

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

die ersten arbeitsrechtlichen Konturen des Jahres 2006 sind inzwischen erkennbar. Wie durchgreifend sie unsere Praxis beeinflussen, wird sich indessen erst in den nächsten Jahren herausstellen.

Von sofortiger Schlagkraft werden zwei Entscheidungen ausgerechnet nicht der Arbeitsgerichtsbarkeit sondern des Bundesgerichtshofes sein. Zum einen hat sich der BGH zu der Frage geäußert, ob mit dem Abschluss eines schriftlichen Vergleiches nach § 278 Abs. 6 ZPO stets die Terminsgebühr anfällt. Der Bundesgerichtshof hat sich für diese Auffassung entschieden, die dem Wortlaut des Gesetzes und der ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers entspricht. Mit dem Ziel der Entlastung der Justiz sollte ein Anreiz geschaffen werden, Vergleiche im schriftlichen Verfahren zu schließen. Diese erklärte Absicht steht diametral dem Ziel der Rechtsauffassung einiger Instanzgerichte entgegen, die es sich zur hehren Aufgabe gemacht haben, zugunsten des Publikums das Gebührenaufkommen der Anwaltschaft zu schmälern. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist in diesem Heft abgedruckt unter Nr. 121, abweichende Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte Berlin und Rheinland-Pfalz unter der Nummer 120.

Es bleibt abzuwarten, ob die Arbeitsgerichtsbarkeit dem BGH folgt oder im Hinblick auf die weitgehende Unanfechtbarkeit ihrer Entscheidungen ihr „eigenes Süppchen“ kochen wird.

Nicht zu erwarten ist eine solche Zersplitterung der Rechtsprechung hinsichtlich einer anderen Entscheidung des Bundesgerichtshofes betreffend die Deckungspflicht von Rechtsschutzversicherern. Der BGH hat die Versicherer verpflichtet, auch die Kosten zu decken, die durch die vergleichsweise Mitregelung von Gegenständen entstehen, die noch nicht rechtshängig waren, vielleicht sogar noch nicht einmal streitig sind bis zum Abschluss des Vergleiches. Zu Recht hat der BGH festgehalten, dass Vergleiche über den Klagegegenstand oft nur zu vereinbaren sind, wenn zugleich Regelungen zu anderen Gegenständen getroffen werden, die mit der „Hauptsache“ meist im sachlichen Zusammenhang stehen. Diese Mitregelung anderer Gegenstände mit dem Ziel, den Prozessgegenstand zu erledigen, kann nicht zu Lasten der mitwirkenden Anwälte gehen. Bisher sind sie gebührenrechtlich jedoch oft zwischen ihren Mandanten und der Rechtsschutzversicherung zerrieben worden: Die Rechtsschutzversicherung lehnte die Deckung ab, den Mandanten konnte oder wollte man nicht persönlich in Anspruch nehmen, zumal die Führung eines Deckungsprozesses gegenüber dem bisher bestehenden Prozessrisiko und den zu erzielenden Einnahmen oft nicht wirtschaftlich war. Die Entscheidung hilft damit nicht nur den Mandanten, sondern auch den Anwälten.

Eine böse Überraschung des Klägers war Gegenstand der in diesem Heft unter Nr. 37 aufgeführten Entscheidung. Ein Arbeitnehmer hatte sich unter Ausnutzung der geschäftlichen Kontakte seines Arbeitgebers bei einer Warenbestellung einen Rabatt beschafft. Als der Arbeitgeber davon erfuhr, bewertete er diesen Vorgang als vermögenswerten Vorteil und versteuerte den Rabatt im Rahmen der Lohnsteuer. Der Arbeitnehmer scheiterte mit seiner Klage auf höhere Nettoauszahlung. Das Arbeitsgericht, das sich durchaus für sachlich zuständig befand, verwies den Kläger auf den von ihm durchzuführenden Lohnsteuerjahresausgleich.

Wenn Sie durch das Inhaltsverzeichnis der hier abgedruckten 121 Entscheidungen gehen, werden Sie verstehen, warum Herausgeber und Redaktion auch diesmal wieder hoffnungsfroh sind bei dem Motto:

Mögen sie nützen!

Berlin, im März 2006

Ihr  
Dr. Hans-Georg Meier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



## Inhalt:

### **Aufsätze/Beiträge**

*Dr. Dieter Straub/Dr. Martin Triemel*

Herausgabepflicht bei Schmiergeldzahlungen an den Geschäftsführer

*Marko Heimann*

Anspruch des rechtsschutzversicherten Arbeitnehmers auf Versicherungsschutz für außergerichtliche Tätigkeit seines Rechtsanwalts im Kündigungsschutzverfahren

Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

### **Entscheidungen**

Allgemeines Vertragsrecht

Kündigungsschutzrecht

Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht

Tarifrecht

Sonstiges

Streitwert und Gebühren

### **Rezensionen**

Centel: Arbeitsrecht in der Türkei

Hanau/Arteaga/Rieble/Veit: Entgeltumwandlung

Grau: Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang

Beyer/Papenheim: Arbeitsrecht der Caritas, Praxiskommentar

Deutscher Caritasverband: Richtlinien für Arbeitsverträge

Frey u.a.: MAVO, Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung

## 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. Lodzik Müller-Wiechards Schaefer Schmalenberg, Dr. Schmitt Schramm Sparla Weber	Dietmar Ulrich Friedhelm Kurt-Jörg Nikolaus Christian Michael Wolfram Rolf Werner Jürgen Joachim Franz Axel	Wiehl Mainz Marburg Neustadt i. Holst. Oberursel Berlin Darmstadt Lübeck Hannover Bremen Stuttgart Lübbecke Aachen Frankfurt/M.
---	--	--

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Behrens Böse Crämer Dribusch Eckert, Dr. Fischer Gehrmann Geus Gosda Gravenhorst, Dr. Grimm, Dr. Hennige, Dr. Heinemann Herbert, Dr. Hertwig, Dr. Kern Krutzki Kunzmann, Dr. Matissek Matyssek Meier, Dr. Müller-Knapp Peter Pouyadou, Dr. Preßer Pütter, Dr. Richter Richter, Dr. Rütte Schäder Dr. Schäfer Schipp, Dr. Schulz Seidemann, Dr. Straub, Dr. Theissen-Graf Schweinitz Thiele Thieme Zahn Zirnbauer	Walter Rainer Eckart Bernhard Helmut Ulrich Dietrich Franz Ralf Wulf Detlev Susanne Bernd Ulrich Volker Jan H. Gottfried Walter Reinhard Rüdiger Hans-Georg Klaus Michael Richard M. Wolfgang Albrecht Klaus Hanns-Uwe Klemens Gerhard Dieter Johannes Georg R. Gisbert Dieter Ingo Volker Hans Thomas Ulrich	Hamburg Essen Dortmund Detmold Offenbach Frankfurt/Main Aachen Schweinfurt Ahlen Düsseldorf Köln Gütersloh St. Augustin Coburg Bremen Hamburg Frankfurt a.M. Euskirchen Kaiserslautern Ratingen Berlin Hamburg Bad Honnef Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg Hamm München Essen Gütersloh München Berlin München Hagen Düren Frankfurt/M. Berlin Nürnberg
---	--	--

# Herausgabepflicht bei Schmiergeldzahlungen an den Geschäftsführer

– besondere prozessuale Probleme bei der Geltendmachung –

Rechtsanwälte Dr. Dieter Straub und Dr. Martin Triemel, München\*

Gleichzeitig eine Besprechung der Beschlüsse des Arbeitsgerichts München vom 18.10.2005, Az: 35 Ca 16449/04 sowie des Arbeitsgerichts Passau vom 30.12.2005, Az: 4 e Ca 1367/05 E

In der betrieblichen Praxis ist die Problematik bekannt, dass vereinzelt Geschäftsführer oder (leitende) Angestellte in einflussreicher Position im Unternehmen geldwerte Zuwendungen von Auftragnehmern oder sonstigen Dritten erhalten; letztere sichern sich dadurch beispielsweise stetige Auftragserteilung oder bevorzugte Behandlung vor Konkurrenzanbietern. In diesen Fällen wird das Dienst-/Arbeitsverhältnis regelmäßig mittels (außerordentlicher, fristloser) Arbeitgeberkündigung beendet. Daneben stellt sich für den Arbeitgeber vielfach die Frage, ob er vom Geschäftsführer/Arbeitnehmer Herausgabe der erlangten Drittzuwendungen (= „Schmiergelder“) verlangen kann. Der nachfolgende Aufsatz beschäftigt sich in diesem Kontext mit einer besonderen Fallkonstellation und weist auf prozessuale Risiken hin.

## I. Sachverhalt

Der Kläger war aufgrund schriftlichen Dienstvertrages zum Vertriebsleiter (leitender Angestellter) der Beklagten (Sitz München) bestellt. Gleichzeitig wurde im Dienstvertrag u. a. bestimmt, dass er die Geschäftsleitung in einem 100-prozentigen Tochterunternehmen der Beklagten, einer GmbH mit Sitz in Österreich, übernimmt. Letztere bestellte ihn dann auch ordnungsgemäß zu ihrem Geschäftsführer. Nach mehrjähriger Tätigkeit erfuhr die Beklagte zufällig, dass der Kläger in größerem Umfang Schmiergelder von einem Auftragnehmer der Tochtergesellschaft empfangen haben sollte, damit der Kläger die Drittfirma bei der Auftragsvergabe gezielt bevorzuge. Dem Kläger, der bereits zuvor aus anderen Gründen von der Tochtergesellschaft als Geschäftsführer abberufen und von seiner Tätigkeitspflicht freigestellt worden war, kündigte die Beklagte außerordentlich aufgrund (des Verdachts) der Annahme von Schmiergeldern. Der Kläger erhob dagegen Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht am Sitz der Beklagten. In diesem Rechtsstreit erhob die Beklagte schließlich Widerklage, mittels der sie die Herausgabe eines sechsstelligen Eurobetrages verlangte, den der Kläger als Schmiergeldzahlung erhalten haben sollte. In prozessualer Hinsicht berief sie sich auf eine dahingehend von der Tochtergesellschaft erteilte Ermächtigung zur Forderungseinziehung und Prozessführung im Wege gewillkürter Prozessstandschaft. Das Arbeitsgericht München erklärte sich bezüglich der Widerklage für örtlich unzuständig und verwies den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Passau (Gerichtsstand

Widerbeklagtenwohnsitz, § 13 ZPO). Letzteres judizierte seine sachliche Unzuständigkeit und verwies an das Landgericht Landshut. Eine Entscheidung in materieller Hinsicht über Kündigung und Widerklage steht noch aus.

## II. Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien

Die Arbeitsgerichte München und Passau gingen übereinstimmend davon aus, dass sowohl ein arbeitsvertragliches Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten, als auch ein eigenständiger Dienstvertrag zwischen dem Kläger und der Tochtergesellschaft bestehe, von der Organstellung abgesehen.

Die Verfasser vertreten hingegen die Rechtsansicht, dass hier lediglich von einem Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten auszugehen ist. Zwar wird regelmäßig zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft ein Dienstvertrag abgeschlossen. Eine Ausnahme davon muss aber in der Konstellation der sog. „Drittanstellung“ gemacht werden.<sup>1</sup> Dabei wird der Geschäftsführer von einer anderen Institution, im Konzernbereich vielfach vom herrschenden Unternehmen, angestellt bzw. neben der vertraglichen Arbeitsleistung für das herrschende Unternehmen gleichzeitig zur Geschäftsführertätigkeit bei einem Tochterunternehmen verpflichtet. Es muss nämlich unterschieden werden zwischen dem Organisationsakt der Bestellung zum Geschäftsführer und dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis. Letzteres muss gerade nicht notwendig mit der Gesellschaft geschlossen sein, zu der die Organschaft infolge gesellschaftsrechtlichen Bestellsaktes besteht.<sup>2</sup> Organpflichten existieren lediglich gegenüber der Tochtergesellschaft, das Weisungsrecht des Arbeitgeberunternehmens gilt nicht für die Geschäftsführertä-

\* Rechtsanwalt Dr. Dieter Straub ist Partner und Dr. Martin Triemel angestellter Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle, München.

1 Vgl. dazu Baumbach/Hueck, GmbHG, 2006, § 35 Rn 165, 175.

2 Zum Ganzen siehe auch die Ausführungen des BAG in einem Fall mit paralleler Vertragssituation, BAG, Beschl. v. 20.10.1995, Az: 5 AZB 5/95 = AP Nr. 36 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 1996, 200.

tigkeit und die Arbeitspflicht wird bei Geschäftsführertätigkeit (zeitweise) suspendiert.

### III. Materielle Anspruchsgrundlagen

Nach deutschem Recht kommen insbesondere zwei Anspruchsgrundlagen für eine Herausgabeverpflichtung bezüglich erlangten Schmiergeldes in Betracht: entweder ein Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung gem. §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB<sup>3</sup> oder ein Anspruch aus §§ 675, 667 BGB bzw. § 667 BGB analog<sup>4</sup>. Der Streitstand ist i. d. R. von geringer praktischer Relevanz, da sich die Rechtsfolge jeweils aus § 667 BGB ergibt. Bedeutsam ist der Umstand, dass der Arbeitgeber bei derartigen Herausgabeanträgen gerade keinen Eigenschaden darzulegen hat, den er bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, z. B. nach §§ 280; 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 266 StGB; 826 BGB vorzutragen hätte.

Erwähnt sei, dass im hiesigen Fall aufgrund der Auslandsberührung eventuell österreichisches Recht zur Anwendung kommt – zumindest wenn man von den §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB und damit einem gesetzlichen Anspruch aus GoA ausgeht; denn ein vertraglicher Herausgabeantrag aus §§ 675, 667 BGB (analog) scheint mangels bestehenden schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Tochtergesellschaft nur schwer begründbar.<sup>5</sup> Ebenso verweist das Gesellschaftsstatut auf österreichisches Recht. Auf die konkreten österreichischen Normen soll an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen werden.<sup>6</sup>

### IV. Prozessuale Fragen

#### 1. Widerklage

Die Widerklage ist eine echte Klage besonderer Art und prozessualer Gegenangriff. Sie muss beim sachlich und örtlich zuständigen Gericht eingelegt werden, die allgemeinen Prozessvoraussetzungen müssen grundsätzlich vorliegen. Ein besonderer Sachzusammenhang zwischen Klage und Widerklage ist prozessual dagegen nicht erforderlich.<sup>7</sup> Er gilt nur für den besonderen Gerichtsstand der Widerklage, § 33 ZPO. Die Widerklage wurde prozessual zulässig vom Beklagten der Vorklage gegen den Kläger der Vorklage erhoben (formeller Parteibegriff). Die Lösung der Frage der Rechtswegzuständigkeit (unter IV. 3. a) richtet sich also prinzipiell danach, ob das Arbeitsgericht für eine dahingehende Klage durch die Beklagte sachlich zuständig wäre.

#### 2. Einziehungsermächtigung und gewillkürte Prozessstandschaft

Die beklagte Arbeitgeberin hat den Herausgabeantrag der Tochtergesellschaft aufgrund Einziehungsermächtigung im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geltend gemacht. Betroffen war lediglich die Prozessführungsbefugnis. Gefordert werden konnte Leistung an die Beklagte – nicht etwa an den Rechtsinhaber (Tochtergesellschaft). Die aktive Prozessstandschaft<sup>8</sup> war vorliegend statthaft, da die durch den Rechtsinhaber (Tochtergesellschaft) ermächtigte Beklagte ein schutzwürdiges rechtliches Eigeninteresse an der Prozessführung hatte. Dieses gründet insbesondere auf der 100-prozentigen Inhaberschaft der Beklagten an den Gesellschaftsanteilen der Tochtergesellschaft.<sup>9</sup> Alternativ hätte die Tochtergesellschaft den Herausgabeantrag auch an die Muttergesellschaft abtreten können. Dann wäre die Beklagte als Rechtsinhaber aktiv legitimiert gewesen und ohne weiteres befugt, das Recht in eigenem Namen geltend zu machen. So bleibt die Tochtergesellschaft dagegen Rechtsinhaberin.

<sup>3</sup> Vgl. bereits BAG, Urt. v. 14.07.1961, Az: 1 AZR 288/60 = NJW 1961, 2036; Sächsisches LAG, Urt. v. 19.09.1995, Az: 5 Sa 322/95; LAG Köln, Urt. v. 01.09.1998, Az: 13 (11) Sa 754/97; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.11.2000, Az: 10 A 10513/00. Lässt sich der Arbeitnehmer Schmiergelder versprechen bzw. empfängt er sie, so habe er damit die von ihm zu besorgenden Geschäfte des Arbeitgebers teilweise wie eigene Geschäfte behandelt.

<sup>4</sup> Etwa Ehmann, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 687 Rn 24 m. w. N.; wohl auch BGH, Urt. v. 07.01.1963, VII ZR 149/61 = NJW 1963, 649; LG Bonn, Urt. v. 05.08.2003, Az: 15 O 75/03 = NJW-RR 2003, 1502.

<sup>5</sup> Das bei vertraglichen Schuldverhältnissen anwendbare Europäische Vertragsstatutübereinkommen (EVÜ, vom 19.06.1980) dürfte hier nicht einschlägig sein. Art. 39 Abs. 1 EGBGB verweist auf das Recht des Staates, in dem das Geschäft vorgenommen wurde, also Österreich. Die Anwendbarkeit deutschen Rechts könnte sich lediglich über Art. 41 EGBGB ergeben, aufgrund wesentlich engerer Verbindung mit dem deutschen Recht.

<sup>6</sup> In Betracht zu ziehen wären ggf. §§ 1009, 1013 ABGB bzw. die Vorschriften der österreichischen GoA oder § 13 AngG.

<sup>7</sup> Vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 33 Rn 1, 7, 12 ff.

<sup>8</sup> Zu den Voraussetzungen vgl. etwa Zöller/Vollkommer, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 50 Rn 42 ff.

<sup>9</sup> Vgl. weiterführend hierzu auch BGH, Urt. v. 13.10.1994, Az: I ZR 99/92 = NJW-RR 1995, 358; BGH, Urt. v. 02.06.1986, Az: II ZR 300/85 = NJW-RR 1987, 57.



### 3. Zuständiges Gericht für die Herausgabe(wider)klage

Bei Zweifeln hinsichtlich der Rechtswegzuständigkeit sowie der örtlichen Zuständigkeit hat das Gericht zunächst über die Frage des zulässigen Rechtsweges zu entscheiden.<sup>10</sup>

#### a) Rechtswegzuständigkeit

##### aa) § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG

Die Rechtswegzuständigkeit wird begründet, sofern eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber „aus dem Arbeitsverhältnis“ vorliegt. Die Streitigkeit über die Herausgabeverpflichtung müsste damit dem Arbeitsverhältnis entspringen, das zwischen Kläger und Beklagter besteht/bestand. Die Regelung erfasst alle wechselseitigen Ansprüche, die von den Arbeitsvertragsparteien im Hinblick auf die Beschäftigung aus dem Arbeitsvertrag geltend gemacht werden. Im konkreten Fall hat der Kläger nach unkorrekter Ausübung seiner Geschäftsführerfunktion seinem Geschäftsherrn das rechtswidrig erlangte Schmiergeld herauszugeben. Geschäftsherr ist allerdings die Tochtergesellschaft und nicht die Beklagte; der Herausgabeanpruch steht originär der Tochtergesellschaft zu, da der Kläger für sie im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe handelte, weshalb auch die Beklagte den Anspruch nach eigenem Vortrag aufgrund erteilter Einzugsermächtigung im Wege gewillkürter Prozessstandschaft durchzusetzen gedachte. § 2 Abs. 1 Nr. 3 a ArbGG begründet hier nicht die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

##### bb) § 2 Abs. 1 Nr. 3d ArbGG

Die Norm ordnet die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte an, sofern eine Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus unerlaubten Handlungen vorliegt, soweit diese mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehen. Der Begriff der unerlaubten Handlung verweist auf die §§ 823 ff. BGB, ist darüber hinaus aber weit auszulegen und erfasst etwa auch Fälle der Gefährdungshaftung.<sup>11</sup> Die unerlaubte Handlung muss jedoch entweder vom Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber oder umgekehrt begangen worden sein.<sup>12</sup> Daran fehlt es hier. Es lag zwar ggf. eine unerlaubte Handlung des Klägers gegenüber der Tochtergesellschaft vor, nicht jedoch gegenüber der Beklagten. Auch stützte die Beklagte den Anspruch nicht auf das Recht der unerlaubten Handlung.<sup>13</sup> Eine bloße Vertragsverletzung gegenüber der Beklagten reicht nicht aus. Eine Rechtswegzuständigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 d ArbGG scheidet aus.

##### cc) § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG und § 2 Abs. 3 ArbGG

Beide Vorschriften haben gemein, dass in Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche auf einen „rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang“ abgestellt wird. Im Falle des § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG muss dieser Zusammen-

hang „mit dem Arbeitsverhältnis“ bestehen, dann begründet die Norm die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für diese bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. § 2 Abs. 3 ArbGG wurde insofern weiter gefasst, als der erwähnte Zusammenhang bzgl. des Anspruchs nur mit „einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ der in § 2 Abs. 1 und 2 ArbGG bezeichneten Art bestehen muss. § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG ist demnach die speziellere Vorschrift und begründet darüber hinaus die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, während § 2 Abs. 3 ArbGG nur eine fakultative Zuständigkeit eröffnet. § 2 Abs. 3 ArbGG ist in seinen tatbestandlichen Anforderungen weiter gefasst; so können sich auch Dritte, die nicht Arbeitgeber oder Arbeitnehmer (bzw. Hinterbliebener, vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG) sind, auf die Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte berufen. Sog. „Zusammenhangsklagen“ dürfen z. B. erhoben werden bei Klagen auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung gegen Mittäter, die weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer sind.<sup>14</sup>

Der rechtliche Zusammenhang ist gegeben, wenn der Anspruch auf dem Arbeitsverhältnis beruht oder durch dieses bedingt ist bzw. wenn Haupt- und Zusammenhangsklage auf demselben Rechtsverhältnis beruhen oder sich aufgrund desselben Rechtsverhältnisses gegenseitig bedingen.<sup>15</sup> Ein rein tatsächlicher Zusammenhang oder ein gemeinsamer tatsächlicher Lebenssachverhalt soll dagegen nicht genügen. Der wirtschaftliche Zusammenhang muss ein unmittelbarer sein. Bzgl. § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG besteht der geforderte unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang, sofern der Anspruch seine Grundlage in dem Austauschverhältnis von Arbeit und Entgelt hat. Für Abs. 3 reicht aus, dass Haupt- und Zusammenhangsklage auf demselben wirtschaftlichen Verhältnis beruhen oder wirtschaftliche Folgen desselben Tatbestandes sind; notwendig ist aber ein enger innerer Zusammenhang gemeinsamer wirtschaftlicher Zweckbestimmung und nicht lediglich zufälliger Verbindung.

<sup>10</sup> Str., für die vorrangige Prüfung der Rechtswegzuständigkeit Germelmann, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge (G/M/P/M), ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 48 Rn 12; a. A. ArbG München, Beschl. v. 18.10.2005, Az: 35 Ca 16449/04 (zuerst örtliche Zuständigkeit).

<sup>11</sup> GK-Wenzel, ArbGG, 45. Ergänzungslieferung, 2005, § 2 Rn 136.

<sup>12</sup> Matthes, in: G/M/P/M, ArbGG, § 2 Rn 74.

<sup>13</sup> So die Begründung des ArbG Passau, Beschl. v. 30.12.2005, Az: 4 e Ca 1367/05 E, da der Anspruch aus Auftragsrecht bzw. angemaßter Eigengeschäftsführung hergeleitet wurde.

<sup>14</sup> Siehe Matthes, in: G/M/P/M, ArbGG, § 2 Rn 120 mit weiteren Beispielen.

<sup>15</sup> Vgl. GK-Wenzel, ArbGG, § 2 Rn 152 u. 214, jeweils mit Beispielen.

Die reinen Definitionen bleiben indes konturenlos. Hilfreicher ist eine Besinnung auf Sinn und Zweck der Normierung. Der „Zusammenhang“ ist nämlich im Interesse der Prozessökonomie grundsätzlich weit auszulegen.<sup>16</sup> Beachtung finden sollte auch eine weitere Erwägung. Hätte die Tochtergesellschaft den Herausgabeanspruch selbst geltend gemacht, wären die ordentlichen Gerichte sachlich zuständig, da es um Fragen aus der Geschäftsführung bzw. Geschäftsführertätigkeit ging. Allein durch die gewährte Einziehungsermächtigung nebst gewillkürter Prozessstandschaft nunmehr über § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG zur ausschließlichen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zu gelangen, wäre ein überraschendes Ergebnis. Darum kann nach rechtsfolgenbezogener Analyse nicht von einer derartigen Zuständigkeitsbegründung ausgegangen werden. Der bloße Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 4 a ArbGG steht einem dahingehenden Verständnis jedoch nicht unbedingt entgegen – vorbehaltlich einer restriktiven Interpretation des rechtlichen bzw. unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhangs.

Diese Problematik wird vermieden, indem man die fakultative Rechtswegzuständigkeit des § 2 Abs. 3 ArbGG gewährt. Hier können auch Drittsprüche geltend gemacht werden, von Dritten und gegen Dritte, solange der rechtliche oder unmittelbar wirtschaftliche Zusammenhang mit dem arbeitsrechtlichen Rechtsstreit besteht. Nach Auffassung der Verfasser wird der rechtliche Zusammenhang zwischen Widerklageforderung und Klageanspruch durch das einheitliche Arbeitsverhältnis geschaffen. Es bildet gleichsam die Grundlage für den Kündigungsrechtsstreit, wie auch die Herausgabeforderung. Der Kläger verstieß durch Schmiergeldannahme auch gegen arbeitsvertragliche Pflichten gegenüber der Beklagten, was letztlich mit der Kündigung geahndet wurde. Dieselbe Pflichtverletzung ist Grundlage des Herausgabeverlangens, auch wenn dieser Anspruch originär der Tochtergesellschaft zusteht. Der Herausgabeanspruch ist durch das Arbeitsverhältnis bedingt, das die causa i. w. S. für die Betätigung des Klägers bei der Tochtergesellschaft bildet.

Nachdem die Beklagte als Konzernmuttergesellschaft 100 % der Gesellschaftsanteile der Tochtergesellschaft hält, kann nach Ansicht der Verfasser zumindest der unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang bejaht werden, da sich Zahlungsansprüche der Tochtergesellschaft wirtschaftlich unmittelbar auch bei der Beklagten auswirken. Damit dürfte die Rechtswegzuständigkeit zu den Arbeitsgerichten bzgl. der Widerklage zumindest über § 2 Abs. 3 ArbGG zu bejahen sein.

## b) Örtliche Zuständigkeit

### aa) § 13 ZPO

Die Widerklage wurde nicht am allgemeinen Gerichtsstand (Wohnsitz) des Klägers erhoben. Dieser ist vielmehr im Arbeitsgerichtsbezirk Passau belegen. Mit § 13 ZPO kann die

örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts München deshalb nicht begründet werden.

### bb) § 29 ZPO

Die Vorschrift gewährt den gerade bei Arbeits-/Dienstverhältnissen bedeutsamen besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Kann der Erfüllungsort materiell gem. § 269 BGB von den Vertragsparteien wirksam vereinbart werden, so scheidet dies in prozessualer Hinsicht regelmäßig an § 29 Abs. 2 ZPO, da nur Kaufleute eine derartige Gerichtsstandsvereinbarung treffen dürfen. Darum ist zunächst prozessual von keiner Relevanz, dass die Parteien vertraglich vereinbart hatten, dass der Wohnsitz des Klägers gleichzeitig Dienstsitz sei.<sup>17</sup> Der Erfüllungsort i. S. d. § 29 ZPO war daher nach den Umständen sowie der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen. Als einheitlicher Erfüllungsort kommen folglich der Sitz der Beklagten, der Sitz der Tochtergesellschaft oder der Wohnsitz des Klägers in Frage.

Insbesondere das BAG geht im Hinblick auf den Gerichtsstand des § 29 ZPO bei Arbeitsverhältnissen in der Regel von einem einheitlichen gemeinsamen Erfüllungsort aus. Dies sei der Ort, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu erbringen habe. Bei Außendienstmitarbeitern sei dessen Wohnsitz gemeinsamer Erfüllungsort, wenn er von dort aus seine Reisetätigkeit beginne.<sup>18</sup> Unverkennbar haftet dieser Auffassung eine soziale Arbeitnehmerschutzkomponente an. Nach Einschätzung der Verfasser ist die Stellung des Klägers mit der eines Außendienstmitarbeiters vergleichbar. Auch der Kläger hat an wechselnden Einsatzorten seine Arbeitsleistung zu erbringen. Er kehrt zum Mutter- und Tochterbetrieb zurück, wenn er in den jeweiligen Vertriebsgebieten seine Reisetätigkeiten erbracht hat. Deshalb wäre nach dieser Auffassung von der örtlichen Unzuständigkeit des Arbeitsgerichtes München auszugehen.

Eine abweichende Beurteilung kann sich lediglich mittels Einordnung nach der sog. Schwerpunkttheorie<sup>19</sup> ergeben. Sie misst auch dem Ort des Vertragsschlusses, der Lage der zentralen betrieblichen Organisation usw. Bedeutung zu. Allerdings dürfte vorliegend auch hiernach der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes nur schwerlich begründbar

<sup>16</sup> Siehe GK-Wenzel, ArbGG, § 2 Rn 148; Matthes, in: G/M/P/M, ArbGG, § 2 Rn 119.

<sup>17</sup> Das ArbG München, Beschl. v. 18.10.2005, Az: 35 Ca 16449/04, verneinte den Gerichtsstand des Erfüllungsortes dagegen mit dem Hinweis auf die Dienstsitzvereinbarung der Parteien.

<sup>18</sup> Vgl. etwa BAG, 23.10.1996, 5 AS 6/96 m. w. N.; LAG Baden-Württemberg, 16.02.2005, 3 AR 4/05 m. w. N.; Vgl. zum Ganzen auch Müller, BB 2002, 1094 ff.

<sup>19</sup> Darstellung bei Müller, BB 2002, 1094, 1095 ff.



sein, da die Arbeitsleistungen für die Beklagte und die Geschäftsführertätigkeit für die Tochtergesellschaft keine zuverlässige Schwerpunktbildung zulassen.

### cc) § 33 ZPO

Die Norm enthält den besonderen Gerichtsstand der Widerklage. Soweit der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht, ist das Gericht auch für die Widerklage örtlich zuständig. Im Gegensatz zu den obigen Regelungen zur Rechtswegzuständigkeit greift § 33 ZPO lediglich bei bestehendem rechtlichem Zusammenhang zwischen Klageanspruch und Gegenanspruch ein. Ein rein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang genügt als solcher nicht. Der rechtliche Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch ist gegeben, wenn beide Ansprüche als Rechtsfolge aus demselben Tatbestand abgeleitet werden.<sup>20</sup> Gerade weil der Zusammenhang zwischen beiden Ansprüchen an sich gefordert wird, sind die Voraussetzungen des § 33 ZPO nach Ansicht der Verfasser enger auszulegen, als bei § 2 Abs. 1 Nr. 4a, Abs. 3 ArbGG. Der Anknüpfungspunkt ist unterschiedlich und ein Gleichlauf der Norminterpretation darum nicht notwendig angezeigt. Dennoch bejahen die Verfasser in der hiesigen beson-

deren Fallkonstellation den geforderten rechtlichen Zusammenhang, da der Herausgabeanspruch an derselben Handlung des Klägers anknüpft; die Prozessökonomie spricht für dieses Ergebnis, da Zusammengehörendes dann nicht von unterschiedlichen Gerichten ausgeurteilt wird.

### V. Schlussbemerkung

Der relativ spezielle Fall zeigt die (prozessualen) Probleme gerichtlicher Geltendmachung von Herausgabeansprüchen bei Schmiergeldannahme von Arbeitnehmern/Geschäftsführern im Konzernverbund auf. Aufgrund stetiger Zunahme komplizierter Konzernstrukturen dürften vergleichbare Sachverhalte die Gerichte nicht das letzte Mal beschäftigt haben. Dann wird sich zeigen, ob sich die Arbeitsgerichte tendenziell für zuständig erklären oder aber die Entscheidungsgewalt bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit liegt. Die Verfasser plädieren für Ersteres. Auch bzgl. § 33 ZPO ist ein gewisser Gleichlauf aufgrund prozessökonomischer Interpretation angezeigt. Für den Praktiker besteht nach den lediglich erstinstanzlichen (bestrittenen) Entscheidungen derzeit keine Rechtssicherheit.

<sup>20</sup> Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2003, § 33 Rn 27.

## Der Anspruch des rechtsschutzversicherten Arbeitnehmers auf Versicherungsschutz für die außergerichtliche Tätigkeit seines Rechtsanwalts in Kündigungsschutzsachen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Marko Heimann, Cham

Rechtsanwälte, die einen rechtsschutzversicherten Arbeitnehmer in einer Kündigungsschutzsache zunächst entsprechend der Weisung des Mandanten nur außergerichtlich vertreten, erleben bei der Beantwortung ihrer diesbezüglichen Deckungsanfrage – je nach Versicherer<sup>1</sup> – häufig eine unangenehme Überraschung.

Der Rechtsschutzversicherer bestätigt zwar Versicherungsschutz. Dies jedoch nur für einen „sofortigen Klageauftrag“, nicht aber für die außergerichtliche Interessenvertretung wegen der eventuellen Nicht-Anrechenbarkeit eines Teils der Geschäftsgebühr auf die Prozessgebühr. Dies würde eine unnötige Kostenerhöhung nach sich ziehen.

Die Rechtsschutzversicherer berufen sich dabei auf Entscheidungen des AG Düsseldorf<sup>2</sup> sowie des AG München<sup>3</sup> und des LG München I<sup>4</sup>.

Diese Entscheidungen sind zur Rechtslage nach der BRAGO zur dortigen Besprechungsgebühr gemäß § 118 I 2 angefallen.

Mittlerweile hat hiergegen das Amtsgericht Essen-Steele<sup>5</sup> Position bezogen und in jüngster Zeit auch das AG Cham<sup>6</sup>.

Diesen beiden amtsgerichtlichen Entscheidungen ist im Ergebnis voll beizupflichten.

<sup>1</sup> Z. B. Allrecht, Allianz, ARAG, DAS.

<sup>2</sup> JurBüro 2004, 426 m. abl. Anm. Enders.

<sup>3</sup> JurBüro 2004, 426.

<sup>4</sup> AGS 2005, 365.

<sup>5</sup> AnwBl 2005, 655 m. zust. Anm. Eckert; RVG Professionell 2005, 145 f; JurBüro 2005, 585.

<sup>6</sup> AG Cham, v. 22.12.2005, 1 C 0323/5.

Die oben zitierten beiden amtsgerichtlichen Urteile befinden sich zunächst in bester Gesellschaft – nämlich der des Bundesgerichtshofs<sup>7</sup>.

Bereits im Jahr 1968 hatte der Bundesgerichtshof in einer Unfallsache der identischen Argumentation der dortigen gegnerischen Haftpflichtversicherung eine Absage erteilt und ausgeführt, dass der Geschädigte, der seinen Anwalt zunächst mit der außergerichtlichen Schadensregulierung beauftragt, nicht gegen seine Schadensminderungspflicht verstößt.<sup>8</sup>

Es handelt sich vorliegend bei den Argumenten der Rechtsschutzversicherer somit um nichts anderes als um „alten Wein in neuen Schläuchen“.

Die Amtsgerichte Essen-Steele und Cham befinden sich auch in Übereinstimmung mit der gesetzgeberischen Intention des RVG, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern.<sup>9</sup>

Dies wird bereits daran sichtbar, dass der Gesetzgeber die Einigungsgebühr eingeführt hat, welche jede Form der außergerichtlichen Streitbeilegung fördert.

Zutreffend stellt das Urteil des Amtsgerichts Cham auch deutlich auf diesen Aspekt ab. Wer Rechtssuchende zu einem Prozessauftrag zwingt, missachtet oder ignoriert ihren Willen. Er trägt zur Belastung der Justiz bei, anstatt sie zu entlasten. Er setzt sich in Widerspruch zu dem jahrzehntelangen Bemühen des Gesetzgebers, die streitvermeidende Tätigkeit des Anwalts zu fördern.

Ob das Postulat der Rechtsschutzversicherer, der Mandant wäre zur Vermeidung einer versicherungsrechtlich bestehenden Obliegenheit zum sofortigen Klageantrag verpflichtet, zutreffend ist, ist zweifelhaft. Die Obliegenheit zur Vermeidung unnötiger Kosten solle nur durch den sofortigen Klageauftrag erfüllt werden und erfüllbar sein. Der Anwalt könne dann immer noch im Rahmen des Prozessmandats Vergleichsverhandlungen führen.

Dies ist in mehrfacher Hinsicht falsch und unhaltbar.

Zum einen ist bei der gebotenen ex ante-Betrachtung – nachher ist immer jeder klüger – nicht im vornherein absehbar, welche Variante die kostengünstigere ist, das zunächst außergerichtliche Mandat oder der sofortige Prozessauftrag.

Richtig daran ist zwar: Vergleichsverhandlungen gehören nach § 19 Nr. 2 RVG (bzw. § 37 Nr. 2 BRAGO) zum Rechtszug und lösen keine weiteren Gebühren aus.

Aber: Führt der Auftrag an einen Rechtsanwalt zur Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens, so entstehen Gebühren nach Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses. Hält der Rechtsanwalt, nachdem ihm der Klageauftrag erteilt worden ist mit

einer 1,3 Verfahrensgebühr, mit der Gegenseite oder einem Dritten eine Besprechung im Hinblick auf die Vermeidung oder Erledigung des gerichtlichen Verfahrens – der Kündigungsschutzklage – ab, so wird hierdurch die 1,2 Terminsgebühr der Nummer 3104 VV RVG ausgelöst (Vorbemerkung 3 Abs. 3 VV RVG). Dazu fällt im Vergleichsfall die 1,0 Gebühr der Nummer 1003 VV RVG an. Insgesamt somit 3,5 Gebühren.

Bei einem Auftrag zur außergerichtlichen Einigung fällt die 0,5 – 2,5 Geschäftsgebühr der §§ 2, 13, 15 RVG i. V. m. Nr. 2400 VV RVG an sowie die 1,5 Einigungsgebühr der §§ 2, 13 RVG i. V. m. Nr. 1000 VV RVG. Bei Ansetzung einer Mittelgebühr somit 2,8 Gebühren.

Ex post betrachtet ist somit die Prozessauftragsvariante dieser Konstellation der teurere Weg für den Rechtsschutzversicherer.

Einige Rechtsschutzversicherungen sind jedoch der Auffassung, dass der sofortige Prozessauftrag für sie kostenmäßig günstiger wäre, weil nach ihrer Meinung eine Terminsgebühr nicht anfällt – so der häufige Einwand.

Auch das ist falsch. Führt der Anwalt mit Prozessauftrag das Gespräch mit dem Gegner oder dessen Rechtsanwalt zur Vermeidung des Rechtsstreites, fällt die Terminsgebühr an. Das streitgegenständliche Verfahren muss hierzu jedoch noch nicht rechtshängig sein.<sup>10</sup> Auch außergerichtliche Besprechungen über noch nicht rechtshängige Ansprüche lösen eine Terminsgebühr aus, sofern die vorgenannten Voraussetzungen im Gespräch erfüllt werden, dass ein Klageauftrag vorlag und das Gespräch zur Vermeidung eines gerichtlichen Verfahrens geführt wurde.<sup>11</sup>

Wird dieser Umstand des Anfalls der Terminsgebühr den die Rechtsschutzversicherer nicht wahrhaben wollen oder noch nicht ganz realisiert haben, dem Gesetz entsprechend beachtet, ist die propagierte Lösung des sofortigen Klageauftrags die letztendlich teurere.

Auch aus versicherungsvertraglicher Sicht ist die Forderung der Rechtsschutzversicherer nach sofortigem Klageauftrag nicht begründbar, da keine (Abstimmungs-) Obliegenheiten vorliegen, die verletzt werden können.

<sup>7</sup> BGH AnwBl 1969, 15 ff (Leitsatz 5).

<sup>8</sup> BGH a. a. O., S. 17.

<sup>9</sup> Vgl. amtliche Begründung RVG BT-Drucksache 15/2487 S. 3.

<sup>10</sup> OLG Koblenz, Rpfl 2006, 43; Müller/Rabe, in: Gerold/Schmidt/van Eicken/Madert, RVG 16. Aufl. Vorbem. 3 VV Rn 84.

<sup>11</sup> BT-Druck S. 15/2487, 175; Bonnen, MDR 2005, 1084, 1085.

Wäre diese Auffassung, nach der die ARB 75 gemäß der Obliegenheit nach § 15 I d cc Maßnahmen, die Kosten auslösen, mit dem Rechtsschutzversicherer abzustimmen, scheinbar noch zu vertreten, sehen die ARB 94/2000 in § 17 V c cc nur als Obliegenheit die Vermeidung der unnötigen Erhöhung der Kosten vor sowie in § 17 V c aa die Zustimmungseinholung der Rechtsschutzversicherung vor der Erhebung von Klagen und der Einholung von Rechtsmitteln.

Dass aber eine ex ante Entscheidung des Anwalts darüber, was unnötige Kosten sind, in dieser Verfahrenskonstellation hier nicht möglich ist, wurde bereits oben dargestellt.

Es kommt hinzu: Sowohl die ARB 75 als auch die ARB 94/2000 stehen unter der Maßgabe, dass die Interessen des Versicherungsnehmers, des Mandanten und Arbeitnehmers, nicht unbillig beeinträchtigt werden.<sup>12</sup> Der Anwalt, welcher bei einem sofortigen, unbedingten Klagemandat sofort und unbedingt die Klage einreicht, handelt sicher im Rahmen des Mandats und des Auftrags, aber er handelt ebenso sicher nicht im Interesse des Mandanten.

In der heutigen Zeit einen oft nicht rechtsschutzversicherten Arbeitgeber vor das Arbeitsgericht zu zerren und dort dessen Zeit und damit Geld in Anspruch zu nehmen und dann zu meinen, taktisch klug im Hinblick auf den Erhalt oder die Rückgewinnung des Arbeitsplatzes zu handeln, wäre vermessen.<sup>13</sup> Der Rechtsanwalt, der nicht „unter falscher Flagge segelnd“ unter dem Deckmantel des Prozessauftrages in Wahrheit außergerichtliche Verhandlungen führt und führen will, sondern sofort Klage einreicht, handelt klar gegen die Interessen seines Mandanten.

Durch ein solches Verlangen der Rechtsschutzversicherung auf sofortigen Klageauftrag würden die Interessen des Versicherten unbillig beeinträchtigt und der Versicherungsnehmer, der diesem anzüglichen Verlangen nicht nachkommt, hätte daher keine Obliegenheitsverletzung begangen, da eine solche Verpflichtung wegen § 15 I d. ARB 75 sowie § 17 V c ARB 94/2000 nicht besteht.

Eine solche Auslegung der ARB würde letztlich auch gegen das Transparenzgebot verstoßen.<sup>14</sup> Der durchschnittliche Versicherungsnehmer kann den ARB nicht entnehmen, dass nur der Arbeitsgerichtsrechtsschutz versichert sein soll, vergleichbar etwa dem Sozialgerichtsrechtsschutz. Ist nicht der Umkehrschluss des rechtsschutzversicherten Arbeitnehmers naheliegend, dass der Arbeitsrechtsschutz auch seine außergerichtlichen Interessen abdeckt?

Welchen Weg soll der Anwalt als den sichersten, effektivsten sowie kostengünstigsten für seinen Mandanten zur Vermeidung auch von eigenen haftungsrechtlichen Risiken empfehlen: Prozessauftrag oder Auftrag zur außergerichtlichen Vertretung?

Einen Prozessauftrag sollte sich der Anwalt immer dann erteilen lassen, wenn es dem Mandanten um die Titulierung unstreitiger Forderungen geht, bei welchen auch keine Verteidigung des Gegners zu erwarten ist oder eine außergerichtliche Einigung bei der gegebenen Sach- und Rechtslage nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht zu erwarten steht.

Hingegen ist ein Auftrag zur außergerichtlichen Vertretung sach- und interessengerecht, wenn die Rechtslage nicht eindeutig ist und daher Verhandlungen mit der Gegenseite und ggf. eine außergerichtliche Einigung angeraten sind.

Hierzu gehören die Regulierung von Verkehrsunfällen ebenso wie Verhandlungen nach der Kündigung von Miet-, Arbeits- oder sonstigen Rechtsverhältnissen.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu demnächst ausführlich: Cornelius/Winkler, RuS 2006, in einer Anmerkung zu AG Essen-Steele, welche besonders die rechtsschutzversicherungsvertraglichen Aspekte der Entscheidung des Amtsgerichts beleuchtet.

<sup>13</sup> So auch Cornelius/Winkler a. a. O.

<sup>14</sup> So auch Cornelius/Winkler a. a. O.

## Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

(Auszug aus dem Vorwort)

Am 30. Januar 1981 wurde die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein (DAV) von 40 Gründungsmitgliedern ins Leben gerufen. Initiator war Klaus Neef, dem nicht nur dafür großer Dank gebührt, sondern vor allem auch für seine 20-jährige umsichtige und konsequente Führung der Arbeitsgemeinschaft, die sich dadurch einen festen Platz in der Arbeitsrechtslandschaft Deutschlands erworben hat. (...) Aus Anlass des erfolgreichen Werdegangs der Arbeitsgemein-

schaft und des Jubiläums entstand diese Festschrift. Vertreten sind Autoren aus der Arbeitsgerichtsbarkeit, der Wissenschaft und der Anwaltschaft, die zum großen Teil auch an den Tagungen der Arbeitsgemeinschaft als Referenten mitgewirkt haben. (...)

Im Kapitel A geht es um *allgemeine Probleme des Individualarbeitsrechts* wie z.B. der betrieblichen Übung, dem Anspruch auf Teilzeitarbeit und der AGB-Kontrolle. Es folgen im Kapitel

B Beiträge zum Bestandsschutz und dem arbeitsgerichtlichen Verfahrensrecht. Im Kapitel C werden dienstvertragliche Probleme (Schein-)Selbständiger und vertretungsberechtigter Organmitglieder aufgegriffen. Die Beiträge der Kapitel D und E setzen sich mit den arbeitsrechtlichen Folgen von Umstrukturierungen, Fragestellungen des kollektiven Arbeitsrechts sowie der Unternehmensmitbestimmung auseinander. Auch die Altersversorgung findet Berücksichtigung (Kapitel F). Schließlich beinhaltet das Kapitel G nicht nur die Geschichte der Arbeitsgemeinschaft, sondern dient darüber hinaus als Fundgrube mit Beiträgen zu sonstigen interessanten arbeitsrechtlichen Kernproblemen, wie dem Einfluss des europäischen auf das deutsche Arbeitsrecht.

Der Anhang der Festschrift enthält eine Übersicht über die bisherigen Tagungen der Arbeitsgemeinschaft, den derzeitigen Mitgliederstand, die Zusammensetzung des Geschäftsführenden Ausschusses während des 25-jährigen Bestehens der Arbeitsgemeinschaft und last but not least unterrichtet die abgedruckte Geschäftsordnung über die Aufgaben der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht. (...)

Festschrift zum 25-jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, herausgegeben vom Geschäftsführenden Ausschuss, Auflage 2006, 1444 Seiten, gbd., 140,00, ISBN: 3-8240-0858-0

Erscheinungsdatum: 10. März 2006 (51. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht).

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>			
1. Abmahnung, keine bei nur prognostiziertem Nichterreichen von Jahreszielvorgaben	16	8. Annahmeverzugslohn, kein Anspruch bei Zuweisung zumutbarer Tätigkeiten im Rahmen des Direktionsrechts (hier: Arbeitszeit), Ausforschungsbeweis	18
2. Abmahnung, Bestimmtheit, selbständiger Antrag auf „Rücknahme“ neben dem Antrag auf Entfernung aus der Personalakte, Anspruch auf „Widerruf“	16	9. Annahmeverzug, keine Leistungsbereitschaft bei vorangegangener unentschuldigter Fehlzeit	19
3. Abmahnung, Verwirkung	16	10. Annahmeverzug, Anspruch des Arbeitnehmers auf Zuweisung von Arbeit zwecks Rückführung von Minusstunden, Beweisangebot, Ausforschung	19
4. Abwicklungsvereinbarung, außergerichtlicher Vergleich bei beabsichtigter nachfolgender Beschlussfassung nach § 278 Abs. 6 ZPO, Schriftform	17	11. Arbeitszeitreduzierung, Anspruch auf Teilzeit nach dem BerzGG, Anforderungen an die Antragsfrist und -begründung, Nachweis entgegenstehender dringender betrieblicher Gründe, insbesondere Ausbleiben geeigneter Ersatzkräfte	19
5. Altersteilzeit, „pflichtgemäßes Ermessen“ des Arbeitgebers bei Ablehnung eines Antrages; Vermeidung von erhöhter Personalfluktuaton und zusätzlichen Kosten sind ausreichende Ermessensgründe (§ 2 Abs. 2 der „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des deutschen Caritas-Verbandes AVR“; § 315 Abs. 1 BGB).	17	12. Arbeitszeitreduzierung, Teilzeitverlangen, Kindergarten mit allgemeinpädagogischem Ansatz, entgegenstehende betriebliche Gründe des pädagogischen Konzepts, Austausch- und Übergabezeiten	20
6. Altersteilzeit, keine Rückwirkung der Pflicht zur Insolvenzversicherung nach § 8 a ATG, Streitwert	17	13. Arbeitszeit, Anwendung der Richtlinie 93/104/EG vom 23.11.93 auf Ersatzkräfte der Feuerwehr	21
7. Altersteilzeit, Teilzeitbeschäftigter, Veränderung Unterrichtspflichtstundenzahl für Lehrer, Arbeitsphase, Freistellungsphase, Gleichbehandlungsgrundsatz	18	14. Arbeitszeitreduzierung, Anspruch auf Teilzeit, einstweilige Verfügung, keine betrieblichen Gründe, wenn Arbeitgeber jedenfalls befristet einer Arbeitszeitreduzierung zugestimmt hatte, Kinderbetreuung	21

	Seite		Seite
15. Arbeitszeitreduzierung, Teilzeitverlangen, einstweilige Verfügung zur Kinderbetreuung einer Rechtsanwaltsfachangestellten, Streitwert	21	32. Haftung des Arbeitnehmers bei Benutzung des Dienstfahrzeuges durch Lebensgefährtin	31
16. Aufhebungsvertrag, Schriftform, Verwirkung des Rechts zur Berufung auf den Formmangel	22	33. Insolvenzrecht, Haftung des Insolvenzverwalters für nicht bedienbare Sozialplanansprüche	31
17. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Olympia-Zyklus für Mitarbeiter in Olympiastützpunkten, Konzeption, Haushaltsmittel, Eigenart der Tätigkeit	23	34. Insolvenzrecht, Haftung des Insolvenzverwalters, Definition oktroyierte Masseverbindlichkeiten	32
18. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Schriftform für befristeten Verlängerungsvertrag nach dem BerlHG	24	35. Mutterschutz, Beschäftigungsverbot, Vergütungsanspruch bei Grunderkrankung	32
19. Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis, einstweilige Verfügung, vertragliche Freistellungsklausel	24	36. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Zusage einer Karenzentschädigung in AGB, Unklarheitenregel, kein Recht des Verwenders von AGB sich hierauf zu berufen	33
20. Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis, einstweilige Verfügung, Freistellungsklausel im Arbeitsvertrag	25	37. Rabatte, die einem Arbeitnehmer gewährt werden durch Ausnutzung günstiger Lieferkonditionen seines Arbeitgebers, sind steuerpflichtig; Berechnung des steuerpflichtigen Sachbezuges; Steuerabzüge unterliegen keinen tariflichen Ausschlussfristen; Rechtsweg	33
21. Betriebliche Altersversorgung, Vollendung der anspruchsbegründenden Betriebszugehörigkeit nach dem 65. Lebensjahr	25	38. Verschulden bei Vertragsschluss, Aufklärungspflicht des zukünftigen Arbeitgebers über die Gefährdung des angestrebten Arbeitsplatzes	34
22. Betriebliche Altersversorgung, Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit	26	39. Vertragsstrafe, Formularvertrag, unangemessene Benachteiligung	34
23. Betriebliche Altersversorgung, vorzeitige Inanspruchnahme, Berechnung	26	<b>Kündigungsschutzrecht</b>	
24. Betriebsübergang, Kündigungsschutzklage, Prozessvergleich, Beendigungszeitpunkt nach Betriebsübergang, Widerspruch gegen Betriebsübergang	26	40. Änderungskündigung, Wunsch des Arbeitgebers nach gleichförmigen Vertragsbedingungen keine soziale Rechtfertigung	35
25. Betriebsübergang, (keine) Umgehung durch dreiseitigen Vertrag, Rechtsmissbrauch, rückwirkende Vertragsbegründung	26	41. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers, zur Begründung und zur Höhe der Abfindung, außerordentliche Kündigung wegen „Arbeitsverweigerung“ nach Ablauf der Kündigungsfrist	35
26. Betriebsübergang, keine Haftung des Erwerbers für Abfindungsvereinbarungen des Veräußerers	27	42. Außerordentliche Kündigung wegen Bedrohung einer Schwangeren	36
27. Direktionsrecht, Versetzung, Feststellungsinteresse, billiges Ermessen, Aufklärungspflicht des Arbeitgebers	28	43. Außerordentliche Kündigung, Frist nach § 626 BGB bei Arbeitsverweigerung, unverzügliche Kündigung nach Zustimmung des Integrationsamtes, beharrliche Arbeitsverweigerung, Entbehrlichkeit einer Abmahnung, kein Zurückbehaltungsrecht bei unklarer Rechtslage bezüglich des Weisungsrechts des Arbeitgebers, Interessenabwägung, Betriebsratsanhörung, Verweis auf Unterlagen, unzutreffende Überschriften	36
28. Direktionsrecht, Versetzung, Konkretisierung des Arbeitsortes durch Schaffung von Vertrauen	29	44. Außerordentliche Kündigung, Konkretisierung von Beweisangeboten, Ausforschungsbeweis, sexuelle Belästigung	37
29. Direktionsrecht, Versetzung, Konkretisierung der vertraglichen Arbeitspflicht, Zuweisung in eine Tochtergesellschaft, Entzug von Leitungsaufgaben	30	45. Außerordentliche Kündigung, beharrliche Arbeitsverweigerung	38
30. Direktionsrecht, Versetzung zum Stellenpool, Beteiligung des Personalrats	31		
31. Freistellungserklärung, Verrechnungsbestimmung, Arbeitszeitkontenüberschuss ist keine Mehrarbeit	31		



	Seite		Seite
46. Außerordentliche Kündigung, Schwerbehinderter, Frist für die Antragstellung an das Integrationsamt (§ 71 (2) SGB X); rechtzeitige Information der kündigungsberechtigten Stelle des öffentlichen Arbeitgebers; Definition des Arbeitgebers; kein Zwang zu Sondersitzungen des Personalausschusses; keine Überprüfung der Kündigungsgründe, wenn kein Zusammenhang mit der Behinderung	39	60. Verhaltensbedingte Kündigung, übermäßige Privattelefonate, Erledigung von Privatangelegenheiten in der Arbeitszeit, Prüfungskompetenz für die Frist nach § 91 Abs. 2 SGB IX ausschließlich im Verwaltungsverfahren, Interessenabwägung	46
47. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste, Herausnahme von Leistungsträgern, Darlegungs- und Beweislast	40	61. Verhaltensbedingte Kündigung eines Programmierers wegen Installation eines Hacker-Programms, Abmahnung entbehrlich, Interessenabwägung	48
48. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungs- und Beweislast zur unternehmerischen Entscheidung und zum Vorliegen einer Betriebsänderung	40	<b>Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht</b>	
49. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, grobe Fehlerhaftigkeit, Darlegungs- und Beweislast	41	62. Betriebsrat, Streit im Gremium, Absetzung von Tagesordnungspunkten der Betriebsratsitzung, Minderheitenschutz	49
50. Betriebsbedingte Kündigung, Stilllegung einer Betriebsabteilung, Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder, Abwägung beim Freikündigen eines Arbeitsplatzes, Bestreiten, Substantiierung, Behauptung ins Blaue; Sozialauswahl, vergleichbare Fähigkeiten	42	63. Betriebsratskosten, Sachausstattung, Internetzugang, Maßstab der Erforderlichkeit	49
51. Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG, Darlegungslast	42	64. Betriebsratskosten, Beauftragung eines Rechtsanwalts, Nachweis eines Beauftragungsbeschlusses, Freistellungsanspruch, Verzugszinsen	50
52. Keine Klagefrist gegen falsche Kündigungsfrist, Geltungsbereich des § 4 KSchG n.F.	43	65. Betriebsratsmitglied, Verhinderung durch Erziehungsurlaub	50
53. Kündigungsberechtigung, Betriebsübergang	43	66. Behinderung der Betriebsrats Tätigkeit, Unterlassungsanspruch	50
54. Massenentlassungen, keine Möglichkeit zur richtlinienkonformen Auslegung der §§ 17 ff. KSchG	43	67. Betriebsratswahl, Anfechtung, Bemessung der Zahl der regelmäßig Beschäftigten, Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung zum Fremdfirmeneinsatz	51
55. Massenentlassungsanzeige, Auswirkung der Rechtsprechung des EuGH, § 17 KSchG auslegungsfähig, kein Vertrauensschutz für den Arbeitgeber i. S. des EuGH	43	68. Betriebsvereinbarung, Definition eines Verzichts auf Mitbestimmung, verhaltensbedingte Kündigung unwirksam, wenn missachtete Weisung mitbestimmungswidrig war	51
56. Schwerbehinderter, neue Gesetzeslage, Verschulden des Arbeitnehmers, Darlegungs- und Beweislast, Frist zur Anzeige des Sonderkündigungsschutzes	44	69. Betriebsvereinbarung, Gleichbehandlungsgrundsatz, Stichtagsregelung, Altersteilzeit	51
57. Sozialauswahl, Namensliste, Massenentlassung, keine unmittelbare Wirkung europäischer Richtlinien gegen das nationale Gesetz	45	70. Einigungsstelle, Freistellung bei Dienstverhinderung, Untätigkeit des zuständigen Gesamtbetriebsrates	51
58. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, unentschuldigtes Fehlen, Betriebsratsanhörung	45	71. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Rechtsschutzbedürfnis, Initiativrecht des Betriebsrates	52
59. Verhaltensbedingte Kündigung, Beleidigung eines Vorgesetzten, entbehrliche Abmahnung	45	72. Einsetzung einer Einigungsstelle, offensichtlich unzuständige Einigungsstelle, Ablehnung eines vorgeschlagenen Vorsitzenden der Einigungsstelle	53
		73. Konzernbetriebsrat, Voraussetzungen für den Errichtungsbeschluss, Konzernvermutung	54
		74. Leitender Angestellter, ruhendes Arbeitsverhältnis, Kündigungsanhörung	54



	Seite		Seite
75. Mitbestimmung bei Widerruf einer Zulage, Personalrat	54	90. Hauptsacheerledigung, Kostenentscheidung	59
76. Versetzungsbegriff i. S.d. BetrVG, räumliche Verlegung des Betriebes	54	91. Prozesskostenhilfe, auswärtiger Rechtsanwalt, besondere Umstände	59
<b>Tarifrecht</b>			
77. Ausschlussfrist, Geltendmachung durch Betriebsrat, Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungsanspruch, Zurückverweisung, verspätetes Vorbringen	54	92. Rechtsschutzversicherung, Vergleich, Deckungspflicht für nicht rechtshängige Gegenstände	60
78. Eingruppierung, Vorarbeiter in Systemgastronomie	55	93. Reisekosten für nicht am Gerichtssitz geschäftsansässigen Rechtsanwalt	60
79. Sonderzahlung, 13. Monateinkommen, Ausscheiden aus dem Beruf wegen Erreichens der Altersgrenze	55	94. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter mit Home-office	60
80. Tarifierung, Überwachung als Bautätigkeit	55	95. Örtliche Zuständigkeit und Rechtsweg, Prüfungsreihenfolge, rechtlicher Zusammenhang mit einer Widerklage, unbeachtlich rügelose Einlassung	60
81. Tarifliche Überbrückungsbeihilfe, Entfall bei Möglichkeit zum (vorgezogenen) Rentenbezug, § 8 Nr. 1 c des Tarifvertrages vom 31.08.1971 zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, unbewusste Regelungslücke	55	96. Rechtsweg, Praktikant	61
82. Tarifvertrag, Rückwirkung auf beendete Arbeitsverhältnisse, Gleichstellungsvereinbarung	56	97. Stufenklage, Auskunftsstufe, Rangfolge des Kontrollrechts in § 87 c HGB	61
83. Tarifvertrag, Rückwirkung, Vertrauensschutz, Arbeitszeitverkürzungsantrag kein Urlaubsantrag	57	98. Vergleichswiderruf, Fristversäumnis, keine Wiedereinsetzung	62
84. Tarifvertragliche Sonn- u. Feiertags- sowie Nachtzuschläge, Berechnung, Begriff des „Stundenlohns“	57	99. Weiterbeschäftigungsanspruch, Zwangsvollstreckung, hinreichend bestimmter Tenor, Unmöglichkeit bei fehlerhafter Sozialauswahl, Streitwert der Vollstreckungsbeschwerde	62
85. Tarifvertrag, einzelvertragliche Vereinbarung, Auslegung des Arbeitsvertrages, dynamisch/statische Verweisung, Klagebeschränkung als Klagerücknahme	57	100. Widerrufsvergleich, Kosten der Zahlungsaufforderung vor Zustellung	62
86. Tarifliche Erhöhung der Unterrichtsstundenzahl für Lehrer, Auswirkung auf Altersteilzeitverhältnisse, Vergütung, Gleichbehandlung	58	101. Wiedereinsetzung, Anwaltsverschulden, Streitlosstellung eines Arbeitnehmeranspruchs, fehlerhafter (zu niedriger) Antrag zur Höhe der Verzugszinsen ist nicht auslegungsfähig	63
87. Kündigungsfristenregelung über Beschäftigungszeiten in § 11 Abs. 8 MTV für den Einzelhandel NRW in der Fassung vom 25.07.2003	59	102. Rechtsanwalt, Schadenersatzpflicht, keine Pflicht des Anwalts, nicht streitige Gegenstände rechtshängig zu machen	63
<b>Sonstiges</b>			
88. Arbeitnehmerüberlassung, Feststellung über Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, Rechtsschutzinteresse, Verwirkung	59	<b>Streitwert und Gebühren</b>	
89. Beweisverwertungsverbot für von Dritten maschinell erhobene Daten, Berufungsbegründung gegen Weiterbeschäftigungsurteil	59	103. Streitwert, Altersteilzeitverlangen, teilweise Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers	63
		104. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere personelle Einzelmaßnahmen	64
		105. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere kurzzeitige personelle Einzelmaßnahmen	64
		106. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahme, einstweilige Verfügung	64
		107. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Sozialplan, vermögensrechtlicher Gegenstand	65
		108. Streitwert, Freistellungsvereinbarung im Vergleich ohne Wert	65

## Allgemeines Vertragsrecht

	Seite		Seite
109. Streitwert, Freistellungsvereinbarung im Vergleich	66	116. Streitwert, Zwischenzeugnis, Schätzung nach § 3 ZPO	68
110. Streitwert, Kündigungsschutzantrag, Auslegung, Bewertung von Vergütungsforderungen, die vor Ablauf der Kündigungsfrist fällig wurden	66	117. Einigungsgebühr, Entstehung, Vergleich über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses	68
111. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, vergleichsweise Verlängerung der Kündigungsfrist	66	118. Einigungsgebühr, Entstehung, Vergleich über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses	79
112. Streitwert, Kündigung einer Schwerbehinderten, verwaltungsrechtliches Zustimmungsverfahren	66	119. Terminsgebühr bei schriftlichem Vergleich	69
113. Streitwert, Personalvertretungssache, Auffangwert für Schulungsteilnahme	67	120. Terminsgebühr bei gerichtlich festgestelltem Vergleich	69
114. Streitwert, Versetzung	67	121. Terminsgebühr, keine Ermäßigung für zweites Versäumnisurteil	69
115. Streitwert, Zeugnis, Herausgabe der Arbeitspapiere	68		

## Allgemeines Vertragsrecht

### 1. Abmahnung, keine bei nur prognostiziertem Nichterreichen von Jahreszielvorgaben

1. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, missbilligende Erklärungen aus der Personalakte zu entfernen; insbesondere dann, wenn diese unrichtige Tatsachen enthalten und den Arbeitnehmer in seiner Rechtsstellung oder in seinem beruflichen Fortkommen beeinträchtigen können (vgl. BAG, v. 27.11.1985 – 5 AZR 101/84).

2. Voraussetzung für die Erteilung einer Abmahnung ist das Vorliegen eines objektiven Fehlverhaltens bzw. einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung des Arbeitnehmers. Auf ein Verschulden des Arbeitnehmers kommt es dabei nicht an. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Zielvereinbarung über den Verkauf von 86 VW-Neuwagen für das gesamte Jahr 2004 vorlag. Deshalb konnte die Beklagte dem Kläger nicht bereits im März 2004 eine Abmahnung erteilen, gestützt lediglich auf die Verkaufszahlen für die Monate Januar und Februar 2004.

■ Arbeitsgericht Rostock

vom 27. Oktober 2004, 4 Ca 1371/04

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

### 2. Abmahnung, Bestimmtheit, selbständiger Antrag auf „Rücknahme“ neben dem Antrag auf Entfernung aus der Personalakte, Anspruch auf „Widerruf“

1. Auch nach Ausspruch einer Abmahnung kann der Arbeitgeber nicht zur „Rücknahme“ dieser Erklärung verurteilt werden. Denkbar ist entweder die Verpflichtung zum „Widerruf“ oder der auf Feststellung gerichtete Antrag, dass die Vorwürfe unberechtigt sind.

2. Der Widerrufsanspruch ist in der Regel nur begründet, wenn der Widerruf benötigt wird, um den Ruf des Arbeitnehmers Dritten gegenüber wiederherzustellen. Der Feststellungsantrag setzt ein Rechtsschutzinteresse voraus, das nur gegeben ist, wenn die Gefahr besteht, dass der Arbeitgeber trotz Entfernung der Abmahnungsschreiben aus der Personalakte die Vorwürfe weiter in rechtlich relevanter Weise verwenden will.

3. Die im Abmahnungsschreiben enthaltene Behauptung, der Arbeitnehmer habe ein Schreiben „der Öffentlichkeit zugänglich gemacht“, ist zu unbestimmt, weil hierdurch die Schwere des Vorfalls nicht abgeschätzt werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 14. Juni 2005, 6 Sa 582/04

### 3. Abmahnung, Verwirkung

1. Zwar gibt es keine Regelfrist, innerhalb derer eine Abmahnung nach dem behaupteten Arbeitsvertragsverstoß des Arbeitnehmers oder der Kenntnis des Arbeitgebers hiervon ausgesprochen werden muss.

2. Kennt der Arbeitgeber den Verstoß, zeigt er diesen gegenüber dem Arbeitnehmer jedoch erstmals nach fast sechs Monaten an – hier: durch Anhörung als Voraussetzung für die Abmahnung –, kann er eine Abmahnung jedenfalls dann nicht mehr darauf stützen, wenn diese nicht auch auf gleichartige neuere Verstöße gegründet ist. Der Arbeitgeber hat nämlich durch sein Zuwarten gezeigt, dass er den behaupteten Vertragsverstoß des Arbeitnehmers nicht als sanktionswürdig ansieht.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 14. Juni 2005, 6 Sa 367/05

#### 4. Abwicklungsvereinbarung, außergerichtlicher Vergleich bei beabsichtigter nachfolgender Beschlussfassung nach § 278 Abs. 6 ZPO, Schriftform

Auch wenn die Parteien einen Prozessvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO feststellen lassen wollen, kann zuvor bereits ein wirksamer außergerichtlicher Vergleich zustande kommen, ohne dass die §§ 154 Abs. 2 und 623 BGB entgegenstehen. Das gesetzliche Schriftformerfordernis gilt nicht für einen „reinen“ Abwicklungsvertrag.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 21. April 2005, 6 Sa 87/05

#### 5. Altersteilzeit, „pflichtgemäßes Ermessen“ des Arbeitgebers bei Ablehnung eines Antrages; Vermeidung von erhöhter Personalfuktuation und zusätzlichen Kosten sind ausreichende Ermessensgründe (§ 2 Abs. 2 der „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des deutschen Caritas-Verbandes AVR“; § 315 Abs. 1 BGB).

1. Gem. § 2 Abs. 1 AVR „kann“ der AN ab Vollendung des 55. Lebensjahres Altersteilzeit verlangen. Der AG ist danach nicht verpflichtet, dem Antrag des AN allein deshalb zu entsprechen, weil dieser die in der tariflichen Vorschrift genannten Voraussetzungen erfüllt. Vielmehr steht der Abschluss eines ATZ-Vertrages im pflichtgemäßen Ermessen des AG. Er hat dabei das Ermessen in den Grenzen des § 315 Abs. 1 BGB auszuüben. § 2 Abs. 3 AVR, der die Ablehnungsgründe auf „dringende bzw. betriebliche Gründe“ begrenzt, ist nur auf § 2 Abs. 2 AVR, d. h. auf Mitarbeiter über 60 anwendbar.

2. Der AG ist mithin nach § 315 Abs. 1 BGB verpflichtet, bei der Entscheidung über den Antrag des AN auf Abschluss eines ATZ-Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu wahren. Dabei können alle sachlichen Gründe Berücksichtigung finden, die sich auf die Umstände des Wechsels eines AN in ein ATZ-Arbeitsverhältnis beziehen.

3. Das Argument des AG, in einem ausschließlich für Ordensschwwestern betriebenen Altenheim die Personalfuktuation möglichst gering zu halten, ist eine Ermessenserwägung, die wesentlich ist. Auch die Erhöhung der Personalkosten durch Abschluss eines ATZ-Vertrages ist ein wesentlicher Gesichtspunkt, vor allem dann, wenn die Mehrkosten nicht von dritter Seite (z. B. Sozialkassen) erstattet werden.

4. Demgegenüber hat das Argument des AN, er wolle wegen des Abschlusses eines ATZ-Vertrages des Ehepartners im Rahmen einer gemeinsamen Lebensplanung nun mit diesem in das gemeinsame Heimatland zurückkehren, zurückzutreten. Nicht schlüssig ist der Vortrag, der AN erwarte gesundheitliche Beeinträchtigungen. Was in der Zukunft sein wird, kann für die jetzt zu treffende Ermessensentscheidung keine Rolle spielen. Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass bei unterstellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen, aufgrund derer die Tätigkeiten mit schwerem Heben oder Tragen in gebückter oder anderweitigen Zwangshaltungen sowie auf

Knien zu vermeiden sind, es wenig Sinn macht, ein Altersteilzeitdienstverhältnis im Blockmodell zu begründen.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein  
vom 11. Mai 2004, 5 Sa 549/03

eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Dr. Michael Purrucker, Bahnhofstraße 7 c, 21465 Reinbek, Tel: 040/727 363 -0, Fax: 040/727 363-63; e-mail: info@anwaltsnotariat-reinbek.de; www.anwaltsnotariat-reinbek.de

#### 6. Altersteilzeit, keine Rückwirkung der Pflicht zur Insolvenzsicherung nach § 8 a ATG, Streitwert

1. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll durch die Übergangsvorschrift des § 15 g ATG sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmer die vor den Änderungen des Gesetzes abgeschlossenen Altersteilzeitvereinbarungen planmäßig abwickeln können (BT-Drucks. 15/ 1515, S. 136). Der Gesetzgeber hat damit nach Wortlaut und Gesetzesbegründung der Übergangsvorschrift des § 15 g ATG offensichtlich eine Übergangsregelung angestrebt, die sicherstellt, dass bereits abgeschlossene Vereinbarungen zu den bei Beginn der Altersteilzeit geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen (weiter) abgewickelt werden können. Eine (unechte) aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht unbedenkliche Rückwirkung sollte damit nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers vermieden werden. Gegen diesen eindeutigen Wortlaut und gesetzgeberischen Willen ist die vom Kläger angestrebte Auslegung, wonach § 8 a ATG alle bereits abgeschlossenen Altersteilzeitverhältnisse erfasst, nicht möglich. Mit dieser Auslegung würden sich die Arbeitsgerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben. Dies ist durch Art. 20 Abs. 2 GG ausgeschlossen (BVerfG, 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/ 94, BVerfGE 96, 375 <B 1 2 a d. Gr.>). Jede Auslegung findet nämlich dort ihre Grenzen, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzes in Widerspruch treten würde. Im Wege der Auslegung darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt oder das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden (vgl. BVerfG, st.Rspr. seit BVerfGE 18, 97 <111>, aus neuerer Zeit 07.04.1997 – 1 BvL 11/96, AP Nr. 11 zu Art. 100 GG <II 2 d. Gr.>). Gegen den Wortsinn und gegen den Willen des Gesetzgebers kommt auch eine analoge Rechtsanwendung durch die Gerichte nicht in Frage (vgl. BAG, 29.9.2004 – 1 ABR 39/03, AP Nr. 40 zu § 99 BetrVG – Versetzung <B 111 2 d. Gr.>).

2. Der Wert wurde in Anlehnung an das zu sichernde Wertguthaben festgesetzt. Dieses wiederum bemisst sich nach dem Regelarbeitsentgelt, § 6 Abs. 1 ATG. Wertzusichern ist die Hälfte des Regelarbeitsentgeltes (Rofls, NZS 2004 <563>). Zu sichern ist ferner der darauf entfallende Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag, nicht dagegen der Aufstockungsbetrag.

## Allgemeines Vertragsrecht

Da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nur Sicherung des vorgenannten Guthabens durch eine Bürgschaft ist, ist der Wert mit einem Drittel des Wertguthabens anzunehmen. Das hat das Arbeitsgericht richtig erkannt. Soweit der Kläger darauf hinweist, dass bei drohender Insolvenz eine volle Bewertung zu erfolgen hat, ist Zweck der begehrten Bürgschaft die Sicherung vor der abstrakten Gefahr der Insolvenz, ohne dass hier tatsächlich die konkrete Gefahr des Forderungsausfalls erkennbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 29. Juli 2005, 10 Sa 1000/05

eingereicht von Rechtsanwalt Joachim Schramm, Lange Straße 2, 32312 Lübbecke, Tel. 05741 / 10 18, Fax: 43 31

### 7. Altersteilzeit, Teilzeitbeschäftigter, Veränderung Unterrichtspflichtstundenzahl für Lehrer, Arbeitsphase, Freistellungsphase, Gleichbehandlungsgrundsatz

1. Ob sich bei einer Erhöhung der Pflichtstundenzahl für vollzeitbeschäftigte Lehrer auch der Umfang der Unterrichtsverpflichtung eines teilzeitbeschäftigten Lehrers erhöht, hängt davon ab, ob die Parteien im Arbeitsvertrag einen bestimmten festen Pflichtstundenumfang vereinbart haben oder eine bestimmte Relation zum jeweiligen Beschäftigungsumfang eines Vollbeschäftigten.

2. Nur wenn Ersteres der Fall ist, führt die Erhöhung der Pflichtstundenzahl für Vollzeitbeschäftigte zu einer anteiligen Verminderung der Vergütung des Teilzeitbeschäftigten. Ansonsten erhöht sich auch für den Teilzeitbeschäftigten die Arbeitsverpflichtung bei gleichbleibender Vergütungshöhe.

3. Dies gilt auch im Rahmen von Altersteilzeitverträgen, die mit schon zuvor Teilzeitbeschäftigten abgeschlossen wurden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 2. März 2005, 7 Sa 1103/04, Rev. zugel

### 8. Annahmeverzugslohn, kein Anspruch bei Zuweisung zumutbarer Tätigkeiten im Rahmen des Direktionsrechts (hier: Arbeitszeit), Ausforschungsbeweis

1. Der Kläger behauptet, die Parteien hätten BK als alleinigen Arbeitsort vereinbart. Daher habe die unstreitige Anweisung des Beklagten, er – der Kläger – solle ab dem 05.07.2004 seine Arbeit am Betriebsitz in C-Stadt aufnehmen, nicht in dessen Direktionsrecht gelegen.

a) Soweit der Kläger sich erstinstanzlich darauf berufen hat, eine entsprechende Abrede sei „wohl“ am 08.05.2004 gegen 13.30 Uhr in der Gaststätte des als Zeugen benannten Herrn M getroffen worden, hat das Arbeitsgericht zu Recht keinen Beweis erhoben, da bereits Bedenken an der ausreichenden Substantiierung des Vortrags in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht bestehen und den Gerichten für Arbeitssachen die Erhebung eines sog. Ausforschungsbeweises untersagt ist. Hinzu kommt, dass der schriftliche Arbeitsvertrag der Parteien keine entsprechende (räumliche) Einschränkung enthält und der Kläger selbst nicht behauptet, der schriftliche Arbeitsver-

trag sei bereits vor dem 08.05.2004 abgeschlossen worden. Dann aber gilt das später Vereinbarte.

b) Entsprechendes gilt soweit der Kläger erstinstanzlich auf ein – vom Beklagten bestrittenes – Gespräch in der Gasstätte des als Zeugen benannten Herrn M vom 28.06.2004 verwiesen hat. Sein diesbezügliches Vorbringen, es habe wiederum keinen Zweifel daran gegeben, dass er – der Kläger – mangels eines eigenen Fahrzeuges nicht täglich nach C-Stadt kommen könne, besagt im Übrigen nichts darüber, dass der Beklagte trotz der zu diesem Zeitpunkt bereits bekannten Nichteinsetzbarkeit des Klägers bei der Firma H eine Zusage gemacht haben soll, den Kläger nur ab dessen Wohnsitz einzusetzen.

2. Das Arbeitsgericht geht auch völlig zu Recht davon aus, dass die mithin im Rahmen des Direktionsrechts mögliche Anweisung des Beklagten vom 05.07.2004, der Kläger solle zukünftig seine Arbeit am Betriebsitz aufnehmen, billigem Ermessen entsprach (§ 106 GewO i.V.m. § 315 BGB).

Insoweit sind, wovon das Arbeitsgericht zu Recht ausgeht, die beiderseitigen Interessen umfassend abzuwägen und angemessen zu berücksichtigen.

Nachdem die Firma H den Einsatz des Klägers wegen dessen – unstreitigen – Unzulänglichkeiten abgelehnt hat, ist die Weisung des Beklagten, den Kläger im Nahverkehr ab dem Betriebsitz einzusetzen, nicht nur nicht zu beanstanden, sondern war gegenüber einer Kündigung als milderes Mittel – wovon das Arbeitsgericht zu Recht ausgeht – sogar geboten.

Das Arbeitsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass es dem Beklagten als Kleinunternehmer nicht zuzumuten war, sich mit der Fa. H wegen des Klägers auseinander zu setzen und evtl. sogar den Entzug des Auftrags zu riskieren. Dies gilt um so mehr als der Kläger unstreitig durch sein eigenes Unvermögen die Ursache für die Ausübung des Direktionsrechtes gesetzt hat.

Zudem ist es für die Kammer auch nicht nachvollziehbar, weshalb dem Kläger eine Arbeitsaufnahme in C-Stadt unmöglich oder auch nur unzumutbar gewesen sein soll.

Unstreitig liegt der Betriebsitz des Beklagten nur ca. 25 km, nach den Internetrecherchen der Kammer sogar nur ca. 20 km, vom Wohnort des Klägers entfernt. Dies ist eine Entfernung die einem Arbeitnehmer ohne weiteres zuzumuten ist. Viele Erwerbstätige legen täglich diese und noch wesentlich längere Strecken zum Arbeitsort zurück. Im Übrigen hat der Kläger nicht, schon gar nicht nachvollziehbar, dargelegt, dass und warum er den Betriebsitz nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen kann. Letztlich wäre es dem Kläger, der als Berufskraftfahrer offensichtlich über einen Führerschein verfügt, nach Überzeugung der Kammer auch im Hinblick auf den vereinbarten Verdienst durchaus zuzumuten gewesen, sich einen einfachen Gebrauchtwagen oder ein Moped zuzulegen, um zum Betriebsitz zu gelangen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 19. Mai 2005, 11 Sa 991/04



### 9. Annahmeverzug, keine Leistungsbereitschaft bei vorangegangener unentschuldigter Fehlzeit

1. Die Beklagte hatte gekündigt und damit die Arbeitsleistung der Klägerin abgelehnt. Durch Klageerhebung geriet die Beklagte in Verzug. Die Klägerin musste sich daher nicht „gesund melden“ oder ihre Arbeitskraft ausdrücklich anbieten. Die Verzugsfolgen treten bei unwirksamer Arbeitgeberkündigung unabhängig davon ein, ob eine arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmerin ihre wiedergewonnene Arbeitsfähigkeit dem Arbeitgeber anzeigt (BAG, v. 24.11.1994 – 2 AZR 179/94; BAG, v. 19.1.1999 – 9 AZR 679/97).

2. Dies änderte sich jedoch im Wege der Vereinbarung der Wiedereingliederung. Zu dieser Wiedereingliederung ist die Klägerin unentschuldig nicht erschienen. Ausweislich des Einverständnisses der Beklagten mit dieser Maßnahme hat sie die Arbeitskraft der Klägerin angenommen, diese ist nicht erschienen. Damit war der Annahmeverzug der Beklagten als beendet anzusehen, die Klägerin musste die Arbeitsleistung nach der versäumten Wiedereingliederungsmaßnahme erneut anbieten. Die Berufung darauf, dass die Beklagte mit Klageerhebung im Kündigungsschutzverfahren in Verzug geraten und der Verzug nach der versäumten Wiedereingliederungsmaßnahme andauert, verstößt damit auch gegen Treu und Glauben. Die Beklagte musste nämlich nicht damit rechnen, dass die Klägerin ab dem 16.02.2004 arbeitswillig sei, sie war es schließlich vom 19.01. bis 13.02.2004 auch nicht.

Für diese Argumentation spricht daher auch der Rechtsgedanke des § 2 III EFZG. Danach hat die Arbeitnehmerin, die vor oder nach einem Feiertag unentschuldig der Arbeit fern bleibt, keinen Anspruch auf Bezahlung auch für diesen Feiertag.

■ Arbeitsgericht Bamberg

vom 7. Dezember 2004, 2 Ca 590/04

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magars-partner.de; www.magars-partner.de

### 10. Annahmeverzug, Anspruch des Arbeitnehmers auf Zuweisung von Arbeit zwecks Rückführung von Minusstunden, Beweisangebot, Ausforschung

1. Dem Kläger steht trotz der zum Ende des Arbeitsverhältnisses aufgelaufenen Minusstunden die vertraglich festgelegte Monatsvergütung zu. Gemäß den Vereinbarungen im Arbeitsvertrag war der Kläger verpflichtet, 40 Stunden pro Woche zu arbeiten. Aus derselben Vereinbarung war aber auch die Beklagte verpflichtet, den Kläger 40 Stunden in der Woche einzusetzen. Ein Arbeitgeber, der einer solchen Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag nicht nachkommt und die vertraglich vereinbarte Stundenzahl nicht abfordert, gerät in Annahmeverzug (§ 615 BGB).

2. Da ein Arbeitnehmer nicht berechtigt ist, sich Arbeit zu nehmen, sondern nur der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeit übertragen kann, konnte im Streitfall nur die Beklagte

dem Kläger Arbeit zur Rückführung der Minusstunden zuweisen. Der von der Beklagten für die Zuweisung von verschiedenen Arbeiten angebotene Zeugenbeweis konnte aber nicht erhoben werden. Dies hätte einen Ausforschungsbeweis bedeutet. Die Beklagte hätte – gerade im Hinblick auf den Vortrag des Klägers, er sei verschiedentlich wegen Arbeitsmangels nach Hause geschickt worden – im Einzelnen angeben müssen, wann, an welchen Tagen und durch wen der Kläger aufgefordert wurde, bestimmte Arbeiten auszuführen und ob er dies – ggf. aus welchen Gründen – abgelehnt hat. Erst dann hätte der Kläger die Möglichkeit gehabt, substantiiert darauf zu erwidern, um dem Gericht eine Bewertung zu ermöglichen und einen auf konkrete Tatsachen abgestellten Beweisbeschluss zu erlassen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 2. Juni 2005, 11 Sa 1207/04

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

### 11. Arbeitszeitreduzierung, Anspruch auf Teilzeit nach dem BerzGG, Anforderungen an die Antragsfrist und -begründung, Nachweis entgegenstehender dringender betrieblicher Gründe, insbesondere Ausbleiben geeigneter Ersatzkräfte

1. Zunächst kann dahinstehen, ob dem Landesarbeitsgericht zuzustimmen ist, der Kläger habe vorgerichtlich keinen ordnungsgemäßen Antrag i.S.d. § 15 Abs. 7 BErzGG auf Verringerung seiner Arbeitszeit während der Elternzeit gestellt. Selbst wenn die Schreiben des Klägers vom 10. Oktober 2002 und 1. November 2002 keinen ordnungsgemäßen Antrag darstellten, so wäre das Teilzeitverlangen zumindest durch die der Beklagten am 4. Februar 2003 zugestellte Klageschrift hinreichend konkretisiert worden.

Nach § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BErzGG in der vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003 geltenden Fassung hat der Arbeitnehmer den Anspruch auf Verringerung seiner Arbeitszeit dem Arbeitgeber acht Wochen vorher schriftlich mitzuteilen. Weitere Voraussetzungen für einen ordnungsgemäßen Antrag des Arbeitnehmers nennt § 15 Abs. 7 BErzGG aF nicht.

Der Antrag in der Klageschrift vom 29. Januar 2003 auf Verurteilung der Beklagten zur Zustimmung zu einer Verringerung der Arbeitszeit von durchschnittlich 39 auf 20 Wochenstunden für den Zeitraum vom 8. Juli 2003 bis 8. Oktober 2005 erfüllt diese Voraussetzungen. Damit ersetzt diese klageweise Geltendmachung des Verringerungsanspruchs ein möglicherweise nicht hinreichend bestimmtes schriftliches Verlangen nach § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 5 BErzGG.

2. Das Landesarbeitsgericht hat nicht nachvollziehbar dargelegt, aus welchen tatsächlichen Umständen es zur Überzeugung gelangt ist, es sei für die Beklagte praktisch ausgeschlossen gewesen, einen geeigneten Außendienstmitarbeiter zu finden, welcher die durch eine Verringerung der Arbeitszeit

## Allgemeines Vertragsrecht

des Klägers auszugleichende Arbeit ordnungsgemäß erledigen hätte können.

Soweit sich das Landesarbeitsgericht zur Bestätigung dieser nicht durch Tatsachen untermauerten Annahme darauf beauftragt, „das Ergebnis der im August 2003 erfolgten Teilzeitausschreibung (7 Bewerbungen von ungeeigneten Personen) bestätigt den Befund“, ist dies eine prozessual unzulässige Begründung für die Überzeugungsbildung. Das Landesarbeitsgericht hat nämlich nicht festgestellt, weshalb es sich bei diesen Bewerbern für die in Aussicht genommene Stelle um ungeeignete Personen gehandelt haben soll.

Auf dieser fehlerhaften Überzeugung beruht die angegriffene Entscheidung. So hat es das Landesarbeitsgericht insbesondere dahinstehen lassen, ob der Beklagten im Streitfall eine Ausschreibung der Stelle für eine Ersatzkraft im Internet oder in einer überregionalen Tageszeitung zuzumuten gewesen wäre, bzw. ob die Kosten für die Einrichtung einer zweiten Teilzeitstelle und die Schulung einer Ersatzkraft unverhältnismäßig hoch wären und somit dringende betriebliche Gründe i.S.v. § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BErzGG abgäben.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 19. April 2005, 9 AZR 184/04

eingereicht von Rechtsanwalt Marcus Schneider-Bodien, Königsallee 96, 40212 Düsseldorf, Tel.: 0211/ 32 01 53, Fax: 32 78 15; e-mail: kanzlei@kessel-rechtsanwaelte.de; www.kessel-rechtsanwaelte.de

### 12. Arbeitszeitreduzierung, Teilzeitverlangen, Kindergarten mit allgemeinpädagogischem Ansatz, entgegenstehende betriebliche Gründe des pädagogischen Konzepts, Austausch- und Übergabezeiten

1. Die Parteien streiten darum, ob die Beklagte verpflichtet ist, der von der Klägerin verlangten Verringerung der Arbeitszeit (von 38,5 auf 19,25 Wochenstunden) zuzustimmen. Die Klägerin ist als Erzieherin (Gruppenleiterin) in Vollzeit bei der beklagten Kirchengemeinde in deren Kindergarten/Kindertagesstätte angestellt. Die Klägerin stellte bei der Beklagten fristgerecht den Antrag auf Teilzeitbeschäftigung. Die Beklagte lehnte ab.

Die Beklagte macht geltend, dass ihr pädagogisches Konzept, nämlich vormittags die Kinder in ihrer Gruppe durch eine feste Gruppenleiterin und Zweitkraft zu betreuen, dem Arbeitszeitverringerungswunsch der Klägerin entgegenstehe. Die Teilung der Stelle erfordere zusätzliche Austausch- und Übergabezeiten zwischen den dann in Teilzeit tätigen Gruppenleiterinnen. Auch könnten die „Verfügungszeiten“ nicht zeitanteilig reduziert werden, weil für bestimmte Aufgaben (z. B. Dienstbesprechung, Besprechungen mit Eltern, Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen) beide Gruppenleiterinnen anwesend sein müssten. Daher setze ein Stellensplitting voraus, dass ihr, der Beklagten, mangels Eigenmittel durch die Kostenträger weitere finanzielle Mittel zur Vergütung der über 38,5 Wochenstunden hinaus anfallenden Arbeitsstunden zu-

gewiesen würden, die Kostenträger verweigerten indes die Finanzierung zusätzlicher Arbeitszeiten.

2. Die Beklagte hat rational nachvollziehbare „betriebliche Gründe“ im Sinne von § 8 Abs. 4 TzBfG, die dem Verringerungsantrag der Klägerin zum Zeitpunkt seiner Ablehnung objektiv entgegenstanden. Die Beklagte ist bei der Verwirklichung ihres pädagogischen Konzeptes Finanzierungszwängen unterworfen. Da sie mangels eigener finanzieller Ressourcen außerstande ist, zusätzliche Personalkosten selbst zu tragen, hat sie ihre quantitative und qualitative Personalplanung und damit ihre betriebliche Organisation an der Refinanzierbarkeit der Betriebs- bzw. Personalkosten auszurichten. Die Übernahme zusätzlicher Personalkosten wird vom Bistum Essen verweigert. Daher hat die Beklagte bei ihrer Personalbedarfsplanung die sich aus der BKVO bzw. dem Beschäftigungsschlüssel ergebende Anzahl der Fachkraft- und Ergänzungskraftstunden schon einzuhalten und kann „strukturell“ die danach in der Einrichtung geleistete, entsprechend vergütete und refinanzierte Gesamtarbeitszeit nicht durch zusätzliche Fachkraft- und Ergänzungskraft-Stunden erhöhen.

Das bestehende Konzept wird tatsächlich durchgeführt. Dem Befund, dass die Beklagte ihren pädagogischen Anspruch durch personelle Kontinuität bei der vormittäglichen gruppenbezogenen Betreuung in ihrem Kindergarten gerecht werden will, steht weder der gleitende Dienstbeginn der Gruppenleiterinnen noch die Betreuung der Kinder in offenen Gruppen am Nachmittag oder etwaige Ausfallzeiten der Gruppenleiterinnen wegen Arbeitsunfähigkeit oder ähnlichem entgegen. Diese Umstände ändern nämlich nichts daran, dass die – durch dieselben, konstant „ihren“ Gruppen zugeteilten Kräfte – geleistete gruppenbezogene Arbeit am Vormittag zum Konzept der Kindertagesstätte gehört und dieses Konzept in der Praxis durchgezogen wird. Das Konzept wird auch nicht durch die Betreuung der Kinder am Nachmittag in offenen Gruppen in Frage gestellt, dies umso weniger, als nachmittags nur ein Teil der Kinder in der Einrichtung verbleibt bzw. dorthin von den Eltern zurückgebracht wird.

Während das „Refinanzierungssystem“ prinzipiell – durch Aufteilung der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft – die Beschäftigung von 2 Teilzeitkräften im Gesamtbeschäftigungsumfang von 100% zulässt, scheidet im vorliegenden Fall die Halbierung der Arbeitszeit der Gruppenleiterin daher an den – durch die Öffnungszeiten des Kindergartens bedingten – Einsatzzeiten der Gruppenleiterin am Vormittag, die sich je nach Dienstbeginn und Beginn der Mittagspause (frühestens 12.45 Uhr) in der Arbeitswoche auf ca. 30 Stunden belaufen. Darüber hinaus sind von einer Gruppenleiterin „Verfügungszeiten“, die aufgrund ihres Zwecks nur begrenzt auf den Zeitanteil einer Teilzeitstelle reduzierbar sind, zu leisten. Hinzu kommen bei einem Stellensplitting „Austausch- und Übergabezeiten“, die zusätzlich bei abwechselnder Gruppenleitertätigkeit durch 2 Teilzeitkräfte anfallen.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 19. Januar 2005, 12 Sa 1512/04



eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Dieter Schäfer, Zweigertstraße 37/41, 45130 Essen, Tel.: 0201 / 72091 – 0, Fax: 79 78 17; e-mail: h.muslewski@linton.de; www.linton.de

### 13. Arbeitszeit, Anwendung der Richtlinie 93/104/EG vom 23.11.93 auf Ersatzkräfte der Feuerwehr

1. Die Tätigkeiten, die von den Einsatzkräften einer staatlichen Feuerwehr wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ausgeübt werden, fallen in der Regel in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien, so dass Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie, 93/104 grundsätzlich der Überschreitung der Obergrenze von 48 Stunden entgegensteht, die für die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst vorgesehen ist;

2. eine Überschreitung dieser Obergrenze ist jedoch möglich, wenn außergewöhnliche Umstände einer solchen Schwere und eines solchen Ausmaßes vorliegen, dass dem Ziel, das ordnungsgemäße Funktionieren der zum Schutz der öffentlichen Interessen wie der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit unerlässlichen Dienste zu gewährleisten, zeitweilig Vorrang vor dem Ziel gebührt, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der in den Einsatz- und Rettungsteams tätigen Arbeitnehmer zu gewährleisten; auch in einer solchen außergewöhnlichen Situation müssen jedoch die Ziele der Richtlinie 89/1391 weitest möglich gewahrt werden.

■ Europäischer Gerichtshof  
vom 14. Juli 2005, C 52/04

eingereicht von Rechtsanwalt Jan Ruge, Hans-Henny-Jahn-Weg 9, 22085 Hamburg, Tel.: 040/270 75 50, Fax: 270 75 555; e-mail: janruge@ruegkroemer.de

### 14. Arbeitszeitreduzierung, Anspruch auf Teilzeit, einstweilige Verfügung, keine betrieblichen Gründe, wenn Arbeitgeber jedenfalls befristet einer Arbeitszeitreduzierung zugestimmt hatte, Kinderbetreuung

Die Vorwegnahme der Hauptsache steht einer einstweiligen Regelung gemäß § 940 ZPO nicht entgegen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Die Verfügungsklägerin hat jedenfalls in ihrer Berufungserwiderung – insoweit nicht bestritten – vorgetragen, in den Sommerferien dieses Jahres seien ihre Kinder nicht mehr durch den Kindergarten betreut worden, andere Betreuungsmöglichkeiten stünden auf Dauer nicht zur Verfügung. Die Ablehnung einer vorläufigen, hier auf den Ausgang der Hauptsache, letztlich bis zum 31.07.2006 begrenzten Regelung, stehen daher wesentliche Nachteile der Kindererziehung bzw. Kinderbetreuung gegenüber.

Die Verfügungsklägerin ist nicht darauf zu verweisen, andernorts eine Betreuung anzunehmen, wenn dies mit weiteren Nachteilen einer Busfahrt verbunden ist. Weiterhin steht dem Verlangen der Verfügungsklägerin nicht entgegen eine im

zulässigen Rahmen beantragte Nebentätigkeit, jedenfalls solange nicht als diese Nebentätigkeit nicht das Ziel der Kinderbetreuung konterkariert.

Soweit die Verfügungsbeklagte dem im Verfügungsanspruch betriebliche Gründe entgegengesetzt, vermag dem auch die Berufungskammer nicht zu folgen. Die Verfügungsbeklagte hat selbst – in dem erstinstanzlich verurteilten begrenzten Rahmen – der Verfügungsklägerin eine Reduzierung der Arbeitszeit mit der von ihr beehrten Lage der Arbeitszeit angeboten. Sie hat dieses Angebot lediglich befristet bis zum 31.07.2006 und es bis zu diesem Zeitpunkt unwiderruflich gelassen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 21. September 2005, 4 Sa 710/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Herbert, Hindenburgstraße 3, 96450 Coburg, Tel.: 09561 / 97 18, Fax: 97 10; e-mail: Dr.Herbert@t-online.de; www.Dr-Herbert.de

### 15. Arbeitszeitreduzierung, Teilzeitverlangen, einstweilige Verfügung zur Kinderbetreuung einer Rechtsanwaltsfachangestellten, Streitwert

1. Zwar hat die Beklagte mit ihrem „Organisationskonzept“ – thematisch – einen Umstand benannt, der seiner Art nach (s. § 8 Abs. 4 Satz 2 TzBfG; „Organisation“) zweifellos geeignet ist, den individuellen Arbeitszeitwünschen Grenzen zu setzen. Die Beklagte hat die hierfür maßgeblichen konkreten Tatsachen im gerichtlichen Verfahren aber nicht in einer Weise aufbereitet, die einschlägige Feststellungen zu ihren Gunsten treffen lassen.

Für diesen Befund schlägt zum einen zu Buche, dass schon der zeitliche Rahmen (bis 17.00 Uhr), auf den die Beklagte die betriebliche Präsenz der Klägerin künftig fixiert sehen will, mit dem erwähnten Organisationskonzept und seiner wesentlich weiter (als 17.00 Uhr) reichenden „Spätschicht“ alles andere als deckungsgleich ist. Denn die Klägerin soll nach der Darstellung der Beklagten ihre frühere Verringerung der Arbeitszeit auf 32 Wochenarbeitsstunden gerade wegen dieses Konzepts nur gegen die Bereitschaft erwirkt haben, im Gegenzug für die Arbeitszeitverkürzung bis 19.30 Uhr zu arbeiten. Dass es dasselbe Konzept sei, das es für die Klägerin nun einerseits ausschließe, ihren Dienst (nur) bis 14.00 Uhr zu verrichten, andererseits aber gestatte, (bereits) um 17.00 Uhr – statt, wie früher, erst um 19.30 Uhr – „Feierabend“ zu machen, wirkt zumindest ungereimt. Auch ihr mehr oder weniger pauschaler Hinweis auf jene Vielzahl von Mitarbeiterinnen, die mit der Klägerin um die begehrten „Frühschichtzeiten“ konkurrieren (sollen), kann nicht ausreichen, um zu belegen, dass die Ressourcen zu einer Problemlösung innerhalb der von der Klägerin unterbreiteten Bandbreite von Regelungsvarianten erschöpft wären.

2. Ist der Anerkennung des rechtlichen Anspruchs der Klägerin auf tatsächliche Beschäftigung von jeweils 9.00 bis 14.00 Uhr nicht auszuweichen, so steht dem Erlass der deswegen beantragten einstweiligen Verfügung auch nicht entgegen,

## Allgemeines Vertragsrecht

dass sich die Klägerin damit insofern bereits in der „Hauptsache“ durchsetzt.

a) Richtig ist zwar, dass einstweilige Verfügungen im Sinne der §§ 935, 940 ZPO grundsätzlich nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen sollen. Die tatsächliche Anspruchsbefriedigung des Gläubigers ist als Konsequenz einer „einstweiligen“ Verfügung andererseits aber auch nicht ausgeschlossen. Anerkannt ist vielmehr auch, dass besondere Lebenssachverhalte eine Ausnahme von dem erwähnten Grundsatz gebieten können.

Im Interesse der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes nimmt die Rechtsordnung in solchen Problemlagen das Risiko einer materiell unrichtigen Entscheidung im Eilverfahren über den Bestand des erhobenen Anspruchs oder den Schutzgehalt des betroffenen Rechts bewusst in Kauf, sofern nur eine Abwägung der Interessen der Parteien dies zulässt oder gar gebietet.

Genau so verhält es sich hier:

Ausschlaggebend ist der Umstand, dass das besagte Recht der Klägerin auf die besagte Arbeitszeitgestaltung nicht mehr im Nachhinein verwirklicht werden kann. Seine Ausübung ist zeitgebunden. Wird die Klägerin tatsächlich gezwungen, ihren Dienst täglich von 12.00 bis 17.00 Uhr zu verrichten, so ist ihr Recht – pro rata temporis – dahin, und zwar insoweit endgültig. Unter solchen Umständen erzeugt sowohl die gerichtliche Intervention als auch ihre Unterlassung „vollendete Tatsachen“ und somit einen Zustand, in dem die „Hauptsache vorweggenommen“ wird. Da hier die Folgen der Unterlassung gerichtlicher Intervention nach Lage der Dinge die Klägerin und ihren familiären Lebenszuschnitt weitaus einschneidender trafen als die hier verfügte Anordnung einer – je nach dem Verlauf des Hauptsacheverfahrens möglicherweise nur vorübergehenden – Dienstzeit der Klägerin ab 9:00 Uhr, erscheint es nicht nur gerechtfertigt, sondern geboten, das Risiko einer im summarischen Verfügungsverfahren materiell möglicherweise unrichtigen Entscheidung der Beklagten zuzuweisen.

3. Den Wert des Verfahrensgegenstandes hat das Gericht aufgrund des § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festgesetzt und nach den Gepflogenheiten der arbeitsgerichtlichen Praxis mit drei Monatsvergütungen der Klägerin bemessen.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 8. Juli 2005, 28 Ga 13.830/05

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfgang A. Gustavus, Meinekestraße 22, 10719 Berlin, Tel.: 030/88 41 09-0, Fax: 88 41 09 30; e-mail: berlin@wollmann.de; www.wollmann.de

### 16. Aufhebungsvertrag, Schriftform, Verwirkung des Rechts zur Berufung auf den Formmangel

1. Die Beklagte hat dem Kläger durch die Übergabe eines vorformulierten Schreibens konkludent ein Angebot auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses unterbreitet. Dieses Angebot der Beklagten hat der Kläger schriftlich angenommen, indem er sich damit einverstanden erklärt hat, dass das mit

der (...) bestehende Arbeitsverhältnis wegen Frühinvalidität zum 31.08.2001 endet.

Der zwischen den Parteien geschlossene Auflösungsvertrag ist nach § 623 BGB, § 125 Satz 1 BGB mangels Schriftform nichtig. Die Schriftform ist nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB nur gewahrt, wenn die Parteien dieselbe Vertragsurkunde unterzeichnen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet, § 127 Abs. 2 Satz 2 BGB. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. Die Parteien haben weder eine gemeinsame Vertragsurkunde noch mehrere gleichlautende Urkunden unterzeichnet.

2. Der Verstoß gegen das Schriftformerfordernis führt nicht deshalb zur Nichtigkeit, weil den Schutzzwecken des § 623 BGB – der Warn- sowie der Klarstellungs- und Beweisfunktion – Rechnung getragen ist. Die Nichtigkeitsfolge des § 125 Satz 1 BGB tritt in aller Regel auch dann ein, wenn im Einzelfall einem, mehreren oder gar allen Schutzzwecken auf andere Weise genüge getan ist. Die gesetzlichen Formvorschriften sind gegenüber der Erfüllung der Schutzzwecke, die zu ihrer Normierung geführt haben, verselbständigt (vgl. BAG, v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03, AP Nr. 1 zu § 623 BGB).

3. Die Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit des Auflösungsvertrages verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

a) Der Formmangel eines Rechtsgeschäfts ist nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich, weil sonst die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts ausgehöhlt werden (vgl. BGH, v. 14.6.1996 – V ZR 85/95, NJW 1996, 2503; BAG, v. 4.12.1997 – 2 AZR 799/96, AP Nr. 141 zu § 626 BGB; BAG, v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03, AP Nr. 1 zu § 623 BGB; APS/Preis, 2. Aufl. § 623 BGB Rn 40). Unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) kann ein Formmangel nach § 242 BGB als unbeachtlich angesehen werden, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt. So hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts eine Berufung auf die – vereinbarte – Schriftform als treuwidrig in einem Fall angesehen, in dem der Arbeitnehmer seiner Beendigungsabsicht mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach Ausdruck verliehen und damit einen besonderen Vertrauensstatbestand geschaffen hatte (vgl. BAG, v. 4.12.1997, a.a.O.).

b) Das Arbeitsgericht hat diese Voraussetzungen zu Recht für gegeben erachtet. Die Kammer hält es für treuwidrig im Sinne des § 242 BGB, wenn eine Partei in mehrfacher Weise ihren Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses kundtut, über längere Zeit aus einem nichtigen Vertrag Vorteile zieht und sich erst nachträglich auf die Unwirksamkeit ihrer eigenen Erklärung beruft. Der Kläger hat mit der Übergabe des Bescheids der LVA vom 27.07.2001 über die Bewilligung einer Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit an die Personalabtei-

lung der Beklagten den ersten Anstoß für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Er hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, ihm sei nach einem vorherigen Beratungsgespräch bei der IG-Metall bewusst gewesen, dass er mit der Übergabe des Bescheids der LVA die Voraussetzungen für den Erwerb der betrieblichen Altersversorgung schaffe.

Allerdings könnte die Beklagte dem Kläger den Einwand treuwidrigen Verhaltens nicht entgegenhalten, wenn sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Erklärung vom 06.08.2001 hätte erkennen können, dass der Kläger bei der Abgabe der Willenserklärung einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum unterlag. Mit seiner Behauptung, er habe den Inhalt der von ihm unterzeichneten Erklärung nicht verstanden, hat der Kläger einen Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB nicht schlüssig dargetan. Als Irrtum ist die unbewusste Unkenntnis von dem wirklichen Sachverhalt aufzufassen. Deshalb unterliegt der Erklärende keinem Irrtum, wenn er seine Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, deren Inhalt nicht zu kennen oder wenn er sich über ihren Inhalt keine Gedanken macht. Er darf ausnahmsweise und nur dann anfechten, wenn er sich von dem Inhalt des Schriftstücks eine bestimmte, allerdings unrichtige Vorstellung gemacht hat. Der Kläger macht zwar geltend, er habe nur sein Einverständnis mit dem tatsächlichen Ausscheiden für die Dauer des Bezugs der Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit erklären wollen. Diese von dem Inhalt der Erklärung abweichende Vorstellung des Klägers war für die Beklagte nicht erkennbar. Ebenso wenig war für die Beklagte erkennbar, dass der Kläger sich – nach seiner Darstellung – von der Vorstellung hat leiten lassen, die Unterzeichnung der Erklärung sei erforderlich, um in den Bezug der Erwerbsunfähigkeitsrente auf Zeit aus der gesetzlichen Rentenversicherung zu kommen.

Die Beklagte hat bei der Übergabe der vorformulierten Erklärung vom 06.08.2001 auch nicht eine besondere Unerfahrenheit des Klägers ausgenutzt. Nach dem eigenen Vortrag des Klägers waren bei der Unterzeichnung der Erklärung zwei Mitglieder des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats anwesend. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Beklagte dem Kläger nach dem Erkenntnisstand im August 2001 ein für ihn nachteiliges Angebot gemacht hat. Die Unterzeichnung der Erklärung war für den Kläger nur dann nicht rechtlich vorteilhaft, wenn er nach dem 01.12.2003 in der Lage sein würde, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen. Von einer positiven Gesundheitsprognose konnte indes im August 2001 nicht sicher ausgegangen werden.

Der Kläger hat das Schreiben vom 07.08.2001, in dem die Beklagte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.08.2001 noch einmal bestätigt, widerspruchslos entgegengenommen. Schließlich hat der Kläger über einen Zeitraum von 27 Monaten bei der Beklagten den Eindruck erweckt, an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festhalten zu wollen. Er hat die Beklagte dadurch veranlasst, Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu erbringen, zu denen sie im Falle des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses nicht

verpflichtet gewesen wäre. Bei dieser Sachlage muss sich der Kläger an seiner Erklärung festhalten lassen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 11. August 2005, 4 Sa 1855/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511 / 215 55 63 33, Fax: 215 55 63 43; www.neef-schrader.de

### 17. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Olympia-Zyklus für Mitarbeiter in Olympiastützpunkten, Konzeption, Haushaltsmittel, Eigenart der Tätigkeit

1. Ein Befristungsgrund wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung des Klägers (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG) ist nicht feststellbar.

Zwar sind die Olympiastützpunkte in ein vom Deutschen Sportbund erstelltes Stützpunktsystem eingebunden, welches in einem Zeitraum von jeweils ca. 4 Jahren konzeptionell überprüft und weiterentwickelt oder fortgeschrieben wird. Aus dem 4-jährigen – an den Olympiazzyklus angebotenen – Rhythmus lässt sich jedoch ein befristeter Bestand der Olympiastützpunkte nicht herleiten. Denn die Entwicklungskonzepte enthalten gerade keine Prognose dahingehend, dass die Spitzensportförderung mit Hilfe des Stützpunktsystems nach

Ablauf des 4-jährigen Zeitraumes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eingestellt werden wird. Vielmehr ist diese Konzeption in ein deutlich längerfristiges Spitzensportprojekt für einen Zeitraum von derzeit 2001 bis 2012 eingebunden. Es handelt sich lediglich um dieselbe Unsicherheit zukünftiger Finanzierungsmöglichkeiten, wie sie jeden Unternehmer trifft, der Mitarbeiter beschäftigt. Eine Umgehung des Kündigungsschutzes ist – nach der einschlägigen und eindeutigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes – auf dieser Grundlage nicht zulässig.

2. Zwar besteht gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 Ziffer 7 TzBfG eine Befristungsmöglichkeit, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind. Es kann dahinstehen, ob diese Regelung unmittelbar oder nur mittelbar anzuwenden ist, wenn die Finanzierung durch die öffentliche Hand als Drittmittelgeber erfolgt. Jedenfalls kann auch dieser Befristungsgrund nicht auf die allgemeine Unsicherheit gestützt werden, ob im nachfolgenden Haushaltsplan noch Mittel für eine Stelle ausgewiesen werden. Vielmehr muss der Arbeitgeber darlegen, aufgrund welcher konkreter Anhaltspunkte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses damit zu rechnen war, dass die Mittel für die Beschäftigung des Arbeitnehmers lediglich für den begrenzten Zeitraum vorhanden sein würden (vgl. *Meine/Heyn/Herms*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 14 Rn 57; *Gräfl/Arnold pp.*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, § 14 Rn 194 ff.).

Hierfür liegen nach dem Vorbringen des Beklagten keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Es ist weder dargelegt, dass

## Allgemeines Vertragsrecht

die Haushaltsmittel vom Haushaltsgesetzgeber lediglich für einen befristeten Zeitraum zur Verfügung gestellt werden. Noch handelt es sich bei der Spitzensportförderung, insbesondere der Olympiäförderer, um eine zeitlich begrenzte staatliche Aufgabe.

Auch die Tatsache, dass die benötigten Mittel nicht für den 4-Jahres-Zeitraum, sondern jährlich beantragt und nach entsprechender Vorlage eines Kosten- und Finanzierungsplanes offensichtlich bedarfsgerecht bewilligt werden, spricht dafür, dass nicht jeweils am Beginn des vorgetragenen 4-Jahres-Zeitraumes eine konkrete haushaltsrechtliche Befristung der bereitgestellten Mittel vorgenommen wird.

3. Eine wirksame Befristung wegen der Eigenart der Tätigkeit des Klägers (§ 14 Abs. 1 S. 2 Ziffer 4 TzBfG) scheidet aus, da die Verwaltungsaufgaben des Klägers als Leiter des Olympiastützpunktes ausschließlich an dessen Bestand geknüpft sind.

■ Arbeitsgericht Hannover  
vom 23. Juni 2005, 3 Ca 303/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511 / 215 55 63 33, Fax: 215 55 63 43; www.neef-schrader.de

### Anmerkung des Einreichers:

Wir gehen davon aus, dass das Berufungs- und aller Voraussicht nach auch das sich anschließende Revisionsverfahren durchgeführt werden.

### 18. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Schriftform für befristeten Verlängerungsvertrag nach dem BerlHG

§ 44 Abs. 5 Satz 1 BerlHG, wonach u. a. befristet beschäftigte Verwaltungsangestellte an Hochschulen im Hinblick auf ihre Mitgliedschaft in Hochschulgremien auf Antrag diese Zeiten zur Hälfte nicht auf ihre Dienstzeit angerechnet erhalten, erfordert den Abschluss eines den Anforderungen des § 14 Abs. 4 TzBfG i.V.m. § 126 Abs. 2 BGB entsprechenden Verlängerungsvertrags.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 1. Juli 2005, 6 Sa 873/05, Rev. zugel.

### 19. Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis, einstweilige Verfügung, vertragliche Freistellungsklausel

1. Der Arbeitsvertrag enthält ausdrücklich eine Freistellungsklausel. Zu dieser meint die Klägerin, spätestens mit der Schaffung des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sei von einer Rechtsunwirksamkeit der Freistellungsklausel auszugehen und beruft sich dazu auf eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Frankfurt vom 19.11.2003 (2 Ga 251/03).

Diese Rechtsposition ist indes alles andere als geklärt. Die gegenteilige Auffassung vertreten z. B. das LAG München (5. Kammer) im Urteil vom 07.05.2003 (5 Sa 297/03) und die 6. Kammer des LAG München im Urteil vom 14.03.2003

(6 Sa 184/03). Die 5. Kammer des LAG München (a. a. O.) hält zwar generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln gem. § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam, geht aber davon aus, dass die Ausübung des in einer Freistellungsklausel vereinbarten Freistellungsrechts aufgrund einer Auslegung § 315 Abs. 1 BGB unterliegt oder, wenn eine solche Auslegung nicht möglich ist, aufgrund einer sog. geltungserhaltenden Reduktion dieser Billigkeitskontrolle unterfällt, wenn anders die Freistellungsklausel gem. § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam wäre. Ebenso hat – was im Übrigen die erkennende Kammer teilt – das LAG München (a. a. O.) entschieden, dass die gem. § 315 BGB erforderliche Billigkeit der aufgrund einer Freistellungsklausel erklärten Freistellung zwar eine Interessenabwägung voraussetzt, aber nicht ein das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmer überwiegendes, schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers im Sinne der Rechtsprechung des BAG zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch.

Als Zwischenergebnis ist zunächst festzuhalten, dass jedenfalls nicht aufgrund einer eindeutigen, erst recht nicht aufgrund einer durch höchstrichterliche Rechtsprechung geklärten Rechtslage die Freistellungsklausel unwirksam ist und damit der Verfügungsanspruch in jedem Falle gegeben wäre. Vielmehr kommt es für den Verfügungsanspruch im vorliegenden Fall auf die Frage der Billigkeit der Ausübung an. Wie im Rahmen der Interessenabwägung zum Verfügungsgrund noch zu zeigen sein wird, kann diese ebenfalls keineswegs a priori verneint werden.

2. Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass die Freistellung sie bei der Bewerbung bei einem potentiellen Arbeitgeber diskriminiere und sie dort Nachteile zu erwarten habe.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die Klägerin insofern indes keinen einzigen konkreten Fall vorgetragen hat. Die Behauptung, dass die Klägerin bei einem potentiellen Arbeitgeber gravierende Nachteile zu erwarten habe, ist reine Spekulation, die auch dadurch nicht glaubhafter wird, dass die Klägerin eidesstattlich versichert, sie sei überzeugt, dass jede Bewerbung ohne Aussicht auf Erfolg sei, wenn sie auf eine entsprechende Nachfrage eines potentiellen Arbeitgebers sagen müsse, dass sie freigestellt sei. Mittlerweise sind mehrere Monate nach der Freistellung vergangen. Davon abgesehen hat das Arbeitsgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass vertragliche Freistellungsklauseln insbesondere in leitenden Funktionen üblich sind und sich die Länge der Freistellung allein aus der Länge der Kündigungsfrist ergibt.

3. Auch liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Freistellung auf ein schikanöses Verhalten der Beklagten zurückgehe. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Klägerin schon aufgrund des Arbeitsvertrages und der dort enthaltenen Klausel mit einer Freistellung im Falle der Kündigung rechnen musste und diese Freistellung mithin auf Arbeitgeberseite als ein vorgesehener Normalfall erscheinen muss.



4. Die Beklagte hat sich im Rahmen des § 315 BGB darauf berufen, dass zu berücksichtigen sei, dass die Klägerin in herausgehobener Position als Büroleiterin beschäftigt sei und daraus resultiere, dass sie mit einem besonderen Vertrauensverhältnis gegenüber der Geschäftsführung eingesetzt sei. Die Beschäftigung einer Büroleiterin in gekündigter Position, zusätzlich mit einer streitigen Auseinandersetzung vor dem Arbeitsgericht sei mit dem berechtigten Interesse der Beibehaltung des Betriebsfriedens bei der Beklagte nicht vereinbar. In der Tat kann es nicht unbillig erscheinen, wenn der Arbeitgeber ein vereinbartes Freistellungsrecht in einer Situation in Anspruch nimmt, in der über die Beendigung des Vertragsverhältnisses sowohl außergerichtlich als inzwischen auch gerichtlich gestritten wird und damit typischerweise die tägliche Zusammenarbeit in einer Position, in der ein besonderes Vertrauensverhältnis erforderlich ist, belastet ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 13. Mai 2005, 4 Sa 400/05

## 20. Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis, einstweilige Verfügung, Freistellungsklausel im Arbeitsvertrag

1. Die Freistellungsklausel in Ziff. 12 Satz 1 des Arbeitsvertrages der Parteien: „Die ... ist berechtigt, ... im Zusammenhang mit einer Kündigung oder aus sonstigen billigen Gründen von der Pflicht zur Erbringung von Arbeitsleistungen unter Fortzahlung der vereinbarten Bezüge freizustellen“, verstößt in der gewählten Formulierung bezogen auf das Arbeitsverhältnis des Klägers weder gegen § 308 Nr. 4 BGB noch gegen § 307 Abs. 1 BGB.

Die formularmäßige Freistellungsklausel scheidet zunächst nicht an § 308 Nr. 4 BGB; das Recht auf tatsächliche Beschäftigung ist keine vom Arbeitgeber versprochene Leistung, sondern ein Resultat richterlicher Rechtsfortbildung. Die streitgegenständliche Klausel hält auch der allgemeinen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand. Zwar ist es dem Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen nicht gestattet, seine eigenen Interessen durch vorformulierte Verträge ohne jegliche Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers durchzusetzen.

Die Freistellungsklausel, die eine Freistellung im Zusammenhang mit einer Kündigung oder aus sonst billigen Gründen zulässt, hält dem Vergleich mit den richterlich verfestigten Grundsätzen zum Beschäftigungsanspruch stand. Nach dem Bundesarbeitsgericht hat der Arbeitnehmer grundsätzlich unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 1, 2 GG im laufenden Arbeitsverhältnis einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, und zwar auch zwischen Zugang der Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist (BAG (GS), 27.2.1985, NZA 1985, 702; BAG, 25.5.1977 – 2 AZR 632/76, DB 1977, 2099–2101). Allerdings führte das Bundesarbeitsgericht bereits in seiner grundsätzlichen Entscheidung zur Beschäftigungspflicht aus (BAG (GS), 27.2.1985, a. a. O., unter C lit. 3 c), dass sich aus der Stellung

des gekündigten Arbeitnehmers im Betrieb und der Art seines Arbeitsbereichs ein überwiegendes schutzwertes Interesse des Arbeitgebers ergeben kann, den betreffenden Arbeitnehmer wegen der Ungewißheit des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses von seinem Arbeitsplatz fern zu halten. Eine solche Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen wird auch bei der Inhaltskontrolle in Anlehnung an allgemeine AGB-rechtliche Grundsätze als zulässig erachtet (ErfK/Preis, §§ 305–310 BGB, Rn 46).

Die Berücksichtigung der herausgehobenen Stellung des Klägers, insbesondere in dem für die Beklagte wichtigen und sensiblen Bereich der Kundenbeziehungen, rechtfertigt es, eine generelle Freistellungsbefugnis der Arbeitgeberin für den Zeitraum ab dem Kündigungsausspruch zu akzeptieren.

2. Die Ausübung des Freistellungsrechtes ist nochmals einer Kontrolle nach § 315 BGB zu unterwerfen. Die Freistellung ist demnach zulässig, wenn nach Abwägung der wesentlichen Umstände des Falles und der angemessenen Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 3 BGB). Vorliegend entspricht es billigem Ermessen, wenn der Arbeitgeber einen Angestellten in der Verantwortungsstufe des Klägers während der laufenden Kündigungsfrist von einer weiteren Arbeitsleistung freistellt. Dass die Beklagte die Freistellung auch unter dem Blickwinkel zielführenderer Gespräche zur einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen hat, erscheint möglich, ist aber durchaus legitim. Anhaltspunkte aber für eine ausschließlich als Druckmittel ausgesprochene Freistellung sind nicht erkennbar.

Die für den Kläger bestehenden Nachteile sind Folgen, wie sie im Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung eintreten können. Auf diese hat sich der Kläger bewusst bereits bei Unterzeichnung des Anstellungsvertrages mit der längeren Kündigungsfrist einerseits und der Freistellungsmöglichkeit für die Beklagte andererseits eingelassen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte mit der Freistellung des Klägers anzuerkennende eigene Interessen verfolgt. Die Grenze billigen Ermessens ist gewahrt.

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main

vom 22. September 2005, 19 Ga 199/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Steffen Albicker, Kettenhofweg 1, 60325 Frankfurt am Main, Tel.: 069 / 97 14 37–0, Fax: –40; e-mail: s.albicker@pilger-law.com; www.pilger-law.com

## 21. Betriebliche Altersversorgung, Vollendung der anspruchsbegründenden Betriebszugehörigkeit nach dem 65. Lebensjahr

Sieht eine Versorgungsordnung eine 10-jährige Betriebszugehörigkeit vor, dann kann diese mangels entgegenstehender Regelung in der Versorgungsordnung auch durch Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über das 65. Lebensjahr erworben werden. Die Regelung, der Versorgungsfall trete spätestens

## Allgemeines Vertragsrecht

mit dem 65. Lebensjahr ein, ist keine entgegenstehende Regelung.

■ Arbeitsgericht Aachen

vom 15. Juli 2005, 9 Ca 5903/04

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen-Laurensberg, Tel.: 0241-932 95 96, Fax: 932 95 97; e-mail: sparla-rechtsanwaelte@t-online.de; www.sparla-rechtsanwaelte.de

### 22. Betriebliche Altersversorgung, Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit

1. Das für Eingriffe in Versorgungsanwartschaften vom BAG entwickelte dreistufige Prüfungsschema ist auf Änderungen laufender Betriebsrenten nicht ohne weiteres übertragbar.

2. Die Änderung laufender Betriebsrenten bedarf tragfähiger Gründe, deren Gewicht von den Nachteilen abhängt, die dem Versorgungsberechtigten konkret entstehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 18. Februar 2005, 11 Sa 893/04, Rev. zugel.

### 23. Betriebliche Altersversorgung, vorzeitige Inanspruchnahme, Berechnung

Bei einer auf dem sog. Baukastenprinzip beruhenden Versorgungszusage hat bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers und vorzeitiger Inanspruchnahme der Altersleistung neben einem nachträglich eingefügten versicherungsmathematischen Abschlag keine Quotelung seines Versorgungsanspruchs mehr zu erfolgen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 8. Juli 2005, 6 Sa 2/05, Rev. zugel.

### 24. Betriebsübergang, Kündigungsschutzklage, Prozessvergleich, Beendigungszeitpunkt nach Betriebsübergang, Widerspruch gegen Betriebsübergang

1. Die analoge Anwendung von § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO im Falle eines Betriebsübergangs i. S. v. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB nach Klageerhebung gemäß § 4 Satz 2 KSchG gegen den bisherigen Betriebsinhaber (vgl. zu § 4 Satz 1 KSchG, BAG, v. 4.3.1993 – 2 AZR 507/92, EzA § 613 a BGB Nr. 107), ermöglicht auch den Abschluss eines Prozessvergleichs, der die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem nach dem Betriebsübergang liegenden Zeitpunkt zum Inhalt hat.

2. Jedenfalls folgt die wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum genannten Zeitpunkt aufgrund eines derartigen Prozessvergleichs daraus, dass in diesem konkludent ein form- und fristgerecht erklärter Widerspruch (§ 613 a Abs. 6 BGB) des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses liegt.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 23. Juni 2005, 11 Sa 483/05, Rev. zugel.

### 25. Betriebsübergang, (keine) Umgehung durch dreiseitigen Vertrag, Rechtsmissbrauch, rückwirkende Vertragsbegründung

1. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach von Rechts wegen die Begründung eines rückwirkenden Wiedereinstellungsanspruchs ausgeschlossen sein soll, ist nach der Schuldrechtsreform und der dadurch bewirkten neuen Rechtslage der auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nicht mehr wie bisher nach § 306 BGB alter Fassung nichtig, sondern rechtswirksam, § 311 a Abs. 1 BGB. Mithin ist nach Auffassung der Berufungskammer auch eine Verurteilung der Beklagten zum rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrages zulässig und rechtlich möglich.

2. Der sogenannte dreiseitige Vertrag vom 06.02.2004 ist auch nicht wegen Umgehung von § 613 a BGB gem. § 134 BGB nichtig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmern und altem oder neuem Betriebsinhaber auch ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes rechtswirksam möglich, wenn sie auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet sind. Die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages folge auch nicht aus der objektiv bezweckten Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes. Ein solcher Aufhebungsvertrag ist wegen objektiver Gesetzesumgehung lediglich nichtig, wenn die mit einer solchen Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt sind (vgl. dazu BAG, v. 10. 12.1998 – 8 AZR 323/97, AP Nr. 185 zu § 613 a BGB; ebenso z. B. LAG Bremen, v. 10.5.1999 – 1 Sa 291/98). Eine solche Fallgestaltung findet sich vorliegend nicht.

3. Die Klägerin kann von der Beklagten, nachdem ihr Arbeitsverhältnis mit der Firma E (...) GmbH Deutschland durch den sogenannten dreiseitigen Vertrag zum 08.02.2004 beendet worden ist, die Fortsetzung ihres früheren Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen im Wege des rückwirkenden Wiedereinstellungsanspruchs verlangen, weil die Beklagte den Arbeitsplatz der Klägerin in der Holzfensterproduktion unverändert übernommen hat und damit nur gerade so lange gewartet hat, bis die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis zur Schuldnerin beendet hatte. Damit hat die Beklagte gem. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich gegenüber der Klägerin gehandelt mit dem Ziel, ihren ansonsten bestehenden Übernahmearspruch gem. § 613 a Abs. 1 BGB zu vereiteln.

Vor der Erklärung des Insolvenzverwalters in der Belegschaftsversammlung am 26.01.2004, der Betrieb solle mangels eines geeigneten Erwerbers stillgelegt werden, hat die Beklagte unstreitig mehrfache und lang andauernde Kaufgespräche mit dem Insolvenzverwalter geführt. Die Beklagte hat die betriebswirtschaftlichen Kennzahlen der Schuldnerin erhalten, diese analysiert und ausgewertet und Vorstellungen über die mögliche Beschäftigtenzahl mit dem Insolvenzverwalter erör-



tert. Dabei hat sie ihr besonderes Interesse an der Übernahme der Vertriebsmannschaft der Schuldnerin deutlich gemacht.

Demgegenüber hat die Beklagte nach Auffassung der Berufungskammer gänzlich unsubstantiiert und lediglich pauschal behauptet, sie habe die Gespräche am 15. Januar 2004 abgebrochen. In diesem Zusammenhang und unter diesen Umständen ist es für die Berufungskammer völlig unglaubhaft, dass die Beklagte jegliche Kontakte und jegliche Verkaufsverhandlungen mit dem Insolvenzverwalter bis zu dessen erneutem Anruf bei der Beklagten am 09.02.2004 abgebrochen haben will.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts weisen alle Umstände und Indizien des Einzelfalls darauf hin, dass die Beklagte die wesentlichen Verkaufsverhandlungen bereits im Januar 2004 geführt hatte, dann lediglich abwartete, bis die Hauptbelegschaft ihre Arbeitsverhältnisse per Aufhebungsvertrag mit der Schuldnerin beendet hatte, den Mitarbeitern in der Ausproduktion gekündigt war und die Stilllegung des Betriebes förmlich beschlossen war, um unmittelbar danach das Unternehmen der Schuldnerin zu kaufen und die Mitarbeiter aus der Ausproduktion mit veränderten Arbeitsbedingungen „neu einzustellen“. Mit anderen Worten hat die Beklagte bewusst und zielgerichtet den Abschluss der Aufhebungsverträge des Großteils der Mitarbeiter und die Kündigung der Mitarbeiter in der Ausproduktion abgewartet, um den Betrieb „mitarbeiterfrei“ zu erwerben. Dies stellt nach Auffassung des Berufungsgerichts eine rechtsmissbräuchliche Handhabung des Erwerbs in der Insolvenz dar einzig mit dem Ziel, sich dem Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis zu entziehen. Dass vergleichbare Fälle rechtsmissbräuchliches Verhalten darstellen könnten, ist auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt (vgl. dazu nur BAG, v. 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, NZA 2005, 405 ff.; BAG, v. 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, DB 2004, 2107 ff.).

Zwar ist die Klägerin durch den sogenannten dreiseitigen Vertrag vom 06.02.2004 aus dem Unternehmen der Schuldnerin ausgeschieden, doch ist sie wegen des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Beklagten dieser gegenüber so zu stellen, als hätte sie einen Wiedereinstellungsanspruch zu den bisherigen, unveränderten Bedingungen des Arbeitsverhältnisses, der auch rückwirkend geltend gemacht werden kann.

4. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen worden.

■ Landesarbeitsgericht Brandenburg

vom 12. April 2004, 2 Sa 297/04

eingereicht von Rechtsanwältin Julia Schmalenberg, Berliner Straße 46, 16761 Hennigsdorf, Tel.: 03302 / 504 70,

Fax: 802 762;

e-mail: kanzlei-hennigsdorf@bergsdorf-rechtsanwaelte.de;

www.bergsdorf-rechtsanwaelte.de

## 26. Betriebsübergang, keine Haftung des Erwerbers für Abfindungsvereinbarungen des Veräußerers

Die A. GmbH & Co KG (A.) kündigte mehrere Arbeitnehmer und schloss mit ihnen Abfindungsvergleiche. Nach Beendigung der Arbeitsverhältnisse wurde die Insolvenz über die A. eröffnet. Gleichzeitig übernahm die B. GmbH & Co KG den Betrieb der A. Die B. zahlte die Abfindungen nicht. U.a. weil die jeweiligen Komplementär-GmbH's der A. und B. jeweils den gleichen Geschäftsführer (G.) hätten, forderte eine Arbeitnehmerin die Zahlung ihrer Abfindung durch die B. vergeblich.

1. Aus dem gerichtlichen Vergleich vom 07. Februar 2003 ergibt sich kein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte. Denn Schuldnerin des Abfindungsbetrages ist nicht die Beklagte, sondern die A. KG. Damit scheidet auch ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Anpassung des Vergleichs wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB von vornherein aus. Solche Ansprüche könnte die Klägerin nur gegenüber der A. KG als Vertragspartei des gerichtlichen Vergleichs geltend machen.

2. Die Beklagte schuldet auch nicht deshalb die Zahlung der im Vergleich titulierten Abfindung, weil der Betrieb der A. KG auf sie übergegangen ist. Denn das hilft der Klägerin schon deshalb nicht, weil § 613 a BGB nach seinem eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut nur Arbeitsverhältnisse erfasst, die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch bestehen. Ist das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits beendet, greift § 613 a BGB nicht ein (vgl. BAG, v. 11.11.1936, EzA § 613 a BGB Nr. 60).

3. Auch eine entsprechende Anwendung von § 613 a BGB kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Eine solche entsprechende Anwendung muss schon daran scheitern, dass eine Gesetzeslücke fehlt. Durch § 613 a BGB wird die Haftung zwischen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber eindeutig gegeneinander abgegrenzt. Zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits ausgeschiedene Arbeitnehmer müssen danach ihre Rechte dort geltend machen, wo sie entstanden sind, nämlich beim Betriebsveräußerer.

4. Eine Haftung der Beklagten für die Zahlungsverpflichtung der A. KG aus dem gerichtlichen Vergleich vom 07. Februar 2003 ergibt sich auch nicht, wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgeht, dass die Beklagte und die A. KG im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses einen gemeinsamen Betrieb führten. Auch dann, wenn zwei Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb unterhalten, bleiben die Arbeitsverhältnisse, soweit nichts Abweichendes vereinbart ist, ausschließlich der Arbeitgebergesellschaft zugeordnet, mit der sie begründet worden sind (vgl. BAG, v. 5.3.1987, AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; BAG, v. 24.2.2000, RzK I 5 e Nr. 129; BAG, v. 26.8.1999 – 8 AZR 588/98).

5. Die Beklagte schuldet der Klägerin die Zahlung der Abfindung auch nicht deshalb, weil sie nach der Behauptung der Klägerin einer anderen Arbeitnehmerin der A. KG eine Abfindung gezahlt hat. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungs-

## Allgemeines Vertragsrecht

grundsatz kommt als Anspruchsgrundlage nämlich schon deshalb nicht in Betracht, weil dessen Anwendung arbeitsvertragliche Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzen. Hieran fehlt es zwischen den Parteien des Rechtsstreits.

6. Die Beklagte muss auch nicht nach § 31 BGB für eine unter Umständen vom Geschäftsführer G. ihrer Komplementär-GmbH gegenüber der Klägerin begangene unerlaubte Handlung einstehen. Insoweit mag zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass bei einer GmbH & Co. KG § 31 BGB auch als Zurechnungsnorm für unerlaubte Handlungen des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH in Betracht kommt. Zweifelsfrei ist das freilich nicht. Denn der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH ist lediglich Organ der GmbH, nicht aber Organ der KG. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Denn ein Anspruch der Klägerin nach § 31 BGB gegenüber der Beklagten scheidet ohnehin aus.

Bei Abschluss des gerichtlichen Vergleichs vom 07. Februar 2003 handelte G. als Vertretungsberechtigter der A. KG nach §§ 161 Abs. 2, 125, 170 HGB i.V.m. § 35 GmbHG. Dass G. gleichzeitig auch Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten war, ändert daran nichts. Ist nämlich jemand Organ mehrerer juristischer Personen oder Personengesamtheiten, so ist die Handlung derjenigen juristischen Person oder Personengesamtheit zuzurechnen, für die der Handelnde aus der Sicht eines objektiven Betrachters ausschließlich tätig wird (vgl. OLG Frankfurt am Main, v. 9.8.1984, WRP 1985, 83).

Hier fehlt jeglicher Anhaltspunkt für die Annahme, dass G. bei Abschluss des gerichtlichen Vergleichs mit der Klägerin auch für die Beklagte handelte.

Soweit die Klägerin demgegenüber meint, der Abschluss des Abfindungsvergleichs habe auch im Interesse der Beklagten gelegen, weil diese damit im Stande gewesen sei, den Betrieb ohne ältere Mitarbeiter, wie sie, zu übernehmen, kann das zu keiner anderen rechtlichen Bewertung führen. Zum einen ist bereits nicht erkennbar, dass im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses eine Übernahme des Betriebes der A. KG durch die Beklagte beabsichtigt war. Irgendwelche Tatsachen, die darauf hindeuten könnten, hat die Klägerin nicht vorgebracht. Zum anderen genügt für die Erfüllung der Merkmale der Zuordnungsvorschrift des § 31 BGB nicht irgendein Interesse der juristischen Person oder Personengesamtheit an der Handlung ihres Organs. Erforderlich wäre vielmehr, dass G. bei Abschluss des Vergleichs in Ausführung seiner ihm allgemein zukommenden Aufgaben für die Beklagte handelte. Gerade das ist, wie bereits ausgeführt, jedoch nicht der Fall gewesen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 27. Juni 2005, 16 Sa 2069/04

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

## 27. Direktionsrecht, Versetzung, Feststellungsinteresse, billiges Ermessen, Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

1. Die Frage der Wirksamkeit einer Versetzung kann im Wege einer Feststellungsklage geklärt werden. Das hierfür erforderliche Feststellungsinteresse ist grundsätzlich gegeben (BAG, v. 26.09.2002 – 6 AZR 523/00, NZA 2003, 230).

Im vorliegenden Fall ist zwar noch nicht sicher, ob die Klägerin nach ihrer Rückkehr aus der Elternzeit gemäß der streitigen Versetzung eingesetzt wird. Allein die Möglichkeit reicht jedoch für das erforderliche Feststellungsinteresse aus. Derzeit ist noch keine weitere Versetzung gegenüber der Klägerin ausgesprochen worden, die die hier streitgegenständliche Versetzung obsolet gemacht hätte.

2. Bei der Ausübung des Direktionsrechtes übt der Arbeitgeber eine einseitige Leistungsbestimmung aus, auf die § 315 BGB anzuwenden ist. Der Arbeitgeber muss die wesentlichen Umstände eines Falles abwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen. Im Falle von Spannungen zwischen Mitarbeitern ist es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers, wie er in einer Konfliktlage reagieren will (BAG, v. 24.4.1996 – 5 AZR 1031/94, NZA 1996, 1088 f.). Konflikte zwischen Arbeitnehmern rechtfertigen grundsätzlich eine Umsetzung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, anstelle der Umsetzung eine Abmahnung auszusprechen (BAG, v. 24.4.1996 – 5 AZR 1031/94, NZA 1996, 1088 f.; LAG Köln – 4 Sa 1814/97, LAGE § 315 BGB Nr 6). In aller Regel ist es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, die Ursachen des Konfliktes vollständig zu erforschen (LAG Köln – 4 Sa 1814/97, LAGE § 315 BGB Nr 6). Eine Verpflichtung, zumindest in hinreichendem Maße Nachforschungen anstellen, was und wer Ursache des Konfliktes ist, kann sich aber aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ergeben. Eine Verpflichtung zur hinreichenden Erforschung des Sachverhaltes ist dem Arbeitgeber beispielsweise dann aufzuerlegen, wenn der Vorwurf von Ausländerfeindlichkeit im Raum steht. In einem solchen Fall ergibt sich eine Verpflichtung des Arbeitgebers, sich durch geeignete Maßnahmen schützend vor seinen Arbeitnehmer zu stellen.

Unter Zugrundelegung der oben geschilderten Grundsätze wahrt die von der Beklagten ausgesprochene Versetzung die Grenzen billigen Ermessens. Die Versetzung der Klägerin stellt keine „Strafversetzung“ dar. Vielmehr erfolgte die Versetzung, um den Betriebsfrieden wieder herzustellen, nachdem Spannungen zwischen Mitarbeitern auftraten. Die Beklagte hat ausreichende Aufklärungsmaßnahmen eingeleitet, um die Ursachen der Konflikte aufzudecken. Sie hat den Beschwerdebrief der Klägerin ernst genommen und ist den Vorwürfen der Klägerin nachgegangen.

Die Beklagte hat nicht das billige Ermessen nach § 315 BGB überschritten, als sie es nach Befragung der Mitarbeiter offen ließ, wer für die Spannungen verantwortlich ist und was die eigentliche Ursache des Konfliktes ist. Die von der Beklagten eingeholten Erkundigungen haben die Vorwürfe der Klägerin

nicht bestärkt. Nach der Überzeugung der Kammer konnte die Beklagte daher nach den von ihr durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen davon ausgehen, dass es zwar zutraf, dass auf der Station ein nicht weiter hinnehmbares schlechtes Arbeitsklima herrschte, dass die Vorwürfe der Ausländerfeindlichkeit aber nicht nachweisbar waren. Vor dem Hintergrund dieser Aussagen der Mitarbeiter entsprach die Entscheidung der Beklagten, die Klägerin und nicht die Zeugin, die eine längere Beschäftigungszeit als die Klägerin vorweisen kann, zu versetzen, billigem Ermessen. Der Auffassung des Klägervertreters, dass bei einem schwerwiegenden Vorwurf wie dem Vorwurf der Ausländerfeindlichkeit stets der Mitarbeiter versetzt werden müsse, gegenüber dem der Vorwurf erhoben wurde, kann nicht gefolgt werden. Würde man einen solchen Rechtssatz aufstellen, so würde dies Tür und Tor öffnen, um die Versetzung von unliebsamen Mitarbeitern zu erwirken. Die Arbeitnehmer müssten lediglich einen schwerwiegenden Vorwurf erheben. Solange dieser nicht völlig entkräftet werden könnte, müsste der Arbeitgeber dann nach Auffassung des Klägervertreters eine Versetzung des beschuldigten Mitarbeiters vornehmen.

Es kann aus Sicht der Kammer auch nicht darauf ankommen, ob sich die Vorwürfe gegenüber der Zeugin im Nachhinein objektiv beweisen lassen. Für die Ausübung des billigen Ermessens kommt es auf den Zeitpunkt der Erklärung der Versetzung an und allein darauf, ob die Beklagte die beiderseitigen Interessen ausreichend berücksichtigt hat. Dies hat die Beklagte getan.

#### ■ Arbeitsgericht Dortmund

vom 17. November 2004, 5 Ca 845/04,

bestätigt durch LAG Hamm vom 5.7.2005, 19(8) Sa 31/05

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Zapp, Westenhellweg 68, 44137 Dortmund, Tel.: 0231 / 91 44 60-0, Fax: 91 44 60 - 25, e-mail: kanzlei@vogel-zapp.de; www.vogel-zapp.de

### 28. Direktionsrecht, Versetzung, Konkretisierung des Arbeitsortes durch Schaffung von Vertrauen

1. Der am 16.09.1941 geborene Kläger ist bei dem Beklagten seit 01.11.1972 auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 18.07.1972 als technischer Angestellter beschäftigt. Möglicherweise mit Ausnahme eines kurzen Zeitraums zu Beginn des Arbeitsverhältnisses war der Kläger ausschließlich in einer Außenstelle in Grenoble tätig. Gemäß § 2 des schriftlichen Arbeitsvertrages richtet sich das Arbeitsverhältnis sinngemäß nach den §§ 4-70 des Bundesangestelltentarifvertrages (künftig: BAT) sowie den Sonderregelungen zum BAT nach Anlage 2 d (künftig Sr2 d BAT) „für die Mindestdauer von zwei Jahren einer Tätigkeit in der Außenstelle Grenoble“.

Mit Schreiben vom 25.01.2005 teilte der Beklagte dem Kläger sodann mit, er werde nach Stuttgart versetzt. Mit seiner am 10.02.2005 beim Arbeitsgericht Stuttgart eingegangenen Klage beruft sich der Kläger auf die Unwirksamkeit der Verset-

zungsmaßnahme und begehrt Weiterbeschäftigung in Grenoble, Frankreich.

2. Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass die Parteien den Ort, an dem der Kläger die Arbeitsleistung zu erbringen hat, vertraglich nicht ausdrücklich geregelt und festgelegt haben, sodass eine Beschränkung des Arbeitsortes auf Grenoble hieraus nicht hergeleitet werden kann. Im Gegenteil haben die Parteien in ihrem Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart, dass neben dem Bundesangestelltentarifvertrag, der grundsätzlich nur innerhalb der Grenzen der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung gelangt, für die „Mindestdauer von zwei Jahren eines Aufenthalts in Grenoble“ die Sonderregelung 2 d zum BAT (Sonderregelungen für Angestellte, die zu Auslandsdienststellen des Bundes entsandt sind) zur Anwendung kommt. Diese Sonderregelung wiederum gesteht dem Arbeitgeber in seiner Nr. 3 entsprechend der Regelung des § 12 BAT ein Versetzungsrecht zu, auch was den Arbeitsort betrifft.

3. Der Kläger durfte darauf vertrauen, dass er seine Tätigkeit auch künftig in Grenoble ausüben kann und die Beklagte ihm nicht einseitig einen anderen Arbeitsort zuweisen wird; der Arbeitsort des Klägers hat sich auf „Grenoble“ konkretisiert. Eine Konkretisierung als ein letztlich auf § 242 BGB zurückzuführender Tatbestand des Vertrauensschutzes bedarf neben dem Zeitpunkt regelmäßig auch noch eines Umstandsmoments. Es müssen also zum reinen Zeitablauf Umstände hinzutreten, aus denen der betroffene Arbeitnehmer in gerechtfertigter Weise schließen durfte, zukünftig nur noch mit einer bestimmten Art von Tätigkeit betraut zu werden oder aber nur noch an einem bestimmten Ort seine Leistungspflichten erbringen zu müssen. Je länger der Arbeitnehmer eine bestimmte Stellung innehat oder aber an einem bestimmten Ort tätig wird, je gewichtiger also das Zeitmoment ist, desto geringere Anforderungen sind an das Vorliegen zusätzlicher Umstände zu stellen (vgl. BAG, v. 10.11.1982 – 1 AZR 185/92).

Unzweifelhaft ist der Zeitraum von 32 Jahren, über den hinweg der Kläger in Grenoble für den Beklagten tätig war, nicht nur nicht unerheblich, sondern er macht im konkreten Fall nahezu das gesamte Berufsleben des Klägers aus. Das Zeitmoment ist also äusserst gewichtig, sodass bei Einbeziehung der sonstigen Umstände des Einzelfalles von einer Konkretisierung des Arbeitsortes auf „Grenoble“ auszugehen ist.

Erkennbar, entsprechendes wird gerade von dem Beklagten vorgetragen, war der Auslandseinsatz des Klägers zunächst nicht auf Dauer, vielmehr zeitlich vorübergehend angelegt. Die seinerzeitige Prognose des nur vorübergehenden Einsatzes des Klägers in Grenoble hat sich allerdings Jahr für Jahr nicht bestätigt, vielmehr wurde vom Beklagten die Außenstelle in Grenoble weiterbetrieben bzw. das Labor, an dem der Kläger beschäftigt war, aufrechterhalten. Auch von ihrem Direktionsrecht hat die Beklagte während all dieser Jahre, jedenfalls was den Ort des Einsatzes des Klägers betrifft, keinen Gebrauch gemacht. Die Auslandsentsendung ist über die Jahre hinweg zum „Dauerzustand“ geworden.

## Allgemeines Vertragsrecht

Indem der Beklagte dem Kläger in zeitlichen Abständen Antragsformulare vorlegte, die den inländischen Sozialversicherungsschutz weiter gewährleisten sollten, wurde entgegen der Auffassung der Beklagten keine Vereinbarung des zeitlich begrenzten Einsatzes des Klägers in Grenoble getroffen; ebenso wenig handelt es sich hierbei um einen Umstand, der einem Vertrauen des Klägers in einen dauerhaften Einsatz in Grenoble entgegensteht. Die Abgabe entsprechender Erklärungen hatte einzig und allein den Sinn zu gewährleisten, dass der Kläger weiterhin dem Schutz des deutschen Sozialversicherungsnetzes unterlag; mit einer irgendwie gearteten Befristung des Auslandseinsatzes selbst hatte dies nichts zu tun.

Das in 32-jähriger Praxis gewachsene Vertrauen des Klägers in den Umstand, dass sein Einsatzort „Grenoble“ ist und ihn der Beklagte gerade nicht einseitig nach Stuttgart zurück beordern würde, ist letztlich dadurch zur Konkretisierung in den Arbeitsort „Grenoble“ erstarrt, dass der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 24.09.2002 mitgeteilt hat, dass das Labor Grenoble zum 31.12.2004 geschlossen werde und es für den Kläger aufgrund seines Alters und der über 30 Jahre in Grenoble zurückgelegten Berufstätigkeit eine unzumutbare Härte darstelle, einen Arbeitsplatz in Stuttgart anzutreten. Hierdurch hat der Beklagte nachdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass eine Rückversetzung für den Kläger unzumutbar sei. Nachdem der Beklagte selbst gegenüber dem Kläger geäußert hat, dass aufgrund seines Alters wie der Dauer des Einsatzes in Grenoble der Antritt eines Arbeitsplatzes in Stuttgart unzumutbar sei, durfte der Kläger endgültig darauf vertrauen, dass der Beklagte ihn nicht unter Nutzung des vertraglich vereinbarten Direktionsrechtes nach Stuttgart oder sonst wo in Deutschland versetzen würde.

### ■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 15. Juni 2005, 30 Ca 1422/05

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen-Laurensberg, Tel.: 0241-932 95 96, Fax: 932 95 97; e-mail: sparla-rechtsanwaelte@t-online.de; www.sparla-rechtsanwaelte.de

### 29. Direktionsrecht, Versetzung, Konkretisierung der vertraglichen Arbeitspflicht, Zuweisung in eine Tochtergesellschaft, Entzug von Leitungsaufgaben

1. Im Laufe seiner Tätigkeit bei der Beklagten als leitender Angestellter hat der Kläger seit 01.11.1998 die Position eines Wasserwerks-Meisters (Schreiben vom 02.05.2002, Bl. 32 d.A.)/Betriebsmeister im Wasserwerk (Wassergewinnung und -verteilung) (Schreiben vom 22.10.2001, Bl. 35 d.A.) eingenommen.

Die von der Beklagten geschilderten Tätigkeiten sind bereits von ihrem äußeren Erscheinungsbild (zum einen „Gas/Wasser“, zum anderen „Telekommunikation“) derartig unterschiedlich, dass sie nicht als vergleichbar oder auch nur ähnlich angesehen werden können. Die Revision von

Telefonanlagen, Verkehrssignalen und Breitbandkabelanlagen mit dem Ziel optimalen Betriebs von Telekommunikationsanlagen und Einrichtungen und den hier erforderlichen Kenntnissen im Bereich Telekommunikation, BK-Technik und Verkehrssignalanlagen bzw. guten Kenntnissen im Bereich EDV-spezifischer Anwendungsbereiche unterscheidet sich sowohl begrifflich als auch in Anforderung und Tätigkeit vom Betrieb und der Unterhaltung im Bereich Gas/Wasser mit dem Ziel der Sicherstellung des Betriebs der Wassergewinnung, -förderung, -aufbereitungs- und -speicherungsanlagen. Diese Tätigkeit mit den dort erforderlichen Kenntnissen und Erfahrungen zum Betrieb und der Unterhaltung dieser Anlagen, verbunden mit den Kenntnissen der relevanten Vorschriften und Verordnungen bis hin zum Sachkundigen für Chloranlagen rechtfertigen bereits die Zuordnung zu einem anderen Berufsbild mit grundsätzlich unterschiedlichen Ausbildungsvoraussetzungen.

Der Arbeitsbereich des Klägers hat sich während seiner Beschäftigung im Gas- und Wasserwerk auf die dort anfallenden Tätigkeiten konkretisiert. Die Zuweisung einer hiervon grundlegend abweichenden Tätigkeit ist vom Direktionsrecht nicht geregelt. Da zudem nicht davon auszugehen ist, dass der Kläger die von ihm nunmehr geforderten Leistungen ohne weiteres erbringen kann, betrug die von der Beklagten selbst angenommene Einarbeitungsphase mehr als fünf Monate.

2. Ungeachtet der mangelnden Vergleichbarkeit der zu erbringenden Tätigkeiten ist dem Kläger auch die Leitungsfunktion und Personaleinweisung – jedenfalls als formell verpflichtender Umstand in der Stellenbeschreibung – entzogen worden. Die Berufungskammer vermag insoweit weder der Bewertung des Arbeitsgerichts noch der der Beklagten nachzukommen, dass diese Leitungsfunktion wegen ihres zeitlichen Umfangs von 5 % letztlich zu vernachlässigen sei. Zu Recht trägt der Kläger vor, dass diese Leitungsfunktion die Gesamtbewertung einer Stelle mit prägt.

Eine Führungsfunktion kann in der Wertschätzung einer Stelle nicht allein auf den prozentualen Umfang der Ausübung von Führungstätigkeiten beschränkt werden. Solche Führungstätigkeiten sind latent generell während der gesamten Arbeitstätigkeit vorhanden, auch wenn sie nicht zu einem höheren Prozentsatz rein tatsächlich ausgeübt werden müssen. Gleichwohl bestimmen sie die Einschätzung der Stellung des Mitarbeiters.

3. Weiterhin kann nicht verkannt werden, dass die neue Position des Klägers zumindest für mehr als fünf Monate mit einer geringer erzielbaren Vergütung versehen war.

4. Schließlich begegnet auch die endgültige Eingliederung in den Organisationsbereich einer anderen GmbH Bedenken. Es bleibt die Beklagte zwar (formell) Arbeitgeberin des Klägers. Direktionsrechtlich unterstellt ist der Kläger jedoch nunmehr den Verantwortlichen der X. GmbH. Mag diese auch 100 %ige Tochter der Beklagten sein, stellt sie jedoch rechtlich eine andere Direktionsbefugte dar, vergleichbar einem Leiharbeitsverhältnis. Sollen solche wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse



dauerhaft von einem Dritten ausgeübt werden, bedarf es eines Einverständnisses des Arbeitnehmers mit seinem (formellen) Arbeitgeber oder einer Änderungskündigung durch diesen.

5. Die getroffene Versetzung entspricht daher nicht billigem Ermessen, dies ergibt sich nach der Beurteilung der Berufungskammer sowohl aus der mangelnden Vergleichbarkeit der zugewiesenen Tätigkeiten wie auch aus dem Entzug der Leitungsbefugnis, weiterhin aus dem vorübergehenden Entzug der Rufbereitschaften mit hieraus resultierender Vergütungsminderung wie schließlich auch aus den geänderten Unterstellungsverhältnissen. Hierbei ist jeder der vorgenannten Gründe bereits für sich geeignet, von einer mangelnden Berechtigung der Versetzungsmaßnahme auszugehen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 5. Mai 2004, 4 Sa 376/03

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magers-partner.de; www.magers-partner.de

### 30. Direktionsrecht, Versetzung zum Stellenpool, Beteiligung des Personalrats

1. Gegen eine Versetzung einer angestellten Personalüberhangskraft des Landes Berlin auf der Grundlage des § 12 BAT, § 1 Abs. 2 StPG in den Stellenpool (ZeP) bestehen grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken.

2. Aus einer nach § 84 Abs. 1 PersVG Bln im Rahmen des Mitwirkungsverfahrens gegenüber dem Personalrat der bisherigen Dienststelle an sich gebotenen, aber unterlassenen Erörterung mit dem Personalrat kann der betroffene Angestellte jedenfalls dann keine Unwirksamkeit der personellen Maßnahme herleiten, wenn der Personalrat dies nicht bei seiner (schriftlichen) Stellungnahme ausdrücklich rügt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 24. Mai 2005, 3 Sa 2534/04, Rev. zugel.

### 31. Freistellungserklärung, Verrechnungsbestimmung, Arbeitszeitkontenüberschuss ist keine Mehrarbeit

Das Freistellungsschreiben bezieht sich seinem Inhalt nach eindeutig auf die Anrechnung des Resterholungsurlaubes des Klägers und auf „etwaige Mehrarbeit“. Die Freistellungserklärung muss hinreichend deutlich erkennen lassen, dass eine Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung gesetzlicher oder tariflicher Ansprüche erteilt wird (BAG, v. 19.9.2000 in AP Nr. 46 zu § 13 BUrlG; BAG, v. 18.12.1986 in EzA 1987, 633). Damit bezieht sich die Freistellung nur auf solche Ansprüche, die eindeutig im Rahmen der Freistellungserklärung genannt werden (BAG, v. 25.1.1994 in NZA 1994, 652). Wenn es an der notwendigen Klarheit fehlt, ist nicht bestimmbar, welche der möglicherweise geschuldeten Leistungen auf Freizeit bzw. Freizeitausgleich der Arbeitgeber bewirkt hat. In diesen Fällen bleiben Urlaubs- bzw. andere Freistellungsansprüche dem Arbeitnehmer erhalten (BAG, v. 9.6.1998 in AP Nr. 23 zu § 7 BUrlG).

So liegt es im vorliegenden Fall. In Nr. 3 der Betriebsvereinbarung vom 17.12.2001 ist bestimmt, dass für einzelne Mitarbeiter, Gruppen oder Abteilungen abweichende wöchentliche Arbeitszeiten festgelegt werden dürfen.

Aus der Betriebsvereinbarung ergibt sich, dass diese zwischen der flexiblen verlängerten Wochenarbeitszeit des Arbeitnehmers und darüber hinausgehender Mehrarbeit unterscheidet. Die Freistellungserklärung der Beklagten bezieht sich eindeutig hingegen nur auf „etwaige Mehrarbeit“ und nicht auf den Ausgleich der auf dem Flexi-Konto angesammelten verlängerten individuellen wöchentlichen Arbeitszeitstunden.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 29.03.2005, 5 Ca 838/05

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Str. 10, 58636 Iserlohn, Tel.: 02371 / 83 55 55, Fax: 83 55 56; e-mail: arbeitsrecht@t-online.de

### 32. Haftung des Arbeitnehmers bei Benutzung des Dienstfahrzeuges durch Lebensgefährtin

1. Darf der Arbeitnehmer das Dienstfahrzeug auch privat nutzen und von Familienangehörigen benutzen lassen, so gehört zu solchen „Familienangehörigen“ auch die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebende Lebensgefährtin.

2. Es ist nicht zu unterscheiden, ob der vom Arbeitnehmer verursachte Unfall im Rahmen einer Dienstreise oder im Rahmen einer genehmigten Privatfahrt erfolgt ist.

3. Ist weiteren Personen (Lebensgefährtin) die Benutzung des Dienstfahrzeuges gestattet, so ist auch dieser Personenkreis in gleicher Weise in dem Schutzbereich der mit der Überlassung des Dienstfahrzeuges verbundenen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers einbezogen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. Dezember 2004, 7 Sa 859/04, die zugelassene Revision wurde zurückgezogen.

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann, Bonner Straße 158 – 160, 53757 Sankt Augustin, Tel.: 02241 / 21012, Fax: 21568; e-mail: heinecoll@aol.com

### 33. Insolvenzrecht, Haftung des Insolvenzverwalters für nicht bedienbare Sozialplanansprüche

1. Soweit der Insolvenzverwalter durch eigene Rechtshandlungen Masseverbindlichkeiten begründet, trifft ihn die persönliche Haftung aus § 61 S. 1 InsO, es sei denn, dass er darlegen und im Bestreitensfalle beweisen kann, dass er bei der Begründung der Masseverbindlichkeit die Unzulänglichkeit der Masse nicht erkennen konnte. Daraus folgt, dass der Insolvenzverwalter nicht für die Nichterfüllung einer ohne sein Zutun entstandenen Massesforderung haftet (sog. aufgezwungene oder oktroyierte Masseverbindlichkeit), da er auf die Entstehung und Höhe einer solchen Masseschuld keinen Einfluss hat.

Ob sich der Abfindungsanspruch eines im Rahmen des § 123 InsO geschlossenen, erzwingbaren Sozialplanes als in diesem

## Allgemeines Vertragsrecht

Sinne aufgezwungene Forderung darstellt, wie dies der Beklagte meint, bedarf hier keiner Entscheidung. Ebenfalls nicht entscheidend ist, ob es sich unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 60, 61 InsO überhaupt als haftungsbe gründende Pflichtwidrigkeit des Insolvenzverwalters darstellt, wenn dieser bei unklarem oder schlechtem Massestatus und/oder unsicherer Prognose Sozialplanansprüche nach Maßgabe des § 123 InsO begründet, da der Gesetzgeber im Rahmen dieser Bestimmung erkennbar davon ausging, dass ein solcher Sozialplan auch bei Unsicherheit über Stand und Entwicklung der Masse geschlossen werden kann, was aus der relativen Begrenzung nebst Kürzungsfolge und dem Vollstreckungsverbot des § 123 Abs. 2 S. 2 u. S. 3, Abs. 3 S. 2 InsO folgt, womit die Annahme einer persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters für die Erfüllung des Sozialplans im Hinblick auf das – durch die Beweislastumkehr nach § 61 S. 2 InsO noch verstärkte – hohe Haftungsrisiko nach Auffassung der Kammer unvereinbar erscheint.

Denn losgelöst von diesen Fragen des Haftungstatbestandes hat der Kläger jedenfalls keinen adäquat-kausal auf schuldhaftige Pflichtwidrigkeiten des Beklagten beruhenden Vermögensschaden erlitten, den der Beklagte im Rahmen der §§ 61 S. 1, 60 Abs. 1 InsO zu ersetzen verpflichtet wäre, womit die Klage bereits unbegründet ist.

2. Im Rahmen der §§ 60, 61 InsO haftet der Insolvenzverwalter dem Massegläubiger nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB nicht auf das Erfüllungsinteresse, sondern auf das negative Interesse. Der Insolvenzverwalter hat den Geschädigten so zu stellen, als hätte eine Pflichtverletzung nicht stattgefunden (*Uhlenbruck/ders.*, Insolvenzordnung, 12. Auflage 2003, § 61 InsO Rn 11 u. § 60 InsO Rn 34 m. w. N.).

Hätte sich der Beklagte – entsprechend der klägerischen Auffassung – pflichtgemäß verhalten, dann wäre die Begründung eines Abfindungsanspruchs durch den Abschluss eines Sozialplanes mit dem Betriebsrat der Gemeinschuldnerin am 16.4.2002 gänzlich unterblieben, jedenfalls aber nur im Rahmen eines absehbar massgedeckten Volumens erfolgt.

■ Arbeitsgericht Bocholt

vom 24. September 2004, 2 Ca 1114/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda, Von-Geismar-Str. 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/918 77 0, Fax: 918 77 77; e-mail: info@sozietat-quast.de; www.sozietat-quast.de

### 34. Insolvenzrecht, Haftung des Insolvenzverwalters, Definition oktroyierte Masseverbindlichkeiten

1. Bei den geltend gemachten Lohnansprüchen der Klägerin für die Monate Juni und Juli 2003 handelt es sich um oktroyierte Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 InsO, denn sie sind ohne Zutun des Beklagten entstanden.

Entgeltansprüche der Arbeitnehmer, die vom Insolvenzverwalter zum nächstmöglichen Zeitpunkt gekündigt und von der Arbeit freigestellt werden, sind gem. § 209 III Nr. 2 InsO Altmasseverbindlichkeiten, die bereits durch den Vertrags-

schluss der Gemeinschuldnerin mit der Klägerin begründet worden sind, nicht erst durch den Beklagten.

2. In Ziffer 2 des Vergleichs wurde lediglich die dem Beklagten der Höhe nach ohnehin durch Gesetz als Masseverbindlichkeit aufgedrängte Lohnforderung der Klägerin für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist i.H.v. 2480, 34 Euro geregelt.

Eine über den gesetzlichen Anspruch hinausgehende Zahlung durch den Beklagten wurde dagegen nicht vereinbart. Aus Ziffer 2 des Vergleichs geht außerdem durch den Wortlaut „nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Vorschriften“ hervor, dass der Beklagte in seiner Person gerade keine neuen Verbindlichkeiten mit eigener Einstandspflicht begründen wollte, sondern lediglich beabsichtigte, eine Masseverbindlichkeit zu erfüllen. Damit musste für die Klägerin klar sein, dass die Frage der tatsächlichen Erfüllung von den konkreten Umständen des Insolvenzverfahrens abhing und die tatsächliche Auszahlung nicht gesichert war. Anders konnte die Formulierung in dem gerichtlichen Vergleich nicht verstanden werden.

2. Das anteilig für die Monate Juni und Juli 2003 geltend gemachte Weihnachtsgeld in Höhe eines Monatsgehaltes für das gesamte Jahr 2003 ist ebenfalls eine oktroyierte Masseverbindlichkeit. Es war vom Beklagten aufgrund der tarifvertraglichen Bestimmungen auszuführen.

Der Betrag in Höhe von 206,70 Euro ist jedenfalls als ein solcher anzusehen, der den Weihnachtsgeldanspruch als Masseverbindlichkeit ansehen lässt. Eine Haftung aus § 60 I 1 InsO ist ebenfalls nicht gegeben, da durch die Klägerin nicht schlüssig vorgetragen wurde, dass der Beklagte schuldhaft eine ihm obliegende insolvenzspezifische Pflicht verletzt hat.

■ Arbeitsgericht Münster

vom 19. August 2005, 4 Ca 1773/04

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda, Von-Geismar-Str. 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/918 77 0, Fax: 918 77 77; e-mail: info@sozietat-quast.de; www.sozietat-quast.de

### 35. Mutterschutz, Beschäftigungsverbot, Vergütungsanspruch bei Grunderkrankung

1. Bestreitet der Arbeitgeber ein ärztliches Beschäftigungsverbot im Sinn des § 3 MuSchG, genügt die Arbeitnehmerin zunächst ihrer Darlegungslast zur Suspendierung der Arbeitspflicht und Begründung des Anspruchs aus § 11 Abs. 1 MuSchG durch Vorlage der ärztlichen Bescheinigung. Der Beweiswert eines zunächst nicht näher begründeten ärztlichen Beschäftigungsverbots kann jedoch dadurch erschüttert sein, dass die Arbeitnehmerin trotz Aufforderung des Arbeitgebers keine ärztliche Bescheinigung vorlegt, aus der hervorgeht, von welchen Arbeitsbedingungen der Arzt beim Ausspruch des Beschäftigungsverbots ausgegangen ist und welche Einschränkungen für die Arbeitnehmerin bestehen (vgl. BAG, v. 13.2.2002 – 5 AZR 753/00). Jedenfalls zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt, dem Schluss der mündlichen Verhandlung, konnten nach Vorlage der ausführlichen ärztlichen Be-

## Allgemeines Vertragsrecht

scheinigungen vom 22.03. bzw. 23.03.2004 Zweifel an dem ärztlicherseits ausgesprochenen Beschäftigungsverbot nicht mehr bestehen.

2. Die Beklagte ist nunmehr der Ansicht, zur Zahlung deshalb nicht verpflichtet zu sein, weil durchgehende Arbeitsunfähigkeit vorliege und die Klägerin somit auf den Krankengeldanspruch zu verweisen sei. Dem kann sich die Kammer nicht anschließen.

Zwar besteht ein Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 11 MuSchG nur, wenn allein das Beschäftigungsverbot dazu führt, dass die Schwangere mit der Arbeit aussetzt. Ist die Arbeitnehmerin arbeitsunfähig krank, begründet das deswegen ausgesprochene Beschäftigungsverbot keine Vergütungspflicht nach § 11 MuSchG. Die Schwangere setzt selbst bei attestierter Arbeitsunfähigkeit gleichwohl wegen des Beschäftigungsverbots mit der Arbeit aus, wenn die Verschlechterung der Gesundheit, die das Beschäftigungsverbot rechtfertigt, ausschließlich auf der Schwangerschaft beruht. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit tritt hier hinter die besondere mit der Schwangerschaft verbundene Gefährdungssituation zurück. Der Anspruch auf Mutterschutzlohn bleibt bestehen (vgl. BAG, v. 9.10.2002, NZA 2004, 257 ff.). Unter Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall sind die Ansprüche der Klägerin als begründet anzusehen. Aus den vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen ergibt sich, dass bei der Klägerin eine Grunderkrankung vorliegt, die zwar allein noch nicht zur Arbeitsunfähigkeit führt aber eine permanente Gefährdungslage begründet, die sich massiv erhöht, wenn Schwangerschaft eintritt. Die Grunderkrankung hat ohne weiteres zur Folge, dass eine Risikoschwangerschaft gegeben ist. Die zur Grunderkrankung hinzutretende Schwangerschaft hat insbesondere nach der ärztlichen Bescheinigung der Universitätsklinik Würzburg vom 22.03.2004 zur Folge, dass jede körperliche Anstrengung und jede psychische Anstrengung zu vermeiden ist, da allein die Schwangerschaft ein erhöhtes Risiko für Ohnmachtsanfälle und Herzrhythmusstörungen begründet.

Damit ist aber das Beschäftigungsverbot die nicht wegzudenkende Ursache für das Nichtleisten der Arbeit und den damit verbundenen Verdienstausschlag. Ausschließlich die Schwangerschaft und nicht die Grunderkrankung hat dazu geführt, dass die Klägerin mit der Arbeit aussetzen muss und zwar unabhängig davon, welche Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz der Klägerin herrschen.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 28. Mai 2004, 3 Ca 9/04 S

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magars-partner.de; www.magars-partner.de

### 36. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Zusage einer Karenzentschädigung in AGB, Unklarheitenregel, kein Recht des Verwenders von AGB sich hierauf zu berufen

Die Zusage einer Karenzentschädigung in AGB ist wirksam, wenn lediglich auf §§ 74 HGB verwiesen wurde. Jedenfalls aber kann der Verwender des AGB sich nicht auf die Unwirksamkeit der Zusage berufen, wenn der Arbeitnehmer sich an das Wettbewerbsverbot hält.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 16. Juni 2005, 8 Sa 986/04, Rev. zugel.

### 37. Rabatte, die einem Arbeitnehmer gewährt werden durch Ausnutzung günstiger Lieferkonditionen seines Arbeitgebers, sind steuerpflichtig; Berechnung des steuerpflichtigen Sachbezuges; Steuerabzüge unterliegen keinen tariflichen Ausschlussfristen; Rechtsweg

1. Das Arbeitsgericht ist auch vom Rechtsweg her zuständig (§ 2 Abs. 3 a ArbGG). Bei einer Klage, mit der ein Arbeitnehmer Teile der Nettovergütung aus einem Arbeitsverhältnis verlangt, für die der Arbeitgeber angeblich zu viel an Lohnsteuer abgeführt hat, ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen eröffnet. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Berechtigung des Lohnsteuerabzuges durch den Arbeitgeber als Vorfrage steuerrechtlich beurteilt (LAG Hamm, v. 16.6.1988, DB 88, 2316; LAG Berlin, v. 21.9.81, LAGE § 2 ArbGG 1979 Nr. 1).

2. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 EStG handelt es sich bei dem Bezug von Waren- oder Dienstleistungen, die ein Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses erhält, um steuerpflichtige Einnahmen (sogenannter Sachbezug). Im Zusammenhang mit der steuerlichen Bewertung dieses geldwerten Vorteiles streiten die Parteien insbesondere um die Berücksichtigungsfähigkeit des vom Kläger auf dem freien Markt erzielbaren Barzahlungsrabattes von 10 % sowie des sogenannten Rabattdreibetrages gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 EStG in Höhe von 1.224,00 Euro.

Diese zwischen den Parteien streitige steuerrechtliche Frage kann jedoch aus nachstehenden Gründen unbeantwortet bleiben.

2.1. Nach der zutreffenden Auffassung des Bundesfinanzhofes vom 19.10.2001 bleibt die Lohnsteuer-Anmeldeschuld des Arbeitgebers bestehen, selbst wenn er gegebenenfalls versehentlich zu viel Lohnsteuer einbehalten und abgeführt hat, wenn er diesen Lohnsteuereinbehalt dem Arbeitnehmer gemäß § 41 b Abs. 1 Satz 2 EStG bescheinigt hat und eine Korrektur im Rahmen eines Lohnsteuer-Jahresausgleiches wegen Zeitablaufes gemäß § 42 Abs. 3 Satz 1 EStG nicht mehr möglich ist (BfA vom 19.10.2001, DB 2002, 128; BB 2002, 79). Nach § 42 b Abs. 3 Satz 1 EStG darf der Arbeitgeber den Lohnsteuer-Jahresausgleich nicht später durchführen als bei der Lohnabrechnung für den Lohnzahlungszeitraum, der im Monat März des dem Ausgleichsjahr folgenden Kalenderjahres endet. Vorliegend hat die Beklagte den streitigen Lohnsteuerabzug von der Monatsvergütung des Klägers für

## Allgemeines Vertragsrecht

den Monat November 2002 vorgenommen. Mithin konnte die Beklagte nach Ablauf des Monats März 2003 einen Lohnsteuer-Jahresausgleich nicht mehr durchführen. Zudem hat die Beklagte dem Kläger eine Lohnbescheinigung 2002 erteilt, in der auch die Lohnsteuer ausgewiesen ist, die die Beklagte auf den Kfz-Bezug einbehalten und an das Finanzamt abgeführt hat. Diese Lohnbescheinigung kann die Beklagte nicht mehr korrigieren (vgl. zu dem Fall einer vom Arbeitgeber versehentlich zu viel einbehaltenen, abgeführten und dem Arbeitnehmer bescheinigten Lohnsteuer: *Hartz/Meßen/Wolf*, ABC-Führer Lohnsteuer, Stichwort: Lohnsteuer- Anmeldung Rz 24 u. 18).

Es wäre somit Sache des Klägers gewesen, seine Auffassung zur korrekt geschuldeten oder nicht geschuldeten Lohnsteuer hinsichtlich des PKW-Erwerbes in seiner Einkommenssteuererklärung für das Jahr 2002 beim Finanzamt geltend zu machen, gegebenenfalls durch Rechtsmittel gegen eine etwaig ablehnende Entscheidung des Finanzamtes.

2.2. Auch auf schadenersatzrechtlicher Grundlage ist die Klageforderung nicht begründet.

Insoweit ist vorliegend von Bedeutung, dass es dem Kläger – die Richtigkeit seiner steuerrechtlichen Ansicht unterstellt – oblegen hätte und möglich gewesen wäre, als Beteiligter im Steuerabzugsverfahren der Beklagten (§ 78 AO) die auf der Steuererklärung seines Arbeitgebers beruhende Festsetzung mit dem Anspruch anzufechten, Anträge nach § 164 Abs. 2 i.V.m. 168 AO zu stellen und insbesondere im Rahmen seiner Einkommenssteuererklärung eine aus seiner Sicht zutreffende Anwendung des Steuerrechtes auf den Erwerb des PKW und dessen lohnsteuerrechtliche Behandlung durchzusetzen (vgl. hierzu instruktiv *Hartz/Meßen/Wolf* a.a.O., Rn 18; *Giloy*, Abwehrmaßnahmen des Arbeitnehmers bei unberechtigtem Steuerabzug vom Arbeitslohn, BB 1983, 2104 ff.). Dem Kläger wäre es damit – bei Unterstellung der Richtigkeit seiner steuerrechtlichen Ansicht – möglich gewesen, den Eintritt eines etwaigen Schadens von sich aus zu verhindern.

3. Auch der Hinweis des Klägers auf die tarifliche Verfallsfrist verfängt vorliegend nicht. Bei dem Einbehalt von Lohnsteuer und deren Abführung an das Finanzamt handelt es sich nicht um eine Forderung oder ein Recht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag, mit dessen Geltendmachung er gegebenenfalls in Verzug geraten könnte mit der Folge des Verfalles dieser Forderung. Vielmehr handelt es sich – wie aufgezeigt – um eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, für deren Erfüllung er steuerrechtlich haftet. Auf die Frage der (Nicht-Einhaltung) der Verfallsfrist des § 18 des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages Groß- und Außenhandel kommt es mithin nicht an.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 9. März 2004, 10 Ca 771/03 S

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magers-partner.de; www.magers-partner.de

### 38. Verschulden bei Vertragsschluss, Aufklärungspflicht des zukünftigen Arbeitgebers über die Gefährdung des angestrebten Arbeitsplatzes

1. Ein Arbeitgeber kann nach Treu und Glauben verpflichtet sein, einen Bewerber auf einen drohenden Stellenabbau hinzuweisen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der neue Arbeitgeber weiß, dass der Bewerber, um die Stelle anzutreten, sein bisheriges Arbeitsverhältnis kündigen muss.

2. Diese Hinweispflicht des neuen Arbeitgebers besteht aber nur, wenn der Stellenabbau, insbesondere hinsichtlich des von dem Bewerber beanspruchten neuen Arbeitsplatzes bereits feststeht und insoweit bereits eine unternehmerische Entscheidung getroffen wurde. Die bloß theoretische Möglichkeit eines zukünftigen Stellenabbaus, selbst wenn in anderen Bereichen Kündigungen ausgesprochen wurden, reicht nicht aus, um eine entsprechende Hinweispflicht des Arbeitgebers anzunehmen.

Ein Schadenersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss besteht daher nicht.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 14. Juli 2005, 8 AZR 300/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Dieter Straub, Brienner Str. 11, 80333 München, Tel.: 089/ 23807–135, Fax: 089 / 23807–170; e-mail: Gabriele.Layer@cms-hs.com; www. cms-hs.com

### 39. Vertragsstrafe, Formularvertrag, unangemessene Benachteiligung

1. Zwar ist in § 309 Nr. 6 BGB bestimmt, dass in Formularverträgen Vertragsstrafenabreden generell unzulässig sind. Nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB müssen jedoch im Arbeitsverhältnis die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten berücksichtigt werden.

Diese Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Besonderheiten führt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (v. 4.3.04 – 8 AZR 196/03, AP Nr. 3 zu § 309 BGB) dazu, dass im Arbeitsvertragsverhältnis Vertragsstrafenabreden grundsätzlich zulässig sind.

Allerdings kann sich die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung aus dem Verbot einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 BGB ergeben.

2. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird. Wie das Bundesarbeitsgericht festgestellt hat, hat der Arbeitgeber in der Regel ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten. Dieses Interesse des Arbeitgebers kann durch eine Vertragsstrafe gesichert werden. Die Vertragsstrafe sichert insbesondere das berechnete Bedürfnis des Arbeitgebers, eine arbeitsvertragswidrige Beendigung der Arbeitstätigkeit von Seiten des Arbeitnehmers, d. h. eine Beendigung ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, zu verhindern. Dieser Fall ist vorliegend jedoch



## Kündigungsschutzrecht

nicht gegeben. Eine Vertragsstrafe kann auch das berechnete Interesse des Arbeitgebers schützen, grob vertragswidriges Verhalten im Arbeitsverhältnis zu verhindern. In Fällen grober Arbeitsvertragsverletzungen und einer fristlosen Kündigung ist die Darlegung und der Beweis eines konkreten Schadens oft für den Arbeitgeber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Vorliegend ist jedoch auch dieser Fall nicht gegeben. Die Arbeitgeberin war in der Lage, den von der Beklagten angerichteten Schaden festzustellen und exakt zu beziffern. Die Beklagte hat diesen Schadensumfang auch ohne Widerstand anerkannt und durch Schuldanerkenntnis für die Klägerin abgesichert.

In diesem Falle, d. h. bei der Feststellbarkeit und Nachweisbarkeit des Schadens sowie der Unterzeichnung eines Schuldanerkenntnisses durch die Schädigerin stellt die zusätzliche Vertragsstrafenforderung der Arbeitgeberin eine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmerin dar.

Darüber hinaus stellt jedoch die Vertragsstrafe neben dem Schuldanerkenntnis und der fristlosen Kündigung sowie der strafrechtlichen Verfolgung der Beklagten eine unangemessene weitere „Zusatzbestrafung“ dar, an der der Arbeitgeber nach Abwägung aller Umstände kein berechtigtes Interesse besitzt.

■ Arbeitsgericht Marburg

vom 16. August 2005, 2 Ca 395/05

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

## Kündigungsschutzrecht

### 40. Änderungskündigung, Wunsch des Arbeitgebers nach gleichförmigen Vertragsbedingungen keine soziale Rechtfertigung

1. Es bleibt dabei, dass bei einer Änderungskündigung sämtliche Details des Angebots daraufhin zu überprüfen sind, ob die Änderungen geeignet und erforderlich sind.

2. Der Wunsch des Arbeitgebers, für alle Arbeitsverhältnisse gleiche Urlaubsansprüche und Ausschlussfristen herzustellen, genügt als sachliche Rechtfertigung für eine Änderung dieser Bedingungen durch Änderungskündigung nicht; solche Arbeitsbedingungen zählen nicht zu den in grundsätzlich freier unternehmerischer Entscheidung bestimmbar an freien Arbeitsplätze.

3. Sind solche Änderungen im Änderungsangebot enthalten, hat dies die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung insgesamt zur Folge.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 26. Juli 2005, 6 Sa 26/05

### 41. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers, zur Begründung und zur Höhe der Abfindung, außerordentliche Kündigung wegen „Arbeitsverweigerung“ nach Ablauf der Kündigungsfrist

1. Die Rücknahme der Kündigung schließt die Möglichkeit, die fehlende soziale Rechtfertigung dieser Kündigung weiter geltend und darauf aufbauend einen Auflösungsantrag anhängig zu machen, nicht aus. Die Kündigung als Gestaltungsrecht kann einseitig nicht mehr beseitigt werden. Die Rücknahme stellt sich vielmehr als Angebot dar, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, welches ausdrücklich oder stillschweigend angenommen oder abgelehnt werden kann. Der Arbeitnehmer kann in einer solchen Fallgestaltung gleichwohl eine Entscheidung über die Sozialwidrigkeit der Kündigung und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung nach Maßgabe der §§ 9, 10 KSchG verlangen (ErfK/Ascheid, 3. Auflage 2003, § 9 KSchG, Rn 10 m. w. N.).

2. Die vom Arbeitnehmer darzulegenden Auflösungsgründe müssen inhaltlich im Zusammenhang mit der Kündigung oder dem Kündigungsschutzprozess stehen. Sie dürfen sich regelmäßig nicht allein in den Umständen erschöpfen, die zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führen. Wird jedoch das Arbeitsverhältnis durch den Ausspruch einer offensichtlich unbegründeten Kündigung belastet, so genügen schon geringfügige weitere Umstände, den Auflösungsantrag des Arbeitnehmers als gerechtfertigt erscheinen zu lassen (APS/Biebl, 2. Auflage 2004, § 9 KSchG, Rn 35; KR/Spilger, 6. Auflage 2002, § 9 KSchG, Rn 45 m. w. N.). Auflösungsgründe können sich aus dem Verhalten des Arbeitgebers bzw. seinem Vortrag im Kündigungsschutzprozess ergeben. So kommt nach der Begründung zum Regierungsentwurf eine Auflösung insbesondere dann in Betracht, wenn als Kündigungsgrund unzutreffende ehrverletzende Behauptungen über die Person des Arbeitnehmers oder sein Verhalten leichtfertig aufgestellt werden, die geeignet sind, dass zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige gegenseitige Vertrauen zu zerrütten (APS/Biebl, 2. Auflage 2004, § 9 KSchG, Rn 39/40 m. w. N.).

Die Beklagte hat u. a. behauptet, der Kläger habe die Kundin im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Mini-Cooper vorsätzlich falsch beraten und ihr bewusst den Umstand verschwiegen, dass das Fahrzeug über die erforderliche Betriebslaubnis gar nicht verfügte. Diese Behauptung ist leichtfertig aufgestellt, sie ist durch nichts belegt. Ob der Kläger – entgegen seinen Angaben – wirklich insoweit über positive Kenntnis verfügte, kann nur aus Indizien gefolgert werden, die den Rückschluss auf eine positive Kenntnis zulassen. Solche Indizien hat die Beklagte zu keinem Zeitpunkt vorgetragen, weshalb die Kammer davon ausgehen kann, dass eine vorsätzliche Falschberatung, also eine bewusste Täuschung der Kundin durch den Kläger nicht vorliegt. Die unbelegte aufgestellte Behauptung, der Kläger habe hier vorsätzlich falsch beraten, stellt sich als grob ehrverletzend dar. Dem Kläger wird

## Kündigungsschutzrecht

hier vorgeworfen, er habe die Kundin aus Provisionsinteresse getäuscht.

Damit stellt sich die Kündigung als offensichtlich sozialwidrig dar. Schon allein durch das Hinzutreten der unbelegten ehrenrührigen Behauptungen im Zusammenhang mit der Kundin ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses geboten.

3. Die Höhe der im Falle der Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber zu zahlenden Abfindung ist durch den Wortlaut des § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG („angemessen“) in das pflichtgemäße Ermessen der Kammer gestellt, die dabei an die Höchstgrenzen des § 10 KSchG gebunden ist. Einzelne Bemessungsfaktoren sind gesetzlich nicht festgelegt, lassen sich jedoch gesetzlichen Wertungen und der Spruchpraxis der Gerichte für Arbeitssachen entnehmen. Die Kammer hat sich bei der Ausübung ihres Ermessens zunächst von der gesetzgeberischen Wertung des § 1 a Abs. 2 KSchG leiten lassen.

Im nächsten Schritt hat die Kammer erwogen, ob besondere Bemessungsfaktoren im Einzelfall eine Erhöhung oder Ermäßigung dieses Ausgangswertes rechtfertigen.

Insoweit hat die Kammer zunächst in ihre Erwägungen eingestellt, dass hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage beider Parteien keine erkennbaren Umstände vorliegen, die Einfluss auf die Bemessung der Abfindung auszuüben geeignet wären. Gesehen hat die Kammer, dass der Kläger zum Auflösungszeitpunkt 48 Jahre alt ist, jedoch auch, dass das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt begründet worden ist, als der Kläger bereits 43 Jahre alt war, sich seine beruflichen Perspektiven im Rahmen des nur 5 Jahre bestehenden Arbeitsverhältnisses also nicht altersbedingt entscheidend verschlechtert haben, weshalb die Kammer die Bemessungsfaktoren Betriebszugehörigkeit und Lebensalter in Verbindung mit dem Umstand, dass dem Kläger keine Unterhaltspflichten gegenüber Kindern obliegen, insgesamt als im Einzelfall nicht erhöhungs- oder minderungsrelevant betrachtet.

Eingestellt hat die Kammer ferner den Umstand, dass sich die Kündigung als offensichtlich sozialwidrig darstellt. Die Beklagte hat zumindest in zwei Fällen zur Begründung der Kündigung unbelegte ehrenrührige Behauptungen aufgestellt, die in Verbindung mit der offensichtlich unbegründeten Kündigung an sich geeignet sind, eine Steigerung der Abfindung um insgesamt 50 Prozent gegenüber dem Ausgangswert im Sinne einer Genugtuungsfunktion andeuten lassen.

Die daraus an sich veranlasste Steigerung wird jedoch dadurch aufgewogen, dass der Kläger nahezu nahtlos eine Beschäftigung in seinem Berufsbild gefunden hat, was den Verlust des sozialen Besitzstandes durch das auflösungsbedingt beendete Arbeitsverhältnis relativiert.

Ohne entscheidende Berücksichtigung bleibt der Umstand, dass die Beklagte erneut außerordentlich gekündigt hat. Diese Kündigung begrenzt weder das Prozessrisiko der Beklagten, noch mindert sich dadurch der qua Abfindung auszugleichende Verlust des sozialen Besitzstandes.

4. Nach Ablauf der Kündigungsfrist steht es auch im Falle der Rücknahme der Kündigung dem Arbeitnehmer frei, an den bisherigen Arbeitsplatz zurückzukehren oder nicht, so er nicht das Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten angenommen hat, woran es hier fehlt. Es steht dem Arbeitnehmer ferner frei, den Prozess fortzusetzen und gleichzeitig ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen, was sich aus § 12 S. 1 KSchG ergibt. Der Kläger hat also dadurch, dass er trotz Aufforderung nicht mehr zur Arbeit erschien, Vertragspflichten nicht verletzt, weshalb eine Kündigung aus diesem Grund erkennbar ausscheiden muss.

■ Arbeitsgericht Bocholt

vom 5. August 2005, 2 Ca 549/05

eingereicht von Rechtsanwalt Uwe Schönborn, Hermannstraße 40–42, 44263 Dortmund-Hörde, Tel.: 0231 / 94 11 99–0, Fax: – 55; e-mail: anw@ltsgemeinschaft.de; www.sonntagkanzlei.de

### 42. Außerordentliche Kündigung wegen Bedrohung einer Schwangeren

Droht eine Produktionsmitarbeiterin ihrer im 8. Monat hochschwangeren Vorgesetzten im Rahmen eines Disputes, sie solle sie in Ruhe lassen, sonst werde sie ihr in den Bauch treten, dann sei ihr Kind weg, so stellt dies einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar, der auch im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung (hochemotionaler Disput, rauher Umgangston, ohne vorangegangene Abmahnung, lange Betriebszugehörigkeit, schlechte Arbeitsmarktchancen) in der Regel eine fristlose Kündigung rechtfertigt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 5. Juli 2005, 2 Sa 1054/04

### 43. Außerordentliche Kündigung, Frist nach § 626 BGB bei Arbeitsverweigerung, unverzügliche Kündigung nach Zustimmung des Integrationsamtes, beharrliche Arbeitsverweigerung, Entbehrlichkeit einer Abmahnung, kein Zurückbehaltungsrecht bei unklarer Rechtslage bezüglich des Weisungsrechts des Arbeitgebers, Interessenabwägung, Betriebsratsanhörung, Verweis auf Unterlagen, unzutreffende Überschriften

1. Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeit oder bleibt er dieser unentschuldigt fern, handelt es sich um einen so genannten Dauerzustand, bei dem die Ausschlussfrist nicht bereits mit dem Bekanntwerden der ersten Pflichtverletzung oder dem Beginn des kündigungsrelevanten Zustands beginnt. Bleibt der Arbeitnehmer der Arbeit unbefugt fern, so entsteht mit jedem Tag des Fernbleibens eine neue, für die Kündigung erhebliche Tatsache. Dieser Tatbestand dauert bis zur Wiederaufnahme der Arbeit an, sodass der Arbeitgeber noch zwei Wochen nach dem letzten Fehltag außerordentlich kündigen kann (vgl. BAG, v. 22.1.98 – 2 ABR 19/97). Vorliegend

beginnt die Erklärungsfrist nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 02.12.04 und endet am 15.12.04, da der Kläger am 01.12.04 wieder zur Arbeit erschien.

2. Die Beklagte hat ohne schuldhaftes Zögern für den Zugang der Kündigung an den Kläger gesorgt. Die Beklagte verzögerte nämlich den Zugang der Kündigung nicht, sondern diese wurde dem Kläger am 22.12.04 übergeben, nachdem die Zustimmung noch am Freitag Nachmittag sofort nach Eingang bei der Beklagten nach Lübeck gefaxt wurde, dort die Kündigung nach dem Wochenende gefertigt, vom Geschäftsführer unterschrieben und nach Rostock gesandt wurde. Seit der Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt sind bis zum Zugang gerade mal fünf Tage vergangen, wobei zu berücksichtigen ist, dass darin noch ein Wochenende enthalten ist.

3. Eine beharrliche Verletzung der Arbeitspflicht rechtfertigt in der Regel eine außerordentliche Kündigung. Erforderlich sind wiederholte, bewusste und nachhaltige Verletzungen der Arbeitspflicht. Aufforderungen zum vertragsgemäßen Verhalten müssen erfolglos geblieben sein. Der Arbeitnehmer hat kein Recht, sich selbst zu beurlauben oder die Arbeit zu verweigern, weil ein durch den Arbeitgeber ausgeübtes Direktionsrecht (seiner Ansicht nach) nicht besteht. Eine derartige Eigenmächtigkeit des Arbeitnehmers ist angesichts des umfassenden Systems gerichtlichen Rechtsschutzes grundsätzlich abzulehnen (vgl. BAG, v. 22.1.98, Az. 2 ABR 19/97). Auch wenn im Ergebnis ein Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht besteht, werden dadurch die Eigenmächtigkeit des Arbeitnehmers und die Arbeitsverweigerung nicht zu einer verzeihlichen Verletzung einer Nebenpflicht. Die Arbeitsverweigerung des Klägers war beharrlich, weil der Kläger nicht lediglich einmal und kurzzeitig die Arbeit verweigerte, sondern über einen Zeitraum von über drei Wochen.

Die Beklagte musste nach dem Ultima-Ratio-Prinzip auch keine vorherige Abmahnung aussprechen, da der Kläger von vornherein nicht damit rechnen konnte, dass eine Arbeitsverweigerung über einen so langen Zeitraum durch die Beklagte gebilligt werde. Er musste sich vielmehr bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzt.

Dem Kläger steht auch kein Zurückbehaltungsrecht zur Seite. Der zwischen den Parteien geschlossene Anstellungsvertrag sagt über den tatsächlichen Arbeitsort des Klägers nichts aus, sodass die näheren Umstände zu berücksichtigen sind.

Erst im September 2004 ist das Stadtteilverkaufsbüro im Südstadt-Center gegründet worden, sodass auch erst mit diesem Zeitpunkt über die Frage zu entscheiden war, wie dieses besetzt wird. Vorliegend kann aber im Ergebnis dahinstehen, ob sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Anstellungsvertrag tatsächlich die Möglichkeit für die Beklagte ergab, dem Kläger per Direktionsrecht die Tätigkeit im Stadtteilverkaufsbüro Südstadt-Center zuzuweisen. Jedenfalls ist diese Möglichkeit nicht von vornherein derart abwegig, dass dem Kläger das Zugeständnis gemacht werden kann, dass er die Möglichkeit hatte, seine Arbeit

zu verweigern. Besteht aber Streit zwischen den Parteien, ob eine derartige Zuweisung per Direktionsrecht möglich ist, ist seitens des Klägers gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und diese Entscheidung entsprechend abzuwarten. Im Ergebnis ergeben sich jeweils nicht derart eindeutige Anhaltspunkte für die Überschreitung oder das Nichtbestehen eines Direktionsrechts der Beklagten. Solche wären nur gegeben, wenn sich jedem durchschnittlichen und verständigen Arbeitnehmer nahezu aufdrängen musste, dass der Arbeitgeber nicht berechtigt ist, entsprechende Tätigkeiten bzw. andere Arbeitsorte per Direktionsrecht zuzuweisen. Ein derartiges „Aufdrängen“ ist in der Regel nur gegeben, soweit dem Arbeitnehmer „niedere“ Arbeiten zugewiesen werden, der Arbeitnehmer an einem Arbeitsort tätig werden solle, der mehrere hundert Kilometer von seinem bisherigen Arbeitsort entfernt liegt und der Arbeitsvertrag eine entsprechende Vereinbarung nicht ansatzweise vorsieht oder soweit gesetzeswidrige Tätigkeiten zugewiesen würden.

5. Zugunsten des Klägers konnte das Gericht lediglich dessen Alter berücksichtigen und die Dauer der Betriebszugehörigkeit, darüber hinaus den Umstand, dass sich der Kläger bisher vertragsgemäß verhalten hat und es zu keinen Pflichtverletzungen gekommen war. Demgegenüber steht aber die erhebliche, nachhaltige und bewusste Pflichtverletzung des Klägers. Für das Gericht ist die Eigenmächtigkeit des Klägers nicht entschuldbar.

6. Der bei der Beklagten bestehende Betriebsrat wird ordnungsgemäß zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung des Klägers angehört.

6.1. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Entgegen der Ansicht des Klägers kann die Beklagte zur Begründung der beabsichtigten Kündigung auch auf ein beigefügtes Schreiben an das Landesversorgungsamts verweisen.

6.2. Der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats steht auch nicht der Klammerzusatz („Anhörung nach § 91 SGB IX“) in der Kopfzeile des Schreibens vom 03.12.04 entgegen. Der Ansicht des Klägers, dass mit diesem Schreiben lediglich eine Anhörung nach § 91 SGB IX eingeleitet worden sei, nicht jedoch das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG, kann nicht gefolgt werden. Eine Anhörung des Betriebsrats im Rahmen des § 91 SGB IX sieht das Gesetz nicht vor.

■ Arbeitsgericht Rostock

vom 20. Juli 2005, 4 Ca 81/05

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

#### 44. Außerordentliche Kündigung, Konkretisierung von Beweisangeboten, Ausforschungsbeweis, sexuelle Belästigung

1. Die Beklagte stützt die streitgegenständliche Kündigung auf die sexuelle Belästigung von Auszubildenden. Nachdem

## Kündigungsschutzrecht

der Kläger unter konkretem Sachvortrag zu seinen Verhaltensweisen die gegen ihn erhobenen Vorwürfe bestreitet, wäre es Sache der Beklagten gewesen, ausreichend bestimmten Sachvortrag zum behaupteten Fehlverhalten vorzutragen. Die Beklagte schildert zwar zahlreiche Vorgänge, die aus ihrer Sicht die Kündigung rechtfertigen, sie lässt es jedoch an der erforderlichen Konkretisierung des Sachvortrags in zeitlicher Hinsicht fehlen. Es wird nicht vorgetragen, an welchem Tag sich welches Fehlverhalten abgespielt hat. Nach § 373 ZPO müssen aber diejenigen Tatsachen bezeichnet werden, zu denen der Zeuge bzw. die Zeugin vernommen werden soll, wobei als Tatsachen konkrete, insbesondere nach Raum und Zeit bestimmte, der Vergangenheit oder Gegenwart angehörige Geschehnisse oder Zustände anzusehen sind (vgl. BGH, v. 18.10.1973, Deutsche Richterzeitung 1974, Seite 27; BAG, v. 25.8.1982 – 4 AZR 878/79). Durch die fehlende zeitliche Konkretisierung der Vorwürfe wird dem Kläger, der die Vorwürfe bestreitet, die Möglichkeit genommen, seinerseits konkretisierten Sachvortrag zur Entlastung vorzubringen. Die Durchführung einer Beweisaufnahme hätte somit letztendlich die Erhebung eines unzulässigen Ausforschungsbeweises bedeutet. Allein die Angabe der Ausbildungszeiten, die beim Kläger verbraucht wurden in einem Teil der Fälle, ersetzt den notwendigen zeitlich konkretisierten Sachvortrag schon deshalb nicht, weil die Auszubildenden jeweils mehrere Wochen beim Kläger tätig waren.

Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass die sexuelle Belästigung einer Arbeitnehmerin an ihrem Arbeitsplatz durch ihren Vorgesetzten einen „an sich“ wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im Sinn von § 626 Abs. 1 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Beschäftigtenschutzgesetz darstellt.

Nach § 2 Abs. 2 BeschSchG zählen zu den relevanten sexuellen Handlungen und Aufforderungen insbesondere sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden. Die Voraussetzung der „erkennbaren Ablehnung“ hat die Funktion, den Belästigungstatbestand einzuschränken. Mit diesem Tatbestandsmerkmal wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass die Annahme einer sexuellen Belästigung auf die Fälle beschränkt bleibt, in denen jemand einem anderen ein nicht erwünschtes sexuelles Verhalten aufdrängt. Die Unerwünschtheit des fraglichen sexuellen Verhaltens muss daher nach außen in Erscheinung getreten sein. Dabei kann eine im Einzelfall aus den Umständen erkennbare Ablehnung genügen.

Auch wenn eine sexuelle Belästigung festgestellt wird, hat dies nicht zur Folge, dass dies automatisch die fristlose Kündigung eines langjährigen Beschäftigten rechtfertigt. In einem solchen Fall muss vielmehr ein Fehlverhalten von schwerwiegendem Charakter vorliegen. Beispielhaft sei insoweit auf die Entscheidung des LAG Mainz vom 24.10.2001 – 9 Sa 853/01 verwiesen, indem einer Auszubildenden per SMS mitgeteilt

wurde „Hallo B (...), du geiles Etwas, heute komme ich zu dir, dann bumsen wir eine Runde“. Andererseits wird in einem Fall, bei dem es um einen Klaps auf den Po ging, die außerordentliche Kündigung für den Kläger als ein unverhältnismäßig hartes Mittel gesehen (vgl. LAG Chemnitz, v. 19.8.1997 – Az. 7 Sa 870/96).

Vorliegend kann die Kammer in einem erheblichen Teil des dem Kläger vorgeworfenen Verhaltens schon keine sexuelle Belästigung im Sinn des § 2 Abs. 2 BeschSchG sehen. Hierzu zählen aus Sicht der Betroffenen unpassende Komplimente und Einladungen. In den Bereich der sexuellen Handlungen können dagegen der vorgetragene Po-Klapp, der Kuss der Auszubildenden K., für den sich der Kläger allerdings sofort entschuldigte, und das Streicheln gesehen werden. Auch das Öffnen von Haaren ohne vorherige ausdrückliche Zustimmung der Auszubildenden kann je nach Umständen dem Bereich einer sexuellen Belästigung zuzurechnen sein und geht im Übrigen auch ohne sexuellen Hintergrund weit über die Befugnisse eines mit der Ausbildung befassten Mitarbeiters hinaus. Gleichwohl sind diese Vorwürfe auch bei Wahrunterstellung des Sachvortrags der Beklagten und Außerachtlassung der fehlenden Konkretisierung nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die Häufigkeit der behaupteten Verhaltensweisen zur Überzeugung der Kammer nicht geeignet, die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers zu rechtfertigen, der 56 Jahre alt ist, 33 Jahre Beschäftigungszeit aufzuweisen hat und dem sonstiges Fehlverhalten nicht vorgeworfen wird.

Dabei ist noch nicht berücksichtigt, wie es zu würdigen ist, dass keiner der betroffenen Arbeitnehmerinnen sich das Verhalten des Klägers verbeten hat. Zwar ist es durchaus nachvollziehbar, dass eine Ablehnung während der Ausbildungszeit aus Angst vor einer negativen Beurteilung unterbleibt, soweit die Belästigungen einen bestimmten Rahmen nicht überschreiten. Diese Drucksituation ist nach dem Verlassen der Ausbildungsstation aber nicht mehr vorhanden und es ist ein Indiz dafür, dass die Belästigungen nicht als sehr schwerwiegend empfunden wurden, wenn sich die betroffenen Auszubildenden nicht im zeitlichen Zusammenhang mit der Beendigung der Ausbildungsstation bei der Ausbildungsleiterin oder einem Vorgesetzten über das Verhalten des Klägers beschwerten.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 29. April 2005, 3 Ca 2094/04 S

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721/ 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magers-partner.de; www.magers-partner.de

### 45. Außerordentliche Kündigung, beharrliche Arbeitsverweigerung

1. Verweigert der Arbeitnehmer die ihm vertragsgemäß obliegende Arbeit, so rechtfertigt dies – je nach den Umständen des Einzelfalls – eine außerordentliche oder ordentliche Kün-



## Kündigungsschutzrecht

digung, wenn zuvor eine Abmahnung durch den Arbeitgeber erfolgt ist. Eine außerordentliche Kündigung kommt insbesondere in Fällen einer sogenannten beharrlichen Arbeitsverweigerung in Betracht, bei der eine typische Nachhaltigkeit im Willen des Arbeitnehmers vorliegt.

2. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Klägerin ab dem 08.10.2004 immerhin bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am 05.11.2004 arbeitsunfähig krankgeschrieben war. Darüber hinaus trägt die Klägerin vor, auch am 07.10.2004 sei sie aufgrund Arbeitsunfähigkeit nicht mehr in der Lage gewesen, ab 19.30 Uhr ihrer Tätigkeit nachzukommen. Damit wäre es Sache der für die Widerlegung von Rechtfertigungsgründen darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten gewesen, die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin am 07.10.2004 nicht nur zu bestreiten, sondern zu beweisen, dass die Einlassung der Klägerin unzutreffend war.

Eine beharrliche Arbeitsverweigerung und damit die grundsätzliche Möglichkeit zu einer fristlosen Kündigung liegt im Übrigen auch dann nicht vor, wenn der Gesundheitszustand der Klägerin am Abend des 07.10.2004 bei objektiver Betrachtungsweise noch nicht Arbeitsunfähigkeit zur Folge hatte, sondern Arbeitsunfähigkeit erst zum Zeitpunkt der ärztlichen Feststellung am nächsten Tag vorlag. Dies folgt daraus, dass von der notwendigen Nachhaltigkeit im Willen des Arbeitnehmers schon dann nicht mehr auszugehen ist, wenn sich der Arbeitnehmer über das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit irrt (vgl. KR, Gemeinschaftskommentar zum KSchG, 7. Aufl., Rn 433 zu § 1 KSchG m. w. N).

3. Es bleibt dahingestellt, ob selbst bei Annahme einer beharrlichen Arbeitsverweigerung die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt gewesen wäre. Erhebliche Zweifel hieran bestehen, da nach dem ultima-ratio-Prinzip auch bei beharrlicher Arbeitsverweigerung nicht ausgeschlossen ist, dass nur eine ordentliche Kündigung gerechtfertigt ist (vgl. BAG, v. 21.11.1996, EzA KSchG § 1 Nr. 50) und vorliegend zu berücksichtigen ist, dass der Arbeitsausfall sich nur auf wenige Stunden belaufen hat und zum einen feststand, dass das Arbeitsverhältnis allenfalls bis 05.11.2004 fort dauern würde und andererseits Arbeitsunfähigkeit bereits bis 22.10.2004 attestiert war.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 3. Juni 2005, 3 Ca 503/05 S

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magars-partner.de; www.magars-partner.de

**46. Außerordentliche Kündigung, Schwerbehinderter, Frist für die Antragstellung an das Integrationsamt (§ 71 (2) SGB X); rechtzeitige Information der kündigungsberechtigten Stelle des öffentlichen Arbeitgebers; Definition des Arbeitgebers; kein Zwang zu Sondersitzungen des Personalausschusses; keine Überprüfung der**

### Kündigungsgründe, wenn kein Zusammenhang mit der Behinderung

1. Nach § 85 SGB IX bedarf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts. Die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung kann nach § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden; maßgebend ist der Eingang des Antrags beim Integrationsamt. Nach Satz 2 der Vorschrift beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt.

Die Frist zur Stellung des Antrags auf Zustimmung zur Kündigung beim Integrationsamt beginnt gemäß § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX zu dem Zeitpunkt, in dem „der Arbeitgeber“ von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat.

Der Begriff des Arbeitgebers hat im SGB IX keine Legaldefinition gefunden; er ist auslegungsbedürftig und auch auslegungsfähig. Arbeitgeber können eine oder mehrere natürliche bzw. auch juristische Personen des Zivil- oder öffentlichen Rechts sein. Zu den wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers gehört die Leitung in personalen und sozialen Angelegenheiten. Je nach Organisationsform können auf der Arbeitgeberseite unterschiedliche (natürliche) Personen handelnd in Erscheinung treten. Neben den Mitgliedern der Organe von juristischen Personen und den zur Vertretung einer Personengruppe berufenen Personen können Mitarbeiter handeln, denen der Arbeitgeber besondere Befugnisse und Aufsichtsfunktionen übertragen hat, sodass sie eine ähnlich selbständige Stellung wie ein gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Stellvertreter des Arbeitgebers erlangt haben (vgl. hierzu z. B. BAG, v. 26.11.1987 – 2 AZR 312/87 – juris – unter Bezugnahme auf BAGE 23, 475; 29, 158). In der Rechtsprechung zu § 626 Abs. 2 BGB stellen die Arbeitsgerichte daher auf den Kündigungsberechtigten ab.

Besonderheiten gelten dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Gemeinde (öffentlicher) Arbeitgeber ist. Nach Art. 29 BayGO wird die Gemeinde durch den Gemeinderat verwaltet, soweit nicht der Erste Bürgermeister selbständig entscheidet (Art. 37 BayGO). Für die Einstellung und Entlassung u. a. von Angestellten der Gemeinde stellt Art. 43 Abs. 1 BayGO eine gesetzliche Spezialregelung für die Zuständigkeit des Gemeinderats dar. Nach Satz 2 der Vorschrift kann der Gemeinderat diese Befugnis auf einen beschließenden Ausschuss (i. S. von Art. 32 Abs. 2 mit 5 BayGO) übertragen.

2. Die in § 91 Abs. 2 SGB IX enthaltene Regelung stellt eine gesetzliche Konkretisierung eines Verwirkungstatbestandes dar. Der Beginn der Antragsfrist nach Satz 1 der Vorschrift wird gehemmt, solange der Arbeitgeber bzw. das für ihn handelnde Organ die zur Aufklärung des Sachverhalts nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchführt (vgl. insoweit

## Kündigungsschutzrecht

zu § 626 BGB; BAG, v. 10.6.1988 – 2 AZR 25/88 – juris –; BAGE 73, 42).

Der Gemeinderat als Kollegialorgan genießt bei der Festlegung seiner Geschäftsordnung, die als Ausfluss seiner Organisationsgewalt der gemeindlichen Selbstverwaltung zuzuordnen ist, volle (auch politische) Gestaltungsfreiheit. Es ist insoweit nicht Sache des Gerichts zu prüfen, ob der Gemeinderat die beste oder die gerechteste Lösung des gestellten Problems gewählt hat. Die beigeladene Stadt hat im Verfahren ausgeführt, der Sitzungsturnus der kommunalen Gremien werde in einem jährlichen Sitzungsplan vorgegeben, der auf bestimmte Termine wie Feiertage und Ferien Rücksicht nehmen müsse. Die Sitzungen der Vollversammlung finden den Angaben der Beigeladenen zufolge in der Regel monatlich statt, die Ausschüsse tagten nach Bedarf, wobei die einzelnen Sitzungen drei bis fünf Monate vorher terminiert würden.

Eine dem Finanz- und Personalausschuss zurechenbare, verspätet erlangte Kenntnis des Schreibens vom 27. November 2001 aufgrund schuldhaft fehlerhafter Organisation des Geschäftsbetriebs, insbesondere eines Fehlverhaltens des Oberbürgermeisters, liegt nicht vor. Im Hinblick auf die Art, Häufigkeit und Bedeutung der vom Finanz- und Personalausschuss durch Beschlussfassung zu entscheidenden Personalangelegenheiten ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich auf der Grundlage der in der Vergangenheit gewonnenen Erfahrungswerte unter Berücksichtigung bestimmter Termine wie Feiertage und Ferien sowie zur Vermeidung terminlicher Überschneidungen bei der Beigeladenen die aufgezeigte Praxis eingestellt hat. Auch kann angesichts der Zahl der bei der beigeladenen Beschäftigten kaum angenommen werden, außerordentliche Kündigungen insbesondere schwerbehinderter Angestellter würden derart gehäuft anfallen, dass Ausschusssitzungen in kurzen zeitlichen Abständen geboten sein könnten. Die Abhaltung einer Sondersitzung kam hier wegen absehbarer Terminschwierigkeiten nicht in Betracht.

Die Voraussetzungen des § 91 Abs. 4 SGB IX liegen vor, wenn die Kündigung aus einem Grund erfolgt, der nicht im Zusammenhang mit der Behinderung steht. Diese Vorschrift schränkt die Ermessensbetätigung des Beklagten ein. Der Grund, aus dem die Kündigung erfolgen soll, ist stets der vom Arbeitgeber genannte Kündigungsgrund unabhängig davon, ob dieser die Kündigung arbeitsrechtlich rechtfertigt (vgl. z. B. BayVG, v. 6.10.1997 – 12 B 94.2091). § 91 Abs. 4 SGB IX verweist nur auf die Begründung der Kündigung, nicht auf deren Begründetheit (zu § 21 Abs. 4 SchwbG vgl. BVerwGE 90, 275/281; BVerwG, v. 18.9.1996 – *Buchholz* 436.61 § 21 SchwbG Nr. 8).

■ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

vom 28. Februar 2005, 9 BV 04.2307

eingereicht von Rechtsanwalt Peter Lutz, Spretistraße 9 1/2, 85057 Ingolstadt, Tel.: 0841 / 879 70, Fax: 444 26;

e-mail: Rae\_Fiedler\_Ingolstadt@t-online.de;

www.rechtsanwalt-fiedler.de

### 47. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste, Herausnahme von Leistungsträgern, Darlegungs- und Beweislast

Ob die Darlegungs- und Beweislast für die Herausnahme von Leistungsträgern unter Geltung des § 1 Abs. 5 KSchG n.F. auf den Arbeitnehmer verlagert worden ist, braucht die Kammer nicht zu klären. Denn nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast und entsprechend § 1 Abs. 3 Satz 1, letzter Halbsatz KSchG hat der Arbeitgeber auf das Verlangen des Arbeitnehmers jedenfalls die Gründe für die getroffene Sozialauswahl anzugeben (vgl. auch *Becker/Etzel/Bader*, § 1 KSchG, Rn 703h). Hierzu gehört auch, dass der Arbeitgeber die Gründe für die Herausnahme von Leistungsträgern offen legt. Denn im Gegensatz zu dem gekündigten Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die für ihn maßgeblichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen und die berechtigten betrieblichen Interessen ohne weiteres darlegen. Die für die Bestimmung eines Leistungsträgers notwendigen Daten und Fakten sind eindeutig seiner Sphäre zuzuordnen (vgl. auch Arbeitsgericht Hanau – 2 Ca 408/04). Eine pauschale Begründung des Arbeitgebers ist – auch im Rahmen des § 1 Abs. 5 KSchG – nicht ausreichend, weil es für den Arbeitnehmer faktisch unmöglich wäre, gegen diesen Vortrag etwas einzuwenden. Die Schutzfunktion aus Art. 12 GG gebietet es aber, dem Arbeitnehmer einen ausreichenden Rechtsschutz vor rechtsmissbräuchlicher Gestaltung durch die Betriebsparteien zu gewähren (vgl. auch *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, § 1 KSchG, Rn 785 b).

Dieser Darlegungslast ist die Beklagte – trotz Auflage des Gerichts im Gutetermin – nicht nachgekommen. Ein fassbarer Vorteil des Betriebes durch die Weiterbeschäftigung der behaupteten Leistungsträger ist nicht benannt. Die Begründung der Beklagten für die Herausnahme der Mitarbeiter A und B lässt nicht erkennen, weshalb diese Mitarbeiter außergewöhnlich qualifiziert und leistungsstark sein sollen. Es ist nicht erkennbar, woran die Beklagte die behaupteten Eigenschaften (z. B. große Sorgfalt, stete Zuverlässigkeit, Fingerspitzengefühl, permanente Einsatzbereitschaft, absolutes Qualitätsbewusstsein, Gleichmäßigkeit und Konzentration in den Produktionsabläufen) festmacht. Auch ist nicht erkennbar, inwiefern die Mitarbeiter A und B überdurchschnittliche Fähigkeiten besitzen sollen.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 21. Juli 2005, 12 Ca 304/04

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

### 48. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungs- und Beweislast zur unternehmerischen Entscheidung und zum Vorliegen einer Betriebsänderung

1. Bei einer betriebsbedingten Kündigung ist von den Arbeitsgerichten nachzuprüfen, ob eine unternehmerische Ent-

scheidung tatsächlich vorliegt – und zwar auch im Fall einer auf einem Interessenausgleich mit Namensliste beruhenden Kündigung (APS/Kiel, § 1 KSchG Rn 785 o) – und ob durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist.

Insofern gelten die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Zunächst hat der Arbeitgeber darzulegen, dass und wie die von ihm beabsichtigte Maßnahme durchgeführt werden soll. Dann ist es Sache des Arbeitnehmers vorzutragen, warum die Maßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Alsdann hat sich der Arbeitgeber hierauf weiter zu erklären (BAG, v. 17.6.1999 – 2 AZR 522/98, AP Nr. 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

2. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass und unter welchen Umständen eine unternehmerische Entscheidung getroffen worden sei. Soweit sie vorträgt, die Unternehmensleitung habe sich entschlossen, dort Einsparungen vorzunehmen und der Auftragslage anzupassen, wo dies am nachhaltigsten erreicht werden könne, nämlich im Bereich der Personalkosten, ist dem nicht zu entnehmen, was Grundlage der Unternehmensentscheidung war. Nachdem der Kläger vortrug, die Beklagte habe eine unternehmerische Entscheidung nicht substantiiert dargelegt, insbesondere nicht, zu welchem Zeitpunkt und durch welche beteiligten Personen eine unternehmerische Entscheidung getroffen worden sei, hätte es der Beklagten obliegen, dass sie nach Ort, Zeit und Beteiligten darstellt, wie die Entscheidung getroffen wurde. Dazu sind keine ausreichenden Angaben gemacht worden.

3. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste kehrt sich im Kündigungsschutzprozess, in dem an sich der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen darlegungs- und beweispflichtig ist, die Darlegungs- und Beweislast um. Der Beklagten kommt die Vermutungswirkung jedoch nicht zugute. Es fehlt daran, dass die Beklagte die Vermutungsbasis darlegt, dass eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG vorlag und für die Kündigung des Arbeitnehmers kausal war. Der Vortrag der Beklagten genügt den Anforderungen an eine Betriebsänderung nicht.

Eine Betriebsänderung in der Gestalt einer Betriebseinschränkung durch Personalabbau liegt vor, wenn eine größere Zahl von Arbeitnehmern betroffen ist. Maßgeblich sind die Zahlen und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG.

Der Rechtsauffassung der Beklagten, wonach es für die Frage der Betriebseinschränkung darauf ankomme, wie viele Arbeitnehmer gekündigt werden sollen, nicht aber, wie viele letztlich eine Kündigung erhalten, hat sich die Kammer nicht angeschlossen. Abzustellen ist auf die Zahl der tatsächlich gekündigten Arbeitnehmer. Dies harmoniert auch mit dem Begriff der Betriebsänderung; eine Änderung tritt nämlich gerade in Bezug auf diejenigen Arbeitnehmer nicht ein, auf die sich zwar die Kündigungsabsicht bezog, die aber eine Kündigung letztlich nicht erhalten haben.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 26. Oktober 2005, 11 Ca 57/05

eingereicht von Rechtsanwalt Klaus Müller-Knapp,  
Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/696 57 63,  
Fax: 280 74 93; e-mail: kanzlei@anwaelte-mkhh.de;  
www.arbeitnehmer-anwaelte.de

#### 49. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, grobe Fehlerhaftigkeit, Darlegungs- und Beweislast

1. Auch wenn ein Arbeitnehmer in eine Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG aufgenommen worden ist, kann er im Kündigungsschutzprozess gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG verlangen, dass der Arbeitgeber die Gründe angibt, die zu der getroffenen Sozialauswahl geführt haben (vgl. BAG, v. 10.2.1999 – 2 AZR 716/98 = EZA § 1 KSchG Sozialauswahl Nr. 38, zur Rechtslage im Jahre 1997). Auch im Kündigungsschutzprozess hat der Arbeitgeber als Folge seiner materiellen Auskunftspflicht substantiiert vorzutragen. Diese aus der materiellen Mitteilungspflicht herzuleitende Vortragslast ist allerdings auf die subjektiven, vom Arbeitgeber tatsächlich angestellten Überlegungen beschränkt (BAG, v. 15.6.1989 – 2 AZR 580/88 = EZA § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 28). Kommt der Arbeitgeber der ihm im Rahmen seiner Auskunftspflicht obliegenden Darlegungslast nicht oder nicht vollständig nach, so führt dies beim Arbeitnehmer zu einer beschränkten Befreiung von der ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegenden Darlegungs- und Beweislast. Es bedarf daher insoweit keiner weiteren Darlegungen seitens des Arbeitnehmers, da er die Rüge der fehlerhaften Sozialauswahl gerade und nur deswegen nicht weiter konkretisieren kann, weil der Arbeitgeber seiner Auskunftspflicht hinsichtlich der von ihm angestellten Auswahlüberlegungen nicht nachgekommen ist (BAG, v. 21.12.1983 – 7 AZR 421/82 = EZA § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung Nr. 29). Dann genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast alleine dadurch, dass er pauschal die soziale Auswahl beanstandet.

2. Die Beklagte hat ihre Auskunft über die getroffene Sozialauswahl dahingehend erteilt, dass sie eine Vorauswahl mittels des von ihr genannten Punkteschemas und sodann eine abschließende Einzelfallentscheidung mit dem Betriebsrat vorgenommen habe. Aus dem Vergleich der von ihr vorgelegten Listen (einerseits Bl. 33 bis 37 und andererseits Bl. 28) ergibt sich, dass die Beklagte damit ihrer Vortragslast nicht ansatzweise nachgekommen ist, weil sie bei der abschließenden Auswahl eindeutig andere Kriterien als eine Auswahl nach dem von ihr vorgelegten Punkteschema angewendet hat. Dabei kann es offen bleiben, ob die 14 Arbeitnehmer, welche nach Anwendung des Punkteschemas sozial weniger schutzwürdig als die Klägerin erschienen und nicht gekündigt wurden, zurecht mangels Vergleichbarkeit oder wegen berechtigter betrieblicher Interessen von der Kündigung ausgenommen wurden. Denn die abschließende Namensliste zeigt, dass die Beklagte sich nur bei einigen Arbeitnehmern – dazu dürfte



## Kündigungsschutzrecht

die Klägerin gehören – an das ermittelte Punkteergebnis gehalten hat. In vielen anderen Fällen hat sie für die weniger schutzwürdigen und nicht gekündigten Arbeitnehmer entgegen der Logik ihres Punkteschemas nicht diejenigen Arbeitnehmer nachrücken lassen, die am wenigsten sozial schutzwürdig sind, sondern zum Teil auf Arbeitnehmer zurück gegriffen, die in höchstem Maße sozial schutzwürdig sind.

Da sich die Beklagte an das von ihr behauptete Punkteschema evident nicht gehalten hat, kann der von ihr genannten Einzelfallentscheidung keine marginale Bedeutung zugekommen sein. Vielmehr hat sie offensichtlich weitere Überlegungen angestellt, die sie trotz des Auskunftsverlangens der Klägerin nicht benennt. Damit ist sie dem Auskunftsverlangen nicht nachgekommen, sodass die Kündigung ohne weiteres als sozialwidrig anzusehen ist, da sich die Klägerin darauf berufen hat, es seien sozial stärkere Arbeitnehmer als sie vorhanden, § 138 Abs. 2 ZPO. Dementsprechend ist auch zu Gunsten der Klägerin davon auszugehen, dass die Sozialauswahl grob fehlerhaft ist, weil sie evident unzulänglich ist und jede Ausgewogenheit vermissen lässt (vgl. KR, § 1 KSchG Rn 514). Es kann ausdrücklich offen bleiben, ob dies auch bei konsequenter Anwendung des Punkteschemas der Fall gewesen wäre.

3. Auch die Hilfsüberlegung, dass die Klägerin bei konsequenter Anwendung des Punkteschemas auf jeden Fall unter den 25 zu kündigenden Arbeitnehmern sein müsste, kann nicht zugunsten der Beklagten gehen. Denn das Gericht kann nicht seine eigene Auswahlentscheidung an die Stelle der Überlegungen des Arbeitgebers setzen. Wenn der Arbeitgeber sich auf die Auswahl nach einem Punkteschema beruft, ist es seine Sache, dessen konsequente Anwendung – und ggfs. Korrekturen im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung – substantiiert vorzutragen. Ist, wie hier, dies nicht der Fall und spricht das Ergebnis dafür, dass bestenfalls teilweise eine Anwendung des Punkteschemas erfolgte, fehlt es insgesamt an der Ausgewogenheit bei der Beurteilung der gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu gewichtenden Kriterien.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 10. November 2005, 7 Ca 258/05

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

### Anmerkung:

Siehe hierzu (a.A. zu Nr. 3) Arbeitsgericht Siegburg vom 6. Juli 2005 i.d. Heft Nr. 57 (me)

### 50. Betriebsbedingte Kündigung, Stilllegung einer Betriebsabteilung, Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder, Abwägung beim Freikündigen eines Arbeitsplatzes, Bestreiten, Substantiierung, Behauptung ins Blaue; Sozialauswahl, vergleichbare Fähigkeiten

1. Zwar ist der Arbeitgeber, wenn es zur Stilllegung einer Betriebsabteilung kommt, gemäß § 15 Abs. 5 Satz 1 BetrVG u.U. auch verpflichtet, für das dort beschäftigte Betriebsratsmitglied in einer anderen Betriebsabteilung einen geeigneten

Arbeitsplatz durch Kündigung freizumachen (vgl. nur BAG, v. 13.6.2002 – 2 AZR 391/01, EzA § 15 KSchG Nr. 55, unter B 13 a der Gründe). Dabei sind jedoch die sozialen Belange des hiervon betroffenen Arbeitnehmers und die berechtigten betrieblichen Interessen an seiner Weiterbeschäftigung einerseits gegen die Interessen der Belegschaft an der Kontinuität der Besetzung des Betriebsrats und die Interessen des durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmers an seiner Weiterbeschäftigung andererseits gegeneinander abzuwägen (so auch schon LAG Düsseldorf, v. 25.11.1997 – 8 Sa 1358/97, LAGE § 15 KSchG Nr. 16, S. 10).

Hat die Beklagte substantiiert dargelegt, dass mit einer langwierigen Einarbeitungszeit des Klägers im Umgang mit einem Warenwirtschaftsprogramm zu rechnen sei, dann ist der Vortrag des Klägers, er könne sich bei einer fachkundigen Einarbeitung innerhalb einer Einarbeitungszeit von maximal drei Tagen mit allen EDV-Vorgängen, die im Lager anfallen, vertraut machen, unbeachtlich, wenn sie ohne Kenntnis der fraglichen EDV-Vorgänge und der übrigen im Lager anfallenden Arbeiten erfolgt ist. Es handelt sich dann um eine Behauptung „ins Blaue hinein“, mit der der Kläger seiner Darlegungslast nicht genügt (vgl. dazu *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl. 2004, § 138 Rn 17).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 15. September 2005, 11 Sa 788/05, Rev. zugel.

### 51. Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG, Darlegungslast

Das Berufungsurteil des LAG Baden-Württemberg (12 Sa 92/03) war bereits in den „Arbeitsrechtlichen Entscheidungen“ (Heft 3/2004, Nr. 288) veröffentlicht worden. Das LAG hatte die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. Das Bundesarbeitsgericht hat das Urteil des LAG gestützt und die Revision des Klägers zurückgewiesen.

„Hinsichtlich der im Sinne des § 102 BetrVG ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats gilt eine abgestufte Darlegungslast. Danach hat im Prozess der Arbeitnehmer zunächst einmal die für ihn günstige Tatsachen vorzutragen, dass überhaupt ein Betriebsrat besteht und deshalb nach § 102 BetrVG vor Ausspruch einer Kündigung dessen Anhörung erforderlich war.

Ohne dieses Vorbringen ist das Gericht nicht berechtigt und nicht verpflichtet, das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung zu prüfen. Auf einen entsprechenden Sachvortrag des Arbeitnehmers hin, obliegt es dem Arbeitgeber darzulegen, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden ist. Da die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung ist, trifft die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich insoweit den Arbeitgeber. Auf einen entsprechenden Prozessvortrag des Arbeitgebers hin darf sich der Arbeitnehmer dann nicht mehr darauf beschränken, die ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung pauschal mit Nichtwissen zu bestreiten. Er hat sich



vielmehr nach § 138 Abs. 1 und 2 ZPO vollständig über den vom Arbeitgeber vorgetragenen Sachverhalt zu erklären und im Einzelnen zu bezeichnen, ob er rügen will, der Betriebsrat sei entgegen der Behauptung des Arbeitgebers überhaupt nicht angehört worden, oder in welchen einzelnen Punkten er die tatsächlichen Erklärungen des Arbeitgebers über die Betriebsratsanhörung für falsch oder die dem Betriebsrat mitgeteilten Tatsachen für unvollständig hält.

Danach war es nicht ausreichend, dass der Kläger im gesamten Verfahren in den Tatsacheninstanzen bis kurz vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht lediglich pauschal die Betriebsratsanhörung mit Nichtwissen bestritten hat. Zwar hatte der Kläger in der Klageschrift auf das Bestehen eines Betriebsrates hingewiesen und damit grundsätzlich eine weitere Darlegungspflicht der Beklagten ausgelöst, zur Betriebsratsanhörung genauere Tatsachen vorzutragen. Dem ist die Beklagte jedoch nachgekommen und hat vorgetragen, sie habe den Betriebsrat schriftlich zur Kündigung angehört. Die Vorinstanzen haben das weitere Bestreiten einer „ordnungsgemäßen“ Betriebsratsanhörung durch den Kläger ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, dass der Kläger die Tatsache, dass der Betriebsrat überhaupt angehört worden ist, nicht mehr bestritten hat. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit dem Kündigungsschreiben das an den Betriebsrat gerichtete Anhörungsschreiben übersandt, kann er im Prozess davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer über den Inhalt dieses Anhörungsschreibens im Einzelnen informiert und aus eigener Wahrnehmung in der Lage ist, sich zu den Einzelheiten der Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG zu erklären. Angesichts dieser genauen Kenntnis vom Inhalt der Betriebsratsanhörung ist die Erklärung des Arbeitnehmers über die „ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung“ mit Nichtwissen nach § 138 Abs. 4 ZPO unzulässig.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 23. Juni 2005, 2 AZR 193/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Hanns-Uwe Richter, Kurfürsten-Anlage 59, 69115 Heidelberg, Tel.: 06221/98 12-0, Fax: 18 39 52; e-mail: m.steinbeck@dr-schlatter.de; www.dr-schlatter.de

## 52. Keine Klagefrist gegen falsche Kündigungsfrist, Geltungsbereich des § 4 KSchG n.F.

Eine falsche Kündigungsfrist kann auch außerhalb der Frist des § 4 KSchG deshalb gerichtlich überprüft werden, weil die Kündigung dadurch nicht unwirksam, sondern der Auslegung zugänglich ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 21. April 2005, 6 Sa 135/05, Rev. zugew.

## 53. Kündigungsberechtigung, Betriebsübergang

1. Beauftragt ein Abwasserverband einen Dritten durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit der „Betriebsführung

einzelner Kläranlagen“, kann hierin ein Betriebs(teil)übergang liegen.

2. Die danach erfolgende Kündigung eines übergegangenen Arbeitnehmers durch den Veräußerer ist mangels Befugnis unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 24. Juni 2005, 7 Sa 10/05

eingereicht von Rechtsanwalt Gerd Karle, Friedrichstraße 28, 72336 Balingen, Tel.: 07433 / 70 98, Fax: 203 25; e-mail: anwaltskanzlei-karle@t-online.de

## 54. Massenentlassungen, keine Möglichkeit zur richtlinienkonformen Auslegung der §§ 17 ff. KSchG

Richtlinien kommt grundsätzlich keine unmittelbare Wirkung zu. Richtlinien wenden sich nach Art. 249 Abs. 3 EG an die Mitgliedsstaaten und verpflichten diese, die entsprechenden Vorgaben in nationales Recht umzusetzen. Einer nicht umgesetzten Richtlinie kommt im Verhältnis zwischen Privatparteien untereinander keine unmittelbare Geltung zu. Nach Ansicht der erkennenden Kammer ist der in den §§ 17, 18 KSchG verwendete Begriff der „Entlassung“ nicht dahingehend auszulegen, dass hiermit die Kündigungserklärung gemeint ist. Dies folgt aus der Systematik des Kündigungsschutzgesetzes. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift folgt nichts anderes. Hieraus ergibt sich im Ergebnis, dass der Begriff der Entlassung nicht mit dem Begriff der Kündigung gleichzusetzen ist. Solange der Gesetzgeber den in §§ 17, 18 KSchG aufgenommenen Wortlaut nicht ändert, verbietet sich somit eine richtlinienkonforme Auslegung nach der Rechtsprechung des EuGH.

■ Arbeitsgericht Wiesbaden

vom 27. Juli 2005, 7 Ca 2411/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Steffen Albicker, Kettenhofweg 1, 60325 Frankfurt am Main, Tel.: 069 / 97 14 37-0, Fax: -40; e-mail: s.albicker@pilger-law.com; www.pilger-law.com

## 55. Massenentlassungsanzeige, Auswirkung der Rechtsprechung des EuGH, § 17 KSchG auslegungsfähig, kein Vertrauensschutz für den Arbeitgeber i. S. des EuGH

1. Maßgeblich für die Auslegung des § 17 KSchG ist die Funktion des Gesetzes. Zum einen verfolgen §§ 17 ff. KSchG einen arbeitsmarktpolitischen Zweck. Durch die Anzeige soll die Arbeitsverwaltung in die Lage versetzt werden, sich rechtzeitig auf zu erwartende Entlassungen größeren Umfangs einzustellen und geeignete Maßnahmen zu treffen. Zum anderen ist anerkannt, dass die Regelungen der §§ 17 ff. KSchG auch eine Erweiterung des Individualschutzes der von Kündigungen betroffenen Mitarbeiter darstellt. Das ergibt sich auch aus dem Erwägungsgrund zu 2 aus der Richtlinie des Rates 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen vom 20.07.1998 (nachlesbar in KR, Anhang zu § 22 KSchG). Dort wurde ausdrücklich festgelegt, dass es wichtig ist, „den Schutz der Ar-

## Kündigungsschutzrecht

beitnehmer bei Massenentlassungen zu verstärken“. Durch die Regelungen des § 17 KSchG hat der nationale Gesetzgeber seit 1975 seiner Pflicht entsprochen, das nationale Recht den in den EG-Richtlinien festgehaltenen Grundsätzen anzugleichen.

2. Die neueste EG-Richtlinie 98/59/EG hatte der Gesetzgeber bisher nicht zum Anlass einer weiteren Anpassung genommen. Festzuhalten ist, dass die Regelung der §§ 17 ff. KSchG dem Zweck dienen, das entsprechende EG-Recht umzusetzen. Vor diesem Hintergrund erlangt der Grundsatz einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Gesetzes vorliegend entscheidende Bedeutung. Das Gebot gilt allerdings nur innerhalb der Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung.

Zwar ist den Beklagten zuzugeben, dass das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung den Inhalt des Begriffs „Entlassung“ als die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses versteht und abgrenzt von dem „Ausspruch der Kündigung“. Allerdings ist eine ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts selbst kein Auslegungsmerkmal. Die Ständigkeit der Rechtsprechung kann die Möglichkeit eines anderen allgemeinen Sprachverständnisses und die divergierenden systematischen Hinweise nicht beseitigen. Die vom Bundesarbeitsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung vertretene Auslegung ist zwar möglich, aber eben nicht zwingend. Daher ist wegen des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung das Verständnis des Europäischen Gerichtshofs über den Begriff der „Entlassung“ maßgeblich. Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung vom 27.1.2005 – RsC 181/03, NZA 2005, 213 ff., im Ergebnis den Begriff „Entlassung“ mit dem Vorgang „Ausspruch der Kündigung“ gleichgesetzt. Dies ist maßgeblich.

3. Die Beklagte kann vorliegend auch nicht den Schutz ihres Vertrauens in der Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff „Entlassung“ nach §§ 17, 18 KSchG aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip ableiten. Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird unter Vertrauensgesichtspunkten ein Rückwirkungsverbot für Änderungen der normativen Regelungen abgeleitet. Dies bindet den Gesetzgeber und andere rechtssetzende Akteure, beispielsweise die Tarifvertragsparteien. Vorliegend haben aber weder der Gesetzgeber noch andere rechtssetzende Akteure eine Norm mit rückwirkender Geltung geschaffen. Vielmehr handelt es sich um die Fortentwicklung der Rechtsprechung unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben. Auch die europarechtlichen Vorgaben – konkret die Richtlinie 98/59/EG – ist nicht neu, sondern besteht seit vielen Jahren.

Der Kammer leuchtet ein, dass es hiervon Ausnahmen geben muss. Diese sind bei der Fortentwicklung der Auslegung der EG-Richtlinien aber dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten, der wie beschrieben davon keinen Gebrauch gemacht hat. Nach alledem war die streitgegenständliche Kündigung vom 26.01.2005 unwirksam, ohne dass es auf die Bewertung der weiteren Streitpunkte ankam.

■ Arbeitsgericht Bielefeld

vom 4. Oktober 2005, 2 Ca 522/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Heinrich Gussen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück, Tel.: 05242 / 9204-0, Fax: 9204-48; e-mail: rechtsanwaelte@societaet-phg.de; www.societaet-phg.de

### 56. Schwerbehinderter, neue Gesetzeslage, Verschulden des Arbeitnehmers, Darlegungs- und Beweislast, Frist zur Anzeige des Sonderkündigungsschutzes

1. Die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch ist nachgewiesen, wenn das Versorgungsamt einen Grad der Behinderung von 50 oder mehr bereits festgestellt hat oder ein Gleichstellungsbescheid der Agentur für Arbeit vorliegt.

Die Begründung zum Gesetz stellt ausdrücklich nicht auf die Vorlage des Ausweises sondern allein auf den Feststellungsbescheid ab, wobei der geforderte Nachweis dem Arbeitgeber nicht vor Zugang der Kündigung geführt worden sein muss (*Cramer*, NZA 2004, 698, 704; *Westers*, br (Behindertenrecht) 2004, 93, 95; *Kuhlmann*, br 2004, 181/182; Arbeitsgericht Bonn, v. 25.11.2004 – 7 Ca 2459/04, NZA-RR 2005, 193; anderer Auffassung *Bauer/Powietzka*, NZA-RR 2004, 505, 507).

Aus der Gesetzesbegründung folgt zugleich, dass die gesetzlich geregelte zweite Alternative des § 90 Abs. 2 a SGB IX den Fall betrifft, dass ein Verfahren auf Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs anhängig ist, wenn das Versorgungsamt ohne Verschulden des Arbeitnehmers innerhalb der Fristen der §§ 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX keine Feststellungen treffen konnte.

Auch diese Sichtweise trägt dem Willen des Gesetzgebers dahingehend Rechnung, dass ein Missbrauch des besonderen Kündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen entgegenwirken sollte, weil oftmals Anträge von Schwerbehinderten in der Vergangenheit darauf beruhten, dass Mitarbeiter unmittelbar vor Zugang der Kündigung ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren beim Versorgungsamt betrieben haben (vgl. insoweit *Feldes/Kossack*, AiB, 2004, 453, 454; *Cramer*, NZA 2004, 698, 704; *Düwell*, FA 2004, 200, 201 und BB 2004, 2811, 2812).

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass der Arbeitgeber, der sich auf die Ausnahmeregelung in § 90 Abs. 2 a 2. Alt. SGB IX beruft, darlegungs- und beweispflichtig dafür ist, dass die Frist des § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB IX verstrichen ist, weil der behinderte Mensch pflichtwidrig nicht mitgewirkt hat und deshalb die Entscheidung des Versorgungsamtes verzögert hat (*Cramer*, NZA 2004, 698, 704; *Düwell*, BB 2004, 2811, 2812; *Grimm/Brock/Windeln*, DB 2005, 282, 283; *Rehwald/Kossack*, AiB 2004, 604, 607; *Bauer/Powietzka*, NZA 2004, 505, 507). Da diese Umstände in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen und der Arbeitgeber vom Verlauf des Anerkennungsverfahrens regelmäßig keine Kenntnis hat, ist nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu verlangen, dass sich der Arbeitnehmer nach § 138 Abs. 2 ZPO substantiiert

## Kündigungsschutzrecht

zur Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten erklärt, wenn der Arbeitgeber bei feststehender Fristüberschreitung pauschal die Verletzung von Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers behauptet (*Bauer/Powietzka*, NZA RR 2004, 505, 507).

3. Gemäß den §§ 90 Abs. 2 a, 69 Abs. 1 Satz 2, 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX hat das Versorgungsamt binnen drei Wochen nach dem Eingang des Antrags zu entscheiden, wenn kein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss. Für die Kammer waren keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Kläger im Hinblick auf die Dreiwochenfrist seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen ist. Es ist nicht feststellbar, dass neues Vorbringen des Klägers zu der positiven Entscheidung des Versorgungsamtes geführt hat. Vielmehr hat das Versorgungsamt in dem Abhilfebescheid zum Ausdruck gebracht, dass die Prüfung des Vorbringens des Klägers ergeben hat, dass der Grad der Behinderung höher zu bewerten ist. Es ist nicht davon die Rede, dass neue Tatsachen vorgetragen worden sind, die der Kläger etwa verspätet im Hinblick auf § 14 Abs. 2 Satz 2 und § 60 Abs. 1 SGB IX vorgetragen hätte.

4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts genügt es, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber von einem vor Zugang der Kündigung gestellten Antrag bzw. Verschlimmerungsantrag binnen eines Monats nach Zugang in Kenntnis setzt (vgl. BAG, v. vom 16.8.1991 – 2 AZR 241/90, NZA 1992, 93; BAG, v. 7.3.2002 – 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145/1146). Selbst wenn man den Stimmen in der Literatur folgt, wonach im Hinblick auf die seit dem 01.01.2004 geltende dreiwöchige Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG n. F. und im Hinblick auf die Regelung in § 6 Satz 1 KSchG n. F. die einmonatige Regelfrist nicht mehr haltbar sein sollte (*Preis*, DB 2004, 70, 77; *J. Schmidt*, NZA 2004, 79, 81; *Bauer/Powietzka*, NZA-RR 2004, 505, 514) kann es nach Auffassung der Kammer dem Kläger nicht verwehrt werden, unter Vertrauensschutzgesichtspunkten im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sich auf die Monatsfrist zu berufen. Darüber hinaus hätte der Kläger die dreiwöchige Klagefrist ebenfalls gewahrt, weil er sich schon in der Klageschrift auf den Sonderkündigungsschutz gemäß § 85 SGB IX berufen hat. Die Klage ist innerhalb der Dreiwochenfrist beim Arbeitsgericht Düsseldorf am 15.07.2004 eingereicht worden und demnächst im Sinne von § 167 ZPO zugestellt worden.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 22. März 2005, 6 Sa 1938/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Heinz-Schmörle-Straße 12, 40227 Düsseldorf,  
Tel.: 0211 / 720670, Fax: 7206711;  
e-mail: wg@kanzlei-arbeitsrecht.de;  
www.kanzlei-arbeitsrecht.de

**Anmerkung:**

Dem Landesarbeitsgericht kann nicht darin gefolgt werden, dass die Mitteilungsfrist bezüglich der Schwerbehinderteneigenschaft durch die alsbaldige Klagezustellung gewahrt wurde. Hier ist die Parallele zur Annahme eines Änderungs-

angebots zu ziehen. Auch da kommt es schlicht auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme an. (*me*)

**57. Sozialauswahl, Namensliste, Massenentlassung, keine unmittelbare Wirkung europäischer Richtlinien gegen das nationale Gesetz**

1. Verschont der Arbeitgeber bei einer fehlerhaften Namensliste einen sozial weniger schutzbedürftigen Arbeitnehmer, so muss das Gericht seine eigene Wertung an die Stelle der Auswahlentscheidung des Arbeitgebers setzen.

2. Darauf kann sich der gekündigte Arbeitnehmer aber dann nicht berufen, wenn sich ein Auswahlfehler nicht zu seinen Gunsten auswirken kann, weil er auch bei richtiger Bewertung noch unter die Zahl der zu kündigenden Arbeitnehmer fiel.

3. Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft finden im nationalen Recht grundsätzlich keine unmittelbare Anwendung. Der Inhalt gewinnt allerdings insoweit Bedeutung, als das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen ist. Eine solche Auslegung darf jedoch den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern.

4. Unterscheidet das nationale Recht (§§ 17, 18 KSchG) zwischen den Begriffen „Kündigung“ und „Entlassung“, ergibt sich daraus der Wille des Gesetzgebers zur Unterscheidung. Auch wenn im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff „Entlassung“ auch als Kündigungs-„erklärung“ verstanden werden mag, kann hier das Gesetz nicht gegen den klar erkennbaren Willen ausgelegt werden.

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 6. Juli 2005, 2 Ca 4763/04, nicht rechtskräftig  
eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann, Bonner Straße 158–160, 53757 Sankt Augustin, Tel.: 02241 / 210 12, Fax: 215 68; e-mail: heinecoll@aol.com

**Anmerkung:**

Zu Nr. 1 und 2 a.A.: ArbG Darmstadt v. 10.11.2005, i.d. Heft Nr. 49 (*me*)

**58. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, unentschuldigtes Fehlen, Betriebsratsanhörung**

Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat fälschlich dahin informiert, der zu kündigende Arbeitnehmer habe für bestimmte Fehlzeiten keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beigebracht, so kann er die Kündigung nicht im Nachhinein darauf stützen, die in Wirklichkeit doch vorgelegte AU sei erschlichen worden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 26. Januar 2005, 7 Sa 1249/04

**59. Verhaltensbedingte Kündigung, Beleidigung eines Vorgesetzten, entbehrliche Abmahnung**

1. Der Kläger hat den ihm vorgesetzten Lademeister mit den Worten „Rassistenschwein“, „Armer Hilfschüler“, „Arschloch“

## Kündigungsschutzrecht

und „Idiot“ titulierte. Diese Äußerungen des Klägers erfüllen den Tatbestand einer groben Beleidigung. Hierbei kommt es nicht auf die strafrechtliche Wertung an, entscheidend ist, ob nach Form oder Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung des Betroffenen gegeben ist (vergl. KR-Fischermeier, Kommentar zum Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage, § 626 BGB Rn 415; BAG, v. 6.2.1997, RzK 16 a Nr. 146). Die Berufungskammer hat bei der Bewertung der Beschimpfungen durch den Kläger dem Begriff „Rassistenschwein“ besondere Bedeutung beigegeben. Hier wird dem Lademeister nämlich eine besonders verwerfliche Gesinnung unterstellt, indem ihm vorgeworfen wird, Menschen anderer Hautfarbe oder anderer Herkunft von vornherein abzulehnen und zu diskriminieren.

Die Berufungskammer folgt dem Arbeitsgericht darin, dass die grobe Beleidigung des Klägers einen gravierenden Eingriff in die betriebliche Ordnung der Beklagten darstellt. Auch kann eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden, da der Kläger mit bestimmten Lademeistern regelmäßig Konflikte hat. Bei der Einteilung in einem Hafenumschlagbetrieb kann es immer wieder zum Zusammentreffen des Klägers mit solchen Lademeistern kommen.

Gleichwohl ist die Berufungskammer zu der Überzeugung gelangt, dass angesichts der über 10 Jahre dauernden Betriebszugehörigkeit des Klägers und angesichts des Lebensalters die Interessenabwägung bezüglich der außerordentlichen Kündigung zu Gunsten des Klägers ausfallen musste. Angesichts des Alters von über 50 Jahren sind die Vermittlungsaussichten für den Kläger auf dem Arbeitsmarkt als sehr schlecht einzustufen. Im Hinblick auf letztere Umstände hat die Berufungskammer trotz der verbalen Entgleisungen des Klägers den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung als ultima ratio für nicht angemessen gehalten.

2. Bei einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen ist eine Abmahnung jedenfalls dann entbehrlich, wenn es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (BAG, NZA 1994, 409; NZA 1985, 96). Genau diese Grundsätze sind auch für den Vertrauensbereich anzuwenden (BAG, NZA 1999, 708; NZA 2000, 421). Es besteht kein Grund, von den geschilderten Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts angesichts des im Rahmen der Schuldrechtsreform in Kraft getretenen § 314 II BGB abzugehen.

Nach den geschilderten Grundsätzen war die Beklagte nicht gehalten, dem Kläger gegenüber eine Abmahnung auszusprechen, da es sich bei der Beleidigung mit dem Wort „Rassistenschwein“ um eine schwerwiegende Pflichtverletzung handelte, dies auch für den Kläger erkennbar war und er nicht davon ausgehen konnte, die Beklagte werde ein solches Verhalten hinnehmen (vergl. BAG, v. 6.2.1997, a. a. O.).

Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, er habe angesichts üblicher Usancen im Hafensbereich mit einer Tolerierung durch die Beklagte rechnen können. Auch wenn der

Umgangston zwischen den Mitarbeitern sowie zwischen Mitarbeitern und Vorgesetzten im Bereich der Hafensunternehmen ein anderer ist als in vielen anderen Arbeitsbereichen und eher dem lockeren Ton am Bau entspricht, überschreitet die Beschimpfung mit dem Wort „Rassistenschwein“ die dort üblichen Grenzen.

Der Kläger hat zwar Beweis angeboten sowohl für die Art des Umgangstons als auch für den von ihm behaupteten Umstand, im Hafensbereich gebe eine solche Beleidigung normalerweise allenfalls Anlass zu einer Abmahnung. Über beide Punkte war jedoch eine Beweisaufnahme nicht durchführbar, da es sich um eine unzulässige Ausforschung gehandelt hätte. Der Kläger hat nämlich weder für den Bereich der Beklagten noch für den Hafengesamtbereich konkrete Vorfälle benannt, die gleich oder ähnlich gelagert waren und in denen es nicht zu einer weitergehenden Sanktion des Arbeitgebers kam. Gerade weil im Bereich des konventionellen Umschlags im Hafen noch viele persönliche Kontakte gepflegt werden, ist die Beklagte gehalten, auf Störungen im persönlichen Bereich zu reagieren und groben Beleidigungen einen Riegel vorzuschieben. Der Kläger kann sich ebenso wenig darauf berufen, dass seine grobe Beleidigung mit u. a. dem Begriff „Rassistenschwein“ durch das Verhalten des Lademeisters provoziert worden ist. Solche Provokationen können zwar bei der Bewertung der Kündigung durchaus relevant sein (vergl. LAG Köln LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50). Selbst wenn der Kläger am 03. April 2003 in der Frage des Kraneinsatzes im Recht wahr und letztlich unberechtigt beim Kranführen ausgewechselt wurde, ist dieser Tatbestand nicht geeignet, seine grobe Beleidigung soweit zu relativieren, dass die Beklagte auf eine ordentliche Kündigung hätte verzichten müssen. Auch wenn das Auswechseln im Beisein anderer Kollegen geschah und den Kläger in gewisser Weise herabsetzte, rechtfertigt dies nicht die Verhaltensweise des Klägers.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 20. August 2004, 6 Sa 18/04

eingereicht von Rechtsanwältin Dorothea Goergens, Koppel 78, 20099 Hamburg, Tel.: 040/24 98 36, Fax: 380 18 06

### 60. Verhaltensbedingte Kündigung, übermäßige Privattelefonate, Erledigung von Privatangelegenheiten in der Arbeitszeit, Prüfungskompetenz für die Frist nach § 91 Abs. 2 SGB IX ausschließlich im Verwaltungsverfahren, Interessenabwägung

1. Die Kammer teilt nicht den Standpunkt des arbeitsgerichtlichen Urteils, dass die vorgetragene Privatnutzung der dienstlichen Telefonanlage im Hinblick auf deren außerordentlichen Umfang ohne vorangehende Abmahnung zur sozialen Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses genügt.

a) Was zunächst die Frage der Kostenbelastung des Arbeitgebers durch die geführten Privattelefonate betrifft, hält die Kammer für entscheidend, dass der durch die Telefonbenut-



zung entstehende finanzielle Aufwand für den Arbeitnehmer nicht ohne weiteres erkennbar ist. Anders als bei einem Eigentumsdelikt, welches durch eine bewusste „Grenzüberschreitung“ gekennzeichnet ist, führt hier der Umstand, dass ein Telefonieren in „angemessenem Umfang“ gestattet oder geduldet war, dazu, dass erst durch eine Vielzahl von Einzelschritten die Grenze des Erlaubten überschritten wird, ohne dass dies dem Arbeitnehmer zwangsläufig erkennbar ist. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt deutlich von solchen Gestaltungen, bei welchen Privattelefonate gänzlich untersagt bzw. nur unter entsprechender Kennzeichnung erlaubt sind (LAG Niedersachsen, v. 6.3.200 – 12 Sa 1766/00, LAGE BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 14) oder der Arbeitnehmer das Diensttelefon für umfangreiche Auslandsgespräche (BAG, v. 4.3.2004 – 2 AZR 147/03, AP § 103 BetrVG 1972 Nr. 50) bzw. für gebührenträchtige Anrufe von 0190-Nummern nutzt, bei welchen die entstehenden Kosten jeweils von der Telefongesellschaft angesagt werden.

b) Richtig ist allerdings, dass durch das private Telefonieren nicht allein eine entsprechende Kostenbelastung des Arbeitgebers bewirkt wird, vielmehr dem Arbeitgeber auch entsprechende Arbeitszeit vorenthalten wird, welche ihrem wirtschaftlichen Wert nach die verursachten Telefongebühren bei weitem übertrifft. Insofern lässt sich jedoch kein Unterschied zu anderen Fällen vertragswidriger Arbeitszeitversäumung erkennen, wie sie etwa in Form von sog. Raucherpausen, Pausenüberziehungen, Plaudereien am Arbeitsplatz, Internetsurfen o.ä. anzutreffen ist und wie dies auch für die Entgegennahme längerer Telefonate zutrifft. Auch wenn es sich eigentlich von selbst versteht, dass der Arbeitgeber, der Vergütung für acht Stunden Arbeit leistet, eine regelmäßige Arbeitsversäumung von durchschnittlich 20 oder 30 Minuten am Tag nicht billigt, führt doch schon die Tatsache, dass ein derartiges Verhalten nicht selten unbeanstandet bleibt, solange das aufgetragene Arbeitspensum zufriedenstellend erledigt wird, aus der Sicht des Arbeitnehmers zu einer entsprechenden Abschwächung des Unrechtsbewusstseins.

Auch wenn man also mit dem Arbeitsgericht davon ausgeht, dass der Klägerin auch ohne besonderen Hinweis die Vertragswidrigkeit der behaupteten übermäßigen Privattelefonate bekannt sein musste, macht dies nach dem Standpunkt der Berufungskammer eine entsprechend deutliche Warnung nicht entbehrlich (so auch LAG Köln, v. 2.7.1998 – 6 Sa 42/98, LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 66; LAG Nürnberg, v. 6.8.2002 – 6(5) Sa 472/01, LAGE § 626 BGB Nr. 143; LAG Niedersachsen, v. 13.1.1998 – 13 Sa 1235/97, LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 63; *Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl., Rz 264).

2. Die ausgesprochene Kündigung erweist sich aber im Hinblick auf den weiteren Vorwurf, die Klägerin habe während ihrer Außendiensttätigkeit ihre Wohnung aufgesucht und dort private Dinge erledigt, ohne diese Zeiten in der Arbeitszeiterfassung zu korrigieren, als berechtigt. Anders als beim Vor-

wurf übermäßig umfangreicher Privattelefonate geht es hierbei nicht um eine schlichte Arbeitsversäumnis, vielmehr liegt in einem solchen Verhalten unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Außendienstes und der diesbezüglichen Regeln der Zeiterfassung eine schwere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung, welche auch ohne vorangehende Abmahnung geeignet ist, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls im Wege der ordentlichen Kündigung zu rechtfertigen.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin im Jahre 2004 wiederholt während ihrer Außendiensttätigkeit ihre Wohnung aufgesucht hat, ohne eine entsprechende Korrektur in der Arbeitszeiterfassung vorzunehmen. Da es sich nicht um einen Einzelfall oder nur ganz geringfügige Unterbrechungen der Arbeitszeit handelt, muss hierin ein schwerer Pflichtenverstoß der Klägerin gesehen werden.

Anders als die Unterbrechung einer Außendienstfahrt zum Abheben von Geld am Geldautomaten oder der Ablieferung eines privaten Briefes bei der Post oder einer Dienststelle ist mit dem Aufsuchen der Privatwohnung während der Arbeitszeit erkennbar die Grenze des Zulässigen überschritten.

3. Bei der gebotenen Interessenabwägung ist zwar zu Gunsten der Klägerin ihre langjährige Betriebszugehörigkeit und ihre familiäre Situation zu berücksichtigen. Andererseits berührt die festgestellte Pflichtverletzung der Klägerin unmittelbar den Vertrauensbereich, welcher speziell für eine Beschäftigung mit Außendiensttätigkeiten von besonderer Bedeutung ist. Bei Fortführung des Arbeitsverhältnisses wäre bis zum regulären Eintritt in den Ruhestand immerhin noch ein Zeitraum von deutlich mehr als 10 Jahren zu überbrücken.

Eine Wiederherstellung des Vertrauens – etwa auch im Zusammenhang mit einer möglichen Versetzung der Klägerin in den Innendienst – kann unter den vorliegenden Umständen nicht erwartet werden. Auch die im Innendienst anfallenden Tätigkeiten werden nicht unter strikter Aufsicht und Kontrolle erledigt, vielmehr geht mit der Eigenverantwortung des Angestellten das Erfordernis uneingeschränkter Vertrauens – auch im Hinblick auf die zeitliche Trennung zwischen der Erledigung privater und dienstlicher Angelegenheiten während der Arbeitszeit – einher. Nachdem dieses Vertrauen zerstört ist, besteht für die dauerhafte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses keine ausreichende Grundlage mehr.

4. Die Entscheidung über die Unwirksamkeit der Kündigung kann insoweit allerdings nicht auf die Versäumung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gestützt werden. Diese Vorschrift wird nämlich im Geltungsbereich des Sonderkündigungsschutzes gem. §§ 85 ff. SGB IX durch die Regelung des § 91 Abs. 2 und Abs. 5 SGB IX verdrängt. Die rechtliche Prüfung, ob die zweiwöchige Antragsfrist gem. § 91 Abs. 2 SGB IX gewahrt ist, erfolgt dabei ausschließlich im Widerspruchs- und Verwaltungsgerichtsverfahren, da es sich bei behördlichen Zustimmungen um einen Verwaltungsakt handelt, welcher – vom Fall der Nichtigkeit abgesehen – auch von den Gerichten für Arbeitssachen zu beachten ist, solange

## Kündigungsschutzrecht

er nicht aufgehoben worden ist (KR-Etzel, 7. Aufl. § 626 BGB Rz 339 m. w. N.). Allein die Tatsache, dass das Integrationsamt eine vollständige Prüfung der Antragsfrist unterlassen und den Standpunkt eingenommen hat, letztlich sei diese Frage von den Arbeitsgerichten zu prüfen, führt nicht zur Nichtigkeit des Zustimmungsbescheides.

5. Soweit es den Vorwurf betrifft, die Klägerin habe während der Arbeitszeit ihre Privatwohnung aufgesucht und die hierauf entfallenden Zeiten nicht in der Arbeitszeiterfassung korrigiert, kommt diesem Verhalten nicht das Gewicht eines „wichtigen Grundes“ zu, welcher der Beklagten auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht. Auch wenn es sich nämlich hierbei um einen erheblichen Vertrauensverstoß handelt, muss doch unter Berücksichtigung der langen Betriebszugehörigkeit, der familiären Situation der Klägerin und der beschränkten Auswirkungen des Pflichtenverstößes auf das Arbeitsverhältnis davon ausgegangen werden, dass eine fristlose Entlassung sich als überzogen harte Reaktion darstellt. Zwar ist durch das pflichtwidrige Verhalten der Klägerin der Vertrauensbereich berührt, weshalb der Beklagten ein dauerhafter Einsatz der Klägerin im Außendienst nicht abverlangt werden kann. Demgegenüber hält die Kammer – sofern nicht überhaupt für die Dauer der Kündigungsfrist eine Entbindung von Außendiensttätigkeiten in Betracht käme –, jedenfalls für den begrenzten Zeitraum der Kündigungsfrist eine verstärkte Kontrolle mittels Tagesberichten, Fahrtenbuch o.ä. für zumutbar. Dafür, dass die Klägerin gleichwohl während der Dauer der zugebilligten Kündigungsfrist ihr pflichtwidriges Verhalten wiederholen und so die Belange der Beklagten ernsthaft gefährden oder gar weitergehende Schäden anrichten könnte, sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 30. Mai 2005, 8 (17) Sa 1773/04

eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Münsterstraße 21, 33330 Gütersloh, Tel.: 05241 / 90 33 0, Fax: 148 59; e-mail: info@t-s-c.org; www.t-s-c.org;

### 61. Verhaltensbedingte Kündigung eines Programmierers wegen Installation eines Hacker-Programms, Abmahnung entbehrlich, Interessenabwägung

1. Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass der Kläger durch die Installation und die versuchte Inbetriebnahme in erheblichem Umfang gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen hat. Dabei kann dahinstehen, ob er positive Kenntnis von den einschlägigen Richtlinien hatte oder ihm zumindest bekannt war, wie er sich solche Kenntnis hätte verschaffen können. Auch ohne solche Richtlinien muss es einem Programmierer wie dem Kläger ohne weiteres völlig klar sein, dass er ein Crack-Programm, wo auch immer es herkommt, nicht auf einem Rechner seines Arbeitgebers installieren darf, ohne zuvor dessen ausdrückliche Zustimmung einzuholen. Dies folgt schon aus der potentiellen Gefährdungsmöglich-

keit, die ein solches Programm für die Datensicherheit und den Schutz der Betriebsgeheimnisse des Arbeitgebers bedeuten kann. Der Kläger bestreitet auch nicht, dass ihm die potentiellen Möglichkeiten des Programms bekannt waren.

Nachdem dem Kläger bewusst sein musste, dass er zur Installation und der versuchten Inbetriebnahme des Programms nicht befugt war, kommt es nicht darauf an, ob er formell die Administrationsrechte zur Installierung von Programmen besaß oder nicht. Aufgrund seiner Stellung als Programmierer musste er ohne weiteres wissen, dass ein Crack-Programm unabhängig von der Frage des Bestehens von Administratorrechten nicht ohne ausdrückliche Genehmigung installiert werden durfte. Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass jedenfalls die Installation des Programms LC 3 und der Versuch, es in Gang zu setzen, feststeht. Eine solche Verhaltensweise des Klägers betrifft das Vertrauensverhältnis zur Beklagten in erheblichem Maße und kann zur Überzeugung der Kammer durchaus geeignet sein, die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers auch ohne vorherige Abmahnung zu rechtfertigen.

2. Bei der Interessenabwägung war zu Gunsten der Beklagten zunächst zu berücksichtigen, dass der Kläger in einem sensiblen Bereich arbeitet und aufgrund seiner Tätigkeit als Programmierer die Möglichkeit hat, nach dem Ausspähen von Passwörtern ganz erhebliche Schäden anzurichten, insbesondere durch einen Verrat ausgespähter Geschäftsgeheimnisse. Auch hat der Kläger, nachdem er am 27.01.2004 auf das Programm aufmerksam gemacht wurde, nicht so reagiert, wie es von ihm zu erwarten gewesen wäre. Jedenfalls zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger sich bewusst werden müssen, was er angerichtet hat und alles tun müsse, um das Programm zu löschen. Dies hat er nicht getan.

Auf der anderen Seite spricht zu Gunsten des Klägers zunächst eine Betriebszugehörigkeit von über 30 Jahren und die Unterhaltungspflichten gegenüber Ehefrau und zwei minderjährigen Kindern (vgl. KR, GK zum KSchG, Rn 411 zu § 1 KSchG m. w. N.). Darüber hinaus ist von erheblicher Bedeutung, dass die Kammer nicht davon ausgeht, dass der Kläger letztendlich in Schädigungsabsicht handelte. Dagegen spricht schon die Tatsache, dass er das Programm als sein Computer außer Betrieb genommen wurde nicht löschte. Wäre es seine Absicht gewesen, der Beklagten Schaden zuzufügen, so wäre es mehr als naheliegend gewesen, sofort nach dem Scheitern des Versuchs, das Programm zu löschen, um eine Aufdeckungsmöglichkeit zu verhindern. Eine andere Bewertung wäre unter Umständen dann angebracht, wenn dem Kläger nachgewiesen würde, dass er die Löschung des Programms verbunden hat mit der Installation der Nachfolgeversion. Dies ist der Beklagten jedoch nicht gelungen. Schließlich spricht auch zu Gunsten des Klägers, dass die Beklagte selbst offensichtlich das Vertrauen in seine Tätigkeit nicht völlig verloren hat. Anders ließe es sich nicht erklären, dass sie den Kläger über viele Monate hinweg unstreitig weiterhin in seinem bisherigen Arbeitsbereich tätig sein lässt. Sieht die Beklagte es trotz ihrer

Bedenken als zumutbar an, den Kläger seit Bekanntwerden des vertragswidrigen Verhaltens über neun Monate unverändert weiterzubeschäftigen, so spricht dies dafür, dass eine Weiterbeschäftigung auf Dauer letztendlich doch zumutbar ist.

■ Arbeitsgericht Würzburg – Kammer Schweinfurt – vom 13. Oktober 2004, 3 Ca 589/04 S eingereicht von Rechtsanwalt Franz Geus, Manggasse 18 a, 97421 Schweinfurt, Tel.: 09721 / 716160, Fax: 716171; e-mail: kanzlei@magers-partner.de; www.magers-partner.de

## Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

### 62. Betriebsrat, Streit im Gremium, Absetzung von Tagesordnungspunkten der Betriebsratssitzung, Minderheitenschutz

1. Mit Schreiben vom 18. August 2003 beantragten die Vertreter der Minderheitenliste, die Regelungsabrede Personallogistik durch den Arbeitgeber in der Betriebsratssitzung vom 21. August 2003 vorstellen zu lassen. Diesem Antrag entsprach der Betriebsratsvorsitzende, indem er den Antrag als Tagesordnungspunkt 6 der Tagesordnung der 67. Betriebsratssitzung setzte. Zu Beginn dieser Sitzung beantragte ein Betriebsratsmitglied im Rahmen der Beschlussfassung der Tagesordnung, den unter Tagesordnungspunkt 6 vorgesehenen Antrag der Minderheitenliste nicht zu behandeln und auszusetzen. Ein entsprechender Beschluss wurde unter Nichtbeteiligung der Mitglieder der Minderheitenliste gefasst und der Tagesordnungspunkt durch den Betriebsratsvorsitzenden von der Tagesordnung genommen. Ein weiterer, auf Antrag der Vertreter der Minderheitenliste auf die Tagesordnung einer Betriebsratssitzung gesetzter Gegenstand wurde in der betreffenden Sitzung vom 16. Oktober 2003 auf die gleiche Weise, diesmal nach Antrag des Betriebsratsvorsitzenden selbst, von der Tagesordnung genommen.

2. Der Betriebsratsvorsitzende kann die den Betriebsratsmitgliedern mit der Einladung mitgeteilte Tagesordnung in der Sitzung nur ändern, wenn der vollzählig versammelte Betriebsrat hiermit einverstanden ist. Nimmt er einen Gegenstand „nur“ aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses des Gremiums von der Tagesordnung einer Sitzung, so handelt er ebenso pflichtwidrig, wie wenn er die Tagesordnung aufgrund Mehrheitsbeschlusses des Betriebsrats ergänzen würde: Von ihm wird mithin nichts rechtlich Unmögliches, sondern pflichtgemäßes Handeln verlangt.

Nach der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur sind Änderungen und Ergänzungen der Tagesordnung in der Betriebsratssitzung nur zulässig, wenn alle der vollzählig versammelten Betriebsratsmitglieder zustimmen. Eine formelle Beschlussfassung ist dabei nicht erforderlich (BAG, v. 28.4.1988 – 6 AZR 405/86; BAG, v. 28.10.1992 – 7 ABR 14/92,

AP Nr. 2 und Nr. 4 zu § 29 BetrVG 1972; ErfK-Eisemann, BetrVG 4. Aufl. § 29 Rz 2; Richardi, BetrVG 8. Aufl. § 29 Rz 39; MünchArbR-Joost, § 307 Rz 16; a.A. Fitting, BetrVG 21. Aufl. Rz 48 m. w. N.). Die vorherige Mitteilung der Tagesordnung soll den Betriebsratsmitgliedern Gelegenheit geben, sich ein Bild über die in der Sitzung zu treffenden Entscheidungen zu machen und es ihnen ermöglichen, sich auf die Beratung der einzelnen Tagesordnungspunkte ordnungsgemäß vorzubereiten.

In gleicher Weise kann das einzelne Betriebsratsmitglied verlangen, dass Gegenstände, auf die er sich vorbereitet hat, nicht von der Tagesordnung genommen werden. Der Einwand, der Betriebsrat könne nicht verpflichtet werden, sich entgegen der Mehrheitsmeinung mit einem nach § 29 Abs. 3 BetrVG auf die Tagesordnung gesetzten Gegenstand zu beschäftigen, überzeugt in diesem Zusammenhang nicht. Richtig ist zwar, dass weder aus § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG noch aus § 29 Abs. 3 BetrVG eine Verpflichtung des Betriebsrats folgt, sich in einer bestimmten Art und Weise oder in einem bestimmten Umfang mit einem Tagesordnungspunkt zu befassen. Ein auf der Tagesordnung aufgenommener Gegenstand kann gleichwohl auch durch Mehrheitsbeschluss nicht zu Beginn der Sitzung „ausgesetzt“ und wieder von der Tagesordnung genommen werden. Vielmehr hat der Betriebsratsvorsitzende jeden auf der Tagesordnung befindlich Gegenstand grundsätzlich in der vorgesehenen Reihenfolge zu eröffnen. Sollten die Mitglieder hiernach im Rahmen der Erörterung mehrheitlich entscheiden, sich mit einem Gegenstand, dessen Beratung beantragt war, nicht weiter befassen zu wollen, so können auch Vertreter einer Minderheitenliste eine weitergehende Befassung nicht erzwingen.

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main vom 3. November 2004, 7 BV 547/03 eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenbach, Tel.: 069/800 14 77, Fax: 800 14 79; e-mail: anwaltskanzlei@horst-thon.de; www.horst-thon.de

### 63. Betriebsratskosten, Sachausstattung, Internetzugang, Maßstab der Erforderlichkeit

1. Der Betriebsrat kann den Zugang zum Internet nicht unabhängig von dessen Erforderlichkeit aufgrund der technischen Entwicklung und des Ausstattungsniveaus des Arbeitgebers beanspruchen.

2. Die Entscheidung des Betriebsrates im Hinblick auf die Erforderlichkeit darf dieser nicht allein an seinem subjektiven Bedürfnis ausrichten. Vom Betriebsrat wird verlangt, dass er bei seiner Entscheidungsfindung die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellenden Aufgaben berücksichtigt. Dabei hat er die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamtes und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers, auch soweit sie auf eine Begrenzung seiner Kostentragungspflicht gerichtet sind, gegeneinander abzuwägen.

## Betriebsverfassungsrecht

3. Für die Erforderlichkeit eines Sachmittels (Internetzugang) genügt es nicht, dass durch seinen Einsatz die Geschäftsführung des Betriebsrates lediglich erleichtert wird bzw. sich rationeller gestalten lässt. Erforderlichkeit verlangt mehr als bloß Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit.

4. Die Nichtzurverfügungstellung eines Standardkommentars zum Betriebsverfassungsgesetz oder auch von Fachzeitschriften führt nicht dazu, dass bei Nichterfüllung dieser Ansprüche automatisch ein Anspruch auf Zugang zum Internet besteht. Die schnellere Verfügbarkeit der Informationen aus dem Internet, besonders die aktuelle Unterrichtung über die arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung, mag für Gerichte und Fachanwälte für Arbeitsrecht bedeutsam sein, nicht aber zwangsläufig für Betriebsräte.

■ Landesarbeitsgericht Hamm  
vom 15. Juli 2005, 10 TaBV 2/05  
eingereicht und bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1 b, 55118 Mainz, Tel.: 06131/61 81 56, Fax: 06131/61 81 57; e-mail: post@kanzlei-broetzmann.de; post@kanzleibroetzmann.de

### 64. Betriebsratskosten, Beauftragung eines Rechtsanwalts, Nachweis eines Beauftragungsbeschlusses, Freistellungsanspruch, Verzugszinsen

1. Der Betriebsrat ist berechtigt, im Verfahren nach § 103 BetrVG einen Rechtsanwalt zu beauftragen, solange der Antrag nicht zurückgenommen ist.

2. Daran, dass der Beauftragung der Bevollmächtigten im Verfahren 8 BV 5/04 ein ordnungsgemäß zustande gekommener Betriebsratsbeschluss zugrunde gelegen hat (vgl. BAG, v. 9.12.2003 – 1 ABR 44/02, NZA 2004, 746; BAG, v. 18.2.2003 – 1 ABR 17/02, AP § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung Nr. 11 = EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 4), besteht nach Vorlage der Einladung zur Betriebsratssitzung vom 30. April 2004 mitsamt Tagesordnung, der Anwesenheitsliste und des Protokolls zu dieser Sitzung kein Zweifel.

3. Es besteht kein betriebsverfassungsrechtlicher Erstattungsanspruch, wenn ein Mitglied eines betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums individualrechtliche Interessen gegenüber dem Arbeitgeber wahrnimmt. Das gilt auch für Anwaltskosten, die einem Betriebsratsmitglied aufgrund seiner Beteiligung an einem Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG entstehen (vgl. BAG, v. 5.4.2000 – 7 ABR 6/99, NZA 2000, 2280; BAG, v. 31.0.1990 – 1 ABR 39/89, NZA 1991, 152).

4. Der Anspruch geht auf Freistellung. Zahlung an die Verfahrensbevollmächtigten kann nur verlangt werden, wenn die Forderung an diese abgetreten ist (vgl. BAG, v. 27.3.1979 – 6 ABR 15/77, EzA § 89 ArbGG Nr. 9).

5. Begründet ist der Freistellungsanspruch auch hinsichtlich der geltend gemachten Zinsen. Der Betriebsrat gerät gegenüber seinen Verfahrensbevollmächtigten durch Mahnung in Verzug, §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB. Die Beteiligte zu 2)

als Freistellungsschuldnerin ist in dem Umfang zu belasten, in welchem der Betriebsrat seinerseits Schuldner seiner Verfahrensbevollmächtigten ist (BAG, v. 19.4.1989 – 7 ABR 6/88, EzA § 40 BetrVG 1972 Nr. 62).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 29. September 2005, 9 TaBV 64/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/262 64, Fax: 254 61

### 65. Betriebsratsmitglied, Verhinderung durch Erziehungsurlaub

Ein Betriebsratsmitglied ist bei Abwesenheit wegen Urlaub, Erziehungsurlaub oder ähnlichem solange als verhindert anzusehen, wie es dem Betriebsratsvorsitzenden nicht positiv angezeigt hat, dass es ungeachtet der Abwesenheitssituation seine Betriebsrats Tätigkeit durchführen möchte.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 1. März 2005, 7 TaBV 2220/04

### 66. Behinderung der Betriebsrats Tätigkeit, Unterlassungsanspruch

Aus § 78 Satz 1 BetrVG ergibt sich für den antragstellenden Gesamtbetriebsrat ein Unterlassungsanspruch, weil die Arbeitgeberin ein Merkblatt verteilen ließ, das unter Verwendung falscher Angaben für den Gesamtbetriebsrat böswillig herabsetzende Behauptungen enthält mit dem Ziel, damit in unzulässiger Weise auf die Wahl eines Betriebsrates in Dresden Einfluss zu nehmen und die Betriebsratsarbeit insgesamt zu erschweren.

Ein solcher Anspruch ist in § 78 Satz 1 BetrVG zwar nicht ausdrücklich geregelt, er folgt jedoch aus dem Zweck der Vorschrift, die Erfüllung der Betriebsratsaufgaben zu sichern und kann als selbstständig einklagbarer Nebenleistungsanspruch auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung bestehen (vgl. z. B. LAG Hamm, v. 25.11.2002 – 10 TaBV 121/02 m. w. N.). Da die Antragsgegner in mehrfacher Weise mit dem Merkblatt gegen das Verbot der Behinderung der Betriebsratsarbeit verstoßen haben und entgegen der Aufforderung des Antragstellers sich nicht bereit erklärt haben, dieses nicht mehr zu verteilen oder Arbeitnehmern zugänglich zu machen und sich auch nicht von den unwahren Angaben distanziert haben, steht dem Antragsteller ein Anspruch zu auf Unterlassung der Verteilung oder dem Zugänglichmachen dieses Merkblatts wie auch auf Unterlassung, wörtlich oder sinngemäß die falschen Behauptungen weiter aufzustellen. Die Antragsgegner waren daher entsprechend zu verurteilen.

■ Arbeitsgericht Nürnberg  
vom 17. September 2004, 14 BV 116/04  
eingereicht von Rechtsanwältin Christine Roth, Aufsessplatz 1, 90459 Nürnberg, Tel.: 0911/45 09 98 88, Fax: 45 50 22; e-mail: info@lock-und-roth.de



### 67. Betriebsratswahl, Anfechtung, Bemessung der Zahl der regelmäßig Beschäftigten, Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung zum Fremdfirmeneinsatz

1. Der Einsatz befristeter Vertretungskräfte für in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer aber auch für andere vorübergehend beurlaubte Mitarbeiter führt nicht zur Erweiterung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer i.R.d. § 9 BetrVG.

2. Verpflichtet sich eine kirchliche Einrichtung zur Durchführung des Religionsunterrichts, handelt es sich bei dem Einsatz kirchlicher Lehrkräfte um einen Fremdfirmeneinsatz und keine Arbeitnehmerüberlassung.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 2. Mai 2005, 9 TaBV 1 / 04, Rechtsbeschwerde zugel.

### 68. Betriebsvereinbarung, Definition eines Verzichts auf Mitbestimmung, verhaltensbedingte Kündigung unwirksam, wenn missachtete Weisung mitbestimmungswidrig war

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nicht in der Weise ausüben, dass er dem Arbeitgeber bei mitbestimmungspflichtigen Vorgängen im Betrieb die alleinige Verfügungsmöglichkeit eröffnet (BAG, v. 3.6.2003 – 1 AZR 349/02).

Ein solcher Ausschluss des Mitbestimmungsrechtes liegt nicht vor, wenn dem Arbeitgeber die freie Entscheidung über eine Arbeitszeitverlängerung nur für die Betriebsferien und nur für 2,5 h täglich eingeräumt wird, die Zustimmung des Betriebsrates im Voraus also nur für einen zeitlich begrenzten Zeitraum und in einem zeitlich begrenzten Überstundenrahmen erteilt ist.

2. Wenn der Arbeitgeber vom Wortlaut einer Betriebsvereinbarung abweicht und keine Abstimmung mit dem Betriebsrat herbeiführt, kann dem Arbeitnehmer keine wirksame Anweisung auf Grundlage der Betriebsvereinbarung erteilt werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 10. März 2005, 6 TaBV 44/04, Rechtsbeschwerde zugel.

### 69. Betriebsvereinbarung, Gleichbehandlungsgrundsatz, Stichtagsregelung, Altersteilzeit

Die Betriebsvereinbarungspartner haben bei der Wahl eines Stichtages für die Gewährung von Sonderleistungen (hier: Zusatzleistungen als Anreiz für die Inanspruchnahme von Altersteilzeit) einen weiten Ermessensspielraum. Erforderlich ist nur, dass der gewählte Zeitpunkt sachlich vertretbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 24. März 2005, 6 Sa 1305/04

### 70. Einigungsstelle, Freistellung bei Dienstverhinderung, Untätigkeit des zuständigen Gesamtbetriebsrates

1. Eine Einigungsstelle zum Thema „bezahlte Freistellung bei Dienstverhinderung aus persönlichen Gründen“ ist nicht offensichtlich unzuständig.

2. Eine solche Einigungsstelle ist auch nicht deshalb unzuständig, weil eine BV zum obigen Thema nur bis zum Abschluss eines neuen Manteltarifvertrages angestrebt wird.

3. Für den regionalen Betriebsrat besteht keine Auffangzuständigkeit, wenn der an sich zuständige Gesamtbetriebsrat erklärtermaßen untätig bleibt.

1. Nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Gesamtbetriebsrat zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Das bedeutet: Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats ist nicht nur bei Angelegenheiten anzunehmen, deren Regelung dem einzelnen Betriebsrat objektiv unmöglich ist. Zuständig ist der Gesamtbetriebsrat auch dann, wenn ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder jedenfalls (einzel-)betriebsübergreifende Regelung besteht, wobei auf die Verhältnisse des Unternehmens und der einzelnen Betriebe abzustellen ist. Die bloße Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Regelung oder das Koordinationsinteresse des Arbeitgebers genügen für die Annahme eines zwingenden Erfordernisses nicht. Dementsprechend kommt es grundsätzlich auch nicht darauf an, auf welcher betriebsverfassungsrechtlichen Ebene der Arbeitgeber eine Regelung treffen möchte. Entscheidend sind vielmehr der Inhalt der geplanten Regelung sowie das Ziel, das die zu treffende fragliche Regelung hat. Lässt sich dieses nur durch eine einheitliche Regelung auf der Unternehmensebene oder der Ebene über dem einzelnen Betrieb des Unternehmens erreichen, so ist der Gesamtbetriebsrat zuständig. Ob und wie die in Frage stehende Zielsetzung verwirklicht werden soll, ist dann auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats und mit diesem zu regeln. Die Verteilung der Zuständigkeit zwischen Gesamtbetriebsrat und (einzelnen) Betriebsrat gem. § 50 Abs. 1 BetrVG ist zwingend. Sie ist unabhängig davon, dass der Arbeitgeber bei einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme eine unternehmensübergreifende Regelung verlangt oder dass, auf der anderen Seite, sich ein einzelner Betriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat der je fraglichen Angelegenheiten annimmt und sein Mitbestimmungsrecht geltend macht und verfolgt oder nicht (zu allem: BAG AP Nr. 1, 2 zu § 58 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 19 zu § 50 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 29, 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung).

Zunächst ist festzuhalten, dass regelmäßig – (insbesondere) unter dem Gesichtspunkt betriebsübergreifender Lohngerechtigkeit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes – eine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gem. § 50 Abs. 1 BetrVG anzunehmen ist, wenn es – wie hier – um die Regelung der Lohngestaltung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

## Betriebsverfassungsrecht

geht, die von Einfluss auf die Vergütung der beschäftigten Arbeitnehmer sind.

Unterschiedliche Regelungen dieser Gegenstände in den verschiedenen Betrieben des Arbeitgebers – was bei den Regelungen auf der Ebene des einzelnen Betriebes und für diesen ja durchaus möglich ist – führen dazu, dass der ja für alle Arbeitnehmer des Arbeitgebers gleichermaßen geltende Gleichbehandlungsgrundsatz missachtet und damit der Grundsatz der überbetrieblichen Lohngerechtigkeit verfehlt wird.

2. Dagegen lässt sich eine Zuständigkeit des Betriebsrats nicht damit begründen, dass ihm als einzelner/örtlichem Betriebsrat die – eine an sich gegebene Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats verdrängende oder ersetzende – sog. Auffangzuständigkeit zukommt. Eine solche ist in den gesetzlichen Bestimmungen nicht angelegt.

Diejenigen, die eine Auffangzuständigkeit für gegeben halten, verkennen, dass mit der originären Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gerade erreicht werden soll, dass eine zwingend erforderliche einheitliche Regelung erzielt werden kann – und dies nicht von den Zufälligkeiten der Ergebnisse von Verhandlungen oder von Sprüchen von Einigungsstellen auf der jeweils unteren Ebene abhängt und dabei ggf. das Vereinlichungsziel – hier: überbetriebliche Lohngerechtigkeit und Gleichbehandlung – eben verfehlt werden kann. Auf diesem Hintergrund erscheint die Auffassung, die eine Auffangzuständigkeit bejaht, unhaltbar, weil es damit ins Belieben des Gesamtbetriebsrats gestellt wäre, seine Zuständigkeit oder die des örtlichen Betriebsrats durch entsprechendes Verhalten zu bestimmen. Die Zuständigkeitsabgrenzung, die in § 50 Abs. 1 BetrVG angelegt ist, macht nur Sinn, wenn gleichzeitig – bei gegebener originärer Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats – die Zuständigkeit des örtlichen Betriebsrats ausgeschlossen ist.

3. Hinsichtlich der Regelungsgegenstände „bezahlte Freistellung bei Dienstverhinderung aus persönlichen Gründen“ und „Leistung von Abschlagszahlungen auf Urlaubsvergütung“ ist dagegen nicht zu erkennen, weshalb eine Zuständigkeit des antragstellenden Betriebsrats offensichtlich nicht gegeben sein sollte. Bei diesen Gegenständen, die Vergütung und Lohngestaltung nur marginal berühren, spielen Gesichtspunkte von Lohngerechtigkeit und Gleichbehandlung keine so erhebliche Rolle wie bei den sonstigen Gegenständen (s.o.).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 30. März 2004, 4 TaBV 17/04

eingereicht von Rechtsanwalt Gottfried Krutzki, Sandweg 9, 60316 Frankfurt am Main, Tel.: 069/49 03 92, Fax: 44 94 14; e-mail: krutzki@sandweg9.de

### 71. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Rechtsschutzbedürfnis, Initiativrecht des Betriebsrates

1. Der antragstellende Betriebsrat der Antragsgegnerin begehrte die Einrichtung einer Einigungsstelle zur Regelung von Arbeitszeit und Mehrarbeit. Mit Schreiben vom 15. Dezember

2004 teilte der Antragsteller der Antragsgegnerin mit, dass er mit ihr eine Betriebsvereinbarung zum Thema Arbeitszeit und Überstundenregelung abschließen möchte und schlug vor, im Januar 2005 darüber in erste Verhandlungen einzutreten. Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller daraufhin mit, sie sehe keine Veranlassung, in die gewünschten Verhandlungen einzutreten. Insbesondere begründete die Antragsgegnerin dies damit, dass es einen Konflikt wegen der Anordnung von Überstunden ohne Genehmigung des Betriebsrates zwischen den Beteiligten nicht gegeben habe. Die Antragsgegnerin habe auch keine Überstunden angeordnet. Lediglich im Zusammenhang mit dem in Dezember 2004 notwendigen Umzug des Unternehmens hätten sich die Mitarbeiter aus eigener Initiative bereit erklärt, außerhalb ihrer Arbeitszeit freiwillig zur Verfügung zu stehen, um bei dem Umzug Unterstützungsleistung zu erbringen. Diese freiwilligen Tätigkeiten der Mitarbeiter während ihrer Freizeit seien jedoch keine Überstunden. Daher habe es auch zu keinem Zeitpunkt eine streitige Angelegenheit zwischen den Beteiligten im Sinne von § 87 Betriebsverfassungsgesetz gegeben. Ein Initiativrecht des Betriebsrates scheidet damit aus und es sei auch die Einigungsstelle nicht zuständig. Im Übrigen scheidet das Initiativrecht des Betriebsrates auch deshalb aus, weil die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nicht im Interesse der Arbeitnehmer liege. Die Mitarbeiter der Antragsgegnerin haben es ganz ausdrücklich abgelehnt, dass der Betriebsrat wegen angeblicher Konflikte bezüglich der Überstunden und der Arbeitszeit tätig werde. Ferner war die Antragsgegnerin der Auffassung, dass es für den Antrag auf Errichtung der Einigungsstelle an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil es noch keine innerbetrieblichen konkreten Verhandlungen gegeben habe.

2. Das Arbeitsgericht Hamburg ist der Auffassung der Antragsgegnerin nicht gefolgt. Es ging davon aus, dass der Antrag des Antragstellers auf Einsetzung einer Einigungsstelle nach § 98 I Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 76 II Satz 2 und 3, V Satz 1, 87 I Nr. 2 und 3, II Betriebsverfassungsgesetz zulässig war. Es fehlte für den Antrag nicht an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis. Mit ihrem Schreiben vom 22. Dezember 2004 hatte die Antragsgegnerin den Eintritt in die von dem Antragsteller gewünschten Verhandlungen über eine Betriebsvereinbarung zum Thema Arbeitszeit und Überstunden ohne jede Einschränkung abgelehnt. Damit hatte der Antragsteller den Versuch unternommen, eine Einigung mit der Antragsgegnerin innerbetrieblich – also ohne Anrufung der Einigungsstelle – herbeizuführen, aber die Antragsgegnerin war nicht zu Verhandlungen mit dem Antragsteller bereit.

3. Der Antrag war auch begründet. Der Antrag auf Bestimmung des Vorsitzenden und der Zahl der Beisitzenden nach § 98 I Satz 2 ArbGG könne nur dann zurückgewiesen werden, wenn die Einigungsstelle offensichtlich unzuständig ist. Nach § 87 I Betriebsverfassungsgesetz hat der Betriebsrat u. a. Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage und die vorübergehende Verkürzung oder Verlän-

gerung der betriebsüblichen Arbeitszeit mitzubestimmen (vgl. § 87 I Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG). Genau um diese Regelungen auf den vorgenannten Gebieten geht es im Hinblick auf die von dem Antragsteller gestellten Anträgen zur Einsetzung der Einigungsstelle. Mithin ist die Einigungsstelle nicht offensichtlich unzuständig.

Auf die Frage, was der Anlass für den Antragsteller war, in der vorliegenden Sache tätig zu werden, kommt es für die Frage der Zuständigkeit der Einigungsstelle nicht an. Wie auch die Antragsgegnerin nicht verkennt, steht dem Betriebsrat in den oben genannten Angelegenheiten grundsätzlich ein Initiativrecht zu. Eine gerichtliche Überprüfung einer vom Betriebsrat ergriffenen Initiative daraufhin, ob sie dem Interesse der Arbeitnehmer entspricht, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Ebenso wenig kommt es für die Frage der Zuständigkeit der Einigungsstelle darauf an, welche Vorstellungen die Beschäftigten bezüglich einer vom Betriebsrat ergriffenen Initiative äußern. Der Betriebsrat ist nämlich hinsichtlich seiner Amtsführung an Wünsche und Weisungen der Arbeitnehmer nicht gebunden.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 3. Mai 2005, 26 BV 1/05

eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Matthias W. Kroll, LL.M., Spaldingstraße 110 B, 20097 Hamburg,

Tel.: 040/ 23 85 69 0, Fax: 040/ 23 85 69 10;

e-mail: kroll@nkr-hamburg.de; www.nkr-hamburg.de

## 72. Einsetzung einer Einigungsstelle, offensichtlich unzuständige Einigungsstelle, Ablehnung eines vorgeschlagenen Vorsitzenden der Einigungsstelle

1. Die offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle im Sinne von § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG ist im Rahmen des erzwingbaren Einigungsverfahrens nur dann gegeben, wenn unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt die Zuständigkeit der Einigungsstelle als möglich erscheint, weil sich die beizulegende Streitigkeit erkennbar nicht unter einen Mitbestimmungstatbestand fassen lässt.

2. Der Prüfungsmaßstab der Offensichtlichkeit, den § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG für die Zuständigkeit der Einigungsstelle aufstellt, muss sich, wie der derzeitigen Fristenregelung in § 98 Abs. 1 Satz 5 ArbGG zu entnehmen ist, auch auf solche Fragen, die sich im weitesten Sinne als Vorfragen der Zuständigkeit der Einigungsstelle erweisen, beziehen (*Schwab/Weth/Walker*, ArbGG § 98 Rz 43 m. w. N.).

Wenn § 613 a Abs. 6 BGB nunmehr ausdrücklich ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers anerkennt, so scheidet nicht offensichtlich die Pflicht des alten Arbeitgebers aus, für widersprechende Arbeitnehmer gegebenenfalls nach den §§ 111 ff. BetrVG angesichts des Widerspruchs von rund einem Drittel aller Arbeitnehmer einen Sozialplan aufstellen zu müssen. Für die Ausübung eines Widerspruchs nach § 613 a Abs. 6 BGB ist ein sachlicher Grund nicht erforderlich. Dies gilt auch im Falle der Ausübung des Widerspruchs durch eine Mehrheit von Ar-

beitnehmern. Allerdings kann sich ein kollektiver Widerspruch gemäß § 242 BGB als rechtsmissbräuchlich erweisen, wenn er dazu eingesetzt wird, andere Zwecke als die Sicherung der arbeitsvertraglichen Rechte und die Beibehaltung des bisherigen Arbeitgebers herbeizuführen (BAG, v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03). Ob ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten durch den kollektiven Widerspruch von rund einem Drittel der Anzahl der zunächst übergegangenen Arbeitnehmer gegeben sein könnte, ist vorliegend völlig offen und kann im Verfahren nach § 98 ArbGG nicht geprüft werden.

Genauso wenig kann als Vorfrage vorliegend geklärt werden, ob dem antragstellenden Betriebsrat noch ein Restmandat im Sinne von § 21 b BetrVG zusteht (vgl. hierzu den Beschluss des erkennenden Gerichts vom 18.4.2005 – 2 TaBV 15/05). So ist es etwa dem LAG verwehrt, im Verfahren nach § 98 ArbGG die Rechtsbeschwerde zum BAG zuzulassen, weil hier der Instanzenweg – in gleicher Weise wie bei der ähnlich strukturierten einstweiligen Verfügung – mit der Entscheidung des LAG's endet. Dies muss einem späteren Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben, das letztlich bis zum BAG betrieben werden kann.

Erheblich größeren Bedenken hinsichtlich der Begründetheit des Rechtsbegehrens des Betriebsrates ist vorliegend allerdings dem Umstand beizumessen, dass Betriebsrat und Arbeitgeberin bereits unter dem 28.10.2004 einen Sozialplan abgeschlossen haben. Liegt bereits ein gültiger Sozialplan vor, dann besteht in aller Regel kein Bedürfnis für die weitere Einrichtung einer Einigungsstelle, so dass in diesem Falle ein Antrag nach § 98 ArbGG wegen offensichtlicher Unzuständigkeit für eine erneute Einigungsstelle abzuweisen ist (vgl. GK-ArbGG/*Leinemann*, § 98 Rz 34; *Hauck/Helml*, ArbGG, 2. Aufl., § 98 Rz 4.)

Ob und wie ein kollektiver Widerspruch von einer erheblichen Anzahl von Arbeitnehmern im Rahmen einer Sozialplanregelung zu bewerten ist, hat in den Regelungen vom 28.10.2004 genauso wenig Anklang gefunden wie der Umstand, dass die Arbeitgeberin den Betrieb auf eine neu zu gründende GmbH übertragen hat und der Betriebsrat davon ausgeht, dass es sich hierbei nur um eine Verschleierung der Stilllegungsabsicht und eine bezweckte Flucht aus der Sozialplanpflicht gehandelt hat. Ob sich bei dieser Entwicklung der Anwendungsbereich des Sozialplans vom 28.10.2004 auch auf die widersprechenden Arbeitnehmer beziehen soll, ist im vorliegenden Verfahren angesichts der gebotenen schnellen Entscheidung nicht eindeutig feststellbar.

Nach Auffassung des Beschwerdegerichts soll eine Einigungsstelle nicht schon dadurch belastet werden, dass das Gericht einen Vorsitzenden einsetzt, der von einem der Beteiligten – ob zu Recht oder zu Unrecht sei völlig dahingestellt – schon im Vorfeld generell abgelehnt wird. In diesem Falle hielt es das Beschwerdegericht für nicht angezeigt, selbst einen neuen Vorsitzenden zu bestimmen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 23. August 2005, 2 TaBV 40/05

## Tarifrecht

### 73. Konzernbetriebsrat, Voraussetzungen für den Errichtungsbeschluss, Konzernvermutung

Die Bildung eines Konzernbetriebsrates setzt voraus, dass ein sogenannter Unterordnungskonzern besteht. Die Konzernvermutung des § 17 Abs. 2 AktG findet auch dann Anwendung, wenn eine rechtliche Einflussnahme des beherrschenden Unternehmens tatsächlich nicht genutzt wird.

Für die Berechnung der Zahl der Arbeitnehmer nach § 54 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist der Zeitpunkt des letzten Beschlusses eines Betriebsrates maßgeblich, mit dem die erforderliche Mehrheit erreicht wird.

Errichtung eines Konzernbetriebsrates und Entsendung von Mitgliedern eines Betriebsrates müssen ausdrücklich beschlossen werden, die bloße Entsendung stellt noch keinen Errichtungsbeschluss dar.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 11. Februar 2005, 2 TaBV 945/04

### 74. Leitender Angestellter, ruhendes Arbeitsverhältnis, Kündigungsanhörung

1. Vereinbaren die Parteien, dass der Arbeitnehmer, der bei der Beklagten ein leitender Angestellter ist, vorübergehend im Auftrag der Beklagten die Niederlassung eines anderen Unternehmens leiten soll und in dieser Zeit das Arbeitsverhältnis zu der Beklagten ruht, dann ist der Arbeitnehmer nicht mehr leitender Angestellter der Beklagten.

2. Daran ändert sich nichts, wenn der Kläger bei dem anderen Unternehmen eine leitende Funktion ausübt und das Betriebsergebnis der vom Kläger geleiteten unternehmensfremden Niederlassung für den Bestand und die Entwicklung der Beklagten von Bedeutung ist. Es bleibt jedoch entscheidend, dass der Kläger die Aufgabe aufgrund seiner Stellung innerhalb des anderen Unternehmens ausübt. Die Aufgabenerfüllung auch im Interesse der Beklagten kann den Status des Klägers als leitender Angestellter bei der Beklagten nicht begründen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 15. November 2005, 17 Ca 2088/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Richard Pouyadou, Grottenau 6, 86150 Augsburg,

Tel.: 0821 / 34 481-0, Fax: 34481-99;

e-mail: kanzlei@scheidle-partner.de; www.scheidle-partner.de

### 75. Mitbestimmung bei Widerruf einer Zulage, Personalrat

Der Personalrat hat mitzubestimmen, wenn sich der Arbeitgeber entschließt, eine bislang gewährte Zulage (hier: Schreibzulage) nicht auf einmal vollständig, sondern in 10 Monaten ratierlich abzubauen, weil hier noch ein Verteilungsspielraum verbleibt. Eine ohne Beteiligung des Personalrats vorgenommene Kürzung der Zulage ist rechtsunwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 14. Juli 2005, 4 Sa 363/05, Rev. zugl.

### 76. Versetzungsbegriff i. S.d. BetrVG, räumliche Verlegung des Betriebes

Von der Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs i. S.d. § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG und damit von einer Versetzung i. S.d. BetrVG kann nicht ausgegangen werden, wenn sich die Beziehung des konkreten Arbeitsplatzes zum betrieblichen Umfeld nicht ändert, weil der Betrieb oder ein Betriebsteil selbst räumlich verlegt wird.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 28. April 2005, 5 TaBV 24/04, Rechtsbeschwerde zugl.

## Tarifrecht

### 77. Ausschlussfrist, Geltendmachung durch Betriebsrat, Betriebsvereinbarung, Wiedereinstellungsanspruch, Zurückverweisung, verspätetes Vorbringen

1. Auch ein Wiedereinstellungsanspruch aufgrund einer Betriebsvereinbarung unterliegt den tariflichen Ausschlussfristen des § 17 MTV Chemie.

Die Kammer teilt die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass dem auch nicht die Rechtsprechung des vom Kläger zitierten BAG (15.05.1991 EzA § 4 TVG Ausschlussfrist Nr. 91) entgegensteht, wonach z. B. der Beschäftigungsanspruch als Persönlichkeitsrecht nicht der Ausschlussfrist des BRTV Bau unterliegen soll, weil die Rechtsprechung dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht den Schutz der absoluten Rechte zuerkannt habe. Insofern wird zur zutreffenden Begründung des Arbeitsgerichts auf Seite 11 = Bl. 158 d. A. der angefochtenen Entscheidung zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Zudem steht dem Kläger gerade gegenüber der Beklagten derzeit noch kein Beschäftigungsanspruch aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis zu, sondern Streitgegenstand ist vielmehr ein etwaiger Anspruch auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages.

Die Ausschlussfrist wird nicht durch die Bemühungen des Betriebsrates der Insolvenzschuldnerin sowie der Einstellung der Insolvenzbetroffenen bei der Beklagten gewahrt. Es gehört nämlich nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrates, individuelle Ansprüche der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin geltend zu machen.

2. Zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens bei Vorlage eines (weiteren) schriftlichen Arbeitsvertrages donnerstags vor dem mündlichen Verhandlungstermin am kommenden Montag, dessen Inhalt an sich zu einer Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zwingt:

Das Vorbringen des Klägers ist nicht aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles als verspätet zurückzuweisen. Im Auflagenbeschluss vom 21.09.2004 hatte das Arbeitsgericht Ludwigshafen dort unter Ziffer 4 beiden Parteien aufgegeben, den letzten Arbeitsvertrag der Parteien – gültig bis zum Über-



gang des Arbeitsverhältnisses auf die X. GmbH – in Kopie zur Gerichtsakte zu reichen. Den Parteien wurde insoweit mitgeteilt, dass ein kurzer Hinweis dahingehend ausreichend ist, wenn dieser Arbeitsvertrag noch identisch sein sollte mit dem bereits zur Gerichtsakte gereichten Arbeitsvertrag. Gemäß Ziffer 5 dieses Beschlusses werden beide Parteien darauf hingewiesen, dass verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleiben kann. An einem Beschluss mit einem derartigen Inhalt fehlt es im vorliegenden Rechtsstreit. Gemäß § 67 Abs. 2 ArbGG sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen einer dafür nach § 56 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 oder 61 a Abs. 3 oder 4 gesetzten Frist nicht vorgebracht worden sind, nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Vorliegend hat die Kammer aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles eine genügende Entschuldigung des Klägers insoweit angenommen. Dies ergibt sich daraus, dass der Kläger bereits mit der Klageschrift im Gegensatz zum Parallelverfahren 7 Sa 105/05 nicht die Verurteilung der Beklagten zum Abschluss eines Arbeitsvertrages auf der Grundlage tariflicher Bestimmungen geltend macht, sondern er strebt den Abschluss eines so genannten AT-Vertrages an. AT-Verträge unterliegen bei der Beklagten, wie sich aus den in zahlreichen Parallelverfahren jeweils zur Gerichtsakte gereichten schriftlichen Arbeitsverträgen ergibt, aber keiner Tarifbindung, sodass auch tarifliche Ausschlussfristen nicht einschlägig sind. Streitgegenstand war also von Anfang an ein Arbeitsvertrag als AT-Mitarbeiter. Da die Anwendbarkeit tariflicher Ausschlussfristen von Amts wegen zu überprüfen ist, hätte Veranlassung bestanden, nachzuprüfen, warum der Kläger einerseits trotz des vorgelegten schriftlichen Arbeitsvertrages als tariflicher Angestellter, andererseits einen AT-Vertrag verlangt. So gesehen ist der zuletzt zur Gerichtsakte gereichte schriftliche Arbeitsvertrag die Erläuterung dessen, warum der Kläger – nach Auffassung der Kammer zu Recht – meint, einen derartigen Anspruch gegenüber der Beklagten innezuhaben. Dass diese Besonderheit des konkreten Einzelfalles aufgrund der Vielzahl ähnlicher Verfahren keine hinreichende Berücksichtigung gefunden hat, ist zwar letztlich verständlich, darf aber nach Auffassung der Kammer nicht zulasten des Klägers gehen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 23. Mai 2005, 7 Sa 4/05, Rev. zugl.

### 78. Eingruppierung, Vorarbeiter in Systemgastronomie

Vorarbeiter/Schichtführer in Systemrestaurants verfügen „in der Regel“ nach 12monatiger Ausübung dieser Tätigkeit über eine „entsprechende Berufserfahrung“, für „Tätigkeiten, die gründliche und/oder vielseitige Kenntnisse und Fertigkeiten erfordern“ i. S. d. Tarifgruppe 5, § 2 Entgelttarifvertrag vom 07.07.2000 für die Arbeitnehmer/innen und Auszubildenden

Systemgastronomie im Bundesverband der Systemgastronomie e.V.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 2. Mai 2005, 9 Sa 930/03, Rev. zugl.

### 79. Sonderzahlung, 13. Monatseinkommen, Ausscheiden aus dem Beruf wegen Erreichens der Altersgrenze

Es besteht kein Anspruch auf ein 13. Monatseinkommen nach § 2 Nr. 6 Absatz 2 TV 13. ME, wenn die Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis fortsetzen, nachdem der Arbeitnehmer die Altersgrenze erreicht hat, und der Arbeitnehmer erst in einem nachfolgenden Kalenderjahr aus Altersgründen aus dem Beruf ausscheidet.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 17. Juni 2005, 9 Sa 424/05, Rev. zugl.

### 80. Tarifierung, Überwachung als Bautätigkeit

Es stellt eine eigene baugewerbliche Tätigkeit dar, wenn der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer überwiegend zur Überwachung von Nachunternehmern einer GmbH einsetzt, die er eigens dafür gegründet hat, Aufträge über Bauarbeiten an Nachunternehmer zu vergeben.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 21. Juni 2005, 6 Sa 1714/04, Rev. zugl.

### 81. Tarifliche Überbrückungsbeihilfe, Entfall bei Möglichkeit zum (vorgezogenen) Rentenbezug, § 8 Nr. 1 c des Tarifvertrages vom 31.08.1971 zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, unbewusste Regelungslücke

Die Beklagte ist nicht verpflichtet, der Klägerin über den 30.11.2003 hinaus Überbrückungsbeihilfe zu zahlen. Nach § 8 Nr. 1 c TV SozSich haben nämlich nur diejenigen Arbeitnehmer Anspruch auf die tariflichen Leistungen, die die Voraussetzungen zum Bezug der vorgezogenen Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung nicht erfüllen. Daran fehlt es. Die Klägerin, die am 18.11.2003 das 60. Lebensjahr vollendet hat, erfüllt seitdem unstreitig die Voraussetzungen für den Bezug eines (vorgezogenen) Altersruhegeldes nach § 237 a SGB VI.

Unerheblich ist, dass die Klägerin eine Rente tatsächlich weder erhalten noch beantragt hat (BAG, v. 30.03.2000 – 6 AZR 645/98 –). Ebenso wenig ist von Belang, ob und in welchem Umfang die in Anspruchnahme einer vorzeitigen Altersrente durch die Klägerin zu Rentenabschlägen führt (BAG, v. 10.07.2003 – 6 AZR 289/02 –). Nach dem Wortlaut der Tarifvorschrift, auf den es bei der Auslegung des normativen Teils eines Tarifvertrages zunächst ankommt, schließt nicht nur der Anspruch auf eine unverminderte Rente die tariflichen Leistungen aus. § 8 Nr. 1 c TV SozSich spricht von „vorgezogenem Altersruhegeld“ und nicht von „unvermindertem Altersruhegeld“ oder „Altersruhegeld ohne Rentenabschläge“.

## Tarifrecht

Eine Tariflücke liegt nicht vor. Die Tarifvertragsparteien haben im Rahmen der Zwecksetzung ihrer Regelung trotz möglicherweise erheblicher Unterschiede der individuellen Rentenbeiträge für den Ausschluss des Anspruchs auf Überbrückungsbeihilfe typisierend an die Berechtigung zum Bezug einer vorgezogenen Altersrente angeknüpft. Sie konnten zwar bei Abschluss des TV SozSich am 31.08.1971 von den späteren Änderungen der gesetzlichen Rentenversicherung keine Kenntnis haben. Ihnen waren jedoch die verschiedenen Rentenarten und die unterschiedliche Höhe gesetzlicher Renten bekannt. Gleichwohl haben sie nicht darauf abgestellt, ob die zu erwartende Rente tatsächlich die Aufrechterhaltung des Lebensstandards gewährleisten kann. Nach Einführung der Rentenabschläge bei vorzeitiger Inanspruchnahme der Rente haben sie den betreffenden Tarifvertrag nicht geändert, sondern sind davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber dem Versorgungsinteresse des Rentenberechtigten auch bei einer gekürzten Rente ausreichend Rechnung getragen hat. Soweit eine ausreichende Versorgung durch die gesetzliche Rente mit oder ohne Rentenminderung nicht besteht, ist eine daraus entstehende Härte anders auszugleichen als durch die tarifliche Überbrückungsbeihilfe (BAG, v. 30.03.2000 – 6 AZR 645/98 –). Insoweit besteht für die Klägerin nach § 187 a SGB VI die Möglichkeit, durch die Zahlung freiwilliger Beiträge die Rentenabschläge ganz oder teilweise zu vermeiden.

Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausginge, dass eine unbewusste Tariflücke vorliegt, so könnte diese vom Gericht nicht dahingehend geschlossen werden, dass der Anspruch auf Überbrückungsbeihilfe nur dann erlischt, wenn von der Möglichkeit des vorzeitigen Rentenbezugs auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Unbewusste Regelungslücken sind zwar unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung dessen zu schließen, wie die Tarifvertragsparteien die betreffende Frage bei objektiver Betrachtung der wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhänge im Zeitpunkt des Tarifvertragsabschlusses voraussichtlich geregelt hätten, falls sie an den nicht geregelten Fall gedacht hätten. Das setzt aber voraus, dass hinreichende und vor allem auch sichere Anhaltspunkte für eine solche vermutete Leistungsbestimmung durch die Tarifvertragsparteien gegeben sind oder dass nur eine ganz bestimmte Regelung billigem Ermessen entspricht, sie damit nach Treu und Glauben und objektiver Betrachtung der maßgebenden Zusammenhänge geboten ist und deshalb davon ausgegangen werden kann, dass sich die Tarifvertragsparteien einer solchen zwingend gebotenen Regelung nicht entzogen hätten. Bestehen hingegen keine sicheren Anhaltspunkte dafür, welche Regelung die Tarifvertragsparteien getroffen hätten, und sind verschiedene Regelungen denkbar, die billigem Ermessen entsprechen, kann ein mutmaßlicher Wille der Tarifvertragsparteien nicht festgestellt werden und ist folglich keine Ausfüllung der Tariflücke durch die Gerichte möglich. Die Gerichte für Arbeitsachen sind nämlich nicht befugt, in die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien korrigierend ergänzend einzugreifen und eine Aufgabe zu über-

nehmen, die das Grundgesetz allein den Tarifvertragsparteien zugewiesen hat (BAG, v. 23.09.1981 – 4 AZR 569/79 –).

§ 8 Nr. 1 c TV SozSich verstößt auch nicht gegen höherrangiges Recht (Art. 3 GG, § 611 a BGB). Der Umstand, dass Frauen früher rentenberechtigt sind als Männer und in Folge dessen ihr Anspruch auf Überbrückungsbeihilfe wegen § 8 Nr. 1 c TV SozSich früher als derjenige von Männern entfällt, führt nicht zur Unvereinbarkeit der betreffenden Tarifnorm mit Art. 3 GG. Dieses Grundrecht ist verletzt, wenn die Tarifvertragsparteien es versäumt haben, tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen. Dabei ist davon auszugehen, dass den Tarifvertragsparteien im Rahmen der ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG eingeräumten Befugnis, für ihre Mitglieder die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln, grundsätzlich ein weiterer Regelungsspielraum zur Verfügung steht. Eine verbotene Ungleichbehandlung liegt vor, wenn sich für die gewählte Differenzierung ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst wie einleuchtender Grund nicht finden lässt, wenn also für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die Regelung als willkürlich anzusehen ist (BAG, v. 23.06.1994 – 6 AZR 911/93 –). Im Streitfall lässt sich der maßgeblichen Tarifnorm (§ 8 Nr. 1 c TV SozSich) eine Differenzierung von Männern und Frauen nicht entnehmen. Vielmehr stellt die Regelung allgemein auf die Möglichkeit zum Bezug des vorgezogenen Altersruhegeldes ab, ohne dabei zwischen Männern und Frauen zu differenzieren. Der von der Klägerin geltend gemachte Nachteil ergibt sich vielmehr erst mittelbar aus den rentenrechtlichen Bestimmungen. Dies ist jedoch unter Beachtung des den Tarifvertragsparteien eingeräumten erheblichen Ermessens- und Gestaltungsspielraums unter Berücksichtigung des mit der Überbrückungsbeihilfe verfolgten Zwecks unbedenklich.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 8. Juni 2005, 10 Sa 945/04, Rev. zugel.

### 82. Tarifvertrag, Rückwirkung auf beendete Arbeitsverhältnisse, Gleichstellungsvereinbarung

1. Die normative Rückwirkung eines firmenbezogenen Sanierungstarifvertrages, mit dem (auch bezogen auf ein zum Zeitpunkt des Abschlusses eines solchen Tarifvertrages bereits beendetes Arbeitsverhältnis) für die Vergangenheit eine vorherige, in einem Verbandstarifvertrag vereinbarte Tariflohnerhöhung, beseitigt werden soll, setzt sowohl im Zeitpunkt seines – rückwirkenden – Inkrafttretens als auch im Zeitpunkt des Abschlusses beiderseitige Tarifbindung voraus (anders BAG, v. 6.8.2002 – 1 AZR 247/01, AP § 112 BetrVG 1972 Nr. 154 für rückwirkende Tariflohnerhöhung).

2. Allerdings kann sich im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) einer arbeitsvertraglich vereinbarten sog. Gleichstellungsabrede eine derartige Rückwirkung eines firmenbezoge-

nen Sanierungstarifvertrages zu Lasten eines bereits im Zeitpunkt seines Abschlusses ausgeschiedenen Arbeitnehmers ergeben.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 14. Juli 2005, 11 Sa 586/05, Rev. zugl.

### 83. Tarifvertrag, Rückwirkung, Vertrauensschutz, Arbeitszeitverkürzungsantrag kein Urlaubsantrag

1. Trotz praktischer Ähnlichkeit mit dem gesetzlichen Erholungsurlaub (§ 1 BUrlG) handelt es sich bei einem tarifvertraglich vereinbarten Arbeitszeitverkürzungs-Tag (AZV-Tag) um eine besondere Arbeitszeit und nicht um eine Urlaubsregelung, so dass die Inanspruchnahme eines AZV-Tages nicht als Inanspruchnahme eines Urlaubstages behandelt werden kann (vgl. auch OVG Münster, v. 4.8.2004 – 6 A 619/04).

2. Das schutzwürdige Vertrauen eines Arbeitnehmers in den Fortbestand eines tarifvertraglichen Rechts entfällt nicht bereits dadurch, dass dieses Recht innerhalb des Geltungsbereichs eines *anderen* Tarifvertrages rückwirkend gestrichen wurde. Dies gilt wegen Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG selbst dann, wenn es einer jahrzehntelangen Gepflogenheit der Tarifvertragsparteien entspricht, die Änderungen des *anderen* Tarifvertrages mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung zu übernehmen.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 14. Juli 2005, 11 Sa 615/05, Rev. zugl.

### 84. Tarifvertragliche Sonn- u. Feiertags- sowie Nachtzuschläge, Berechnung, Begriff des „Stundenlohns“

Die Sonn- u. Feiertags- sowie Nachtzuschläge nach § 14 des MTV f. d. Wach- u. Sicherheitsgewerbe Berlin v. 7.7.2003 sind auf die (Gesamt-) Stundenlöhne gem. § 3 des Entgelttarifvertrages vom selben Tage unter Einschluss der darin genannten „Zulagen“ zu zahlen, nicht nur auf die tariflichen „Stundengrundlöhne“.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 23. Juni 2005, 16 Sa 557/05, Rev. zugl.

### 85. Tarifvertrag, einzelvertragliche Vereinbarung, Auslegung des Arbeitsvertrages, dynamisch/statische Verweisung, Klagebeschränkung als Klagerücknahme

A. Das Rechtsmittel der Berufung ist gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 2 ArbGG statthaft. Die Berufung des Beklagten ist gemäß §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 511 ff. ZPO, form- und fristgerecht eingelegt sowie im Hinblick auf §§ 188, 193 BGB rechtzeitig begründet worden.

B. Das Rechtsmittel ist indes – soweit die Klage nicht zurückgenommen wurde – unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung ist das Arbeitsgericht nach Auslegung des Arbeitsvertrages davon ausgegangen, dass die Klägerin Anspruch auf eine Vergütung nach dem jeweils gültigen Gehaltstarifvertrag für die Arbeitnehmer/innen im Einzelhandel in Rheinland-Pfalz hat.

I. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Zahlung des (jeweiligen) Tarifgehalts für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2003 bis zum 31.07.2003 hat. Die Klage ist daher in Höhe eines Betrages von 1.446,04 EUR begründet.

Dies folgt aus der vom Arbeitsgericht zutreffend vorgenommenen Auslegung des schriftlichen Arbeitsvertrages vom 18.06.1999.

1. Gemäß § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (BAG, v. 1.0.2001 – 4 AZR 7/01, NZA 2002, 288). Maßgebend ist dabei in erster Linie der gewählte Wortlaut und der diesem zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille, wobei alle Umstände einzubeziehen sind, die dafür von Bedeutung sind, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat (Entstehungsgeschichte, Zweck, Interessenlage, vgl. BAG, v. 10.12.1992, AP ParteienG-DDR § 20 b Nr. 1).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die – damaligen – Arbeitsvertragsparteien auch bezüglich der Vergütung auf den jeweils gültigen (Gehalts-)Tarifvertrag für die Arbeitnehmer/innen des Einzelhandels in Rheinland-Pfalz verwiesen haben.

Im Einzelnen:

a) Zunächst haben die Vertragsschließenden in § 1 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages vereinbart, dass sich „die Arbeitsbedingungen“ u. a. nach den tariflichen Bestimmungen für die Arbeitnehmer/innen „im jeweils gültigen Tarifvertrag“ richten sollen. Entgegen der Auffassung des Beklagten erfolgte damit eine sog. dynamische Verweisung jedenfalls auf den – jeweils gültigen – (Mantel-)Tarifvertrag für die Arbeitnehmer/innen im Einzelhandel in Rheinland-Pfalz.

aa) Dem steht nicht entgegen, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag in § 1 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages nicht ausdrücklich benannt ist.

Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist grundsätzlich möglich. Sie muss aber insoweit bestimmt sein, dass erkennbar ist, ob überhaupt, auf welchen Tarifvertrag und ggf. auch auf welche Bestimmungen des Tarifvertrages verwiesen werden soll (BAG, v. 8.3.1995, EzA § 1 TVG Nr. 40). Dies ist ggf. im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln.

Zwar ist es den Arbeitsvertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich nicht verwehrt, arbeitsvertraglich auch einen branchenfremden Tarifvertrag zu vereinbaren. Da dies indes den Ausnahmefall darstellt, muss eine solche Bezugnahme eindeutig vereinbart sein. Dies ist hier nicht gegeben.

Der vorliegende Arbeitsvertrag enthält bereits keine Anhaltspunkte dafür, dass überhaupt ein branchenfremder Tarifvertrag in Bezug genommen werden sollte. Schon gar nicht ist ersichtlich, welcher Tarifvertrag dies vorliegend sein könnte. Hierzu trägt auch der Beklagte nichts vor.

## Tarifrecht

Damit gilt die Vermutung, dass im Zweifel eine Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifverträge, d. h. diejenigen, die gelten würden (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG), wenn beide Arbeitsvertragsparteien tarifgebunden wären, erfolgt (vgl. BAG, v. 13.11.2002 – 4 AZR 393/01, NZA 2003, 1039; LAG Frankfurt, v. 21.1.1992, NZA 1992, 840; LAG Berlin, v. 5.12.1994, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 20; DLW/Pfeiffer, H/Rz 193, 194).

2. Der Beklagte meint nun, da der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitsbedingungen (§ 1 Ziff. 2) einerseits und Vergütung (§ 2) andererseits unterscheide, beziehe sich die dynamische Verweisung in § 1 Ziff. 2 nicht auch auf die getroffene Vergütungsabrede; vielmehr sei in § 2 des Arbeitsvertrages eine „feste“ Vergütung i.H.v. 1.800 DM vereinbart worden.

Dies vermochte die Kammer aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

a) Unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Anspruch der Klägerin bereits wegen der dargestellten (ursprünglichen) Allgemeinverbindlichkeit der einschlägigen Tarifverträge besteht, hat das Arbeitsgericht nach Überzeugung der Kammer zu Recht angenommen, dass entgegen der Meinung des Beklagten keine „feste“ Vergütungsabrede in Höhe von 1.800 DM getroffen wurde, sondern auch insoweit eine dynamische Verweisung auf den jeweils gültigen Gehaltstarifvertrag vorliegt, obwohl in § 1 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages – im Singular – auf den jeweils gültigen Tarifvertrag verwiesen wird und die „Vergütung“ in § 2 des Arbeitsvertrages gesondert geregelt ist.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass der Begriff „Arbeitsbedingungen“ in § 1 Ziff. 2 des Arbeitsvertrages weit gefasst ist und damit grundsätzlich auch die Vergütung als wesentliche Arbeitsbedingung beinhaltet.

Zudem enthält der Arbeitsvertrag ausdrücklich die handschriftliche Ergänzung, die Grundvergütung von 1.800 DM entspreche der Tarifgruppe G 2/03 sowie bei der Frage nach dem Tarifgebiet den handschriftlichen Eintrag „Rheinland-Pfalz“.

Darin liegt die einzelvertraglich erfolgte Verweisung auf den einschlägigen Gehaltstarifvertrag. Auch dies zeigt, dass gerade keine tarifunabhängige Vergütung vereinbart wurde.

b) Entgegen der Meinung des Beklagten handelt es sich insoweit auch nicht um eine sog. statische Verweisung auf den einschlägigen (Gehalts-)Tarifvertrag nur in seiner konkreten Fassung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Eine solche Verweisung bedarf einer ausdrücklichen Klarstellung (BAG, v. 29.1.1991, AP BetrAVG § 18 Nr. 23). Im Zweifel gelten die Tarifverträge in ihrer jeweiligen Fassung.

Vorliegend fehlt es bereits an einem Hinweis auf eine konkrete Fassung des in Bezug genommenen Tarifvertrages.

Zudem weist das Arbeitsgericht zu Recht darauf hin, dass im Gegenteil der letzte Absatz des § 2 für eine dynamische Verweisung spricht. Dort ist nämlich vereinbart, dass übertarifliche Zulagen nur freiwillig gewährt werden und dass sie bei Tarifierhöhungen angerechnet werden können. Dies zeigt

deutlich die nicht nur statische, sondern auch in die Zukunft gerichtete Ausrichtung der Verweisung im Arbeitsvertrag.

Eine andere Auslegung der arbeitsvertraglichen Regelung ist auch nicht wegen der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses veranlasst. Aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass die in Rede stehenden Regelungen nur im Hinblick hierauf bzw. nur für die Dauer der Allgemeinverbindlichkeit bzw. einer eventuellen Nachwirkung getroffen wurden. Insbesondere beruft sich der Beklagte selbst hierauf nicht.

3. In einer Klagebeschränkung liegt regelmäßig eine teilweise Klagerücknahme, so dass grundsätzlich die Zustimmung des Beklagten nach § 269 Abs. 1, Abs. 2 ZPO nötig ist, die auch in einem konkludenten Verhalten liegen kann, z. B. in einer rügelosen Einlassung auf den ermäßigten Antrag (Zöller/Greger, 24. Aufl., § 264 Rz 4 a m. w. N.). Hiervon ist vorliegend bereits im Hinblick auf § 267 ZPO (analog) auszugehen. Hinzu kommt, dass zwischen allen Prozessbeteiligten Einvernehmen besteht, dass hinsichtlich des 1.446,04 EUR übersteigenden Betrages – was das Arbeitsgericht in aner kennenswerter Weise einräumt – ein bedauerlicher Fehler vorliegt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 21. Juni 2005, 11 Sa 805/04

### 86. Tarifliche Erhöhung der Unterrichtsstundenzahl für Lehrer, Auswirkung auf Altersteilzeitverhältnisse, Vergütung, Gleichbehandlung

1. Aus einem Vollzeitverhältnis eines angestellten Lehrers wird nicht deshalb ein Teilzeitverhältnis, weil sich aufgrund für das Arbeitsverhältnis maßgebender, tariflich vermittelter Vorgaben die wöchentliche Unterrichtspflichtstundenzahl erhöht.

2. Befindet sich der Lehrer in der so genannten Arbeitsphase der Altersteilzeit (Blockmodell) so erhöht sich auch für ihn die Unterrichtspflichtstundenzahl entsprechend, ohne dass dadurch das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis i.S.v. § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AltersteilzeitG in Frage gestellt wäre.

3. Es stellt einen unzulässigen einseitigen Eingriff in das Austauschverhältnis des Altersteilzeitvertrages dar, das Angebot eines solchen Lehrers, in entsprechend erhöhtem Umfang während der Arbeitsphase zu arbeiten, abzulehnen, zugleich aber einseitig eine entsprechende anteilige Kürzung der Vergütung vorzunehmen.

4. Kürzt der Arbeitgeber in dieser Weise die Vergütung bei Lehrern in der Arbeitsphase, nicht aber bei Lehrern, die sich bereits in der Freistellungsphase befinden, so liegt auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 2. März 2005, 7 (2) Sa 1139/04, Rev. eingelegt zum AZ 9 AZR 371/05



### 87. Kündigungsfristenregelung über Beschäftigungszeiten in § 11 Abs. 8 MTV für den Einzelhandel NRW in der Fassung vom 25.07.2003

Nach § 11 Abs 8 MTV Einzelhandel NRW i.d.F. vom 25. Juli 2003 richten sich Kündigungsfrist und -termin für vor dem 1. August 1993 begründete Arbeitsverhältnisse der Angestellten nach § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 (AngKSchG). Dabei sind die Beschäftigungszeiten bis zum Kündigungsausspruch zu berücksichtigen und nicht nur die Beschäftigungszeiten bis zum 1. August 1993.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15. Februar 2005, 9 (2) Sa 1090/04, Rev. zugel.

## Sonstiges

### 88. Arbeitnehmerüberlassung, Feststellung über Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, Rechtsschutzinteresse, Verwirkung

1. Ein Arbeitnehmer hat kein Feststellungsinteresse i. S.v. § 256 Abs. 1 ZPO auf Klärung, dass die von ihm geltend gemachte Dauer des Bestands eines Arbeitsverhältnisses gemäß Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG als Betriebszugehörigkeit i. S. der betrieblichen Versorgungsbedingungen des Entleihers gilt, wenn dieser ausdrücklich zugesteht, dass nach seiner Versorgungsordnung die Zeit, für die der Bestand des Arbeitsverhältnisses rechtskräftig nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG festgestellt wird, auch als Dienstzeit für die Altersversorgung zählt (einschränkend gegenüber BAG, v. 18.2.2003 – 3 AZR 160/02, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG).

2. Das Recht eines Arbeitnehmers, sich darauf zu berufen, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis nach Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu stehen, kann wie jedes andere Recht verirken (wie BAG, v. 30.1.1991 – 7 AZR 239/90, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 68; BAG, v. 19.3.2003 – 7 AZR 267/02, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG; einschränkend BAG, v. 18.2.2003 – 2 AZR 160/02, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 2. Juni 2005, 11 Sa 218/05, Rev. zugel.

### 89. Beweisverwertungsverbot für von Dritten maschinell erhobene Daten, Berufungsbegründung gegen Weiterbeschäftigungsurteil

1. „Kommt/Geht-Daten“ eines Arbeitnehmers, die von Dritten maschinell erfasst werden, ohne dass Betriebsrat und Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebes des Arbeitnehmers eine Betriebsvereinbarung über die Verwertung dieser Daten abgeschlossen haben, unterliegen einem Beweisverwertungsverbot.

Stehen andere Beweismittel als die von Dritten erhobenen Daten zum Beweis von Falschaufschreibungen des Arbeitnehmers nicht zur Verfügung, kann eine Kündigung des Ar-

beitsverhältnisses dieses Arbeitnehmers nicht damit begründet werden, er habe einen „Arbeitszeitbetrug“ begangen. Der die Falschaufschreibungen bestätigende, dafür aber Rechtfertigungsgründe anführende Vortrag des Arbeitnehmers im Prozess, der „hilfsweise“ erfolgt für den Fall, dass das Gericht ein Beweisverwertungsverbot für die von Dritten maschinell erhobenen Daten nicht anerkennen würde, darf ebenfalls nicht verwertet werden.

2. Eine Berufungsbegründung bezüglich eines erstinstanzlich ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsantrages ist für den Fall erforderlich, dass der Arbeitnehmer – wie in erster Instanz – auch in der Berufungsinstanz mit seiner Kündigungsschutzklage obsiegt, der Arbeitgeber aber auch für diesen Fall die erstinstanzliche Verurteilung zur Weiterbeschäftigung angreifen will.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 28. Juli 2005, 3 Sa 98/05, rkr.

### 90. Hauptsacheerledigung, Kostenentscheidung

Auch wenn erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung, aber vor Verkündung einer Entscheidung in der Sache übereinstimmende Erledigungserklärungen der Parteien vorliegen, ist nur noch gemäß § 91 a Abs. 1 ZPO über die Verteilung der Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 23. Juni 2005, 6 Sa 224/05

### 91. Prozesskostenhilfe, auswärtiger Rechtsanwalt, besondere Umstände

Der auswärtige Rechtsanwalt darf nur dann zu den Bedingungen eines ortsansässigen Rechtsanwalts beigeordnet werden, wenn besondere Umstände im Sinne des § 121 Abs. 4 ZPO nicht vorliegen (BGH, v. 23.6.2004, XII ZB 61/04).

Besondere Umstände im Sinne des § 121 Abs. 4 ZPO liegen hier jedoch vor. Besondere Umstände können in der Komplexität des Sachverhalts, der rechtlich schwierigen Prozesslage und der Rechtsunerfahrenheit des Antragstellers liegen (BGH, v. 23.6.2004, XII ZB 61/04). Der Antragsteller spricht türkisch und ist der deutschen Sprache nur begrenzt mächtig. Als Produktionshelfer, der seit über 30 Jahren bei der Beklagten beschäftigt ist, ist er im Hinblick auf Kündigungsschutzverfahren unerfahren. Besonderheiten im Verfahren ergeben sich hier zusätzlich, da der Kündigung ein Interessenausgleich mit Namensliste zugrunde liegt.

■ Arbeitsgericht Münster  
vom 29. August 2005, 5 Ca 1222/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Klemens Rütte, Marker Allee 48, 59063 Hamm, Tel.: 02381 / 134 34, Fax: 134 33; e-mail: info@rae-stallmeister.de; www.rae-stallmeister.de

## Sonstiges

### 92. Rechtsschutzversicherung, Vergleich, Deckungspflicht für nicht rechtshängige Gegenstände

„Bei der einverständlichen Erledigung eines Rechtsstreits durch einen Vergleich ist aber dessen Ausdehnung auf nicht rechtshängige Streitgegenstände häufig sachdienlich und allgemein üblich. Die Miterledigung anderer Streitpunkte schafft vielfach gerade erst die Grundlage für die Einigung über den bereits streitbefangenen Anspruch. (...) Dass zudem hinsichtlich der weiteren in die Erledigung einbezogenen Gegenstände bereits ein Verstoß i. S.d. § 4 Abs. 1 c ARB 94 vorliegt, also bereits ein konkreter Rechtsschutzanspruch gegeben sein müsste, erschließt sich dem Versicherungsnehmer dagegen aus § 5 Abs. 3 b ARB 94 nicht. Denn aus seiner Sicht zielt die einverständliche Regelung weiterer, im Zusammenhang mit dem unmittelbaren Streitgegenstand stehender Punkte gerade auch darauf, einen weiteren Verstoß und damit einen weiteren Rechtsschutzfall nicht eintreten zu lassen. Im vorliegenden Fall hätte die Beklagte für die im Vergleich miterledigten Fragen, wenn sie streitig geworden wären, im Rahmen des vereinbarten Arbeitsrechtsschutzes Deckung zu gewähren. Die getroffenen Vereinbarungen betreffen Rechtsfragen in engem Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, um die es im Ausgangsrechtsstreit ging, auch soweit der Vergleich die Erteilung eines wohlwollenden Zeugnisses für den Kläger oder die Rückgabe seines Generalschlüssels vorsieht. Von einer unnötigen Erhöhung der Kosten (vgl. § 17 Abs. 5 c, cc ARB 94) kann hier nicht die Rede sein.“

■ Bundesgerichtshof

vom 14. September 2005, IV ZR 145/04

eingereicht von Rechtsanwalt Andreas Rühl, Hauptstraße 45, 61231 Bad Nauheim, Tel. 06032/35179

### 93. Reisekosten für nicht am Gerichtssitz geschäftsanässigen Rechtsanwalt

Eine Partei ist auch unter Berücksichtigung des Kosteninteresses des Gegners in der Regel berechtigt, einen an ihrem Wohn- bzw. Geschäftssitz ansässigen Rechtsanwalt mit der Prozessführung zu betrauen (Anschluss an BGH, Beschluss vom 16.10.2002 – VIII ZB 30/02).

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 24. Juni 2005, 17 Ta 6031/05

### 94. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter mit Home-office

Das Arbeitsgericht Düsseldorf ist örtlich zuständig. Bei diesem ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO) gegeben, den der Kläger zulässigerweise gewählt hat (§ 35 ZPO).

Für den Außendienstmitarbeiter geht das BAG in gefestigter Rechtsprechung davon aus, dass der Erfüllungsort eines für die Bearbeitung eines größeren Bezirks angestellten Reisenden dessen Wohnsitz ist, wenn er von dort aus seine Reisetätigkeit ausübt. Dies gilt unabhängig davon, ob er täglich nach

Hause zurückkehrt und in welchem Umfang er vom Betrieb Anweisungen für die Gestaltung seiner Reisetätigkeit erhält (BAG, v. 10.7.1995 – 5 AS 12/95).

Maßgeblich ist, dass der Arbeitnehmer immer wieder an seinen Wohnort zurückkehrt und dort mit seiner Arbeitsleistung verbundene Leistungen wie Erstellungen der Berichte und die Korrespondenz mit Kunden erbringt (BAG, v. 12.6.1986 – 2 AZR 398/85). Das Gericht sieht – schon aus Gründen der Rechtssicherheit – keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung des BAG abzuweichen.

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG ist der einheitliche Erfüllungsort in Düsseldorf. Dort war das Home-Office des Klägers, das von der Beklagten für die Tätigkeit des Klägers eingerichtet worden war und von wo aus der Kläger seine Reisetätigkeiten vornahm. Die Tätigkeit des Klägers erfolgte auch in zeitlicher Hinsicht überwiegend von Düsseldorf aus. Dort hat er auch jedenfalls einen Wochentag tatsächlich gearbeitet. Der Schwerpunkt liegt daher in Düsseldorf.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf

vom 27. Juli 2005, 10 Ca 4466/05, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Heinz-Schmörle-Str. 12, 40227 Düsseldorf, Tel.: 0211 / 72 06 70, Fax: 72 06711; e-mail: wg@kanzlei-arbeitsrecht.de; www.kanzlei-arbeitsrecht.de

### 95. Örtliche Zuständigkeit und Rechtsweg, Prüfungsreihenfolge, rechtlicher Zusammenhang mit einer Widerklage, unbeachtlich rügelose Einlassung

1. Der Kläger war gemäß Dienstvertrag von 1998 bei der Beklagten in deren Zentrale als Leiter des Vertriebs tätig. Gleichzeitig war der Kläger in die Geschäftsleitung der X-GmbH (X.) berufen. Bei der X. war er bis April 2004 Geschäftsführer.

Im vorgenannten Dienstvertrag ist als Dienstsitz der Wohnsitz des Klägers vereinbart.

Der Kläger erhob gegen eine ihm unter dem 24.09.2004 erklärte außerordentliche Kündigung der Beklagten Feststellungsklage zum erkennenden Gericht. Die Beklagte begründet die erklärte außerordentliche Kündigung mit der Annahme von Schmiergeldzahlungen seitens des Klägers in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der X., hilfsweise mit dem Verdacht der Annahme derartiger Zahlungen. Mit Schriftsatz vom 15.12.2004 hat die Beklagte Widerklage wegen der behaupteten Schmiergeldzahlungen erhoben.

2. Das Verfahren war hinsichtlich der erhobenen Widerklage gemäß § 145 Abs. 2 ZPO abzutrennen, da der von der Beklagten und Widerklägerin erhobene Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch nicht in hinreichend rechtlichen Zusammenhang steht.

Ein Zusammenhang der Widerklage mit dem Klageanspruch ist vorhanden, wenn die geltend gemachten Forderungen auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind, beide also aus dem gleichen Rechtsverhältnis hervorgehen, ohne dass gerade die völlige Identität des unmittelbaren

Rechtsgrundes vorhanden sein muss. Ein rein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang genügt als solcher nicht (vgl. Zöller-Volkmer, ZPO, 25. Auflage § 33 Rn 15 m. w. N.). Ein solches gemeinsames Rechtsverhältnis ist vorliegend zwischen den Parteien bezogen auf die Widerklageforderung nicht gegeben.

Der Klage liegt das arbeitsvertragliche Rechtsverhältnis zwischen den Parteien gemäß dem Dienstvertrag von 1998 zugrunde. Daneben bestand das eigenständige Dienstverhältnis des Klägers zur (...), einer Rechtsperson mit Sitz in Österreich. Dabei ist auch zu beachten, dass der Kläger als dortiger Geschäftsführer im Sinne der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des § 5 Abs. 1 ArbGG nicht als Arbeitnehmer gilt. Jedenfalls bestand unstreitig kein *gemeinsames* Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten und der X. Anders formuliert, etwaige Ansprüche der X. gegenüber dem Kläger resultieren nicht aus den arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen dem Kläger und der Beklagten.

Ein gemeinsames Rechtsverhältnis wird auch nicht dadurch hergestellt, dass sich die Beklagte etwaige Ansprüche seitens der X. mit Einziehungsermächtigung datiert auf den 15.12.2004 zur Geltendmachung in gewillkürter Prozessstandschaft „übertragen“ ließ. Wesen der Einziehungsermächtigung ist gerade, dass – anders als bei einer Forderungsabtretung – der Einziehungsbefugte nicht Rechtsinhaber der Forderung wird. Damit wird aber kein materiell-rechtlicher Zusammenhang hergestellt, ein rein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang genügt wie oben dargestellt nicht.

Ein gemeinsames Rechtsverhältnis kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass die Beklagte als Kündigungsgrund die behaupteten Schmiergeldzahlungen an den Kläger als Geschäftsführer heranzieht. Durch diese außerhalb des Arbeitsverhältnisses des Klägers und der Beklagten liegenden Umstände wird kein gemeinsames Rechtsverhältnis begründet, es obliegt einerseits der eigenständigen Bewertung des erkennenden Gerichts ob die behaupteten Kündigungsgründe hinreichende kündigungrechtliche Relevanz haben und andererseits der eigenständigen Bewertung des örtlich und in der Folge dann vom Rechtsweg her zuständigen Gerichts, ob Zahlungsansprüche der X. gegenüber dem Kläger realisiert werden können.

3. Die örtliche Zuständigkeit ist auch nicht durch eine zunächst rügelose Einlassung des Klägers und Widerbeklagten gegeben (§ 39 ZPO), denn eine ausdrückliche Belehrung gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 504 ZPO ist nicht erfolgt, so dass die Wirkungen des § 39 Satz 1 ZPO nicht eintreten konnten.

4. Da die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für die Widerklage unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt gegeben ist, war die Frage der Zulässigkeit des gewählten Rechtswegs durch das auch insoweit örtlich unzuständige Arbeitsgericht nicht zu entscheiden.

Insoweit kann die Auffassung, dass zunächst über die Zulässigkeit des Rechtswegs und erst dann über die örtliche Zu-

ständigkeit entschieden werden müsse (vgl. *Germelmann*, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage, § 48 Rn 12) nicht geteilt werden, die von dieser Meinung gegebenen Begründung überzeugt nicht, denn die inhaltliche Prüfung der örtlichen Zuständigkeit erfolgt sowohl in der Arbeitsgerichtsbarkeit als auch in der Zivilgerichtsbarkeit entsprechend den Bestimmungen der §§ 12 ff. ZPO. Die verfahrensrechtlich unterschiedlichen Ausgangspunkte, § 48 Abs. 1 ArbGG, 17 ff. GVG einerseits und § 281 ZPO andererseits führen insoweit zu keinem abweichenden Ergebnis, da in beiden Fällen Entscheidungen zur örtlichen Zuständigkeit nicht rechtsmittelfähig sind.

Dem gegenüber fordert die Beachtung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), dass nicht ein örtlich jedenfalls unzuständiges Gericht über die substantiellere Frage des zulässigen Rechtswegs entscheidet.

#### ■ Arbeitsgericht München

vom 18. Oktober 2005, 35 Ca 16.449/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Dieter Straub, Brienner Str. 11, 80333 München, Tel.: 089/ 23807–135, Fax: 089 / 23807–170; e-mail: Gabriele.Layer@cms-hs.com; www.cms-hs.com

### 96. Rechtsweg, Praktikant

Das sich an die schulische Ausbildung anschließende Berufspraktikum für Erzieher im Lande Berlin, für das gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 Hs. 1 DVO-ErzG von der Praxisstelle mit dem Praktikanten ein schriftlicher Vertrag auf der Grundlage von § 19 BBiG abgeschlossen werden muss, ist ein Rechtsverhältnis privatrechtlicher Natur, weshalb für den Streit über die Erteilung eines Zeugnisses gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist.

#### ■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 18. November 2005, 6 Ta 2005/05

### 97. Stufenklage, Auskunftsstufe, Rangfolge des Kontrollrechts in § 87 c HGB

Zweifeln an der Richtigkeit der nach § 87 c Abs. 3 HGB erteilten Auskunft und die Überprüfung des Wahrheitsgehalts einer Auskunft kann nicht mit einer Klage auf Erteilung eines Buchauszugs begegnet werden bzw. erfolgen (OLG Frankfurt a.M., v. 13.12.1994 – 5 U 214/93, BB 1995, 271; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 2. Aufl., München 1999, § 87 c Rn 14). Hierfür stehen vielmehr die Ansprüche auf Bucheinsicht gemäß § 87 c Abs. 4 HGB und auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, die vorliegend bereits erteilt wurde, zur Verfügung (OLG Frankfurt a.M., a. a. O.; OLG Hamm, v. 14.9.2000 – 208 W 37/00, OLGR Hamm 2001, 55; *Koller/Roth/Morck*, a. a. O.). Das Handelsrecht sieht in § 87 c HGB eine feste Rangfolge der Kontrollrechte vor. Eine beliebige Änderung oder Koppelung dieser Rechte ist nicht möglich (*Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl., München 2000, § 87 c Rn 1).

#### ■ Arbeitsgericht Aachen

vom 3. August 2005, 6 Ca 505/03

## Sonstiges

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackerstraße 11, 52072 Aachen, Tel.: 0241 / 932 95 96, Fax: 932 95 97; e-mail: sparla-rechtsanwaelte@t-online.de; www.sparla-rechtsanwaelte.de

### 98. Vergleichswiderruf, Fristversäumnis, keine Wiedereinsetzung

Es bleibt dabei, dass die – auch unverschuldete – Fristversäumnis der Widerrufsfrist eines gerichtlichen Vergleiches nicht mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung korrigiert werden kann, es sei denn, die Parteien hätten die Anwendbarkeit der Wiedereinsetzungsvorschriften auf die Vergleichswiderrufsfrist vereinbart.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 1. August 2005, 6 Ta 128/04

### 99. Weiterbeschäftigungsanspruch, Zwangsvollstreckung, hinreichend bestimmter Tenor, Unmöglichkeit bei fehlerhafter Sozialauswahl, Streitwert der Vollstreckungsbeschwerde

1. Entgegen der Auffassung in der Beschwerdebegründung und des dort maßgeblich herangezogenen Leitsatzes des Urteils des Landesarbeitsgerichtes Köln vom 24.10.1995 (etwa in LAGE Nr. 36 zu § 888 ZPO; im Ergebnis ähnlich: Landesarbeitsgericht Nürnberg, v. 17.3.1993, LAGE Nr. 28 zu § 888 ZPO) ist die Zwangsvollstreckung aus dem Weiterbeschäftigungstitel unter Ziffer 2 des Endurteils vom 02.02.2005 nicht bereits deswegen unzulässig, weil es diesem Titel am für eine Zwangsvollstreckung erforderlichen bestimmten Inhalt fehlt – dieser damit nicht vollstreckbar wäre –, und eine Konkretisierung des Inhalts der Weiterbeschäftigungspflicht mit der klaren Trennung von Zwangsvollstreckungs- und Erkenntnisverfahren nicht vereinbar wäre.

Ein Titel, mit dem die beklagte Arbeitgeberin – wie hier – zur Weiterbeschäftigung „zu den bisherigen Bedingungen“ verurteilt worden ist, ist nach wohl überwiegender und zutreffender Auffassung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, auch der Beschwerdekammer, auch dann noch hinreichend bestimmt und damit vollstreckbar, wenn sich seine inhaltliche Bestimmtheit im Wege der Auslegung aus Tatbestand und Entscheidungsgründen des vollständigen, vollstreckbaren, Urteils ermitteln lässt (Was ausscheidet, wenn es sich lediglich – anders als hier – um eine zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zugestellte abgekürzte Ausfertigung handelt; so die bereits im herangezogenen Beschluss des LAG Köln, v. 24.10.1995, a. a. O., gleichzeitig zustimmend zitierten Entscheidungen.). Zwar verurteilt der Weiterbeschäftigungstitel unter Ziffer 2 des Endurteils vom 02.02.2005 die Beklagte zur Weiterbeschäftigung der Klägerin „zu den bisherigen Bedingungen“ – was aus sich heraus noch nicht ausreichend bestimmt und damit vollstreckbar ist. Jedoch ergibt sich eine hinreichende Bestimmbarkeit und damit Vollstreckbarkeit aus Tatbestand und vor allem Entscheidungsgründen dieses Urteils.

Dort ist im Zusammenhang mit der Frage der Einhaltung der Grundsätze der sozialen Auswahl, auf die die Entscheidung zur Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung maßgeblich abstellt, weiter ausgeführt, dass die Klägerin hinsichtlich ihres Berufes mit „Bürokauffrau“ bezeichnet und mit den Mitarbeitern der Anzeigenabteilung bzw. den Sekretärinnen/Assistentinnen vergleichbar ist.

Weiter ist hierzu ausgeführt, dass eine Einschränkung des Direktionsrechtes der Beklagten allein auf Aufgaben der Klägerin in der Abteilung Anzeigenproduktion nicht im Wege der Konkretisierung erfolgt sei.

2. Aus im Ergebnis den gleichen Gründen liegt deshalb auch keine Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung der Klägerin – als Bürokauffrau – vor.

Zwar verweist die Beschwerdebegründung wiederum im Ansatz zu Recht darauf, dass eine Zwangsvollstreckung gemäß § 888 ZPO aus einem Weiterbeschäftigungstitel jedenfalls nach verbreiteter Auffassung auch dann unzulässig ist, wenn die zu erzwingende Handlung, die Weiterbeschäftigung, dem Schuldner/Arbeitgeber, aus welchen Gründen auch immer, nicht (mehr) möglich ist (LAG Köln, v. 24.10.1995, a. a. O., m. w. N). Nach LAG Nürnberg (v. 19.4.2004, 6 Ta 71/04, offensichtlich n.v.), kann der Einwand der Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung nicht außerhalb des Berufungsverfahrens überhaupt geprüft werden.

Es kann nicht ohne besonderen Sachvortrag oder Anhaltspunkten im Sachverhalt sonst davon ausgegangen werden, dass es der Beklagten/Vollstreckungsschuldnerin nicht möglich sein sollte, die Klägerin/Vollstreckungsgläubigerin als Bürokauffrau/kaufmännische Angestellte anderweitig im Rahmen dieses Berufsbildes adäquat einzusetzen. Auch verweist der Nichtabhilfebeschluss des Arbeitsgerichtes München vom 13.7.2005 nachvollziehbar darauf, dass bei betriebsbedingten Kündigungen, die erstinstanzlich wegen fehlerhafter Sozialauswahl als unwirksam angesehen werden, ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung sonach praktisch eo ipso ausscheiden müsste – eine Rechtsansicht, die ersichtlich unvertretbar wäre.

3. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wurde in Höhe des vom Arbeitsgericht im angefochtenen Beschluss verhängten Zwangsgeldes (gerundet ein Bruttomonatsgehalt der Klägerin) festgesetzt.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 1. August 2005, 4 Ta 250/05

eingereicht von Rechtsanwalt Peter Lutz, Spretistraße 9 1/2, 85057 Ingolstadt, Tel.: 0841 / 879 70, Fax: 44426;

e-mail: Rae\_Fiedler\_Ingolstadt@t-online.de;

www.rechtsanwalt-fiedler.de

### 100. Widerrufsvergleich, Kosten der Zahlungsaufforderung vor Zustellung

1. Nach Ablauf der Widerrufsfrist kann der Schuldner sich durch Anfrage beim Gläubiger und beim Prozessgericht die



## Streitwert und Gebühren

Wirksamkeit des Vergleichs und damit die sofortige Fälligkeit der Forderung bestätigen lassen und alsbald die Zahlung leisten. Die Zustellung der vollstreckbaren Titelausfertigung ist nicht Voraussetzung für die Verpflichtung zur Zahlung.

2. Die Kosten eines Aufforderungsschreibens sind daher erstattungsfähig, da gleichzeitig ein Vollstreckungsauftrag mit gleichzeitiger Zustellung den Beginn der Zwangsvollstreckung ermöglicht hätte.

3. Eine Ausgleichsklausel in einem Vergleich regelt das Verhältnis der gegeneinander streitenden Parteien. Soll sie auch andere Ansprüche erfassen, z. B. die von Streitgenossen untereinander, muss dies unmissverständlich klargestellt werden.

■ Amtsgericht Siegburg

vom 1. November 2005, 36 M 0173/05

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann, Bonner Straße 158-160, 53757 Sankt Augustin, Tel.: 02241 / 21012, Fax: 21568; e-mail: heinecoll@aol.com

### 101. Wiedereinsetzung, Anwaltsverschulden, Streitlosstellung eines Arbeitnehmeranspruchs, fehlerhafter (zu niedriger) Antrag zur Höhe der Verzugszinsen ist nicht auslegungsfähig

1. Wird die Berufungsbegründungsschrift vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist beim Arbeitsgericht eingereicht, ist die Frist nur dann gewahrt, wenn der Schriftsatz rechtzeitig vor Fristablauf beim Berufungsgericht eingeht.

2. Beruht die Einreichung beim Arbeitsgericht darauf, dass eine sonst zuverlässige Kanzleimitarbeiterin versehentlich die Faxnummer des Arbeitsgerichts (statt des Landesarbeitsgerichts) eingegeben hat, und hatte der Prozessvertreter seiner Mitarbeiterin die Weisung gegeben, bei Fax-Sendungen den ordnungsgemäßen Zugang zu überprüfen, ist Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zu gewähren.

3. Teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit, dass er „die Lohnzahlungspflicht korrigieren (werde)“, kann diese Erklärung dahin ausgelegt werden, dass der Arbeitgeber sämtliche noch offene Lohnansprüche, die der Höhe nach unstrittig sind, anerkennt. Ausschlussfristen sind dann vom Arbeitnehmer nicht einzuhalten.

4. Werden Zinsen in Höhe von „5 % über dem Basiszinssatz“ verlangt, können Zinsen nur in dieser Höhe zugesprochen werden (und nicht in Höhe der wesentlichen höheren in § 288 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehenen „5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz“).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 10. Mai 2005, 7 Sa 622/04

#### Anmerkung:

Ebenso häufig, wie der Antrag zu den Verzugszinsen falsch gestellt wird, weist das Gericht auf die „richtige“ Antragstellung hin. Das ist ein Befangenheitsgrund! (me)

### 102. Rechtsanwalt, Schadenersatzpflicht, keine Pflicht des Anwalts, nicht streitige Gegenstände rechtshängig zu machen

Dem Beklagten steht kein Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag zu, weil der Kläger die Gegenstände aus dem Mehrvergleich nicht im Wege der Klageerweiterung rechtshängig gemacht hat. Hierin ist eine Pflichtverletzung aus dem Anwaltsvertrag nicht begründet. Zum einen beinhalten die Gegenstände aus dem Mehrvergleich teilweise Verpflichtungen des Beklagten, die naturgemäß nicht durch den Beklagten hätten eingeklagt werden können. Für die übrigen, den ehemaligen Arbeitgeber des Beklagten betreffenden Gegenstände hat der Kläger in ordnungsgemäßer Ausübung seiner Pflichten aus dem Anwaltsvertrag zu Recht keine Klage erhoben. Es gehört zu den Pflichten und Aufgaben eines Rechtsanwaltes die Gegenstände rechtshängig zu machen, die streitig sind. Er ist nicht verpflichtet und grundsätzlich auch nicht beauftragt, nicht streitige Gegenstände rechtshängig zu machen. Zumal die nach dem Vorbringen des Beklagten unstrittigen Gegenstände u. a. auch die Prozessgebühr erhöht hätten. Eine Deckungszusage für nichtstreitige Gegenstände hätte die Versicherung voraussichtlich nicht erteilt. Der Beklagte wäre mit diesen Mehrkosten belastet gewesen, was nicht in seinem Interesse gewesen wäre. Darüber hinaus wäre eine Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresse unzulässig gewesen, bei einer Leistungsklage – ohne Deckungszusage – wäre der Beklagte im Falle eines sofortigen Anerkenntnisses mit einem Kostenrisiko belastet gewesen.

■ Amtsgericht Bad Schwartau

vom 20. Oktober 2004, 3 C 335/04, rkr.

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

## Streitwert und Gebühren

### 103. Streitwert, Altersteilzeitverlangen, teilweise Leistungsbereitschaft des Arbeitgebers

Der Streit der Parteien über die Verpflichtung der Beklagten, mit der Klägerin einen Altersteilzeitvertrag im Blockmodell abzuschließen, ist in gleicher Weise wie ein Änderungsschutzverfahren zu bewerten (LAG Berlin, v. 03.04.2001 – 17 Ta (Kost) 6051/01). Danach bestimmt sich der Streitwert nach dem Wert der dreijährigen Vergütungsdifferenz, wobei jedoch das für die Bewertung von Bestandsstreitigkeiten maßgebende Vierteljahresentgelt (§ 42 Abs. 4 Satz 1 GKG) nicht überschritten werden darf. Im vorliegenden Fall übersteigt die dreijährige Vergütungsdifferenz das Vierteljahresentgelt; letzteres ist daher für die Streitwertfestsetzung maßgebend. Dass die

## Streitwert und Gebühren

Beklagte Altersteilzeit im Teilzeitmodell gewähren wollte, ist demgegenüber ohne Belang, weil die Klägerin eine derartige Gewährung von Altersteilzeit nicht – auch nicht hilfsweise – gefordert hat. Vielmehr haben die Parteien ausschließlich darüber gestritten, ob die Klägerin ihre Arbeitsleistung wie bisher oder im Zusammenhang mit einer Altersteilzeit im Blockmodell zu erbringen hat; dies rechtfertigt die genannte Streitwertfestsetzung.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 26. September 2005, 17 Ta (Kost) 6059/05

eingereicht von Frau Rechtsfachwirtin D. Dralle, Fritschestraße 62, 10627 Berlin

Tel.: 030/465 20 71, Fax: 461 21 79

### 104. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere personelle Einzelmaßnahmen

1. Nach der ständigen Entscheidungspraxis des Hessischen Landesarbeitsgerichts (Beschluss v. 6.1.2000 – 5 Ta 630/99 – Juris) ist ein Antrag gemäß § 100 BetrVG gesondert neben dem Antrag gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG grundsätzlich ebenfalls mit dem Ausgangswert des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG zu bewerten.

Die Frage, ob eine personelle Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, ist nicht die gleiche wie die – daneben zu beantwortende – Frage, ob Zustimmungsverweigerungsgründe im Sinne des § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegen. Die Gleichwertigkeit der mitbestimmungsrechtlichen Bedeutung eines Antrages gemäß § 100 BetrVG mit einem Antrag gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG zeigt sich in der Regelung des § 101 BetrVG.

2. Das Arbeitsgericht hat den Gegenstandswert für 17 Anträge gemäß § 99 BetrVG jeweils 4.000,00 Euro zu Grunde gelegt und zwar unabhängig von der Zahl der von diesen Anträgen betroffenen personellen Einzelmaßnahmen. Ebenso ist es hinsichtlich der Anträge gemäß § 100 BetrVG verfahren. Von der sich ergebenden Summe von 132.000,00 Euro hat es einen 25-prozentigen Abschlag abgezogen und ist so auf den festgesetzten Wert gekommen. Zur Begründung seiner Vorgehensweise hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass es dem „Massencharakter des Verfahrens“ in der Weise Rechnung getragen habe, dass für jeden Antrag trotz der bis zu acht betroffenen Arbeitnehmer nur der einfache Ausgangswert von 4.000,00 Euro zu Grunde gelegt und ein Abschlag von 1/4 vorgenommen worden sei.

Damit ist das Arbeitsgericht dem Umstand gerecht geworden, das sich mit einer Vielzahl von im Wesentlichen gleich gelagerten personellen Einzelmaßnahmen zu befassen hatte.

Nach der ständigen Entscheidungspraxis der Beschwerdekammer ist grundsätzlich in solchen Fällen für jeweils vier bis fünf der parallel liegenden Sachverhalte der Ausgangswert des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG einmal festzusetzen (beispielsweise Beschluss v. 21.12.2004 – 5 Ta 677/04). Dies hätte im vor-

liegenden Verfahren zu einer Gegenstandswertfestsetzung in Höhe von 200.000,00 Euro geführt.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht aufgrund der Besonderheiten des Ausgangsverfahrens seinen hiervon abweichenden Weg gewählt. Der Gesamtzusammenhang der jeweils nur relativ kurzfristig beabsichtigten und vorläufig durchgeführten befristeten Einstellungen der Leiharbeitnehmer rechtfertigt es auch nach Auffassung der Beschwerdekammer, den „Mengenrabatt“ zu erhöhen.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin und Arbeitgeberin verkennen dagegen, dass die Gegenstandswertfestsetzung sich nicht nur am konkreten Arbeitsaufwand (eines) der Verfahrensbevollmächtigten zu orientieren hat. Die „Lage des Falles“ im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG, nach der sich eine Erhöhung oder Absenkung des Ausgangswertes von 4.000,00 Euro zu richten hat, wird gekennzeichnet durch die Bedeutung der Sache für die Beteiligten in betriebsverfassungsrechtlicher und/oder wirtschaftlicher Hinsicht sowie durch den Umfang und die Schwierigkeit der Sache in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Mag daher der konkrete Arbeitsaufwand jedenfalls für einen der beiden Verfahrensbevollmächtigten sich in engen Grenzen gehalten haben, so bleibt doch die betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung der Streitigkeit ganz erheblich. Dies ergibt sich bereits aus der sich über ein halbes Jahr hinziehenden ständigen Antragserweiterung. Die von der Arbeitgeberin bezweifelte Berechtigung der Zustimmungsverweigerungen seitens des Betriebsrates hat schließlich keinen Einfluss auf die Festsetzung der Höhe des Gegenstandswertes.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 4. November 2005, 5 Ta 533/05

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/262 64, Fax: 254 61

### 105. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere kurzzeitige personelle Einzelmaßnahmen

Bei der Festsetzung des Gegenstandswertes mehrerer in einem Verfahren beantragter Zustimmungsersetzungen gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG und Feststellungen gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG sind die wirtschaftlichen Auswirkungen und verfahrensrechtlichen Besonderheiten ausreichend zu berücksichtigen. Dies führt bei nur kurzzeitigen personellen Einzelmaßnahmen zu einer deutlichen Reduzierung des Hilfswertes in § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG pro Einzelmaßnahme (bis zu 1/8 bzw. 1/16).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 21. Juli 2005, 9 Ta 137/05

### 106. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahme, einstweilige Verfügung

Streiten die Betriebsparteien über die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung eines Mitarbeiters, so entspricht der Wert des Verfahrens auch im einstweiligen Rechtsschutz dem

Wert des Streits um den Bestand eines Arbeitsverhältnisses, mithin regelmäßig dem 1/4 Jahreseinkommen.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 5. Dezember 2005, 13 TaBV 158/05

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231 / 76 08 – 0, Fax: 76 08 76; e-mail: info@kdanwalt.de

### 107. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Sozialplan, vermögensrechtlicher Gegenstand

1. Im zugrunde liegenden Fall war der Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit vermögensrechtlicher Art. Davon ist nicht nur auszugehen, wenn das Interesse, das mit der Anfechtung eines Sozialplans verfolgt wird, in der Beseitigung einer für den Arbeitgeber unakzeptablen finanziellen Belastung liegt (vgl. dazu: BAG, v. 9.11.2004 – 1 ABR 11/02 (A), zu 6 der Gründe). Ein vermögensrechtlicher Gegenstand der anwaltlichen Tätigkeit liegt ebenso dann vor, wenn das vom Betriebsrat mit der Anfechtung des Sozialplans verfolgte Interesse in der Erhöhung der finanziellen Ausstattung liegt. Auch dann geht es um Interessen wirtschaftlicher Art und nicht etwa um Fragen der Reichweite betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte des Betriebsrats, die regelmäßig nichtvermögensrechtliche Gegenstände anwaltlicher Tätigkeit darstellen.

2. Für die anwaltliche Tätigkeit in einem Beschlussverfahren über die Anfechtung eines Sozialplans wegen Überdotierung hat der Senat allerdings einen feststehenden Gegenstandswert angenommen (BAG, v. 9.11.2004, 1 ABR 11/02 (A), zu 7. der Gründe).

Wird ein Sozialplan wegen zu geringer finanzieller Ausstattung angefochten, gilt dies nicht gleichermaßen. Zwischen beiden Fällen bestehen grundlegende strukturelle Unterschiede.

Bei einer Anfechtung wegen Überdotierung kann der Wert der anwaltlichen Tätigkeit den Wert des tatsächlich beschlossenen Sozialplanvolumens in keinem Fall übersteigen. In einem solchen Verfahren stellt sich nur die Frage, um welchen für den Arbeitgeber äußerstenfalls akzeptablen Betrag der Wert geringer ausfällt. Der Arbeitgeber wird dabei regelmäßig einen Betrag nennen, der seiner tatsächlichen Abschlussbereitschaft entspricht.

Bei der Anfechtung wegen angeblicher Unterdotierung fehlt es an einer feststehenden äußersten Grenze des Werts der anwaltlichen Tätigkeit. An die Stelle des objektiven Höchstwerts tritt der Wert des subjektiven Dotierungsverlangens des Betriebsrats.

Die Angaben des Betriebsrats über ein für ihn akzeptables Volumen des Sozialplans sind folglich als Grundlage für die Bemessung des Werts der anwaltlichen Tätigkeit nicht in gleicher Weise geeignet wie die des Arbeitgebers. Aus diesem Grund kann die Differenz zwischen dem Volumen des tatsächlich beschlossenen Sozialplans und demjenigen, welches der vom Betriebsrat geäußerten Dotierungsforderung entspricht,

nicht als der „feststehende“ Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit angesehen werden.

Der Wert des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit in gerichtlichen Verfahren über die Anfechtung des Sozialplans wegen angeblicher Unterdotierung ist damit gem. § 8 Abs. 2 Satz 2 1. Halbs. BRAGO nach billigem Ermessen zu bestimmen. Das Ermessen kann zumindest im Streitfall nicht durch Schätzung ausgeübt werden. Für diese gibt es keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte i. S.v. § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. BRAGO.

Kann billiges Ermessen bei der Ermittlung des Werts eines vermögensrechtlichen Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit nicht im Wege der Schätzung ausgeübt werden, sind die sonstigen Umstände des Einzelfalls heranzuziehen.

Danach erscheint hier die Annahme des Höchstwerts des § 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. BRAGO angemessen. Der tatsächlich beschlossene Sozialplan hatte ein Finanzvolumen von 2,6 Mio. DM. Der Betriebsrat hat nach seinem Vorbringen versucht, ein Volumen von 6,7 Mio. DM zu erreichen. Auch wenn zugunsten der Arbeitgeberin unterstellt wird, dass der Betriebsrat auf diesem um mehr als das Zweieinhalbfache höheren Betrag nicht wirklich bestanden hätte, so kann doch angesichts der in Rede stehenden Dimensionen nicht angenommen werden, dass er selbst mit einer Erhöhung des Sozialplanvolumens um weniger als den gesetzlichen Höchstbetrag des Gegenstandswerts von mittlerweile 500.000,00 Euro einverstanden gewesen wäre.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 20. Juli 2005, 1 ABR 23/03 (A)

eingereicht von Rechtsanwältin Dorothea Goergens, Koppel 78, 20099 Hamburg, Tel.: 040/24 98 36, Fax: 380 18 06

### 108. Streitwert, Freistellungsvereinbarung im Vergleich ohne Wert

Im Hinblick auf die im Vergleich vom 20.12.2004 vereinbarte Freistellung für die Restlaufzeit der Kündigungsfrist kommt eine Erhöhung des Vergleichsstreitwerts nicht in Betracht. Es handelt sich bei der Freistellung des Klägers von der Arbeitsleistung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses um ein typisches Element der Einigung in einem Kündigungsschutzverfahren, vergleichbar mit der Regelung über bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses auflaufende Arbeitsvergütung und die (Rest-)Urlaubsansprüche der klagenden Partei. All diese reinen Abwicklungsmodalitäten werden nach dem sozialpolitischen Zweck des § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG a.F. von der Einigung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, soweit die Ansprüche nicht anderweitig rechtshängig sind, wertmäßig mit umfasst (vgl. *Wenzel*, Anm. zu LAGE § 12 ArbGG Streitwert Nr. 104). Wirkt sich schon die Vereinbarung von oft hohen Abfindungen, über die ebenso oft erbittert gestritten wird, nicht streitwerterhöhend aus, muss dies erst Recht für reine Abwicklungsregelungen gelten.

## Streitwert und Gebühren

■ Landesarbeitsgericht Hamm  
vom 10. August 2005, 9 Ta 222/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltke-  
straße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231 / 76 08 – 0, Fax: 76 08 76,  
e-mail: info@kdanwalt.de

### 109. Streitwert, Freistellungsvereinbarung im Vergleich

Bei der im Vergleich geregelten Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.9.2005 bedeutet die Freistellung ein Abweichen von dem Normalfall, dass die Arbeitsleistung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zu erbringen ist. Damit haben die Parteien etwas geregelt, was über den Gegenstand des Kündigungsschutzantrags hinausgeht und eigens zu bewerten ist. Auch der soziale Schutzzweck des § 42 Abs. 4 GKG steht einer gesonderten Bewertung der Freistellungsvereinbarung nicht entgegen, denn sie ist nicht typischer Inhalt eines Vergleichs in einem Kündigungsschutzverfahren.

Die Bewertung der Freistellungsvereinbarung mit einem Monatsgehalt ergibt sich aus einem Vergleich mit der Bewertung eines Beschäftigungs- bzw. Weiterbeschäftigungsantrags. Bei der Bewertung solcher Anträge ist die Entscheidung des Gesetzgebers in § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG zu berücksichtigen. Die Beschäftigungspflicht stellt nämlich nur einen Teil der aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Rechte und Pflichten dar und ist daher mit einem niedrigeren Wert als die Bestandsstreitigkeit zu bewerten. Das Landesarbeitsgericht München bewertet einen Beschäftigungsanspruch regelmäßig mit einem Bruttomonatsgehalt. Bei der Freistellung von der Beschäftigungspflicht handelt es sich um das Gegenteil der Beschäftigung. Deshalb kann die Freistellung von der Beschäftigungspflicht jedenfalls nicht höher bewertet werden als die Beschäftigungspflicht selbst (ähnlich LAG Nürnberg v. 14.7.2002 – 6 Ta 2/04, zitiert nach *Juris*; *Koch*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, § 12 ArbGG Rn 28).

■ Landesarbeitsgericht München  
vom 12. September 2005, 2 Ta 337/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Zahn, LL.M., Budapest-  
er Straße 40, 10787 Berlin, Tel.: 030/254 591 – 70, Fax: – 66;  
e-mail: u.koehler@advocati.de; www.advocati.de

### 110. Streitwert, Kündigungsschutzantrag, Auslegung, Bewertung von Vergütungsforderungen, die vor Ablauf der Kündigungsfrist fällig wurden

1. Bei der Bestimmung des Streitwerts einer Kündigungsschutzklage ist zwar von dem Klagantrag auszugehen, jedoch ist die Begründung dieses Klagantrags für die Ermittlung des Ziels der Klage mit heranzuziehen.

Die Klägerin hat mit der Klage ganz offensichtlich lediglich das Ziel „Einhaltung der Kündigungsfrist gemäß § 622 Abs. 1 BGB“ verfolgt. Dies ergibt sich aus dem ersten Satz auf Seite 3 der Klagschrift, in dem es heißt: „Gemäß § 622 Abs. 1 BGB ist demnach eine Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats möglich.“

Die Kündigung, die am 02.04.2005 zugeht, konnte das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2005 beenden. Das Interesse der Klägerin an einer Entscheidung beschränkt sich deshalb auf diesen Zeitraum. Mit einem Monatsgehalt ist deshalb dieser Antrag zu bewerten.

2. Sinn und Zweck des § 42 GKG ist, wie sich aus der Überschrift und den geregelten Tatbeständen mit Ausnahme der Regelung über das Kündigungsschutzverfahren und die dort geregelte streitwertmäßige Berücksichtigung der Abfindung ergibt, rückständige Beträge, die von der zu treffenden Entscheidung abhängen, außer Betracht zu lassen. § 42 Abs. 5 Satz 1 2. Halbs. GKG bezieht sich nicht auf Annahmeverzugsansprüche, die vor der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses entstanden sind.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 25. August 2005, 3 Ta 39/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Eckhart Schneider, Söge-  
straße 18/20, 28195 Bremen, Tel.: 0421/ 32 18 91, Fax: 14 581

#### Anmerkung:

Die Entscheidung ist stark gekürzt. Wer in die Debatte über die eingeschränkte Bedeutung von § 42 (5) Satz 1 2. Halbs. GKG eintreten will/muss, sollte sie in der vollständigen Fassung abrufen. (*me*)

### 111. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, vergleichsweise Verlängerung der Kündigungsfrist

Zwar wirkt eine Verlängerung der Kündigungsfrist grundsätzlich nicht werterhöhend (soweit im Beschluss des LAG, v. 26.5.1995 – 6 Ta 170/95 – eine andere Ansicht vertreten wird, wird hieran nicht festgehalten). Doch diente hier die Verlängerung der Kündigungsfrist unstreitig primär der Sicherstellung der Unverfallbarkeit der betrieblichen Altersversorgung, und dieses wirtschaftliche Interesse ist hier gesondert zu berücksichtigen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 5. September 2005, 15 Ta 280/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße  
30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

### 112. Streitwert, Kündigung einer Schwerbehinderten, verwaltungsrechtliches Zustimmungsverfahren

Die Vorschrift des § 42 Abs. 4 GKG in der derzeitigen Fassung, wonach für die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten über die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgeltes maßgebend ist, bietet keinen Anhaltspunkt für den Wert des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wegen der Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung des Schwerbehinderten, weil Streitgegenstand und auch Prüfungsumfang beider Verfahren unterschiedlich sind (vgl. Senatsbeschluss, vom 10.8.2004 – 9 C 04.1528). Bei der Zulassung der Kündigung steht die Frage im Vordergrund, ob ein



kausaler Zusammenhang zwischen der (Schwer-)Behinderung und dem im Antrag bezeichneten Kündigungsgrund besteht. Ist dies nicht der Fall, so soll die Zustimmung grundsätzlich erteilt werden (§ 91 Abs. 4 SGB IX). Bei einer auf der Grundlage des § 91 Abs. 1 SGB IX zu treffenden Ermessensentscheidung sind bei der Abwägung der maßgeblichen Aspekte die widerstreitenden Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes einerseits und des Arbeitgebers am Bestand seiner Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Betriebsführung andererseits zu würdigen. Aus diesem Grunde kann die Sicht nicht nur auf Belange des Arbeitnehmers beschränkt werden.

Die Rechtsmeinung des Senats, in Verfahren wegen der Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung des Schwerbehinderten den Regelstreitwert anzunehmen und nicht auf die Entlohnung im konkreten Einzelfall abzustellen, entspricht nicht zuletzt den Grundlagen und der Zielsetzung des Schwerbehindertenrechts, das vom Gedanken der Notwendigkeit besonderer Schutzmaßnahmen für Schwerbehinderte getragen wird. So ist es eine Zielvorstellung des Gesetzgebers, diesem Personenkreis in Beruf und Gesellschaft Chancen zu eröffnen, wie etwa durch die Förderung der Eingliederung und die Gewährung von Leistungen und Hilfen, um Schwerbehinderte zu gleichwertigen und gleichgeachteten Mitbürgern zu machen (vgl. hierzu §§ 68 ff. SGB IX). Der Zweck des besonderen Kündigungsschutzes stellt sich als Ausdruck öffentlich-rechtlicher Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staat und zugleich als im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bestehender privatrechtlicher Treue- und Fürsorgepflicht gegenüber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer dar, die letzterem ein subjektives einklagbares Recht verleiht. Diese dem Kündigungsschutz zugrunde liegende besondere Verpflichtung lässt die arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Frage, ob die ausgesprochene Kündigung Wirksamkeit erlangt, unberührt. Aus diesem Grunde unterscheidet sich der Prüfungsumfang im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wegen der Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung des Schwerbehinderten wesentlich von demjenigen, der im arbeitsgerichtlichen Verfahren wegen der Kündigungsschutzklage zu beachten ist. Deshalb ist es wegen des in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (a. a. O.) aufgezeigten sozialen Bezugs gerechtfertigt, den Auffangstreitwert – hier noch nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG a.F. – anzusetzen.

■ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof vom 16. September 2005, 9 C 05.1972 eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München, Tel.: 089 / 544 14 60, Fax: 544 14 666; e-mail: schaeder@schaeder.de; www.schaeder.de

#### Anmerkung des Einreichers:

Leider ist der Senat nicht der ausführlichen Begründung gefolgt, dass der Gegenstandswert tatsächlich nach dem Interesse der beteiligten Parteien zu bemessen ist. Das Interesse an

einer Verhinderung einer Kündigung ist sicherlich wesentlich höher als der Auffangwert festzusetzen. Daher könnte eine Anlehnung an § 42 Abs. 4 GKG mit dem dreifachen Bruttomonatsgehalt erfolgen. Dies hat auch der Hessische VGH im Urteil vom 23.12.1987, Anwaltsblatt 1988, 488 entsprechend festgesetzt.

#### 113. Streitwert, Personalvertretungssache, Auffangwert für Schulungsteilnahme

Es entspricht der Rechtsprechung des Fachsenats für Personalvertretungssachen (Bund), dass auch bei einem auf die Feststellung der Verpflichtung des Dienstherrn zur Freistellung eines Mitglieds des Personalrats bzw. des/der Vorsitzenden des Personalrats für die Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung unter Fortzahlung der Bezüge und Erstattung der Kosten gerichteten Begehren der „Auffangwert“ (gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG jetzt 4.000,00 €) zugrunde zu legen ist (vgl. Beschluss vom 11.12.2002 – 21 TE 633/02 –).

■ Hessischer Verwaltungsgerichtshof vom 18. Oktober 2005, 21 TE 2540/05 eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151 / 262 64, Fax: 254 61

#### 114. Streitwert, Versetzung

1. Der Streit der Parteien über die Wirksamkeit der Versetzung des Klägers ist gemäß § 23 Abs. 1 RVG, § 48 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO nach freiem Ermessen des Gerichts. Dabei ist es nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammer regelmäßig angemessen, einen Wert in Höhe einer Bruttomonatsvergütung festzusetzen; eine höhere Bewertung ist möglich, sofern dies durch besondere Umstände gerechtfertigt ist (LAG Berlin, v. 9.5.2001 – 17 Ta (Kost) 6076/01).

2. Der Kläger verliert durch die Versetzung nicht nur die Möglichkeit, im Personalrat mitzuwirken, sondern er kommt auch nicht in den Genuss des besonderen Kündigungsschutzes der § 15 Abs. 2 KSchG, § 108 BPersVG sowie des Schutzes gegen Versetzungen und Abordnungen nach § 44 PersVG Berlin. Diese Umstände rechtfertigen eine Erhöhung des Streitwertes. Auch wenn das beklagte Land derzeit keine betriebsbedingten Kündigungen ausspricht, so bleibt gegenüber dem Kläger doch eine ordentliche Kündigung aus sonstigen Gründen möglich; auch kann er sich in geringerem Maße gegen eine Änderung seiner Tätigkeit zur Wehr setzen.

3. Im Hinblick darauf, dass sich die sonstigen Arbeitsbedingungen des Klägers nicht ändern, ist die Streitigkeit jedoch mit zwei Bruttomonatsverdiensten angemessen bewertet.

■ Landesarbeitsgericht Berlin vom 2. November 2005, 17 Ta (Kost) 6070/05 eingereicht von Frau Rechtsfachwirtin D. Dralle, Fritschestraße 62, 10627 Berlin, Tel.: 030/465 20 71, Fax: 461 21 79

#### Anmerkung:

Aus Ziffer 3 wird deutlich: Der Streitwert wäre noch höher

## Streitwert und Gebühren

festgesetzt worden, hätten sich auch sonstige Arbeitsbedingungen geändert. (*me*)

### 115. Streitwert, Zeugnis, Herausgabe der Arbeitspapiere

1. Zutreffend berufen sich die Beschwerdeführer darauf, der wesentliche Inhalt des Zeugnisses (Bewertung der Leistung und der Führung des Klägers) sei verbindlich mitgeregelt worden. Dies rechtfertigt den Ansatz eines halben Monatsentgelts (vgl. GK-ArbGG/ *Wenzel*, § 12 Rn 361 m. w. N.).

2. Erfolg hat die Beschwerde auch im Hinblick auf die Bewertung der übernommenen Verpflichtung, die Arbeitspapiere auszufüllen und herauszugeben (Nr. 6 des Vergleichs). Insoweit erscheint der Ansatz von € 150,00 je Arbeitspapier angemessen (vgl. GK-ArbGG/ *Wenzel*, a.a.O.).

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 7. September 2005, 9 Ta 77/05

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda, Von-Geismar-Str. 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/918 77 0, Fax: 918 77 77; e-mail: info@sozietat-quast.de; www.sozietat-quast.de

### 116. Streitwert, Zwischenzeugnis, Schätzung nach § 3 ZPO

Für die Bewertung des Antrags auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses kommt es nach § 3 ZPO auf die Umstände des Einzelfalls an. Soweit seine Prozessbevollmächtigten einen Wert „ein Bruttomonatsgehalt“, das hier 12.000,00 EUR beträgt, genannt haben, gehen sie von einer diesseits für unzulässig erachteten Handhabung aus, wonach alle möglichen unbezifferten Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Betrag eines Monatsgehalts zu bewerten wären.

Es ist die Stellung des Klägers als Prokurist und Vertriebsleiter und das daraus folgende Interesse an einer weiteren gleichwertigen Stellung zu berücksichtigen. Es darf davon ausgegangen werden, dass in dieser Ebene bei Bewerbungen auf Zeugnisse großer Wert gelegt wird. Denn es handelt sich um ganz hervorgehobene Positionen in einem Unternehmen; für die sämtliche Erkenntnisquellen ausgeschöpft zu werden pflegen. Ohne Vorlage eines – angemessenen – Zeugnisses braucht sich der Kläger gar nicht erst zu bewerben. Diese besonderen Umstände führen zu einem eminenten wirtschaftlichen Interesse des Klägers an der alsbaldigen Aushändigung des Zeugnisses, um seine Bewerbungen vornehmen zu können. Dieses Interesse wird im Rahmen des § 3 ZPO auf 20.000,00 EUR geschätzt, denn aus der Sicht des Klägers hat das Zeugnis entscheidenden Einfluss auf die weiteren beruflichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und Entwicklungen in der Zukunft. Diese Erwartungen sind auch objektiv nicht von der Hand zu weisen.

Der Antrag auf Erteilung eines Endzeugnisses ist lediglich hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellt. Der Kläger hat demnach den Anspruch nur für den Fall erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet wird. Ob damit ein Fall der wirtschaftlichen Identität im Sinne des § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG vorliegt

(wenn sich die Ansprüche gegenseitig ausschließen), kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls besteht wirtschaftliche Identität im Hinblick auf eine erforderliche teleologische Reduktion des § 5 ZPO und jetzt auch des § 39 GKG mit dem Wert des Zwischenzeugnisses, da beide Zeugnisse für den Kläger dieselbe Funktion und dieselbe Bedeutung haben. Das Endzeugnis löst bei Beendigung des Vertragsverhältnisses das erstrittene Zwischenzeugnis ab. Der Wert des Endzeugnisses kann insoweit aber auch nicht höher als der des Zwischenzeugnisses sein.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 6. Oktober 2005, 3 Ta 152/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Stephan Osnabrügge, Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn, Tel.: 0228-620 90 30, Fax: 620 90 93; e-mail: osnabruegge@pauly-rechtsanwaelte.de; www.pauly-rechtsanwaelte.de

### 117. Einigungsgebühr, Entstehung, Vergleich über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Nach Nr. 1000 I VV RVG entsteht die Einigungsgebühr für die „Mitwirkung 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.“ Wie die Beschwerdegegner ausführen, fordert die Einigungsgebühr nach dem RVG kein gegenseitiges Nachgeben, sondern es muss ein irgendwie geartetes Zugeständnis erkennbar sein, da ansonsten ein Anerkenntnis vorliegt. Es sind also nach der durch das RVG geänderten Rechtslage geringere Anforderungen an das Vorliegen einer Einigung zu stellen als nach früherem Recht („ein irgendwie geartetes Zugeständnis“). Für das frühere Recht hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, es sei ausreichend, wenn der Kläger mit der im Vergleich vereinbarten Kostenaufhebung auf Kostenerstattung verzichtet hat, die er im Falle eines erstrittenen Prozess Erfolges hätte verlangen können. Zudem hätte er im Fall eines obsiegenden Urteils die durch Beauftragung eines Rechtsanwalts anfallenden Kosten in Höhe der ihm sonst entstandenen Reisekosten fordern können (Beschluss des BAG, v. 3.8.2005 – 3 AZB 9/04). Erst recht müssen diese Grundsätze für vergleichbare Fälle nach der neuen Rechtslage gelten. Auch im vorliegenden Fall haben die Parteien – ohne ausdrückliche Kostenregelung – wie in dem vom BAG zu beurteilenden Fall einen Vergleich mit dem Inhalt abgeschlossen, dass das Arbeitsverhältnis „zu unveränderten Bedingungen“ fortbesteht. Damit hat der Kläger auch im Streitfall vergleichbare Zugeständnisse gemacht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 2. September 2005, 5 Ta 134/05

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Boehme, Römerstraße 41, 52064 Aachen, Tel.: 0241 / 202 11, Fax: 202 02; e-mail: info@boehme-szudobaj.de; www.boehme-szudobaj.de

### 118. Einigungsgebühr, Entstehung, Vergleich über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

1. Die Parteien haben sich darauf verständigt, dass die streitgegenständliche betriebsbedingte Kündigung gegenstandslos ist. Damit hat der Beklagte dem Kläger angeboten, das Arbeitsverhältnis so fortzusetzen, als sei die Kündigung nicht ausgesprochen worden; dieses Angebot hat der Kläger durch den Vergleich angenommen. Der Beklagte konnte sich insoweit nicht mehr einseitig von der Kündigung lossagen. Denn die Kündigung stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die mit dem Zugang wirksam wird, sofern dem Erklärungsempfänger nicht vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB). Die mit der Kündigung beabsichtigte Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses tritt zu dem Zeitpunkt der Kündigung ein und kann von dem Erklärenden nicht mehr ohne Zustimmung des Erklärungsempfängers beseitigt werden (vgl. so zutreffend LAG Berlin, v. 8.6.2005, NZA-RR 2005, 488).

2. Für die Entstehung der Einigungsgebühr bedarf es nach dem neuen Recht keines gegenseitigen Nachgebens mehr.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 19. Oktober 2005, 7 Ta 218/05

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Fichter, Luisenstraße 19, 66953 Pirmasens, Tel.: 06331 / 72 55 77, Fax: 72 55 79; e-mail: mail@rechtsanwalt-fichter.de

### 119. Terminsgebühr bei schriftlichem Vergleich

Wird in einem in 1. Instanz geführten Zivilprozess über den rechtshängigen Anspruch (auf Vorschlag des Gerichts) ein schriftlicher Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen, entsteht eine 1,2 Terminsgebühr aus RVG-VV Nr. 3104 Abs. 1 Nr. 1 für den beauftragten Prozessbevollmächtigten neben einer 1,3 Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV und einer 1,0 Einigungsgebühr nach Nr. 1003 VV.

■ Bundesgerichtshof

vom 27. Oktober 2005, III ZB 42/05,

ebenso KG, Beschl. v. 27. Oktober 2005 – 27 W 65/05

### 120. Terminsgebühr bei gerichtlich festgestelltem Vergleich

Die Feststellung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 278 Abs. 6 ZPO führt nur in den in Nr. 3104 VV-RVG genannten Verfahren zum Entstehen einer Terminsgebühr.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 27. Juli 2005, 17 Ta (Kost) 6024/05, Rechtsbeschwerde zugel.

### Anmerkung:

Ebenso LAG Rheinland-Pfalz vom 21.11.2005 – 8 Ta 255/05 (Rechtsbeschwerde zugel.) mit der interessanten Begründung, eine solche Auslegung des Gesetzes entspräche dem Interesse der Parteien, die Kosten so gering wie möglich zu halten.

Warum nicht gleich die Rechtsanwälte umsonst arbeiten lassen? (me)

### 121. Terminsgebühr, keine Ermäßigung für zweites Versäumnisurteil

Dem Prozessbevollmächtigten des Klägers, der sowohl ein erstes als auch ein zweites Versäumnisurteil erwirkt hat, steht gegen die Beklagten gemäß § 2 Abs. 2 RVG i.V.m. Nr. 3104 VV RVG eine Terminsgebühr von 1,2 zu, auf welche die bereits mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 14.06.2005 bewilligte 0,5 Terminsgebühr gemäß § 15 Abs. 2 RVG anzurechnen ist.

Der Prozessbevollmächtigte war nämlich entgegen den Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 3105 VV RVG *nicht* mit der „Wahrnehmung nur eines Termins“ befasst, sondern mit der Wahrnehmung zweier Termine (ebenso Zöller/Herget, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 345, Rn7; OLG Celle, v. 24.2.2005 – 2 W 36/05). Soweit in der Literatur teilweise eine gegenteilige Auffassung vertreten wird (Hansens, JurBüro 2004, 249 [251, allerdings ohne sachliche Begründung]; Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert/Mülle/Rabe, RVG, 16. Aufl. 2004, Nr. 3105 VV, Rn 25, allerdings ohne Erwähnung des hier zu entscheidenden Sachverhalts), überzeugt dies nicht. Nach der Intention des Gesetzgebers (BT-Drucksache 15/1971, S. 212) soll die Reduzierung der Terminsgebühr dem verminderten Aufwand des Anwalts für die Fälle Rechnung tragen, in denen nur ein Termin zur Verhandlung stattfindet und in dem das Verfahren mit einem Versäumnisurteil endet. Aus dem Terminus „ein Termin“ der Nr. 3105 VV RVG ergibt sich, dass nur eine einmalige Terminswahrnehmung stattgefunden haben darf und auf diese dann ein rechtskräftig werdendes Versäumnisurteil ergeht (vgl. Göttlich/Mümmeler, RVG, 1. Aufl. 2004, 1. Teil, Buchstabe T, Stichwort „Terminsgebühr“, S. 946 f.).

■ Landgericht Aachen

vom 19. Dezember 2005, 5 T 264/05

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen-Laurensberg, Tel.: 0241/932 95 96, Fax: 932 95 97; e-mail: sparla-rechtsanwaelte@t-online.de; www.sparla-rechtsanwaelte.de





## Rezensionen

Tankut Centel

### Arbeitsrecht in der Türkei

Verlag Rehm/Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH,  
Heidelberg 2005, 171 Seiten, kartoniert, 19,50 Euro  
ISBN 3-8073-2198-5

Ungeachtet der starken Widerstände in der Europäischen Union gegen die Aufnahme der Türkei wachsen die Wirtschaftsverbindungen zwischen Deutschland und der Türkei. Einerseits begründen zahlreiche Niederlassungen und Zweigbetriebe türkischer Muttergesellschaften Arbeitsverhältnisse in Deutschland. Nicht geringer ist andererseits die Zahl der Arbeitsverhältnisse in Betrieben mit deutschen Muttergesellschaften in der Türkei. Zu letzteren gehören in großer Zahl auch mittelständische Betriebe, weshalb die Notwendigkeit für deutsche Anwälte, deutsche Investoren über das türkische Arbeitsrecht beraten zu müssen oder auch türkische Unternehmen über die Unterschiede zwischen den nationalen Rechten, ein ernst zu nehmender Faktor ist.

Damit man bei einer solchen Anforderung nicht die Hände ringt oder auf büroferne Spezialisten verweisen muss, empfiehlt sich die Anschaffung des *Centel*. 171 Seiten im DIN A5-Format sollten einen dabei nicht schrecken, denn die Darstellung ist knapp und eingängig. Dargestellt werden die Grundlagen des türkischen Arbeitsrechts einschließlich der Organisation der arbeitsrechtlichen Behörden, der Arbeitsvertrag und sein Zustandekommen, die sich daraus ergebenden Haupt- und Nebenpflichten der Parteien, das Arbeitsschutzrecht, die Beendigung des Arbeitsvertrages, das Koalitionsrecht und das arbeitsgerichtliche Verfahren.

Mit Interesse nimmt man dabei nicht nur zur Kenntnis, dass Kontrollen der Arbeitnehmer einschließlich der Durchsuchung ihrer Bekleidung unter gewissen Voraussetzungen auch ohne ihre Zustimmung erfolgen können und Konkurrenzverbote zu ihrer Wirksamkeit keiner Karenzentschädigung bedürfen. Nicht ohne Verständnis nimmt man zur Kenntnis, dass das türkische Verfassungsgericht die Besetzung der Arbeitsgerichte unter anderem mit Repräsentanten der Arbeitnehmer und Arbeitgeber als einen Widerspruch zum Unabhängigkeitsprinzip der Gerichte bewertet und für verfassungswidrig erklärt hat. Das Beschleunigungsprinzip hat das türkische Verfahrensrecht in extenso umgesetzt. So müssen nicht nur Berufungen innerhalb von acht Tagen ab Verkündung des anzufechtenden Urteils eingelegt werden, das Berufungsgericht (Kassationshof) muss über die Berufungen auch noch innerhalb von zwei Monaten entscheiden.

Das sind nur einige Beispiele, aus denen deutlich wird, wie wichtig es ist, einmal fremde Überlegungen auf sich wirken zu lassen, und zwar nicht nur dann, wenn es einen konkreten Fall zu lösen gilt.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Hanau/Arteaga/Rieble/Veit

### Entgeltumwandlung

Verlag Dr. Otto Schmidt, 2. Aufl. 2006, 630 Seiten,  
Lexikonformat, gbd., 119,00 Euro, ISBN 3-504-42046-4

Die betriebliche Altersversorgung ist tot, es lebe die Entgeltumwandlung!

Diese Aussage ist falsch und doch richtig. Falsch, weil die Entgeltumwandlung eine Form der betrieblichen Altersversorgung ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG), richtig, weil ihre Last nicht vom Arbeitgeber kraft eigenständiger Versorgungszusage getragen wird, sondern vom Arbeitnehmer, der Entgeltansprüche opfert. Und da es also um das Geld des Arbeitnehmers geht, scheinen andere damit wenig zu tun zu haben. Dieser Eindruck ist jedoch grundlegend falsch, wie uns dieses Handbuch aufklärt. Wie diese Entgeltumwandlung stattzufinden hat, kann individualrechtlich bestimmt sein, durch Tarifvertrag und durch betriebsverfassungsrechtliche Regelungen. Fragen der Unverfallbarkeit spielen eine Rolle, sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Fragen aber auch bilanzrechtliche Aspekte. Das Strafrecht spielt ebenso eine Rolle wie die Verwendung von Wertguthaben auf Arbeitszeitkonten für die betriebliche Altersversorgung. Schließlich gilt es, private und betriebliche Vorsorgeformen zu vergleichen, nicht zuletzt in einem Renditevergleich. In alle diese Fragen führt das Handbuch nicht nur ein, sondern stellt Rechtsprechung und Literatur umfassend dar. Ein zwölfseitiges Literaturverzeichnis mag das belegen.

Aber nicht nur der wissenschaftliche Ehrgeiz treibt die Autoren, auch der praktischen Verwertbarkeit wird ausreichend Rechnung getragen durch zahlreiche Musterverträge, von der Vereinbarung über die Umwandlung von Barbezügen in eine betriebliche Direktversicherung, über Versorgungsrichtlinien einer Unterstützungskasse bis hin zum Abdruck zahlreicher Tarifverträge zur Entgeltumwandlung. Dabei macht sich bemerkbar, dass es sich bei den Autoren nicht nur um Professoren sondern auch um ausgewiesene Berater handelt. Wer noch kein Experte ist auf dem Gebiet der Entgeltumwandlung, jedoch einen Fall in diesem Umfeld zu lösen hat, der sollte sich keineswegs blauäugig mit einer Kurzdarstellung begnügen. Die Vielschichtigkeit der Probleme erkennt man erst nach Lektüre einer umfassenden Darstellung.

*Dr. Hans-Georg Meier,*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Grau, Timon

**Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Betriebsübergang gemäß § 613 a Abs. 5 und 6 BGB**

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005, 466 Seiten, broschiert, 79,80 Euro, ISBN 3-504-68048-2

In Umsetzung europarechtlicher Vorgaben ist § 613 a BGB mit Wirkung ab dem 1. April 2002 um die Absätze 5 und 6 erweitert worden. Die darin enthaltenen Regelungen, nämlich die standardisierte Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers über Umstände eines geplanten Betriebsüberganges und das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, sind für die Rechtspraxis von außerordentlicher Bedeutung. Erst wenn die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer ordnungsgemäß über Zeitpunkt und Grund des Betriebsübergangs, über die sich daraus für sie ergebenden „rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen“ und über die „hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen“ informiert wurden, müssen sie binnen eines Monats über die Ausübung ihres Widerspruchsrechts entscheiden. Eine nicht ordnungsgemäße Unterrichtung kann deshalb zur Folge haben, dass Arbeitnehmer unter Umständen noch nach Jahren einem Betriebsübergang widersprechen und dann die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer verlangen können.

Wann aber ist eine Unterrichtung inhaltlich und formal ordnungsgemäß? Ist auch der Betriebserwerber unterrichtungspflichtig? Genügt eine einheitliche Information für alle Arbeitnehmer oder ist gegebenenfalls auf die besonderen Umstände einzelner Arbeitsverhältnisse einzugehen? Müssen auch Betriebsgeheimnisse mitgeteilt werden, wenn sie der Grund für eine Betriebsänderung sind? Genügt zur Darstellung der Folgen für die Arbeitnehmer der Hinweis auf die beim Erwerber geltenden Tarifverträge oder muss deren Inhalt kurz dargestellt werden? Allgemein: Welche Darstellungstiefe muss die Information über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Betriebsübergangs haben? Muss die Unterrichtung wiederholt werden, wenn sich der Sach- und Planungsstand nach der ursprünglichen Unterrichtung änderte? Ist ein Verzicht der Arbeitnehmer auf ihren Unterrichtsanspruch wirksam? Wann und unter welchen Umständen kann das Widerspruchsrecht verwirken? Die Beantwortung all dieser Fragen ist für die an einem Betriebsübergang Beteiligten von vitalem Interesse. Der Gesetztext hilft dabei kaum. Es ist das Verdienst des rezensierten Werkes, drei Jahre nach Einführung der neuen Gesetzesvorschriften die aktuelle Literatur und Rechtsprechung gründlich und systematisch aufgearbeitet zu haben. Der Autor beschränkt sich dabei nicht auf die Wiedergabe der Meinungsvielfalt, sondern präsentiert stets gut begründete Lösungsvorschläge, die auch die europarechtlichen Hintergründe berücksichtigen.

Nicht zuletzt gelingt es dem Verfasser, anhand von Beispielen und Bildung sachgerechter Fallgruppen die ausnehmend

unbestimmten Rechtsbegriffe des § 613 a Abs. 5 BGB mit Leben zu erfüllen und den Leser in der Rechtsanwendung zu unterstützen. So belässt er es nicht bei dem Hinweis, dass die wirtschaftliche Situation des Betriebserwerbers grundsätzlich nicht mitzuteilen ist, sondern weist darauf hin, dass Ausnahmesituationen wie aktuelle Kurzarbeit oder unmittelbar bevorstehende Zahlungsunfähigkeit wohl angegeben werden müssen. An anderer Stelle arbeitet er überzeugend heraus, dass die Information über bei dem Betriebserwerber geltende ablösende Tarifverträge nur dann als Mitteilung geänderter Arbeitsbedingungen genügen kann, wenn der Regelungsgegenstand der betreffenden Tarifverträge im Unterrichtsschreiben stichwortartig angegeben wird und zusätzlich die Arbeitnehmer auch tatsächlich die Möglichkeit erhalten, die Tarifverträge einzusehen.

Insgesamt erweist sich die Abhandlung von *Grau* als umfassende, sorgfältige und prägnante Darstellung der neuen Vorschriften mit hohem praktischem Nutzwert, gerade auch für die anwaltliche Tätigkeit.

*Dr. Thomas Baumgarten,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Norbert Beyer, Heinz-Gert Papenheim

**Arbeitsrecht der Caritas**

**Ein Praxiskommentar**

Lambertus-Verlag, Freiburg, Stand Juli 2005  
2205 Seiten, zwei Ordner mit Register, 94,00 Euro  
ISBN 3-7841-1491-1

Deutscher Caritasverband (Hrsg.)

**Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR)**

Lambertus-Verlag, Freiburg, Stand Mai 2005  
801 Seiten, Ordner mit Register, 63,00 Euro  
ISBN 3-7841-1378-8

Hans-Günther Frey u. a.

**MAVO**

**Kommentar zur Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung**

Lambertus-Verlag, Freiburg, Stand Dezember 2005  
1192 Seiten, Ordner mit Register, Euro 62,00  
ISBN 3-7841-1037-1

In stetig wachsendem Umfang übernehmen kirchliche Träger mit der Pflege von Kranken, Behinderten und alten Menschen Aufgaben der Wohlfahrtspflege, während sich die öffentliche Hand aus diesen Bereichen zurückzieht. Der größte konfessionell ausgerichtete Wohlfahrtsverband ist der Deutsche Caritasverband mit den ihm angeschlossenen Regional-

verbänden und Einrichtungen. Zugleich zählen die Caritasverbände mit bundesweit fast 500 000 hauptamtlichen Mitarbeitern und der gleichen Zahl nebenamtlicher Helfer in vielen Bundesländern und Gegenden zu den größten Arbeitgebern. Mehr denn je verdient deshalb auch das in den Arbeitsverhältnissen der Caritas anwendbare Arbeitsrecht Beachtung. Es zeichnet sich zum einen durch die verfassungsrechtlich abgesicherte Durchdringung mit christlichen und kirchlichen Grundsätzen aus, zum anderen durch die vertragliche Einbeziehung so genannter Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) mit hoher Regelungsdichte, die die Rechte und Pflichten der einzelnen Arbeitsverhältnisse näher ausgestalten. Seit dem 1. Juli 2005 ist zudem die Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung (KAGO) in Kraft, die ein zweistufiges Kirchengerichtsverfahren für bestimmte Streitigkeiten vorsieht, darunter Streitigkeiten um die Beachtung der Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO).

Der Lambertus-Verlag gibt dankenswerterweise seit dem Jahr 2003 sowohl die maßgeblichen Gesetze, Vorschriften und Richtlinien als auch ausführliche Kommentierungen und Erläuterungen des Arbeitsrechts der Caritas heraus, die nun wiederum in aktueller Auflage vorliegen.

Der Band „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR)“ enthält auf rund 800 Seiten den Text der AVR einschließlich der umfangreichen separaten Anlagen zu Vergütungsgruppen, Arbeitszeitregelung, Langzeit-Arbeitskonten, Überstunden, Ausbildungsverhältnissen, Versorgungsordnungen, vermögenswirksamen Leistungen, Zulagen, Reisekostenerstattung, Urlaub, Übergangsgeld, Altersteilzeit, Vergütungstabellen etc.

Erläutert werden die AVR nebst Anlagen in dem zweibändigen Werk „Arbeitsrecht der Caritas“ von *Beyer/Papenheim*. Dieser zentrale Kommentar richtet sich an Vertreter der caritativen Dienstgeber, Personalleiter, Mitarbeitervertreter und Mitarbeiter der Caritasverbände. Er ist ausdrücklich auch für Leser mit geringen juristischen Vorkenntnissen konzipiert und formuliert, ohne es dabei an den einschlägigen Fachbegriffen, juristischen Gedankenschritten und an präziser Formulierung fehlen zu lassen. Und auch der trainierten Arbeitsrechtler ist durchaus dankbar für Checklisten, Hinweise auf Sonder-

fälle, Genehmigungsvoraussetzungen, Berechnungsbeispiele und aktuelle Rechtsprechung.

Die bekannte Streitfrage um die Rechtsnatur der AVR beantwortet *Beyer/Papenheim* im Sinne der von der Kirche vertretenen Position. Danach soll es sich um tarifähnliche Regelungen handeln, die grundsätzlich tarifdispositives Gesetzesrecht ausgestalten können. Das BAG betrachtet die AVR hingegen als einseitig durch den Arbeitgeber gestellte Vertragsbedingungen. Praktische Auswirkungen hat dieser Meinungsstreit etwa für die Berechnung von Kündigungsfristen: Bei der Kündigung eines mehr als 20 Jahre beschäftigten Mitarbeiters ist nach § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB eine Frist von sieben Monaten zu beachten, die nur durch Tarifvertrag verkürzt werden darf. Die AVR sehen hingegen in den §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 4 AVR höchstens eine Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Ende eines Kalendervierteljahres vor. Hier wären Hinweise in der Kommentierung angezeigt, dass das BAG nicht der Auffassung der Kirche folgt und deshalb davon auszugehen ist, dass die Frist der AVR von den Arbeitsgerichten nicht anerkannt wird. Diese kleine Einseitigkeit kann allerdings den Gesamteindruck eines außerordentlich sorgfältigen, systematischen, zuverlässigen und lesefreundlichen Kommentars nicht schmälern.

*Frey* u. a. haben schließlich einen Kommentar zur Mitarbeitervertretungsordnung (MAVO) erstellt, der die Gesamtdarstellung des Arbeitsrechts der Caritas thematisch abrundet und dem ebenfalls eine ausführliche, praxisnahe und ansprechend formulierte Aufbereitung des Stoffs bescheinigt werden kann. Der MAVO-Kommentar enthält darüber hinaus den Text der Kirchlichen Arbeitsgerichtsordnung und eine kurze Einführung in das Verfahren vor den Kirchengerichten.

Alle besprochenen Werke werden als Loseblattordner im Format der AP herausgegeben, das Schriftbild ist übersichtlich und trotz kleiner Schrifttype sehr augenfreundlich. Für den gebotenen Inhalt und Umfang ist die Preisgestaltung ausgesprochen moderat. Die Anschaffung kann deshalb jedem nur empfohlen werden, der sich professionell mit dem Arbeitsrecht der Caritas beschäftigen will.

*Dr. Thomas Baumgarten*  
*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abmahnung

- Bestimmtheit – 2
- entbehrlich – 43, 59, 61
- Rücknahme – 2
- Verwirkung – 3
- Widerruf – 2
- Zielvereinbarung – 1

## Abwicklungsvereinbarung

- Schriftform – 4

## Allgemeine Geschäftsbedingung

- Freistellungsklausel – 19, 20
- Unklarheit – 36
- Vertragsstrafe – 39

## Altersteilzeit

- Ermessen – 5, 69
- Insolvenzversicherung – 6
- Tarifliche Erhöhung der Arbeitszeit – 86
- Vergütungshöhe – 7

## Änderungskündigung

- Prüfungsmaßstab – 40
- Vereinheitlichung von Vertragsbedingungen – 40

## Annahmeverzug

- Anfang, Mitwirkungspflicht – 10
- böswilliges Unterlassen – 8
- Leistungsbereitschaft – 9
- unzumutbare Annahme der Arbeitskraft – 8

## Arbeitnehmerhaftung

- Kraftfahrzeugschaden – 32

## Arbeitnehmerüberlassung

- Feststellungsinteresse – 88
- Verwirkung der Statusfeststellung – 88

## Arbeitsverweigerung

- Mitbestimmung – 68

## Arbeitszeit

- Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG – 13

## Arbeitszeitreduzierung

- Antragsbegründung – 11
- Antragsfrist – 11
- BerzGG – 11
- dringende betriebliche Gründe – 11, 12, 14, 15
- einstweilige Verfügung – 14

## Aufhebungsvertrag

- Formmangel – 16

## Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

- Stellenabbau – 38

## Auflösungsantrag

- Abfindungshöhe – 41
- des Arbeitnehmers – 41

## Auskunftsklage

- Buchauszug, Anspruch auf – 97
- eidesstattliche Versicherung – 97
- Rangfolge der Kontrollrechte – 97

## Ausschlussfrist

- Anerkenntnis des Schuldners – 101
- Geltendmachung – 77
- Lohnsteuer – 37

## Außerordentliche Kündigung

- Arbeitsverweigerung – 41, 43, 45
- Bedrohung – 42
- Frist des § 626 Abs. 2 BGB – 46, 60
- Frist nach § 626 Abs. 2 BGB, Dauerverstoß – 43
- Integrationsamt – 46
- Interessenabwägung – 43
- Schwerbehinderter – 46
- sexuelle Belästigung – 44

## Befristung

- des Arbeitsverhältnisses – siehe dort

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Eigenart der Tätigkeit – 17
- Haushaltsmittel – 17
- Konzeption – 17
- Olympia-Zyklus – 17
- Schriftform – 18
- Verlängerungsvertrag – 18

## Berufungsbegründung

- Anforderung an den Inhalt – 89

## Beschäftigungsanspruch

- Arbeitsverhältnis bestehend – 19, 20
- einstweilige Verfügung – 19, 20
- Freistellungsklausel – 19, 20

## Betriebliche Altersversorgung

- Anpassung von Betriebsrenten – 22
- Berechnung – 23
- Betriebszugehörigkeit – 21
- Vertrauensschutz – 22
- vorzeitige Inanspruchnahme – 23

## Betriebsbedingte Kündigung

- Interessenausgleich mit Namensliste – 47, 48, 49, 57
- Leistungsträger – 47
- Massenentlassung – 54, 55, 57
- Sozialauswahl – 49
- unternehmerische Entscheidung – 48

## Betriebsrat

- Anhörung zur Kündigung – 43, 51, 74
- Betriebsratskosten – siehe dort
- Sachmittel – siehe Betriebsratskosten
- Unterlassungsanspruch – 66

## Betriebsratsbeschluss

- Auslegung – 73
- verhindertes Betriebsratsmitglied – 65

## Betriebsratskosten

- gerichtliche Anwaltskosten – 64
- Internet – 63

## Betriebsratsmitglied

- Anwaltskosten – 64
- ordentliche Kündigung – 50
- Verhinderung – 65

## Betriebsratsitzung

- Tagesordnung – 62

## Betriebsratsitzung

- Behinderung – 66

## Betriebsratswahl

- Anfechtung – 67
- regelmäßige Beschäftigtenzahl – 67

## Betriebsübergang

- Betriebsteilübergang – 53
- dreiseitiger Vertrag – 25
- Haftung des Erwerbers – 26
- Rechtsmissbrauch – 25
- Wiedereinstellungsanspruch – 25
- Widerspruch durch Prozessvergleich – 24

## Betriebsvereinbarung

- Mitbestimmungsverzicht – 68
- Stichtagsregelung – 69
- tarifliche Ausschlussfrist – 77

## Beweisangebot

- Ausforschung – 8, 10, 44, 50
- Behauptung ins Blaue – 50

## Beweisverwertungsverbot

- EDV-Daten – 89

## Darlegungs- und Beweislast

- Betriebsratsanhörung § 102 BetrVG – 51

## Dienst-Pkw

- Arbeitnehmerhaftung – 32

## Direktionsrecht

- Arbeitsort – 8, 27, 28, 29, 30
- Feststellungsinteresse – 27
- Konfliktbereicherung – 27
- Konkretisierung der Tätigkeit – 28, 29
- Mitbestimmung – 68

## Eingruppierung

- Vorarbeiter Systemgastronomie – 78

## Einigungsgebühr

- Vertragsfortsetzung – 117, 118

## Einigungsstelle

- Bestimmung des Vorsitzes – 72
- offensichtliche Unzuständigkeit – 70, 71, 72
- Scheitern der Verhandlungen – 71

## Einstweilige Verfügung

- Arbeitszeitreduzierung – 14, 15
- Beschäftigungsanspruch – 19, 20

## Feststellungsinteresse

- Statusrechtsstreit – 88
- Versetzung, zukünftige – 27

## Freistellung

- Verrechnungserklärung – 31
- Vertragsklausel – 19, 20

## Gleichbehandlung

- Altersteilzeit – 7



- Hauptsacheerledigung**  
Kostenentscheidung – 90
- Insolvenzverwalter**  
Haftung – 33, 34  
oktroierte Masseverbindlichkeit – 34
- Karenzentschädigung**  
unwirksame Vertragsklausel – 36
- Klageantrag**  
Auslegung – 101
- Konzernbetriebsrat**  
Errichtung – 73
- Kostenentscheidung**  
nach Hauptsacheerledigung – 90
- Kostenerstattung in Arbeitsgerichtsverfahren**  
Auswärtiger Prozessbevollmächtigter – 93
- Kündigung**  
Schwerbehinderter – 56, 60
- Kündigungserklärung**  
Befugnis – 53  
Betriebsratsanhörung – 43, 51, 58  
Zurückweisung mangels Vollmacht – 53
- Kündigungsfrist**  
Klagefrist § 4 KSchG – 52
- Kündigungsschutzklage**  
Kündigungsfrist – 52
- Leitender Angestellter**  
ruhendes Arbeitsverhältnis – 74
- Massenentlassung**  
Europarecht – 54, 55, 57
- Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**  
Versetzung – 76
- Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**  
Zulage – 75
- Mutterschutz**  
Beschäftigungsverbot – 35
- Örtliche Zuständigkeit**  
Außendienstmitarbeiter – 94  
Prüfungsreihenfolge mit Rechtsweg – 95  
rügeloze Einlassung – 95
- Personalrat**  
Mitbestimmung bei Versetzung – 30  
Zulage – 75
- Prozesskostenhilfe**  
Anwaltsbeordnung – 91  
besondere Umstände – 91
- Rechtsanwalt**  
Klage wegen nichtstreitiger Gegenstände – 102
- Rechtsmissbrauch**  
Betriebsübergang – 25
- Rechtsschutzversicherung**  
verglichen, nicht rechtshängig – 92
- Rechtsweg**  
Berichtigung der Lohnsteuerkarte – 37  
Lohnsteuerabführung – 37  
Praktikant – 96  
Prüfungsreihenfolge bei örtlicher Unzuständigkeit – 95  
Zusammenhangsklage – 95
- Sachbezug**  
Rabatt – 37
- Schriftform**  
Abwicklungsvereinbarung – 4  
Aufhebungsvertrag – 16
- Schwerbehinderte**  
Nachweis der Schwerbehinderung – 56  
Zustimmungsverfahren Integrationsamt – 46
- Sonderzuwendung**  
Altersbefristung – 79
- Sozialauswahl**  
berechtigte betriebliche Interessen – 50  
Leistungsträger – 47  
Namensliste – 47, 48, 49, 57  
Punkteschema und betriebliche Belange – 49
- Streitwert**  
Altersteilzeitverlangen – 102  
Alternativangebot des Schuldners – 103  
Arbeitspapiere – 115  
Arbeitszeitreduzierung – 15  
Beschlussverfahren – siehe dort  
Insolvenzsicherung – 6  
Verwaltungsgerichtsverfahren Schwerbehinderte – 112  
Versetzung – 114  
Vollstreckungsbeschwerde – 99
- Zeugniserteilung – 115  
Zwischenzeugnis – 116
- Streitwerte im Beschlussverfahren**  
Anfechtung eines Sozialplanes – 102  
einstweilige Verfügung, personelle Einzelmaßnahme – 106  
Personalvertretung, Schulung – 113  
personelle Einzelmaßnahme – 104, 105, 106  
vermögensrechtliche Streitigkeit – 102
- Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren**  
Freistellungsvereinbarung – 108, 109  
kurzfristiges Klagebegehren – 110  
Vergütungsansprüche neben – 110  
Verlängerungsvereinbarung – 111
- Stufenklage**  
Auskunftsstufe – 97
- Stundenlohn**  
Begriff – 84
- Tarifbindung**  
Bezugnahme auf Tarifvertrag – 85
- Tarifgebiet**  
Überwachungstätigkeit – 80
- Tarifliche Erhöhung der Arbeitszeit**  
Vergütung – 86
- Tarifliche Kündigungsfrist**  
Einzelhandel NRW – 87
- Tarifliche Überbrückungsbeihilfe**  
Rentenberechtigung – 81
- Tarifliche Zuschläge**  
Berechnung – 84
- Tarifvertrag**  
Auslegung – 87  
einzelvertragliche Abmachung – 85  
Regelungslücke – 81  
Rückwirkung – 82, 83
- Teilzeitarbeitskräfte**  
Vergütungshöhe – 7
- Terminsgebühr**  
schriftlicher Vergleich § 278 Abs. 6 ZPO – 119, 120  
zweites Versäumnisurteil – 121
- Treu und Glauben**  
Berufung auf Formmangel – 16
- Urlaubsantrag**  
Arbeitszeitverkürzungsantrag – 83
- Vergleich**  
Versäumung der Widerrufsfrist – 98  
Wirksamkeit – 4  
Zahlungsaufforderung, Kostenerstattung – 100
- Vergleichsgebühr**  
Rechtsschutzversicherung – 92
- Vergütungshöhe**  
Gleichbehandlung – 7
- Verhaltensbedingte Kündigung**  
Abmahnung entbehrlich bei Uneinsichtigkeit – 43, 59, 61  
Bedrohung – 42  
Beleidigung – 59  
EDV-Installation – 61  
Interessenabwägung – 60, 61  
Privatangelegenheit i.d. Arbeitszeit – 60  
Privattelefonate – 60
- Verschulden bei Vertragsschluss**  
Aufklärungspflicht des Arbeitgebers – 38
- Verspätetes Vorbringen**  
Berufungsinstanz – 77
- Vertragsstrafe**  
unangemessene Benachteiligung – 39
- Verwirkung**  
sonstige Rechte – 3, 16, 88
- Weiterbeschäftigungsanspruch**  
Zwangsvollstreckung – 99
- Wettbewerbsverbot**  
Auslegung – 36
- Widerruf**  
Prozessvergleich, Frist – 98
- Wiedereinsetzung**  
Anwaltsverschulden – 101  
Prozessvergleich, Frist – 98
- Zinsantrag**  
Auslegung – 101
- Zwangsvollstreckung**  
Weiterbeschäftigung – 99
- Zwangsvollstreckungsgebühren**  
Zahlungsaufforderung vor Zustellung – 100

**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 Verlagsdienstleistungen  
 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 Nr. 3 vom 1.1.2006

**Lektorat**

Anne Krauss

**Satz**

Cicero Computer GmbH, Bonn

**Druck**

Druckhaus Köthen, Köthen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich

**Bezugspreise 2006**

Inland € 92,- (zzgl. Versand)  
 Einzelheft € 23,- (zzgl. Versand)

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

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 8 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

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

**Urheber- und Verlagsrecht**

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

**Manuskripte**

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der 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.