanden, wenn die Parteien im Kündigungsschutzprozess einen Vergleich schließen, wonach Einigkeit über den ungekündigten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses besteht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 8. Juni 2005, 17 Ta (Kost) 6023/05

Rezeptionen

Faulenbach, Daniel

Das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB)

C. F. Müller, Heidelberg, 2005

244 Seiten, kartoniert, 72,00 Euro

ISBN 3-8114-5335-1

Das im Jahre 1980 in das BGB aufgenommene arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot ist eine der ältesten europarechtlich fundierten Schutzvorschriften des deutschen Arbeitsrechts. Dass es in jüngerer Zeit verstärkt in den Blick von Rechtsprechung und Literatur geriet, dürfte mit der wiederum aus Brüssel initiierten Belebung des Diskriminierungsschutzes und der Diskussion um entsprechende Gesetzesvorhaben zusammenhängen. Die Publikation von *Faulenbach* trifft deshalb einen guten Zeitpunkt für eine Bestandsaufnahme. Erfreulicherweise macht sich der Autor die Mühe, das Maßregelungsverbot im Spannungsfeld von Privatautonomie, Diskriminierungsschutz und allgemeinem Gleichbehandlungsgrundsatz sorgfältig zu lokalisieren. So führt er beispielsweise aus, dass es sich bei dem Maßregelungsverbot nicht um Diskriminierungsschutz für eine strukturell als benachteiligt angesehene Personengruppe handele, sondern um den Schutz einzelner vor Nachteilen wegen eines gesellschaftlich anerkannten Verhaltens. Das Maßregelungsverbot könne deshalb nur strikte Gleichbehandlung zur Folge haben und keine Förderung beinhalten, wie sie im Diskriminierungsrecht gerne unter dem Stichwort der Ergebnisgleichstellung betrieben wird.

Von diesem Ansatzpunkt aus stellt die Monographie dogmatisch strukturiert und in anschaulicher Formulierung den Regelungsgehalt des Maßregelungsverbot unter Aufarbeitung der wesentlichen Rechtsprechung dar.

Praxisrelevante Fallgruppen, etwa die Nichtverlängerung von Arbeitsverhältnissen oder Prämienabschläge für Krankheitszeiten, werden gesondert herausgearbeitet. Ausführliche Behandlung finden natürlich Maßregelungskündigungen: Ist etwa die Ankündigung einer künstlichen Befruchtung eine Maßnahme im Sinne von § 612 a BGB? Bei der Frage, ob das Maßregelungsverbot auch geringfügige Benachtei-

ligungen erfasst, erfährt der geneigte Leser, dass es von der Champagnersorte abhängen kann, ob Arbeitnehmer, die keine Flasche erhalten, rechtswidrig gemäßregelt werden (gefährlich insoweit Pommery, unbedenklich Mathelin a Cersevil).

Aktuell ist die Untersuchung, ob die Nichtteilnahme an einem betrieblichen Bündnis für Arbeit einen sachlichen Grund für Ungleichbehandlungen darstellen kann. Hervorgehoben sei ferner die ausführliche Beschäftigung mit Maßregelungskonstellationen im Arbeitskampf.

Diese umfangreiche Erörterung zahlreicher Fallgruppen und Einzelfälle illustriert zum einen die Bedeutung des Maßregelungsverbot quer durch das Arbeitsrecht. Zum anderen empfiehlt sie das Werk auch für den Praktiker, der sich zügig und anregungsreich informieren kann, allerdings ein Stichwortverzeichnis vermissen wird.

Dr. Thomas Baumgarten

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Björn Gaul (Hrsg.)

Aktuelles Arbeitsrecht

Band 1/2005 bearbeitet von Dietrich Boewer und Björn Gaul, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 342 Seiten, 69,80 Euro
ISSN 1616-4873/ISBN 3-504-42627-6

Das broschiierte Buch im DIN A5 Format gibt einen in jeder Weise handlichen Überblick über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Entwicklungen des ersten Halbjahres 2005 sowie eine Vorschau auf das zweite Halbjahr. Geboten wird ein informativer Überblick über die gesetzliche Entwicklung in Deutschland und aus dem Europäischen und Sozialversicherungsrecht die Darstellung zum Stand der Änderung der Arbeitszeitrichtlinie und die Vorschläge der Kommission zu Unternehmensumstrukturierungen. Vertiefend befasst sich das Werk mit Fragen zur Einstellung und zum Arbeitsvertrag, der Arbeitszeit, Vergütung und Urlaub, der Abmahnung, Kündigung und sonstigen Formen der Beendigungen des Arbeitsvertrages, den Rechten

und Pflichten nach Beendigung des Arbeitsvertrages, dem Tarifrrecht, der Betriebsverfassung und Mitbestimmung, Betriebsänderung und Betriebsübergang und schließt mit aktuellem aus Steuerrecht und Sozialversicherungsrecht.

Bei der Fülle der Rechtsänderung, sei es durch Gesetz, sei es durch Rechtsprechung, die alle beteiligten Berufsgruppen unentwegt überrollt, bedarf es einer solchen Zusammenfassung, um nichts zu übersehen. Auch der Anwalt, der sich durch das Studium von Fachzeitschriften auf dem Laufenden hält, kann sich nicht sicher sein, nichts übersehen zu haben und nichts zu verdrängen. Wer auf den *Gaul* zurückgreift, wann immer er sich der Vollständigkeit seines Wissens nicht sicher ist, der ist gut beraten. Er wird dann nicht nur die Darstellung der Änderungen nutzen können, sondern auch eine gedrängte Darstellung der Problemstellung zu den jeweiligen Themen. Oft wird damit der Einblick in Großkommentare oder eine aufwendige Rechtsprechungsrecherche vermieden werden können.

Dr. Hans-Georg Meier
 Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Handbuch zum Kündigungsrecht

Werner M. Mues (Hrsg.)

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, 1410 Seiten, Lexikonformat, gbd., 98,80 Euro, ISBN 2-504-42655-1

Braucht die Praxis noch so ein gewaltiges Werk? Ohnehin sind schon 60 % aller rechtswissenschaftlichen Fachveröffentlichungen auf der Welt in deutscher Sprache geschrieben. Was ist an diesem Werk anders?

Die Verfasser begründen ihr Werk mit dem Bedürfnis der Praxis nach alternativer Darstellung des Rechtsgebiets. Diese alternative Darstellung sehen sie in der Aufgliederung des Buches in bestimmte Themenkreisen, die sie aufgrund ihrer langjährigen Praxis als Fachanwälte für Arbeitsrecht ausgewählt haben. Gegliedert ist das Buch in 12 Teile, nämlich in einen allgemeinen Überblick, in je einen Teil für die betriebsbedingte, die personenbedingte, die verhaltensbedingte, die treue- und sittenwidrige Kündigung, die Kündigung bei Anwendbarkeit des Mutterschutzprozesses/des Bundeserziehungsgeldgesetzes/des Kündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen/des Arbeitsplatzschutzgesetzes, den Kündigungsschutzprozess und sowohl die sozialversicherungsrechtlichen wie auch die steuerrechtlichen Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Wer zu einem dieser Themen ein Problem hat, kann also zielgerichtet nach der Lösung suchen. Er wird eine umfassende Erwägung mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung finden und sein Problem vertieft bearbeiten können. Die Einschränkung auf bestimmte Themen lässt allerdings auch einzelne Themen aus der Erörterung herausfallen, wie z. B. das Wiedereingliederungsverfahren für arbeitsunfähige Arbeitnehmer nach § 84 SGB IX, dessen Auswirkungen auf die

krankheitsbedingte Kündigung ja auch noch sehr umstritten ist. Ansonsten kann man sich auf das Werk verlassen und zwar auch hinsichtlich seiner Aktualität noch für eine längere Zeit, weil z. B. die Gesetzesänderungen zum § 147 a SGB III, die sich erst beginnend ab 1. Februar 2006 auswirken, ausdrücklich dargestellt sind.

Hilfreich sind auch die Praxistipps, die sich häufig zu bestimmten Problemstellungen finden, wie z. B. bei der steuerlichen Behandlung von Abfindungen. Hier schlägt sich die Praxiserfahrung der Autoren nieder, die die oft unzutreffenden Annahmen der Parteien über bestimmte rechtliche Verhältnisse kennen und den Leser dazu anhalten, auch ungefragt Missverständnisse auszuräumen.

Es handelt sich um ein in bester Hinsicht praxisorientiertes Buch, das zu den angesprochenen Themen erschöpfende Auskunft gibt.

Dr. Hans-Georg Meier
 Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Das arbeitsrechtliche Mandat

Hrsg. von RA Prof. Dr. Klaus Hümmerich; RA Dr. Matthias Spirolke

Deutscher Anwaltverlag, 3. Auflage 2005, 2232 Seiten, gebunden; 132,- Euro, ISBN 3-8240-0690-1

Dem am Arbeitsrecht interessierten Rechtsanwalt werden eine große Fülle von Fachbüchern und Kommentaren angeboten, die ihm bei Zweifelsfragen die Arbeit erleichtern sollen. Ein Buch aus dem DeutschenAnwaltVerlag mit dem Titel „Das arbeitsrechtliche Mandat“ weckt – im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten – besonders hohe Erwartungen in Hinblick auf seine Praxistauglichkeit. Hier sucht der Nutzer keine tiefgehenden theoretischen Abhandlungen, erhofft aber um so mehr schnelle Hilfe bei der Lösung praktischer Fälle. Das Verzeichnis der Autoren, die die beiden Herausgeber *Hümmerich* und *Spirolke* um sich geschart haben, verstärkt diese Erwartungen. Es weist ausschließlich Praktiker aus, Richter und Rechtsanwälte und – um die Bewertung vorweg zu nehmen – das Buch wird den Erwartungen in vollem Umfang gerecht. Eine logische Gliederung und ein sehr detailliertes Stichwortverzeichnis ebnet dem Leser den Weg zu der erhofften Problemlösung, die auch tatsächlich geboten wird. Zwei willkürlich herausgegriffene Beispiele: Dass die Rechtsanwaltskosten, die sich aus der Vertretung des Betriebsrats vor dem Arbeitsgericht ergeben, Kosten der Geschäftsführung des Betriebsrats i. S. d. § 40 Abs. 1 BetrVG sind, ist bekannt. Wie kann der Anwalt aber seine Bezahlung sicher stellen, wenn der Betriebsrat ihn mit der Begutachtung einer strittigen Rechtsfrage beauftragt? *Spirolke* gibt die klare Antwort: Vor Aufnahme der Tätigkeit muss eine Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber vorliegen, andernfalls sind die Kosten nicht erstattungsfähig. Plausibel und hilf-

reich – jedenfalls für den Anwalt, der nicht ausschließlich mit Arbeitsrecht befasst ist – sind die prozesstaktischen Vorschläge von *Boudon* und *Kallweit* zur Vorbereitung des Güetermins: Sind die Prozessaussichten nicht so günstig, biete es sich an, zunächst einmal den Güetermin nicht schriftsätzlich vorzubereiten und sich nur zu bestellen, um auf der Basis einer unsicheren Tatsachen- und Rechtslage eine möglichst günstige gütliche Einigung herbeizuführen.

Die dritte Auflage des *Hümmerich/Spirolke* ist auf dem neuesten Stand. Die Darstellung der Anwaltsgebühren geht demgemäß von dem RVG aus. Die Unterschiede zur alten BRAGO werden anschaulich deutlich gemacht. Eine Ungenauigkeit ist uns allerdings aufgefallen. Bei der Erörterung der Bestandsvertretung vor dem Integrationsamt erwähnt der Bearbeiter den früher auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit geltenden Regelstreitwert in Höhe von 4.000,00 Euro. Hier vermischen wir den Hinweis auf § 52 Abs. 2 GKG i.F.d. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes, durch den seit Juli 2004 für die

Verwaltungsgerichtsbarkeit der Auffangwert von 4.000,00 auf 5.000,00 Euro angehoben wurde.

Neu aufgenommen wurde das Tarif- und Arbeitskämpfrecht. Mit *Harald Schliemann* wurde für das Tarif- und Tarifvertragsrecht ein Mitautor gewonnen, dessen Sachkenntnis und Hintergrundwissen dem Leser weitestgehende Sicherheit für die Richtigkeit der Ausführungen und Überlegungen gibt. Dies gilt insbesondere für die Darstellung der Auslegungsgrundsätze für Inbezugnahmeklauseln. Die unter seinem Vorsitz vom 4. Senat entwickelte nicht immer gradlinige Rechtsprechung wird hier zu einem in sich schlüssigen System.

Das Werk von *Hümmerich* und *Spirolke* ist auf dem Markt der Praktikerhandbücher eine echte Bereicherung. Der Kauf ihres „Arbeitsrechtlichen Mandats“ kann ohne Einschränkung empfohlen werden.

Dr. Walter Hesse

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Abmahnung

- dienstliche Unterlagen – 332
- entbehrlich – 376, 384
- Entfernungsanspruch, konkrete Beeinträchtigung – 332
- Maßregelungsverbot – 328
- Warnfunktion, allgemein – 375

Abwicklungsvertrag

- (keine) Aufhebungswirkung – 361

AGB-Kontrolle

- Unklarheit – 333, 352

Änderungskündigung

- außerordentliche – 384
- Annahmefrist – 384
- Rücknahme – 426
- Vorrang der – 379

Annahmeverzug

- Gesundheitsrisiko – 338
- unzumutbare Annahme der Arbeitskraft – 338

Arbeitgeberhaftung

- Meldepflicht bei Arbeitsagentur – 369

Arbeitnehmer

- Verbraucher – 333

arbeitnehmerähnliche Person

- Begriffsbestimmung – 429

Arbeitnehmerhaftung

- gesamtschuldnerische – 350
- Haftungsfeststellungsklage – 422
- Vorgesetztingenehmigung – 422

Arbeitnehmerstatus

- Kommanditist – 362
- Statusänderungsfolgen – 335
- Zahnarzt – 334

Arbeitnehmerüberlassung

- Gestaltungsmißbrauch – 345
- unerlaubte – 380

Arbeitsgerichtsverfahren

- Kostenerstattung – siehe dort

Arbeitskampf

- Ausschlussklausel nach – 412

Arbeitsvermittlung, private

- Gebühren – 359

Arbeitsvertrag

- Konkretisierung – 357
- Ruhen – 341

Arbeitszeit

- Bestimmung der Lage durch den Arbeitgeber – 355

Aufhebungsvertrag

- Aufrechnung – 351
- Auslegung – 382

Auflösungsurteil

- Abfindungshöhe – 374
- Beschwer – 374

Aufrechnung

- Rechtsmissbrauch – 351

Aufsichtsrat

- Schulungsanspruch des Arbeitnehmervertreters – 388

Ausbildungsverhältnis

- außerordentliche Kündigung – 367
- tariflicher Übernahmeanspruch – 347
- Weiterbeschäftigung – 368
- Verlängerungsanspruch – 333

Auslegung

- des Arbeitsvertrages – 358
- Schadenersatzausschlussklausel – 412
- Tarifvertrag – 414

Aussetzung

- Kündigungsschutzverfahren – 418
- Verfahren – 419
- Vergütungsklage wegen eines Kündigungsschutzverfahrens – 419
- Weiterbeschäftigungsantrag – 377

BAT

- Ortszuschlag – 410, 413
- Übergangsgeld – 411, 416

Befristung

- des Arbeitsverhältnisses – siehe dort

Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Höchstgrenze nach HRG – 336
- Klagefrist – 345
- Prozessbeschäftigung – 370
- rückwirkende Rechtsänderung – 336
- Zweckbefristung, Unterrichtungspflicht – 370

Berufungsfrist

- Empfangsbekanntnis – 424

Beschwerde nach § 85 BetrVG

- Äußerungsfreiheit – 387

Betriebliche Altersversorgung

- Beihilfeanspruch – 337
- betriebliche Übung – 337
- Freitod – 354
- Unverfallbarkeit – 343

Betriebliche Übung

- Ablösende Betriebsvereinbarung – 340

- Aufhebung – 349
- Beihilfeanspruch – 337
- Betriebsrentner – 337
- Geschäftsgrundlage – 340, 349
- Betriebsänderung**
- Schwellenwert – 405
- Betriebsbedingte Kündigung**
- Erwerberkonzept – 364
- freier Arbeitsplatz – 379
- Sozialauswahl – 373
- unternehmerische Entscheidung – 363, 364
- Betriebsrat**
- Anhörung zur Kündigung – 366
- Betriebsratskosten – siehe dort
- Einblick in Lohn- und Gehaltslisten – 406
- Parteifähigkeit im Urteilsverfahren – 387
- Restmandat – 396, 398
- Sachmittel – siehe Betriebsratskosten
- Schulung – siehe Betriebsratsschulung
- Zuständigkeitsstreit GBR- 408
- Betriebsratskosten**
- Ausstattungsanspruch – 396
- Berater nach § 111 Abs. 1 S. 3 – 394
- Gutachten durch Rechtsanwalt – 404
- Sachverständiger – 391
- Betriebsratsmitglied**
- Abmeldepflicht – 395
- Ersatzbetriebsratsmitglied – siehe dort
- Interessenkollision – 407
- Verhinderung – 375
- Betriebsratsschulung**
- einstweilige Verfügung – 393
- Erforderlichkeit – 397
- Kostenvorschuss- 393
- Betriebsrentner**
- Beihilfeanspruch – 337
- Betriebsrisiko**
- ärztliche Bescheinigung – 338
- Betriebssteil**
- Verwaltung – 344
- Betriebsübergang**
- Betriebsteilübergang – 329, 344
- Erwerberkonzept – 364
- Informationspflicht – 339
- Rückkehrzusage – 402
- Weiterbeschäftigungsanspruch – 329
- Widerspruchsfrist – 339
- Betriebsvereinbarung**
- ablösende – 340
- Auslegung – 402
- Auslegungspflicht § 77 (2) S. 3 BetrVG – 401
- Rückkehrzusage – 402
- Beweis**
- Indizien – 341
- Bonus**
- gekündigte Arbeitnehmer – 346
- Darlegungs- und Beweislast**
- Indizien – 341
- Nachweisgesetz – 423
- Direktionsrecht**
- Arbeitszeit – 355, 357
- Konkretisierung der Tätigkeit – 357
- Eingruppierung**
- Irrtum – 415
- Rückgruppierung – 414, 415
- Zulagenstreichung – 414
- Einigungsgebühr**
- Kündigungsrücknahme – 443, 447
- Einigungsstelle**
- Vergütung des Beisitzers – 389
- Einstweilige Verfügung**
- Beschlussverfahren – 393, 408
- Schulungskosten – 393
- Videoüberwachung – 408
- Weiterbeschäftigungsanspruch – 368
- Elternzeit**
- Sonderkündigungsschutz – 385
- Empfangsbekanntnis**
- unrichtiges Datum – 424
- Ersatzbetriebsratsmitglied**
- Sonderkündigungsschutz – 375
- Feststellungsklage**
- Arbeitnehmerhaftung – 422
- Versetzung in den Stellenpool – 428
- Gemeinschaftsbetrieb**
- betriebsverfassungsrechtlich – 403
- Geschäftsführer**
- Abfindungsabrede – 358
- Gestaltungsmisbrauch**
- Arbeitnehmerüberlassung – 345
- Gleichbehandlung**
- Bonus – 346
- Gratifikation**
- Geschäftsgrundlage – 349
- Indizien** – 341
- Karenzentschädigung**
- Anrechnung von Überbrückungsgeld – 348
- Kostenfestsetzung**
- Beschwerdewert – 425
- Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren**
- Beschwerdeverfahren – 438
- krankheitsbedingte Kündigung**
- negative Prognose – 372, 383
- Suchterkrankung – 383
- Kündigung**
- Änderungskündigung – siehe dort
- siehe u. a. auch unter betriebsbedingte –, krankheitsbedingte –, verhaltensbedingte –, außerordentliche u. personenbedingte –
- Kündigungserklärung**
- Betriebsratsanhörung – 366
- Betriebsratsanhörung mit Mängeln beim Betriebsrat – 400
- Hinweispflicht des Arbeitgebers – 369
- Rücknahme – 426
- Treu und Glauben – 386
- Vertretungsabsicht – 381
- Kündigungsschutz, besonderer**
- Elternzeit – 385
- Schwerbehinderung – 360, 367
- Kündigungsschutzgesetz**
- Kleinbetriebsklausel – 362, 378
- Kündigungsschutzklage**
- allgemeiner Feststellungsantrag – 417
- Kündigungsschutzprozess**
- Nachschieben von Kündigungsgründen – 366
- Kurierfahrer**
- Vermittlungsgebühr – 359
- Massenentlassungsanzeige**
- GmbH als Verwaltungshelfer – 380
- Maßregelungsverbot**
- Abmahnung – 328
- Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**
- Eingruppierung bei Überleitungsvertrag – 399
- Einstellung – 390
- Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**
- Unternehmensethik – 392
- Videoüberwachung – 408
- Mutterschaftsgeld**
- Berechnung des Zuschusses – 342
- Mutterschutz**
- Beschäftigungsverbot und ärztliche Schweigepflicht – 353
- Nachteilsausgleich**
- Höhe – 380
- Nachweisgesetz**
- Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast – 423
- Normalvertrag Bühne**
- Nichtverlängerungsmitteilung – 371
- Ortszuschlag**
- häusliche Verbindung – 410
- Tarifumstellung – 413
- Personalrat**
- Mitbestimmung bei Überstunden – 409
- Prozessführungsbefugnis**
- Beschwerdeverfahren – 438
- Prozesskostenhilfe**
- Allgemeiner Feststellungsantrag – 431
- Einigungsgebühr – 444
- mutwillige Rechtsverfolgung – 426, 431, 433
- Weiterbeschäftigungsantrag – 433
- zumutbarer Vermögensersatz – 434
- Rechtsmissbrauch**
- Aufrechnung – 351
- Gestaltungsmisbrauch – 345
- Nichtverlängerungsmitteilung – 371
- Rechtsmittelbelehrung**
- fehlerhafte – 425
- Rechtsweg**
- Wahlfeststellung – 429
- Widerklage – 432
- Rückwirkung**
- Gesetzesänderung – 336
- Sachurteilsvoraussetzung**
- Prüfungsreihenfolge – 430
- Schwerbehinderte**
- Nachweispflicht – 360, 367
- Wiedereingliederungsanspruch – 356

Sonderzuwendung

Anspruchsvoraussetzung – 330

Sozialauswahl

Unkündbarkeit, vertragliche – 373

StellenpoolG Berlin – 428

Streitwert

Änderungskündigungsschutzklage – 441

Beschlussverfahren – siehe dort

doppelte Antragstellung – 440

Eingruppierungsfeststellungsklage – 442

Kündigungsschutzverfahren – siehe dort

Nachteilsausgleich – 435, 436

Streitwert im Beschlussverfahren

Allgemeine Bewertungsgrundsätze – 437

Beseitigung Videoanlage – 437, 446

Streitwert im Kündigungsschutzverfahren

Änderungskündigung – 441

Berechnung des Vierteljahreseinkommens – 439

mehrere Kündigungen – 445

uneigentlicher Hilfsantrag – 433, 435, 436

variable Vergütungsbestandteile – 437

Vergütungsklage neben Kündigungsschutzklage als Hilfsantrag – 435, 436

Tarifvertrag

Auslegung – 414

Auslegungspflicht nach § 8 TVG – 401

Terminsgebühr

nicht anhängige Ansprüche – 444

Prozesskostenhilfe – 444

Treu und Glauben

Kündigung – 386

Übergangsgeld

BAT – 411, 416

Urteilsberichtigung

Zulässigkeit – 421

Verbraucherbegriff

Arbeitnehmer – 333

Verfassungsbeschwerde

Gegenvorstellung – 448

Willkürverbot – 421

Vergütungsanspruch

Fälligkeit – 331

Freiwilligkeitsvorbehalt – 337, 346

Vergütungshöhe

nach erfolgreichem Statusprozess – 335

Verhaltensbedingte Kündigung

Abmahnung entbehrlich bei schwerwiegendem Verstoß – 376, 384

Gesundheitsgefährdung – 376

Konkurrenzfähigkeit – 365

Vertrauensschutz

rückwirkende Rechtsänderung – 336

Verwirkung

sonstige Rechte – 329

Verzug

Verschulden – 333

vorläufige Vollstreckbarkeit

Ausschlussentscheidung – 427

Wahlfeststellung

Rechtswegbestimmung – 429

Wegfall der Geschäftsgrundlage

Anpassung – 340

betriebliche Übung – 340, 349

Statusänderung – 335

Weihnachtsgeld

Anspruchsvoraussetzung – 330

Weiterbeschäftigungsanspruch

Ausbildungsverhältnis – 333, 368

einstweilige Verfügung – 368

Verwirkung – 329

Weiterbeschäftigungsanspruch

Aussetzung – 377

Wettbewerbsverbot

Karenzentschädigung- siehe dort

Wiedereinsetzung

Anwaltsverschulden – 417

Zugang

Empfangsbekanntnis – 424

Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Prüfung sonstiger Sachurteilsvoraussetzungen – 430

Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte

Zwangsvollstreckung – 420

Zwangsvollstreckung

Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit – 427

Hinterlegung – 420

internationale Zuständigkeit – 420

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

E-Mail: m.bendel@advocati.de

Redakteur:

Rechtsanwalt Roland Gross

Christianstr. 27

04105 Leipzig

Telefon (0341) 984 62-0

Fax (0341) 984 62-24

E-Mail: leipzig@advo-gross.de;

www.advo-gross.de

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im 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

Maarweg 48

53123 Bonn

Telefon: (0228) 9 78 98-10

Telefax: (0228) 9 78 98-20

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 sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.