

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

ganz schön beladen kamen die Teilnehmer von der Märztagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV nach Hause, denn sie erhielten in München eine schwergewichtige Festschrift zum 25jährigen Bestehen der Arbeitsgemeinschaft. Man hat ja als aktiver Anwalt kaum einmal Zeit, eine Festschrift mit immerhin fast 1500 Seiten von vorne bis hinten durchzulesen. Der Versuch des nicht nur selektiven Lesens lohnt aber bei dieser Festschrift, zumal die Beiträge durchweg kurz und bündig gehalten sind, aber stets aktuelle Gedanken beinhalten. Diese Festschrift gehört tatsächlich in die Hand eines jeden Arbeitsrechtlers im Jahre 2006.

Nach Sec. 6303 A Ziffer 10 des New York Stock Exchange's Listed Company Manuals sind die ihr unterfallenden Unternehmen zur Einführung und Veröffentlichung eines „Code of Business Conduct and Ethics“ verpflichtet. Solche „Ethikrichtlinien“ wirken sich in den deutschen Niederlassungen amerikanischer Muttergesellschaften auf die Arbeitsverhältnisse aus. Unter anderem werden darin Ausgehverbote mit und Liebesbeziehungen zu Personen, die Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen könnten, untersagt. Die Auswirkungen sind bedenkenswert: Einer neuen Untersuchung zu Folge sind 91% der Personalverantwortlichen in deutschen Unternehmen offen für engere Beziehungen unter Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Immerhin lernten sich ca. 1/3 aller Paare am Arbeitsplatz kennen. Gut also, dass Art. 1 und 2 GG Persönlichkeitsrechte schützen und gut auch, dass das Mitbestimmungsrecht uns vor übertriebener Ethik bewahrt (siehe die Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf und des Arbeitsgerichts Offenbach, abgedruckt in diesem Heft unter Nummern 208 und 209; es werden sicherlich nicht die letzten Entscheidungen zu dieser Problematik sein.).

Jedem arbeitsrechtlich tätigen Kollegen ist die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts zu empfehlen. Es gibt eigentlich nichts an Fachliteratur, was dort fehlt und wenn man trotz des übersichtlich gestalteten Sortiments etwas nicht findet, wird einem freundlich geholfen. Die einzige Fachzeitschrift, die bis vor kurzem in dieser Bibliothek fehlte, war die AE (Arbeitsrechtliche Entscheidungen). Der Mangel ist nun behoben. Nicht nur beim Bundesarbeitsgericht, sondern bei allen Arbeitsgerichten und Landesarbeitsgerichten dürfte die AE in den Bibliotheken ausliegen. Dies ermöglicht die Bezugnahme auf die in der AE veröffentlichten Entscheidungen und erhöht somit die Praxistauglichkeit.

Die AE ist eine Mitgliederzeitschrift im besten Sinne. Sie wird von Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein gestaltet. Jedes Heft enthält die Entscheidungen, die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft erstritten oder eingefangen haben und die sie für so bemerkenswert halten, dass sie veröffentlicht werden sollten. Außer Anwaltskollegen schicken zunehmend auch Gerichte bedeutsame Entscheidungen an die Redaktion

und ermöglichen deren Veröffentlichung. Somit entsteht die AE unmittelbar aus der Praxis und bringt Nutzen für die anwaltliche wie auch richterliche Praxis. Dies begründet die Hoffnung von Herausgebern und Redaktion auch zu den in diesem Heft abgedruckten Entscheidungen:

Mögen sie nützen!

Leipzig, im Mai 2006

Ihr Roland Gross  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



## Liste der AE-Einsender

AE kann ihr Informationsziel nur erreichen, wenn möglichst viele Entscheidungen aus der Mitgliedschaft der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV kommen. Wir nennen daher hier regelmäßig mit Dank und Lob diejenigen, die sich um die AE besonders verdient gemacht haben.

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

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

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

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

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Brötzmann, Dr. Faecks Hilligus Jung Lampe, Dr. Lodzik Müller-Wiechards Peter Schaefer Schmalenberg, Dr. Schmitt Schramm Sparla Weber	Dietmar Ulrich Friedhelm Kurt-Jörg Nikolaus Christian Michael Wolfram Michael Rolf Werner Jürgen Joachim Franz Axel	Wiehl Mainz Marburg Neustadt i. Holst. Oberursel Berlin Darmstadt Lübeck Bad Honnef 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 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 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 Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg Hamm München Essen Gütersloh München Berlin München Hagen Düren Frankfurt/M. Berlin Nürnberg
--	---	--

# Änderungskündigung und Tarifwechsel – Neue Wege in alten Strukturen

## Durch Widmung in den öffentlich-rechtlichen Status erhobene Privatbetriebe

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Henrik Wendler, Weißenfels

Rechtsassessor Christoph Zawade, Weißenfels

### I. Die Problematik

Entgegen dem Trend der zunehmenden Privatisierung öffentlicher Einrichtungen setzt sich der nachfolgende Beitrag spiegelbildlich mit der Tarifproblematik der durch einen Widmungsakt in den öffentlich rechtlichen Status erhobener Einrichtungen des Privatrechts am konkreten Beispiel der Schlachthofbetreiber auseinander. Dabei soll der Frage nachgegangen werden, ob mittels einfacher Änderungskündigung ein Tarifwechsel weg vom Tarifvertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse der amtlichen Tierärzte und Fleischkontrolleure außerhalb öffentlicher Schlachthöfe (TV Ang aöS) hin zum Tarifvertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse der amtlichen Tierärzte und Fleischkontrolleure in öffentlichen Schlachthöfen und Einfuhruntersuchungsstellen (TV Ang iöS) erreicht werden kann.

### II. Der Fall

Den tarifgebundenen öffentlichen Gebietskörperschaften obliegt kraft öffentlichen Rechts die Durchführung der Schlachttier-, Fleisch- und Trichinenuntersuchung in Schlachthöfen und deren Zerlegebetrieben. Diese Einrichtungen werden i.d.R. von Privatunternehmern betrieben. Zur Erfüllung der ihnen obliegenden hoheitlichen Aufgaben der Lebensmittelüberwachung bedienen sich die öffentlichen Gebietskörperschaften eigener Mitarbeiter, wie amtlicher Tierärzte und Fleischkontrolleure, deren Arbeitsverhältnisse auf Basis des BAT oder des TV Ang aöS geschlossen wurden, jedoch häufig keine Jeweiligkeitsklausel derart beinhalten, dass sich das Arbeitsverhältnis auch nach einem den BAT oder den TV Ang aöS ersetzenden Tarifvertrag bestimmen soll. Für ihre Tätigkeit erheben die öffentlichen Gebietskörperschaften gegenüber den Schlachthofbetreibern Gebühren, mit denen die Tätigkeit ihres Fleischuntersuchungspersonals abgegolten werden soll. Die EU – Richtlinie RL 85/73 EWG sieht gegenwärtig eine Pauschalgebühr von 1,30 EUR pro Schlachttier- und Fleischuntersuchung vor. Unter Zugrundelegung des TV Ang aöS, welcher den Mitarbeitern eine Vergütung pro Stück kontrollierten Fleisches gewährt, sind die öffentlichen Gebietskörperschaften i.d.R. gehalten, gegenüber dem Schlachthofbetreiber eine höhere Gebühr als die nach der EU Richtlinie genannten 1,30 EUR zu erheben, um selber

die Kosten für die monatliche Vergütung ihrer Mitarbeiter aufbringen zu können.

Um selber kostendeckend arbeiten zu können und die Kostenstruktur im Bereich der Gebührenlast zu verbessern, wird im Einvernehmen mit den privaten Schlachthofbetreibern vermehrt versucht, durch einen Widmungsakt diesen Betrieben den Status „Öffentlicher Schlachthof“ zu verleihen. Hierdurch versuchen die öffentlichen Gebietskörperschaften zugleich die Grundlage dafür zu schaffen, die bestehenden und zukünftigen Arbeitsverhältnisse mit ihren Mitarbeitern in der Lebensmittelüberwachung in den Geltungsbereich des TV Ang iöS überzuleiten. Hintergrund hierfür ist, dass die Mitarbeiter unter Zugrundelegung des TV Ang iöS lediglich eine Vergütung nach geleisteten Stunden erhalten. Ein derartiger Wechsel von der Stückvergütung nach dem TV Ang aöS zur Stundenvergütung nach dem TV Ang iöS ist für die betroffenen Mitarbeiter mit Gehaltseinbußen von bisweilen 40 % verbunden.

Mit dem Argument, die bestehenden Arbeitsverhältnisse der amtlichen Tierärzte und Fleischkontrolleure der sich durch die Widmung ergebenden Tarifregelung des TV Ang iöS anzupassen, sprechen die öffentlichen Gebietskörperschaften Änderungskündigungen aus, um sich von dem bisher geltenden Regelwerk des TV Ang aöS, welches i.d.R. einzelvertraglich festgeschrieben ist, lösen zu können.

### III. Der Prüfungsmaßstab

Ob die öffentlichen Gebietskörperschaften mit diesem Vorgehen auch in einem Änderungskündigungsschutzprozess Erfolg haben, hängt im Wesentlichen davon ab, ob sie die gesetzlichen Vorgaben und jene der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Änderungskündigung erfüllen.

Gemäß § 2 S. 1 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und dem zur Änderungskündigung entwickelten Prüfungsmaßstab des Bundesarbeitsgerichts ist eine Änderungskündigung nur sozial gerechtfertigt, wenn sie durch **dringende betriebliche Erfordernisse**, die das Änderungsangebot **bedingen** ausgelöst wurde **und** der Arbeitgeber sich bei einem an sich **anerkennenswerten Anlass** zur Änderungskündigung darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer **billigerweise hinnehmen muss**. Kurzum,

die Änderungskündigung muss **sachlich gerechtfertigt und zumutbar** sein.

Dabei können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung aus innerbetrieblichen Umständen oder durch außerbetriebliche Gründe ergeben. Auch bei einer Änderungskündigung müssen diese betrieblichen Erfordernisse dringend sein und die Kündigung somit im Interesse des Betriebes notwendig machen. Die Kündigung muss insoweit wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein und dieser betriebliche Grund muss einer Weiterbeschäftigung zu den unveränderten Bedingungen entgegenstehen.

#### IV. Die Erfolgsaussichten

Soweit sich die öffentlichen Gebietskörperschaften darauf berufen, dass die Änderungskündigung dazu dienen soll, das Arbeitsverhältnis zu den Mitarbeitern im Bereich Lebensmittelüberwachung den geänderten tatsächlichen Voraussetzungen (Tarifwechsel vom TV Ang aöS zum TV Ang iöS) infolge der Umwandlung des Schlachthofes Rechnung zu tragen, weil dieser nunmehr den Status „Öffentlicher Schlachthof“ trägt, ist dies nicht geeignet, eine Änderungskündigung zu rechtfertigen.

##### 1. Widmung

Die Widmung selbst ist ein bloßer Hoheitsakt, der die Eigenschaft als öffentliche Sache begründet und zugleich ihre Zweckbestimmung festlegt. Gegenüber einem ausschließlich privat betriebenen Schlachthof liegt die geänderte Zweckbestimmung eines öffentlichen Schlachthofes allein darin, dass alle Unternehmer und Privatpersonen einen Rechtsanspruch darauf haben, ihre Schweine in diesem Schlachthof schlachten zu lassen. Die Widmung selbst regelt daher ausschließlich subjektiv öffentliche Rechte, ist aber kein betriebliches Erfordernis, welches die öffentliche Gebietskörperschaft im Innenverhältnis zu ihren Angestellten dazu drängt, diese nur zu geänderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

##### 2. Neue Entlohnungsmethode

Soweit sich die öffentlichen Gebietskörperschaften mit dem Argument verteidigen, die Änderungskündigung sei dadurch bedingt, dass die Mitarbeiter im Bereich Lebensmittelüberwachung künftig nur noch nach den Regelungen **TV Ang iöS** vergütet werden sollen, statt nach dem **TV Ang aöS**, macht dieses Argument lediglich deutlich, dass sie die Arbeit der amtlichen Tierärzte und Fleischkontrolleure zukünftig nicht mehr nach Stückzahl sondern nach geleisteter Stundenzahl vergüten wollen, mithin beabsichtigen, eine **neue Entlohnungsmethode** einzuführen. Der bloße Wille zur Einführung neuer Entlohnungsmethoden ist jedoch kein betriebliches Erfordernis, welches eine Änderungskündigung bedingen kann.

##### 3. Senkung des Lohnniveaus

Soweit sich die öffentlichen Gebietskörperschaften darauf berufen wollen, dass nach der EU Richtlinie RL 85/73 EWG lediglich eine 1,30 EUR Pauschalgebühr gegenüber dem Schlachthofbetreiber für die Schlachttier- und Fleischuntersuchung erhoben werden könne, die Kostenstruktur im Bereich der Gebührenlast aufgrund der Anwendung des TV Ang aöS jedoch wesentlich höher sei, die öffentliche Gebietskörperschaft mithin nicht kostendeckend arbeite, kommt darin deutlich zum Ausdruck, dass das primäre Ziel der Änderungskündigungen allein in der Senkung des Lohnniveaus besteht, welches mit einem Wechsel weg vom TV Ang aöS hin zum TV Ang iöS zu Kosteneinsparungen bei einzelnen Mitarbeitern von bis zu 40 % führen kann.

Das Recht zur Entgeltkürzung kommt nur in Betracht, wenn der Betrieb sonst stillgelegt oder die Belegschaft reduziert werden müsste, mithin wenn die Unrentabilität des Betriebes einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegensteht und durch die geplante Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebes oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind. In diesem Fall gilt die dem Arbeitgeber im Prozess hierfür obliegende substantiierte Darlegungs- und Beweislast. Eine Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung setzt daher regelmäßig einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der auch alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft. Kann der Arbeitgeber den hierfür geltenden Anforderungen nicht genügen, kann die alleinige Absicht Lohneinsparungen erzielen zu wollen, eine Änderungskündigung nicht betrieblich bedingen. Häufig ist dem Vortrag, dass ansonsten ein Personalabbau drohe, bereits entgegenzuhalten, dass sich mit der erweiterten Zugänglichkeit eines Schlachthofes als öffentliche Einrichtung auch die Anzahl der Fleischkontrollen erhöht, was gegen eine akute Gefahr oder Existenzgefährdung des Bereichs Lebensmittelüberwachung spricht.

##### 4. Tarifbindung

Auch der Gesichtspunkt, dass die öffentlichen Gebietskörperschaften i.d.R. als Mitglieder kommunaler Arbeitgeberverbände tarifgebunden sind und daher auch den einschlägigen Tarifvertrag für amtliche Tierärzte und Fleischkontrolleure einheitlich zur Anwendung zu bringen haben, ist nicht geeignet, ein dringendes betriebliches Erfordernis, welches die Änderungskündigung bedingen soll, zu begründen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Urteil vom 28.04.1982 – 7 AZR 1139/79 – AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 ist zwar eine Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des Kündigungsrechts im Sinne eines gesonderten Unwirksamkeitsgrundes abzulehnen, was jedoch auch dem Arbeitgeber verbietet, sich auf den Gleichbehandlungs-

grundsatz als betriebliches Erfordernis für eine Änderungskündigung zu berufen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz allein zur Begründung von Rechten dient, nicht aber zu deren Einschränkung (BAG, Urteil vom 16.05.2002 – EzA § 2 KSchG Nr. 46).

Im Übrigen ist auch im Rahmen aufeinander treffender verschiedener Tarifwerke das Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG nicht außer Acht zu lassen. Die einzelvertraglich bestehende Vergütungsvereinbarung einer Stückvergütung nach den Regelungen des TV Ang aöS ist günstiger als die beabsichtigte Stundenvergütung nach den Regelungen des TV Ang iöS. Die tariflichen Regelungen des TV Ang iöS, welche eine öffentliche Gebietskörperschaft aufgrund ihrer Tarifbindung bereits zu gewähren hätte, sind lediglich Mindeststandards. Soweit die Arbeitnehmer durch die Regelung des TV Ang aöS daher einzelvertraglich besser gestellt sind, gilt für sie das Günstigkeitsprinzip, wonach gemäß § 4 Abs. 3 TVG diese Regelungen weiter gelten.

Weil die Arbeitsverträge häufig keine Jeweiligkeitsklausel deraufhin enthalten, dass sich das Arbeitsverhältnis auch nach einem den TV Ang aöS ersetzenden Tarifvertrag bestimmen soll, kann die öffentliche Gebietskörperschaft als Arbeitgeber den von ihr beabsichtigten Tarifwechsel hin zum TV Ang iöS

auch nicht durch Ausübung des Direktionsrechts vollziehen, um den TV Ang aöS als bestehende Arbeitsvertragsordnung abzulösen.

## V. Fazit

Die gesetzlichen Regelungen des § 2 S. 1 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG und der zur Änderungskündigung entwickelte Prüfungsmaßstab des Bundesarbeitsgerichts entfalten auch für die Beschäftigungsverhältnisse zwischen öffentlichen Gebietskörperschaften und deren Mitarbeitern volle Geltung. Diese Maßstäbe lassen sich auch nicht einfach dadurch umgehen, indem privaten Schlachthofbetreibern im Rahmen der Widmung der Status „Öffentlicher Schlachthof“ verliehen wird und die öffentlichen Gebietskörperschaften daraufhin ausgesprochene Änderungskündigungen allein mit der Notwendigkeit eines Tarifwechsels oder der pauschalen Kostenunterdeckung begründen wollen. Vielmehr ist auch in diesen Fällen mit der entsprechenden substantiierten Darlegungs- und Beweislast die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung daran zu messen, ob dringende betriebliche Erfordernisse das Änderungsangebot bedingten und der Arbeitgeber unter Anwendung des ultima-ratio-Prinzips nur solche Änderungen vorgeschlagen hat, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.

## Paradigmenwechsel im deutschen Kündigungsschutz?

### Bestandschutz oder Entschädigung bei ungerechtfertigter Kündigung

#### Rechtsvergleich – Geschichte – Effizienz

Dr. Anna-Naomi Lang, Rechtsreferendarin, Heidelberg

Im jüngsten Koalitionsvertrag wurde die Diskussion um den Paradigmenwechsel von *Fortsetzung* (Bestandschutz) zu *Entschädigung* ausgeklammert. Vielmehr wurde das bestehende, 1951 eingeführte, Bestandsschutzsystem durch einen Kompromiss „weiterentwickelt“.<sup>1</sup>

Die SPD rettet<sup>2</sup> die „heilige Kuh“ namens Bestandsschutzsystem, die sie für den Kündigungsschutz an sich deklariert<sup>3</sup> und schluckt als Gegenleistung „die Kröte“ der möglichen vertraglichen Verlängerung der Wartezeit auf 24 Monate, wobei die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung eines Arbeitsvertrages gestrichen wird. Die CDU-CSU wollte ursprünglich mit der Forderung nach Erhöhung der Anwendungsschwelle des KSchG von 10 auf 20 Arbeitnehmern einen Schritt Richtung Abschaffung jeglichen Kündigungsschutzes machen und verlangte außerdem die Möglichkeit der vertraglichen Abfindungsoption bei betriebsbedingter Kündigung.<sup>4</sup> Sie hat sich,

<sup>1</sup> Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005, S. 37.

<sup>2</sup> Nachdem die Rot-Grüne Koalition zum 1.1.2004 die Anwendbarkeitsschwelle des Kündigungsschutzes von 5 auf 10 Mitarbeiter erhöht und damit dessen Anwendungsbereich verringert hatte.

<sup>3</sup> Vgl. *Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit, Arbeitsschwerpunkte der großen Koalition*, S. 7, URL: [http://koalitionsvertrag.spd.de/servlet/PB/show/1645853/301105\\_faktenundargumente\\_koavertrag.pdf](http://koalitionsvertrag.spd.de/servlet/PB/show/1645853/301105_faktenundargumente_koavertrag.pdf) [Stand 24.01.2006].

<sup>4</sup> Vgl. *Regierungsprogramm 2005–2009 CDU-CSU vom 11.07.2005*, S. 12, URL: <http://www.regierungsprogramm.cdu.de/download/regierungsprogramm-05-09-cducsu.pdf> [Stand 24.01.2006].

vielleicht nicht ganz ungerne, davon abbringen lassen und begnügt sich mit der Einführung der Möglichkeit der vertraglichen Erhöhung der Wartezeit auf 24 Monate.

Mit diesem politischen Kompromiss sollen folgende Ziele erreicht werden:

1. Vereinfachung des Kündigungsschutzes
2. Verringerung der Anzahl arbeitsgerichtlicher Verfahren
3. Verringerung des Prozessrisikos der Arbeitgeber
4. Erhöhung der Verlässlichkeit der Vertragsgrundlage für den Arbeitnehmern  
(Koalitionsvertrag, Zeile 1450 – 1469)

Unabhängig davon, ob diesen Zielen durch den oben erwähnten Kompromiss näher zu kommen ist, stellt sich nach wie vor die Frage, ob sich nicht für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Paradigmenwechsel vom Bestandsschutz- zu einem Entschädigungssystem lohnen würde; sowohl im Hinblick auf diese Ziele wie darüber hinaus. Um diese Frage zu beantworten, soll die Materie von einem grundsätzlicheren Standpunkt aus beleuchtet werden und vorab mit Verhältnissen in vergleichbaren europäischen Rechtsordnungen verglichen werden.

## Rechtsvergleich

In Deutschland ist von Gesetzes wegen bei ungerechtfertigter Kündigung die Sanktion der *Fortsetzung* des Arbeitsverhältnisses vorgesehen. Die nach den gesetzlichen Maßstäben als ungerechtfertigt eingestufte Kündigung vermag das Arbeitsverhältnis nicht zu beenden. Dies folgt aus dem Grundgedanken des KSchG, das in erster Linie den weiteren Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Ziel hat (§ 1 Abs. 1 KSchG) und nur in zweiter Linie als Ausnahmeregelung (§§ 9, 10 KSchG) die Ableistung einer Entschädigung.<sup>5</sup>

Im **englischen Recht** sind hingegen bei ungerechtfertigter Kündigung beide Sanktionsarten vorgesehen. Primär sollte das Gericht Weiterbeschäftigung anordnen, soweit diese nicht angemessen ist, Wiedereinstellung und erst in letzter Linie Entschädigung.<sup>6</sup> Der Arbeitgeber kann jedoch durch schlichte Verweigerung oder durch Beweis der Unangemessenheit der Fortsetzung diese unter Inkaufnahme einer Entschädigungspflicht verhindern.<sup>7</sup> Rein formal hat der Arbeitgeber nach englischem Recht zwar dennoch – im Gegensatz zu einigen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen – kein gesetzliches Gestaltungsrecht, kraft dessen er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch Zahlung einer Entschädigung ohne weiteres vermeiden könnte.<sup>8</sup> Seine Entschädigungspflicht ist vielmehr eine Folge der Weigerung, dem Urteil auf Fortsetzung des Vertrags nachzukommen. De facto liegt in England damit indirekt ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers vor. Das englische Recht zielt demgemäß entgegen seinem Wortlaut vornehmlich nicht auf den originären Bestandsschutz in Form des Anspruchs, bei ungerechtfertigter Kündigung auf der Fortset-

zung des Arbeitsverhältnisses beharren zu können, sondern auf Beendigung mit einer Entschädigung.

Im **schweizerischen** Kündigungsschutzsystem beendet grundsätzlich jede Kündigung, ungeachtet ihrer Rechtsmissbräuchlichkeit, das betroffene Arbeitsverhältnis.<sup>9</sup> Als Sanktion einer ungerechtfertigten Kündigung ist hier lediglich eine Entschädigung vorgesehen. Ausgenommen von dem Grundsatz der vertragsauflösenden Wirkung jeder Kündigung sind die während einer Sperrfrist ausgesprochenen Kündigungen.<sup>10</sup> Solche Kündigungen sind nichtig und das Arbeitsverhältnis ist nicht unterbrochen. Dieser sog. zeitliche Kündigungsschutz ist jedoch kein sachlicher Schutz vor einer missbräuchlichen Kündigung, denn die Kündigung kann nach Ablauf der Sperrfrist erneut erfolgen. Die im schweizerischen Kündigungsschutzrecht bewahrte Kündigungsfreiheit ist durch den zeitlichen Kündigungsschutz nicht materiell beschnitten.

Das **deutsche** KSchG steht mit der Prädominanz des Bestandsschutzgedankens nicht nur im Gegensatz zu den beiden anderen angesprochenen Kündigungsschutzsystemen sondern auch im Gegensatz zu den meisten anderen europäischen Ländern.<sup>11</sup> Dieses Bild ergibt sich allerdings erst bei näherer Betrachtung. In elf Mitgliedstaaten der EU zielt der gesetzliche Kündigungsschutz primär auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. In fünf dieser Staaten kann sich der Arbeitgeber aber nach gerichtlicher Feststellung der mangelnden Rechtfertigung der Kündigung doch noch einseitig für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entscheiden – allerdings unter Inkaufnahme einer Entschädigung. De facto herrscht dieses Prinzip, wie bereits oben erwähnt, auch in England. Lediglich in Portugal, Griechenland, Österreich, den Niederlanden sowie in Italien (dort allerdings nur bei Betrieben mit 60 oder mehr Arbeitnehmern) kann der Arbeitgeber die vom Gesetz

<sup>5</sup> Das KSchG ist ein „Bestandsschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz“ vgl. BAG, v. 05.11.1964, AP Nr. 20 zu § 7 KSchG 1951 mit Anm. Herschel; BAG, v. 07.05.1987 AP Nr. 19 zu § 9 KSchG.

<sup>6</sup> Vgl. Sec. 113 i.V.m. Sec. 112 Abs. 4 ERA 1996.

<sup>7</sup> Vgl. Rebhahn, RdA 2002, 272, (283).

<sup>8</sup> Dieses Gestaltungsrecht existiert in Frankreich, Schweden, Finnland und Luxemburg ganz allgemein, in Italien in Kleinbetrieben und in Spanien bei Einzelkündigungen; vgl. Rebhahn, RdA 2002, 272, (283).

<sup>9</sup> Art. 335 Abs. 2, Art. 336 Abs. 1 OR.

<sup>10</sup> Art. 336 c und d OR.

<sup>11</sup> Vgl. Tschöpe, NZA – RR 2003, 396, (399); Rebhahn, ZfA 2003, 163, (216).

vorgesehene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Entschädigung abwenden.<sup>12</sup>

### Kündigungsschutz bei ungerechtfertigter Kündigung abstrakt und historisch

Die Idee einer *Entschädigung* bei ungerechtfertigter Kündigung ist dem *Arbeitnehmer* a priori willkommen und historisch als Fortschritt anzusehen (besser als nichts). Aber das strategisch-taktische Optimum des Arbeitnehmers ist der Schutz *gegen* ungerechtfertigte Kündigung, genannt *Bestandsschutz*, den er bei einer Kündigung immer in eine Entschädigung umverhandeln kann.<sup>13</sup>

Dem *Arbeitgeber* erscheinen Entschädigungen als Kostenfaktor und damit negativ (schlechter als nichts), jedoch sind ihm mehr oder weniger unerwartete Geldentschädigungen etwas Vertrautes. Er wird versuchen diese in Verhandlungen zu minimieren, um sie dann in seine Kalkulation mit einzubeziehen. Im *Bestandsschutzgedanken* jedoch sieht der Arbeitgeber als Unternehmer notwendigerweise eine Statik, die zu dem dynamischen Marktgeschehen, dem er gegenübersteht, in unversöhnlichem Gegensatz steht.

Auch die Entschädigung hat eine Bestandsschutzfunktion (*gegen* Kündigung), wenn auch nur eine präventive. Das deutsche BVerfG bemerkte hierzu: „... die Erwartung des Arbeitgebers, ein Arbeitsverhältnis nur gegen Abfindung beenden zu können, wirkt sich im Vorfeld arbeitsplatzschützend aus“. Hiervon sei auszugehen, da der Arbeitgeber „diese Aufwendungen nur in Fällen in Kauf nehme(n), die ihm besonders dringlich erscheinen“.<sup>14</sup> Über die genauen Ausmaße der präventiven Bestandsschutzwirkungen beider Systeme kann jedoch nur spekuliert werden, da sie noch nie gemessen wurden.<sup>15</sup> Beide Sanktionen haben also eine Funktion des präventiven Schutzes *gegen* ungerechtfertigte Kündigung. Die Sanktion Fortsetzung hat zudem eine Bestandsschutzfunktion *nach* erfolgter Kündigung, welche die Sanktion Entschädigung nicht hat. Die Entschädigung hat dafür eine geldwerte Kompensationsfunktion *bei* Kündigung, welche die erstere per se nicht hat.

Der *Gesetzgeber* will den Arbeitnehmer, soweit er mit ungerechtfertigter Kündigung konfrontiert ist, schützen. Dazu muss er zunächst definieren, was als ungerechtfertigt zu gelten hat. Danach muss er entscheiden, ob er den Arbeitnehmer *gegen* oder *bei* ungerechtfertigter Kündigung schützen will oder beides. Soll ausschließlich *gegen* ungerechtfertigte Kündigung geschützt werden, kann dies mittels Bestandsschutz oder Entschädigung geschehen; einfacher und effektiver erscheint aber dann der Bestandsschutz, denn er stellt ein schlichtes Verbot der ungerechtfertigten Kündigung dar, während die Bestandsschutzfunktion der Entschädigung von

ihrer Höhe abhängt. Soll ausschließlich *bei* ungerechtfertigter Kündigung geschützt werden, führt dies notwendigerweise zu einem Entschädigungssystem. Bestandsschutz kann also theoretisch nur *gegen* und nicht *bei* Kündigung schützen. Entschädigung kann theoretisch beides.

Die meisten europäischen Rechtsordnungen haben streng genommen Mischsysteme entwickelt. Jedoch sind die Sanktionierungssysteme insofern entweder dem Typus „fortsetzungsorientiertes Sanktionssystem“ oder „entschädigungsorientiertes Sanktionssystem“ zuzuordnen, da sie sich überwiegend für die eine oder andere Sanktionsart entschieden haben. Erfüllen nun die Sanktionierungssysteme Deutschlands, Englands und der Schweiz die oben erwähnte Schutzfunktion in gleichem Maße, wenn wir zunächst lediglich das Gesetz selbst und seine ursprüngliche Intention betrachten?

Das deutsche Bestandsschutzsystem ist vom Grundgedanken beherrscht, dass eine ungerechtfertigte Kündigung ein unzumutbares Unrecht darstellt. Die Normen des deutschen Kündigungsschutzsystems sind also in erster Linie auf den Schutz des Arbeitnehmers *gegen* Kündigung ausgerichtet und konsequenterweise lautet die Sanktion Fortsetzung respektive Bestandsschutz. Dem Arbeitgeber kann andererseits gemäss dieser Philosophie ohne weiteres die Unwirksamkeit der ungerechtfertigten Kündigungen zugemutet werden, denn er verfügt mit der Möglichkeit der verhaltens-, personen- und betriebsbedingten Kündigung über genügend unternehmerische Freiheit. Im Gegenteil wird der Unternehmer nach *diesem* Denkansatz vor seiner eigenen Irrationalität in Form willkürlicher Kündigungen geschützt.<sup>16</sup>

Ethisch scheint dies die sauberste Lösung: Der Arbeitnehmer wird zu 100% *gegen* ungerechtfertigte Kündigung geschützt, indem diese a priori für unwirksam erklärt wird und insofern nicht stattfinden kann; dann braucht es auch keine Entschädigung. Es soll um das ernste Thema *ungerechtfertigte* Kündigung keinen „Kuhhandel“ geben. Diese Regelung hat den Charakter einer dogmatisch-juristischen, ja geradezu einer mosaïschen Norm.

12 Vgl. beispielsweise für Portugal: Art. 32.4, 13 Decreto-Lei 64-A/89; für Österreich § 105 Abs. 7 ArbVG; für Italien: Art. 18 Statuto di lavoro; Rebhahn, ZfA 2003, 163, (216).

13 Von diesem Extremum leitet sich jeglicher Preis der Rechtsposition Bestandsschutz ab; vgl. Dorndorf, BB 2000, 1938.

14 BVerfG, v. 27.01.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG unter B, I, 3, c) a.E = NZA 1998, 470, (472).

15 Würde sich diese Wirkung je messen lassen, könnte das Entschädigungssystem durch die Regulierung der Höhe der Entschädigungsverpflichtung leicht an die Wirkung des Fortsetzungssystems angepasst werden.

16 Vgl. Pfarr/Ullmann, WSI Mitteilungen 2003, 207, (208).



Aus historischer Sicht ist gut nachvollziehbar, weshalb der deutsche Gesetzgeber nach dem Zweiten Weltkrieg dieses Modell wählte. Die Arbeitnehmerseite war politisch und moralisch stark, während die Unternehmerseite durch ihre Rolle im Dritten Reich diskreditiert war. Man muss sich vor Augen führen, dass der Gedanke des politischen Versagens der Unternehmerseite und damit des Liberalismus sogar die konservative CDU Deutschlands bis in die fünfziger Jahre noch stark beeinflusste.<sup>17</sup>

Der Geist des englischen und des schweizerischen Kündigungsschutzsystems ist ein ganz anderer. Auch hier wird definiert, was als ungerechtfertigt zu gelten hat, aber der jeweilige Gesetzgeber wollte oder konnte sich nicht dazu entscheiden, die Norm schlussendlich zwingend mit Fortsetzung zu sanktionieren. Beide Gesetzgeber waren offenbar der Ansicht, dass dem Interesse des Arbeitnehmers nach Schutz vor Willkür im Zusammenhang mit ungerechtfertigter Kündigung durch einen Schutz *bei* derselben am besten Genüge getan wird. Das Unrecht der ungerechtfertigten Kündigung wird nicht verhindert, es wird dem Arbeitnehmer zugemutet. Der Gesetzgeber schlägt einen „deal“ vor, durch den der Arbeitnehmer für die ungerechtfertigte Kündigung entschädigt werden soll.

Das deutsche Bestandsschutzsystem hat die Reinheit des Ideals und die Geschlossenheit der Logik auf seiner Seite, während man vom Entschädigungssystem vermuten darf, dass es sich um etwas aus dem praktischen Wirtschaftsleben Entstandenes handelt. Aus dogmatischer Sicht erscheint das englische Entschädigungssystem als widersprüchlich, ja doppelzüngig, da es doch die Fortsetzung primär anordnet, sie jedoch schlussendlich der Verdrängung durch den Arbeitgeber preisgibt. Dem reinen Entschädigungssystem der Schweiz wird die Brutalität des „hire and fire“ und einseitige Arbeitgeberfreundlichkeit vorgeworfen.<sup>18</sup>

### Kündigungsschutz bei ungerechtfertigter Kündigung in der Praxis und Effizienz

Die deutsche Gerichtspraxis bezüglich der Sanktionsart bei ungerechtfertigter Kündigung ist derjenigen Englands und derjenigen der Schweiz ähnlicher, als man bei Betrachtung der gesetzlichen Intention vermuten dürfte. Auch in Deutschland endet, wie dies in England und der Schweiz die Regel ist, unstrittig ein beträchtlicher Anteil der gerichtlich angefochtenen Kündigungen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Auszahlung einer Abfindung.<sup>19</sup> Die statistischen Untersuchungen des Anteils der gerichtlich angefochtenen Kündigungen, die mit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach ungerechtfertigter Kündigung enden, sprechen eine noch deutlichere Sprache, denn sie legen nahe, dass dieser Anteil bei unter 5% liegt.<sup>20</sup> Damit steht die forensische

Praxis im eklatanten Gegensatz zur Intention des deutschen Gesetzgebers.

Auch in England ist durch den Gesetzgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als primäre Rechtsfolge vorgesehen. Trotzdem kommt es lediglich in ca. 2 – 5% der angefochtenen Kündigungen zur Fortsetzung,<sup>21</sup> wobei das englische Kündigungsschutzsystem jedoch im Gegensatz zum deutschen System nach dem Gesetzestext die Entschädigung nicht lediglich als Ausnahmeregelung vorsieht. Die Seltenheit der Fortsetzung als Sanktion im englischen Recht erklärt sich durch die relativ hohen rechtlichen Anforderungen, die an sie gestellt sind. Dazu kommt das oben erwähnte de-facto-Wahlrecht des Arbeitgebers bezüglich der Sanktionsart. Auch die Bemühungen des englischen Gesetzgebers um Bestandsschutz haben sich also in der Praxis nicht durchgesetzt.

Im schweizerischen Recht ist die Sanktion Fortsetzung nach ungerechtfertigter Kündigung gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen. Intention und Praxis der Rechtsprechung sind hier deckungsgleich.

Die durchweg geringe Anzahl der – trotz unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen – nach ungerechtfertigter Kündigung fortgesetzten Arbeitsverhältnisse deutet darauf hin, dass die intendierte Wirkung der Sanktion Fortsetzung sehr gering ist.<sup>22</sup> Das Interesse des Arbeitgebers, sich auch ungerechtfertigt von Arbeitnehmern trennen zu können,

<sup>17</sup> *Das kapitalistische Wirtschaftssystem ist den staatlichen und sozialen Lebensinteressen des deutschen Volkes nicht gerecht geworden. Nach dem furchtbaren politischen, wirtschaftlichen und sozialen Zusammenbruch als Folge einer verbrecherischen Machtpolitik kann nur eine Neuordnung von Grund aus erfolgen*“, vgl. sog. Ahlener Programm der CDU vom 03.02.1947, URL: [http://www.kas.de/publikationen/1997/813\\_dokument.html](http://www.kas.de/publikationen/1997/813_dokument.html), [Stand: 24.01.2006].

<sup>18</sup> Vgl. *Berner Kommentar/Rehbinder (1992) Art. 336 OR, N 1.*, was allerdings auf dem Hintergrund eines besser funktionierenden Arbeitsmarktes zu sehen ist.

<sup>19</sup> Vgl. *Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert, AuR 2003, 81, (88)*. Diese Untersuchung kam zum Ergebnis, dass 46% aller gerichtlich angefochtenen Kündigungen mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Auszahlung einer Abfindung enden. Andere Einschätzung dieses Prozentsatzes liegen wesentlich höher; vgl. hierzu beispielsweise *Rüthers, NJW 2002, 1601, (1602)*.

<sup>20</sup> Vgl. *Lang, (2005) Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen, S. 205; 305 ff.*

<sup>21</sup> Vgl. *Bowers (2000), Employment Law, S. 240; Rebhahn, RdA 2002, 272, (280); Lockton, (1999), Employment Law, S. 229.*

<sup>22</sup> Sowohl in England wie in Deutschland errangen bereits vor ca. 25 Jahren lediglich unter zwei Prozent der wegen un-

ließ sich in England und Deutschland durch den Gesetzgeber nicht unterdrücken. Es setzte sich die Kompromisslösung der beendenden Wirkung einer ungerechtfertigten Kündigung gegen Entschädigung durch.

Die „Umgehung“ einer gesetzlich vorgesehenen Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland und England stellt EU-weit keine Ausnahme dar. Die überwiegende Anzahl der Rechtsordnungen der EU sehen zwar sowohl Fortsetzung wie auch Entschädigung vor. Es scheint jedoch, dass die Länder unterschiedliche „Techniken“ entwickelt haben, die alle darauf hinauslaufen, dass das Arbeitsverhältnis (auch bei ungerechtfertigter Kündigung) schlussendlich gegen eine Entschädigung gelöst wird.<sup>23</sup> Entweder besteht die Umgehungsmöglichkeit bereits im Gesetz, oder aber sie ergibt sich spätestens in der Praxis.

Die Effizienz eines Kündigungsschutzsystems sei der Quotient aus zwei Größen. Der Zähler sei das angestrebte Ziel (Kündigungsschutz bei ungerechtfertigter Kündigung), im Nenner stehe der gesellschaftliche Aufwand zur Erreichung dieses Ziel, einschließlich der negativen gesellschaftlichen Effekte, die dieser Kündigungsschutz allenfalls generiert.

Wenn man also die forensische Praxis in die Beurteilung der Effizienz der Sanktionssysteme mit einbezieht, so wandelt sich das Bild gegenüber der rein theoretischen Diskussion radikal. Die Sanktion der Fortsetzung erweist sich in ihrer Intention als nahezu wirkungslos und wird zum Schluss des Gerichtsverfahrens regelmäßig abgelöst von einem Vergleichsverfahren, einem „deal“, bei welchem die Entschädigung die Hauptrolle spielt. Das deutsche Fortsetzungssystem ist zum Entschädigungssystem mutiert und ist als solches in seiner Effizienz wie jedes andere Entschädigungssystem zu beurteilen.

In allen Systemen kommt das Bedürfnis des Arbeitnehmers nach Schutz *gegen* ungerechtfertigte Kündigung lediglich in präventiver Form zum Tragen, während seinem Bedürfnis nach Schadensausgleich in Form von Schutz *bei* ungerechtfertigter Kündigung Rechnung getragen wird. Kongruenterweise wird den Interessen des Arbeitgebers in allen Systemen etwa gleichermaßen Rechnung getragen, indem die ungerechtfertigte Kündigung in allen betrachteten Rechtsordnungen das Arbeitsverhältnis beendet, dies jedoch unter Ableistung einer Entschädigung.

Weshalb hat sich in allen europäischen Ländern dieses Prinzip in der Praxis durchgesetzt?

Was die Motivation des Arbeitgebers betrifft, muss man sich fragen, weshalb er auf der beendenden Wirkung der *ungerechtfertigten* Kündigung beharrt und sie sich etwas kosten lässt, da er doch mit unbedeutenden Ausnahmen aus betriebs-, personen- und verhaltensbedingten Gründen ohne Entschädigung künden kann? In Deutschland hat man als Antwort auf diese Frage nur Negatives vermutet und die un-

gerechtfertigte Kündigung verboten. Das impliziert, dass sich der Gesetzgeber zutraut, den Komplex der ungerechtfertigten Kündigung vollumfassend und endgültig einzuschätzen. Dies scheinen sich der englische und der schweizerische Gesetzgeber – vielleicht klugerweise – nicht zuzutrauen. Es wird a priori ein Spielraum eingeräumt. Die „kluge“ Zurückhaltung könnte jedoch auch ein vornehmer Ausdruck für die Tatsache sein, dass sich der Arbeitgeber im Vorfeld der Gesetzgebung seiner Interessen versichert hat.<sup>24</sup> Über die Motive des Arbeitgebers, über ihre Verwerflichkeit oder Legitimität lassen sich Vermutungen anstellen. Sind es prinzipielle, erzieherische Gründe? Ist es die Macht der Gewohnheit, alles in handelbare Ware zu verwandeln? Liegen die Gründe ausschließlich in der Kalkulierbarkeit?

Es wird hierzu auch angeführt, dass eine erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – gleich ob vorläufig oder dauerhaft – nach einer Kündigung und eventuellen rechtlichen Auseinandersetzung aufgrund des zerstörten Vertrauens nicht mehr möglich sei. Die Kündigung aus biologisch-psychologischen Gründen der „point of no return“, nach welchem beiden Parteien die Fortführung des Arbeitsverhältnisse nicht mehr möglich und nicht mehr zuzumuten sei.<sup>25</sup> Juristisch könnte man den gleichen Sachverhalt dahingehend ausdrücken, dass die *gedeihliche* abhängige Beschäftigung nicht vollstreckbar ist. Im englischen Rechtssystem ist die Vollstreckung der an sich gesetzlich vorgesehenen Weiterbeschäftigung nach ungerechtfertigter Kündigung daher sinnvoller Weise von vornherein rechtlich ausgeschlossen.<sup>26</sup> Denn, käme es aufgrund staatlicher Zwangsmaßnahmen zu einer Fortführung des Arbeitsverhältnisses, so ist davon auszugehen, dass das für ein Arbeitsverhältnis unverzichtbare Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien durch die Kündigung zerstört wurde. Wer unter Zwang jemanden beschäftigen muss, wird das Mögliche tun, diesen bei nächster Gelegenheit wieder loszubekommen.

*fairer Kündigung Klagenden die tatsächliche Rückkehr an den Arbeitsplatz; vgl. Dickens/Hart/Jones/Weekes, The Industrial Law Journal 1981, 160, (161); Höland, Arbeitsrechtliches Gespräch, S. 21, URL: <http://www.otto-brenner-stiftung.de/fix/docs/files/KSchG-Kritik-2.pdf>. [Stand 25.01.2005].*

<sup>23</sup> Vgl. Zachert, WSI Mitteilungen 2004, 132, (133).

<sup>24</sup> Vgl. Berner Kommentar/Rehbinder (1992), Art. 336 OR, N 1.

<sup>25</sup> Vgl. Deakin/Morris (1998), S. 494 ff.; Rebhahn, ZfA 2002, 272, (282).

<sup>26</sup> Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis sind von der Durchsetzungsmöglichkeit der sog. *specific performance* ausgeschlossen.

Den gleichen Sachverhalt etwas tiefer beleuchtend, könnte auch folgendermaßen argumentiert werden. Es gibt das Phänomen der nach der Probezeit zu Tage tretenden personen- und verhaltensbedingten Gründe, die schwer *definier- und vermittelbar* sind. Man muss bedenken, dass viele Arbeitgeber ihre Betriebe „aus dem Bauch“ heraus führen. Es besteht bei Ihnen eine aus langjähriger Erfahrung akkumulierte Gefühlsvorstellung, „wie es laufen muss“, was der Arbeitnehmer tun kann und muss. Wenn solche Forderungen nicht erfüllt werden, kann dies an Gründen liegen, die in der Person des Arbeitnehmers zu finden sind, die der Gesetzgeber aber nicht zulässt<sup>27</sup> oder an leistungsbedingten Gründen, die schwer nachweisbar sind. Es kann aber auch an Gründen liegen, die in der Person des Arbeitgebers verborgen sind; es heißt dann „die Chemie“ stimmt nicht und eine Heilung sei weder beim Arbeitnehmer noch beim Arbeitgeber möglich. Der Arbeitgeber kündigt und kann keinen rechtfertigenden Grund vorweisen. Soll der Gesetzgeber nun die Fortsetzung verlangen oder ist es klüger, die ungerechtfertigte Kündigung unter Entschädigung zuzulassen?

Die Praxis hat diese Frage deutlich entschieden. Es ist unmöglich zu entscheiden, ob darin eine dem „common law“ und dem schweizerischen Konservatismus eigene kluge Vorsicht steckt, die das Bestmögliche unter Abwägung der Interessen und Eigenheiten beider Parteien realisiert oder ob darin nur „the brutal hand of commerce“ zum Ausdruck kommt. Die Zeit scheint für das ethisch bessere Sanktionierungssystem durch Fortsetzung nicht reif zu sein.

Die Effizienz des deutschen Kündigungsschutzes in seiner Intention als Schutz *gegen* Kündigung ist also in der Praxis sehr gering, denn der Zähler des oben erwähnten Quotienten tendiert gegen Null. Der Bestandschutz hat sich als Fiktion erwiesen. In seiner inzwischen zum Entschädigungssystem mutierten Form ist die Effizienz des deutschen Kündigungsschutzes zwar höher, denn der Zähler ist höher. Jedoch ist dann, und zwar *infolge dieses Mutationsprozesses*, im Nenner eine Größe enthalten, deren Beitrag zur Verschlechterung der Effizienz des Kündigungsschutzes nicht unterschätzt werden sollte, nämlich der Effekt der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers durch Annahmeverzug. Um sein Entschädigungsoptimum zu erreichen, darf der klagende Arbeitnehmer bei Strafe des Verlustes erheblicher Entschädigungsteile keine neue Arbeitsstelle antreten. Er muss, gerade wenn er nichts anderes will, als ein simples Übergangsgeld zur Finanzierung des Wechsels auf eine neuen Arbeitsstelle, für Monate, eventuell Jahre die Fiktion aufrechterhalten, an die alte Arbeitsstelle zurückzuwollen. Die dem (zum Entschädigungssystem mutierten) deutschen Bestandsschutzsystem eigentümliche Prozesstaktik erfordert dieses Theaterspiel, das den Arbeitnehmer wertvolle Zeit seines Lebens und Know-how kostet und gleichzeitig mit jedem Prozesstag seine Chancen auf dem Ar-

beitsmarkt verringert. Durch diese Verringerung der Chancen steigen wiederum die Kosten für seine Weitervermittlung. Den Arbeitgeber kostet es Lohn ohne Gegenleistung und damit Konkurrenzvorteile und die Gesellschaft kostet es die Summe aller dieser Kosten.

Mit einem bekennenden Entschädigungssystem wäre das einzig positive Resultat, das das mutierte Bestandsschutzsystem gezeitigt hat, nämlich die Entschädigung, jedenfalls günstiger zu haben gewesen.

Summa summarum sind folgende Vorteile eines Paradigmenwechsels festzustellen:

- Mehr Rechtssicherheit durch Übereinstimmung von Gesetz und Praxis
- Transparenz für alle Beteiligten
- Vermeidung der Notwendigkeit der Vortäuschung nicht vorhandener Intentionen während des Rechtsstreites und des damit verbundenen erzwungenen Stillstandes für den Arbeitnehmer
- Mit allen drei Punkten verbundene gesamtwirtschaftliche Kostenvorteile

Angewandt auf die oben erwähnten Ziele des Koalitionsvertrages hätte ein Paradigmenwechsel folgende Effekte:

1. Vereinfachung des Kündigungsschutzes: Entschädigung ohne den Umweg über den Bestandsschutzprozess.
2. Die Wirkung auf die Anzahl arbeitsgerichtlicher Verfahren ist schwer prognostizierbar: Dem Mehr an Erstinstanzurteilen steht ein Weniger an Erstinstanzvergleichen gegenüber. Die Anzahl der Zweitinstanzurteile geht vermutlich zurück. Insgesamt also eher eine Verringerung.
3. Verringerung des Prozessrisikos der Arbeitgeber um das Annahmeverzugsrisiko.
4. Erhöhung der Verlässlichkeit der Vertragsgrundlage für den Arbeitnehmern, da die Folge einer ungerechtfertigten Kündigung dem Gesetz zu entnehmen ist und das Erreichen des Klageziels weniger von seinem schauspielerischen Talent abhängt.

Die eingangs gestellte Frage, ob sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Paradigmenwechsel vom Bestandsschutz zu einem Entschädigungssystem lohnen würde, kann bejaht werden. Ein Wechsel erscheint geradezu überfällig und nur mit Vorteilen verbunden. Der Gesetzgeber hat es im Übrigen durch Festlegung der angemessenen Entschädigung *bei* ungerechtfertigter Kündigung in der Hand, für eine von ihm intendierte Effizienz des Kündigungsschutzes zu sorgen, respektive diese zu regulieren.

<sup>27</sup> *Kulturzugehörigkeit, Herkunft, Psyche etc. des Arbeitnehmers.*

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>	Seite	Seite
122. Zulage, Umwandlung einer GmbH in eine Anstalt des Öffentlichen Rechts, Umwandlung kollektivrechtlicher in individualrechtliche Ansprüche	91	142. Handelndenhaftung, Vorgesellschaft, Vorgründungsgesellschaft 98
123. Verjährung, Zahlungsansprüche	91	143. Verlängerung, Arbeitszeit 98
124. Caritas, Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Dienstvereinbarung	92	144. Altersversorgung, betriebliche –; Pensionsverpflichtungen, Schuldbeitritt 98
125. Befristung, sachlicher Grund, Vertretung, Vorbehalt	93	145. Eingruppierung, Vorhalten von Spezialkenntnissen 98
126. Schadensersatz, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Chefarzt	93	146. Ausbildungsvergütung, Zeitsoldat 99
127. Freier Mitarbeiter; Statusfeststellung; Rückabwicklung; Bereicherungsanspruch; Prozessvergleich; Ausgleichsklausel, allgemeine; Auslegung; Schuldanerkennnis, konstitutives-, negatives –	94	147. Caritas, Weiterbildungsvertrag und Rückzahlungsvereinbarung 99
128. Arbeitsvertrag, befristeter –; Änderungskündigung; Präklusion; Treu und Glauben; Diskriminierung	94	148. Freistellung in der Insolvenz – einstweilige Verfügung – Betriebsratmitglied 99
129. Betriebsübergang, Funktionsnachfolge	95	149. Arbeitsvertrag, Bezugnahme, Tarifvertrag 99
130. Arbeitszeitkonto, Ersetzungsbefugnis, Überstundenkonto, Überstundenvergütung, Überstundenzuschlag	95	150. Mobbing, Ausgleichsklausel, Aufhebungsvertrag 100
131. Abtretung; Treuhandverhältnis, gesetzliches –; Unfallversicherung, private; Verzicht	95	151. Befristung, Programmgestaltung, Redakteur 100
132. Befristung; Personalrat; Zustimmung; Überbrückung, soziale	95	152. Widerrufsvorbehalt 100
133. Berufungsbegründung, ordnungsgemäße –; Einheit des Verhinderungsfalls	95	153. Befristung; Dienstunfähigkeit, vermutete –; Kettenbefristung, Rückkehrprognose 100
134. Berechnung; Betriebsrente, vorgezogene –	96	154. Kündigung, fristlose –; Versetzung; Leistungswille; Annahmeverzug 100
135. Weihnachtsgeld, Insolvenz, Masseverbindlichkeit	96	155. Altersteilzeit, Lohnsteuerklasse, rechtsmissbräuchliches Verhalten 100
136. Betriebliche Übung, Reisekosten	96	156. Arbeitsvertragsrichtlinien, Transparenzgebot, Tarifvertrag, dynamische Anwendung 101
137. Karenzentschädigung, Nebentätigkeit, Wettbewerbsverbot	97	157. Beamtin; Deutsche Bahn; Bundeseisenbahnermögen; Arbeitsverhältnis, privatrechtliches –; Kündigung, betriebsbedingte –; Versetzung; Auflösungsantrag, arbeitgeberseitiger –; Weiterbeschäftigung, Betriebsratsanhörung 102
138. Diskriminierung, Schwerbehinderung, Anforderungsprofil	97	158. Wochenarbeitszeit, Erhöhung, Organisationsentscheidung 103
139. Dienstvereinbarung, Arbeitszeit, Öffnungsklausel	97	159. Sozialplan; Altersrente, vorzeitige –; Schwerbehinderter; Gleichbehandlungsgrundsatz 104
140. Zeugnis; Unterschrift, ordnungsgemäße –	98	160. Pensionssicherungsverein, Einstandspflicht, Insolvenzrisiko, Erwerbsunfähigkeit 105
141. Altersteilzeit, Insolvenz, Betriebsübergang	98	161. Annahmeverzug; Zwischenverdienst; Unterlassen, böswilliges – 105
		162. Befristung, Justizverwaltung; Vertretung, mittelbare-, Kausalität, Direktionsrecht, haushaltsrechtliche Befristung, KW – Vermerk 105

	Seite		Seite
163. Eingruppierung – Leiterin Bauverwaltungsamt	105	183. Beschäftigungsanspruch, Kündigungsfrist, einstweilige Verfügung	114
164. Versetzung, Direktionsrecht, Verwirkung	105	184. Interessenausgleich, Klageantrag, Namensliste, Verhältnismäßigkeit, Änderungsangebot, Änderungskündigung, Änderungsschutzklage	115
165. Betriebsrente, Pensions-Sicherungs-Verein, VVaG	105	185. Kündigung, außerordentliche –; Kündigungsberechtigter; Sachbeschädigung; Zustimmungsersetzung, 2-Wochen-Frist	115
166. Abmahnung; Kündigung, fristlose –; Wettbewerbsverbot	106	186. Abfindung, Fälligkeit, steuerliche Nachteile	115
167. Betriebsübergang – Sicherheitskontrolle, Flughafen	106	187. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung der –; krankheitsbedingte Abwesenheit vom Wohnort; Zustellungsbereitschaft	116
168. Abrufarbeit, Lohnrückzahlungsanspruch	106	188. Kündigung, betriebsbedingte; Sozialauswahl; Schwerbehinderung; Betriebsvereinbarung; Auswahlrichtlinie	116
169. Arzt im Praktikum, AiP, Arzt, Eingruppierung, Approbation, Tarifautonomie, Tarifrücke	107	189. Kündigung, außerordentliche, Verhalten, außerdienstliches	116
170. Arbeitszeit, Lehrer	107	190. Kündigung; Arbeitsverweigerung, beharrliche; Auflösungsantrag	117
171. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Praktikant nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz, Scheinvertrag, Verlängerungen einer sachgrundlosen Befristung	107	191. Kündigung, ordentliche –; Arbeitsunfähigkeit	118
172. Unternehmensbestattung, Schadensersatzansprüche, Geschäftsführer, GmbH, Nachteilsausgleich, Durchgriffshaftung, deliktisches Handeln	108	192. Sozialauswahl; Punkteschema	118
173. Versetzung; Politesse; Ordnungsämter, bezirkliche –	108	193. Kündigung, außerordentliche –, betriebsbedingte –; Konkretisierung des Änderungsangebots; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Weiterbeschäftigungsanspruch	118
174. Betriebsrentenanwartschaften, Startgutschriften, § 79 Abs. 1 S. 1 VBLS	108	194. Wirtschaftsplan; Änderungskündigung, außerordentliche, betriebsbedingte; Sonderleistungen	118
<b>Kündigungsschutzrecht</b>			
175. Kündigung, außerordentliche-, ordentliche –; Vertragspflichtverletzung	109	195. Kündigung, betriebsbedingte –; Interessenausgleich mit Namensliste, Verfassungsmäßigkeit	118
176. Betriebsänderung, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungslast des Arbeitgebers	109	196. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, Wartezeit, GmbH-Geschäftsführung, Auflösungsvertrag	119
177. Kündigung, betriebsbedingte –; unternehmerische Entscheidung; Kündigungsschluss	109	197. Kündigung, außerordentliche –; Alkoholkrankheit; Personalratsanhörung	119
178. Sonderkündigungsschutz, Gleichstellungsverfahren, Weiterbeschäftigungsanspruch	110	198. Dienstordnungs-Angestellte, Bestellung zum –; Rücknahmerecht	119
179. Kündigung, betriebsbedingte –; Interessenausgleich mit Namensliste, Sozialauswahl, grobe Fehlerhaftigkeit	112	199. Kündigung, Sicherheitsvorschriften, Verstoß	119
180. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste	112	200. Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste	120
181. Änderungskündigung, Zulagen, Direktionsrecht	113	201. Gemeinsamer Betrieb, Leistungsapparat, einheitlicher –	120
182. Abmahnung; Elternzeit; Kündigung, verhaltensbedingte, ordentliche; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	114		

<b>Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht</b>	Seite	Seite	
202. Einstweilige Verfügung, Betriebsratswahl, Adressenliste von Arbeitnehmern, Verfügungsgrund	121	222. Berufungsfrist, Fristverlängerung, Urteilsberechtigung	132
203. Anhörung des Betriebsrats; Kündigung, verhaltensbedingte –; Darlegungslast, Umfang der	121	223. Arrestanspruch, Arrestgrund, unzuständiges Gericht, Schadensersatz, abgestufte Darlegungs- und Beweislast, Substantiierung	132
204. Mitbestimmung, Zulage, Verteilungsspielraum	122	224. Zuständigkeit, sic-non-Fall, Bruttovergütung, Statusantrag	133
205. Rechtsanwaltskosten, Erforderlichkeit der –, Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle	122	225. Arbeitsverhältnis, ruhendes, Geschäftsführer, Rechtsweg	133
206. Unterlassungsanspruch des Betriebsrates; Wochenarbeitszeit, Verlängerung der –	122	226. Prozesskostenhilfe, eingeschränkte; Fahrtkosten	133
207. Mitbestimmungsrecht, Unterlassungsanspruch, Reisezeit	122	227. Feststellungsklage, Arbeitszeitverringerung nach Elternzeit, Inanspruchnahme einer zweiten Elternzeit	133
208. Mitbestimmung, Ethikrichtlinien, Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern	123	228. Nachträgliche Klagezulassung, Abwesenheit wegen Urlaubs; Kündigung, Zugang der; Kostentragungspflicht	134
209. Mitbestimmung, Ethikrichtlinien, Konzernbetriebsrat	124	229. Prozesskostenhilfe, Antragstellung, Ausfüllungsmängel	134
210. Betriebsvereinbarung, Sozialplan, Blankettverweisung	126	230. Sofortige Beschwerde, Besetzung des Gerichts	137
211. Mitbestimmungsrecht bei Einstellung, Antragsbefugnis, Stufenverfahren, Gesetzverstoß	126	231. Anfechtbarkeit, Beschwerde, sofortige; Einstellung der Zwangsvollstreckung, Kostenfestsetzungsbeschluss, Vollstreckungsgegenklage, Zwangsvollstreckung	137
212. Postulationsfähigkeit; Beschlussverfahren, personalvertretungsrechtliches –; Zulassung, Beschwerde	126	232. Beschwerde, sofortige; Güetermin, neuer; Protokollberichtigung; Rechtsmittel statthaftes	137
<b>Tarifrecht</b>		233. Aussetzung, Beschleunigungsgrundsatz, Ermessen, Strafverfahren, Verfahren	138
213. Unterlassungsanspruch, Gewerkschaft, Änderungsvereinbarung, einzelvertragliche –	128	234. Verfassungsbeschwerde, Hessisches Universitätsklinikgesetz, Subsidiaritätsgrundsatz	139
214. Pauschalabgeltung, Fahrtauslagen, Spesen, Reisekosten	130	235. Prozesskostenhilfe; Ausschlussfrist, tarifvertragliche – ; Geltendmachung; Meldepflicht	140
215. Unterlassung, Betriebsvereinbarung, tarifvertragswidrige –	130	236. Beschlussverfahren, örtliche Zuständigkeit, Betriebsänderung, Insolvenz	141
216. Warnstreik, Unterrichtung, Blockade, Zugang, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung	130	237. Zahlungsklage, Kündigungsschutzklage, Aussetzung	141
217. Auszubildender, Übernahme, persönliche Eignung, Tarifauslegung	130	<b>Streitwert und Gebühren</b>	
218. Verfallfrist, Geltendmachung, Kündigungsschutzprozess	131	238. Streitwert, Wahlvorstand, Zugangsrecht	141
<b>Sonstiges</b>		239. Gegenstandswert, Beschlussverfahren, personelle Maßnahme	142
219. Kranken- und Pflegeversicherung, Gesamteinkommen, Abfindung	131	240. Streitwert, Auflösungsantrag	142
220. Prozesskostenhilfe, Beiordnung eines Rechtsanwaltes	132	241. Gegenstandswert, Beschlussverfahren, Beschwer, Betriebsrat, Rechtsanwaltskosten	142
221. Unbedingte Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung; mutwillige Rechtsverfolgung	132		

	Seite		Seite
242. Streitwert, Nachteilsausgleich, Hilfsantrag	142	245. Streitwert, Feststellungsverfahren, Änderungsver-	144
243. Streitwert, Änderungskündigung, Vergütungsre-	143	246. Streitwert, Bildung/Zusammensetzung eines Kon-	144
244. Streitwert, Teilzeitverlangen	143	247. Schriftlicher Vergleich, Terminsgebühr	145

## Allgemeines Vertragsrecht

### 122. Zulage, Umwandlung einer GmbH in eine Anstalt des Öffentlichen Rechts, Umwandlung kollektivrechtlicher in individualrechtliche Ansprüche

1. Die unmittelbare und zwingende Wirkung einer zulagengewährenden Betriebsvereinbarung entfällt mit Umwandlung des privatrechtlichen Unternehmens in eine öffentlichrechtliche Anstalt (§ 130 BetrVG).

2. Dabei findet keine Umwandlung bzw. Fortgeltung dieser Betriebsvereinbarung als Dienstvereinbarung statt, wenn eine gesetzliche Vorschrift – wie § 73 Baden-Württembergisches-LPVG, § 97 BPersVG – eine freiwillige Dienstvereinbarung zur Zulagengewährung nicht vorsieht.

3. Durch die Umwandlung werden die kollektivrechtlichen Ansprüche aus der Betriebsvereinbarung in individualrechtliche Abreden umgestaltet, wenn aufgrund gesetzlicher Anordnung (§ 10 UMEG-G) die Rechte und Pflichten der zum Zeitpunkt der Errichtung der Anstalt ursprünglich bestehenden Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse weiter gelten.

§ 10 UMEG-Gesetz hat den Zweck, insoweit entsprechend dem Grundgedanken des § 613a Abs. 1 BGB bzw. des Umwandlungsgesetzes bei einem identitätswahrenden Übergang die Rechtsposition der Arbeitnehmer gegenüber dem Rechtsnachfolger nicht zu verändern. Insoweit ist unumstritten, dass eine bloße Formumwandlung die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer – seien sie kollektivrechtlich oder individualrechtlich – ohne spezielle gesetzliche Regelung unberührt lässt (vgl. BAG Urteil v. 05.02.1991 u. 27.07.1994 = AP Nr. 89 und 118 zu § 613a BGB bei Betriebsidentität). Im vorliegenden Fall bedurfte es jedoch einer entsprechenden Regelung, da aufgrund der oben genannten Gründe eine Weitergeltung der Betriebsvereinbarung als Dienstvereinbarung gem. § 73 LPVG ausscheidet. Die Betriebsvereinbarung verliert ihren kollektivrechtlichen Charakter und wandelt sich in individualrechtliche Abreden um (so auch *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG § 1 Rn 140, für den Fall, dass ein Betrieb aus dem Geltungsbereich des BetrVG fällt).

Der Wortlaut des § 10 steht dem nicht entgegen. Gemäß § 10 UMEG-Gesetz gehen nicht nur die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag sondern aus dem gesamten Arbeitsverhältnis über. Dies entspricht – entgegen der Auffassung der Beklagten – auch dem Wortlaut der Regelung des § 613a BGB, wonach auch Pflichten durch Rechtsnormen einer Be-

triebsvereinbarung Inhalt des alten Arbeitsverhältnisses waren bzw. Inhalt des neuen Arbeitsverhältnisses werden, es sei denn, dass bei dem Rechtsnachfolger eine entsprechende andere Betriebsvereinbarung besteht. Es bedurfte in § 10 UMEG-Gesetz keiner gem. § 613a Abs. 1 S. 2 u. 3 BGB nachgebildeten Kollisionsregel, da entsprechende kollektivrechtliche Regelungen infolge der bloßen Formumwandlung bei dem Rechtsnachfolger nicht bestehen konnten.

Von dieser Rechtswirkung ging wohl auch die Beklagte aus, da sie nach der Umwandlung mehrere Jahre die entsprechenden Leistungen unter jeweiliger Anpassung an die tarifvertragliche Entwicklung weiter gewährt hat. Selbst wenn man entgegen der Auffassung der Kammer mit der Beklagten zu der Auffassung gelangt, § 10 UMEG-G umfasse nur die arbeitsvertraglichen Ansprüche, übersieht die Beklagte, dass die gem. § 10 des Arbeitsvertrages in Verbindung mit der in der Gehaltsmitteilung separat ausgewiesenen Außendienstzulage Bestandteil des Arbeitsvertrages war. Nach bisher unstrittigem Vortrag beider Parteien wurde diese Zulage durch die Betriebsvereinbarung über die Außendienstzulage abgelöst. Bei vollständigem Wegfall der Wirkung der Betriebsvereinbarung würde sodann der arbeitsvertragliche Anspruch wieder aufleben. Insoweit könnte allerdings streitig sein, ob dieser arbeitsvertragliche Anspruch an der tarifvertraglichen Lohnentwicklung teilzunehmen hat.

■ Arbeitsgericht Karlsruhe

vom 17.01.2006, 1 Ca 297/05

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Kühn, Wendtstraße 17, 76185 Karlsruhe, Tel.: 0721/98522–0, Fax: 0721/98522–50, e-mail: rechtsanwaelte@nonnenmacher.de; www.nonnenmacher.de

### 123. Verjährung, Zahlungsansprüche

Für Arbeitsverhältnisse, die vor dem 01.01.2002 begründet worden sind, ist Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 und 3 EGBGB lex specialis zu Art 229 § 5 S. 2 EGBGB, mit der Folge, dass auf alle nach dem 01.01.2002 entstandenen und fälligen Ansprüche die neue Verjährungsfrist Anwendung findet.

Zwar finden nach EGBGB 229 § 5 S. 2 für Dauerschuldverhältnisse die Vorschriften des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes erst ab dem 01.01.2003 Anwendung, weshalb vertreten wird (*Däubler*, Die Auswirkung der Schuldrechtsmodernisierung auf das Arbeitsrecht, NZA 2001, 1329, 1331), dass für vor dem 01.01.2002 begründete Arbeitsverhältnisse grundsätzlich erst nach dem 01.01.2003 das neue Verjährungsrecht

## Allgemeines Vertragsrecht

gilt. Dieser Auffassung ist indes nicht zu folgen. Vielmehr ist Art. 229 EGBGB § 6 als spezielle Überleitungsvorschrift zum Verjährungsrecht aufzufassen. Nach Art. 229 EGBGB § 6 Abs. 1 S. 2, 3 findet § 195 BGB n.F. Anwendung auf alle nach dem 01.01.2002 entstandenen und fälligen Ansprüche auch aus einem Arbeitsverhältnis, das vor dem 01.01.2002 begründet wurde (*Schaub-Linck*, Arbeitsrechthandbuch, 11. Auflage, § 73 Rn 1; Palandt-*Heinrichs*, EGBGB 229 § 6 Rn 3; Erfurter Kommentar-*Preiss*, 5. Auflage, BGB 230 §§ 194–218 Rn 2).

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 14.06.2005, 1 Ca 685/05

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 0224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544, e-mail: mail@andreas-peter.de; www.andreas-peter.de

### 124. Caritas, Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, Dienstvereinbarung

1. Macht ein Beschäftigter der Caritas Ansprüche auf Urlaubsgeld geltend und besteht in der Einrichtung, in der er beschäftigt ist, eine Dienstvereinbarung nach Anlage 1 Ziffer II b AVR Caritas (Öffnungsklausel), die derartige Ansprüche ausschließt, so hat der Beschäftigte konkrete Einwendungen gegen die Ordnungsgemäßheit der Beteiligung der Mitarbeitervertretung vorzubringen.

2. Schließt die oben genannte Dienstvereinbarung ebenfalls die Zahlung eines Weihnachtsgeldes aus, kann ein weitergehender arbeitsvertraglicher Anspruch nicht aus der getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarung „Weihnachtsgeld wird übernommen“ hergeleitet werden.

Zu 1.) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zum Betriebsverfassungsrecht ergibt sich die Unwirksamkeit einer der Mitbestimmung des Betriebsrates unterliegenden arbeitgeberseitigen Maßnahme nur dann, wenn dem Arbeitgeber bei der ihm obliegenden Einleitung des Beteiligungsverfahrens ein Fehler unterläuft. Mängel, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrats entstehen, führen dagegen grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Maßnahme. So haben Fehler bei der Willensbildung oder bei der Beschlussfassung des Betriebsrates grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der arbeitgeberseitigen Maßnahme. Dies gilt vor allem deshalb, weil der Arbeitgeber sich nicht in die Amtsführung des Betriebsrates einmischen darf. Es ist Sache des Betriebsrats, ob und wie er seine betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte wahrnimmt. Mängel, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrates entstehen, können auch schon deshalb nicht zu Lasten des Arbeitgebers gehen, weil der Arbeitgeber keine wirksamen rechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die interne Willensbildung des Betriebsrats hat. So ist er etwa nicht dazu befugt, den Betriebsrat anzuhalten, seine Stellungnahme zu einer beabsichtigten arbeitgeberseitigen Maßnahme auf Grund einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung abzugeben.

Der Grundsatz, dass Mängel bei der Willensbildung des Betriebsrats nicht dem Arbeitgeber anzulasten sind, gilt aus Gründen der Rechtssicherheit regelmäßig auch dann, wenn der Arbeitgeber weiß oder vermuten kann, dass das Verfahren im Betriebsrat fehlerhaft verlaufen ist.

Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn der Arbeitgeber den Fehler bei der Willensbildung des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst bzw. beeinflusst hat (vgl. zum Ganzen z. B. BAG, Urteil vom 24.06.2004–2 AZR 461/03, NZA 2004, 1330 m. w. N.).

Diese vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht entwickelten Grundsätze, denen sich die erkennende Kammer vollumfänglich anschließt, sind nach Ansicht der Kammer infolge der Vergleichbarkeit der Interessenlage ohne weiteres auf das Recht der kirchlichen Mitarbeitervertretung zu übertragen.

Die Anwendung der dargestellten Grundsätze auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation zieht die folgenden Konsequenzen für die Fallbehandlung nach sich.

Die für das Vorliegen einer konkreten Einwendung gegen die Ordnungsgemäßheit der Beteiligung der Mitarbeitervertretung darlegungspflichtige Klägerin hat nicht dargetan, dass der Beklagten als Arbeitgeberin bei der ihr obliegenden Einleitung des Beteiligungsverfahrens ein Fehler unterlaufen ist. Die von der Klägerin geäußerte Einschätzung, der der Mitarbeitervertretung vorgelegte Entwurf der Dienstvereinbarung habe keine Aussage betreffend des Urlaubsgeldes und der Weihnachtsgeldzahlung für das Kalenderjahr 2005 getroffen, erschöpft sich, wie bereits oben dargestellt, nach Ansicht der erkennenden Kammer im Bereich der Mutmaßung. Es wäre mindestens in gleichem Maße wahrscheinlich, dass ein dementsprechendes Fehlverständnis in der Person des Mitgliedes der Mitarbeitervertretung Herrn X auf eine fehlerhafte interne Willensbildung der Mitarbeitervertretung zurückzuführen ist.

Da mithin nicht festgestellt werden kann, dass der Beklagten bei der Einleitung des Beteiligungsverfahrens ein Fehler unterlaufen ist, geht der von der Klägerin erhobene Einwand der nicht ordnungsgemäßen Beratung und Beschlussfassung der Mitarbeitervertretung ins Leere.

Zu 2.) Die dort getroffene Vereinbarung „Weihnachtsgeld wird übernommen“ ist nach Ansicht der erkennenden Kammer nicht dahin zu verstehen, dass die Beklagte über die in den AVR normierten Voraussetzungen hinaus sich gegenüber der Klägerin in jedem Falle zur Zahlung eines Weihnachtsgeldes verpflichten wollte.

Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung nicht allein am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen. Dabei ist der Erklärungsgehalt unter Zugrundelegung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln, § 157 BGB. Maßgeblich ist insoweit ein objektivierter Empfängerhorizont, also was der Erklärungsempfänger als Sinn der Erklärung erkennen konnte, wenn er mit zumutbarer Sorgfalt alle ihm erkennbaren Umstände berücksichtigt.



Bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien vom 10.04.1996 waren die Voraussetzungen für die Mitarbeiter der Beklagten für den Bezug einer Weihnachtsgeldzuwendung detailliert in den AVR (weitestgehend angelehnt an die Regelung des öffentlichen Dienstes) geregelt.

Da über die Einbeziehung der AVR gem. § 2 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien in deren arbeitsvertraglichen Beziehungen bereits eine vertragliche Regelung betreffend der Gewährung einer Weihnachtsgeldzuwendung bestand, war – auch für die Klägerin ersichtlich – kein sachlicher Grund gegeben, neben den AVR eine parallele gesonderte diesbezügliche Vereinbarung zu treffen.

Es erscheint vielmehr plausibel und nahe liegend, dass die unter § 7 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien vom 10.04.1996 getroffene Zusatzvereinbarung festschreiben sollte, dass die Beklagte der Klägerin eine Weihnachtsgeldzuwendung für das gesamte Jahr 1996 gewähren würde, obwohl die Klägerin erst ab 01.05.1996 für die Beklagte tätig gewesen war. Einen deutlichen Hinweis auf den dahingehenden Vertragswillen der Parteien beinhaltet auch der Begriff der „Übernahme“ des Weihnachtsgeldes. Dieser impliziert, dass die Beklagte davon ausging, unter Umständen nicht zur Zahlung einer Weihnachtsgeldzuwendung an die Klägerin für das Jahr 1996 verpflichtet zu sein, aber dennoch der Klägerin insoweit entgegenzukommen, um diese zum Wechsel des Arbeitsplatzes aus dem Städtischen Klinikum hin zur Beklagten zu bewegen. Hätte § 7 des schriftlichen Arbeitsvertrages der Parteien vom 10.04.1996 ein weiter gehender Aussagegehalt beigemessen werden sollen, hätte sich eine weiter reichende Formulierung, wie etwa „Die Mitarbeiterin erhält ein jährliches Weihnachtsgeld in Höhe von (...)“ angeboten.

Gleichfalls kann der Klägerin nicht darin gefolgt werden, dass sich ein Anspruch auf Zahlung einer Weihnachtsgeldzuwendung für das Jahr 2004 aus betrieblicher Übung ergeben würde.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist die betriebliche Übung ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, das den Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestaltet und geeignet ist, vertragliche Ansprüche auf eine Leistung zu begründen, wenn die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen durften, ihnen werde die Leistung auch künftig gewährt.

Ein dahingehendes schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers kann sich aber – so auch hier – nicht bilden, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ersichtlich lediglich in Umsetzung einer zwischen den Parteien getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarung (hier: Anlage 1 Abschnitt XIV AVR) eine bestimmte Leistung erbringt. So hat die Klägerin insbesondere nicht dargetan, weshalb die Beklagte aus ihrer, der Klägerin, Sicht beabsichtigt haben sollte, sie bei der Gewährung einer Weihnachtsgeldzuwendung gegenüber den übrigen Mitarbeitern der Beklagten besser zu stellen.

■ Arbeitsgericht Karlsruhe

vom 11.01.2005, 2 Ca 438/04, rechtskräftig

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Kühn, Wendtstraße 17, 76185 Karlsruhe, Tel.: 0721/98522–0, Fax: 0721/98522–50, e-mail: rechtsanwaelte@nonnenmacher.de; www.nonnenmacher.de

### 125. Befristung, sachlicher Grund, Vertretung, Vorbehalt

1. Hat der Arbeitgeber bei Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrages durch ein in seinem Einflussbereich eingegangenes Telefax die Kenntnismöglichkeit, dass die Arbeitnehmerin gegen den vormaligen befristeten Arbeitsvertrag Entfristungsklage erhoben hat, kann der Arbeitgeber nicht davon ausgehen, dass sich die Arbeitnehmerin mit dem vorbehaltlosen Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages zufrieden geben wird. Die Befristungskontrolle ist daher auch für den vorletzten Befristungsvertrag eröffnet.

2. Berufte sich der Arbeitgeber für die Rechtfertigung der Befristung auf den sachlichen Grund der Vertretung gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 3 TzBfG hat er darzulegen, von welchem nur vorübergehenden Bedarf er ausgehen will.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 11.10.2005, 3 Ca 3588–05

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 126. Schadensersatz, Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Chefarzt

Die durch persönliche Ermächtigung konkretisierte Möglichkeit eines Chefarztes, Abrechnungen gegenüber der kassenärztlichen Vereinigung vorzunehmen, ist als Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Schutzgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.

Als Eingriff in dieses Schutzgut ist es zu bewerten, wenn eine nachgeordnete Ärztin vor dem Zulassungsausschuss der kassenärztlichen Vereinigung wahrheitswidrige Angaben dergestalt macht, dass der Chefarzt ambulante Behandlungen nicht persönlich erbringt und dennoch mit der kassenärztlichen Vereinigung abrechnet.

Der Kläger ist für die Darlegung der Wahrheitswidrigkeit der Aussage darlegungs- und beweisbelastet. Der Kläger muss daher nach Bestreiten den Nachweis erbringen, dass er sich bei der Behandlung und Abrechnung der Patienten im Rahmen der persönlichen Ermächtigung bewegt hat.

Eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft hat keine Beweiskraft für das zivilprozessuale Verfahren.

■ Arbeitsgericht Würzburg

vom 01.09.2005, 4 Ca 1935/04 S

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

## Allgemeines Vertragsrecht

### 127. Freier Mitarbeiter; Statusfeststellung; Rückabwicklung; Bereicherungsanspruch; Prozessvergleich; Ausgleichsklausel, allgemeine; Auslegung; Schuldanerkenntnis, konstitutives –, negatives –

Eine allgemeine Ausgleichsklausel in einem gerichtlichen Beendigungsvergleich ist i.d.R. ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis i. S.d. § 397 Abs. 1 BGB. Sie ist grundsätzlich weit auszulegen. Von ihr erfasst werden i.d.R. alle Ansprüche, die nicht unmissverständlich in diesem Vergleich als weiter bestehend bezeichnet werden, soweit die Rechtsprechung keine Ausnahme macht (betriebliche Altersversorgung; Arbeitspapiere; Zeugnis). Dies gilt auch ohne weitere Zusätze wie „bekannt oder unbekannt“ oder „gleich aus welchem Rechtsgrund“ (einfache allgemeine Ausgleichsklausel).

Ein „Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“ im Sinne einer einfachen allgemeinen Ausgleichsklausel in einem Beendigungsvergleich ist auch ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers im Fall der nachträglichen Feststellung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses eines zunächst als „Freier Mitarbeiter“ und später als Arbeitnehmer Beschäftigten – auch wenn der Arbeitgeber daran bei Vergleichabschluss nicht dachte, er aber damit rechnen konnte.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 31.08.2005, 7 GA 18429/05, Berufung

### 128. Arbeitsvertrag, befristeter –; Änderungskündigung; Präklusion; Treu und Glauben; Diskriminierung

1. Wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis im Wege der Änderungskündigung in ein befristetes umgewandelt, so findet die Präklusionsfrist gemäß §§ 4, 7 KSchG mit der Folge Anwendung, dass nach Ablauf von 3 Wochen nach Zugang der Änderungskündigung die sachliche Rechtfertigung der Befristung gemäß § 7 KSchG fingiert wird.

2. Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, einen an sich wirksam befristeten Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit fortzusetzen, wenn er bei einem Arbeitnehmer die Erwartung geweckt und bestätigt hat, er werde bei Eignung und Bewährung unbefristet weiterbeschäftigt und der Arbeitgeber sich mit einer Ablehnung in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten und dem vom ihm geschaffenen Vertrauenstatbestand setzt. Bestätigt der Arbeitgeber diese Vorstellung des Arbeitnehmers auch noch während des Arbeitsverhältnisses, ergibt sich eine Selbstbindung des Arbeitgebers mit der Folge, dass der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss im Wege der Schadensersatz Erfüllung, d. h. den Abschluss eines Arbeitsvertrages verlangen kann.

3. Wird eine Bonuszahlung im Anstellungsvertrag von persönlichen Leistungen des Arbeitnehmers abhängig gemacht, stellt es einen sachlichen Differenzierungsgrund dar, wenn der Arbeitgeber in einem zur Probe befristeten Arbeitsverhältnis einen solchen Bonus nicht vorsieht.

zu 1.) Die Rechtmäßigkeit der Befristung folgt bereits aus

der Fiktionswirkung der §§ 4, 7 KSchG da der Kläger die Änderungskündigung mit der ursprünglich unbefristete Arbeitsvertrag in einen befristeten Vertrag umgewandelt wurde, nicht innerhalb der Frist des § 4 KSchG angegriffen hat. Grundsätzlich kann eine nachträgliche Befristung eines bis dahin unbefristet bestehenden Arbeitsverhältnisses auch im Wege der Änderungskündigung durch den Arbeitgeber erreicht werden (BAG, Urteil vom 25. April 1996–2 AZR 609/95, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 78; BAG, Urteil vom 20. November 1997–2 AZR 631/96, AP GVG § 18 Nr. 1; BAG, Urteil vom 08. Juli 1998–7 AZR 245/97, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 201). Wenn der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Änderungskündigung im Wege einer Änderungsschutzklage angreift, geht es zwar nicht um die Inhaltskontrolle der genannten Arbeitsbedingungen, sondern um die Sozialwidrigkeit der Änderung, jedoch soll nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes als Vorfrage in die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einfließen, ob die Befristung als solche durch sachliche Gründe gedeckt ist. Wenn aber als Frage der soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung die angebotenen Arbeitsbedingungen und damit die sachliche Rechtfertigung der angebotenen Befristung im Änderungskündigungsschutzverfahren mitzuprüfen sind und so an der materiellen Rechtskraft der Entscheidung teilnehmen, dann wird für den Arbeitnehmer, der keine Änderungsschutzklage erhebt, als Teil der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung die sachliche Rechtfertigung der Befristung gemäß § 7 KSchG fingiert, wenn die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG nach Zugang der Änderungskündigung abgelaufen ist (*Anuß/Thüsing/Masmann*, TzBfG, § 14 Rn 13; *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, TzBfG § 14 Rn 23; *KR-Lipke*, § 14 TzBfG Rn 11). Der gegenteiligen Auffassung, dass § 17 TzBfG (bzw. früher § 1 Abs. 5 BeschFG) *lex speciatim* gegenüber §§ 2, 4 KSchG sei (so *Berkowski*, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000, § 152 Rn 23; *ErfK/Müller-Glöge*, § 14 TzBfG Rn 19), kann nicht gefolgt werden. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, wonach bei der Änderungskündigung zur Befristung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses der Sachgrund der Befristung im Rahmen der sozialen Rechtfertigung der Kündigung mitzuprüfen ist, ergibt sich, dass im Falle der Versäumung der Klagefrist der §§ 2, 4 KSchG die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung und damit auch der Sachgrund der Befristung fingiert wird.

Grundsätzlich mag der Schutzzweck des § 17 TzBfG dahin gehen, dem Arbeitnehmer bis zum Auslaufen des befristeten Arbeitsverhältnisses Zeit zu geben, um die Befristung überprüfen zu lassen. Allerdings besteht in den Fällen, in denen die Befristung eines Arbeitsverhältnisses im Wege einer Änderungskündigung herbeigeführt wird, die Besonderheit, dass dem Arbeitnehmer, der den Vorteil des unbefristeten Arbeitsverhältnisses verlieren soll, die Klagemöglichkeit des § 2 KSchG eröffnet ist. Es ist nicht ersichtlich, warum dem Arbeit-

## Allgemeines Vertragsrecht

nehmer ein doppelter Rechtsschutz, einmal über § 2 KSchG und dann noch einmal über § 17 TzBfG, eingeräumt werden soll, wenn diese sachliche Rechtfertigung der Befristung bereits Prüfungsgegenstand der sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung ist. Dem steht die o. g. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 08. Juli 1998 nicht entgegen. Dort hat der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichtes (in einem obiter dictum) ausgeführt, dass dem Arbeitnehmer sowohl die Möglichkeit der Änderungsschutzklage nach § 2 Satz 1 KSchG als auch die Entfristungsklage nach § 1 BeschFG zu erheben, offen stehe. Seit dieser Entscheidung sind aber sowohl das Befristungsrecht als auch das Kündigungsschutzrecht teilweise neu geregelt worden. Insbesondere erfasst die Präklusionswirkung des § 7 KSchG nunmehr (mit Ausnahme der Schriftform) alle Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung, § 4 Satz 1 und 2 KSchG. Sinn und Zweck dieser Neuregelung bestand darin, Rechtssicherheit für sämtliche Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung zu schaffen. Dies spricht für eine auch die sachliche Rechtfertigung der Befristung umfassende Fiktionswirkung des § 7 KSchG, auf den in § 17 TzBfG verwiesen wird. Es kann dann nicht davon ausgegangen werden, dass § 17 TzBfG generell eine Spezialnorm gegenüber den §§ 2, 4 KSchG darstellt. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht eben darin, dass die Befristung nicht isoliert abgeschlossen wurde, sondern im Wege einer Änderungskündigung durch den Arbeitgeber herbeigeführt wurde. Insofern ergibt sich aus der zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, dass die Klagefrist des § 17 TzBfG im Falle der vorbehaltlosen Annahme einer Änderungskündigung wegen der §§ 4, 7 KSchG leerläuft.

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main  
vom 01.11.2005, 8 Ca 2628/05, Berufung eingelegt  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Wulf Gravenhorst, Heinschmölle-Straße 12, 40227 Düsseldorf, Tel.: 0211/720670,  
Fax: 0211/7206711, e-mail: wg@kanzlei-arbeitsrecht.de;  
www.kanzlei-arbeitsrecht.de

### 129. Betriebsübergang, Funktionsnachfolge

1. Übernimmt ein Erwerber von dem Veräußerer die Hardwarebetreuung einer Klinik, ist dies kein Betriebsteilübergang, sondern lediglich eine Funktionsnachfolge.

2. Geht der einzige in der Hardwarebetreuung beim Veräußerer beschäftigte Arbeitnehmer auf den Erwerber über, arbeitet für diesen ca. 2 Jahre und wird dort schließlich gekündigt, so hat er gegen seinen (ursprünglichen) Arbeitgeber einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen.

■ Arbeitsgericht Leipzig  
vom 24.02.2006, 15 Ca 4876-03  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224,  
e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 130. Arbeitszeitkonto, Ersetzungsbefugnis, Überstundenkonto, Überstundenvergütung, Überstundenzuschlag

Vereinbaren die Parteien ein Überstundenkonto und die vorrangige Verrechnung der Überstunden mit zu gewählender Freizeit, so besteht bei der Verrechnung von Freistunden nicht zugleich ein Anspruch auf Zahlung eines Überstundenzuschlags. Ein solcher Anspruch bedarf einer zusätzlichen Vereinbarung.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 27.07.2005, 1 Sa 36/05, Revision nicht zugelassen

### 131. Abtretung; Treuhandverhältnis, gesetzliches –; Unfallversicherung, private; Verzicht

Der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf Auszahlung der Rentenleistungen einer privaten Unfallversicherung ergibt sich aus einem Treuhandverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat gegen den Arbeitgeber aus dem Treuhandverhältnis zudem einen Anspruch auf „Abtretung“ der gegenüber der Versicherung bestehenden Rentenansprüche dahingehend, dass der Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers auf das Verfügungsrecht aus § 76 Abs. 1 VVG verzichtet.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 18.08.2005, 1 Sa 171/05, Revision nicht zugelassen

### 132. Befristung; Personalrat; Zustimmung; Überbrückung, soziale

Veranlasst eine Arbeitnehmerin unter Einbeziehung eines Personalratsmitglieds die Arbeitgeberin zum Abschluss eines weiteren befristeten Arbeitsvertrags, so kann sie sich nicht auf die fehlende Zustimmung des Personalrats zur Befristungsvereinbarung berufen, wenn die weitere Befristung lediglich zwei Tage nach dem erfolgreichen Fortsetzungsbegehren beginnen soll.

Der Sachgrund der sozialen Überbrückung setzt nicht voraus, dass es der Arbeitnehmerin gerade auf den Abschluss eines befristeten Vertrages ankommt

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 30.06.2005, 1 Sa 1020/04

### 133. Berufungsbegründung, ordnungsgemäße –; Einheit des Verhinderungsfalles

1. Eine Berufung ist nicht ordnungsgemäß begründet und damit unzulässig, wenn das Arbeitsgericht seine Entscheidung auf eine Haupt- und eine Hilfsbegründung gestützt hat und die Berufungsbegründung sich nur mit der Hilfsbegründung auseinandersetzt.

2. Schließt sich eine Erkrankung an eine länger als 6 Wochen dauernde Erkrankung nahtlos an, dann entsteht nach § 3 Abs. 1 S. 1 EntGFG selbst dann kein erneuter Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn es sich bei der weiteren Erkrankung um keine Fortsetzungserkrankung, sondern um eine neue Er-

## Allgemeines Vertragsrecht

krankung gehandelt hat (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 23.11.2004, 2 Sa 666–04, Revision nicht zugelassen

### 134. Berechnung; Betriebsrente, vorgezogene –

Es erscheint zweifelhaft, ob ein Arbeitgeber, der in seinem Versorgungsversprechen keine Aussage darüber macht, wie sich die Betriebsrente im Fall der vorgezogenen Inanspruchnahme berechnet, diese weiterhin ein zweites Mal nach dem m/n-tel Prinzip kürzen kann. Jedenfalls erscheint es nur zulässig, den statistisch geschuldeten Gesamtbetrag der Rente anteilig auf die längere Bezugsdauer zu verteilen. Die Betriebszugehörigkeit ist kein Maßstab für die Mehrkosten, die durch den früheren Rentenbezug ausgelöst werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 25.07.2005, 2 Sa 1196–04, Revision zugelassen

### 135. Weihnachtsgeld, Insolvenz, Masseverbindlichkeit

1. Ist eine Weihnachtsgratifikation Ende November fällig und wird sie auch regelmäßig zu diesem Termin an den Arbeitnehmer ausgezahlt, so kann ein zeitlich nachfolgendes Ereignis (Weihnachten) grundsätzlich keine Anspruchsvoraussetzung sein. Hierfür wären entsprechende Rückzahlungsvereinbarungen für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens des Arbeitnehmers erforderlich.

Es gilt hier deshalb auch nicht die ungeschriebene Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis an Weihnachten bei Bestand gewesen sein muss. Soweit das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 30.03.1994 – 10 AZR 134/93 – (NZA 1994, 651) eine arbeitsvertragliche Weihnachtsgeldregelung gegenteilig ausgelegt hat, kommt dies hier wegen der besonderen Umstände des vorliegenden Falles nicht in Betracht.

2. Der Weihnachtsgeldanspruch eines Arbeitnehmers stellt eine Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar, wenn die Weihnachtsgeldzahlung allein zur Belohnung der Betriebstreue gezahlt wird.

Zu 2.) Zunächst ist die Weihnachtsgratifikation nicht bereits aufgrund des Umstands der Insolvenzeröffnung selbst abgeschlossen. Auch in der Insolvenz sind Weihnachtsgratifikationen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, zu zahlen (so bereits BAG, Urteil vom 18.12.1964, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Gratifikation). Fraglich ist insoweit allein, ob es sich dabei insgesamt um Masseverbindlichkeiten im vorgenannten Sinn handelt, oder ob zeitanteilig zu ermitteln ist, in welchem Umfang die Gratifikation auf den Zeitraum vor bzw. nach der Insolvenzeröffnung entfällt (so undifferenziert für jegliche Art betrieblicher Sonderleistungen *Braun/Bäuerle*, InsO, 2. Auflage 2004, § 55 Rz 34).

Richtigerweise ist insoweit auf den Charakter und den Zweck der einzelnen Gratifikation abzustellen. Handelt es sich – wie beim 13. Monatsgehalt – um eine Sonderleistung des

Arbeitgebers die sich den einzelnen Monaten zuordnen lässt, so bedarf es einer Aufteilung im vorgenannten Sinn. Nur der Teil, der auf die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entfällt, stellt dann eine Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO dar. Soweit die Gratifikationszahlung eine Gegenleistung für vor der Verfahrenseröffnung verrichtete Dienste darstellt, liegt eine Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO vor. Anders ist dies bei einer Sonderleistung, die einzelnen Beschäftigungsmonaten oder Zeitabschnitten nicht zugeordnet werden kann. Geht es nämlich allein um die Belohnung von geleisteter Betriebstreue, was beispielsweise regelmäßig durch eine Stichtagsregelung zum Ausdruck kommt, hat der Arbeitnehmer keine anteiligen Ansprüche, sondern der Gratifikationsanspruch entsteht immer erst mit Erreichen des Stichtages bzw. Erbringung der mit Gratifikation belohnten Betriebstreue. Hierfür stellt die Weihnachtsgratifikation ein typisches Beispiel dar (vgl. *Küttner/Griese*, Personalbuch, 12. Auflage 2005, Gratifikation Rz 10 m. w. N.). Eine solche Weihnachtsgeldvereinbarung haben die Parteien im vorliegenden Fall getroffen. Der Arbeitsvertrag spricht in Ziffer 2b) ausdrücklich von der Zahlung eines Weihnachtsgeldes. Diese Weihnachtsgeldzahlung ist immer mit der Novemberabrechnung eines jeden Jahres erfolgt. Damit liegt auch eine ungeschriebene Stichtagsregelung vor. Gegenteilige Anhaltspunkte, die für eine Entgeltregelung sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist, wie oben im Einzelnen dargestellt – auch die Tarifregelung bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen nicht in Bezug genommen. Aus dem damit zweifelsfrei feststehenden Gratifikationscharakter der arbeitsvertraglichen Weihnachtsgeldregelung folgt deren Einordnung als sonstige Masseverbindlichkeit im Sinne von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO (vgl. Münchener Kommentar/*Hafermehl*, InsO 2001, § 55 Rz 172 ff.; *Uhlenbruck*, InsO, 12. Auflage 2003, § 55 Rz 64; ebenso bereits zur früher geltenden Konkursordnung BAG, Urteil vom 23.05.1967–5 AZR 449/66 – , AP Nr. 3 zu § 59 KO).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 07.12.2005, 3 Sa 1055/05, Revision nicht zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Frank Jansen, Hainstraße 14, 36251 Bad Hersfeld, Tel: 06621/74068, Fax: 06621/76854, e-mail: kanzlei@goeb-jansen.de; www.goeb-jansen.de

### 136. Betriebliche Übung, Reisekosten

Auch Reisekosten und Spesen für die Teilnahme an Sitzungen der Tarifkommission können Gegenstand einer betrieblichen Übung sein.

Der nötige arbeitsvertragliche Bezug zur Begründung einer betrieblichen Übung für den Ersatz notwendiger Auslagen für die Teilnahme kann sich dabei aus dem Umstand ergeben, dass ein einschlägiger Tarifvertrag eine Entgeltfortzahlung für die Teilnahme an Tarifkommissionssitzungen enthält.

Aufgrund tarifvertraglicher Bestimmungen haben Mitglieder der Tarifkommission einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Die Beklagte hat aber seit 1988 durchgängig an alle Mitglieder der Tarifkommission Spesen und Reisekosten gezahlt.

Damit ist, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts eine betriebliche Übung entstanden. Das Institut der betrieblichen Übung ist gewohnheitsrechtlich anerkannt. Die regelmäßige gleichförmige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen der Arbeitnehmer einen konkreten Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ableiten kann, ihm soll eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden, begründet diese Übung. Eine betriebliche Übung ist grundsätzlich bei jedem Verhalten, bezogen auf alle Arbeitsvertragsinhalte denkbar. Eine Beschränkung darauf, dass lediglich unmittelbar mit dem Arbeitsvertrag zusammenhängende Leistungen Gegenstand einer Anspruchsbegründung durch betriebliche Übung darstellen können, gibt es nicht. Der Anwendungsbereich der betrieblichen Übung ist weit gesteckt. Jede Arbeitsvertragsbedingung kann durch betriebliche Übung Bestandteil des Arbeitsverhältnisses werden, so z. B. Fahrtkostenzuschüsse, Fortbildungskosten oder Trennungschädigungen.

Dass die Tätigkeit in der Tarifkommission im Zusammenhang mit dem Umstand, dass im Unternehmen der Beklagten Haustarife abgeschlossen werden, keinen arbeitsvertraglichen Bezug habe, lässt sich nicht feststellen. Ein arbeitsvertraglicher Bezug ist gegeben, auch wenn im Rahmen der Tarifkommission die Mitarbeiter primär von der Zielsetzung her Gewerkschaftsarbeit leisten. Aus dem Umstand, dass die Tarifpartner die Verpflichtung zur Weiterzahlung des Entgelts bei Teilnahme an Tarifkommissionen festgeschrieben haben, lässt sich der Schluss ziehen, dass auch bei dieser Tätigkeit ein arbeitsvertraglicher Bezug enthalten ist. Wenn in einem Tarifvertrag eine Entgeltfortzahlung für die Teilnahme an Tarifkommissionssitzungen festgeschrieben ist, sind die für die Teilnahme notwendigen entstandenen Auslagen ebenso mit einem arbeitsvertraglichen Bezug versehen.

Da die Beklagte seit 1988 regelmäßig für alle Tarifkommissionsmitglieder Fahrtkosten und Spesen gezahlt hat, hat sie hiermit gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, dass sie mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen handelt, die Zahlungen erfolghen vorbehaltlos auch in den Zeiten, in denen der Tronc nicht ausreichte, um alle Zahlungen, die die Beklagte aus dem Tronc entnehmen darf, zu erfüllen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.09.2005, 4 Sa 466/05, Revision nicht zugelassen

### 137. Karenzentschädigung, Nebentätigkeit, Wettbewerbsverbot

Einnahmen aus einer Nebentätigkeit, die bereits während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses ausgeübt wurde, berühren den Anspruch auf Karenzentschädigung nicht. Es besteht kein Zusammenhang zwischen dem Erwerb und dem Wettbewerbsverbot.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 25.11.2004, 4 Sa 618/04, Revision nicht zugelassen

### 138. Diskriminierung, Schwerbehinderung, Anforderungsprofil

Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, das Anforderungsprofil einer zu besetzenden Stelle festzulegen. Entspricht der Bewerber nicht dem Anforderungsprofil, auch wenn er höher qualifiziert ist, und wird er deswegen nicht im Auswahlverfahren berücksichtigt, liegt selbst dann keine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung vor, wenn der Arbeitgeber bei der Bewerbung Verfahrensvorschriften nicht eingehalten hat (hier: unterbliebene Mitteilung an die Bundesagentur für Arbeit, unterbliebene Einladung zum Vorstellungsgespräch).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 01.09.2005, 4 Sa 865/04, Revision zugelassen

### 139. Dienstvereinbarung, Arbeitszeit, Öffnungsklausel

Eine Dienstvereinbarung, die die Arbeitszeit bei gleich bleibender Vergütung verlängert und anschließend die Arbeitszeit mit verhältnismäßiger Vergütungskürzung herabsetzt, verstößt nicht gegen die Öffnungsklausel der Anlage 1 zu den AVR Caritas Abschnitt II b.

Auch der wirkliche Wille der Richtliniengeber und der damit von ihm beabsichtigte Zweck der Bestimmungen ist mit zu berücksichtigen. Durch die Übergangsklauseln soll es durch Dienstvereinbarung möglich sein, zur Meidung betriebsbedingter Kündigungen und zum Erhalt von Arbeitsplätzen Personalkosten zu reduzieren. Dies ergibt sich ausdrücklich aus dem Einleitungssatz. Die Absenkung des Urlaubsgeldes und die Absenkung der Weihnachtzuwendung in der dort vorgesehenen Höhe führen direkt zu einer Personalkostenreduzierung. Eine Verlängerung der regelmäßigen Arbeitszeit auf bis zu 40 Wochenstunden bei gleich bleibender Vergütung führt in den Einrichtungen zur Personalkostenreduzierung, in denen der bestehende Personalbedarf nicht ausreicht, die vorhandene Arbeitsmenge zu bewältigen, weil durch Erhöhung der Arbeitszeit der Mitarbeiter bei gleich bleibender Vergütung entweder anderweitig Personal nicht eingestellt werden muss oder aber Mehrarbeit entfällt. Übersteigt also die Arbeitsmenge die Ressourcen des vorhandenen Personalbestandes, kann durch eine Vereinbarung gem. Nr. 3 der Öffnungsklauseln eine Personalkosteneinsparung erreicht werden. Anders verhält es sich in Einrichtungen, die personell überbesetzt sind, also in denen die Arbeitsmenge geringer ist als die planmäßig zu erwartende Arbeitsleistung der Arbeitnehmer. In diesen Fällen kann durch Reduzierung der Arbeitszeit bei entsprechender Verringerung der Arbeitsvergütung ebenfalls eine Reduzierung der Personalkosten eintreten.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 03.03.2005, 4 Sa 884/04, Revision zugelassen



**140. Zeugnis; Unterschrift, ordnungsgemäße –**

1. Eine vom Arbeitgeber im Arbeitszeugnis verwendete überdimensionierte, im Wesentlichen aus bloßen Auf- und Abwärtslinien bestehende Unterschrift ist nicht ordnungsgemäß, wenn dadurch der Verdacht aufkommen kann, der Arbeitgeber wolle sich von dem Zeugnisinhalt, zu dessen Aufnahme in das Zeugnis er durch rechtskräftiges Urteil verpflichtet worden ist, distanzieren.

2. Der Arbeitgeber wird durch die Beschränkung der Freiheit, eine Unterschrift beliebig zu gestalten, nicht in unzumutbarer Weise in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) beeinträchtigt. Das auf Art. 12 GG gestützte Interesse des Arbeitnehmers an der – durch Vorlage eines ordnungsgemäßen Zeugnisses erleichterten – Wiedererlangung eines Arbeitsplatzes ist gewichtiger.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 29.07.2005, 4 Ta 153/05, Rechtsmittel nicht zugelassen

**141. Altersteilzeit, Insolvenz, Betriebsübergang**

Übernimmt der Arbeitgeber einen Betrieb nach Insolvenzeröffnung, geht das Altersteilzeitarbeitsverhältnis nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf ihn über. Er schuldet Arbeitsentgelt für den Teil der Freistellungsphase, der dem Zeitraum entspricht, in dem der Kläger nach der Insolvenzeröffnung während der Arbeitsphase Arbeitsleistungen erbracht hat. Bei dieser „spiegelbildlichen“ Zuordnung nach der Rechtsprechung des BAG (19.10.2004–9 AZR 647/03) handelt es sich bei geometrischer Betrachtung auf derselben Zeitachse um eine Parallelverschiebung. Die Lage der Zeitabschnitte ist gleich, nicht um den Zeitpunkt der Beendigung der Arbeitsphase gespiegelt.

Die in den Zeitabschnitten der Arbeits- und Ruhensphase fälligen Ansprüche sind vom Arbeitgeber zu erfüllen. Für Ansprüche des Arbeitnehmers außerhalb dieser Zeiträume ist hingegen der Insolvenzverwalter einstandspflichtig. Da der Arbeitgeber folglich Arbeitsentgelt für einen feststehenden Zeitraum schuldet, kann er eine Vergütungszahlung im Ruhezeitraum nicht nach § 366 Abs. 1 BGB einseitig Monaten zuordnen, die in die Haftungssphäre des Insolvenzverwalters fallen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn er auf eine fremde Schuld leisten will und dies dem Arbeitnehmer gegenüber erklärt.

Im Zweifel will der Arbeitgeber seine eigene Verbindlichkeit erfüllen. Hat er das Gegenteil zum Ausdruck gebracht, bleibt es ihm unbenommen, die auf die „falschen“ Freistellungsmonate erfolgte Zahlung im Nachhinein mit schuldbefreiender Wirkung zu korrigieren.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 19.12.2005, 5 Sa 1326/04, Revision zugelassen

**142. Handelndenhaftung, Vorgesellschaft, Vorgründungsgesellschaft**

Die so genannte Handelndenhaftung des § 41 Abs. 1 Satz 2 AktG kommt im Vorgründungsstadium, also noch vor Errich-

tung der Vor – AG, nicht zur Anwendung, weil insoweit eine grundsätzliche unbeschränkte Haftung der an der Vorgründungsgesellschaft beteiligten Gesellschafter besteht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 04.08.2005, 6 (4) Sa 527/05, Revision zugelassen

**143. Verlängerung, Arbeitszeit**

Der freie Arbeitsplatz i. S.d. § 9 TzBfG ist dann nicht vorhanden, wenn es sich um einen geringfügigen Beschäftigungsumfang handelt (4 Std./Woche), der von einer neuen Kraft besetzt werden soll, sodass der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Zuweisung dieses Stundendeputats hat.

Der Zusammenlegung eines freien befristeten Arbeitsplatzes mit dem Arbeitsplatz eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers stehen dringende betriebliche Gründe entgegen, wenn der Arbeitgeber an eine Planstellenvorgabe gebunden ist und eine Aufstockung der Arbeitszeit nur innerhalb der organisatorischen Gegebenheiten umgesetzt werden kann.

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, ein freies Stundendeputat auf zwei Arbeitnehmer, die gleiche Sozialdaten aufweisen, aufzuteilen, sondern kann sich auf sein Organisationsinteresse stützen und einem Arbeitnehmer den gesamten Deputatanteil zuweisen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 14.04.2005, 6 Sa 17/05, Revision zugelassen

**144. Altersversorgung, betriebliche –; Pensionsverpflichtungen, Schuldbeitritt**

Übernimmt ein Arbeitgeber im Übernahmevertrag neben dem gesamten Betrieb ausdrücklich auch die laufenden Pensionszahlungsverpflichtungen, ist dies zumindest dann nach § 4 Abs. 1 S. 2 BetrAVG unwirksam, wenn ehemalige Arbeitnehmer und der Pensionsversicherungsverein nicht ausdrücklich zugestimmt haben.

Folge einer solchen Unwirksamkeit ist in einem Fall, in dem die laufenden Pensionen nur einen geringen Teil des Gesamtgeschäfts ausmachen, nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages. Eine ergänzende Vertragsauslegung ergibt vielmehr, dass der Übernehmer sich zum Schuldbeitritt verpflichtet hat, so dass er die Betriebsrentenzahlung an die ehemaligen Arbeitnehmer zusätzlich zur ehemaligen Betriebsinhaberin schuldet, diese im Innenverhältnis zur ehemaligen Betriebsinhaberin aber alleine zu tragen hat.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 26.07.2005, 6 Sa 100/05, Revision nicht zugelassen

**145. Eingruppierung, Vorhalten von Spezialkenntnissen**

Anforderungen, die über die bisherige Eingruppierungsstufe hinausgehen, sind auch dann in Bezug auf die Eingruppierung als prägend zu bewerten, wenn die tatsächliche Anwendung unter der Hälfte der Arbeitsvorgänge liegt. Die qualifizieren-

## Allgemeines Vertragsrecht

den Kenntnisse sind anwendungsbereit beim Arbeitnehmer vorhanden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 10.03.2005, 6 Sa 149/04, Revision zugelassen

### 146. Ausbildungsvergütung, Zeitsoldat

Ein Verzicht auf die Ausbildungsvergütung durch einen Erwachsenen kann dann rechtlich wirksam erklärt werden, wenn beide Parteien davon ausgehen, dass die Daseinsbewältigung durch Leistungen Dritter für den Ausbildungszeitraum gesichert ist (hier Übergangsgelöbnisse bei einem Zeitsoldaten).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 19.05.2005, 6 Sa 231/05

### 147. Caritas, Weiterbildungsvertrag und Rückzahlungsvereinbarung

Die AVR-Caritas sind keine Regelungen i. S. d. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB und werden nur durch Parteivereinbarung Vertragsinhalt. Bei der Frage der Wirksamkeit von Rückzahlungsvereinbarungen kann eine geltungserhaltene Reduktion stattfinden.

Die Berufungskammer geht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme davon aus, dass die AVR weder Tarifverträge noch Betriebs- und Dienstvereinbarung i. S. d. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB sind. Der einvernommene Zeuge A. hat ausgesagt, dass zwar die Kommission, die paritätisch besetzt ist, wobei die Mitglieder jeweils unmittelbar gewählt und entsandt werden, ihre Beschlüsse mit 3/4 Mehrheit fasst. Jedoch fehlt diesem Gremium die für die Annahme einer Vereinbarung i. S. d. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB erforderliche Qualität, nämlich die Verbindlichkeit durch den Beschluss der Kommission. Der Zeuge A. hat ausgesagt, dass zwar die Beschlüsse der Kommission in der Verbandszeitschrift „Neue Caritas“ veröffentlicht werden und nach § 15 der Verordnung auch damit in Kraft treten, ohne darauf zu warten, ob der Bischof der jeweiligen Diözese den Beschluss für seinen Bereich auch tatsächlich in Kraft setzt. Denn dann, wenn ein Bischof sich dazu entschließt, die Beschlüsse der Kommission für seinen Bereich nicht in Kraft zu setzen, würden sie für die Mitarbeiter in der Diözese keine Wirksamkeit entfalten. Diese Handhabung, wenn auch rein theoretisch und, so der Zeuge A., bislang noch nicht vorgekommen, verhindert die Annahme, dass die AVR Über-einkünfte i. S. d. § 310 Abs. 4 Satz 1 und 3 BGB sind.

Die AVR werden damit Inhalt des Arbeitsvertrages nur dann, wenn auf sie im Arbeitsvertrag Bezug genommen wird, wie es im vorliegenden Fall in den Arbeitsverträgen als auch in dem so genannten Weiterbildungsvertrag erfolgt ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 11.11.2004, 6 Sa 260/04, Revision zugelassen

### 148. Freistellung in der Insolvenz, einstweilige Verfügung, Betriebsratmitglied

1. Ein Insolvenzverwalter, der den Arbeitnehmer nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit wegen fehlenden Beschäfti-

gungsbedarfs von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freistellt, muss hierbei billiges Ermessen im Sinne des § 315 BGB beachten

2. Die Anordnung der Freistellung ist unbillig, wenn der Insolvenzverwalter nicht unverzüglich Maßnahmen ergreift, um das Arbeitsverhältnis zum schnellstmöglichen Zeitpunkt zu beenden.

3. Die Anordnung der Freistellung ist auch dann unbillig, wenn der Insolvenzverwalter die Freistellung damit begründet, der Arbeitnehmer – Betriebsratsvorsitzender – habe ohnehin kaum noch Arbeiten für den Betrieb verrichtet. In diesem Fall wäre die Frage der Erforderlichkeit der Betriebsrats-tätigkeit zu Lasten des Betriebsratsmitglieds auf die insolvenzrechtliche Freistellung verlagert.

4. Hat der Insolvenzverwalter den Arbeitnehmer freigestellt, scheidet eine einstweilige Verfügung, mit der der Beschäftigungsanspruch eingeklagt wird, im Hinblick auf den Verbrauch des Arbeitslosengeldanspruches in der Regel nicht am Verfügungsgrund.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 30.08.2005, 6 Sa 273/05, unanfechtbar

### 149. Arbeitsvertrag, Bezugnahme, Tarifvertrag

Der Arbeitgeber muss den Tarifvertrag genau im Arbeitsvertrag bezeichnen, wenn er sich auf eine darin enthaltene Ausschlussfrist berufen will.

Die Ansprüche der Klägerin sind (auch) nicht durch die Ausschlussfrist des § 23 im Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten im Gebäudereinigerhandwerk verfallen, wobei dieser Tarifvertrag für den fraglichen Zeitraum der Beschäftigung der Klägerin bei der Beklagten allgemein verbindlich erklärt worden ist.

Der Umstand, dass dieser Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt wurde, entbindet den Arbeitgeber nicht von der Hinweispflicht, die ihn nach § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 Nachweisgesetz trifft, wonach in die Niederschrift des Arbeitsvertrages ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind, aufzunehmen ist, da nach § 2 Abs. 1 auch tarifvertragliche oder gesetzlich geregelte Vertragsbedingungen aufzunehmen sind, wobei jedoch ein allgemeiner Hinweis auf den einschlägigen Tarifvertrag als ausreichend erachtet wird (BAG, Urteil vom 29.05.2002 – 5 AZR 105/01).

Dieser Auffassung schließt sich die erkennende Kammer an, wobei sie jedoch bei dem vorliegenden Vertragsexemplar, welches von beiden Parteien unterschrieben worden ist, nicht feststellen kann, dass diese geringeren Anforderungen erfüllt sind. Zwar ist in §§ 2, 4, 5 Ziffer 6 und 6 Ziffer 2 des Arbeitsvertrages im Hinblick auf Lohn, Urlaub, Freistellung aus besonderem Anlass und der Kündigungsfrist Hinweise auf einen Tarifvertrag enthalten, weil dort von tariflichen Vorschriften oder Tariflohn die Rede ist, jedoch ist nirgendwo festgehalten, um welchen Tarifvertrag es sich handelt. Lediglich in § 11



## Allgemeines Vertragsrecht

Ziffer 3 ist niedergeschrieben, dass neben den hier getroffenen Vereinbarungen die Vorschriften der Tarifverträge für das Gebäudereinigerhandwerk gelten nur soweit und solange sie allgemein verbindlich sind. Davon abgesehen, dass diese Vertragsklausel eigentlich überflüssig ist, weil dann, wenn der Gebäudereinigerhandwerkertarifvertrag allgemein verbindlich erklärt worden ist, er auch ohne diese Bezugnahme auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, wenn die sachlichen, örtlichen und persönlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit erfüllt sind, und er keine Anwendung findet, wenn er nicht kraft Vereinbarung für anwendbar erklärt worden ist, sieht die Kammer in dieser Klausel nicht die Erfüllung der Nachweispflicht i. S. des § 2 Nachweisgesetz, weil der Tarifvertrag nicht bezeichnet ist, und auch nicht klargestellt ist, dass er tatsächlich auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, wie es § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 Nachweisgesetz fordert. Der Klägerseite ist zuzugestehen, dass die Vorschriften im Nachweisgesetz, ohne auf die neuen schuldrechtlichen Bestimmungen abzuheben, den Sinn und Zweck verfolgen, dem Arbeitnehmer leicht die Möglichkeit einzuräumen, erkennen zu können, ob ein Tarifvertrag Anwendung findet. Dies kann der hiesigen Vertragspassage nicht entnommen werden, so dass auch ein berufen auf die Ausschlussfrist durch die Beklagte zwar zulässig ist, weil allein der Verstoß gegen die Pflichten nach § 2 Nachweisgesetz nicht dazu führt, die tarifvertraglichen Regelungen außer Kraft zu setzen (BAG, Urteil vom 05.11.2003 – 5 AZR 676/02 –), so dass auch die von der Kammer als schlüssig dargelegten Klagebestandteile eigentlich aufgrund der zweistufigen Ausschlussfrist des § 23 Rahmentarifvertrag des Gebäudereinigerhandwerkes ausgeschlossen sind. Da die Klägerin am 04. Juli 2003 ausgeschieden ist, hätte Abrechnung am 15.08.2003 erfolgen müssen, so dass das Geltendmachungsschreiben vom 02.10.2003 noch innerhalb der ersten Stufe der 2 Monate gelegen hat, während die sich daran anschließende 2-monatige Klagefrist von der Klägerin nicht eingehalten worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 14.07.2005, 6 Sa 315/05

### 150. Mobbing, Ausgleichsklausel, Aufhebungsvertrag

Die Regelung in einem Aufhebungsvertrag, wonach sämtliche Ansprüche des Arbeitnehmers aus seinem Arbeitsverhältnis und aus Anlass von dessen Beendigung – gleich aus welchem Rechtsgrund – abgegolten sein sollen, kann auch etwaige Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche des Arbeitnehmers gegen seinen Vorgesetzten wegen sog. Mobbing erfassen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 26.08.2005, 6 Sa 633/05

### 151. Befristung, Programmgestaltung, Redakteur

Redakteure, die Programmbestandteile für ein sog. Fensterprogramm erstellen, sind programmgestaltend tätig,

auch wenn die Sendezeiten und anderes vom Hauptsender vergeben werden, soweit die Inhalte in freier Darstellung bearbeitet werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 07.04.2005, 6 Sa 1005/04, Revision zugelassen

### 152. Widerrufsvorbehalt

Ist eine Gratifikation nach einem Formularvertrag „eine jederzeit widerrufliche freiwillige Leistung, aus der ein Anspruch nicht hergeleitet werden kann“, so begründet dies lediglich einen Widerrufsvorbehalt des Arbeitgebers für einen entsprechenden Anspruch des Arbeitnehmers.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 19.08.2005, 6 Sa 1106/05

### 153. Befristung; Dienstunfähigkeit, vermutete –; Kettenbefristung, Rückkehrprognose

1. Der Befristungsgrund der Vertretung erfordert eine positive Prognose darüber, dass der zu vertretende Mitarbeiter nochmals an seinen Arbeitsplatz zurückkehren wird.

2. Bei so genannten Kettenbefristungen sind mit fortschreitender Zeit und wachsender Anzahl einander ablösender Vertragsbefristungen umso strengere Anforderungen an die Prognose zu stellen.

3. Der beamtenrechtliche Tatbestand der vermuteten Dienstunfähigkeit gemäß § 45 1 2 LBG NRW stellt ein erhebliches Indiz gegen eine positive Rückkehrprognose dar.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 09.03.2005, 7 (11) Sa 1242/04, Revision nicht zugelassen

### 154. Kündigung, fristlose –; Versetzung; Leistungswille; Annahmeverzug

1. In den Fällen des § 296 BGB, in denen selbst ein wörtliches Arbeitsangebot des Arbeitnehmers entbehrlich ist, muss der Arbeitnehmer seine Leistungsbereitschaft nicht nachweisen. Es ist vielmehr Sache des Arbeitgebers, den fehlenden Leistungswillen darzutun.

2. Dazu reicht es nicht aus, darauf hinzuweisen, dass der Arbeitnehmer verbal vehement gegen eine von Arbeitgeber angeordnete Versetzung protestiert hat, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer noch zu keinem Zeitpunkt am neuen Arbeitsort zum Dienst eingeteilt und konkret zur Aufnahme der Arbeit am neuen Standort aufgefordert hatte.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 25.05.2005, 7 (11) Sa 1347/04

### 155. Altersteilzeit, Lohnsteuerklasse, rechtsmissbräuchliches Verhalten

Wechselt der Arbeitnehmer die Lohnsteuerklasse, vereinbart der Arbeitgeber danach mit ihm die Altersteilzeit im Kombi-Modell und zahlt den Aufstockungsbetrag nach der neuen Lohnsteuerklasse (zwei Jahre lang), so liegt ein

## Allgemeines Vertragsrecht

rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers nicht vor.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 25.04.2005, 7 Sa 21/05, Revision zugelassen

### 156. Arbeitsvertragsrichtlinien, Transparenzgebot, Tarifvertrag, dynamische Anwendung

1. Eine im Arbeitsvertrag enthaltene Bezugnahmeklausel auf Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR), die vom Arbeitgeber erlassen werden, verstößt jedenfalls dann gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB, wenn die AVR bei Vertragsunterzeichnung noch nicht vorlagen.

2. Die einzelvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages in der jeweils geltenden Fassung stellt bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber eine Gleichstellungsabrede dar, mit der die Anwendung von Tarifverträgen gegenüber nicht Tarifgebundenen einzelvertraglich begründet werden soll.

3. Im Falle des Wegfalls der Tarifbindung infolge einer Gesamtrechtsnachfolge gilt in entsprechender Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG die Nachwirkung des Tarifvertrages.

4. Zur Tarifablösung durch landesgesetzliche Regelung (§ 11 Abs. 5 Sächs. UniversitätsklinikAG – UKG –).

Zu 1.) Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den AGB möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGH NJW 2001, 2014 ff.). Dabei gebieten Treu und Glauben auch, dass die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH NJW, a. a. O.). Die bloße Verweisung in einem Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag soll nach der Rechtsprechung gegen das Transparenzgebot nicht verstoßen (BAG, Urteil vom 19.03.2003–4 AZR 331/02). Dies betrifft auch solche Tarifverträge, die zum Zeitpunkt der vereinbarten Verweisung noch nicht in Kraft waren, was bei einer dynamischen Verweisung regelmäßig der Fall sein dürfte. Auch wenn die Anwendbarkeit eines anderen Tarifvertrages herbeigeführt wird, wie im Falle eines Verbandswechsels oder dem Abschluss eines Firmentarifvertrages, so werden Verletzungen des Transparenzgebots darin nicht gesehen. In allen diesen Fällen ist aber entscheidend, dass der Tarifvertrag, auf den Bezug genommen wird, auf der Arbeitnehmerseite von einer Gewerkschaft abgeschlossen wird. Daher ist davon auszugehen, dass die Rechte und Pflichten aus einem solchen Tarifvertrag ausgewogen geregelt sind und nichts enthalten, womit der Arbeitnehmer bei derartigen Verträgen nicht rechnen muss. Im hier zu entscheidenden Fall will die Beklagte die Anwendung von Vertragsbedingungen allein herbeiführen. Würde man es zulassen, dass sich die künftigen Vertragsbedingungen allein dadurch ändern, dass der Arbeitgeber sie einseitig festlegt, dann geschieht genau das, was die § 305 BGB verhindern wollen. Nämlich die Benachteiligung des Vertragspartners. Es ist schließlich unstreitig, dass die Beklagte mit den Richtlinien

die bisherigen Bedingungen gerade verschlechtern wollte. Abgesehen davon, würde dies u. U. zu einer Umgehung des § 2 KSchG führen. Da die Arbeitsvertragsrichtlinien bei Vertragsschluss am 29.10.2002 noch nicht vorlagen und der Klägerin nicht bekannt waren, verstößt die Bezugnahme auf diese AVB gegen das Transparenzgebot des § 307 BGB. Dies führt zur Unanwendbarkeit der AVB im Verhältnis zur Klägerin. (zu 2.) und 4.)

2.) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet ab 01.01.2003 der BAT-O in der am 31.12.2002 geltenden Fassung Anwendung.

Die Anwendbarkeit des BAT-O in seiner jeweiligen Fassung nebst den ergänzenden Tarifverträgen ergibt sich nicht aus einer beiderseitigen Tarifbindung der Parteien. Weder die Klägerin noch die Beklagte sind Mitglied der tarifschließenden Partei.

In § 2 des ursprünglichen Arbeitsvertrages vom 02.08.1991 ist wörtlich geregelt, dass sich das Arbeitsverhältnis nach dem Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts – Manteltarifliche Vorschriften – (BAT-O) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) jeweils geltenden Fassung richtet. Außerdem finden die für den Arbeitgeber jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung. Aus der vorstehenden Formulierung könnte sich ergeben, dass die Parteien uneingeschränkt und auf Dauer die Anwendung der tariflichen Bestimmungen gewollt haben. Allerdings geht die Rechtsprechung davon aus, dass Verträge nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen sind, wie sie die Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist zwar von dem Wortlaut auszugehen, aber zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände bei der Auslegung einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (vgl. BAG, Urteil vom 26.09.2001–4 AZR 544/00). Welche Bedeutung einer Bezugnahme auf die tarifliche Regelung zukommt, hat das BAG bisher daran gemessen, ob der Arbeitgeber bei Vertragsabschluss tarifgebunden war oder nicht. Dabei hat es festgestellt, dass der Zweck der vertraglichen Bezugnahme in einem vom tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag auf die einschlägigen Tarifverträge regelmäßig darin besteht, diejenigen Arbeitsbedingungen, die für die tarifgebundenen Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend gelten, auch für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer anzuwenden (vgl. BAG, Urteil vom 06.04.1955–1 AZR 365/54 – AP Nr. 7 zu Art. 3 GG; Urteil vom 22.08.1979–5 AZR 1066/77 – AP Nr. 3 zu § 611 BGB Deputat; Urteil vom 20.03.1991–4 AZR 455/90 – AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Urteil vom 04.09.1996–4 AZR 145/95 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; Urteil vom 04.08.1999–5 AZR 642/98 – AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Papierindustrie; BAG, Urteil vom 26.09.2001–4 AZR 544/00; BAG, Urteil vom 19.03.2003–4 AZR 331/02).

Damit soll typischerweise für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer der Anlass genommen werden, die – normative – Geltung der Tarifregelungen durch einen Gewerkschaftsbeitritt herbeizuführen. Daraus ergibt sich, dass der Zweck der Bezugnahme sich typischerweise darauf beschränkt, die – möglicherweise – fehlende Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers zu ersetzen, d. h. ihn einem tarifgebundenen Arbeitnehmer gleichzustellen, nicht aber dem nichttarifgebundenen Arbeitnehmer unabhängig von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers eine dauernde Teilhabe an der Tarifentwicklung zu gewährleisten. Es ist fern liegend anzunehmen, dass ein Arbeitgeber, der die Bezugnahmeklausel mit dem Ziel der Gleichstellung vereinbart, damit gegenüber den Nichttarifgebundenen eine Anwendung von Tarifverträgen begründen will, die über deren normative Geltung auf Grund der beiderseitigen Tarifgebundenheit für die Arbeitsverhältnisse mit tarifgebundenen Arbeitnehmern hinausreicht (BAG, Urteil vom 26.09.2001–4 AZR 544/00). Voraussetzung ist aber, dass Tarifgebundenheit des Arbeitgebers an die in Bezug genommenen Tarifverträge besteht (BAG, Urteil vom 30.08.2000–4 AZR 581/99 – AP Nr. 12 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, Urteil vom 19.03.2003–4 AZR 331/02). Im Ausgangsfall war die Arbeitgeberseite (Freistaat Sachsen) bei Vertragsschluss am 02.08.1991 unstreitig tarifgebunden. Daher handelt es sich bei der getroffenen Vereinbarung hinsichtlich der Anwendbarkeit des BAT-O um eine Gleichstellungsabrede.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Änderungsverträgen vom 21.08.2002 bzw. 29.10.2002.

Zu diesem Zeitpunkt war die Beklagte als nunmehrige Arbeitgeberin nicht mehr tarifgebunden. Tatsächlich haben die Parteien im Vertrag vom 21.08.2002 hinsichtlich der Anwendbarkeit des Tarifvertrages überhaupt keine Regelung getroffen. Im letzten Änderungsvertrag ist in § 2 zwar der BAT-O genannt, die Parteien haben die Anwendbarkeit dieses Tarifvertrages aber nicht vorbehaltlos vereinbart. Die Parteien haben vielmehr geregelt, dass, soweit der BAT-O gemäß § 11 Abs. 5 UKG weiter gilt, dessen Bestimmungen ab 01.01.2003 gerade nicht mehr anzuwenden sein sollen, sondern die Arbeitsvertragsrichtlinien der Beklagten. Daher liegt keine einzelvertragliche Vereinbarung über die Anwendbarkeit des BAT-O vor, die die ursprüngliche Gleichstellungsabrede ersetzt hätte.

Eine dynamische Weitergeltung des BAT-O folgt auch nicht aus Sinn und Zweck des § 11 Abs. 5 Satz 2 UKG. Der Freistaat Sachsen, als früherer Betreiber des Universitätsklinikums war tarifgebunden. Allerdings musste die Beklagte aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 11 Abs. 5 UKG bei den zum 01.07.1999 übernommenen Arbeitnehmern das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes der neuen Bundesländer in der jeweiligen Fassung bis zum 31.12.2002 anwenden. Danach gilt das zu diesem Zeitpunkt gültige Tarifrecht einzelvertraglich weiter.

Das bedeutete zunächst, dass die Beklagte verpflichtet war, bei den übernommenen Arbeitsverhältnissen, so auch bei

der Klägerin, bis zum 31.12.2002 den BAT-O in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden. Diese gesetzliche Regelung geht über das hinaus, was sonst im Falle eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB gilt. Allerdings hat es sich bei der Übernahme der Arbeitnehmer durch die Beklagte zum 01.07.1999 um eine Gesamtrechtsnachfolge gehandelt.

Im Falle des Wegfalls der Tarifbindung infolge einer Gesamtrechtsnachfolge, scheidet die direkte Anwendung von §§ 3 Abs. 3, 4 Abs. 5 TVG, § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB aus (BAG, Urteil vom 13.07.1994–4 AZR 555/93). Auch eine analoge Anwendung von § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB ist nicht möglich (BAG a. a. O.). Die Rechtsprechung löst diesen Fall aber mit einer entsprechenden Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es gerade, die bisherigen tariflichen Regelungen jedenfalls für eine Übergangszeit zu erhalten.

Hier hat der sächsische Landesgesetzgeber zugunsten der von der Gesamtrechtsnachfolge betroffenen Arbeitnehmer geregelt, dass bis zum 31.12.2002 das Tarifrecht dynamisch, d. h. in der jeweils geltenden Fassung aber weiter gelten soll. Das hat zur Folge, dass auch die in der Zeit vom 01.07.1999 bis zum 31.12.2002 in Kraft tretende Tarifverträge anzuwenden sind. Die übernommenen Arbeitnehmer werden also so behandelt, als gelte die Tarifbindung bis zum 31.12.2002 fort. Danach gilt der BAT-O statisch bis zum Abschluss eines neuen Tarifvertrages einzelvertraglich weiter (§ 11 Abs. 5 Satz 2 DKG). Mit den dagegen gerichteten Bedenken der Klägerin hat sich das Arbeitsgericht bereits auseinandergesetzt. Insoweit folgt die Kammer den dortigen Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil. Soweit die Klägerin meint, der BAT-O würde deswegen dynamisch weiter gelten, weil die Beklagte zusammen mit dem Freistaat Sachsen einen Gemeinschaftsbetrieb bilde, so kann dem nicht gefolgt werden. Zu Recht weist die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Klägerin dabei vom Betriebsbegriff nach dem BetrVG ausgeht, welches hier gerade keine Anwendung findet.

#### ■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 17.01.2006, 7 Sa 167/05, Revision nicht zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 157. Beamtin; Deutsche Bahn; Bundeseisenbahnvermögen; Arbeitsverhältnis, privatrechtliches –; Kündigung, betriebsbedingte –; Versetzung; Auflösungsantrag, arbeitgeberseitiger –; Weiterbeschäftigung, Betriebsratsanhörung

1. Auf ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis, das eine zu diesem Zwecke beurlaubte Beamtin des Bundeseisenbahnvermögens mit einer Konzerngesellschaft der Deutschen Bahn eingeht, finden die Regeln des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung.

2. Wird ein Arbeitnehmer im Zuge einer Umorganisation auf

## Allgemeines Vertragsrecht

einen Arbeitsplatz versetzt, der später wegfällt, so ist eine wegen des Wegfalls dieses Arbeitsplatzes ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung ohne weiteres sozial ungerechtfertigt, wenn sich die Versetzung rechtskräftig als unwirksam erweist und der ursprüngliche Arbeitsplatz im Zeitpunkt der Kündigungserklärung noch oder wieder im Wesentlichen unverändert vorhanden ist.

3. Der Erfolg eines arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG setzt voraus, dass Gründe vorliegen, die eine dem Betriebszweck dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Dabei darf die Arbeitnehmerin den zulässigen Rahmen einer nachhaltigen Verteidigungshaltung nicht verlassen. Zugespitzte Formulierungen, zum Beispiel der Vorwurf des „Mobbing“ sind noch zulässig, wenn dabei nicht die Sachebene verlassen und zu persönlichen Beleidigungen oder Verunglimpfungen übergegangen wird und bei Würdigung der subjektiven Betroffenheit des Arbeitnehmers wenigstens ansatzweise noch nachvollzogen werden kann, wie die Arbeitnehmerin subjektiv zu derartigen Einschätzungen gekommen ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 08.12.2004, 7 Sa 310/04, Revision zugelassen

### 158. Wochenarbeitszeit, Erhöhung, Organisationsentscheidung

1. Die Verlängerung der Arbeitszeit kann nur erfolgen, wenn ein entsprechender Arbeitsplatz frei ist. Rechtlich ist der Arbeitsplatz frei, wenn er neu geschaffen wird, ein Arbeitnehmer ausscheidet oder der Arbeitsplatz durch Umstrukturierung der betrieblichen Organisation frei wird.

2. Ein Arbeitnehmer kann diesbezüglich vom Arbeitgeber keine betriebsorganisatorische Umgestaltung und Stellenplanänderung verlangen. Die Umsetzung der Richtlinie 97/81/EG in § 9 TzBfG, wonach sich der Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit auf einen Arbeitsplatzwechsel richtet, ist richtlinienkonform. Die Arbeitnehmerin hat keinen davon unabhängigen Anspruch auf bloße Verlängerung ihrer vertraglichen Arbeitszeit.

3. Die von einem kommunalen Träger von Kindertagesstätten getroffene Organisationsentscheidung, die Arbeitszeitmenge auf Teilzeitkräfte zu verteilen, ist weder offenbar unvernünftig noch willkürlich, wenn nachvollziehbar das Erreichen einer ausgewogenen Personalstruktur bezweckt wird. Vor allem wegen des Wettbewerbs zu Einrichtungen freier Träger ist es ein legitimes Interesse der kommunalen Träger im Bereich der vorschulischen Erziehung, ein altersmäßig ausgeglichenes pädagogisches Personal zu beschäftigen.

zu 1.) Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Wochenarbeitszeit der Klägerin gemäß § 9 TzBfG zu erhöhen.

Nach der gesetzlichen Vorschrift hat der Arbeitgeber einen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Verlängerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit

angezeigt hat, bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen, es sei denn, dass dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.

Die Klägerin wird bei der Beklagten aufgrund Arbeitsvertrags vom 15.02.1996 als Teilzeitkraft mit einer Arbeitszeit von 30 Wochenstunden beschäftigt und hat mit Schreiben vom 06.02.2004 eine Anhebung ihrer Arbeitszeit auf Vollzeit beantragt und erfüllt damit die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen nach § 9 TzBfG. Dem Anspruch steht aber entgegen, dass bei der Beklagten kein dem Wunsch der Klägerin entsprechend freier Arbeitsplatz vorhanden ist.

a) Eine Verlängerung der Arbeitszeit kommt nur in Betracht, wenn ein entsprechend freier Arbeitsplatz zu besetzen ist. Der Arbeitsplatz muss rechtlich frei sein, entweder weil er neu geschaffen wird oder weil ein vorhandener Arbeitsplatz durch Ausscheiden eines Arbeitnehmers oder durch Umstrukturierungen in der betrieblichen Organisation frei wird und neu besetzt werden soll (*Annuß/Thüsing*, TzBfG, § 9 Rz 12). Das Arbeitsgericht ist in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass unter einem freien Arbeitsplatz ein solcher zu verstehen ist, der dem Vollzeitverlangen der Klägerin entspricht, d. h., es müsse sich also um einen zu besetzenden Vollzeit-arbeitsplatz handeln. Weil die Beklagte aber unstrittig über keine aktuell freien Vollzeit-arbeitsplätze im Aufgabenbereich der Klägerin verfüge, sei der Anspruch ausgeschlossen.

b) Nicht strittig ist in Rechtsprechung und Literatur, dass Teilzeitkräfte vom Arbeitgeber nicht verlangen können, dass er ihren Arbeitszeitwünschen entsprechende Arbeitsplätze bereitstellt oder andere Arbeitsplätze als die vorgesehenen überhaupt besetzt (*Boewer*, TzBfG, § 9 Rz 16; *Annuß/Thüsing*, a. a. O.; BAG, Urteil vom 25.10.1994–3 AZR 387/93). Umstritten ist aber, ob der freie Arbeitsplatz ein Vollzeit-arbeitsplatz sein muss, oder auch nur ein Teilzeitarbeitsplatz ausreicht, der mit dem bisherigen Arbeitsplatz vereint werden kann (so *Annuß/Thüsing*, a. a. O.; *Hanau*, NZA 2001, 1168, f 174; *TZA-Buschmann*, § 9 TzBfG Rz 26; *DKZ-Zwanziger*, § 9 TzBfG Rz 10; a. A. *Boewer*, a. a. O., Rz 17). Das BAG (Urteil vom 25.10.1994–3 AZR 387/93) hat in einer Entscheidung zu einem tariflichen Anspruch eines Teilzeitarbeitnehmers auf Beschäftigung als Vollzeitkraft die Auffassung vertreten, es liege in der freien unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, welche Arbeitsplätze (Stellen) er schafft. Die Bestimmung, inwieweit ein bestimmter Dienstleistungsbedarf mit Vollzeit- und inwieweit er mit Teilzeitkräften abgedeckt wird, gehöre zum Bereich der „Unternehmenspolitik“. Die personelle Konzeption stelle eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Organisationsentscheidung dar. Sie sei ebenso wie im Kündigungsrecht nur dann unbeachtlich, wenn sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (BAG a. a. O.).

c) Unter Berücksichtigung der angezogenen Entscheidung ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, es handele sich im Ausgangsfall um einen vergleichbaren Regelungsgegenstand.

Dieser beinhaltet, einem bereits beschäftigten Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner Eignung, der entsprechenden Teilzeitwünsche und der sonstigen dringenden betrieblichen Gründe, einen Vorzug bei der Stellenbesetzung gegenüber einem externen Bewerber einzuräumen. Die Vorschrift schafft jedoch keine Anspruchsgrundlage dafür vom Arbeitgeber, eine Sicht des betreffenden Arbeitnehmers für sachdienlich und zweckmäßig gehaltene betriebsorganisatorische Umgestaltung und die sich daraus ergebende Änderung der Stellenplanung verlangen zu können. Dem schließt sich die Kammer im Ergebnis an. Der Klägerin ist zuzugeben, dass § 5 Abs. 3 b der Rahmenvereinbarung über Zeitarbeit, die mit der Richtlinie 97/81/EG umgesetzt wurde, vorsieht, dass die Arbeitgeber, soweit dies möglich ist, Anträge von Teilzeitbeschäftigten auf Wechsel in ein Vollzeitverhältnis oder auf Erhöhung ihrer Arbeitszeit, wenn sich diese Möglichkeit ergibt, berücksichtigen sollte. Der Gesetzgeber hat sich in § 9 TzBfG bei der Verlängerung der Arbeitszeit für einen Arbeitsplatzwechsel entschieden, ohne dem Arbeitnehmer daneben einen davon unabhängigen Anspruch auf schlichte Verlängerung seiner vertraglichen Arbeitszeit einzuräumen (Boewer, a. a. O., Rz 17). Dies hält die Kammer auch für richtlinienkonform, denn die Berücksichtigung des Wunsches steht schließlich unter der Bedingung des Möglichen. Da ein den Wünschen der Klägerin entsprechender Arbeitsplatz bei der Beklagten weder besetzt wurde, noch zu besetzen ist, bedurfte es keiner Feststellung, ob dem Verlangen der Klägerin dringende betriebliche Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer entgegenstehen.

d) Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang getroffene Entscheidung, die durch die zunehmenden Kinderzahlen gestiegene Arbeitszeitmenge im Umfang von 24,41 Vollzeitkräften mit 33 Teilzeitkräften zu 0,75 VzE und auch die frei werdenden Arbeitsplätze von ausscheidenden Arbeitnehmerinnen nur noch mit Teilzeitkräften im gleichen Umfang zu besetzen, ist nicht zu beanstanden.

Sie ist weder offenbar unvernünftig, noch willkürlich. Diese Entscheidung gehört, wie bereits angesprochen, zum Bereich der unternehmerischen Entscheidung und stellt eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Organisationsentscheidung dar (BAG, Urteil vom 25.10.1994–3 AZR 387/93). Wie das Arbeitsgericht in diesem Zusammenhang zutreffend festgestellt hat, hätte die zusätzliche wöchentliche Arbeitszeit bei der Umlage auf die ca. 1000 Erzieherinnen zu einer Anhebung von deren wöchentlicher Arbeitszeit um jeweils 1,5 Stunden auf 31,5 Wochenstunden geführt. Die Beklagte deckt den Mehrbedarf stattdessen mit 50 Teilzeitkräften zu jeweils 30 Wochenstunden ab. Es kann dahinstehen, ob die Schaffung von 50 zusätzlichen Teilzeitarbeitsplätzen, deren Schaffung durch das TzBfG schließlich gefördert werden soll, nicht schon allein ausreicht, um zu verneinen, dass diese Entscheidung offenbar unvernünftig oder willkürlich wäre. Hier hat die Beklagte ihre Entscheidung aber damit begründet, dass dadurch eine ausgewogene Personalstruktur erreicht wird. Es

mag sein, dass dann, wenn bei dem Verlängerungswunsch nach § 9 TzBfG ein zu besetzender Arbeitsplatz zur Verfügung steht, der Arbeitgeber im Hinblick auf dringende betriebliche Gründe, dem berechtigten Verlangen die Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur nicht entgegenhalten kann. Im Ausgangsfall ist aber ein anderer Maßstab abzulegen. Denn wenn, wie im Ausgangsfall, über einen längeren Zeitraum wegen des zurückgehenden Arbeitsvolumens keine neuen Arbeitskräfte eingestellt wurden, steigt das Durchschnittsalter der Belegschaft. Wenn dann noch wie hier, ca. 20 Arbeitnehmer, teilweise altersbedingt ausscheiden und deren Arbeitsmenge nun auf die Restbelegschaft umverteilt wird, ergibt sich auch künftig der gleiche Effekt. Die Vorinstanz hat errechnet, dass sich das Durchschnittsalter der Erzieherinnen danach auf 55 bzw. 57 Lebensjahre erhöhen würde. Gerade im Bereich der vorschulischen Erziehung und Betreuung muss der Beklagten zugestanden werden, dass sie ein altersmäßig ausgeglichenes pädagogisches Personal mit entsprechendem der jeweiligen Ausbildungszeit zuzuordnenden Ausbildungsprofil beschäftigen darf. Die Beklagte steht, was der Kammer aus früheren Kündigungsschutzverfahren bekannt ist, in Konkurrenz mit Einrichtungen in freier Trägerschaft. Die Akzeptanz des Erziehungspersonals hängt auch von dessen altersgemäßen Zusammensetzung ab. Wenn das Alter der Eltern wesentlich von dem der Erzieher oder einem großen Teil der Erzieher abweicht, so besteht die Gefahr, dass Erziehungsmethoden und Verständnis für die aktuellen kindlichen Belange auseinanderdriften. Daher ist die Absicht der Beklagten, die zusätzliche Arbeitsmenge mit auch jüngeren Teilzeitkräften zu besetzen, nachvollziehbar und zu akzeptieren. Es ist Teil eines pädagogischen Konzepts.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht vom 09.08.2005, 7 Sa 958/04, Revision unter Az. 9 AZR 8/06 eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de,

### 159. Sozialplan; Altersrente, vorzeitige –; Schwerbehinderter; Gleichbehandlungsgrundsatz

1. Ein Schwerbehinderter Mensch, der mit Vollendung des 60. Lebensjahres Altersrente ohne Rentenabschläge in Anspruch nehmen kann, hat keinen Anspruch auf Ausgleichsleistungen, die ein Sozialplan für den Fall vorsieht, dass der vorgezogene Bezug von Altersrente mit Rentenabschlägen verbunden ist.
2. Etwas anders folgt auch nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder aus § 123 Abs. 1 SGB IX.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 16.03.2005, 7 Sa 1189/04

## Allgemeines Vertragsrecht

### 160. Pensionssicherungsverein, Einstandspflicht, Insolvenzrisiko, Erwerbsunfähigkeit

- Gemäß § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG haftet der Pensionssicherungsverein nicht für rückständige Ansprüche auf eine betriebliche Invalidenrente, die früher als sechs Monate vor dem Eintritt der regulären Einstandspflicht des Pensionssicherungsvereins nach § 7 Abs. 1a S. 1 BetrAVG entstanden sind.
- Das gilt auch dann, wenn die Betriebsrentenordnung vorsieht, dass der Tatbestand der Erwerbsunfähigkeit u. a. durch eine entsprechende Anerkennung seitens des Sozialversicherungsträgers nachgewiesen werden kann und diese Anerkennung erst innerhalb eines Sozialgerichtsverfahrens innerhalb von 6 Monaten vor Eintritt der Insolvenz des Arbeitgebers erfolgt.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 16.03.2005, 7 Sa 1260/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

### 161. Annahmeverzug; Zwischenverdienst; Unterlassen, böswilliges –

Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im unbestritten fortbestehenden Arbeitsverhältnis einseitig von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei, so scheidet gegenüber den Annahmeverzugsansprüchen des Arbeitnehmers der Einwand des böswilligen Unterlassens von Zwischenverdienst regelmäßig von vornherein aus.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 27.04.2005, 7 Sa 1282/04, Revision nicht zugelassen

### 162. Befristung, Justizverwaltung; Vertretung, mittelbare –, Kausalität, Direktionsrecht, haushaltsrechtliche Befristung, KW – Vermerk

- Die für den Befristungsgrund der Vertretung notwendige Kausalität zwischen dem zeitweiligen Ausfall der Stammkraft und der befristeten Beschäftigung der Vertretung ist bei der so genannten mittelbaren Vertretung nur gewahrt, wenn der Arbeitgeber rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, den ausfallenden Mitarbeiter im Wege des Direktionsrechts in den Arbeitsbereich des Vertreters umzusetzen.
- An dieser Voraussetzung fehlt es, wenn der Vertreter mit Aufgaben betraut wird, die um zwei Vergütungsgruppen höher bewertet sind als die arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten des zu Vertretenden.
- Der haushaltsrechtliche Befristungsgrund des § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG liegt nicht schon dann vor, wenn der befristet eingestellte Arbeitnehmer aus Mitteln vergütet wird, die der Haushaltsgesetzgeber für die befristete Beschäftigung von Aushilfsangestellten bereitgestellt hat. Vielmehr muss der Angestellte auch „entsprechend beschäftigt“ werden, d. h. es müssen die Voraussetzungen einer Beschäftigung als Aushilfsangestellter (SR 2 y Nr. 1 c) BAT) tatsächlich erfüllt sein.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 11.05.2006, 7 Sa 1629/04, Revision nicht zugelassen

### 163. Eingruppierung – Leiterin Bauverwaltungsamt

- Das in der Vergütungsgruppe IM Fallgruppe 1a BAT/VKA vorausgesetzte Maß der mit der Tätigkeit verbundenen Verantwortung kann nur in einer Spitzenposition des Angestellten erreicht werden.
- Weder kann mit den bloßen Auswirkungen der Tätigkeit eines Angestellten, noch mit seiner Kenntnis von Rechtsnormen auf unterschiedlichsten Rechtsgebieten noch mit der fehlenden Kontrolle seiner Tätigkeit durch Vorgesetzte dieses Maß der Verantwortung begründet werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 14.12.2004, 9 (4) Sa 1068/04, Revision nicht zugelassen

### 164. Versetzung, Direktionsrecht, Verwirkung

Die Unwirksamkeit einer Versetzungsmaßnahme des Arbeitgebers im Rahmen dessen Direktionsrechts muss zwar nicht in entsprechender Anwendung der §§ 2, 4, 7 KSchG binnen drei Wochen geltend gemacht werden, aber dennoch zeitnah. Ein jahrelanges Untätigbleiben des Arbeitnehmers führt zur Verwirkung des Rechts, die Unwirksamkeit der Versetzungsmaßnahme gerichtlich geltend zu machen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 20.07.2005, 9 (6) Sa 120/03, Revision nicht zugelassen

### 165. Betriebsrente, Pensions-Sicherungs-Verein, VVaG

Enthält eine zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber als Betriebsvereinbarung geschlossene Versorgungsordnung eine eigene billigenswerte Bestimmung, wie das Ruhegeld im Falle einer vorgezogenen Inanspruchnahme nach § 6 BetrAVG durch einen vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmer zu berechnen ist, so ist diese auch für den beklagten Träger der Insolvenzversicherung verbindlich. Fehlt in der Versorgungsordnung eine Regelung zur Berechnung des Wertes einer Versorgungsanwartschaft nach vorzeitigem Ausscheiden muss die Berechnung anhand der gesetzlichen Wertungen erfolgen. Ein Rückgriff auf die Regelungen, die für Arbeitnehmer getroffen wurden, die bis zum vorgezogenen Eintritt in den Ruhestand im Betrieb verblieben sind, scheidet aus, weil es hier um einen grundsätzlich anderen Regelungstatbestand geht.

Sofern für diesen Personenkreis besonders günstige Regelungen getroffen wurden, ergibt sich daraus noch keine Pflicht des Arbeitgebers, diese Vergünstigungen auch vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmern anzubieten (vgl. BAG, Urteil vom 07.09.2004–3 AZR 524/03).

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG enthält das Betriebsrentengesetz keine ausdrückliche Regelung darüber, wie die vorgezogene Betriebsrente eines Arbeitnehmers zu berechnen ist, der mit einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist. Es ist für eine angemessene Berechnung auf die Grundwertungen des Betriebsrentengesetzes zurückzugreifen, welche die beiden gesetzgeberischen Korrekturen der Versorgungszusage, deren Vorteile der Arbeitnehmer in Anspruch nimmt (gerin-

gere Betriebstreue als erwartet und früherer und längerer Bezug des Erdienten als versprochen), angemessen berücksichtigt (vgl. BAG, Urteil vom 07.09.2004 – 3 ARZ 524/03).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 07.06.2005, 9 (7) Sa 1071/04, Revision nicht zugelassen

### 166. Abmahnung; Kündigung, fristlose –; Wettbewerbsverbot

Nach Ausspruch einer Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses kann der Kündigende Rechte aus dem Dauerschuldverhältnis grundsätzlich nicht mehr in Anspruch nehmen. Ein dahingehendes Verhalten wäre widersprüchlich und würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen. Damit besteht für die Zeit nach einer fristlosen Kündigung eines Arbeitsvertrages kein Weisungsrecht des Arbeitgebers.

Ansonsten könnte der Arbeitgeber, trotz Kündigungsanspruchs von einem Arbeitnehmer zum Beispiel weiterhin die Erbringung der Arbeitsleistung einfordern, obwohl er nicht mehr zur Zahlung der Arbeitsvergütung bereit ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer – wie vorliegend – mit einer Klage zum Arbeitsgericht die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung geltend macht. Die Tatsache einer solchen Klage führt nicht zu einem uneingeschränkten Wiederaufleben der Vertragsrechte des Arbeitgebers. Lediglich im Falle eines Wettbewerbsverbots hat das Bundesarbeitsgericht (BAG, Urt. v. 25.04.1991 – 2 AZR 624/90 – , AP Nr. 104 zu § 626 BGB) festgestellt, dass der Arbeitnehmer an dieses Verbot auch dann gebunden ist, wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ausspricht, deren Wirksamkeit der Arbeitnehmer bestreitet. Als vermittelndes Korrektiv soll aber im Falle des Verstoßes des Arbeitnehmers gegen dieses Wettbewerbsverbot und einer hierauf gestützten erneuten Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses vom Arbeitsgericht geprüft werden, ob der Arbeitnehmer schuldhaft gehandelt hat und darüber hinaus soll im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, wie hoch der Grad des Schuldvorwurfs ist sowie die Art und die Auswirkungen der Wettbewerbshandlung.

Im vorliegenden Fall kann das erwähnte Korrektiv nicht eingreifen, da es bei einer Abmahnung nicht darauf ankommt, ob ein Arbeitnehmer schuldhaft gehandelt hat. Allein dies zeigt schon, dass die vom Bundesarbeitsgericht zu dem Wettbewerbsverbot entwickelte Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragen werden kann. Nach Überzeugung der Berufungskammer handelt es sich bei dem Urteil des Bundesarbeitsgerichtes im Übrigen um eine Fallentscheidung, die ausschließlich für den Bereich arbeitsvertraglicher Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit Kündigungen gilt. Nur hier stellt sich letztlich ausweglos die Frage, ob das Wettbewerbsverbot während eines Kündigungsrechtsstreites weiter gilt oder nicht. Hingegen bedurfte es im vorliegenden Fall nicht der Ausübung eines Weisungsrechtes, um die

Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Vielmehr hatte dieser die Möglichkeit, Ort und Zeitpunkt der Übergabe des Firmenwagens sowie des Arzneimittelmusterwagens mit der Klägerin einvernehmlich zu vereinbaren und – falls diese hierzu nicht bereit gewesen wäre – eine Herausgabeklage beim Arbeitsgericht einzureichen. Jedenfalls bestand keine Notwendigkeit, ein Weisungsrecht aus einem gekündigten Arbeitsverhältnis auszuüben.

Dass die Klägerin durch die Weisung nicht in eine Zwangslage geriet, wie sie bei dem Arbeitnehmer gegeben war, der im Fall, der dem Bundesarbeitsgericht zur Entscheidung vorlag, ein arbeitsvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart hatte und einen Kündigungsrechtsstreit führte, ist zwar richtig. Aber allein aus dem Fehlen von Nachteilen beim Befolgen einer Weisung ergibt sich noch nicht deren Rechtsverbindlichkeit. Hierzu bedarf es vielmehr einer Rechtsgrundlage, die vorliegend allenfalls das Arbeitsverhältnis selbst sein kann; auf dessen Vorhandensein kann sich der Arbeitgeber nach Ausspruch der fristlosen Kündigung aber nicht mehr berufen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 02.11.2005, 9 Sa 566/05, Revision zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel.: 030/2545910, Fax: 030/254591 – 11, e-mail: arbeitsrecht@advocati.de; www.advocati.de

### 167. Betriebsübergang – Sicherheitskontrolle, Flughafen

Es kann ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vorliegen, wenn nach öffentlicher Ausschreibung der neue Auftragnehmer die Personen- und Gepäckkontrolle an einem Flughafen mit fast 50 % der besonders ausgebildeten und bewährten Mitarbeiter des früheren Auftragnehmers aus allen Tätigkeitsbereichen (Stationsleitung, Verwaltung, Kontrollkräfte) ausführt und er mit der Übernahme dieser Mitarbeiter die Grundlage für die Fortsetzung der unverändert gebliebenen Sicherungstätigkeit geschaffen hat. Dem steht nicht entgegen, dass die Kontrollkräfte als Hilfspersonen bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben eingesetzt werden und als Beliehene gelten, denn es ist nicht entscheidend, wie die Tätigkeit zu qualifizieren ist, sondern ob sie in einem Betrieb durchgeführt wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12.07.2005, 9 Sa 1566/04, Revision zugelassen

### 168. Abrufarbeit, Lohnrückzahlungsanspruch

Kein Lohnrückzahlungsanspruch des Arbeitgebers, wenn er das für den Bezugszeitraum vereinbarte Zeitdeputat nicht in vollem Umfang abrufte.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 25.08.2005, 10 Sa 797/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

## Allgemeines Vertragsrecht

### 169. Arzt im Praktikum, AiP, Arzt, Eingruppierung, Approbation, Tarifautonomie, Tariflücke

Nach Änderung der Bundesärzteordnung und Approbationsordnung für Ärzte mit Wirkung zum 01.10.2004 haben als Ärzte im Praktikum eingestellte Personen, die ab 01.10.2004 nach Erhalt ihrer Approbation weiterbeschäftigt werden, bei entsprechender beidseitiger Tarifbindung ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe IIa der Anlage 1a zu § 22 BAT bzw. BAT-O.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 27.07.2005, 10 Sa 798/05, Revision zugelassen

### 170. Arbeitszeit, Lehrer

Mit der Altersermäßigung bezüglich der Pflichtstundenzahl bezweckt der Gesetzgeber nicht eine Reduzierung der (Gesamt-) Arbeitszeit der älteren Lehrer schlechthin, sondern nur – wegen der besonderen Belastung im Rahmen der Unterrichtsstunden – eine Umgewichtung der einzelnen Elemente (Unterricht, Korrekturen, Besprechungen, Vorbereitung u. a.) der – gleich bleibenden – Gesamtarbeitszeit.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 03.11.2005, 10 Sa 1490/05

### 171. Befristung des Arbeitsverhältnisses, Praktikant nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz, Scheinvertrag, Verlängerungen einer sachgrundlosen Befristung

Ein „befristeter Arbeitsvertrag für Praktikanten“ für den praktischen Teil einer Ausbildung zum Masseur und medizinischen Bademeister nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz (MPhG) ist ein Berufsausbildungsverhältnis und als solches kein Arbeitsverhältnis im Sinne von § 14 Abs. 2 TzBfG.

Es entspricht der ganz überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, dass ein Berufsausbildungsverhältnis kein Arbeitsverhältnis und damit auch kein Arbeitsverhältnis im Sinn von § 14 Abs. 2 TzBfG ist (BAG, Urt. v. 20.08.2003 – 5 AZR 436/02 – NZA 2004, 205; BAG, Urt. v. 18.12.1986 – 2 AZR 717/85, Juris; LAG Niedersachsen, Urt. v. 04.07.2003 – 16 Sa 103/03 – LAGE § 14 TzBfG Nr. 11; ErfK/Müller-Glöge, TzBfG § 14 Rn 121; Arnold/Gräfl, a. a. O., § 14 Rn 225). Das ergibt sich für das Teilzeit- und Befristungsgesetz ausdrücklich aus der amtlichen Begründung, in der es heißt, dass das Berufsausbildungsverhältnis kein Arbeitsverhältnis im Sinn des Anschlussverbots des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist (Gesetzesbegründung in BT-Drucksache 14/4374 S. 12). Auch wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass wie bisher die sachgrundlose Befristung im Anschluss an eine Berufsausbildung zulässig sein soll (BT-Drucksache 14/4374, S. 20). Damit hat der Gesetzgeber seine Vorstellung bekräftigt, dass ohne besondere gesetzliche Regelung Berufsausbildungsverhältnisse keine Arbeitsverhältnisse sind. Gemäß § 3 Abs. 2 BBiG finden auf den Berufsausbildungsvertrag allerdings, soweit sich aus seinem Wesen und Zweck und aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt, die für den Arbeitsvertrag geltenden

Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze Anwendung. Fehlt es wie in § 14 Abs. 2 TzBfG an einer entsprechenden Anrechnungsregelung, sind beide Rechtsverhältnisse jedoch nicht gleich zu behandeln mit der Folge, dass ein früheres Ausbildungsverhältnis der Parteien eine sachgrundlose Befristung nach Abs. 2 im Anschluss an das Ausbildungsverhältnis nicht ausschließt (ErfK/Müller-Glöge, 5. Aufl. 2005, § 14 TzBfG Rn 121; a. A. Schlachter, Befristete Einstellung nach Abschluss der Ausbildung – Sachgrund erforderlich?, NZA 2003, 1180).

Vor diesem Hintergrund ergibt sich Folgendes: Bei dem am 12. Februar 2001 abgeschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Ausbildungsvertrag im Sinn von § 19 BBiG. Zwar ergibt sich aus diesem Vertrag nicht direkt, zu welchem Zweck er geschlossen wurde. Im Vertragstext ist sowohl davon die Rede, dass es sich um einen befristeten Arbeitsvertrag handelt, als auch davon, dass der Kläger als Praktikant eingestellt wird. Der Ausbildungscharakter dieses Vertrages ergibt sich jedoch aus dem Kontext, in dem er abgeschlossen wurde. Zwischen den Parteien ist nämlich nicht streitig, dass der Kläger bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin eine Ausbildung zum Masseur und medizinischen Bademeister nach dem Masseur- und Physiotherapeutengesetz absolviert hat. Gemäß § 4 Abs. 1 MPhG besteht diese Ausbildung aus einem Lehrgang, der theoretischen und praktischen Unterricht und eine praktische Ausbildung umfasst, sowie aus einer praktischen Tätigkeit. Gemäß § 4 Abs. 2 MPhG wird der Lehrgang in staatlich anerkannten Schulen durchgeführt. Er dauert zwei Jahre und schließt mit der staatlichen Prüfung ab. Gemäß § 4 Abs. 3 MPhG dauert die praktische Tätigkeit sechs Monate und richtet sich nach § 7 MPhG. Gemäß § 7 Abs. 1 MPhG ist die praktische Tätigkeit nach bestandener staatlicher Prüfung in zur Annahme von Praktikanten ermächtigten Krankenhäusern oder anderen geeigneten medizinischen Einrichtungen unter Aufsicht eines Masseurs und medizinischen Bademeisters abzuleisten. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, dass das Praktikantenverhältnis genau die sechsmonatige praktische Tätigkeit abdecken sollte, die nach bestandener staatlicher Prüfung die Ausbildung zum Masseur und medizinischen Bademeister kraft Gesetzes abschließt. Dementsprechend hat der Kläger am Ende des Praktikums nicht nur eine Praktikantenbescheinigung, sondern auch ein Zeugnis über die praktische Tätigkeit gemäß § 4 Abs. 3 MPhG erhalten.

Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 12.09.2005, 10 Sa 1843/04, Revision nicht zugelassen, Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Marburg vom 27.08.2004 unter Nr. 13 in AE 01/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Fridhelm Faecks, Wilhelmstraße 27, 35037 Marburg, Tel.: 06421/17110, Fax: 06421/21985, e-mail: anwalt@kanzlei-geilhof.de; www.kanzlei-geilhof.de



### 172. Unternehmensbestattung, Schadensersatzansprüche, Geschäftsführer, GmbH, Nachteilsausgleich, Durchgriffshaftung, deliktisches Handeln

1. Eine GmbH-Gesellschafterin haftet nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, weshalb die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen keine unzulässige Befreiung von der persönlichen Haftung darstellt. Insbesondere ist ein GmbH-Gesellschafter nicht zu einer Handlungsweise verpflichtet, die den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer oder die Mitbestimmung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten besonders zum Tragen bringt.

2. Die persönliche Haftung einer GmbH-Gesellschafterin ist auch nicht damit begründbar, dass durch einen Verkauf an eine Beteiligungs- und Sanierungsgesellschaft die Unternehmensbestattung, d. h. die Überleitung in das Insolvenzverfahren, von einem Dritten ausgeführt werden soll. Ein bestandsvernichtender Eingriff in das Vermögen oder Stammkapital der Gesellschaft wird durch eine einer Beteiligungsgesellschaft übertragene Unternehmensbestattung noch nicht impliziert.

3. Die Gründung einer Auffanggesellschaft ist weder nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB noch als Rechtsmissbrauch zu beanstanden, sondern stellt eine zulässige, zudem im Wirtschaftsleben seit langem praktizierte Form unternehmerischer Betätigung dar. Dabei wird der Schutz der Gläubiger durch das Gesetz (z. B. § 613a BGB, § 25 HGB) übernommen und gleichzeitig begrenzt. Dementsprechend sind die Möglichkeiten und Grenzen der Inanspruchnahme der Gesellschafter oder des beherrschenden GmbH-Geschäftsführers von der Rechtsprechung für besondere Konstellationen des Haftungsdurchgriffs, insbesondere bei bestandsvernichtenden Eingriffen in das Stammkapital der GmbH und unlauterer Gläubigerbenachteiligung festgelegt worden. Im Licht der §§ 823, 826 BGB ist es dagegen nicht illegitim, wenn der bisherige Gesellschafter/Geschäftsführer mit einer neu gegründeten Gesellschaft in die Marktlücke geht, die durch den von ihm eingeleiteten Rückzug der GmbH entstanden ist.

4. Der Anspruch auf Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG setzt den Beginn einer geplanten Betriebsänderung voraus, ohne dass der Unternehmer bis dahin einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht hätte. Wird die Betriebsänderung erst von der Auffanggesellschaft vorgenommen, besteht kein Anspruch auf Nachteilsausgleich gegen den Veräußerer, weil es insofern dem Erwerber obliegen hätte, zu versuchen, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich abzuschließen. Etwas anderes wäre nur für den Fall anzunehmen, wenn die Alleingesellschafterin kollusiv mit der Auffanggesellschaft zusammengewirkt hätte. Kollusives Zusammenwirken wäre dann anzunehmen, wenn die Stilllegung der GmbH verabredet und die Alleingesellschafterin die Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens durch den Übernehmer mit der Folge, dass Sozialplan- oder Nachteilsausgleichsansprüche nicht mehr erfüllt werden könnten, billigend in Kauf

genommen hätte. Für diesen Vortrag sind die Anspruch stellenden Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig.

5. Für die Höhe des Schadensersatzanspruchs wegen entfallenem Nachteilsausgleichsanspruch gemäß § 113 BetrVG ist es maßgeblich, ob und wie ein Interessenausgleich zustanden gekommen wäre, ob bzw. mit welchen Leistungen ein Sozialplan geschlossen worden und welcher Höhe einer Abfindung auf die einzelnen Arbeitnehmer entfallen wäre.

Dabei ist es nach § 112 Abs. 5 S. 1, S. 2 Nr. 3 BetrVG zulässig und geboten, von einer Milderung der mit der Betriebsänderung verbundenen Nachteile abzusehen, wenn sich eine solche Milderung als für das Unternehmen wirtschaftlich unvertretbar erweist. Jedenfalls ist das Sozialplanvolumen bis zum Erreichen der Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit zu mindern (BAG, Beschluss vom 24.08.2004, 1 ABR 23/03, AP Nr. 12 zu § 112a BetrVG 1972), wobei angesichts des Verschuldungsgrades der GmbH und ihrer fehlenden Kreditwürdigkeit nicht erkennbar ist, wie zusätzliches Kapital für die Dotierung eines Sozialplans hätte beschafft werden können. Auch war nach Lage der Dinge ein künftiger Amortisationseffekt der Betriebsänderung kaum einstellbar (vgl. BAG, Beschluss vom 06.05.2003, 1 ABR 11/02, AP Nr. 161 zu § 112 BetrVG 1972).

#### ■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 07.09.2005, 12 Sa 676/05, Revision nicht zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Christian Pühr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/3000-0, Fax: 02065/3000-50, e-mail: info@ra-npp.de; www.ra-npp.de

### 173. Versetzung; Politesse; Ordnungsämter, bezirkliche –

Die Versetzung einer Politesse vom Polizeipräsidenten des Landes Berlin zu einem bezirklichen Ordnungsamt nach der Neuordnung im Verkehrsüberwachungsdienst in Berlin ist arbeitsrechtlich zulässig.

#### ■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 19.08.2005, 13 Sa 964-05

### 174. Betriebsrentenanwartschaften, Startgutschriften, § 79 Abs. 1 S. 1 VBLS

Die Regelung des § 79 Abs. 1 S. 1 der Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBLS) zur Berechnung der Betriebsrentenanwartschaften sogenannter rentenferner Pflichtversicherter ist unwirksam. Eine darauf beruhende Startgutschrift legt den Anwartschaftswert nicht verbindlich fest.

#### ■ Oberlandesgericht Karlsruhe

vom 22.09.2005, 12 U 99/04

Volltext der 84 Seiten umfassenden Entscheidung unter [www.olg-karlsruhe.de](http://www.olg-karlsruhe.de) und [www.nonnenmacher.de](http://www.nonnenmacher.de)

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Kühn, Wendtstraße 17, 76185 Karlsruhe, Tel.: 0721/98522-0, Fax: 0721/98522-50, e-mail: [rechtsanwaelte@nonnenmacher.de](mailto:rechtsanwaelte@nonnenmacher.de); [www.nonnenmacher.de](http://www.nonnenmacher.de); s. auch Besprechung durch Kühn/*Ebinger*, VersR 2005, 1713 ff.

## Kündigungsschutzrecht

### Anmerkung:

Das Urteil zählt wegen der Auswirkung für ca. 1,7 Mio. Beschäftigte im öffentlichen Dienst zu den wirtschaftlich wohl bedeutendsten Entscheidungen im Bereich der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst seit der Einführung der Nettoobergrenze in die Gesamtversorgung.

Das OLG Karlsruhe hat vorliegend in einer sehr bemerkenswerten, ausführlich und sorgfältig begründeten Entscheidung erstmals zum Komplex der Startgutschriften Stellung genommen und – wenn seine Entscheidung einer höchstrichterlichen Prüfung standhält – den Tarifvertragsparteien die Grenzen von Eingriffen in erdiente Anwartschaften aufgezeigt. Die vom OLG zu entscheidende Materie gibt zugleich auch Anlass zu konkreter und nicht unbedeutender Rechtsfortbildung hinsichtlich der Eingriffsbefugnis der Tarifpartner in zeitanteilig erworbene Versorgungsanwartschaften. Hier ist das Spannungsfeld von Eigentumsschutz einerseits und Tarifautonomie andererseits angesprochen.

Die VBL hat gegen dieses Urteil die – wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassene – Revision zum BGH eingelegt. Sollte die Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe einer Prüfung durch den BGH standhalten, wären die Tarifpartner dazu aufgerufen, die Überleitungs- und Besitzstandsregelungen der §§ 78, 79 Abs. 1 VBLS neu zu verhandeln und neu zu gestalten. Hiernach müsste eine Vielzahl der rentenfernen Versicherten mit einer Erhöhung ihrer Rentenanwartschaften zum 31.12.2001 rechnen können. Derzeit ist festzuhalten, dass die Besitzstandsregelungen in der Satzung der VBL sowie die diesen zugrunde liegenden Bestimmungen im ATV gegen höherrangiges Recht verstoßen und daher unwirksam sind. Die Besitzstandsregelungen der §§ 78, 79 Abs. 1 VBLS führen zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in den verdienten Besitzstand.

Die Entscheidung kann wegen ihres außergewöhnlichen Umfangs von 84 Seiten hier nicht im Wortlaut wiedergegeben werden. (gr)

## Kündigungsschutzrecht

### 175. Kündigung, außerordentliche –, ordentliche –; Vertragspflichtverletzung

Die Erklärung einer Arbeitnehmerin, ihr passe das Arbeitsverhältnis nicht mehr, sie verlasse daher den Arbeitsplatz, es handele sich um ihren letzten Arbeitstag, stellt auch dann, auch wenn sie mehrfach geäußert worden wäre, keinen Kündigungsgrund dar. Es handelt sich hierbei um bloße Unmutsäußerungen, die nicht zu einer Vertragspflichtverletzung oder Störung des Betriebsfriedens führen.

■ Arbeitsgericht Siegburg  
vom 27.01.2006, 1 Ca 3288/04

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 0224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544, e-mail: mail@andreas-peter.de; www.andreas-peter.de

### Anmerkung:

Nach Angabe des Einsenders hätte das LAG die Entscheidung bestätigt, wenn sich die Parteien nach Erörterung nicht verglichen hätten. (gr)

### 176. Betriebsänderung, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungslast des Arbeitgebers

Keine Vermutung für dringende betriebliche Erfordernisse gem. § 1 Abs. 5 KSchG, wenn lediglich ein freiwilliger Sozialplan mit dem Betriebsrat abgeschlossen wurde, der mangels Vorliegen der Voraussetzungen nach § 111 BetrVG nicht erzwingbar gewesen wäre. In diesem Fall genügt der Arbeitgebervortrag, der auf den Interessenausgleich mit Namensliste verweist, nicht.

■ Arbeitsgericht Lüneburg  
vom 18.08.2005, 2 Ca 249/05, rechtskräftig  
eingereicht von Rechtsanwalt Jens Barner, Berggartenstraße 10, 29261 Celle, Tel.: 05141/9391–0, Fax: 05141/9391–91, e-mail: kanzlei@rae-berger

### 177. Kündigung, betriebsbedingte –; unternehmerische Entscheidung; Kündigungsentschluss

Hat der Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Ausspruchs einer betriebsbedingten Kündigung gegenüber nur einer Mitarbeiterin noch nicht entschieden, wie er deren komplexes Aufgabengebiet und die neue Organisationsstruktur gestalten wird, ist eine unternehmerische Entscheidung nicht in ausreichendem Maße dargelegt. Dies gilt insbesondere, wenn der Kündigungsentschluss mit der Organisationsentscheidung zusammenfällt.

Reduziert sich dabei die Organisationsentscheidung zur Personalreduzierung praktisch auf den Kündigungsentschluss, sind diese beiden Unternehmerentscheidungen ohne nähere Konkretisierung nicht von vornherein zu unterscheiden. Deshalb sind wegen der Nähe zum bloßen Kündigungsentschluss, dessen Durchsetzung in § 1 Abs. 2 KSchG nicht bloß auf Unsachlichkeit oder Willkür zu überprüfen, die Anforderung an den gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG vom Arbeitgeber zu erbringenden Tatsachenvortrag, der die Kündigung bedingen soll, nicht auf Null zu reduzieren. Vielmehr kann dann, wenn die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss ohne nähere Konkretisierung praktisch deckungsgleich sind, die angenommene Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht von vornherein greifen. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber vielmehr darlegen, in welchem Umfang die fraglichen Arbeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen, das heißt, es geht um die Darlegung

einer näheren konkretisierten Prognose der Entwicklung auf Grund außerbetrieblicher Faktoren oder unternehmerischer Vorgaben und wie diese Arbeiten von dem verbliebenem Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können. Der Arbeitgeber muss im Kündigungsschutzprozess konkrete Angaben dazu machen, wie sich die Verringerung der Produktion auf die Arbeitsmenge auswirkt und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Arbeitskräfteüberhang entsteht.

Gemessen an der zitierten Rechtsprechung ist dem Vortrag der Beklagten nicht abschließend zu entnehmen, welche Organisationsentscheidung im Sinne einer unternehmerischen Entscheidung die Beklagte hier getroffen hat. Die weit überobligatorisch tätig gewordene Klägerin, die nach den arbeitsvertraglichen Regelungen ohne zusätzliche Vergütung zur Mehrleistung verpflichtet war, hat ein komplexes Aufgabengebiet zugewiesen erhalten und bearbeitet. Hierin sind auch eine Reihe von zentralen Führungs- und Organisationsaufgaben enthalten. Exemplarisch seien nur die Tätigkeiten als Ansprechpartner für externe Dienstleistungsunternehmen (z. B. Reinigung, Wäsche usw.), die Teilnahme an Prüfungsterminen der Krankenpflegeschüler, deren Betreuung und Einsatzplanung sowie die Gesamtorganisation des Einsatzes von Praktikanten im Pflegedienst genannt. Auf Nachfrage des Gerichtes hatte der Geschäftsführer der Beklagten im Rahmen der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass für derartige zentrale Aufgaben auch eine zentrale Lösung herbeigeführt werden müsse. Wie die Organisationsstruktur diesbezüglich gestaltet wird, hatte die Beklagte damit jedenfalls im Kündigungszeitpunkt nicht entschieden.

Darüber hinaus ist offen geblieben, wie die durch die Beklagte vorgetragene Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen, jedenfalls soweit eine Freistellung der einzelnen Mitarbeiter ganz oder teilweise nicht erfolgt, auf Dauer durchführbar ist. Für das Gericht muss erkennbar sein, dass durch die Organisationsentscheidung eine überobligatorische Mehrarbeit für die mit den Arbeiten betrauten Mitarbeitern nicht erforderlich wird. Nach Hinweis des Gerichtes in der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte dazu im Kern erklärt, sie könne annehmen, dass die von ihr vorgenommene Aufgabenverteilung so realisierbar sei. Gegebenenfalls müsse man eine Feinabstimmung vornehmen.

Konkrete Einzelheiten wie die Arbeitsorganisation künftig in den einzelnen Abteilungen erfolgt, welche Person in welchem Umfang mit zusätzlichen Aufgaben belastet wird, hat die Beklagte jedoch mit Ausnahme der Bereiche Somatik und Psychiatrie nicht im Ansatz erläutert.

Unter den gegebenen Umständen scheidet bereits die Wirksamkeit der Kündigung daran, dass betriebsbedingte Gründe nicht in dem gebotenen Umfang dargelegt worden sind.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 07.12.2005, 2 Ca 4153/05

rechtskräftig, eingereicht vom Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620,

Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de;  
www.advo-gross.de

### 178. Sonderkündigungsschutz, Gleichstellungsverfahren, Weiterbeschäftigungsanspruch

1. Die Ausnahmevorschrift des § 90 Abs. 2a SGB IX, wonach die Sonderkündigungsschutzvorschriften der §§ 85 ff. SGB IX unter anderem dann ausgeschlossen sind, wenn wegen fehlender Mitwirkung eine Feststellung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht getroffen werden konnte, findet keine Anwendung für das Gleichstellungsverfahren nach § 68 Abs. 2 S. 1 SGB IX.

2. Kein Weiterbeschäftigungsanspruch bei erneuter Kündigung, die nicht Trotz- oder Kettenkündigung ist.

Zu 1.) a) Die dem Kläger unter dem 21.06.2004 ausgesprochene Kündigung ist bereits deshalb unwirksam, da der Kläger sich entgegen der Auffassung der Beklagten vorliegend auf den Sonderkündigungsschutz des § 85 SGB IX i.V. 2 Abs. 3 SGB IX berufen kann.

Die Voraussetzungen für den besonderen Kündigungsschutz des Klägers sind vorliegend gegeben. Der Kläger wurde mit Bescheid der Agentur für Arbeit Rastatt vom 19.08.2004 mit Wirkung zum 15.06.2004 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt und genießt daher ab diesem Zeitpunkt Sonderkündigungsschutz. Eine ihm ausgesprochene Kündigung ist daher nur mit vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes möglich. Der Kläger hat sich auf diesen Sonderkündigungsschutz auch rechtzeitig, nämlich bereits mit der Klagschrift und somit innerhalb von 4 Wochen berufen.

b) Die Berufung auf den Sonderkündigungsschutz ist vorliegend auch nicht durch § 90 Abs. 2a SGB IX ausgeschlossen. § 90 Abs. 2a SGB IX findet keine Anwendung für nach § 68 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bei der Arbeitsagentur/Arbeitsamt laufende Gleichstellungsverfahren. Die Kammer schließt sich insoweit vollumfänglich der Auffassung von *Diederichs*, Betriebsberater 2004, Seite 2811, 2813 an. § 90 Abs. 2a SGB IX nimmt insoweit ausdrücklich nur Bezug auf Verfahren vor dem Versorgungsamt nach § 69 Abs. 2 SGB IX. Das Schweigen des Gesetzgebers ist insoweit beredt. Das Verfahren vor dem Versorgungsamt und vor der Agentur für Arbeit unterscheidet sich bezüglich der Ausgestaltung im Einzelnen. Im Gleichstellungsverfahren wird der Arbeitgeber – grundsätzlich – nach Antragsingang unterrichtet und sollte daher bei Ausspruch der Kündigung oder zeitnah hierzu wissen, ob ein Antrag gestellt ist. Er kann gegenüber der Arbeitsagentur auch auf die Dauer sowie auf das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen, indem er schnell und substantiiert über den Arbeitsplatz des Antragstellers informiert bzw. insoweit auch unverzüglich nach Antragsingang bei ihm ein entsprechendes Verfahren auf Zustimmung vor dem Integrationsamt einleitet. Der Beklagten ist zwar insoweit vorliegend Recht zu geben, als sie

## Kündigungsschutzrecht

erst – relativ spät – von dem laufenden Gleichstellungsantrag des Klägers bei der Arbeitsagentur Rastatt unterrichtet wurde. Dies führt jedoch vorliegend nicht dazu, dass grundsätzlich von der Intention des Gesetzgebers aus bei Abfassung des § 90 Abs. 2a SGB IX davon ausgegangen wurde, dass eine unverzügliche Beteiligung des Arbeitgebers stattfindet. Allein die pauschale Verweisung auf die Gleichstellung von Schwerbehinderten und diesen Gleichgestellten gem. §§ 2, 68 SGB IX ist insoweit nicht ausreichend. Zu berücksichtigen ist daher, dass es sich bei § 90 Abs. 2a SGB IX um eine Vorschrift handelt, welche ausdrücklich auf ein Verfahren Bezug nimmt, welches jedoch vor dem Versorgungsamt und der Agentur für Arbeit unterschiedlich ausgestaltet ist. Insoweit hätte es jedenfalls einer Klarstellung des Gesetzgebers bedurft, wenn dieser trotz unterschiedlicher Verfahren eine identische Anwendung der Vorschrift auch auf das nicht genannte Verfahren vor der Agentur für Arbeit gewollt hätte. Dass dieses sich unterscheidet, wurde bereits dargelegt. Der Gesetzgeber hat insoweit keine eindeutige Regelung getroffen, dass auch auf das Verfahren von der Agentur für Arbeit § 90 Abs. 2a SGB IX Anwendung finden sollte, vielmehr hat er dieses Verfahren gerade nicht erwähnt. Eine Erstreckung über den Gesetzeswortlaut durch die von der Beklagten gewollten Analogien hinaus verbietet sich bereits, da es sich insoweit um eine Vorschrift handelt, welche nicht nur eine bestimmte Rechtsfolge (die Gleichstellung) zum Ziel hat, sondern als Voraussetzung auch ein bestimmtes Verfahren, welches jedoch aus den oben genannten Gründen unterschiedlich abläuft. Da der Gesetzgeber insoweit gerade keine Regelung getroffen hat, verbleibt es dabei, dass § 90 Abs. 2a SGB IX über seinen wörtlichen Anwendungsbereich hinaus nicht auf Gleichstellungsverfahren vor der Agentur für Arbeit angewendet werden kann. Die Beklagte wäre daher verpflichtet gewesen, vor Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen. Da dies nicht geschehen ist, ist die streitgegenständliche Kündigung gem. § 85 SGB IX unwirksam bzw. nichtig. Das Arbeitsverhältnis konnte daher durch diese Kündigung nicht aufgelöst werden.

Zu 2.) Dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des gleichgestellten bzw. schwerbehinderten Arbeitnehmers kann die aus der formalen Unwirksamkeit der ersten Kündigung resultierende Folgekündigung des Arbeitgebers entgegenstehen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Beschluss vom 27. Februar 1985, Az Gs 1/84 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) kann, so lange in einem Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil besteht, die Ungewissheit des Prozessausgangs für sich allein ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht begründen. Hinzukommen müssen dann vielmehr Umstände, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Derartige Umstände können sich aus Folgekündigungen des

Arbeitgebers ergeben. Stützt der Arbeitgeber eine neue Kündigung auf einen neuen Lebenssachverhalt, der es möglich erscheinen lässt, dass die erneute Kündigung eine andere rechtliche Beurteilung erfährt, dann wird damit eine zusätzliche Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses begründet, die das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung wieder überwiegen lässt. Bei der Frage, ob es möglich ist, dass die neue Kündigung eine andere Beurteilung erfährt, sind auch die Umstände zu berücksichtigen, die dafür sprechen, dass der neue Sachverhalt nur vorgeschoben ist (vgl. BAG, Urteil vom 19. Dezember 1985, Az 2 AZR 190/85 = NZA 86, 566 = NJW 86, 2965).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann der Kläger sich vorliegend nicht weiter auf den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch berufen. Die Beklagte hat vorliegend unter dem 21.10.2004 eine erneute Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Diese beendet das Arbeitsverhältnis zum 30.06.2005, also vor möglicher rechtlicher Beendigung des vorliegenden Arbeitsrechtsstreites im Falle eines Berufungsrechtsstreites. Diese weitere Kündigung ist vorliegend auch nicht offensichtlich unwirksam oder als Trotz- bzw. Kettenkündigung anzusehen. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit deshalb obsiegt hat, da die Kammer formale Bedenken im Hinblick auf die bestehende Gleichstellung als Schwerbehinderter des Klägers als tragend angesehen hat. Zu den eigentlichen Kündigungsgründen, nämlich dem Wegfall des Arbeitsplatzes des Klägers, bestand daher kein Anlass, Stellung zu nehmen, zumal nach Auffassung der Kammer diesbezüglich keine Entscheidungsreife im Zeitpunkt der Entscheidung vorgelegen hat. Es bleibt insoweit dabei, dass die Erfolgsaussichten bezüglich der Folgekündigung jedenfalls als offen anzusehen sind. Die Beklagte war – lediglich – aufgrund der erforderlichen Anhörung des Integrationsamtes gehalten, nochmals eine Kündigung auszusprechen. Diese ist jedoch nicht treuwidrig oder offensichtlich unwirksam. Die Voraussetzungen für den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes sind daher entfallen. Die Kammer hat insoweit auch erwogen, den Weiterbeschäftigungsanspruch lediglich bis 30.06.2005 (Beendigungszeitpunkt bezüglich der Folgekündigung) auszusprechen.

Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Beklagte insoweit für einen – relativ kurzen – Zeitraum genötigt gewesen wäre, für den Kläger noch einen nach ihrem Vortrag nicht vorhandenen Arbeitsplatz zu schaffen, hat die Kammer jedoch auch insoweit die Interessen der Beklagten an der Nichtbeschäftigung des Klägers im Hinblick auf die erfolgte Folgekündigung als gewichtiger als das tatsächliche Interesse des Klägers an einer – ggf. nur kurzfristigen – Weiterbeschäftigung angesehen. Der Kläger kann den Antrag somit nicht auf den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch stützen.

■ Arbeitsgericht Pforzheim  
vom 23.02.2005, 5 Ca 348/04

eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Kühn, Wendtstraße 17, 76185 Karlsruhe, Tel.: 0721/98522-0, Fax: 0721/98522-50, e-mail: rechtsanwaelte@nonnenmacher.de; www.nonnenmacher.de

### 179. Kündigung, betriebsbedingte –; Interessenausgleich mit Namensliste, Sozialauswahl, grobe Fehlerhaftigkeit

1. § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Von einer groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl kann noch nicht ausgegangen werden, wenn die Mitarbeiter maximal 6 Punkte auseinander liegen.

■ Arbeitsgericht Koblenz

vom 18.04.2005, 7 Ca 2557/04

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 0224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544, e-mail: mail@andreas-peter.de; www.andreas-peter.de

### 180. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich mit Namensliste

Bei einer betriebsbedingten Kündigung aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste kann man im Rahmen der Überprüfung der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber die Gründe angibt, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Hierzu gehört auch die Angabe von betrieblichen Interessen, die den Arbeitgeber zur Herausnahme von Leistungsträgern bzw. sonstigen Arbeitnehmern gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG veranlasst haben.

Der Kläger kann von der Beklagten Auskunft nach § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Halbs. KSchG verlangen.

Zwar trägt nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG grundsätzlich der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass soziale Gesichtspunkte im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG bei seiner Kündigung nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind. Insbesondere in größeren Betrieben wird der Arbeitnehmer aber die maßgebenden Daten seiner Mitarbeiter nicht kennen; daher steht ihm nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch zu (ErfK/Ascheid, 5. Aufl., § 1 KSchG Rn 522). Mit dem Auskunftsverlangen des Arbeitnehmers geht die Darlegungslast auf den Arbeitgeber über (ErfK/Ascheid, § 1 KSchG Rn 524).

Dem Kläger steht der Auskunftsanspruch auch dann zu, wenn er in einer Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG bezeichnet ist und deswegen eine Kündigung erhalten hat. 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 Auswahl geführt haben (BAG, Urteil vom 10. Februar 1999–

2 AZR 716/98, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Leitsatz 2; ErfK/Ascheid, § 1 KSchG Rn 518).

Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte das Auskunftsverlangen des Klägers nicht in ausreichender Weise erfüllt hat.

Dem steht nicht entgegen, dass die Kündigung des Klägers auf einem Interessenausgleich mit Namensliste beruht und die soziale Auswahl in einem solchen Fall prinzipiell auf die Prüfung der groben Fehlerhaftigkeit beschränkt ist (§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG).

Zwar ist nach § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG die soziale Auswahl der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar. Dies gilt seit der Neufassung des KSchG auch für die Auswahl der Leistungsträger gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG (Bader, NZA 2004, 65, 75; Löwisch, BB 2004, 154, 156; Willemssen/Annauß, NJW 2004, 177, 181; ebenso bereits für die Vorgängerfassung Neef, NZA 1997, 65; Schiefer, NZA 1997, 915; Gaul, AuA 1998, 168). Doch nimmt das BAG im Rahmen von § 1 Abs. 5 KSchG die Sozialwidrigkeit der Kündigung bereits dann an, wenn der Arbeitgeber – wie hier die Beklagte – dem Auskunftsbegehren des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG überhaupt nicht nachkommt (BAG, Urteil vom 10. Februar 1999–2 AZR 716/98, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl). Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, ist die streitige Kündigung ohne weiteres als sozialwidrig anzusehen; auf den Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl kommt es dann nicht an (BAG, Urteil vom 10. Februar 1999–2 AZR 716/98 –, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Leitsatz 3; 1 BAG, Urteil vom 12. April 2002–2 AZR 706/00, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 3.).

Die Beklagte hat den ihr im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen nach § 1 Abs. 3 KSchG obliegenden Anforderungen an ihre Darlegungslast nicht hinreichend Rechnung getragen

Der Kläger kann verlangen, dass der Arbeitgeber die Gründe angibt, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Dazu gehören auch betriebliche Interessen, die den Arbeitgeber zur Ausklammerung an sich vergleichbarer Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG veranlassten (BAG, Urteil vom 10. Februar 1999–2 AZR 716/98, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Leitsatz 3; Bader, NZA 1996, 1125, 1129; Matthießen, NZA 1998, 1153, 1158 f.) Die Auskunftsverpflichtung bezieht sich nämlich auch auf die Gründe für die Ausklammerung einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG (BAG, Urteil vom 12. April 2002–2 AZR 706/00, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl unter II. 3.).

Dieser Auffassung hat sich die Kammer angeschlossen. Zwar ist der Auskunftsanspruch bei systematischer Betrachtung Satzbestandteil der Regelung des Satzes 1 des § 1 Abs. 3 KSchG, während die Berechtigung zur Herausnahme von Leistungsträgern in Satz 2 der Norm verortet ist. Dies führt

## Kündigungsschutzrecht

aber nicht dazu, den Auskunftsanspruch auf die Kriterien des Satzes 1 zu beschränken. Hat nämlich der Arbeitgeber „die Gründe“ anzugeben, „die zu der getroffenen Auswahl geführt haben“, so gehören dazu auch die Gründe für die Herausnahme von Leistungsträger, weil auch diese betrieblichen Interessen Umstände sind, die zu der von der Beklagten getroffenen konkreten Auswahl geführt haben. Wenn man sodann den Auskunftsanspruch aus § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG schon auf die betrieblichen Interessen für die Ausklammerung einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erstreckt, dann muss er sich erst Recht auf die Benennung der jeweiligen Leistungsträger erstrecken. Diese Angabe der Personen ist der Angabe der Gründe ihrer Herausnahme bereits logisch vorrangig.

Diesen Anforderungen ist die Beklagte nicht gerecht geworden. Sie hat im Gegenteil eine Benennung der Leistungsträger im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG einschließlich der betrieblichen Interessen, die sie zu deren Herausnahme veranlassten, ihm sogar ausdrücklich verweigert. Dazu war die Beklagte jedoch nicht berechtigt. Der Kläger kann die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die grobe Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl nicht erfüllen, weil ihm die Beklagte die Angabe der Auswahlgründe verweigert, soweit sie sich jedenfalls auf Leistungsträger beziehen.

Insbesondere führt nicht allein ihre bloße Behauptung, in der Vergleichsgruppe des Klägers hätten sich keine Leistungsträger befunden, zu einem automatischen Ausschluss des Auskunftsanspruchs des Klägers. Dies gilt zumindest in den Fällen, in denen – wie dies hier der Fall war – die Vergleichsgruppenbildung selbst umstritten ist. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der Kläger nach Erhalt der begehrten Auskunft imstande gewesen wäre, die Bildung der Vergleichsgruppen mit Erfolg anzugreifen. Zwar mag es durchaus so sein, dass keine mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer von der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ausgenommen wurden. Ob dies aber tatsächlich so war, muss für den Kläger überprüfbar sein. Die Beklagte vermag dem Kläger deshalb nicht mit der Behauptung, keine ihm vergleichbaren Arbeitnehmer seien aus der Sozialauswahl herausgenommen worden, ein Ergebnis als feststehend vorgeben, dessen Überprüfbarkeit der Auskunftsanspruch aus § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG gewährleisten soll. Andernfalls wäre der Auskunftsanspruch faktisch entwertet, denn erst seine Erfüllung ermöglicht dem Kläger die Kontrolle der Behauptung der Beklagten. Nur die Benennung der derjenigen Personen, die die Beklagte aus der Sozialauswahl ausgeschlossen hat, gestattet es nämlich dem Kläger zu überprüfen, ob er mit diesen Leistungsträgern tatsächlich nicht, wie die Beklagte dies behauptet, vergleichbar ist.

■ Arbeitsgericht Hamburg  
vom 26.09.2005, 11 Ca 47/05, rechtskräftig  
eingereicht von Rechtsanwalt Jens Peter Hjort, Kaemmerer-  
ufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/6965763,

Fax: 040/2807493, e-mail: kanzlei@anwaelte-mkhh.de;  
www.anwaelte-mkhh.de

### Anmerkung des Einsenders:

Durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 18.06.2003, in der Öffentlichkeit gern als Agenda 2010 gehandelt, ist auch der Interessenausgleich mit Namensliste wieder in das Kündigungsrecht eingeführt worden, so wie dies bereits im „Beschäftigungsförderungsgesetz“ 1996 der Fall war. Diese „Entwicklung“ hin zu Normen, die schon in der Vergangenheit keinerlei Auswirkungen auf den desolaten Arbeitsmarkt gezeigt haben, ist schon an andere Stelle zutreffend gewürdigt worden; vgl. insbesondere *Rudolf Buschmann*, Vorwärts Kameraden, es geht zurück!, AuR 2004, S. 1 ff. Die vorstehende Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg, die rechtskräftig geworden ist, lässt allerdings erkennen, dass immerhin noch an einem Grundsatz auch im Bereich der Namensliste festgehalten wird, dass nämlich der Arbeitgeber nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast entsprechend § 1 Abs. 3 Satz 1 letzter Halbsatz KSchG die Gründe für die getroffene Sozialauswahl anzugeben hat. Dazu gehören ggf. die Angabe der betrieblichen Interessen, die den Arbeitgeber zur Ausklammerung an sich vergleichbarer Arbeitnehmer aus der sozialen Auswahl veranlassen haben; vgl. BAG, Urteil vom 10.02.1999–2 AZR 716/98, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

In dem vom Arbeitsgericht Hamburg entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber nicht nur Schwierigkeiten, seine Vergleichsgruppenbildung schlüssig zu machen, die im Ergebnis so strukturiert war, dass solange in der betrieblichen Praxis überhaupt nicht existente Gruppen- und Abteilungszuordnungen kreiert wurden, dass am Ende genau die durchs Raster fielen, die in ihrem Bereich als IT-Consultants als nicht besonders produktiv galten. Bereits im Stadium der Güteverhandlung wurde für den betroffenen Arbeitnehmer der Auskunftsanspruch nach § 1 Abs. 3 Satz 1 zweiter Halbsatz KSchG geltend gemacht. Der Arbeitgeber gab dann zwar im weiteren Prozessverlauf sehr ausschweifend Gründe für die Vergleichsgruppenbildung an, sah sich allerdings nicht in der Lage, von ihm aus der Sozialauswahl herausgenommene „Leistungsträger“ namentlich zu bezeichnen. Ohne fehlende Angabe der Personen konnte natürlich auch keine Angabe der betrieblichen Gründe für deren Herausnahme erfolgen, wobei – worauf das Arbeitsgericht zutreffend hinweist – die namentliche Benennung logisch vorrangig der Angabe der Gründe für ihre Herausnahme vorausgehen muss.

Daran scheiterte im vorliegenden Fall trotz Namensliste die ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung.

### 181. Änderungskündigung, Zulagen, Direktionsrecht

Die Vergütung eines Arbeitnehmers gehört zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses und unterliegt nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers.

1. Die Parteien haben den Anstellungsvertrag vom 01.04.1999

## Kündigungsschutzrecht

ergänzt durch den Zusatz zum Anstellungsvertrag vom 01.08.2002 (Übertragung der Leitung des Zentrums Leipzig gegen Zahlung einer monatlichen Funktionszulage von monatlich 281,00 EUR brutto ab 01.07.2002) und die Änderung gemäß Aktennotiz vom 18.03.2004 (Übertragung der Ressortleitung Innovation ab 01.09.2003 gegen Zahlung einer monatlichen Leistungszulage von 200,00 EUR brutto ab 01.09.2003 bzw. 800,00 EUR brutto ab 01.03.2004). Diese Änderungen wurden Inhalt des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Die Vergütung eines Arbeitnehmers gehört zum Kernbereich des Arbeitsverhältnisses und unterliegt nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Will ein Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung einseitig ändern, muss er eine Änderungskündigung aussprechen (vgl. hierzu ErfK/Ascheid, 5. Aufl., § 2 KSchG Rn 1 ff., 18 ff.). Unerlässliche Voraussetzung für eine Änderungskündigung ist eine echte Kündigung, die das gesamte Arbeitsvertragsverhältnis umfasst. Es muss eindeutig feststehen, dass das Arbeitsverhältnis enden soll, wenn das Änderungsangebot nicht, auch nicht unter Vorbehalt, angenommen wird. Die Kündigungsabsicht, der Vertragsauflösungswille, muss klar erkennbar sein ErfKom/Ascheid, a. a. O., Rn 5 m. w. N. auf die Rechtsprechung des BAG und die Literatur).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze enthält das Schreiben des Beklagten vom 07.02.2005 keine Änderungskündigung. Aus dem Schreiben vom 07.02.2005 ist keine Kündigungsabsicht oder Vertragsauflösungswille des Beklagten zu erkennen. Aus dem Schreiben ergibt sich für die Klägerin in keiner Weise, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien enden soll, wenn sie mit dem Inhalt des Schreibens nicht einverstanden ist. Der Beklagte teilt im Schreiben vom 07.02.2005 vielmehr lediglich mit, dass aufgrund eines Vorstandsbeschlusses vom 07.02.2005 die Leitung des Bildungszentrums Leipzig und die Aufgaben der Ressortleitung von anderen Personen des Beklagten wahrgenommen werden. Der Beklagte teilt in dem Schreiben außerdem mit, dass durch diese Änderungen der Zuständigkeiten die Leistungszulage und Funktionszulage für die Klägerin entfallen. Eine Kündigungsabsicht oder ein Vertragsauflösungswille lässt sich aus dem Schreiben vom 07.02.2005 nicht entnehmen.

■ Arbeitsgericht Leipzig  
vom 18.08.2005, 16 Ca 2331/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

**Anmerkung:**

Dass 1/3 der Vergütung zur relevanten, nicht einseitig disponiblen Hauptleistungspflicht gehört, erscheint banal, bedarf aber auch bei anwaltlich beratenen Arbeitgebern einer gerichtlichen Erkenntnis, nach zudem besonders langwieriger und starrköpfiger Auseinandersetzung. Ein trauriger Fall aus der Kuriositätensammlung. (gr)

**182. Abmahnung; Elternzeit; Kündigung, verhaltensbedingte, ordentliche; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung ist wegen fehlender Abmahnung unwirksam, wenn sie lediglich darauf gestützt wird, dass die Arbeitnehmerin die Elternzeit nicht in der gesetzlich vorgesehenen Schriftform angezeigt hat und dennoch vom Arbeitgeber die Abwesenheit der Arbeitnehmerin nach der Geburt ihres Kindes mehr als ein Jahr hingenommen wurde.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 21.07.2005, 1 Sa 241/05, Revision nicht zugelassen

**183. Beschäftigungsanspruch, Kündigungsfrist, einstweilige Verfügung**

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Beschäftigung während des Laufs der Kündigungsfrist ist bereits deshalb zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich, weil dem Arbeitnehmer ansonsten kein Mittel zur Verfügung stünde, einen bestehenden Rechtsanspruch durchzusetzen. Für jeden Tag, an dem der Arbeitnehmer nicht beschäftigt wird, geht der Anspruch auf Beschäftigung unwiederbringlich verloren. Angesichts der Dauer von Arbeitsgerichtsverfahren kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass ein Beschäftigungsanspruch während der Kündigungsfrist praktisch nicht durchgesetzt werden kann. Dies macht den entscheidenden Unterschied zu Zahlungsansprüchen und Beschäftigungsansprüchen nach Ablauf der Kündigungsfrist aus, da diese ohne Rechtsverlust für die Zukunft auch nachträglich durchgesetzt werden können.

Es ist einem Arbeitnehmer unzumutbar und damit ein für ihn wesentlicher Nachteil, auf die Durchsetzung eines Anspruchs endgültig verzichten zu müssen. Die Rechtsordnung muss Wege zur Verfügung stellen, Ansprüche auch verwirklichen zu können. Insoweit ist die einstweilige Verfügung das Mittel zur Durchsetzung der Ansprüche, die ohne dieses Mittel vereitelt werden würden.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg  
vom 18.10.2005, 2 Sa 69/05, eingereicht von Rechtsanwalt Sven Kock, Alfredstraße 1, 22087 Hamburg, Tel.: 040/2530690, Fax: 040/25306929, email: info@advokock.de; www.advokock.de

**Anmerkung des Einsenders:**

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Beschäftigung im Arbeitsverhältnis setzt bekanntlich Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch voraus. Spätestens seit der Entscheidung des Großen Senats des BAG, vom 27.2.1985 (EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9), ist anerkannt, dass grundsätzlich ein Anspruch auf Beschäftigung im streitlosen Arbeitsverhältnis besteht, es sei denn überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers stünden entgegen. Auf der ersten Stufe, der Prüfung des Verfügungsanspruchs, ist auf Grundlage der

## Kündigungsschutzrecht

Entscheidung des Großen Senats eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Arbeitgeber hat es in der Hand, durch substantiierten Sachvortrag, der glaubhaft zu machen ist, die Abwägung zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Unterlässt er dies – wie in dem Fall, den das LAG zu entscheiden hatte – bleibt es bei dem Grundsatz der Beschäftigungspflicht. Ist somit nach einer auf Basis des festgestellten Sachverhaltes vorgenommenen Interessenabwägung von einem Verfügungsanspruch auszugehen, indiziert dies auch das Ergebnis der grundsätzlich auf der zweiten Stufe vorzunehmenden Interessenabwägung hinsichtlich der Eilbedürftigkeit des Verfügungsgrundes: Es liefe auf kaum zu vermittelnde Entscheidungen hinaus, wenn zwar der Verfügungsanspruch nach einer Interessenabwägung angenommen wird, weil die Interessen des Arbeitnehmers die des Arbeitgebers überwiegen, dann aber im Rahmen einer zweiten Abwägung festgestellt würde, dass die überwiegenden Interessen aber nicht ausreichend überwiegen, um eilbedürftig zu sein.

Dieser Widerspruch lässt sich nur so auflösen, dass die Begründetheit des Beschäftigungsanspruches (Verfügungsanspruch) auch die Eilbedürftigkeit seiner Durchsetzung indiziert (Verfügungsgrund). Im Ergebnis ist damit eine einheitliche Interessenabwägung vorzunehmen.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Beschäftigung kann vor diesem Hintergrund ein probates taktisches Mittel zur Entschärfung der Leistungsverdichtungsrechtsprechung des BAG sein: Das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Kündigungsgrundes kann für den Arbeitgeber den unerwünschten Effekt der faktischen Präjudizierung haben: Im Kündigungsschutzprozess wegen einer betriebsbedingten Kündigung werden nicht selten unternehmerische Konzepte zur Leistungsverdichtung erst im nachhinein vom Arbeitgeberanwalt entwickelt. Solcherart „getroffene“ unternehmerische Entscheidungen sind, damit die Vermutung der Willkürfreiheit greift, hinsichtlich des Merkmals „auf Dauer“ zu verdeutlichen oder, anders gewendet: zu substantiieren.

Der freistellende Arbeitgeber kann sich vor die Wahl gestellt sehen, mangels Substantiierung entweder das Eilverfahren zu verlieren mit der Folge, dass der Arbeitnehmer zurückkehrt und sich ein Bild von der behaupteten Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung zu machen vermag. Alternativ kann er, insbesondere, wenn es sich um eine echte unternehmerische Entscheidung handelt, die zugrunde liegenden Tatsachen ausführlich und ohne Sorge glaubhaft machen. Allerdings: Damit ist der Weg für ein anderes, möglicherweise „verbessertes“ Konzept unter Umständen verbaut. Das Eilverfahren kann folglich faktisch einen ähnlichen Effekt haben, wie das nach § 102 BetrVG durchzuführende Anhörungsverfahren. Eine der Kündigung folgende Erläuterung der unternehmerischen Entscheidung sollte vor diesem Hintergrund stets mit besonderer Weitsicht konzipiert werden, um den Arbeitgeber nicht in die Zwickmühle zwischen glaubhaft gemachter Tatsache und unzureichendem Konzept zu manövrieren; eine

solche Situation drängt beim üblichen Abfindungspoker regelmäßig nicht zur Bescheidenheit.

### 184. Interessenausgleich, Klageantrag, Namensliste, Verhältnismäßigkeit, Änderungsangebot, Änderungskündigung, Änderungsschutzklage

1. Bei einer Änderungskündigung, deren Änderungsangebot der Arbeitnehmer unter dem Vorbehalt des § 2 S. 1 KSchG angenommen hat, ist zu prüfen, ob die vorgeschlagene Vertragsänderung geeignet und erforderlich ist, um den Inhalt des Arbeitsverhältnisses den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsvertrages entfernen als es zur Erreichung des angestrebten Ziels unter Berücksichtigung des Inhaltsschutzinteresses des Arbeitnehmers unbedingt erforderlich ist.

2. Die Zusammensetzung des Stundenlohnes stellt nicht nur eine bloße Nebenleistung im Randbereich der vertraglichen Vereinbarungen dar (vgl. hierzu BAG NZA 2003, 1029), sondern die Zusammensetzung und Höhe des Stundenlohnes sind eine der bedeutendsten Hauptleistungspflichten im Arbeitsverhältnis.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 25.10.2005, 2 Sa 425/05, Revision nicht zugelassen

### 185. Kündigung, außerordentliche –; Kündigungsberechtigter; Sachbeschädigung; Zustimmungsersetzung, 2-Wochen-Frist

1. Trennt ein Betriebsratsmitglied eigenmächtig und vorsätzlich das zu einer Überwachungskamera führende Stromkabel durch, so ist diese Sachbeschädigung an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB und § 103 Abs. 2 S. 1 BetrVG zu rechtfertigen.

2. Im Rahmen der weiter erforderlichen Interessenabwägung kann es sich allerdings zum Nachteil des Arbeitgebers auswirken, dass er die Überwachungsanlage betrieben hat, ohne das – vom Betriebsrat geltend gemachte – Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einer einvernehmlichen Klärung zuzuführen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 12.07.2005, 2 TaBV 25/05, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

### 186. Abfindung, Fälligkeit, steuerliche Nachteile

Vereinbaren die Parteien in einem im Kündigungsschutzprozess abgeschlossenen Vergleich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2004 und Freistellung von der Arbeit ab Juli 2004 sowie dass die zu zahlende Abfindungssumme zum „01.01.2004 fällig“ wird, so verstößt der zahlungspflichtige Arbeitgeber nicht gegen seine Vertragspflichten aus dem Vergleich, wenn er die Überweisung des Abfindungsbetrages so terminiert, dass diese im Dezember 2003 dem Konto des Arbeitnehmers gutgeschrieben wird.



Für steuerliche Nachteile, die dadurch entstehen, dass der Abfindungsbetrag nicht – wie vom Arbeitnehmer gewünscht – erst im Jahr 2004 auf seinem Konto eingegangen ist, haftet der Arbeitgeber nicht.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 03.11.2005, 3 Sa 111/05, rechtskräftig

### 187. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung der –; krankheitsbedingte Abwesenheit vom Wohnort; Zustellungsbereitschaft

Der Arbeitnehmer, der einem Freund den Auftrag gibt, seinen Briefkasten während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit vom Wohnort zu leeren, aber nur Behördenpost zu öffnen und ihm deren Inhalt am Telefon vorzulesen, alle anderen Briefe aber ungeöffnet in der Wohnung zu sammeln, verletzt seine nach § 5 KSchG ihm zuzumutende Sorgfaltspflicht; den Arbeitnehmer trifft ein Verschulden an der verspäteten Klageerhebung, wenn während seiner Abwesenheit ein Kündigungsschreiben per Einwurfeinschreiben eingeht, dieses dem Briefkasten von einem Beauftragten entnommen, aber nicht geöffnet wird und erst nach seiner Rückkehr nach Ablauf der Dreiwochenfrist Klage erhoben wird.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 30.06.2005, 3 Ta 22/05

### 188. Kündigung, betriebsbedingte; Sozialauswahl; Schwerbehinderung; Betriebsvereinbarung; Auswahlrichtlinie

(Jedenfalls dann) wenn die Arbeitgeberin als Integrationsunternehmen i. S.d. § 132 Abs. 1 SGB IX tätig ist, können die Betriebspartner rechtswirksam in einer Betriebsvereinbarung ein Sozialkriterium festlegen, das die schwerbehinderten bzw. gleichgestellten Mitarbeiter regelmäßig von der Sozialauswahl ausnimmt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 04.08.2005, 4 Sa 412/05, Revision nicht zugelassen

### 189. Kündigung, außerordentliche, Verhalten, außerdienstliches

Auch außerdienstliches Verhalten kann eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmers rechtfertigen, wenn dadurch das Ansehen eines öffentlichen Arbeitgebers nachhaltig geschädigt wird und das Vertrauen in die Person des Arbeitnehmers zerstört ist (hier Skiurlaub eines an Meningoenzephalitis erkrankten Gutachterarztes des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen mit schweren Verletzungen durch Sturz beim Skifahren).

Ist der Arbeitnehmer aufgrund kollektiv-vertraglicher Grundlage ordentlich unkündbar, müsste im Rahmen der Interessenabwägung nicht auf die fiktive Frist für die ordentliche Kündigung sondern auf die künftige Vertragsbindung abgestellt werden (vgl. BAG AP Nr. 83 zu § 626 BGB). Dementsprechend kann es für den wichtigen Grund ausreichen, wenn

dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur noch für einen Zeitraum zumutbar ist, der kürzer ist als die verbleibende Vertragsbindungsdauer (vgl. BAG AP Nr. 162 zu § 626 BGB). Einem tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmer kann fristlos nur dann gekündigt werden, wenn dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung nicht einmal bis zum Ablauf einer fiktiven Frist zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (vgl. BAG AP Nr. 175 zu § 626 BGB). Bei einem tarifvertraglichen Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist ein besonders strenger Maßstab an die Beurteilung des wichtigen Grundes anzulegen. Hiermit soll verhindert werden, dass dem tariflich unkündbaren Personenkreis allzu einfach außerordentlich gekündigt werden kann.

Kann sich danach bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegt, die tarifliche Unkündbarkeit auch zu Lasten des Arbeitnehmers auswirken, ist auf der Rechtsfolgeseite zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen dem tariflich besonders geschützten Arbeitnehmer, wenn bei unterstellter Kündbarkeit nur eine fristgerechte Kündigung zulässig wäre, eine der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuräumen. Eine außerordentliche Kündigung ohne Gewährung einer derartigen Auslaufrist ist nur dann gerechtfertigt, wenn es dem Arbeitgeber nicht einmal zumutbar ist, den tariflich unkündbaren Arbeitnehmer auch nur bis zum Ablauf der „fiktiven Frist“ zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterzubeschäftigen. Da Prüfungsmaßstab hier derjenige bei vergleichbar ordentlich kündbaren Arbeitnehmern ist, ist es nicht gerechtfertigt, für die Bejahung der Zulässigkeit einer fristlosen oder vor Ablauf der fiktiven ordentlichen Kündigungsfrist wirksam werdenden Kündigung nochmals zu Lasten des Arbeitnehmers eine tarifliche Unkündbarkeit zu berücksichtigen (vgl. BAG AP Nr. 175 zu § 626 BGB).

Auch bei Anlegung dieses besonders strengen Maßstabes erweist sich die streitbefangene Kündigung als durch einen wichtigen Grund bedingt.

Der wichtige Grund liegt darin begründet, dass der Kläger durch sein unstreitiges Verhalten auch im außerdienstlichen Bereich nachhaltig Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit bezüglich der Tätigkeit für die Beklagte in der Innen- und Außenwirkung begründet hat.

Der Kläger war bis 16.01.2004 wegen Meningoenzephalitis arbeitsunfähig krank geschrieben. Er hatte noch im Dezember 2003 seiner direkten Vorgesetzten Dr. Sch. mitgeteilt, dass er nicht abschätzen könne, ob er in der Lage sei, einen wichtigen Fortbildungsveranstaltungstermin am 08.01.2004 in B-Stadt ganztägig wahrzunehmen und anschließend in der Lage wäre, ein Kfz sicher nach T zurückzuführen. Hierbei hat er auf Konzentrationsprobleme hingewiesen.

Der Kläger ist zu 100 % schwerbehindert, nach mehreren Organtransplantationen litt er aktuell unter einer Meningoenzephalitis. Gleichwohl hat er sich in der Lage gesehen, einen Urlaub im Hochalpinen Gelände von Z zu verbringen, sich mit neu angeschaffter Ausrüstung an einem Skikurs zu beteiligen.

## Kündigungsschutzrecht

Dem Kläger musste es bekannt sein, insbesondere in seiner Eigenschaft als fachkundiger Mediziner, dass es nicht nur auf körperliche Fitness ankommt, sondern auch auf geistige Wachsamkeit und Regsamkeit, um dem komplexen Bewegungsablauf des Skifahrens Herr zu werden, ohne dass eine besondere Gefährdung auftritt.

Der Kläger kann hier nicht für sich reklamieren, dass er bereits seit mehreren Jahren Ski fährt. Allein der Umstand, dass er einen Skikurs besucht hat, zeigt, dass er selbst nicht unbeschränkten Kenntnissen und Fertigkeiten ausging. War er aber nach eigener Beschreibung aufgrund von Konzentrationschwächen nicht in der Lage, einen Kongress zu besuchen und anschließend ein Fahrzeug nach Hause zu führen, mussten erhebliche Zweifel aufkommen, ob er in der Lage gewesen ist, einen Skikurs in der Schweiz zu besuchen.

Der Kläger ist Angehöriger des öffentlichen Dienstes. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes müssen bezüglich ihres außerdienstlichen Verhaltens keinesfalls weitergehenden Anforderungen entsprechen als Beamte. Nach geltendem Beamtenrecht (§ 45 Abs. 1 BRRG, § 77 Abs. 1 BGB) ist ein Verhalten außerhalb des Dienstes ein Dienstvergehen, wenn es nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maße geeignet ist, Achtung und Vertrauen in eine für das Amt des Beamten oder das Ansehen des öffentlichen Dienstes bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Dies bedeutet, dass es generelle Maßstäbe für die Pflichtwidrigkeit außerdienstlichen Verhaltens nicht gibt. Es kommt nicht nur auf die Funktion des Angestellten, sondern auch auf die besondere Ansehenschädigung an, die nach den jeweils gegebenen Umständen zu beurteilen ist. Der Angestellte hat sich so zu verhalten, wie es von Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird. Das Ansehen des Arbeitgebers bzw. des Amtes darf nicht beeinträchtigt werden. Die dienstliche Verwendbarkeit des Angestellten kann durch außerdienstliche Vorgänge beeinflusst werden. Die Öffentlichkeit misst das Verhalten eines öffentlichen Bediensteten mit einem strengeren Maßstab als das eines privaten Bediensteten. In seinem außerdienstlichen Verhalten hat der Angestellte nicht nur die Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften sondern auch die ungeschriebenen Anstandsgesetze zu beachten, wobei der Angestellte allerdings das Recht hat, sein Privatleben so zu gestalten, wie es ihm beliebt, sofern er nicht gröblich gegen seine Pflicht zu einem achtungswürdigen Verhalten verstößt. Gerade die Funktion des Klägers als Gutachter für Krankenkassen in der Dienststelle der Beklagten rechtfertigt die Annahme, dass dieses private Verhalten eine nachhaltige Störung des Vertrauensbereiches darstellt. Der Kläger ist als Gutachter im Bereich der Arbeitsunfähigkeit für den Beklagten tätig. Seine Aufgabe ist es auch, Zweifelsfragen hinsichtlich attestierter Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Auftrag von Krankenkassen aufzuklären, insbesondere Missbräuche hinsichtlich zweifelhafter Arbeitsunfähigkeiten aufzudecken. Gerade in dieser Funktion ist es absolut untragbar, dass sich der Kläger selbst während bestehender Meningoenzephalitis und

Krankschreibung in der Lage sieht, einen zwar nicht als gefährliche Sportart anzusehenden Sport, der aber immerhin unfallträchtig ist, auszuüben, wenn er gleichzeitig erklärt, nicht in der Lage zu sein, ein Seminar zu besuchen und anschließend mit dem Pkw zurückzufahren.

Mit diesem Verhalten weckt der Kläger den Verdacht, dass er selbst die Anforderungen, die er kraft seiner Aufgabe an andere zu stellen hat, für sich nicht gelten lassen will.

Dabei kommt es entscheidungserheblich nicht darauf an, ob der behandelnde Arzt das Skifahren ihm als therapeutische Maßnahme empfohlen hat. Der Umstand, dass eine Unbedenklichkeitsbescheinigung an die Krankenkasse gegeben wurde, zeigt nur, dass der Arzt damit einverstanden war, dass der Kläger zum Zwecke des Urlaubs seinen Aufenthaltsort kurzfristig verlegt.

Wer bei gesundheitlichen Einschränkungen neuropsychologischer Art, die die Konzentrationsfähigkeit einschränken, seine Bewegungsabläufe nicht wie ein Gesunder motorisch steuern kann, darf sich nicht des besonderen Risikos des Skifahrens aussetzen, ohne in den Verdacht zu geraten, dass die Arbeitsunfähigkeit in Wirklichkeit gar nicht vorlag. Dies gilt insbesondere angesichts der Anforderungen, die an das Amt des Klägers als Gutachter im medizinischen Dienst zu stellen sind. Er muss sich auch an diesen Anforderungen messen lassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 07.10.2004, 4 Sa 491/04, bestätigt durch BAG, Urteil vom 02.03.2006 2 AZR 53/05, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)

### 190. Kündigung; Arbeitsverweigerung, beharrliche; Auflösungsantrag

1. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung, die zur Kündigung führen kann, liegt nicht vor, wenn nach vorangegangener unwirksamer außerordentlicher Kündigung, der Arbeitnehmer erstinstanzlich einen Auflösungsantrag gestellt hat, der durch Urteil des Arbeitsgerichts abgewiesen wurde, er hiergegen Berufung eingelegt hat, über die noch nicht entschieden ist und er einer Aufforderung zur Arbeitsaufnahme nicht nachkommt.
2. Ein Arbeitnehmer, der einen Auflösungsantrag mit Tatsachenvortrag verknüpft, wonach ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist, ist nicht verpflichtet, einer Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers zu folgen, jedenfalls wenn und so lange über den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein rechtskräftiges Urteil noch nicht vorliegt. Jedenfalls begeht er keine beharrliche Arbeitsverweigerung, wenn er sich im Stadium der Ungewissheit, ob seinem Auflösungsverlangen durch das Gericht entsprochen wird, weigert, einer Arbeitsaufforderung nachzukommen.
3. Der Arbeitgeber, der eine unwirksame Kündigung ausgesprochen hat, hat es nicht in der Hand, durch Rücknahme, Ankenntnis oder Rechtskräftig-werden-lassen von Klage stattgebenden Urteilen die Wirkungen eines unverändert fortbestehenden Arbeitsverhältnisses herbeizuführen mit der Folge, dass der Arbeitnehmer zur Arbeitsaufnahme verpflichtet sei,

## Kündigungsschutzrecht

obwohl dieser berechtigterweise davon ausgehen darf, dass ein von ihm gestellter Auflösungsantrag zu einer rechtsgestaltenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht führen wird.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 07.04.2005, 4 Sa 955/04, Revision zu Az. 2 AZR 360/05

### 191. Kündigung, ordentliche –; Arbeitsunfähigkeit

Zeigt ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit deshalb nicht rechtzeitig an, weil er sich für eine durch Zahlungssäumnis von Kunden des Arbeitgebers zustande gekommenen Verzögerung der Zahlung seines Lohns revanchieren will, zerstört er damit unwiederbringlich das Vertrauen des Arbeitgebers in eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit. Ein solches schikanöses Verhalten berechtigt auch ohne Abmahnung zum Ausspruch einer ordentlichen Kündigung. (Fall einer „überrumpelnden Retourkutsche“, bei der es darum ging, „... der Beklagten keine Chance zu geben, die Folge seines Nichterscheins abzuwenden, sondern diese vor vollendete Tatsachen zu stellen“.)

■ Landesarbeitsgericht Thüringen  
vom 02.08.2005, 5 Sa 319/04, Revision nicht zugelassen

### 192. Sozialauswahl; Punkteschema

Jeder gekündigte Arbeitnehmer kann sich auf einen Fehler des Arbeitgebers bei der Sozialauswahl berufen, auch wenn er selbst dann noch zum Kreis derjenigen gehören würde, die trotz des Fehlers zur Kündigung angestanden hätten.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 28.07.2005, 6 Sa 748/04, Revision eingelegt

### 193. Kündigung, außerordentliche –, betriebsbedingte –; Konkretisierung des Änderungsangebots; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Weiterbeschäftigungsanspruch

1. Für die Wirksamkeit eines Änderungsangebots im Rahmen einer Änderungskündigung ist es nicht erforderlich, dass eine genaue Tätigkeitsbeschreibung einschließlich der Über- und Unterstellung im Angebot enthalten ist.

2. Die Änderungskündigung ist wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unwirksam, wenn die Weiterbeschäftigung mit weniger einschneidenden Änderungen möglich gewesen wäre. Gibt der Arbeitgeber wenige Wochen vor der Änderungskündigung mit einem weniger einschneidenden Angebot, das der Arbeitnehmer nicht oder nicht in vollem Umfang angenommen hat, zu erkennen, dass eine Weiterbeschäftigung auch zu diesen Bedingungen möglich wäre, muss er sich hieran festhalten lassen.

3. Beantragt der Arbeitnehmer „Weiterbeschäftigung für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsantrag“, kann dem Antrag nicht mit Hinweis auf § 102 Abs. 5 BetrVG stattgegeben werden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 13.09.2005, 6 Sa 902/04, Revision nicht zugelassen

### 194. Wirtschaftsplan; Änderungskündigung, außerordentliche, betriebsbedingte; Sonderleistungen

Bei ordentlich nicht kündbaren Arbeitnehmern muss bei einer außerordentlichen betriebsbedingten Änderungskündigung, die Sonderleistungen betreffend, die wirtschaftliche Entwicklung länger als drei Monate betrachtet werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 21.04.2005, 6 Sa 1064/04, Revision zugelassen

### 195. Kündigung, betriebsbedingte –; Interessenausgleich mit Namensliste, Verfassungsmäßigkeit

1. Die sich aus § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG ergebende gesetzliche Vermutung für das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse einer Kündigung ist verfassungsgemäß.

2. Die Herausnahme von tariflich unkündbaren Arbeitnehmern aus der Sozialauswahl ist nicht grob fehlerhaft gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG.

3. Auch bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste unterliegt die Betriebsratsanhörung keinen erleichterten Anforderungen, sodass es auch hier dem Arbeitgeber obliegt, näher darzulegen und gegebenenfalls unter Beweis zu stellen, den Betriebsrat im Rahmen der Anhörung über seine unternehmerische Entscheidung und deren Auswirkungen unterrichtet oder dies anlässlich der Verhandlungen über den Interessenausgleich oder bereits im Vorfeld getan zu haben.

zu 1.) § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG begegnet entgegen der Ansicht der Klägerin keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Allerdings ergibt sich aus dem Schutz der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG auch die Pflicht für den Gesetzgeber zum Schutz der Arbeitnehmer vor Arbeitgeberkündigungen (BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97,169 = AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 zu B 1 2 der Gründe), und darf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast den durch einfachrechtliche Normen bewirkten Schutz grundrechtlicher Gewährleistungen nicht leer laufen lassen (BVerfG, Beschluss vom 06.10.1999 – 1 BVR 2100/99 – AP GG Art. 12 Nr. 112 zu IV 2 der Gründe). Dies ist indessen bei der sich aus der gesetzlichen Vermutung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG ergebenden Überbürdung der Beweislast auf den Arbeitnehmer, dass keine dringenden betrieblichen Erfordernisse für seine Entlassung gegeben sind, nicht der Fall.

Wie auch sonst bei einem Negativbeweis ergibt sich aus § 138 Abs. 1 ZPO eine sog. sekundäre Darlegungslast des Prozessgegners. Dies gilt umso mehr, wenn die primär darlegungsbelastete Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner nähere Angaben machen kann und ihm dies aufgrund einer bestehenden Sonderrechtsbeziehung auch zumutbar ist (BGH, Urteil vom 11.06.1990 – II ZR 159/89 – NJW 1990, 3151 zu II 2 der Gründe). In der vorliegenden Konstellation kommt noch hinzu, dass der Arbeitnehmer über die Möglichkeit



verfügt, beim Betriebsrat als seinem gewählten Interessenvertreter Erkundigungen über die Gründe einzuziehen, die zum Abschluss des Interessenausgleichs geführt haben. Schließlich muss bei der Bewertung der gesetzlichen Regelung auch berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer bei Vereinbarung eines Interessenausgleichs mit Namensliste regelmäßig auch eine an den wirtschaftlichen Möglichkeiten des Arbeitgebers orientierte Sozialplanabfindung erwarten kann, wie dies vorliegend auch der Fall war. Dementsprechend hat auch das Bundesarbeitsgericht gegen die inhaltsgleiche, vom 01. Oktober 1996 bis 31. Dezember 1998 in Kraft gewesene Vorläufervorschrift vom 25. September 1996 (BGBl 1 S. 1476) keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet (zuletzt Urteil vom 22.01.2004 – 2 AZR 111/02 – AP BetrVG 1972 § 111 Namensliste Nr. 1 zu C II der Gründe).

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 05.11.2004, 6 Sa 1544/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 0224/2638 u. 967565, Fax: 0224/78544, e-mail: mail@andreas-peter.de; www.andreas-peter.de

### 196. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, Wartezeit, GmbH-Geschäftsführung, Auflösungsvertrag

1. Der Fortbestand eines ruhenden Arbeitsverhältnisses neben dem Geschäftsführerdienstvertrag ist zwar schon aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit möglich und denkbar, tatsächlich aber nur dann anzunehmen, wenn dies zugleich Geschäftsgrundlage der Geschäftsführerbestellung gewesen ist.

2. Für die Beurteilung eines auf § 13 Abs. 1 S. 3 KSchG gestützten Antrages ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem über den Auflösungsantrag entschieden wird, wobei auch nach Ausspruch der Kündigung liegende Umstände berücksichtigt werden können. Ist, wie vorliegend, die ordentliche Kündigung wirksam, ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer die Weiterarbeit nicht wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 12.07.2004, 7 Sa 250/04, Revision nicht zugelassen

### 197. Kündigung, außerordentliche –; Alkoholkrankheit; Personalratsanhörung

1. Eine außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers wegen Trunkenheit kommt nur in Betracht, wenn durch zusätzliche Umstände eine alsbaldige Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverzichtbar erscheint. In diesem Sinne sind unter anderem die Uneinsichtigkeit des Arbeitnehmers nach früheren Vorfällen und vergeblichen Abmahnungen, unverantwortliche Handlungen im alkoholisierten Zustand sowie besondere betriebliche Gefahren als belastende Umstände berücksichtigungsfähig.

2. Ist dem Arbeitnehmer wegen alkoholbedingter Schlecht-

leistung kein Schuldvorwurf zu machen, weil infolge psychischer und physischer Abhängigkeit Gewohnheits- oder übermäßiger Alkoholgenuss nicht aufgegeben werden kann, finden die strengen Maßstäbe der personenbedingten Kündigung Anwendung.

3. Ist der Personalrat zu verhaltensbedingten Kündigungsgründen ordnungsgemäß gehört worden, lässt sich aber die Kündigung aus personenbedingten Gründen rechtfertigen, die dem Personalrat nicht mitgeteilt worden sind, können diese Gründe nicht mehr nachgeschoben werden, weshalb die Kündigung unwirksam ist.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht  
vom 16.02.2006, 8 Sa 968/04, eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 198. Dienstordnungs-Angestellte, Bestellung zum –; Rücknahmerecht

Erschleicht sich der Bewerber die Einstellung bei einer Berufsgenossenschaft als Technischer Aufsichtsbeamter im Status eines Dienstordnungs-Angestellten durch die Vorlage eines gefälschten Diplomzeugnisses und Hochschuldiploms, kann die Bestellung bei Verweisung der Dienstordnung auf Bestimmungen des Bundesbeamtengesetzes gemäß § 12 Abs. 1 Ziffer 1 BBG zurückgenommen bzw. die arbeitsvertraglichen Beziehungen gemäß § 123 Abs. 1 BGB angefochten werden, selbst wenn das Vertragsverhältnis bereits über viele Jahre bestanden hat.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 24.08.2005, 9 Sa 400/05, Revision zugelassen

### 199. Kündigung, Sicherheitsvorschriften, Verstoß

Der nach einschlägiger Abmahnung erfolgte wiederholte Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften (hier: Sicherheitsgurt) kann eine ordentliche, verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Die vorsätzliche Missachtung von Sicherheitsvorschriften, die dem Schutz von Leben und Gesundheit von Arbeitskollegen sowie von erheblichen Sachwerten dienen, ist grundsätzlich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen (LAG Hamm, Urteil vom 17. November 1989 – 12 Sa 787/89 – LAGE § 626 BGB Nr. 48; vgl. auch LAG Köln, Urteil vom 17. März 1993 – 7 Sa 13/93 – LAGE § 626 BGB Nr. 71). Hält der Arbeitnehmer trotz Abmahnung Arbeitsschutz- und Sicherheitsvorschriften nicht ein, ist ein wichtiger Grund an sich gegeben. Werden die Sicherheitsinteressen des Arbeitgebers aufgrund belegbarer Mängel im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers gefährdet, kann dies abhängig vom Gefahrenpotential auch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen (Erfurter Kommentar – Müller-Glöge, § 626 Rz 88 m. w. N.).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 14.04.2005, 11 Sa 810/04, Revision nicht zugelassen

## Kündigungsschutzrecht

### 200. Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste

Eine Sozialauswahl ist bei Betriebsänderung mit Interessenausgleich samt Namensliste dann grob fehlerhaft im Sinne des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG, wenn die Sozialauswahl nur abteilungsbezogen erfolgte, obwohl die von dem gekündigten Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit auch mit denen von Mitarbeitern anderer Abteilungen vergleichbar ist.

a) Grob fehlerhaft im Sinne des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG ist eine soziale Auswahl, wenn ein evidenter Fehler vorliegt und der Interessenausgleich bei der Gewichtung der sozialen Kriterien des Alters, der Betriebszugehörigkeit und der Unterhaltspflichten jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit bezieht sich nicht nur auf die zuvor genannten sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst, sondern ist insbesondere auch auf die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen von den Gerichten nur auf ihre groben Fehler hin zu überprüfen (vgl. zu § 1 Abs. 5 KSchG a. F. BAG, Urteil vom 21.01.1999–2 AZR 624/98, NZA 1999, S. 866 ff. m. w. N.; zu § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO BAG, Urteil vom 28.08.2003–2 AZR 368/02 –, NZA 2004, S. 432 ff.).

b) Grundsätzlich ist die soziale Auswahl betriebsbezogen, d. h. gegebenenfalls auch abteilungsübergreifend durchzuführen (ständige Rechtsprechung des BAG, Urteil vom 05.05.1994–2 AZR 917/93, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl m. w. N.). Allerdings scheidet eine Vergleichbarkeit im Sinne des § 1 Abs. 3, 5 S. 2 KSchG aus, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (vgl. BAG, Urteil vom 17.02.2000–2 AZR 142/99 –, AP Nr. 46 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl). Dem steht nicht entgegen, dass grundsätzlich Arbeitnehmer vergleichbar sind, die austauschbar sind, was sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen bestimmt, d. h. nach der ausgeübten Tätigkeit. Austauschbarkeit ist nicht nur bei völliger Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann zu bejahen, wenn der Beschäftigte aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner beruflichen Qualifikation dazu in der Lage ist, die andersartige, aber gleichwertige Arbeit eines Kollegen zu verrichten.

#### ■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 01.07.2005, 11 Sa 1508/04, Revision nicht zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Stephan Meyer, Orchheimer Straße 1, 53902 Bad Münstereifel, Tel.: 02253/8028, Fax: 02253/8930, e-mail: Sekretariat@ra-nelles.de;  
www.ra-nelles.de

### 201. Gemeinsamer Betrieb, Leistungsapparat, einheitlicher

Die Beklagte betreibt in der Rechtsform einer GmbH Handel mit Baugeräten und erbringt zusätzlich allgemeine Verwaltungsdienstleistungen. Unstreitig beschäftigt sie neben dem gekündigten Kläger nur drei Arbeitnehmer. Daneben betreibt einer der Geschäftsführer als Einzelunternehmer örtlich selbstständig eine Sportstätte für Federballspiel und beschäftigt

zwölf Arbeitnehmer. Der Kläger war auch in streitigem Umfang für die Sportstätte tätig und vertritt daher die Ansicht, dass der betriebliche Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eröffnet ist, da ein gemeinsamer Betrieb vorliege und die Beschäftigten deshalb zusammenzurechnen sind. Die Beklagte legt eine vertragliche Vereinbarung vor, nach welcher sie für die Sportstätte Dienstleistungen erbracht hat, der zeitliche Aufwand durch den Kläger aber lediglich 8–10 Stunden im Monat betragen habe.

Das Arbeitsgericht Kassel (3 Ca 168/04) erklärte die Kündigung für wirksam. Es gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit, weil ein gemeinsamer Betrieb nicht vorliegt. Das Hessische Landesarbeitsgericht bestätigt diese Auffassung in vollem Umfang: Ein gemeinsamer Betrieb liegt vor, wenn von mehreren Unternehmen im Rahmen einer gemeinsamen Arbeitsorganisation unter einheitlicher Leitungsmacht und räumlich zusammenhängend arbeitstechnische Zwecke verfolgt werden. Der einheitliche Leitungsapparat muss aus den tatsächlichen Umständen abgeleitet werden können und die für die Erreichung der arbeitstechnischen Zwecke eingesetzten personellen, technischen und immateriellen Mittel lenken (vgl. BAG v. 23.03.1984, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 4; BAG v. 12.06.1985, AP KSchG § 23 Nr. 6).

Die räumliche Trennung der Betriebe schließt zwar eine gemeinsame Betriebsstätte nicht grundsätzlich aus, es müssen jedoch an die Darlegung der übrigen für eine betriebsübergreifende Leitungsmacht zur Durchführung der arbeitstechnischen Zwecke sprechende Umstände erhöhte Anforderungen gestellt werden (vgl. BAG v. 18.01.1990, NZA 1990, 977).

Allein daraus, dass ein Geschäftsführer der Beklagten zugleich Inhaber der Sportstätte ist, lässt sich die erforderliche personelle Verknüpfung nicht ableiten, Personenidentität kann lediglich ein Indiz für das Bestehen eines gemeinsamen Leitungsapparates sein. Wenn das Direktionsrecht über die Arbeitnehmer unabhängig von einander ausgeübt wird, besteht aus personellen Gründen eine klare Trennung der Betriebe.

Auch eine bloße unternehmerische Zusammenarbeit reicht nicht für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes aus. Der Abschluss des zwischen den Parteien geschlossenen Dienstvertrages spricht dafür, dass gerade keine einheitliche Leitungsmacht vorliegt, denn ansonsten hätte die Beklagte allein aufgrund ihrer Leitungsmacht Verwaltungsarbeiten in der Sportstätte durchführen lassen können, ohne dass es eines solchen Vertrages bedurfte. Der Vertrag der Parteien sollte dazu führen, dass die Sportstätte ihre eigenen arbeitstechnischen Zwecke weiter verfolgen konnte, während die Beklagte hierzu durch den Einsatz des Klägers im Betrieb der Sportstätte nur Hilfe leistete und dadurch wiederum ihre eigenen arbeitstechnischen Zwecke verfolgte. Hieraus folgt keine gemeinsame Betriebsstätte.

#### ■ Arbeitsgericht Kassel

vom 29.09.2004, 3 Ca 168/04; bestätigt unter Bezugnahme gem. § 69 Abs. 2 ArbGG durch Hessisches Landesarbeitsgericht vom 16.09.2005, 12 Sa 2213/04, rechtskräftig

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

## Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

### 202. Einstweilige Verfügung, Betriebsratswahl, Adressenliste von Arbeitnehmern, Verfügungsgrund

Der Wahlvorstand hat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Herausgabe einer Liste mit Adressen der Arbeitnehmer im Sinne von § 5 BetrVG, die zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl nach Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses voraussichtlich nicht im Betrieb anwesend sein werden.

Nach § 2 Abs. 1 WO hat der Wahlvorstand für jede Betriebsratswahl eine Liste der Wahlberechtigten, getrennt nach den Geschlechtern, aufzustellen. Nach § 2 Abs. 2 WO hat der Arbeitgeber dem Wahlvorstand alle für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Daraus resultierend i.V.m. § 24 Abs. 2 der Wahlordnung hat der Wahlvorstand den Wahlberechtigten, die im Zeitpunkt der Wahl nach der Eigenart ihrer Beschäftigungsverhältnisse voraussichtlich nicht im Betrieb anwesend sein werden, die Wahlunterlagen zuzuleiten, ohne dass es eines Verlangens der Wahlberechtigten bedarf. In einem Betrieb wie bei der Beteiligten zu 2., in dem die meisten Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung in den einzelnen Objekten erbringen und sich nicht jeden Tag, wenn überhaupt, in den Geschäftsräumen der Beteiligten zu 2. aufhalten, ist der Wahlvorstand entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung gehalten, die Wahlunterlagen den Arbeitnehmern direkt zuzuleiten. Dazu bedarf er der Anschriften der entsprechenden Arbeitnehmer und deren namentlicher Benennung, soweit dies vorausschauend schon mitgeteilt werden kann, wie es im Gesetzeswortlaut heißt. Daraus folgend ergibt sich, dass der Auskunftsanspruch des Wahlvorstandes begründet ist. Dies hat er in seinen Anschreiben auch durch Hinweis auf die entsprechende Vorschrift geltend gemacht.

Durch die Mitteilung der Adressen der für die Briefwahl in Betracht kommenden wahlberechtigten Arbeitnehmer an den Wahlvorstand verstößt die Beteiligte zu 2. auch nicht gegen das Persönlichkeitsrecht dieser Arbeitnehmer (Recht auf informationelle Selbstbestimmung). Zwar gehören die privaten Anschriften durchaus zu den persönlichen Daten eines Individuums und damit zum Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung dieser Daten zu bestimmen. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung besteht jedoch nicht schrankenlos. Im vorliegenden Fall soll die Preisgabe der Privatanschrift der wahlberechtigten Arbeitnehmer im Betrieb einerseits dem Wahlvorstand die

Einleitung und Durchführung der Wahl in der Form der Briefwahl ermöglichen, andererseits soll es sicherstellen, dass die wahlberechtigten Arbeitnehmer der Firma von diesem Wahlrecht auch Gebrauch machen können und sich damit an einer ihre Interessen gegenüber der Firma wahrnehmenden Betriebsvertretung durch Ausübung des Wahlrechts beteiligen können (vgl. LAG Baden-Württemberg vom 30.10.1992, Juris: KARE 422381137). Soweit die Beteiligte zu 2. die Besorgnis in ihren Schriftsätzen geäußert hat, der Wahlvorstand könne die mitgeteilten Adressen aller wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebes an die Gewerkschaft weitergeben, wodurch das Recht der wahlberechtigten Arbeitnehmer auf informationelle Selbstbestimmung in unzulässiger Weise tangiert würde, ist dem entgegenzuhalten, dass der Wahlvorstand zur Geheimhaltung ihm mitgeteilter personenbezogener Daten gegenüber außenstehenden Dritten verpflichtet ist. Über diese Verpflichtung wurde der Wahlvorstand in der Sitzung ausdrücklich durch den Vorsitzenden hingewiesen und belehrt.

Der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund ist gegeben. Ein Verfügungsgrund liegt dann vor wenn die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechtes ohne alsbaldige einstweilige Regelung vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Zur Abwendung dieser Gefahr muss die einstweilige Verfügung erforderlich sein. Angesichts der Tatsache, dass im vorliegenden Fall die einstweilige Verfügung Erfüllungswirkung hat, ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich. Es kommt insoweit darauf an, ob die glaubhaft gemachten Gesamtumstände es in Abwägung der beiderseitigen Belange zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich erscheinen lassen, eine sofortige Regelung zu treffen. Der Wahlvorstand kann im vorliegenden Fall nicht auf die Durchführung eines normalen Beschlussverfahrens verwiesen werden. Bereits aus § 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ergibt sich, dass der Wahlvorstand nach seiner Bestellung die Wahl unverzüglich einzuleiten hat. Dazu hat er ohne Zeitverzug die Wählerliste aufzustellen.

Die Durchführung eines ordentlichen Beschlussverfahrens würde jedoch bis hin zur Rechtskraft dieser Entscheidung mindestens mehrere Monate andauern. Die Einleitung eines ordentlichen Beschlussverfahrens zur Vorlage einer Mitarbeiterliste mit den notwendigen Adressangaben wäre damit mit der Verpflichtung des Wahlvorstandes, unverzüglich tätig zu werden, nicht mehr vereinbar (vgl. LAG Hamm, Beschl. v. 14.03.2005, NZA-RR 2005, 373–375)

■ Arbeitsgericht Leipzig vom 24.02.2006, 3 BVGa 5/06 eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 203. Anhörung des Betriebsrats; Kündigung, verhaltensbedingte –; Darlegungslast, Umfang der

Die im Rahmen der Anhörung des Betriebsrats erfolgte Mitteilung des Arbeitgebers, die Arbeitnehmerin habe äußerst

## Betriebsverfassungsrecht

unsensibel und ohne die erforderliche Rücksicht an den Tag zu legen ihre pflegerischen Tätigkeiten verrichtet, ist nicht geeignet dem Betriebsrat ein Bild von dem Kündigungsgrund zu verschaffen, um die Stichhaltigkeit der Kündigung zu überprüfen.

Nach § 102 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber bei einer beabsichtigten Kündigung vor Ausspruch derselben den Betriebsrat anzuhören. Hierbei ist der Arbeitgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes gehalten, dem Betriebsrat die Kündigungsgründe so umfassend und genau zu umschreiben, dass der Betriebsrat in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigung zu überprüfen. Hierbei kommt es freilich nicht darauf an, ob der Grund, den der Arbeitgeber dem Betriebsrat nennt, eine Kündigung rechtfertigen würde. Der Betriebsrat ist allerdings in die Lage zu versetzen, ohne eigene Nachforschungen und Nachprüfungen aufgrund der Angaben des Arbeitgebers nachzuvollziehen, ob der Grund, der ihm genannt wird, stichhaltig ist oder nicht. Freilich verhält es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes so, dass im Rahmen der Anhörung keine übertriebene Förmelerei stattfinden darf. Das wäre dann der Fall, wenn der Betriebsrat bereits aufgrund vorheriger Gespräche und Unterlagen umfassend informiert ist. In einem solchen Falle hat der Arbeitgeber jedoch in einem Prozess vorzutragen, aufgrund welcher Umstände der Betriebsrat welche konkreten Informationen hatte. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze erweist sich die ausgesprochene streitgegenständliche Kündigung als unwirksam.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 11.10.2005, 3 Ca 3573/05

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 204. Mitbestimmung, Zulage, Verteilungsspielraum

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 Personalrates vorgenommene Kürzung der Zulage ist rechtsunwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 14.07.2005, 4 Sa 362/05, Revision zugelassen

### 205. Rechtsanwaltskosten, Erforderlichkeit der –, Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle

Ein gerichtliches Verfahren zur Einsetzung einer Einigungsstelle ist nicht erforderlich im Sinne von § 40 Abs. 1 BetrVG und führt daher nicht zu einem Freistellungsanspruch des Betriebsrates von den Kosten, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat um die Konkretisierung der in der Einigungsstelle zu behandelnden Thematik bei grundsätzlicher Bereitschaft zur Durchführung des Einigungsstellenverfahrens gebeten

hat, der Betriebsrat hierauf jedoch nicht reagiert sondern das gerichtliche Verfahren einleitet.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 23.06.2005, 5 (11) TaBV 9/05, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Pühr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel.: 02065/3000-0, Fax: 02065/3000-50, e-mail: info@ra-npp.de; www.ra-npp.de

### 206. Unterlassungsanspruch des Betriebsrates; Wochenarbeitszeit, Verlängerung der –

Der Betriebsrat hat keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Unterlassung, wenn der Arbeitgeber Arbeitnehmer aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung mit gegenüber der tariflichen Wochenarbeitszeit längerer Arbeitszeit beschäftigt. Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3 des Tarifvertrags Chemische Industrie, der regelt, dass durch Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für Arbeitnehmergruppen eine 2 1/2 Stunden längere oder kürzere Arbeitszeit vereinbart werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 26.07.2005, 6 TaBV 45/04, Rechtsmittel nicht zugelassen

### 207. Mitbestimmungsrecht, Unterlassungsanspruch, Reisezeit

Ein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats liegt nicht vor, wenn ein Arbeitgeber seine Beschäftigten bei anderen Firmen einsetzt und durch die deswegen anfallenden Fahrzeiten zum Kunden die vertraglich geschuldete Arbeitszeit von 40 Wochenstunden überschritten wird.

Zu Recht ist das Arbeitsgericht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zunächst davon ausgegangen, es bestehe insoweit kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Denn nach dieser Vorschrift habe der Betriebsrat über den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie der Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen. Von der Norm – auch mittelbar – ist aber nicht erfasst ein Mitbestimmungsrecht über die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit (BAG, Beschluss vom 13.10.1987–1 ABR 10/86-AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

Aber selbst wenn man davon ausgehen sollte, mit der Einrechnung der Fahrzeiten sei auch die Lage der wöchentlichen Arbeitszeit betroffen, so ändert sich nichts am Ergebnis. Denn Reisezeit gehört nicht zur Arbeitszeit i. S.v. § 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG; jedenfalls dann nicht, wenn während dieser Zeit keine Arbeitsleistung zu erbringen ist (BAG, Beschluss vom 23.07.1996–1 ABR 17/96 – AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes). Dies gilt im Ergebnis auch hinsichtlich einer vorübergehenden Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit, also der Anordnung oder Entgegennahme von Überstunden i. S. des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.

Im Arbeitszeitgesetz ist der Begriff der Reisezeit nicht defi-



niert. Auch außerhalb des genannten Gesetzes gibt es für den Bereich des Arbeitsrechts keine gesetzliche Definition der Reisezeit. In der Rechtsprechung und Literatur wird allgemein zwischen Wegezeiten und Dienstreisezeiten differenziert (vgl. *Baeck/Deutsch*, ArbZG, 2. Auflage, § 2 Rn 68; BAG, Urteil vom 22.02.1978–4 AZR 579/76 – AP Nr. 3 zu § 17 BAT; BAG, Beschluss vom 23.07.1996–1 ABR 17/96). Unter einer Dienstreise wird gemeinhin die Fahrt an einen Ort verstanden, an dem ein Dienstgeschäft zu erledigen ist; als Wegezeit gilt die Zeit, die aufgewendet wird für die Fahrt von der Betriebsstätte zu einer außerhalb der Betriebsstätte gelegenen Arbeitsstätte und zurück (BAG, Urteil vom 22.02.1978–4 AZR 579/76 – AP Nr. 3 zu § 17 BAT) oder die Zeit, die der Arbeitnehmer von seiner Wohnung zur Arbeitsstätte und zurück aufwenden muss (BAG Urteil vom 08.12.1960–5 AZR 304/58 –). Die zuletzt genannte Wegezeit wird ausschließlich der privaten Sphäre zugeordnet und gilt deshalb als Ruhezeit, denn der Arbeitnehmer nimmt die Arbeit erst an seinem Arbeitsplatz auf. Insoweit besteht weder ein Vergütungsanspruch noch wird ein Mitbestimmungsrecht ausgelöst. Betriebsbedingte Wegezeiten hingegen werden als Vergütungspflichtige Arbeitszeit und auch als solche i. S. des Arbeitszeitschutzes angesehen (BAG, Beschluss vom 23.07.1996, a. a. O.). Bei Dienstreisen wird jedoch unterschieden: Hat der Arbeitnehmer während der Fahrt eine Arbeitsaufgabe zu erfüllen (etwa als Sekretär oder Teilnehmer einer Besprechung) oder ist er jedenfalls zu einer belastenden Tätigkeit verpflichtet (etwa zum Lenken eines Fahrzeugs), dann wird die Reisezeit als Arbeitszeit gewertet, ist die Reisezeit hingegen mit keiner zusätzlichen Belastung verbunden, soll es sich nicht um Arbeitszeit handeln (vgl. BAG, Urteil vom 22.02.1978–4 AZR 579/76 –). Ob es sich bei betriebsbedingten Reisezeiten um Arbeitszeiten oder arbeitsfreie Zeiten handelt, ist demnach mit Hilfe der Beanspruchungstheorie zu beantworten (*Baeck/Deutsch*, a. a. O., Rn 73).

Der Begriff der Arbeitszeit i. S. von § 87 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 BetrVG ist allerdings nicht deckungsgleich mit dem Begriff der vergütungspflichtigen Arbeitszeit und der Arbeitszeit i. S. des Arbeitszeitschutzes. Er bestimmt sich vielmehr nach dem Zweck des Mitbestimmungsrechts. Die Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG soll die Interessen der Arbeitnehmer an einer sinnvollen Arbeitszeit- und Freizeiteinteilung und -gestaltung schützen (BAG, Beschluss vom 21.12.1982–1 ABR 14/81 –; BAG, Beschluss vom 15.12.1992–1 ABR 38/92 –; BAG, Beschluss vom 23.07.1996, a. a. O.). Zweck des Mitbestimmungsrechts bei der Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist es, die Interessen der Arbeitnehmer bei der Anordnung zusätzlicher Arbeitsleistungen zur Geltung zu bringen. Dazu gehört neben der Frage, ob die Arbeitszeit überhaupt verlängert werden soll, vor allem auch eine gerechte Verteilung der mit der Leistung von Überstunden verbundenen Belastungen und Vorteile. Ausgehend von diesem Regelungszweck hat das Bundesarbeitsgericht als Arbeitszeit i. S. des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG auch die sog.

Rufbereitschaft angesehen. Während dieser erbringt der Arbeitnehmer zwar keine eigentliche Arbeitsleistung, er muss sich aber zur jederzeitigen Arbeitsaufnahme bereithalten. Bei Aufstellung eines Rufbereitschaftsplans wurde deshalb ein Mitbestimmungsrecht bejaht (BAG, Urteil vom 21.12.1982, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit).

Der vorliegende Fall ist jedoch mit einer Rufbereitschaft nicht vergleichbar. Dem Beteiligten zu 1. ist zwar zuzugeben, dass durch die angeordnete Fahrt zum auswärtigen Dienstort der betreffende Arbeitnehmer in seiner Freizeitgestaltung eingeschränkt wird. Dies reicht aber für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffern 2 u. 3 BetrVG nicht aus. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (Beschluss vom 23.06.1996, a. a. O.) berücksichtigt, als es angenommen hat, dass auch während der Rufbereitschaft keine eigentliche Arbeitsleistung erbracht wird und die Beschränkungen hinsichtlich der Freizeitgestaltung in der Regel eher geringer als bei Dienstreisen sind, da der Arbeitnehmer sich im gewohnten Lebensbereich aufhalten kann. Die Rufbereitschaft ist aber unmittelbar auf die Arbeitsleistung bezogen. Sie bringt zeitlich nicht voraussehbare, aber in der Tätigkeit angelegte und auch zusätzlich Arbeitseinsätze mit sich. Wegen der Unvorhersehbarkeit dieser Einsätze und der Notwendigkeit der unverzüglichen Arbeitsaufnahme ist es gerechtfertigt, für die Mitbestimmung des Betriebsrats schon auf die Vorstufe der Arbeitsbereitschaft abzustellen. Insoweit geht es letztlich auch hier um eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit, nämlich darum, wie die Arbeitnehmer zur Leistung zusätzlicher Arbeiten heranzuziehen sind (BAG, a. a. O.).

Im Übrigen wäre noch zu beachten, wenn man allein die mit einer Reise verbundene Beschränkung der privaten Lebensgestaltung ausreichen lassen würde: Um die Reisezeit der Arbeitszeit im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne immer gleichzusetzen, müsste dies nicht nur für die Fahrzeit gelten, sondern auch für jeden erforderlichen Aufenthalt am auswärtigen Dienstort, z. B. auch für Übernachtungen. Folgerichtig wäre die gesamte am auswärtigen Dienstort verbrachte Zeit als Arbeitszeit i. S. des § 87 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 BetrVG anzusehen. Dies kann aber nicht gewollt sein (BAG, a. a. O.). Dem schließt sich die Kammer an. Es besteht im Ausgangsfall auch keine Veranlassung, insoweit von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

#### ■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 12.07.2005, 7 TaBV 7/04, Rechtsbeschwerde unter Az. 1 ABR 3/06

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 208. Mitbestimmung, Ethikrichtlinien, Persönlichkeitsrechte von Arbeitnehmern

1. Ethikrichtlinien einer US-amerikanischen Muttergesellschaft, die über die deutsche Arbeitgeberin in den Betrieben

## Betriebsverfassungsrecht

in Deutschland eingeführt werden, unterliegen dann der betrieblichen Mitbestimmung, wenn und soweit Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG berührt sind.

2. Führt die deutsche Arbeitgeberin diese Richtlinien deutschlandweit in ihren Betrieben ein, hat der Gesamtbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht wahrzunehmen. Nach dem Selbstverständnis des Unternehmens kann die Ethikrichtlinie nur in allen Betrieben einheitlich eingeführt werden.

3. Ordnet die Arbeitgeberin an, dass ihr jeglicher Verstoß gegen die Ethikrichtlinie entweder über den Vorgesetzten, über eine anonyme Telefonhotline oder über ein Ethikbüro mitgeteilt werden muss, unterliegt dieses Verfahren der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Ob der Betriebsrat auch darüber mitbestimmen muss, bei welchen Verstößen eine Unterrichtung zu erfolgen hat, bleibt offen.

4. Bestimmt die Arbeitgeberin in der Ethikrichtlinie, dass die Arbeitnehmer von Lieferanten keine Geschenke und Zuwendungen entgegennehmen dürfen, hat der Gesamtbetriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, das auch die Frage umfasst, ob auch die gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke wie z. B. Kugelschreiber, einfacher Kalender, Feuerzeuge u. a. von diesem Verbot erfasst werden und wie sich der Arbeitnehmer insoweit verhalten soll.

5. Verbietet die Arbeitgeberin in der Ethikrichtlinie jegliche Belästigung von Mitarbeitern, ohne dass sich dieses Gebot ausschließlich auf sexuelle Belästigung beschränkt, unterliegt dieses Verbot der Mitbestimmung des Gesamtbetriebsrats. Wird eine sexuelle Belästigung von einem Mitarbeiter nicht erkennbar abgelehnt, hat der Gesamtbetriebsrat jedenfalls bei den vorbeugenden Maßnahmen nach § 2 I BeschSchG ein Mitbestimmungsrecht. Es besteht kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats bei der Anordnung der Arbeitgeberin, dass auf ihrem Betriebsgelände oder während der Arbeit ausnahmslos keine Gewalt ausgeübt oder angedroht wird.

6. Der Gesamtbetriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Anweisung in einer Ethikrichtlinie, die Mitarbeiter dürften nicht ohne Zustimmung der Arbeitgeberin Pressemitteilungen abgeben; es fehlt an dem für die Mitbestimmung notwendigen Regelungsspielraum.

7. Regelt die Ethikrichtlinie, dass nur berechtigte Personen Einblick in die Personal- und Krankenakte nehmen dürfen, besteht mangels Regelungsspielraum kein Mitbestimmungsrecht des Gesamtbetriebsrats. Der Gesamtbetriebsrat kann nicht darüber mitentscheiden, wer Einblick nehmen darf.

8. Eine Ethikrichtlinie, die bestimmt, dass Mitarbeiter nicht mit jemandem ausgehen oder eine Liebesbeziehung eingehen dürfen, der Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen kann oder deren Arbeitsbedingungen von der anderen Person beeinflusst werden können, verstößt gegen das Grundgesetz (Art. 1 und 2 GG); sie ist unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 14.11.2005, 10 TaBV 46/05, nicht rechtskräftig

### 209. Mitbestimmung, Ethikrichtlinien, Konzernbetriebsrat

Die Firma Honeywell ist ein deutsches Tochterunternehmen des US-amerikanischen Firma Honeywell, die an der New York Stock Exchange gelistet ist. Für die an der New York Stock Exchange gelisteten Unternehmen besteht eine gesetzliche Verpflichtung, einen Code of Business Conduct in Access bei den ihr unterfallenen Unternehmen einzuführen. Die US-amerikanische Muttergesellschaft hat daher für alle weltweit bei ihr beschäftigten Mitarbeiter einen Verhaltens-Codex erarbeitet, der sodann in die deutsche Sprache übersetzt wurde.

Die Antragsgegnerin begehrt seit einiger Zeit die Einführung des sogenannten Honeywell Verhaltenscodex, den Honeywell Code of Business Conduct, unter den Mitarbeitern ihres Konzerns, die jeder dieses Werks unter Gegenzeichnung erhalten soll.

Dieser Verhaltens-Codex enthält Regelungen über das Verhalten der Mitarbeiter untereinander, gegenüber Vorgesetzten, Lieferanten und Kunden und sonstigen Personen, die in Beziehung zu dem Unternehmen treten.

Die folgenden Teile der Ethikrichtlinien einer US-amerikanischen Muttergesellschaft, die weltweit, darunter in ihren deutschen Tochterunternehmen eingeführt werden, unterliegen der erzwingbaren Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats:

„Wir werden alle notwendigen Maßnahmen ergreifen, um ungebührliche Vorgesetztenverhältnisse zu vermeiden und Personen, mit denen wir familiäre oder enge persönliche Verbindungen haben, nicht direkt oder indirekt über – oder untergeordnet zu sein.

Sollte ein tatsächlicher oder scheinbarer Interessenskonflikt entstehen, muss der betreffende Mitarbeiter das Problem der Rechtsabteilung oder dem Honeywell-Kontrollbüro („Integrity and Compliance Office“) und einem Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, schriftlich mitteilen, damit der Fall geprüft und gegebenenfalls Maßnahmen zur Beseitigung des Interessenkonflikts ergriffen werden können.

Insbesondere verbietet das Unternehmen unwillkommene sexuelle Zudringlichkeiten oder Körperkontakte, Gesten und Aussagen sexuellen Inhalts sowie das Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen und Witzen sexueller Natur. Ebenfalls verboten sind Repressalien gegen Mitarbeiter, die sich gewehrt und über sexuelle Belästigungen beschwert haben. Zur Meldung von sexuellen Belästigungen steht den Mitarbeitern ein einschlägiges Beschwerdeverfahren zur Verfügung.

Mitarbeiter oder Vertreter, die Arbeiten im Namen von Honeywell durchführen, sind bezüglich Ressourcen der Honeywell Information Technology nicht zum Schutz ihrer Privatsphäre berechtigt, außer wenn dies durch die örtlichen Gesetze vorgesehen ist. Alle Computerdaten, die unter Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erstellt, empfangen oder übertragen werden, gelten nicht als private Informationen des Benutzers. Honeywell behält sich das Recht

vor, alle Daten aus jedwedem Grund ohne Vorankündigung zu untersuchen, wenn Verstöße gegen diesen Verhaltenskodex oder andere Richtlinien von Honeywell vermutet werden. Durch die Verwendung von Ressourcen der Honeywell Information Technology erklären sich Benutzer mit dieser Überwachung einverstanden.“ Dem Konzernbetriebsrat steht hinsichtlich des Regelungsbereichs unter der Rubrik „Wir vermeiden Interessenkonflikte“ ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu. Dort wird den Mitarbeitern die Verpflichtung aufgelegt, mögliche oder scheinbare Interessenkonflikte zwischen Mitarbeitern, die miteinander familiär oder eng persönlich verbunden sind, zu melden. Als Ansprechpartner werden die Rechtsabteilung oder das Honeywell Kontrollbüro (Integrity and Compliance Office) und ein Mitglied des Führungsteams in dem Geschäftsbereich, in dem der Konflikt entsteht, genannt.

Zwar ist der einzelne Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht zur Arbeitgeberin ohnehin verpflichtet, von diesem sowie von anderen Arbeitnehmern Schäden abzuwenden, soweit dies möglich und zumutbar ist.

Die Festlegung in der Ethik-Richtlinie der Arbeitgeberin geht über diese Schadensabwendungspflicht jedoch weit hinaus. Nach den Vorgaben durch den Verhaltenscodex müssen die Arbeitnehmer bereits dann die Arbeitgeberin unterrichten, wenn aufgrund einer engen persönlichen Beziehung ein Interessenkonflikt innerhalb einer Abteilung entstehen kann. Dies ist unabhängig davon, ob bereits ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Indem Mitarbeiter verpflichtet werden, auch einen scheinbaren Interessenkonflikt anzuzeigen, kann das Zusammenleben in der Betriebsgemeinschaft und der Betriebsfrieden nachhaltig gestört werden.

Darüber hinaus legt die Arbeitgeberin mit dieser Regelung den Arbeitnehmern bestimmte Verhaltenspflichten auf, indem sie vorschreibt, dass die Rechtsabteilung, das Honeywell Kontrollbüro und das Mitglied des Führungsteams im betroffenen Geschäftsbereich von dem tatsächlichen oder scheinbaren Interessenskonflikt zu informieren sind.

Allein mit der Festlegung des Verfahrens, wie die Mitarbeiter auf einen tatsächlichen oder scheinbaren Interessenskonflikt reagieren müssen, ist nicht mehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten, sondern das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer und damit die betriebliche Ordnung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betroffen (vgl. *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, DB 2005, 2190, 2191; *Junker*, BB 2005, 604 f.). Der mitbestimmungspflichtige Tatbestand liegt in der an alle Arbeitnehmer gerichteten verbindlichen Anordnung, bei einem festgestellten oder als möglich angesehenen Interessenskonflikt eine von drei Stellen zu unterrichten. Ein solches Meldeverfahren unterliegt der Mitbestimmung (vgl. BAG, Beschluss vom 21.01.1997 – 1 ABR 93/97, AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972, Ordnung des Betriebs = NZA 1997, 785 = BB 1997, 16, 190 – EZA, § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 23).

Dem Konzernbetriebsrat steht bei dem Komplex „Wir arbeiten in einem positiven Umfeld“ auf Seite 7 ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu.

Es versteht sich von selbst, dass ein Arbeitnehmer die gesetzlichen Vorschriften zu beachten hat, die andere Arbeitnehmer und den Arbeitgeber vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz schützen.

Dieses Gebot regelt § 2 Abs. 2 BeschSchG, der wie folgt lautet: „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören:

Sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen; sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden.

Nach §§ 2 Abs. 2 und 4 Abs. 1 BeschSchG muss die Arbeitgeberin erst dann eingreifen und geeignete Maßnahmen ergreifen, wenn tatsächlich eine sexuelle Belästigung im Sinne von § 2 des BeschSchG vorliegt, wenn also ein vorsätzliches sexuell bestimmtes Verhalten bemerkt wird und der Betroffene dieses im Falle des Abs. 2 Ziff. 2 BeschSchG erkennbar ablehnt. Trotz dieser gesetzlichen Regelung besteht aber auch für die Betriebsparteien noch ein darüber hinausgehender Ausgestaltungsspielraum im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, denn die Beteiligten können die Regelungen des Gesetzes einvernehmlich konkretisieren oder ergänzen.

Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin regelt die Passage in der Ethik-Richtlinie über sexuelle Belästigung nicht lediglich die Verhaltensweisen, die auch im BeschSchG enthalten sind, sondern geht darüber hinaus.

Diese ergänzende Ausgestaltung berührt das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, es bezieht sich auf das Zusammenleben im Betrieb und ist dementsprechend mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Verboten wird über die gesetzliche Regelung hinaus das Zeigen oder Verbreiten von Bildern, Karikaturen oder Witzen sexueller Natur, auch ohne, dass dies von den Betroffenen erkennbar abgelehnt wird. Damit werden auch Verhaltensweisen verboten, die noch nicht eine sexuelle Belästigung, wie sie in § 2 Abs. 2 BeschSchG definiert ist, darstellen.

Darüber hinaus werden die Mitarbeiter auf ein einschlägiges Beschwerdeverfahren verwiesen. Auch hier gilt, dass der mitbestimmungspflichtige Tatbestand nicht zuletzt auch in der an alle Arbeitnehmer gerichteten verbindlichen Anordnung liegt, Verstöße gegen die Vorschrift zu melden; ein solches Meldeverfahren unterliegt der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats besteht auch im Hinblick auf die im Tenor aufgeführte Passage auf Seite 9 unter der Rubrik „Wir schützen Unternehmenseigentum und Daten“.

## Betriebsverfassungsrecht

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht des Konzernbetriebsrats bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Unter „Einführung“ sind alle Maßnahmen der Vorbereitung der geplanten Anwendung, insbesondere die Festlegung von Art und Gegenstand sowie von Zeitraum, Ort und Zweckbestimmung und Wirkungsweise der Überwachung zu verstehen.

Im Codex kündigt die Arbeitgeberin an, im Zweifelsfall die Arbeitsleistung und das Verhalten der Mitarbeiter durch Auswertung von Computerdaten zu überwachen. Sie berührt sich des Rechtes, diese Computerdaten ohne Vorankündigung einzusehen und auszuwerten. Hierin liegt eine mitbestimmungspflichtige Regelung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, da sie eine technische Einrichtung, das Computernetzwerk, zur Überwachung der Leistungen und des Verhaltens der Mitarbeiter benutzen will.

Die Arbeitgeberin kann sich bezüglich der oben angeführten Mitbestimmungstatbestände nicht darauf berufen, dass im Einzelfall durch das Vorwort des Codex einige der im Codex genannten Verhaltensregeln aufgrund entgegenstehender deutscher Gesetze keine Anwendung finden.

Diese Unsicherheit, ob eine Klausel in der Ethik-Richtlinie den örtlichen Gesetzen entspricht oder ihnen zuwiderläuft, ist nicht dem einzelnen Arbeitnehmer aufzuerlegen. Da die Arbeitgeberin verlangt, dass die Arbeitnehmer sich mit der Unterschrift verpflichten, sich an die Ethik-Richtlinien zu halten, muss für den einzelnen Arbeitnehmer unzweifelhaft klar sein, zu welchen Verhaltensweisen er durch die Richtlinie verpflichtet wird.

■ Arbeitsgericht Offenbach am Main

vom 24.11.2005, 3 BV 44/04

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Thon, Bismarckstraße 187, 63067 Offenbach, Tel.: 069/8001477, Fax: 069/8001479

### 210. Betriebsvereinbarung, Sozialplan, Blankettverweisung

1. Verweist ein Sozialplan auf die Inhaltsnormen einer anderen Betriebsvereinbarung „in der jeweils gültigen Fassung“, handelt es sich um eine sogenannte Blankettverweisung. Eine solche ist jedenfalls insoweit wirksam, als sie auf die normativen Regelungen verweist, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Sozialplans in Kraft waren (im Anschluss an BAG, 23.06.1992 – 1 ABR 9/92).

2. Der Inhalt der in Bezug genommenen Regelungen bleibt auch dann maßgebend, wenn deren Geltung aufgehoben oder sie durch eine andere Regelung ersetzt worden sind.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 19.08.2005, 13 Sa 1081/05

### 211. Mitbestimmungsrecht bei Einstellung, Antragsbefugnis, Stufenverfahren, Gesetzverstoß

1. Zwar endet die für die Antragsbefugnis im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren erforderliche Zuständigkeit des örtlichen Personalrats für das Beteiligungsverfahren, wenn hierfür das Verfahren bei der Stufenvertretung eingeleitet worden ist und demzufolge Mängel des Beteiligungsverfahrens, die erst nach Einleitung des Stufenverfahrens eingetreten sind, nur von der Stufenvertretung einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden können. Allerdings muss das Stufenverfahren tatsächlich eingeleitet worden sein. Hierfür wäre es erforderlich gewesen, dass der Stufenvertretung Unterlagen zu dem betreffenden Vorgang ausgehändigt werden und von ihm in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme erbeten wird. Hierfür reichen formlose Gespräche zwischen der übergeordneten Dienststelle und der Stufenvertretung nicht aus. Diese sind noch der Sphäre des Leiters der nachgeordneten Dienststelle zuzuordnen und im Zweifel auf dessen Ebene und dementsprechend auf der Ebene der örtlichen Personalvertretung auszutragen.

2. Der Personalrat kann nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG die Zustimmung zu einer Einstellung eines Mitarbeiters wegen Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 2 GG verweigern. Dies setzt voraus, dass die Behörde mit der Einstellung den Rahmen verlassen will, der ihr durch Art. 33 Abs. 2 GG hinsichtlich der Auswahlmerkmale Eignung, Befähigung und fachliche Leistung eingeräumt ist, oder wenn sie bei der Vorbereitung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist. Dieser Rahmen ist nicht verlassen, wenn bei einer zwischen zwei Bewerbern erfolgten Auswahlentscheidung ein Unterscheidungsmerkmal auf die MfS-Beschäftigung abstellt.

■ Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

vom 24.11.2005, PB 8 B 607/03, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

eingereicht vom Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de www.advo-gross.de

### 212. Postulationsfähigkeit; Beschlussverfahren, personalvertretungsrechtliches –; Zulassung, Beschwerde

Im personalvertretungsrechtlichen Verfahren auf Zulassung der Beschwerde und im Beschwerdeverfahren selbst bestimmt sich die Postulationsfähigkeit gemäß § 88 Abs. 2 S. 1 SächsPersVG i.V.m. § 89 Abs. 1 ArbGG. Der Zulassungsantrag, die Antragsbegründung bzw. die Beschwerde und Beschwerdebegründung müssen daher durch einen Rechtsanwalt oder durch einen nach § 11 Abs. 2 S. 2, 4 und 5 ArbGG zur Vertretung befugten Person eingelegt bzw. eingereicht werden.

Der Antrag des Beteiligten auf Zulassung der Beschwerde ist unzulässig, da die Antragschrift nicht durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet und damit nicht formgerecht gemäß § 88

Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG i.V.m. § 89 Abs. 1 ArbGG eingereicht wurde.

Entgegen der Auffassung des Beteiligten gilt die vorgenannte Formvorschrift kraft der in § 88 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG enthaltenen Verweisung auf die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren entsprechend für das nach § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG der Beschwerde gegen verfahrensbeendende Beschlüsse des Verwaltungsgerichts vorgeschaltete Zulassungsverfahren. Die Verweisung ist dahin zu verstehen, dass die im Arbeitsgerichtsgesetz zur Zulässigkeit der Beschwerde getroffenen Regelungen über das Beschlussverfahren, hier das in § 89 Abs. 1 ArbGG angeordnete Erfordernis der Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch einen Rechtsanwalt oder eine nach § 11 Abs. 2 Satz 2, 4 und 5 ArbGG zur Vertretung befugte Person, auf den nach § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG i.V.m. §§ 124, 124a VwGO gestellten Antrag auf Zulassung der Beschwerde entsprechende Anwendung finden. Wortlaut und Systematik des § 88 Abs. 2 SächsPersVG sind insoweit eindeutig und erlauben keine andere Auslegung: Satz 1 normiert als Grundsatz die Verweisung auf die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren, Satz 2 enthält mit der Verweisung auf § 124 Abs. 2 und § 124a VwGO abschließende Ausnahmen, die die vom Beteiligten gewünschte Erweiterung um die in § 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO getroffene Regelung der Postulationsfähigkeit im Verwaltungsprozess, nach der sich juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen können, ausschließt. Dass die Verfahrensvorschriften der §§ 124 Abs. 2 und 124a VwGO, die in entsprechender Abänderung der Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren zur Anwendung gelangen sollen, in § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG abschließend aufgezählt werden – eine unbeabsichtigte Regelungslücke hinsichtlich § 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO mithin ausscheidet – folgt daraus, dass sich der Gesetzgeber der Möglichkeit bewusst war, von dem bundesrechtlichen Vorbild der uneingeschränkten Verweisung auf die Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das Beschlussverfahren in § 83 BPersVG abzuweichen. Hätte er auch die Regelung des § 89 Abs. 1 ArbGG von der Verweisung in § 88 Abs. 2 Satz 3 SächsPersVG ausnehmen und damit die Frage der Postulationsfähigkeit anders regeln wollen, so hätte sich die Aufnahme von § 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO in die Aufzählung des § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG aufgedrängt. Das in § 88 Abs. 2 Satz 2 SächsPersVG als Besonderheit des sächsischen Personalvertretungsrechts geregelte Zulassungsverfahren hindert die Anwendbarkeit des § 89 Abs. 1 ArbGG somit nicht.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Regelung der Postulationsfähigkeit in § 67 Abs. 1 S. 6 Alt. 2 und Satz 7 VwGO, die – für den Fall ihrer landesrechtlichen Inbezugnahme – in Personalvertretungsangelegenheiten neben den in § 11 Abs. 2 Satz 2 und 4 ArbGG genannten Personen – durch das

Wort „auch“ – die in § 67 Abs. 3 Satz 1 und 3 VwGO genannten Personen für vertretungsbefugt erklärt. Der Landesgesetzgeber hat daher die Wahl, ob er die in § 89 Abs. 1 ArbGG enthaltene Verweisung auf § 11 Abs. 2 Satz 2, 4 und 5 ArbGG durch die Anordnung der Geltung von § 67 Abs. 1 Satz 1, 3, 6 und 7 VwGO abändert oder nicht. Macht der Gesetzgeber hiervon durch eine Einschränkung der Verweisung auf die arbeitsgerichtlichen Vorschriften über das Beschlussverfahren keinen Gebrauch, so verbleibt es bei der uneingeschränkten Geltung des § 89 Abs. 1 ArbGG. Diese über § 88 Abs. 2 SächsPersVG anwendbare Bezugsnorm übersieht der Beteiligte, wenn er § 67 VwGO mit der Begründung für anwendbar hält, dass § 88 Abs. 2 SächsPersVG nicht ausdrücklich auf § 11 ArbGG verweise. Im Übrigen entspricht die hier zum Zulassungsverfahren vertretene Auffassung im Ergebnis den in den meisten anderen Landespersonalvertretungsgesetzen getroffenen Regelungen hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens (vgl. OVG NW, Beschl. v. 26.2.1998 – 1 A 4664/97.PVB – abgedruckt in JURIS; HessVGH, Beschl. v. 2.10.3985, NJW 1987, 341; BayVGH, Beschl. v. 14.12.1983, BayVBl 1984,313).

Der Senat kann den Antrag als unzulässig verwerfen, obgleich er bereits Prozessanträge und Schriftsätze entgegengenommen und der Gegenseite mit der Bitte um Äußerung übersandt hat. Denn der Beteiligte ist mit Verfügung vom 12.10.2005 auf die zweifelhafte Anwendbarkeit des § 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO und die mögliche Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung in dem angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts ebenso hingewiesen worden wie auf die Jahresfrist nach § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG. Gleichwohl hat der Beteiligte an seiner Auffassung zur Zulässigkeit seines Antrags festgehalten und das damit verbundene Prozessrisiko übernommen.

Da der Senat in diesem Verfahren erstmals seine bislang abweichende Zulassungspraxis aufgibt und die Beachtung des § 88 Abs. 2 Satz 1 SächsPersVG i.V.m. § 89 Abs. 1 ArbGG als Zulässigkeitsvoraussetzung fordert, weist er zur Klarstellung darauf hin, dass nach der zustimmungswürdigen herrschenden Meinung nicht nur die Beschwerdeschrift, sondern auch die Beschwerdebegründung durch einen Rechtsanwalt oder eine nach § 11 Abs. 2 Satz 2, 4 und 5 ArbGG zur Vertretung befugte Person unterzeichnet sein müssen (vgl. hierzu HessVGH, Beschl. v. 2.10.1985, a. a. O. unter Ablehnung der gegenteiligen Auffassung des BayVGH, Beschl. v. 14.12.1983, a. a. O.; OVG NW, Beschl. v. 2.9.1992 – CB 162/89 – abgedruckt in JURIS; *Germelmann/Matthes/Prütting*, ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 89 Rn 24 m. w. N.; *Grunsky*, ArbGG, 6. Aufl. 1990, § 87 Rn 12; *Fischer/Goeres*, in: Fürst, GKÖD, Bd. V, Anhang 3 zu § 83 Rn 176; *Schmitt*, in: Lorenzen u. a., BPersVG, § 83 Rn 108; zur Beschwerdeschrift ausdrücklich auch *Rehak*, in: Vogelgesang/Bieler/Kieffer/Ders., Landespersonalvertretungsgesetz für den Freistaat Sachsen, G § 88 Rn 166; a.A. zur Beschwerdebegründung: *Altvater/Hamer/Ohnesorg/Peiseler*, BPersVG, 5. Aufl. 2004, § 83 Rn 92). Gleiches gilt wegen der oben dargelegten entsprechenden Anwendbarkeit für die Begründung des An-

## Tarifrecht

trags auf Zulassung der Beschwerde sowie die Beschwerdebegründung nach § 88 Abs. 2 Satz 1 und 2 SächsPersVG i.V.m. § 124a Abs. 4 und 6 i.V.m. § 89 Abs. 1 ArbGG.

■ Sächsisches Obergerverwaltungsgericht

vom 20.12.2005, PL 9 B 342/05

eingereicht vom Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### Anmerkung:

Das SächsPersVG existiert seit November 1992. Bisher hat der Fachsenat für Personalvertretungssachen am OVG Bautzen nie ein Problem in der tatsächlich fehlenden Postulationsfähigkeit von Behördenvertretern gesehen. (gr)

## Tarifrecht

### 213. Unterlassungsanspruch, Gewerkschaft, Änderungsvereinbarung, einzelvertragliche –

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann sich eine Gewerkschaft gegen rechtswidrige Eingriffe in ihre von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit mit Hilfe von Unterlassungsklagen wehren. Der Schutzbereich der Tarifautonomie umfasst nicht nur die Schaffung von Tarifnormen sondern auch die Absicherung ihrer Durchsetzungsfähigkeit.

2. Die klagende Gewerkschaft kann die Unterlassung der tarifunterschreitenden einzelvertraglichen Vereinbarungen auch hinsichtlich der Tarifaußenseiter verlangen. Wenn der Arbeitgeber nach seiner erklärten Regelung ein Ziel verfolgt, das einheitlich die Gesamtbelegschaft erfassen soll, muss der Unterlassungsantrag mithin nicht auf die organisierten Arbeitnehmer beschränkt werden. Eine Aufspaltung dieser unternehmerischen Maßnahme würde zudem den eindeutig erklärten Regelungswillen des Arbeitgebers missachten. Die Rechtswidrigkeit einer kollektiven Maßnahme wegen Verletzung von Koalitionsrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG erfasst im Zweifel die gesamte Maßnahme.

Der Kläger kann von der Beklagten die Unterlassung der Durchführung der mit 99 % ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen auf der Grundlage des Anschreibens vom 14.06.2004 geschlossenen einzelvertraglichen Änderungsvereinbarungen verlangen (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. § 823 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG). Der in § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geregelte Unterlassungsanspruch kann zur Abwehr von Eingriffen in alle nach § 823 BGB geschützten Rechte, Lebensgüter und Interessen herangezogen werden. Das Gericht folgt der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes, nach der sich eine Koalition gegen rechtswidrige Eingriffe in ihre von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit mit Hilfe von Unterlassungsklagen wehren kann (BAG, 20. April 1999, AP Nr. 89 zu Art. 9 GG). Der Schutzbereich der Tarifautonomie umfasst nicht nur die Schaffung von Tarifnormen, sondern auch die Absicherung ihrer Durchsetzungsfähigkeit.

Gewerkschaften ebenso wie Arbeitgeberverbände müssen ihre koalitionspezifischen Tätigkeiten gegen Eingriffe und Behinderungen verteidigen und dafür auch Rechtsschutz in Anspruch nehmen können. Soweit die Beklagte dies als „Prozessstandsschaft“ bezeichnet, ist dies unzutreffend. Die Verbindlichkeit tarifvertraglicher Bestimmungen und deren Durchsetzungsfähigkeit darf nicht allein auf die Akzeptanz der Rechtsadressaten angewiesen sein. Immer dann, wenn festgestellt wird, dass eine Regelung leer läuft und ihre gesetzlichen Ziele verfehlt werden, etwa weil die Durchsetzung der Rechte als zu schwierig, zu riskant oder nicht lohnend angesehen werden, sind Instrumente notwendig, die der Rechtsverwirklichung Nachdruck verleihen. Würde man den alltäglichen Kampf um die Durchsetzung tariflicher Rechte allein den Mitgliedern der Gewerkschaften überlassen, bliebe außen vor, dass Arbeitnehmer ganz generell zu einem großen Teil vor den befürchteten Risiken zurückschrecken. Hierzu gehört die Berufung auf tarifliche Rechtspositionen, die in einem Betrieb offen und systematisch unterdrückt werden. Trotz gewerkschaftlichen Rechtsschutzes suchen sie den Weg zum Arbeitsgericht weit überwiegend erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, wenn also der Bestand des Arbeitsverhältnisses ohnehin in Frage steht. Deshalb geht auch der Einwand der Beklagten, aus der hohen Rücklaufquote i.H.v. 99 % sei auf die hohe Akzeptanz des Arbeitgeberhandelns durch die Belegschaft zu schließen, fehl. Der Unterlassungsanspruch dient dem Grundrechtsschutz auf kollektiver Ebene, der so weit gehen kann, dass kollektives und individuelles Freiheitsrecht kollidieren, d. h. koalitionspezifische Ziele und organisationspolitische Bedürfnisse nicht notwendigerweise und jederzeit mit dem individuellen Interesse der Gewerkschaftsmitglieder übereinstimmen müssen. Verliert das Tarifvertragsrecht durch rechtswidrige Eingriffe des Arbeitgebers seine praktische Bedeutung, werden die tarifvertraglichen Normen zum „Papiertiger“ mit der Folge, dass die Mitgliedschaft in Koalitionen sinnlos wird und die Koalitionsfreiheit leer läuft (vgl. *Dieterich*, AuR 2005, S. 121 (126)). Der deliktsrechtliche Ansatz zum Schutz der kollektiven Koalitionsfreiheit ist deshalb auch da anzuwenden, wo Tarifnormen auf der betrieblichen Ebene systematisch ausgehebelt werden. Gegenstand des Anspruches ist mithin nicht die Durchsetzung tariflicher Ansprüche, sondern der Schutz der Tarifvertragsparteien vor der „Etablierung einer betrieblichen Konkurrenzordnung“.

Vorliegend wird auch eine im Betrieb der Beklagten geltende tarifliche Ordnung verdrängt. Es kann dahinstehen, ob von einer tariflichen Ordnung bereits die Rede sein kann, wenn es im Betrieb ein Beschäftigungsverhältnis gibt, für das der Tarifvertrag einen Geltungsanspruch erhebt, den der Unternehmer mit einer kollektiven Maßnahmen unterlaufen könnte. Jedenfalls wenn die Zahlenverhältnisse des § 17 KSchG – wie hier mit 20–30 % – erfüllt sind, wird wegen der erheblichen Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer die tarifunterlaufende

Zielrichtung von Vereinbarungen angenommen (*Rieble*, ZTR 1999, 283, 485; *Schmidt*, RdA 2004, 152 (158)).

Dass die Beklagte im vorliegenden Fall die Tarifnormen des Manteltarifvertrages für Arbeiter und Angestellte in der Eisen-, Metall- und Elektroindustrie des Landes Hessen (§ 2 Ziff. 1 Abs. 1 i.V.m. mit Abs. 6, Ziff. 1 Abs. 4) unterlaufen will, bringt sie im Anschreiben vom 21.07.2004 zweifelsfrei zum Ausdruck. Die Beklagte stellt hier unmissverständlich klar, dass sie an die Regelungen des Tarifvertrages gebunden ist. Ein eindeutiger und offener Angriff auf den Geltungsbereich eines Tarifvertrages als durch den Hinweis auf die Ablehnung eines Ihre Wettbewerbsfähigkeit sichernden Tarifvertrages durch die IG Metall verbunden mit Ausführungen wie, „die Blockade der IG Metall geht am Tarifvertrag vorbei. Wir sehen deshalb keinen anderen Weg als sie zu bitten, mit uns eine einzelvertragliche Änderung ihres Arbeitsvertrages umzusetzen. Hierdurch werden die zunächst als Tarifvertrag gedachten Regelungen Gegenstand Ihres Arbeitsverhältnisses“, ist kaum denkbar. Die Beklagte bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie unabhängig von der Tarifbindung mit allen Beschäftigten und damit kollektiv tarifwidrige einzelvertragliche Vereinbarungen abschließen will und auf das Prinzip setzt „wo kein Kläger, da kein Richter“. Der Kläger kann die Unterlassung der tarifunterschreitenden einzelvertraglichen Vereinbarungen auch hinsichtlich der Tarifaußenseiter verlangen.

a) Bei der Abgrenzung des tarifwidrigen Verletzungstatbestandes kommt es nicht auf die Unterscheidung zwischen den tarifgebundenen Arbeitnehmern und Außenseitern an. Das Gericht folgt der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichtes, dass eine Klage, die Tarifgebundene und Außenseiter gleichermaßen erfasst, voll umfänglich begründet sein kann. Hierzu hat das BAG in seiner Entscheidung vom 20. April 1999 ausgeführt, dass „wenn der Arbeitgeber nach seiner Zielvorgabe entsprechende Vereinbarungen keinesfalls allein mit den Tarifaußenseitern treffen wollte, sondern nur zu einer Regelung bereit war, die sich unabhängig von der Tarifbindung auf die gesamte Belegschaft oder bestimmte Teile derselben erstreckt (...), kann die angegriffene Regelung nur für alle betroffenen Arbeitnehmer oder gar nicht Bestand haben“. Wenn der Arbeitgeber nach seiner erklärten Regelung ein Ziel verfolgt, das einheitlich die Gesamtbelegschaft erfassen soll, muss der Unterlassungsantrag mithin nicht auf die organisierten Arbeitnehmer beschränkt werden. Davon geht im Übrigen auch der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichtes in der Entscheidung vom 19. März 2003, AP Nr. 41 zu § 253 ZPO, aus, in der unter II. 2. b) ausgeführt wird, „für den – rechtskräftig abgewiesenen – verfolgten Anspruch der Klägerin, die Anwendung der vertraglichen Einheitsregelung bei allen Mitarbeitern der Beklagten (einschließlich der nicht bei der Klägerin organisierten) zu unterlassen, erscheint deren namentliche Benennung ebenso entbehrlich.“ Die Aufstellung einer (tarifwidrigen, betrieblichen Ordnung kann daher auch gegenüber den nicht tarifgebundenen Beschäftigten rechtswidrig sein.

Die Beklagte hatte ausdrücklich nicht zwischen Tarifgebundenen und Nicht-Tarifgebundenen unterschieden, sondern die Zustimmung von allen Mitgliedern der Belegschaft verlangt und damit deutlich gemacht, dass sie eine tarifwidrige kollektive Gesamtordnung schaffen will. Weder die ursprüngliche tarifkonforme Ordnung des Betriebes der Beklagten noch die gemäß Anschreiben verfolgte vertragliche Einheitsregelung stellen auf die Tarifgebundenheit ab. Das ganze Konzept ist vielmehr eine gegen die tarifliche Ordnung gerichtete Maßnahme. Die Beklagte ist vom Kläger mehrmals aufgefordert worden, sich dahingehend zu erklären, dass sie von der bisherigen Gleichstellungspraxis abrücken will und künftig Außenseiter nicht mehr tarifgerecht, sondern ungünstiger behandeln will. Eine solche Erklärung hat sie indes trotz Aufforderung nicht abgegeben, so dass davon ausgegangen wird, dass das betriebliche Konzept auf die kollektive Verdrängung der tariflichen Ordnung durch einzelvertragliche Vereinbarungen gerichtet ist. Der tarifwidrige Ordnungscharakter war insoweit für die angeschriebenen Mitarbeiter als Vertragspartner klar erkennbar.

Eine Aufspaltung dieser unternehmerischen Maßnahme würde zudem den eindeutig erklärten Regelungswillen der Beklagten missachten. Diese Wertung entspricht der Regelung des § 139 BGB, wonach bei teilweiser Nichtigkeit im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Maßnahme auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Die Rechtswidrigkeit einer kollektiven Maßnahme wegen Verletzung von Koalitionsrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG erfasst im Zweifel die gesamte Maßnahme. § 139 BGB gilt für Rechtsgeschäfte, d. h. privat autonom begründetes Handeln mit dem Willen der Begründung von Rechten und Pflichten. Im Übrigen hat die Beklagte auch in der mündlichen Verhandlung noch einmal deutlich gemacht, dass sie eine vertragliche Einheitsregelung im Gesamtbetrieb wünscht.

Es geht auch nicht, wie die Beklagte meint, um die Durchsetzung der Tarifbindung oder normativen Entscheidung. Es geht vielmehr um eine unternehmerische Gesamtentscheidung, die so zu respektieren ist, wie sie getroffen wurde (vgl. *Kocher*, AuR 2005, 156, (157)). Es geht um die Pflicht des Unternehmers gegenüber der Koalition, ein bestimmtes Verhalten zu unterlassen. Der Unterlassungsanspruch ist insoweit ein „passiver Anspruch“, als er sich gegen ein Verhalten richtet, das von der anderen Seite gesetzt wird. Der Gegenstand des Unterlassungsanspruches orientiert sich damit an der jeweiligen unternehmerischen Eingriffsmaßnahme. Die Rechtswidrigkeit der arbeitgeberischen Maßnahme, die Verletzung von Koalitionsrechten aus Art. 9 Abs. 3 GG, erfasst die gesamte Maßnahme. Das Angebot der Beklagten hinsichtlich des Abschlusses von Individualvereinbarungen auf der Grundlage des Anschreibens vom 21.07.2004 kann nicht als teils rechtmäßig und teils rechtswidrig bewertet werden. Die einzelvertraglichen Individualvereinbarungen sollen vielmehr kollektiv im gesamten Betrieb unabhängig von der Tarifbindung gel-

## Tarifrecht

ten, der Tarifvertrag soll mithin hinsichtlich der abweichenden Regelungen leer laufen. Ein solches Angebot des Arbeitgebers ist auch gegenüber den Tarifaußenseitern wegen des erkennbaren Willens der Beklagten, durch die vertragliche Einheitsregelung den tariflichen Geltungsanspruch zu unterhöhlen, rechtswidrig. Der rechtswidrige Angriff auf die kollektive Koalitionsfreiheit kann nur vollständig beseitigt werden, wenn dem Arbeitgeber untersagt wird, die betriebliche Konkurrenzordnung anzuwenden.

Der Anerkennung eines solchen Unterlassungsanspruches der Gewerkschaft auch hinsichtlich der Tarifaußenseiter steht nicht entgegen, dass der auf der Tarifautonomie basierende Unterlassungsanspruch so scheinbar weiter reicht als die Tarifautonomie selbst. Es geht nicht um die Einbeziehung nicht organisierter Arbeitnehmer in den Unterlassungsanspruch als solchen. Vielmehr werden die tarifungebundenen Arbeitnehmer nur dann von ihm erfasst, wenn die betriebliche, tarifunterschreitende Regelung für den Arbeitgeber allein als eine gegenüber allen Arbeitnehmern geltende Gestaltung der Arbeitsbedingungen Sinn macht. Das Unterlassungsangebot hinsichtlich der Absprache mit den gewerkschaftszugehörigen Arbeitnehmern führt dann entsprechend dem Rechtsgedanken von § 139 BGB zu einem „Gesamtunterlassungsanspruch“, weil die tarifwidrigen Regelungen auch gegenüber den nicht organisierten Arbeitnehmern obsolet werden. Dies erweitert die Tarifautonomie nicht, sondern ist deren Folge.

b) Selbstverständlich bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, künftig unter Anerkennung der Gestaltungskraft der Tarifnormen des GMTV nur mit den Tarifaußenseitern einzelvertragliche Änderungsvereinbarungen abzuschließen. Entgegen der Auffassung der Beklagten wäre diese auch in der Lage, eine solche Entscheidung umzusetzen. Überwiegend wird die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit nach der Einstellung für zulässig erachtet, wenn im Betrieb unterschiedliche Regeln für organisierte und nicht organisierte Beschäftigte gelten (Kocher, NZA 2005, S. 140 (143) m. w. N.).

■ Arbeitsgericht Marburg  
vom 03.01.2006, 1 Ca 271/05  
eingereicht von Hermann Oberhofer, IG Metall Hauptvorstand

### 214. Pauschalabgeltung, Fahrtauslagen, Spesen, Reisekosten

1. Vereinbaren die Parteien des Arbeitsvertrages gemäß § 20 Nr. 1 S. 2 des Manteltarifvertrages (MTV) für das private Versicherungsgewerbe vom 28.06.1996, zuletzt geändert durch Tarifvereinbarung vom 25.06.2004, eine pauschale Abgeltung notwendiger tatsächlicher Fahrtauslagen i. S. vom § 20 Nr. 1 S. 2 dieses Manteltarifvertrages, kann, sofern hierüber keine Einigung erzielt werden kann, der Arbeitgeber diese Pauschalabgeltung nur im Wege einer Änderungskündigung i. S. v. § 2 S. 1 KSchG beseitigen.

2. Auch die Erstattung von Spesen, wie Verpflegungskosten und Unterbringungskosten, nach § 20 Nr. 2 MTV für das pri-

vate Versicherungsgewerbe kann pauschal vereinbart werden und somit Gegenstand einer aus Fahrtkostenauslagen und Spesen bestehenden Reisekostenpauschale sein.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 12.05.2005, 11 (10) Sa 85/05, Revision zugelassen

### 215. Unterlassung, Betriebsvereinbarung, tarifvertragswidrige –

Für einen Antrag einer Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber auf Unterlassung tarifwidriger Betriebsvereinbarung reicht es aus, wenn nur ein Arbeitnehmer Mitglied der Antrag stellenden Gewerkschaft ist.

■ Arbeitsgericht Mannheim  
vom 04.03.2005, 7 BV 3/04  
eingereicht von Rechtsanwalt Jens Peter Hjort, Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/6965763, Fax: 040/2807493, e-mail: kanzlei@anwalt-mkhhb.de; www.anwalt-mkhhb.de

### 216. Warnstreik, Unterrichtung, Blockade, Zugang, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung

1. Ein Aufruf zum Warnstreik ist regelmäßig an eine Vielzahl von Arbeitnehmern gerichtet, sodass auch der Arbeitgeber hiervon Kenntnis erlangen wird. Eine förmliche Unterrichtung des Arbeitgebers ist nicht erforderlich.

2. Als Boykottaufruf, dessen Unterlassung begehrt werden könnte, ist es nicht auffassen, wenn Streikende Kunden des bestreikten Bahnhofladens ansprechen und diese um Solidarität mit den Streikenden bitten und die potenziellen Kunden selbst entscheiden können, ob sie den Laden des Arbeitgebers betreten oder nicht.

3. Anspruch auf Unterlassen einer Blockade und Gewähren eines 3 Meter breiten Zugangs setzt voraus, dass Personen am Betreten des Betriebsgeländes gehindert werden. Dies ist nicht der Fall, wenn die Streikenden locker vor dem Betriebsgelände zusammenstehen und ein Transparent die meiste Zeit so hoch halten, dass man mit eingezogenem Kopf das Betriebsgelände betreten kann.

4. Ein Anspruch auf Gewährung eines 3 Meter breiten Zuganges besteht nicht, wenn auch ohne Streik üblicherweise der Zugang selbst weniger als 3 Meter beträgt (hier: Bahnhofsgeschäft).

■ Arbeitsgericht Darmstadt  
vom 13.12.2005, 3 Ga 8/05  
eingereicht von Herrn Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

### 217. Auszubildender, Übernahme, persönliche Eignung, Tarifauflegung

Unter „persönlicher Eignung“ im Sinne von § 15 des Tarifvertrages Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung der Deutschen Telekom als Voraussetzung für eine Übernahme als Auszubildenden sind ausschließlich solche



Umstände zu verstehen, die einen zweckentsprechenden Vollzug des Anschlussarbeitsverhältnisses gewährleisten.

Bei der Ausfüllung dieses Merkmals hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 06.07.2005, 3 Sa 294/05, unanfechtbar

### 218. Verfallfrist, Geltendmachung, Kündigungsschutzprozess

1. Die Ausnahmeregelung unter § 49 Abs. 2 S. 1 Rahmentarifvertrag für das Maler- und Lackierhandwerk vom 30. März 1992, wonach die Verfallfrist für die gerichtliche Geltendmachung von Zahlungsansprüchen des Arbeitnehmers, die während eines Kündigungsschutzprozesses fällig werden und von dessen Ausgang abhängen, erst nach rechtskräftiger Beendigung des Kündigungsschutzverfahrens beginnt, findet keine Anwendung, wenn ein Arbeitgeber – ohne Ausspruch einer Änderungskündigung – einseitig Kurzarbeit anordnet und der Arbeitnehmer gleichwohl eine Änderungskündigungsschutzklage erhebt.

2. Der Arbeitnehmer kann sich nicht darauf berufen, der Arbeitgeber habe ihn treuwidrig von der rechtzeitigen Geltendmachung abgehalten, weil er in dem Kündigungsrechtsstreit weder gegenüber ihm noch gegenüber dem Gericht klagestellt habe, dass er keine Änderungskündigung ausgesprochen habe.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12.07.2005, 9 Sa 24/05, Revision zugelassen

## Sonstiges

### 219. Kranken- und Pflegeversicherung, Gesamteinkommen, Abfindung

1. Abfindungen, die ausschließlich für Zeiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezahlt werden, stellen kein beitragspflichtiges Arbeitsentgelt dar. Vielmehr handelt es sich hierbei um der Einkommensteuer unterliegende Einkünfte gemäß § 2 Abs. 1, § 24 Nr. 1 b, § 34 Abs. 1 und 2 Nr. 2 EStG. Derartige Einkünfte werden – abzüglich eines eventuellen Freibetrages nach § 3 Nr. 9 EStG gemäß § 25 Abs. 1 EStG in der Fassung vom 16.04.1997 nach Ablauf des Kalenderjahres veranlagt, in dem sie bezogen worden. Dieser steuerrechtlichen Behandlung folgt auch die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der Abfindung.

2. Die Zurechnung der Abfindung zum Veranlagungszeitraum (Kalenderjahr) in analoger Anwendung der steuerrechtlichen Vorgabe des § 25 EStG verletzt kein Verfassungsrecht und verstößt insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Generalisierende Regelungen sind, wie sie § 16 SGB IV mit der hier vorgenommenen Auslegung darstellt, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn es wie hier um die Ordnung von Massenerscheinungen geht. Der Gesetzgeber

wollte offensichtlich mit Hilfe des Verweises auf das Einkommensteuerrecht, weiteren Verwaltungsaufwand in Form der Ermittlung des Anrechnungszeitraums und der Höhe der monatlichen Einkünfte vermeiden. Er muss sodann nicht um die differenzierende Berücksichtigung aller denkbaren Fälle besorgt sein, solange die durch die getroffene Regelung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur eine Verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist (BSG, Urteil vom 25.01.2001, B 12 KR 8/00 R, SozR 3–2500 § 10 Nr 21). So ist es hier, denn die Parteien des Arbeitsvertrages tragen für gewöhnlich bereits bei der Bemessung der Höhe der Abfindung sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorgaben Rechnung. Deshalb kann von ihnen – angesichts der klaren rechtlichen Vorgaben – auch berücksichtigt werden, dass der Arbeitnehmer, der früh im Jahr eine Abfindung erhält, länger aus der Familienversicherung „ausgeschlossen bleibt“ als derjenige, der eine solche später erhält. Dementsprechend gering sind die zu erwartenden „wirtschaftlichen Nachteile“, so dass der Gleichheitsgrundsatz nicht im verfassungsrechtlich bedenklichen Maße verletzt ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 143a SGB III. Diese Vorschrift ist hier nicht entsprechend anwendbar. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, die durch eine Analogie zu § 143a SGB III ausgefüllt werden könnte (vgl. zu den Voraussetzungen für eine Analogie: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 194). Vielmehr regelt das Gesetz eindeutig die Rechtsfolgen, die die Zahlung einer arbeitgeberseitigen Abfindung für die Durchführung der Familienversicherung hat. Ob ein Gesetz Regelungslücken enthält, beurteilt sich u. a. nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Regelungsabsicht und dem mit ihr verfolgten Zweck (vgl. *Larenz/Canaris*, a. a. O.). Die Regelung des § 10 SGB V trägt dem besonderen Schutzbedürfnis solcher Familienangehörigen Rechnung, die in ihrer Person die Voraussetzungen für die Mitgliedschaft in der GKV nicht erfüllen (vgl. *Baier*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung § 10 SGB V, Rn 3). Diese sollen einen entsprechenden Krankenversicherungsschutz ohne zusätzliche Beitragsverpflichtung erhalten. Ob ein Familienangehöriger in diesem Sinne schutzbedürftig ist, hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 5 SGB V von seinem Gesamteinkommen abhängig gemacht. Mit der Verweisung auf die Regelung des § 16 SGB IV hat der Gesetzgeber zugleich zum Ausdruck gebracht, dass die Einkommenssituation ausschließlich nach dem Steuerrecht beurteilt werden soll. Anhaltspunkte dafür, dass er, die Regelung des § 25 EStG kennend, gerade den Veranlagungszeitraum abweichend vom Kalenderjahr bestimmen wollte, sind nicht erkennbar. Es fehlt somit bereits an einer für die Analogie erforderlichen Regelungslücke. Der Senat konnte daher seine darüber hinaus bestehenden Bedenken, ob sich der hier am 01.01.1999 streitige Sachverhalt bereits nach der erst zum 01.04.1999 in Kraft getretenen Regelung des § 143a SGB III beurteilen lässt, ebenso zurückstellen, wie

## Sonstiges

die Frage, ob die Klägerin die tatbestandlichen Voraussetzungen der Regelung erfüllt.

Die Beklagte kann sich letztlich nicht mit Erfolg auf die Vereinbarung der Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenversicherungen vom 22.01.1999 berufen. Ungeachtet der Frage, ob die Vereinbarung überhaupt für die von der Beklagten bereits im Dezember 1998 zutreffende Entscheidung (interne) Wirkungen entfalten konnte, vermag sie ihrem Charakter nach nicht den für das Verwaltungshandeln der Beklagten notwendigen Gesetzesvorbehalt (§ 31 Sozialgesetzbuch Erstes Buch <SGB I>) zu ersetzen und ermächtigt nicht dazu, den Anspruch der Klägerin einzuschränken. Die Vereinbarung stellt für die Beklagte allenfalls eine unverbindliche Auslegungshilfe dar. Die Vereinbarung der Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenversicherungen vom 22.01.1999 stützt die Auffassung der Beklagten jedenfalls nicht in der entscheidenden Frage, ob eine Abfindung anteilig auch über das Jahr hinaus, in der sie ausgezahlt worden ist, bei der Feststellung des Gesamteinkommens Berücksichtigung finden kann. Der unter Ziff. 2.1.1 (Seite 11) vorgeschlagene Berechnungsmodus geht von Einnahmen aus, die „einmal jährlich“ zu erwarten, „gleichmäßig auf alle Monate zu verteilen und den Monatsbezügen hinzuzurechnen“ sind. Die zur Begründung angeführte Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 17.08.1982, 3 RK 68/80, SozR 2200 § 205 Nr 49 und Urteil vom 28.02.1984 SozR 2100 § 8 Nr 4) befasst sich ausschließlich mit der Frage, ob und in welcher Weise einmal jährlich gezahlte Zuwendungen (z. B. Weihnachts- oder Urlaubsgeld) beim Gesamteinkommen bzw. beim regelmäßig monatlich erzielten Arbeitsentgelt berücksichtigt werden sollen. „In Analogie“ zu dieser Rechtsprechung sollen „Abfindungen anteilmäßig – fiktiv – mit dem Betrag des bisherigen Monatsbetrages des Arbeitsentgelts“ angesetzt werden. Die Beispiele beschreiben sodann jedoch lediglich eine auf das Kalenderjahr beschränkte Aufteilung des nach Abzug des Steuerfreibetrages verbleibenden Anteils der Abfindung. Vor diesem Hintergrund bleibt die Auffassung der Beklagten wenig überzeugend, dass keine Fälle bekannt seien, in denen die Berechnung einer Abfindung ausschließlich auf das Kalenderjahr erfolgt sei und ihre Vorgehensweise der gesamten gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland entspreche.

■ Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen vom 29.09.2005, L 2 Kn 11/01 KR, Revision eingelegt und anhängig beim Bundessozialgericht unter B 8 KN 1/06 KR R eingereicht von Rechtsanwalt Horst Fromlowitz, Kettwiger Straße 20, 45127 Essen, Tel.: 0201/23000-1 -2, Fax: 0201/230004, e-mail:rae-teigelack@t-online.de; www.rae-teigelack.de

### 220. Prozesskostenhilfe, Beiordnung eines Rechtsanwaltes

In einfach gelagerten Fällen ist die Beiordnung eines Rechtsanwaltes zumindest vor Ablauf des Gutetermins nicht erfor-

derlich, wenn der Antragsteller nach seinen geistigen Fähigkeiten selbst in der Lage ist, sein Anliegen dem Gericht schriftlich vorzutragen.

■ Landesarbeitsgericht Hamm vom 23.01.2006, 18 Ta 909/05, Rechtsmittel nicht gegeben eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231/7608-0, Fax: 05231/7608-76, e-mail: info@kdanwalt.de

### 221. Unbedingte Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung; mutwillige Rechtsverfolgung

Eine unbedingte Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung, die mit einer Kündigungsschutzklage verbunden wird, stellt eine mutwillige Rechtsverfolgung i. S.d. § 114 ZPO dar, sofern die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist und auch kein besonderes Interesse des Arbeitnehmers an der vorläufigen Beschäftigung besteht. Will eine Partei für die Beschäftigungsklage Prozesskostenhilfe erhalten, muss sie ihren Beschäftigungsanspruch im Wege des unechten Hilfsantrags verfolgen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin vom 29.11.2005, 17 Ta 1981/05

### 222. Berufungsfrist, Fristverlängerung, Urteilsberichtigung

1. Ein Antrag auf Verlängerung der Berufungsfrist muss vor Fristablauf beim zuständigen Gericht eingegangen sein, da eine bereits abgelaufene Frist nicht mehr verlängert werden kann.

2. Bei einer Urteilsberichtigung ist es für die Zulässigkeit der Berufung entscheidend, ob für den Berufungsführer erst mit Zustellung des Urteils in der berichtigten Form erkennbar war, dass er durch das Urteil in der nicht berichtigten Fassung beschwert ist. Eine Unklarheit in der zu berichtigenden Entscheidung darf nicht dazu führen, dass für die betroffene Partei eine Beschwerde nicht erkennbar ist. Die Erkennbarkeit ist in der Regel gegeben, wenn sich die Unrichtigkeit des ersten Urteils lediglich in einem offensichtlichen Schreibfehler in der Tenorierung erschöpft. Dies ist der Fall, wenn eine streitgegenständliche Kündigung allein im Tenor anders datiert ist.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht vom 15.09.2005, 14 Sa 838/05, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: 06151/25461

### 223. Arrestanspruch, Arrestgrund, unzuständiges Gericht, Schadensersatz, abgestufte Darlegungs- und Beweislast, Substantiierung

Macht der Arbeitgeber gegen seinen Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch mit der Begründung geltend, dieser habe Barbeträge von Kunden (hier aus Autoverkäufen) entgegengenommen und nicht abgeführt, so gilt eine abgestufte

Darlegungs- und Beweislast: Der Arbeitgeber hat zunächst darzulegen, welchen konkreten Betrag der Arbeitnehmer aus welchem Rechtsgeschäft von welchem Kunden erhalten hat. Der Arbeitnehmer als Sachnäherer hat dann substantiiert darzulegen, was mit diesem Geld geschehen ist. Diese Einlassungen sind sodann vom Arbeitgeber zu widerlegen.

Erlässt ein unzuständiges Gericht einen dinglichen Arrest und verweist es den Rechtsstreit an das zuständige Gericht, so ist der Arrest nicht schon deshalb aufzuheben und ggf. neu zu erlassen, weil der Arrest zunächst durch ein unzuständiges Gericht erlassen wurde.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 05.09.2005, 11 Sa 189/05, kein Rm.

#### **224. Zuständigkeit, sic-non-Fall, Bruttovergütung, Statusantrag**

Der bloße Umstand, dass eine Bruttovergütung eingeklagt wird, führt nicht zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach den Grundsätzen der „sic-non“-Rechtsprechung. Dies gilt auch dann, wenn der Antrag im Zusammenhang mit einem Statusantrag geltend gemacht wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 22.07.2005, 10 Ta 1331/05, Rechtsmittel nicht zugelassen

#### **225. Arbeitsverhältnis, ruhendes, Geschäftsführer, Rechtsweg**

Besteht zwischen den Parteien – neben dem GmbH-Geschäftsführer-Verhältnis – zusätzlich ein klar abtrennbares Arbeitsverhältnis, dann ist für die Frage, ob dieses Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung aufgelöst worden ist, der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen eröffnet.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.12.2004, 9 Ta 230/04

#### **226. Prozesskostenhilfe, eingeschränkte; Fahrtkosten**

Die Einschränkung der Erstattung von Tage- und Abwesenheitsgelder nach § 11a Abs. 3 ArbGG, § 121 Abs. 3 und 4 ZPO, umfasst auch Fahrtkosten, die etwa einem Verkehrsanwalt zuzurechnen sind.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 18.11.2005, 9 Ta 202/05

#### **227. Feststellungsklage, Arbeitszeitverringerung nach Elternzeit, Inanspruchnahme einer zweiten Elternzeit**

1. Eine Klage auf Feststellung, dass sich die Arbeitszeit einer Arbeitnehmerin ab einem bestimmten Zeitpunkt verringert hat, ist unzulässig, soweit sich die Anträge auf die Vergangenheit beziehen und hier die Leistungsklage zur Geltendmachung von Annahmeverzugs- und Schadensersatzansprüchen möglich ist und diese ebenfalls erhoben wurde.

2. Die Klage einer Arbeitnehmerin auf Verurteilung des Arbeitgebers, einer Arbeitszeitverringerung für die Vergangen-

heit zuzustimmen, ist unbegründet, weil sie auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Ist infolge der Inanspruchnahme von Mutterschutz und zweier Elternzeiten das Arbeitsverhältnis durchgängig außer Vollzug gesetzt, bestehen für diese Zeit keine wechselseitigen Hauptleistungspflichten, weshalb eine Verurteilung zu einer Vertragsänderung für diesen Zeitraum ausscheidet.

3. Der Antrag einer Arbeitnehmerin, den Arbeitgeber zu verurteilen, einer Verringerung der Arbeitszeit ab Rechtskraft des Urteils zuzustimmen ist unzulässig, soweit zu diesem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aufgrund der Elternzeit noch ruht und deshalb die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Klage auf zukünftige Leistung gemäß §§ 257, 258, 259 ZPO nicht gegeben sind.

4. Einer Feststellungsklage auf Feststellung der Arbeitszeitverringerung ab Rechtskraft des Urteils fehlt das Feststellungsinteresse gemäß § 356 ZPO, da dies voraussetzt, dass dem Recht oder der Rechtslage der Klägerin eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass die Beklagte ein Recht der Klägerin ernstlich bestreitet oder sie sich eines Rechts gegen die Klägerin rühmt, und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.

Da materiell-rechtlich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Teilzeitverlangens der Arbeitnehmerin bzw. der Rechtmäßigkeit der Verweigerung gemäß § 8 TzBfG der Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich ist, besteht kein Rechtsschutzinteresse der Klägerin, von der Arbeitgeberin zu verlangen, betriebliche Gründe für eine zukünftig begehrtete Teilzeitbeschäftigung darzulegen.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Annahmeverzug sind vorliegend schon deshalb nicht gegeben, weil die Klägerin zu keinem Zeitpunkt die von ihr nach Ende der ersten Elternzeit geschuldete Arbeitsleistung so angeboten hat, wie sie sie zu erbringen gehabt hätte. Weil die Parteien sich nicht einvernehmlich auf eine Teilzeittätigkeit verständigt haben, eine entsprechende gerichtliche Entscheidung auch nicht zustande gekommen ist, bestand das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Elternzeit zu den zuvor vereinbarten Vertragsbedingungen als Vollzeitverhältnis fort. Eine entsprechende Arbeitstätigkeit hat die Klägerin aber nicht zu keinem Zeitpunkt angeboten, sondern ausdrücklich abgelehnt. Zur Annahme von Teilleistungen war die Beklagte aber nicht verpflichtet (§ 266 BGB). Die Beklagte hat eine entsprechende Teilleistung zudem ausdrücklich abgelehnt.

Der Klägerin steht auch kein Schadensersatzanspruch deshalb zu, weil die Beklagte durch die rechtswidrige Verweigerung des Teilzeitverlangens eine vertragliche Nebenpflicht verletzt hat mit der Folge, dass der Klägerin der dadurch entstandene Schaden zu ersetzen ist. Denn selbst wenn man zugunsten der Klägerin unterstellt, dass die Verweigerung von Teilzeitarbeit trotz vorliegender gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere wegen des Fehlens entgegenstehender betrieblicher Belange einen derartigen Schadensersatzanspruch begründen

## Sonstiges

kann, der auch in der entgangenen Vergütung für die entsprechende Teilzeittätigkeit bestehen könnte, fehlt es vorliegend nach Auffassung der Kammer jedenfalls an einem der Beklagten zuzurechnenden Verschulden. Gemäß § 276 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten; fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Ein Verschulden in diesem Sinne ist vorliegend nicht gegeben. Die Beklagte hat auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung des § 8 TZBFG ein Teilzeitbegehren der Klägerin abgelehnt. Sie hat dies jedenfalls im vorliegenden Rechtsstreit umfassend schriftsätzlich mit einer unternehmerischen Entscheidung, einem unternehmerischen Konzept begründet, das aufgrund einer bestimmten Kunden-Mitarbeiterzuordnung wegen der Besonderheiten der Geschäftstätigkeit der Beklagten eine Teilzeittätigkeit in dem Bereich, in dem die Klägerin beschäftigt war, ausschließt. Sie hat des Weiteren eine obsiegende erstinstanzliche Entscheidung erstritten, in der das Arbeitsgericht ausdrücklich das Begehren der Klägerin für unbegründet erachtet hat. In dieser Situation kann dem Arbeitgeber ein entsprechender Schuldvorwurf aber auch dann nicht gemacht werden, wenn letztlich vorliegend die Revisionsinstanz zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der Klägerin gleichwohl ein Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung in der von ihr geltend gemachten Art und Weise ab dem 03.06.2002 zugestanden hat. Eine schuldhaftige Verletzung einer Nebenpflicht kann deshalb nach Auffassung der Kammer in diesem Zusammenhang nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber wesentlich trotz offenkundigem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein entsprechendes Teilzeitbegehren ablehnt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht gegeben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 15.11.2004, 7 Sa 884/03, Revision zugelassen

### 228. Nachträgliche Klagezulassung, Abwesenheit wegen Urlaubs; Kündigung, Zugang der -; Kostentragungspflicht

Nachträgliche Klagezulassung ist bei fünfeinhalb (unter sechs) Wochen Abwesenheit im Ausland grundsätzlich zu gewähren. Dies gilt bei Zugang der Kündigung während des dreiwöchigen Urlaubs auch dann, wenn Streit besteht, ob für den Zeitraum danach unbezahlter Urlaub gewährt worden ist oder nicht.

Auch falls die Behauptung des Arbeitgebers zutreffen sollte, es sei der Arbeitnehmerin erklärt worden, für den Fall des Nichterhalts des Reinigungsauftrags müssten die Arbeitsverhältnisse beendet werden, liegt kein Sonderfall vor, in dem die Arbeitnehmerin ausnahmsweise dafür Sorge tragen müsste, dass sie auf ein in ihrer Abwesenheit in den Briefkasten geworfenes Kündigungsschreiben reagieren kann.

Die Kosten einer erfolgreichen Beschwerde des Arbeitnehmers nach Ablehnung der nachträglichen Zulassung durch

das Arbeitsgericht fallen dem klagenden Arbeitnehmer zur Last (§ 238 Abs. 4 ZPO analog).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 23.08.2005, 6 Ta 136/05, Rechtsmittel nicht gegeben

### 229. Prozesskostenhilfe, Antragstellung, Ausfüllungsmängel

1. § 117 Abs. 4 ZPO schreibt für die Abgabe der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Benutzung des amtlichen Vordrucks vor. Die Nichtverwendung des Vordrucks macht den PKH-Antrag zwar nicht unzulässig, aber das Gericht kann ihn allein wegen der Nichtvorlage des Vordrucks als unbegründet (weil die Bedürftigkeit nicht glaubhaft gemacht ist) zurückweisen, nachdem es vorher auf den Vordruckszwang hingewiesen hat. Die eigenhändige Unterzeichnung des Vordrucks ist grundsätzlich Wirksamkeitsvoraussetzung der Vordruckserklärung. Der Vordruck ist nämlich eine Hilfe für das Gericht zur Feststellung der Bedürftigkeit der Partei, die mit ihrer Unterschrift versichert, dass ihre Angaben vollständig und wahr sind. Der Vordruck muss außerdem mit einem Datum versehen sein, damit das Gericht prüfen kann, ob es sich um eine aktuelle Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse handelt oder nicht.

1.1. Vollständig ist die PKH-Antragstellung, wenn sie § 117 ZPO Abs. 2 entspricht, mit anderen Worten, es muss die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem amtlichen Vordruck abgegeben und es müssen alle „entsprechenden Belege“ eingereicht sein. Ausfüllungsmängel können durch eine dem Vordruck beigelegte oder nachgereichte Erklärung ergänzt werden, wobei Lücken der Vordruckserklärung auch durch Belege, z. B. aussagekräftige Verdienstbescheinigungen, Arbeitslosengeld-, Arbeitslosenhilfe- oder Sozialhilfebescheinigungen, geschlossen werden. Grundsätzlich ist der Vordruck aber vollständig auszufüllen, eine Lückenfüllung durch andere Erklärungen und Belege kann nur in engem Rahmen hingenommen werden, insbesondere um zu verhindern, dass bloße Unbeholfenheit der bedürftigen Partei zum Nachteil gereicht. Die Beifügung entsprechender Belege gemäß § 117 Abs. 2 ZPO zur Vordruckserklärung hat grundsätzlich ohne gerichtliche Aufforderung zu erfolgen. Die Belege sollen die erklärten Tatsachen glaubhaft machen, können aber im Prinzip die Erklärung nicht ersetzen, eben weil sie nur der Glaubhaftmachung dienen. Solange der Vordruck überhaupt noch nicht eingereicht oder aber nicht lückenlos ausgefüllt ist, ist der Antrag nicht formgerecht gestellt (LAG Hamm, v. 31.01.2001 – 4 Ta 127/00, LAGE § 117 ZPO Nr. 9 = AE 2001,141).

1.2. Ist der PKH-Antrag vor Ende der Instanz oder des Verfahrens gestellt, werden die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und/oder die „entsprechenden Belege“ gemäß § 117 Abs. 2 ZPO aber erst nach Instanz- oder

Verfahrensbeendigung eingereicht, kann Prozesskostenhilfe nicht mehr bewilligt werden (OLG Bamberg, v. 02.01.1995 – 7 WF 191/94, FamRZ 1996, 618; OLG Bamberg, v. 09.01.1997 – 7 WF 190/96, FamRZ 1998, 250; ebenso MG Hamm, v. 08.11.2001–4 Ta 708/01, LAGReport 2002, 89, 91). Gleiches muss gelten, wenn der PKH-Vordruck und/oder die Unterlagen erst nach Instanz- oder Verfahrensbeendigung vervollständigt werden. Das PKH-Gesuch ist in solchen Fällen zwar im Allgemeinen zurückzuweisen (LAG Hamm, v. 06.02.2002 – 4 Ta 49/02, LAGReport 2002, 88, 89), jedoch gelten die vorgenannten Grundsätze nicht ausnahmslos. Etwas anderes kann bei einem sog. „steckengebliebenen“ PKH-Gesuch gelten. Von einem solchen wird gesprochen, wenn das PKH-Gesuch rechtzeitig eingegangen, aber vom Gericht vor Instanzbeendigung nicht hat verbeschieden werden können (LAG Hamm, v. 06.02.2002–4 Ta 49/02, LAGReport 2002, 88, 89; MG Hamm, v. 02.02.2002–4/14 Ta 24/02, LAGReport 2002, 117 = ZInsO 2002, 344 = ZIP 2002, 579) oder infolge nichtordnungsgemäßer Sachbehandlung nicht entschieden „worden ist (LAG Hamm, v. 08.11.2001–4 Ta 708/01, LAGReport 2002, 89, 91). Denn nur eine von der bedürftigen Partei zu vertretende Verzögerung der PKH-Entscheidung kann zu ihren Lasten gehen (BAG, v. 04.11.2004–3 AZB 54/03, BAGReport 2005, 379 [Schwab]).

1.3. Eine Ablehnung der Prozesskostenhilfe nach § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO wegen mangelnder Mitwirkung des Antragstellers bei der Ermittlung der Bewilligungsvoraussetzungen – insbesondere wegen Nichtvorlage des amtlichen Vordrucks sowie Nichtbeifügung „entsprechender Belege“ (siehe dazu LAG Hamm, v. 08.08.2002–4 Ta 489/02, AR-Blattei ES 1290 Nr. 32 = LAGReport 2003, 22 = NZA-RR 2003, 156) oder wegen Vorlage einer unvollständig ausgefüllten Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (MG Hamm, v. 08.11.2001–4 Ta 708/01, LAGReport 2002, 89 = BuW 2002, 704) – setzt eine wirksame Fristsetzung durch das Arbeitsgericht voraus (LAG Düsseldorf, v. 22.06.1989–14 Ta 210/89, LAGE § 118 ZPO Nr. 6 = JurBüro 1989, 1443; LAG Hamm, v. 30.03.2001–4 Ta 617/00, LAGE § 117 ZPO Nr. 10 = AE 2001, 141 = BuW 2002, 264 = RenoR 2001, 270). Daher darf das Arbeitsgericht nach Eingang eines PKH-Gesuchs nicht bis zur Instanz- bzw. Verfahrensbeendigung zuwarten und dann den PKH-Antrag wegen Nichtvorlage des Vordrucks und/oder Unvollständigkeit der Unterlagen zurückweisen. Das Arbeitsgericht muss die bedürftige Partei zwar nicht unverzüglich (§ 121 Abs. 1 BGB), wohl aber so rechtzeitig unter Fristsetzung auf die Mängel des PKH-Gesuchs hinweisen, dass diese vor dem (nächsten) Termin, der je nach dem Zeitpunkt der Einreichung des PKH-Gesuchs der Güte- oder der Kammertermin sein kann, und damit vor der (möglichen) Instanz- oder Verfahrensbeendigung behoben werden können (MG Hamm, v. 08.11.2001–4 Ta 708/01, LAGReport 2002, 89, 91).

2. Vorliegend hat das Arbeitsgericht bereits mit Zwischenverfügung vom 19.10.2004 auf Ausfüllungsmängel des PKH-Gesuchs vom 08.10.2004 hingewiesen und um Nachweis

der aktuellen Einkommensverhältnisse durch Vorlage eines Leistungsbescheides der Bundesagentur für Arbeit gebeten und dem Kläger zur Erledigung der Auflage eine Frist von drei Wochen gesetzt. Der Kläger hat sich damit begnügt, eine Mietbescheinigung vom 05.10.1998 nebst Kontoauszug vom 04.06.2004 sowie den Insolvenzeröffnungsbeschluss des Amtsgerichts Hagen vom 13.08.2002 zu den Gerichtsakten zu reichen. Keine Angaben hat der Kläger dazu gemacht, wie er seine Lebensführung finanziert. Nach der Neuordnung des PKH-Rechts im Jahre 1994 ist eine Frage nach der Bestreitung des Lebensunterhalts aufgenommen worden, falls alle Fragen zu den Einnahmen verneint werden. Dies hat große praktische Bedeutung, da nicht nur früher häufig alle Angaben zu Einnahmen verneint wurden, ohne positiv mitzuteilen, wovon man den Lebensunterhalt bestreitet. Selbst wenn dies ausschließlich mit Zuwendungen Dritter erfolgt, stellen diese Zuwendungen Einnahmen dar, die grundsätzlich in Ansatz zu bringen wären (Künzl, BB 1996, 637, 641). Gibt die bedürftige Partei an, kein Einkommen zu haben, und lässt die Frage offen, wovon sie ihren Lebensunterhalt bestreitet, dann hat sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt, so dass das PKH-Gesuch schon aus diesem Grunde zurückzuweisen gewesen wäre (§ 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO). Nachdem die Arbeitsvertragsparteien sich im Güte Termin vom 11.03.2005 auf eine Verfahrensbeendigung mit dem Ergebnis verständigt haben, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen durch die Kündigung vom 04.10.2004 nicht aufgelöst worden ist, hätte das unvollständige PKH-Gesuch auf jeden Fall, und zwar ohne Nachfristsetzung, zurückgewiesen werden müssen.

2.1. Geschieht dies – wie hier – nicht, dann tritt insoweit eine Selbstbindung des Arbeitsgerichts ein. Die bedürftige Partei kann nunmehr weiterhin darauf vertrauen, dass über ihr Beiordnungsgesuch ordnungsgemäß auch nach Verfahrens- oder Instanzbeendigung noch entschieden wird. Dies setzt auch voraus; dass jetzt die bedürftige Partei ihrer Mitwirkungspflicht nachkommt und alle „entsprechenden Belege“ (§ 117 Abs. 2 ZPO) innerhalb der gesetzten Nachfrist vorlegt. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vorliegend hat das Arbeitsgericht zwar mit Zwischenverfügung vom 12.05.2005 ausdrücklich nur „Gelegenheit zur Rücknahme der Prozesskostenhilfefanträge binnen zwei Wochen gewährt, da ein vollständiger Antrag bislang nicht vorliegt, die Verfahren jedoch sämtlich abgeschlossen sind“, aber es hat des Weiteren darauf hingewiesen, dass „in den jeweiligen Klageschriften (...) die Nachreichung von Bewilligungsbescheiden des Arbeits- bzw. Sozialamts angekündigt (wurde), welche jedoch ausblieb“. Damit hat das Arbeitsgericht dem Kläger zugleich die Chance zur Nachbesserung seines PKH-Gesuchs gegeben. Der Kläger hat diese, ihm gegebene Chance nicht genutzt und erst im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 11.08.2005 den Bewilligungsbescheid der Agentur für Arbeit Iserlohn vom 11.05.2005 über die Gewährung von Arbeitslosengeld nachgereicht. Warum dies nicht innerhalb der mit Zwischenverfügung vom 12.05.2005 gesetzten Zwei-Wochen-Frist gesche-

## Sonstiges

hen ist, ist weder vorgetragen worden, noch sonst ersichtlich. Hat die bedürftige Partei die ihr nach Verfahrens- oder Instanzende gesetzte Nachfrist versäumt, ist ihr PKH-Antrag gemäß § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO abzuweisen (MG Nürnberg, v. 15.04.2003–6 Ta 1–34/02, AR-Blattei ES 1290 Nr. 34 = LAGE § 118 ZPO 2002 Nr. 1 = MDR 2003, 1022, 1023).

2.2. Diese Grundsätze gelten auch in der Privatinsolvenz des klagenden Arbeitnehmers. Auch hier werden die gerichtlichen Verfahren vor den jeweiligen Prozessgerichten mit der Insolvenzeröffnung gemäß § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen. Prozesse, in die der Schuldner verwickelt ist, kann der Treuhänder (§ 313) aufnehmen; dabei prozessiert er als Partei kraft Amtes in gesetzlicher Prozessstandschaft (Uhlenbruck/Vallender, 12. Aufl., § 313 InsO Rn 38). Lehnt es der Treuhänder ab, den Aktivprozess aufzunehmen, fällt die Prozessführungsbefugnis an den Schuldner gemäß § 85 Abs. 2 InsO zurück; die Vorschrift des § 265 ZPO findet insoweit keine Anwendung. Der Treuhänder ist auch befugt, den Schuldner zur Klage zu ermächtigen; in einem solchen Fall klagt der Schuldner in gewillkürter Prozessstandschaft (Uhlenbruck/Vallender, 12. Aufl., § 313 InsO Rn 39). Eine solche Ermächtigung bietet sich namentlich für die Eingehung oder Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses und die Erfüllung oder (gerichtliche) Durchsetzung der sich aus einem Arbeitsverhältnis ergebenden Verpflichtungen an (Rechtsgedanke des § 113 Abs. 1 BGB). Klagt der Arbeitnehmer in einem solchen Falle – wie vorliegend der Kläger – gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses, dann ist er weder von den Voraussetzungen einer wirksamen Antragstellung befreit noch werden die formalen Anforderungen erleichtert. Das Gesetz schreibt nicht nur durch § 117 Abs. 4 ZPO für die Abgabe der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Benutzung des amtlichen Vordrucks, vor, sondern ordnet darüber hinaus auch noch gemäß § 117 Abs. 2 ZPO an, dass alle Angaben durch Vorlage „entsprechender Belege“ glaubhaft gemacht werden. Beides muss kumulativ geschehen, denn dann erst ist die PKH-Antragstellung vollständig (LAG Hamm v. 02.09.2004 –4 Ta 827/03, NZA-RR 2005, 327). Der „Kläger glaubt zu Unrecht, es sei in allen Verfahren jeweils ein ordnungsgemäß ausgefülltes Antragsformular, in welchem auf die Privatinsolvenz hingewiesen worden sei, zur Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse überreicht worden. Der amtliche Vordruck ist sehr lückenhaft ausgefüllt worden, es fehlen insbesondere Angaben dazu, wovon der Kläger seinen Lebensunterhalt bestreitet. Durch den Hinweis auf den Eröffnungsbeschluss des Amtsgerichts Hagen vom 13.08.2002 allein wird der Kläger nicht von der Einreichung „entsprechender Belege“ befreit. Hier hätte der Kläger unter Abschnitt I. „Sonstige Zahlungsverpflichtungen“ nicht bloß schreiben dürfen: „eine Vielzahl, private Insolvenz“.

Zum Nachweis, dass er nur „über monatliches Vermögen und Einkommen (verfügt), welches sich innerhalb der zurzeit geltenden Pfändungsfreigrenze bewegt“, wäre es

geboten gewesen, die Schuldenaufstellung einzureichen, denn „aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts Hagen vom 13.08.2002“ erhellt sich dies nicht. Den amtlichen Vordruck, der zwar in anwaltlich beglaubigter Kopie, aber ohne Datum in allen drei PKH-Sachen eingereicht worden ist, hätte das Arbeitsgericht im Übrigen schon deshalb nicht anerkennen dürfen, weil diese „Einheitskopie“ weder ordnungsgemäß ausgefüllt noch aktuell ist. Hat die bedürftige Partei die ihr gesetzte Frist zur Vervollständigung ihres PKH-Gesuchs versäumt, ist der Antrag abzuweisen (§ 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO). Die nach Fristablauf oder gar erst im Beschwerdeverfahren erfolgte Einreichung einer vollständig ausgefüllten und unterzeichneten Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und/oder „entsprechender Belege“ ändert hieran zumindest dann nichts (LAG Nürnberg, v. 15.04.2003–6 Ta 134/02, AR-Blattei ES 1290 Nr. 34 = LAGE § 118 ZPO 2002 Nr. 1 = MDR 2003, 1022, 1023). Deshalb war die Bitte des Klägers um Mitteilung, ob ergänzend eine Auskunft des Treuhänders erforderlich sei, unbeachtlich. (...)

2.4. Der guten Ordnung halber sei noch auf folgendes hingewiesen: Prozesskostenhilfe kann grundsätzlich nur für einen noch durchzuführenden Rechtsstreit – sei es zur Rechtsverfolgung, sei es zur Rechtsverteidigung – bewilligt werden. Zwar sieht das Gesetz eine Frist für das PKH-Gesuch nicht vor, wird es jedoch erst in einem Verfahrensstadium eingereicht oder vervollständigt, in dem keine weiteren Kosten mehr entstehen können, so ist die Partei nicht (mehr) durch Armut an der Rechtsverfolgung gehindert, und die Prozesskostenhilfe ist ihr zu verweigern (Zöller/Philippi, Zivilprozessordnung, 25. Aufl., § 117 ZPO Rn 2a). Eine Rückbeziehung der PKH-Bewilligung ist mithin nur auf den Zeitpunkt der vollständigen Antragstellung, also der Entscheidungs- oder Bewilligungsreife, möglich. Dies gilt bspw. auch, wenn das PKH-Gesuch erst zu einem Zeitpunkt vervollständigt wird, der zwar vor Ablauf der Widerrufsfrist, aber eben nach Abschluss des Vergleiches liegt. Auch in einem solchen Falle scheidet eine weitergehende PKH-Bewilligung auf eine Zeit vor Abschluss des Vergleiches aus, eben weil die Bewilligungsreife erst nach Vergleichsschluss eingetreten ist (BAG, v. 08.11.2004 –3 AZB 54/03, BAGReport 2005, 379 [Schwab]). Daraus folgt, dass eine PKH-Bewilligung gänzlich ausscheidet, wenn der Rechtsstreit im Gütetermin durch Abschluss eines endgültigen Vergleiches erledigt, die Einkommensbelege – wie hier – aber erst danach vorgelegt werden. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, der Bewilligungsbescheid der Agentur für Arbeit Iserlohn über die Gewährung von Arbeitslosengeld datiere erst vom 11.05.2005, denn die bedürftige Partei muss dann, wenn sie keinen Einkommensnachweis vorlegen kann, darlegen, wovon sie ihren Lebensunterhalt bestreitet. Da der Kläger in der Zeit von Oktober 2004 bis Mai 2005 nicht nur von „Luft und Liebe“ gelebt haben kann, hätte er die Frage, wovon er seinen Lebensunterhalt bestreitet, nicht offen las-

sen dürfen. Folglich hat er seine Mitwirkungspflicht aus § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO verletzt.

■ Landesarbeitsgericht Hamm  
vom 30.12.2005, 4 Ta 555/05, kein Rechtsmittel  
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn, Tel.: 02371/835555 o. 776690, Fax: 02371/835556, e-mail: GM.Arbeitsrecht@t-online.de

### 230. Sofortige Beschwerde, Besetzung des Gerichts

Über die Abhilfe nach einer gegen einen Rechtswegbeschluss eingelegten sofortigen Beschwerde hat das Gericht in der gleichen Kammerbesetzung wie bei Fällen der Ausgangsentscheidung zu befinden.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 05.01.2006, 3 Ta 69/05

### 231. Anfechtbarkeit, Beschwerde, sofortige; Einstellung der Zwangsvollstreckung, Kostenfestsetzungsbeschluss, Vollstreckungsgegenklage, Zwangsvollstreckung

Lehnt das Arbeitsgericht in einer Vollstreckungsgegenklage die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO ab, dann ist diese einstweilige Entscheidung nicht beschwerdefähig.

Die Zulässigkeit der Beschwerde ergibt sich vorliegend nicht aus § 567 Abs. 1 ZPO oder aus § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG. Vielmehr ergibt sich aus dem im Streitfalle entsprechend anwendbaren § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO, dass auch im Falle der verweigerten Einstellung der einstweiligen Zwangsvollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss kein Rechtsmittel gegeben ist. Das Arbeitsgericht hat seine ablehnende Entscheidung auf § 769 ZPO gestützt. Nach dieser Bestimmung kann das Prozessgericht anordnen, dass bis zum Erlass des Urteils über die nach §§ 767, 768 ZPO bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss einstweilen unter bestimmten Voraussetzungen eingestellt werden kann. Die Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 Abs. 1 ZPO ist jedoch in analoger Anwendung von § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO ausgeschlossen (vgl. *Zöller/Herget*, 25. Auflage, ZPO, § 769 Rz 13; BGH, vom 21.04.2005 – XII ZB 279/03; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 23.09.2005 – 5 Ta 187/05).

Während eine Anfechtungsmöglichkeit in § 769 Abs. 1 ZPO nicht ausdrücklich geregelt ist, schließt § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO die Anfechtung einer Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei Anträgen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Wiederaufnahme des Verfahrens ausdrücklich aus. § 719 Abs. 1 Satz 1 ZPO verweist für die Fälle des Einspruchs oder der Berufung gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil auf diese Regelung. Demgegenüber bestimmt § 793 ZPO, dass gegen Entscheidungen, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung ergehen können, die sofortige Beschwerde

stattfindet. Ob gegen eine Entscheidung über die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 Abs. 1 ZPO die allgemeine Beschwerdemöglichkeit nach § 793 ZPO eröffnet ist oder ob wegen der Vergleichbarkeit zu den abweichend geregelten Einzelfällen zu einer planwidrigen Regelungslücke eine Analogie zu § 707 Abs. 2 ZPO geboten ist, muss deswegen eine Auslegung des § 769 Abs. 1 ZPO ergeben. Nach der gesetzgeberischen Wertung kann in § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO das mit der Hauptsache befasste erstinstanzliche Gericht am besten beurteilen, ob und ggf. welche einstweilige Regelung erforderlich ist. Seine Entscheidung in der Hauptsache soll nicht durch eine vorläufige Entscheidung des Beschwerdegerichts beeinflusst werden. Dadurch wird der Rechtsschutz nicht entscheidend beeinträchtigt, weil die Anordnungen in jeder Instanz jederzeit frei abänderbar sind, um der jeweiligen Prozesslage Rechnung tragen zu können. Diese Interessenlage besteht auch in Fällen des § 769 ZPO, sodass nach der aufgezeigten Rechtsprechung und Literatur auch gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts nach § 769 ZPO keine Anfechtungsmöglichkeit besteht. An dieser Rechtslage hat sich auch durch das ZPO-Reformgesetz nichts geändert (*Musielak/Lackmann*, ZPO, 3 Aufl. § 707 Rz 12).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 25.11.2005, 2 Ta 269/05

### 232. Beschwerde, sofortige; Güetermin, neuer; Protokollberichtigung; Rechtsmittel, statthaftes

Der am Ende einer Gütesitzung vom Kammervorsitzenden verkündete Beschluss „neuer Güetermin wird von Amts wegen bestimmt“ ist mit einer sofortigen Beschwerde nicht angreifbar.

Ob eine arbeitsgerichtliche Entscheidung mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann, ist eine Frage seiner Statthaftigkeit. Insoweit sieht § 567 Abs. 1 ZPO eine Mischung aus Enumerationsprinzip (Nr. 1) und Generalklausel (Nr. 2) vor. Der Beschwerderechtszug ist somit eröffnet in allen Einzelfällen, in denen die ZPO oder andere Gesetze das Rechtsmittel der allein noch bestehenden sofortigen Beschwerde ausdrücklich vorsehen oder die Voraussetzungen von § 567 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorliegen. Bei letzterer Vorschrift ist erforderlich, dass das Arbeitsgericht eine Entscheidung trifft, die nur auf Antrag einer Partei über ein das Verfahren betreffendes Gesuch ergeht, dieser Antrag zurückgewiesen worden ist, und über den ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann. Keine dieser Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

In seiner Beschwerdeschrift rügt der Beschwerdeführer, die Sitzungsniederschrift enthalte zahlreiche Unrichtigkeiten. Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die ausführlichen Rügen des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren inhaltlich zutreffend sind oder nicht. Jedenfalls ist gegen Unrichtigkeiten in der Sitzungsniederschrift – worüber das Arbeitsgericht den Beschwerdeführer ausdrücklich erfolg-

## Sonstiges

los belehrt hat – allenfalls ein Antrag auf Protokollberichtigung nach § 164 Abs. 1 ZPO statthaft und nicht das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde. Dieses wäre nur dann gegeben, wenn in der Sitzungsniederschrift ein anfechtbarer Beschluss enthalten wäre, was vorliegend nicht der Fall ist.

Auch die bloße „Verhandlungsführung und Vorgehensweise des Vorsitzenden“, die der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz vom 13.11.2005 auf Seite 2 rügt, stellt nach den oben genannten gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde keine taugliche anfechtbare Entscheidung dar.

In der Sitzung erging als überhaupt möglicher anfechtbarer „Beschluss“ die Anordnung des Vorsitzenden am Ende des Güteterrmins, dass neuer Güteterrmin von Amts wegen bestimmt wird. Jedoch ist auch dieser Beschluss als solcher nicht beschwerdefähig. Nach § 54 Abs. 1 Satz 5 ArbGG kann der Vorsitzende die Güteverhandlung mit Zustimmung der Parteien in einem weiteren Termin, der alsbald stattzufinden hat, fortsetzen. Zwar bestehen nicht unerhebliche Bedenken, ob das Arbeitsgericht einen derartigen Beschluss auf Vertagung des Rechtsstreits im Güteverfahren vorliegend erlassen konnte. Voraussetzung für die Fortsetzung des Güteterrmins ist nach dem ausdrücklichen gesetzlichen Wortlaut das Einverständnis beider Parteien. Keine der im Rechtsstreit erschienenen Parteien hat ihr Einverständnis für eine solche Maßnahme erklärt, zumindest findet sich in der Sitzungsniederschrift keine diesbezüglichen Feststellungen. Die Beklagte zu 1) war im Güteterrmin gar nicht erschienen und konnte somit ihre Zustimmung gerade nicht erteilen (vgl. hierzu *Germelmann/Matthes/Prütting/A.-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl., § 54 Rz 28–28 b). Auch muss die zweite Güteverhandlung „alsbald“ stattfinden. Es muss sich somit um einen „zeitnahen“ neuen Güteterrmin handeln. Hieran fehlt es vorliegend, weil das Arbeitsgericht noch nicht einmal einen neuen Termin bestimmt hat, sondern lediglich angeordnet hat, dass neuer Güteterrmin „von Amts wegen“ bestimmt wird. Erstmals in seiner Nichtabhilfeentscheidung vom 05.12.2005 hat der Vorsitzende Gründe für seine prozessuale Anordnung genannt. Ob und inwieweit diese eine Vertagung des Rechtsstreits im Güteterrmin gerechtfertigt haben, mag vorliegend dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat eine Verletzung der Regelung über die Fortsetzung der Güteverhandlung keine dahingehenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen, dass ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Fortsetzung der Güteverhandlung gegeben wäre. § 54 Abs. 1 Satz 5 ArbGG sieht selbst keine Beschwerdemöglichkeit vor. Auch sind die Voraussetzungen der Generalnorm von § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO vorliegend nicht erfüllt (vgl. hierzu im Einzelnen: *Schwab/Weth*, ArbGG, § 78 Rz 16–19). Auf der anderen Seite ist die Partei, die sich gegen eine unberechtigte Fortsetzung des Güteterrmins in einem weiteren Verfahren zur Wehr setzt, nicht rechtlos gestellt, sie kann einen Antrag auf Terminsänderung gemäß § 227 ZPO stellen unter Hinweis auf die fehlenden Voraussetzungen für eine Terminschiebung

bzw. – wie im Streitfalle – für die Anordnung eines weiteren Güteterrmins „von Amts wegen“.

Da der Beschwerdeführer sowohl gegenüber dem Arbeitsgericht als auch gegenüber dem Landesarbeitsgericht auf Anfrage bekundet hat, an seinem Rechtsmittel ausdrücklich festhalten zu wollen, war vorliegend auch dem Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs Genüge getan, sodass das unzulässige Rechtsmittel des Beschwerdeführers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen war.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 27.12.2005, 2 Ta 250/05

### 233. Aussetzung, Beschleunigungsgrundsatz, Ermessen, Strafverfahren, Verfahren

Hat das Arbeitsgericht ein bei ihm anhängiges Verfahren gemäß § 149 Abs. 1 ZPO wegen Verdachts einer Straftat ausgesetzt, dann findet in einem sich gegen die Aussetzung gerichteten Beschwerdeverfahren nur eine eingeschränkte Nachprüfung der Aussetzungsentscheidung, insbesondere auf Ermessensfehler, statt.

Nach § 149 Abs. 1 ZPO „kann“ das Gericht den Rechtsstreit wegen des Verdachtes einer Straftat einer Partei aussetzen, um den Ausgang eines Strafverfahrens abzuwarten, um sich dessen unter Umständen bessere Erkenntnismöglichkeiten nutzbar zu machen und widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Diese Möglichkeit besteht trotz der eigenen Beweiswürdigung des Zivilgerichtes (§ 286 ZPO) und trotz der Unverbindlichkeit des Strafurteils für das Zivilgericht (§ 14 Abs. 2 Satz 1 EGZPO). Bei seiner Ermessensentscheidung muss das aussetzende Gericht die Verzögerung des Zivilprozesses gegen den möglichen Erkenntnisgewinn im Strafverfahren abwägen. Bei der vorzunehmenden Ermessensentscheidung hat das aussetzende Gericht im arbeitsgerichtlichen Verfahren auch auf den hier geltenden besonderen Beschleunigungsgrundsatz (§ 9 Abs. 1 ArbGG) Rücksicht zu nehmen. Voraussetzung für eine Aussetzung ist ein aus Sicht des Gerichts und nicht nur nach bloßer Behauptung einer Partei bestehender Verdacht einer strafbaren Handlung eines Prozessbeteiligten. Ein derartiger Verdacht ist vorliegend gegeben, da der Beschwerdeführer erstinstanzlich im Strafverfahren vor dem Amtsgericht Chemnitz bereits wegen Verrates von Geschäftsgeheimnissen zu einer Geldstrafe verurteilt worden ist. Ob diese Verurteilung im Berufungsrechtszug des Strafverfahrens Bestand haben wird, darauf kommt es vorliegend nicht an, weil aufgrund dieses erstinstanzlichen Urteils zumindest ein begründeter Verdacht einer strafbaren Handlung des Beschwerdeführers besteht. Das Arbeitsgericht hat sich sowohl im angefochtenen Beschluss als auch in seiner Nichtabhilfeentscheidung sorgfältig mit den für und gegen die Aussetzung sprechenden Gründen auseinandergesetzt und eine ins Einzelne gehend begründete Ermessensentscheidung getroffen. Es kann vorliegend auch nicht davon ausgegangen werden, dass mit einer Verzögerung



der Beendigung des Strafverfahrens um mehr als 1 Jahr zu rechnen ist, weil in diesem Falle eine Aussetzung in der Regel nach § 149 Abs. 2 ZPO zu unterbleiben hat. Wenn sich das Arbeitsgericht vom Ausgang des Strafverfahrens weitere Erkenntnisse erhofft wegen des dort bestehenden erheblich erweiterten Überprüfungsumfangs, so handelt es sich hierbei um ein ermessensfehlerfreies Motiv. Der arbeitsgerichtliche Beschleunigungsgrundsatz steht im Streitfall einer Aussetzung auch nicht entgegen. Zutreffend hat die Richterin in ihrer Nichtabhilfeentscheidung darauf hingewiesen, dass vorliegend allein noch die Widerklage der Beklagten wegen eines Schadensersatzanspruches gegenüber dem Beschwerdeführer Streitgegenstand ist. Die Beklagte hat sich aber gegen die Aussetzung nicht ausgesprochen, sondern ausdrücklich damit einverstanden erklärt.

Im Rechtsmittel nach § 252 ZPO findet nach allgemeiner Auffassung nur eine eingeschränkte Nachprüfung der Aussetzungsentscheidung statt (vgl. etwa *Zöller/Greger*, ZPO, 24. Aufl., § 252 Rz 3; *Musielak/Stadler*, ZPO, 3. Aufl., § 252 Rz 4). Das durch das ZPO-Reformgesetz eingeführte neue Beschwerderecht hat an diesem Rechtszustand nichts geändert. Allerdings ordnet nunmehr § 149 Abs. 2 ZPO ausdrücklich an, dass auf Antrag einer der Parteien die mündliche Verhandlung fortzusetzen ist, wenn seit der Aussetzung ein Jahr vergangen ist, es sei denn, dass gewichtige Gründe für die Aufrechterhaltung der Aussetzung sprechen. Die Parteien erhalten damit eine Möglichkeit, sich gegen solche Aussetzungen zur Wehr zu setzen, in denen sich das Strafverfahren über einen langen Zeitraum hinzieht (vgl. hierzu *Schmidt/Schwab/Wildschütz*, NZA 2001, 1165; *Schwab/Weth/Zimmerling*, ArbGG, § 46 Rz 34). Der sorgfältig begründete Aussetzungsbeschluss des Vordergerichts lässt weder einen Verfahrensfehler noch einen etwaigen Missbrauch des Ermessens erkennen. Ob der Aussetzungsbeschluss zweckmäßig erscheint, kann durch die Beschwerdeinstanz nicht überprüft werden. Ob das Strafverfahren im Einzelfall tatsächlich bessere Erkenntnisquellen verschafft, muss einem möglichen Rechtsmittelverfahren in der Hauptsache vorbehalten bleiben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 19.07.2005, 2 Ta 161/05

### 234. Verfassungsbeschwerde, Hessisches Universitätsklinikgesetz, Subsidiaritätsgrundsatz

Die Verfassungsbeschwerde von 138 Beschwerdeführern und deren Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung richten sich unmittelbar gegen das Hessische Gesetz über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg (UK-Gesetz) vom 16.06.2005, das mit Wirkung zum 01.07.2005 die Zusammenlegung der bisherigen rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts (Universitätsklinikum Gießen und Universitätsklinikum Marburg) regelt und den Übergang der Arbeitsverhältnisse von nichtwissenschaftlich Beschäftigten auf die neue Anstalt anordnet. Darüber hinaus ist eine Ermächtigung

enthalten, die Anstalt per Rechtsverordnung in eine Kapitalgesellschaft umzuwandeln.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie bereits wegen des Verstoßes gegen den Subsidiaritätsgrundsatz gemäß § 90 Abs. 2 BVVerfGG unzulässig ist.

Durch § 3 Abs. 1 Satz 1 UK-Gesetz sind die Beschwerdeführer dagegen selbst, unmittelbar und gegenwärtig betroffen. Insofern ist die Verfassungsbeschwerde aber deshalb unzulässig, weil die Beschwerdeführer, entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde vorrangig die Fachgerichte hätten anrufen müssen. Das führt zur Unzulässigkeit auch der auf die Verletzung weiterer Grundrechte bezogenen Rügen.

a) Der in § 90 Abs. 2 BetrVG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet den Beschwerdeführer, vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich die Fachgerichte mit seinem Anliegen zu befassen. Das gilt nicht nur dann, wenn das Gesetz einen Auslegungs- und Entscheidungsspielraum offen lässt, sondern auch dann, wenn ein solcher Spielraum fehlt. Erreicht werden soll, dass das Bundesverfassungsgericht nicht auf ungesicherter Tatsachen- und Rechtsgrundlage weitreichende Entscheidungen trifft (vgl. BVerfGE 79, 1 <20>). Die mit der Anrufung der Fachgerichte verbundene umfassende gerichtliche Vorprüfung soll bewirken, dass dem Bundesverfassungsgericht ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und ihm die Fallanschauung und Rechtsauffassung der Fachgerichte vermittelt wird (vgl. BVerfGE 8, 222 <227>; 72, 39 <43>; 86, 382 <387 f.>). Es gehört zu den Aufgaben eines jeden Gerichts, im Rahmen seiner Zuständigkeit bei Verfassungsverletzungen Rechtsschutz zu gewähren (vgl. BVerfGE 47, 144 <145>). Handelt es sich um ein förmliches Gesetz und teilt das Fachgericht die verfassungsrechtlichen Bedenken des Beschwerdeführers, setzt es das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG aus und führt eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbei. Im anderen Fall ist gegen die letztinstanzliche Entscheidung die Verfassungsbeschwerde gegeben. Damit ist gewährleistet, dass dem Bundesverfassungsgericht nicht nur die abstrakte Rechtsfrage, sondern auch die Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch ein für die Materie speziell zuständiges Gericht unterbreitet wird, insoweit enthält der Grundsatz der Subsidiarität eine generelle Aussage über die Aufgabenverteilung zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichten. Danach obliegt es vorrangig den Fachgerichten, einfachrechtliche Vorschriften auszulegen und die zur Anwendung der Vorschriften erforderlichen Ermittlungen sowie die Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen. Der Grundsatz der Subsidiarität trägt auf diese Weise dazu bei, den Rechtsschutz den besonderen Funktionen von Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit entsprechend auszugestalten und die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu erhalten (vgl. BVerfGE 74, 69 <74 f.>; 86, 332 <388>).

## Sonstiges

Die Pflicht zur Anrufung der Fachgerichte besteht allerdings ausnahmsweise dann nicht, wenn die Anrufung der Fachgerichte dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten ist, etwa weil das offensichtlich sinn- und aussichtslos wäre (vgl. BVerfG 55, 154 <157>; 79, 1 <20>). Kann der mit dem Subsidiaritätsgrundsatz insbesondere verfolgte Zweck, eine fachgerichtliche Klärung der verfassungsrechtlich relevanten Sach- und Rechtsfragen herbei zu führen, nicht erreicht werden, ist die vorherige Anrufung der Fachgerichte gleichfalls entbehrlich (vgl. BVerfGE 65, 1 <38>; 79, 1 <20>).

b) Nach diesen Maßstäben besteht hier für die Beschwerdeführer eine Pflicht zur vorherigen Anrufung der Fachgerichte. Entscheidend wird sein, ob der Eingriff in ein durch Art. 12 Abs. 1 GG beziehungsweise für die ausländischen Arbeitnehmer Art. 2 Abs. 1 GG geschütztes Recht der Beschwerdeführer auf freie Wahl des Arbeitsvertragspartners verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Das ist unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsplatzerhalts grundsätzlich denkbar. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist jedoch insbesondere klärungsbedürftig, ob den Arbeitnehmern aufgrund des geltenden Rechts ein Widerspruchsrecht gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse vom Land auf die Anstalt zusteht.

aa) Im Anwendungsbereich des § 613a BGB, der den Übergang der Arbeitsverhältnisse der von einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang oder Betriebsteilübergang betroffenen Arbeitnehmer auf den neuen Betriebs(teil)inhaber regelt, sieht das Bundesarbeitsgericht das Widerspruchsrecht als Ausprägung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes an (vgl. BAG, Urteil vom 30. September 2004–8 AZR 462/03 –, NZA 2005, S. 43 <45>).

Auch in der Begründung der Bundesregierung zur Kodifizierung des zuvor schon in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch Auslegung des § 613a BGB entwickelten Widerspruchsrechts durch Gesetz vom 23. März 2002 (BGBl I S. 1163) heißt es, das Widerspruchsrecht ergäbe sich vor allem daraus, dass es mit der Würde des Menschen, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und dem Recht auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 1, 2 und 12 GG) unvereinbar wäre, wenn ein Arbeitnehmer verpflichtet würde, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt habe (BTDrucks 14/7760, S. 20).

bb) Ob im Falle der hier zu beurteilenden Überleitung der Arbeitsverhältnisse ebenfalls ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer angenommen werden muss, können die Beschwerdeführer in zumutbarer Weise im Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen klären. Klagen auf Feststellung, dass ihr Arbeitsverhältnis auch über den 30. Juni 2005 hinaus mit dem Land Hessen fortbestanden hat, wären nicht von vornherein sinn- und aussichtslos. Unzumutbare Nachteile entstehen den Beschwerdeführern dadurch nicht.

(1) Ein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer ist nach dem Wortlaut des UK-Gesetzes jedenfalls nicht ausgeschlossen; denn das UK-Gesetz regelt zu dieser Frage nichts. Es erscheint möglich, dass ein Widerspruchsrecht der Beschwerdeführer

aus einer direkten oder entsprechenden Anwendung des § 613a Abs. 6 BGB oder auf andere Weise aus dem geltenden Recht hergeleitet werden kann.

Ein Rückgriff auf § 613a Abs. 6 BGB ist insbesondere nicht durch eine klar anders lautende Rechtslage ausgeschlossen. Zwar fällt eine Konstellation der vorliegenden Art nach der bisher im Arbeitsrecht herrschenden Meinung nicht in den Anwendungsbereich des § 613a BGB (vgl. BAG, Urteil vom 18. Februar 1976–5 AZR 616/74 –, AP Saarland UniversitätsG Nr. 1; Urteil vom 20. März 1997–8 AZR 856/95 –, NZA 1997, S. 1225 <1228>, Urteil vom 26. August 1999–8 AZR 927/58 –, NZA 2000, S. 371 <373>; Urteil vom 19. Januar 2000–4 AZR 752/98 –, NZA 2000, S. 1170; Urteil vom 8. Mai 2001–9 AZR 95/00 –, NZA 2001, S. 1200 <1202>).

Das ist jedoch nicht unbestritten. So hat das Bundesarbeitsgericht in neuerer Zeit offen gelassen, ob bei einem gesetzlich angeordneten Übergang eines Arbeitsverhältnisses § 613a BGB anzuwenden sei (vgl. BAG, Urteil vom 24. Juni 2004–2 AZR 215/03 –, ZTR 2005, S. 157 <159>). Auch in der sonstigen Rechtsprechung und in der Literatur gibt es Stimmen zu Gunsten eines weiteren Verständnisses des § 613a BGB, unter anderem im Hinblick auf das Europäische Gemeinschaftsrecht (vgl. LAG Niedersachsen, Urteil vom 31. August 2001 – 10 Sa 2899/98 –, NZA-RR 2002, S. 630 <631>; *Zwanziger*, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 6. Aufl. 2004, § 613a BGB Rn 38; *von Roetteken*, NZA 2001, S. 414 <420>). Schließlich werden die Fachgerichte bei der Auslegung den Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG zu beachten haben.

(2) Gründe, die die Anrufung der Arbeitsgerichte hier ausnahmsweise entbehrlich machen könnten, sind nicht erkennbar. Soweit die Beschwerdeführer meinen, sie hätten nach dem Formwechsel der Anstalt keine Rückkehrmöglichkeit zum Land mehr, trifft dies nicht zu. Denn sofern die Fachgerichte ihnen ein Widerspruchsrecht zuerkennen, wirkt dieses bei ordnungsgemäßer Ausübung auf den Beginn des 1. Juli 2005 zurück. Falls die Gerichte für Arbeitssachen dem geltenden Recht kein Widerspruchsrecht entnehmen können, können sie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG einholen, oder es stünde den Beschwerdeführern die Verfassungsbeschwerde gegen die letztinstanzliche Entscheidung offen.

#### ■ Bundesverfassungsgericht

vom 27.12.2005, 1 BvR 1725/05

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/94848–0, Fax: 0641/9484–20, e-mail: info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

### 235. Prozesskostenhilfe; Ausschlussfrist, tarifvertragliche – ; Geltendmachung; Meldepflicht

1. Eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach der Arbeitnehmer verpflichtet ist, sich an Tagen ohne Arbeitseinsatz zweimal täglich morgens um 8:00 Uhr und nachmittags um 16:00

Uhr telefonisch bei dem Arbeitgeber zu melden, um gegebenenfalls Arbeit zugewiesen zu bekommen, verstößt gegen § 11 Abs. 4 AÜG und ist damit unwirksam (vgl. LAG Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 01.08.2002, Az. 5 Ca 5089/02, recherchiert über juris; *Ulber*, AÜG, 2. Auflage, § 11 Rn 65; *Schüren*, AÜG, 2. Auflage, § 11 Rn 93).

2. Die zweite Stufe einer Ausschlussfrist ist in verfassungskonformer Auslegung des § 270 Abs. 3 ZPO auch dann gewahrt, wenn die Klage nach positiver oder negativer rechtskräftiger Entscheidung über die Prozesskostenhilfe unverzüglich zugestellt wird.

Da es auch dem unbemittelten Arbeitnehmer möglich sein muss, eine Ausschlussfrist bis zum letzten Tag auszunutzen, kann die Verzögerung durch ein Prozesskostenhilfverfahren einem Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen. Infolgedessen wirkt die unverzügliche Zustellung der Klage auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe gestellt wird. Dieses muss im vorliegenden Fall umso mehr gelten, als der Klageentwurf der Klägerin der Beklagten schon vor der Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag zugestellt wurde. Infolgedessen war die Beklagte im vorliegenden Fall bereits besonders frühzeitig darüber informiert, dass die Klägerin ihre Vergütungsansprüche nicht als erfüllt ansah.

■ **Arbeitsgericht Frankfurt am Main**

vom 20.12.2005, 5 Ca 6207/04, Berufung nicht zugelassen  
eingereicht von Rechtsanwalt Martin Feickert, Klaus-Groth-Straße 9, 60320 Frankfurt am Main, Tel.: 069/945476-0, Fax: 069/598920, e-mail: mail@kuther.de

**236. Beschlussverfahren, örtliche Zuständigkeit, Betriebsänderung, Insolvenz**

Für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit eines Arbeitsgerichtes gemäß § 82 Abs. 1, 2 ArbGG kommt es darauf an, ob der Streitgegenstand überwiegend betriebsbezogen oder unternehmensbezogen ist. Ein Verfahren zur Erteilung der gerichtlichen Zustimmung zur Durchführung einer Betriebsänderung nach § 122 InsO und ein Beschluss zum Kündigungsschutz gemäß § 126 Abs. 1 InsO hat eine betriebsbezogene Streitigkeit zum Inhalt, wenn noch im Streit ist, ob ein Betrieb infolge Betriebsstilllegung aufgelöst ist oder ohne Verletzung kündigungsschutz- und betriebsverfassungsrechtlicher Pflichten aufgelöst werden kann.

Es ist zu unterscheiden, ob ein Streit um einen Betrieb bzw. dessen Stilllegung vorliegt oder ein Streit, der nur Folgen für die Insolvenzmasse hat.

Von einer fehlenden Betriebstätigkeit ist erst auszugehen, wenn Interessenausgleichsverhandlungen nach § 112 Abs. 2 BetrVG vollständig durchgeführt sind oder die gerichtliche Zustimmung zur Kündigung erteilt ist.

■ **Arbeitsgericht Bautzen**

vom 30.11.2005, 5 BV 5001/05

eingereicht von Rechtsanwalt Volker Schneider, Morianstraße 3, 42103 Wuppertal, Tel.: 0202/245670, Fax: 0202/2456740, e-mail: info@gks-rechtsanwaelte.de; www.gks-rechtsanwaelte.de

**237. Zahlungsklage, Kündigungsschutzklage, Aussetzung**

Die Verzugslohnklage des Arbeitnehmers ist nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens auszusetzen, weil dies dem Beschleunigungsgebot des § 9 Abs. 1 S. 1 ArbGG widerspräche. Darüber hinaus wäre die gesetzlich angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen in § 62 Abs. 1 S. 1 ArbGG in seiner Bedeutung gemindert, wenn zuerkannte Ansprüche nicht sofort realisiert werden könnten.

Dem Beschleunigungsgebot ist umso mehr Rechnung zu tragen, wenn der Arbeitnehmer nach Erhalt einer fristlosen Kündigung für die ersten 12 Wochen kein Arbeitslosengeld erhält.

■ **Arbeitsgericht Bonn**

vom 17.06.2005, 1 Ca 1122/04

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 0224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544, e-mail: mail@andreas-peter.de; www.andreas-peter.de

**Streitwert und Gebühren**

**238. Streitwert, Wahlvorstand, Zugangsrecht**

Der Streitwert eines Verfahrens zur Ermöglichung des Zugangsrechts des Wahlvorstands zu den Beschäftigten, um die anstehende Betriebsratswahl vorzubereiten, ist mit dem Regelstreitwert von € 4.000,- festzusetzen.

1. Gem. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG ist der Gegenstandswert, soweit er nicht geregelt ist, nach billigem Ermessen zu bestimmen; in Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung und bei nicht vermögensrechtlichen Gegenständen ist der Gegenstandswert mit 4000,- EUR, nach Lage des Falles niedriger oder höher, jedoch nicht über 5000,- EUR anzusetzen.

Soll nur eine vorläufige Regelung erwirkt werden, wird nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. hierzu *Meier*, Streitwerte im Arbeitsrecht, Rn 388) 1/3 bis 1/2 des Wertes der Hauptsache angesetzt. Wird jedoch rechtlich oder auch nur in der praktischen Auswirkung eine dauerhafte Regelung herbeigeführt, kann der Wert der Hauptsache erreicht werden (vgl. *Meier*, a. a. O., m. w. N.).

2. Bei Anwendung dieser gesetzlichen Regelungen und der in Rechtsprechung und Literatur entwickelten ergänzenden Grundsätze ist im vorliegenden Fall der Gegenstandswert gem. § 33 Abs. 1 RVG i.V.m. § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG auf 4000,- EUR festzusetzen.

## Streitwert und Gebühren

Streitgegenstand des Verfahrens war die Ermöglichung des Zugangsrechts des Wahlvorstands zu den Beschäftigten, um die anstehende Betriebsratswahl vorzubereiten.

Die Besonderheit des Falles lag u. a. darin, dass sich die Arbeitsplätze der Beschäftigten in Objekten befanden, für die die Beteiligte zu 2.) kein Hausrecht hat. Im Kammertermin vom 12.01.2006 wurde das Verfahren mit einem Vergleich beendet. In diesem Vergleich wurden Regeln aufgestellt, nach dem der Zugang des Wahlvorstands zu den Gebäuden ablaufen soll. In der praktischen Auswirkung haben die Beteiligten somit eine dauerhafte Regelung herbeigeführt, auch wenn dies unter – im Protokoll vom 12.01.2006 ausschließlich erwähnter – Wahrung der beidseitigen Rechtsstandpunkte geschah. Die Ausschöpfung des Regelstreitwertes von 4000,- EUR im einstweiligen Verfügungsverfahren ist auch dadurch gerechtfertigt, dass der Antrag stellende Wahlvorstand eine endgültige Klärung im Hauptsacheverfahren, eventuell erst in 2. Instanz, zeitlich in Anbetracht des nahen Wahlzeitraumes vom 01.03. – 31.05.2006 (§ 13 Abs. 1 BetrVG) nicht mehr hätte herbeiführen können. Eine Überschreitung des Regelstreitwertes hält das Gericht nicht für angemessen.

### ■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 13.02.2006, 16 BVGa 77/05

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 239. Gegenstandswert, Beschlussverfahren, personelle Maßnahme

In einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren ist der Aufhebungsantrag nach § 101 BetrVG und der Unterlassungsantrag nach § 23 BetrVG mit jeweils € 4.000,- festzusetzen.

### ■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 09.11.2005, 1 Ta 282/05

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224, e-mail: leipzig@advo-gross.de; www.advo-gross.de

### 240. Streitwert, Auflösungsantrag

Auch nach der neuen Regelung des § 42 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 GKG ist ein Auflösungsantrag nach § 9 KSchG streitwertmäßig nicht gesondert zu berücksichtigen. Entgegen LAG Berlin vom 30.12.1999, 7 Ta 6121/99 = LAGE § 12 Streitwert Nr. 119 b ist nicht zwischen Auflösungsantrag und Abfindungsbetrag bei der Streitwertfestsetzung zu unterscheiden.

### ■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 29.08.2005, 2 Ta 109/05, Rechtsmittel nicht gegeben

#### Anmerkung:

Die Entscheidung ist nicht überzeugend. Sie berücksichtigt nicht, dass der ursprüngliche Streitgegenstand mit Stellung

des Auflösungsantrags erweitert wurde. Mit Auflösungsanträgen bedarf es für beide Parteien regelmäßig einer Einlassung und oft umfangreicher Auseinandersetzung darüber, ob die Voraussetzungen gegeben sind. Diese anwaltliche Tätigkeit ist auch zu honorieren. (gr)

### 241. Gegenstandswert, Beschlussverfahren, Beschwerde, Betriebsrat, Rechtsanwaltskosten

Der anwaltlich vertretene Betriebsrat kann eine im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren im Anwaltsgebühreninteresse getroffene Festsetzung des Gegenstandswertes mangels Beschwerde nicht mit einer Beschwerde angreifen mit dem Ziel, einen höheren Gegenstandswert festzusetzen.

### ■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 19.07.2005, 2 Ta 111/05, Rechtsmittel nicht gegeben

#### Anmerkung:

Dem vom Betriebsrat beauftragten Rechtsanwalt ist es unbenommen, aus eigenem Recht die Wertfestsetzung und ggf. das Beschwerdeverfahren zu betreiben (§ 32 Abs. 2 RVG). Grundsätzlich sollte ein Beschwerdeantrag auch als eigener Antrag des RA ausgelegt werden. (gr)

### 242. Streitwert, Nachteilsausgleich, Hilfsantrag

Ein Antrag ist nur dann ordnungsgemäß mit der Folge der Rechtshängigkeit gestellt, wenn er in der sonst für den Prozessbevollmächtigten üblichen Antragstellung als solcher gekennzeichnet ist.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass ein Anspruch auf Nachteilsausgleich nicht rechtshängig geworden ist. Mit seinem Schriftsatz vom 22.02.2005, dort Seite 6, hat die Klägerin sich eines Anspruchs auf Nachteilsausgleich i.H.v. 42.132,84 € berührt und gleichzeitig ausgeführt, dieser werde hilfsweise geltend gemacht. Aus dem Gesamtzusammenhang ist indes ersichtlich, dass die Klägerin damit den Anspruch nicht rechtshängig gemacht hat, sondern lediglich deutlich gemacht hat, dass sie im Falle eines Unterliegens mit der Kündigungsschutzklage unter Berücksichtigung der von ihr vertretenen Rechtsauffassung einen Anspruch auf Nachteilsausgleich besitzt. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin wollte erkennbar den Anspruch nicht rechtshängig machen: Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin pflegt, siehe Seite 2 der Klagschrift vom 14.10.2004, von ihm gestellte Anträge durch Fettdruck und Einrückung als solche zu kennzeichnen. Dass dieses Vorgehen nicht nur anwaltsüblich ist, sondern auch dem Vorgehen dieses Prozessbevollmächtigten entspricht, wird im Übrigen auch durch seinen Antrag auf Festsetzung des Gegenstandswertes gem. § 33 RVG nach Maßgabe des Schriftsatzes vom 27.06.2005 deutlich. Auch hier bedient sich der Prozessbevollmächtigte des Fettdruckes und des Einrückens, um einen Antrag als solchen kenntlich zu machen.

Dieses Verfahren setzt sich fort im Rahmen der unter dem

07.11.2005 erhobenen Beschwerde gegen den Streitwertfestsetzungsbeschluss. Auch hier finden sich wiederum Einrückung und Fettdruck.

Für die Annahme, dass ein Anspruch auf Nachteilsausgleich im Rahmen eines Hilfsantrages tatsächlich rechtshängig gemacht worden ist, bestehen damit keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Unter Beachtung der Normen des § 45 GKG kommt damit eine Erhöhung weder des Verfahrens- noch des Vergleichswertes in Betracht. Gem. § 45 Abs. 1 Satz 2 GKG ist ein hilfsweise geltend gemachter Anspruch wertmäßig zu erfassen, sobald über ihn entschieden wird. Gem. § 45 Abs. 4 GKG ist diese Regelung entsprechend anzuwenden, wenn der Rechtsstreit durch einen Vergleich erledigt wird. Voraussetzung ist indes in jedem Fall, dass tatsächlich der Anspruch rechtshängig geworden ist. Dies ist wie dargelegt nicht erfolgt.

Eine Erhöhung des Vergleichswertes scheidet ebenfalls aus. Es ist überhaupt nicht erkennbar, dass der vermeintliche Nachteilsanspruch Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2005 geworden ist und durch den Inhalt des Vergleichs vom 11.03.2005 einer Regelung zugeführt worden wäre.

Es kann deshalb dahin gestellt sein, ob der Auffassung von *Schneider*, in: Gebauer/Schneider-Schneider, RVG 2. Aufl., § 33 Rn 8 überhaupt gefolgt werden kann, dass eine Gebührenerhöhung zu erfolgen hat, wenn sich der Anwalt mit einem Streitgegenstand auftragsgemäß befasst hat. Allein die Tatsache, dass ein Prozessbevollmächtigter pflichtgemäß geprüft hat, welche Ansprüche auf der Grundlage einer sich ergebenden Rechtssituation erwägenswert erscheinen, führt nicht dazu, dass all diese Betrachtungen den Wert eines wegen des rechtshängigen Streitgegenstandes abgeschlossenen Vergleichs entsprechend erhöhen. Eine entsprechende Werterhöhung nimmt *Schneider* (a. a. O.) daher lediglich dann an, wenn tatsächlich ein Hilfsantrag rechtshängig geworden ist. Daran fehlt es im vorliegenden Verfahren.

Insgesamt war daher wie erfolgt zu entscheiden. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 07.10.2005, 2 Ta 707/05

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Schaefer, Ludwig-Barnay-Straße 1, 30175 Hannover, Tel.: 0511/694921,

Fax: 0511/694951, e-mail: kanzlei@rs-ra.de; www.rs-ra.de

### 243. Streitwert, Änderungskündigung, Vergütungsreduzierung

1. Eine auf eine unbefristete Vergütungsreduzierung gerichtete Änderungskündigung wäre dem wirtschaftlichen Interesse des Arbeitnehmers entsprechend an sich gemäß § 42 Abs. 3 GKG, § 23 Abs. 1 S. 1 RVG mit dem dreijährigen Unterschiedsbetrag zu bewerten.

2. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist jedoch § 42 Abs. 4 S. 1 GKG als Kappungsgrenze heranzuziehen

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12.05.2005, 7 Ta 32/05, kein Rechtsmittel zugelassen

### 244. Streitwert, Teilzeitverlangen

Der Streit über Reduzierung der Arbeitszeit von Voll- auf Teilzeit ist nichtvermögensrechtlicher Natur und somit auf € 4000,- festzusetzen

Dem Beschwerdeführer ist einzuräumen, dass in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Auffassungen vertreten werden, wie sich bei der vorliegenden Fallkonstellation der Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit bemisst. Insoweit wird die Auffassung vertreten (vgl. *Straub*, NZA 2001, 925; LAG Niedersachsen, v. 14.11.2001, NZA-RR 2002, 550; LAG Hamburg, v. 08.11.2001, LAGE § 8 TzBfG Nr. 4; Hessisches LAG, v. 28.11.2001, LAGE § 3 ZPO Nr. 15; LAG Berlin, v. 04.09.2001, NZA 2002, 350), dass sich der Streitwert eines Hauptsacheverfahrens nach § 12 Abs. 7 Satz 2 ArbGG richten kann, sich also dann nach der 36-fachen Differenzvergütung zwischen der Vollzeittätigkeit und der Teilzeittätigkeit richtet. Dafür spricht, wenn eine Begrenzung auf einen Höchstbetrag von drei Bruttomonatsgehältern, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, erfolgt, dass eine ähnliche Interessenlage vorliegt wie bei der Änderungskündigung: In beiden Fällen möchte ein Vertragspartner den Inhalt eines Arbeitsvertrages ändern. Demgegenüber wird aber auch die Auffassung vertreten, dass das (wirtschaftliche) Interesse des Klägers bzw. der Klägerin entscheidend sein muss, wovon die gesetzliche Regelung erkennbar auch ausgehe. Da dieses auf eine Reduzierung der Arbeitszeit und damit der Vergütung gerichtet ist, kann § 12 Abs. 7 ArbGG, der nur für den umgekehrten Fall Regelungen enthält, nicht herangezogen werden. Vielmehr muss man sich an § 12 Satz 2 GKG, § 8 BRAGO – Streitwert in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten – orientieren (*Hanau*, NZA 2001, 1168).

Dieser Auffassung ist zu folgen, so dass vorliegend an sich ein Gegenstandswert in Höhe von 4.000,00 EUR festzusetzen gewesen wäre. Denn die Annahme einer vermögensrechtlichen Streitigkeit lässt sich nicht damit begründen, dass der Wert der Freizeit und damit das wirtschaftliche Interesse sich durchaus am Unterschiedsbetrag zwischen bisheriger und künftiger Vergütung ablesen lässt. Denn der erkennbare Sinn einer Klage auf Reduzierung der Arbeitszeit ist es, weniger zu arbeiten, nicht um weniger Einkünfte zu erzielen, sondern um sich insbesondere der Betreuung von Kindern zu widmen. Dass dies mittelbar wirtschaftliche Auswirkungen hat, rechtfertigt es nicht, derartige Verfahren als vermögensrechtliche Streitigkeiten anzusehen. Von daher liegt es näher, davon auszugehen, dass es sich um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit handelt, für die § 12 Abs. 2 GKG, § 8 BRAGO heranzuziehen ist. Dafür spricht auch, dass es sich zu keinem Zeitpunkt um ein Verfahren handelt, bei dem vom Streitgegenstand her eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht kommt, anders als bei der Änderungskündigung, wenn der Arbeit-

## Streitwert und Gebühren

nehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht unter Vorbehalt rechtzeitig annimmt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 30.05.2005, 7 Ta 71/05

### 245. Streitwert, Feststellungsverfahren, Änderungsvereinbarung

Der Vierteljahresverdienst des Klägers bildet in entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG auch bei einem arbeitsgerichtlichen Rechtsstreit der Parteien über die Wirksamkeit einer getroffenen Änderungsvereinbarung (hier: Verdienstkürzung um 10 %) die Obergrenze für den festzusetzenden Streitwert.

Unter Berücksichtigung der Sonderregelungen für das arbeitsgerichtliche Verfahren in § 42 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 GKG bildet der Vierteljahresverdienst des Klägers die Höchstgrenze für die Wertbemessung des Rechtsstreits der Parteien.

Nach ständiger Rechtsprechung des Beschwerdegerichts kann die Ermessensentscheidung des Erstgerichts nur auf Ermessensfehler überprüft werden, dahingehend ob das Erstgericht sein Ermessen nachvollziehbar ausgeübt und die hierbei gegebenen Grenzen nicht überschritten hat. Dagegen hat das Beschwerdegericht keine eigene hiervon unabhängige Ermessensentscheidung zu treffen (so LAG Nürnberg, vom 05.05.1986, – 1 Ta 3/85 – LAGE Nr. 53 zu § 12 ArbGG 1979 Streitwert; vom 07.04.1999, – 6 Ta 61/99 – NZA 1999, 840; vom 27.11.2003 – 9 Ta 154/03 – AR-Blattei ES 160.13 Nr. 255).

Das Erstgericht hat die für das arbeitsgerichtliche Verfahren geltenden Sonderregelungen, die eine Reduzierung der Kosten im Verhältnis zu denen eines normalen zivilrechtlichen Rechtsstreits zum Inhalt haben, bei der Streitwertbemessung nicht ausreichend beachtet.

Zum einen hat es nicht berücksichtigt, dass der Streit der Parteien lediglich um die von der Beklagten erreichte einzelvertragliche Vereinbarung einer Verdienstkürzung um 10% ab dem Monat Mai 2005 geführt wird und nicht den Wegfall der gesamten Monatsbezüge des Klägers. Dies ergibt sich eindeutig aus der Klagebegründung. Insoweit hätte sich der Streitwert für den Feststellungsantrag des Klägers im Rahmen des § 42 Abs. 3 Satz 1 GKG am 36fachen Betrag der streitigen Verdienstkürzung (EUR 223,69 brutto) orientieren müssen. Daraus hätte sich ein Streitwert von EUR 8.052,84 errechnet. Da die Zahlung des reduzierten Monatseinkommens von EUR 2.039,81 von der Beklagten nicht in Abrede gestellt worden ist, wurde von den Parteien ein Rechtsstreit hierüber nicht geführt. Bei sachgerechter Auslegung des Feststellungsantrages hätte nicht auf den 36fachen Betrag des gesamten Monatseinkommens von EUR 2.236,90 abgestellt werden dürfen.

Der festzusetzende Streitwert wird durch die Höchstgrenze in

§ 42 Abs. 4 Satz 1 GKG auf den bisherigen Vierteljahresverdienst des Klägers in Höhe von EUR 6.710,70 begrenzt.

Der Kläger wendet sich mit seinem Feststellungsantrag gegen die Änderung der bisherigen Vergütungsregelung durch die mit der Beklagten getroffene Vereinbarung vom 30.04.2005 und will sich damit den bisherigen Inhalt seines Arbeitsverhältnisses sichern

Bei einem Feststellungsverfahren, das die inhaltliche Abänderung eines Arbeitsverhältnisses betrifft, finden die für einen Bestandsstreit geltende Sonderregelung in § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG entsprechende Anwendung.

Der Begriff der Bestandsstreitigkeit i. S.d. § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG (früher: § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG) ist sehr weit reichend und erfasst alle Fälle, in denen es um die wirksame Begründung bzw. Beendigung des Vertragsverhältnisses geht (vgl. *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl., § 12 Rz 90), somit auch Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit einer Änderungskündigung im Falle der Ablehnung des Vertragsangebotes durch den Arbeitnehmer.

Auch in Fällen, in denen nach Ausspruch einer Änderungskündigung und Annahme des Arbeitnehmers unter Vorbehalt lediglich um die Änderung des bisherigen Vertragsinhaltes im Rahmen einer so genannten Änderungsschutzklage gestritten wird, findet die Sonderregelung zumindest entsprechende Anwendung (vgl. zu § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG: *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, a. a. O. Rz 112; BAG, vom 23.03.1989 – 7 AZR 527/85 – EzA Nr. 64 zu § 12 ArbGG 1979 Streitwert). Ebenso bei einem Rechtsstreit über eine beantragte Arbeitszeitreduzierung gem § 8 TzBfG (so LAG Nürnberg vom 12.09.2003 – 9 Ta 127/03 – LAGE Nr. 14 zu § 8 TzBfG m. w. N.) oder eine getroffene Altersteilzeitregelung (so LAG Nürnberg vom 02.12.2003 – 9 Ta 170/03 – n.v.).

Auch für den konkreten Rechtsstreit, in dem es dem Kläger um die unveränderte Fortgeltung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses geht, ist im Interesse einer Kostenreduzierung auf die Sonderregelung in § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG (früher: § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG) zurückzugreifen. Denn es ist hierfür nicht entscheidend, ob der bisherige Inhalt des Arbeitsverhältnisses durch eine einseitige Willenserklärung der Vertragsparteien oder – wie im vorliegenden Fall – durch eine vertragliche Abrede abgeändert werden sollte.

Der zusammen mit dem Feststellungsantrag gestellte Zahlungsantrag, der die bereits fälligen Beträge der streitigen Vergütungsreduzierung betrifft, führt zu keiner Erhöhung des Streitwerts, § 42 Abs. 5 Satz 1 GKG.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 19.12.2005, 9 Ta 247/05, unanfechtbar

### 246. Streitwert, Bildung/Zusammensetzung eines Konzernbetriebsrats

Die Wertbemessung des Streits über die Rechtmäßigkeit der Zusammensetzung eines Konzernbetriebsrats kann sich an der Größe des Gremiums in Anlehnung an die Staffel des § 9

BetrVG orientieren mit der sich aus § 55 IV in Verbindung mit § 47 V BetrVG einzuhaltenden Obergrenze von 40 Konzern-Betriebsratsmitgliedern

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22.06.2005, 10 (5) Ta 144/04, unanfechtbar

#### 247. Schriftlicher Vergleich, Terminsgebühr

Durch den Beschluss nach § 278 Abs. 6 ZPO wird eine Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG verdient.

Ob bei Abschluss eines Vergleiches nach § 278 Abs. 6 ZPO für den Rechtsanwalt eine Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV RVG anfällt, ist streitig (zum Streitstand siehe OLG Nürnberg, 15.12.2004, 3 W 4006/04, NJW-RR 2005, S. 655 sowie *Enders*, Anm. zum o.g. Beschluss, JurBüro 2005, 250). Nach Auffassung der Kammer fällt eine Terminsgebühr an, wenn das Zustandekommen eines Vergleichs gemäß § 278 Abs. 6 S. 2 ZPO durch Gerichtsbeschluss festgestellt wird. Dies beruht auf folgenden Überlegungen: Der Wortlaut der Regelung der Ziffer 3104 VV RVG Abs. 1 Nr. 1 ist nicht eindeutig. Diese Ziffer kann wie folgt gelesen werden: „Die Terminsgebühr entsteht auch, wenn in einem Verfahren, für das mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, ein schriftlicher Vergleich geschlossen wird.“ Sie kann aber auch wie folgt verstanden werden: „Die Gebühr entsteht auch, wenn in einem Verfahren gemäß § 307 Abs. 2 oder § 495a ZPO ein schriftlicher Vergleich geschlossen wird.“ Im Hinblick auf diese Mehrdeutigkeit des Wortlauts ist der mit der Neuregelung der Terminsgebühr im Allgemeinen und der dritten Alternative der Gebührenziffer 3104 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG im Besonderen verfolgte gesetzgeberische Zweck entscheidend. Nach der Vorbemerkung Nr. 3 zu den Anwaltsgebühren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten entsteht die Terminsgebühr u. a. bereits für die Mitwirkung an Besprechungen, die auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichtet sind und ohne Beteiligung des Gerichts erfolgen. Damit wollte der Gesetzgeber die Bereitschaft des Anwalts fördern, in jeder Phase des Verfahrens zu einer möglichst frühen, der Sach- und Rechtslage entsprechenden Beendigung des Verfahrens beizutragen. Deshalb soll die Gebühr

auch schon verdient sein, wenn der Rechtsanwalt an auf die Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts mitwirkt, insbesondere wenn diese auf den Abschluss des Verfahrens durch gütliche Regelung zielen. Den Parteien soll durch den erweiterten Anwendungsbereich der Terminsgebühr ein langwieriges und kostspieliges Verfahren erspart bleiben. Gerichtliche Verhandlungstermine, die nur deshalb angestrebt werden, um einen ausgehandelten Vergleich „nach Erörterung der Sach- und Rechtslage“ protokollieren zu können, um die Verhandlungs- und Erörterungsgebühr zu verdienen, sollen vermieden werden (BT-Drucks. 15, 1971, S. 209). Aufgrund dieses dokumentierten gesetzgeberischen Willens verdient der Anwalt, der an einem Vergleich mitgewirkt hat, dessen Zustandekommen gemäß § 278 Abs. 6 S. 2 ZPO festgestellt wird, eine Terminsgebühr. Hat der Anwalt sich nicht nur mit dem Gegner mit dem Ziel einer gütlichen Einigung besprochen, sondern hat er sogar eine Einigung erzielt, die zum Zwecke der Vollstreckbarkeit gerichtlich dokumentiert wird, ist das Verfahren entsprechend dem Willen des Gesetzgebers beschleunigt und eine unnütze Belastung des Gerichts vermieden worden. Es ist daher kein Grund ersichtlich, dem so handelnden Anwalt eine Terminsgebühr zu versagen, diese jedoch dem Anwalt, der sich mit dem Gegner bespricht, ohne eine Einigung zu erzielen, auch dann zu gewähren, wenn es später zu einem Gerichtstermin nicht kommt, etwa weil der Gegner die Forderung anerkennt (ähnlich *Gerold/Schmidt/von Eicken-Müller-Rabe*, RVG, I. Aufl., 2004, 3104 V V, Rz 57 bis 58). Nur durch eine solche Auslegung lassen sich zudem die dem gesetzgeberischen Ziel der Entlastung der Gerichte zuwiderlaufende Vermeidungstaktiken, wie sie aus der Anmerkung von *Enders* zu der Entscheidung des OLG vom 15.12.2004, 3 W 4006/04 (JurBüro 2005, 250 f.) ersichtlich sind, vermeiden. Da die Parteien hier auch wechselseitig nachgegeben haben, somit ein echter Vergleich vorliegt (zu diesem Erfordernis vgl. *Gerold/Schmidt/von Eicken-Müller-Rabe* a. a. O. Rz 55), ist eine Terminsgebühr durch den Beschluss nach § 278 Abs. 6 ZPO verdient.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 10.10.2005, 10 Ta 282/05

## Rezeptionen

RA Rolf Schaefer, RAIn Sabine Kiemstedt

### **Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht**

2. Auflage 2005 / Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 267 Seiten, broschiert, 36,00 EUR

ISBN 3-8240-0725-8

Das Buch gliedert sich inhaltlich in die Kapitel: – Prognose bei Mandatsannahme, mit dessen Hilfe der Anwalt dem Mandanten den möglichen Kostenaufwand erläutern kann. – Der Streitwert der Klageanträge und des Vergleichs, wobei die Reihenfolge der Häufung der Klagegegenstände entspricht. – Die Gebühren des RVG, die anhand der Gesetzssystematik des Vergütungsverzeichnisses abgehandelt werden; die Erstattung der Gebühren, beginnend mit der Rechtsschutzversicherung über die Prozesskostenhilfe und Beiordnung bis zum Gegner, Arbeitgeber und Mandant; Vergütungsvereinbarungen, Vertretung des Betriebsrates, Beschlussverfahren, Einigungsstelle und Muster.

Die Ausführungen über die Rechtsschutzversicherung kann man ergänzen mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer Vereinbarung mit dem Mandanten, wonach die Auftragserteilung an den Anwalt ohne Rücksicht auf das Ergebnis einer Deckungsanfrage erfolgt und davon unabhängig ist. Das Kapitel über die Vergütungsvereinbarungen befasst sich noch nicht mit den Änderungen des Vergütungsrechts ab 1. Juli 2006. Das Kapitel über die Vertretung des Betriebsrates befasst sich u. a. mit dem Problem der Rechtsnatur des Betriebsrates und der betriebsverfassungsrechtlichen Kostentragungspflicht des Arbeitgebers. In dem Kapitel Beschlussverfahren werden die Streitwerte cursorisch erörtert. Das Kapitel Einigungsstelle gibt Hinweise auf gebührenrechtliche Grundsätze dieses Verfahrens. Das Kapitel Muster umfasst Schreiben im Zusammenhang mit dem Mandatsverhältnis, Klagen und Schriftsätze wegen Prozesskosten und Beiordnung sowie die Rechnungslegung. Damit gibt das Buch insgesamt einen weiten Überblick über die Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht und Anlass zu weiter gehenden Recherchen. Es ist daher ein sinnvoller Einstieg in das Thema.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Wolfram von Frankenberg und Ludwigsdorf

### **Bedeutung und Grenzen der Gleichbehandlung der Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft aufgezeigt am Pflichten- und Haftungsmaßstab sowie an der Vergütung**

C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, 287 Seiten kartoniert, 78,00 EUR

ISBN-Nr. 3-8114-5336-X

Der etwas schwerfällige Titel der Untersuchung – unvermeidbar – wird seiner Beachtung leider im Wege stehen. Das Werk befasst sich zwar ganz speziell mit dem Problem der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft im Hinblick auf den Anspruch auf Gleichbehandlung, gibt jedoch eine detailreiche Darstellung des Anspruchs auf Gleichbehandlung insgesamt. Daraus lassen sich wertvolle Hilfestellungen für den Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergütungsanspruch ebenso herstellen wie bei dem Haftungsanspruch des Dienstgebers, der nach Kompetenzen und Fähigkeiten unterscheiden muss. Die aufgezeigten Überlegungen gelten also für alle organschaftlichen wie nicht-organschaftlichen Führungskräfte. Allgemein ist bekannt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf leitende Angestellte Anwendung findet. Wie es sich in der Ebene darüber verhält, also im Bereich der Organmitglieder und deren Kontrollgremien, ist mindestens in dieser Intensität bisher nicht untersucht worden. Aber auch für den Bereich der leitenden Angestellten fehlt es bisher an detaillierten Erörterungen.

Neben dieser sowohl für die speziell untersuchte „Dienstleistergruppe“ als auch für die Ebene darunter wesentlichen Problemdiskussion befasst sich das Buch mit einem nach wie vor virulenten Problem deutscher Kapitalgesellschaften, nämlich ihrer Kontrolle. Liest man offen oder zwischen den Zeilen in der Wirtschaftspresse, spricht man hier und da sowohl mit Organmitgliedern als auch mit Mitgliedern von Kontrollgremien, zeigt sich oft die Kontrollunfähigkeit mangels Sachkenntnis und/oder die Kontrollunfähigkeit, entstanden aus Beziehungsgeflechten. Führt das eine oder andere zu Schäden der Gesellschaft, dann entsteht in der Praxis hieraus nur äußerst selten ein tatsächlich geltend gemachter Haftungsanspruch, wenn aber, dann gegen das Gremium selbst. Sowohl der Zwang, alle anzugreifen, und die daraus folgende „Beißhemmung“ als auch die daraus gespeiste Möglichkeit der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder, sich zum Schutz in die Gruppe zurückzuziehen und damit nahezu Anonymität zu erlangen, beeinträchtigt die Kontrollfunktion der Aufsichtsgremien maßgeblich.

Einen fundierten Weg, der sicher steinig aber in Ansehung des in anderen Bereichen hyperaktiven hier aber untätigen Gesetzgebers notwendig ist, zeigt diese Darstellung auf. Ihr ist deshalb großes Lob zu spenden.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*



# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abfindung

- Fälligkeit – 186
- Sozialabgaben – 236

## Abmahnung

- nach Kündigung – 166
- Verwirkung – 182

## Abrufbarkeit

- Vergütungsanspruch – 168

## Allgemeine Geschäftsbedingungen

- freiwillige Leistung – 152
- geltungserhaltende Reduktion – 147
- Transparenzgebot – 152, 156

## Altersteilzeit

- Insolvenz – 141
- Lohnsteuerklasse – 155

## Änderungskündigung

- außerordentliche – 194
- Befristung – 128
- Erklärungsinhalt – 181
- neue Lohnfindungsmethoden – 184
- Prüfungsmaßstab – 184, 193, 194
- Selbstbindung des Arbeitgebers – 193
- Streitwert – 243
- tariflich unkündbare – 194

## Anforderungsprofil

- Diskriminierung – 138

## Annahmeverzug

- Abrufbarkeit – 168
- böswilliges Unterlassen – 161
- Leistungswille – 154, 227
- Teilleistungsangebot – 227

## Arbeitskampf

- einstweilige Verfügung – 233
- Streik – 233
- Unterlassungsanspruch – 233

## Arbeitsvertrag

- Anfechtung wegen Täuschung – 198
- ruhender – 196

## Arbeitsverweigerung

- beharrliche – 190

## Arbeitszeit

- Arbeitszeitkonto – 130
- Aufstockungsanspruch – 143, 158
- Reisezeit – 224
- Veränderung durch Dienstvereinbarung – 139

## Arbeitszeitreduzierung

- Feststellungsantrag – 227
- Schadenersatz bei Verweigerung – 227
- Streitwert – 244

## Arrest

- unzuständiges Gericht – 223

## Auflösungsantrag

- des Arbeitgebers – 157
- des Arbeitnehmers – 196

## Ausgleichsklausel

- Wirkungsbereich – 127, 150

## Auslegung

- des Arbeitsvertrages – 124
- Bezugnahmeklausel – 149
- Tarifvertrag – 234
- Weihnachtsgeld – 135

## Ausschlussfrist

- Auslegung – 235
- Kündigungsschutzklage, unzulässige – 235
- Nachweisgesetz – 149
- PKH-Antrag – 235

## Außerordentliche Kündigung

- Alkoholkrankheit – 197
- Alkoholmissbrauch – 197
- Arbeitsverweigerung – 190
- außerdienstliches Verhalten – 189
- Interessenabwägung – 185, 189
- Nebentätigkeit während Krankheit – 189
- Sachbeschädigung – 185
- Sicherheitsvorschriften, Verstoß – 199
- tarifliche Unkündbarkeit – 189

## Aussetzung

- Ermessen – 233
- Rechtsmittel – 233
- Strafverfahren – 233
- Vergütungsklage wegen Kündigungsschutzverfahren – 237

## Auszubildende

- Rationalisierungsschutz – 234

## AVR

- Bezugnahme – 156
- Rechtscharakter – 147

## Beamte

- Kündigungsschutzgesetz – 157

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Haushaltsrecht – 162
- Klageverwirkung – 125, 137
- Mitbestimmung – 132
- Präklusion – 128
- Praktikant – 171
- Redakteur – 151
- soziale Überbrückung – 132
- Treu- und Glauben – 132
- Vertrauen auf Fortsetzung – 128
- Vertretung – 125, 153, 162

## Berufungsbegründung

- Anforderung an den Inhalt – 133

## Berufungsfrist

- Verlängerungsantrag – 222

## Beschäftigungsanspruch

- einstweilige Verfügung – 183
- Kündigungsfrist – 183

## Beschlussverfahren

- einstweilige Verfügung – 236
- örtliche Zuständigkeit – 236
- Postulationsfähigkeit – 229

## Beschwerde

- verfahrensleitende Beschlüsse – 232

## Betriebliche Altersversorgung

- Betriebsübergang – 149

- Billigkeitskontrolle – 165
- Erwerbsunfähigkeit – 160
- Gleichbehandlung – 165
- Insolvenzschutz – 160
- ratierliche Kürzung – 134, 168
- VBL-Neuregelung – 174
- Verzicht auf ratierliche Kürzung – 134
- Betriebliche Übung**
  - Entstehung – 136
  - Weihnachtsgeld – 124
- Betriebsänderung**
  - Namensliste – 176, 195
- Betriebsbedingte Kündigung**
  - Sozialauswahl – siehe dort
  - unternehmerische Entscheidung – 157, 177
- Betriebsbegriff**
  - gemeinschaftlicher Betrieb – 201
- Betriebsrat**
  - Anhörung zur Kündigung – 237
  - Unterlassungsanspruch – 223, 224
- Betriebsratskosten**
  - gerichtliche Anwaltskosten – 222
- Betriebsratsmitglied**
  - Insolvenz – 148
- Betriebsratswahl**
  - Adressenliste – 236
  - einstweilige Verfügung – 236
- Betriebsübergang**
  - betriebliche Altersversorgung – 144
  - Funktionsnachfolge – 129
  - Personalübernahme – 167
  - Sicherheitskontrolle Flughafen – 167
- Betriebsvereinbarung**
  - Ablösung – 122
  - Blankettverweisung – 227
  - Errichtungsgesetz – 127
  - tarifwidrige – 232
  - Umwandlung des Betriebes – 122
- Blankettverweisung**
  - Geltungsdauer – 227
- Darlegungs- und Beweislast**
  - Schadensersatz – 126, 223
- Diskriminierung**
  - Schwerbehinderte – 138, 159
- Dienstordnung Angestellter**
  - Rücknahme der Bestellung – 198
- Dienstvereinbarung**
  - Regelungsmacht – 138
- Direktionsrecht**
  - Behördenwechsel – 173
  - Vergütungsbestandteile – 181
  - Treu und Glauben – 166
  - verwirkter Widerspruch – 164
- Durchgriffshaftung** – 172
- Eingruppierung**
  - Arzt im Praktikum – 169
  - Heraushebungsmerkmal – 163
  - Leiter Bauverwaltungsamt – 163
  - Vorhalten von Spezialkenntnissen – 145
- Einstweilige Verfügung**
  - Beschäftigungsanspruch – 183
  - Freistellung – 148
  - Streik – 233
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**
  - Einheit des Verhinderungsfalles – 133
  - weitere Erkrankung – 133
- Erfüllung**
  - fremde Schuld – 141
- Fahrtkosten**
  - Pauschalisierung – 231
- freiwillige Leistung**
  - Widerrufsvorbehalt – 152
- Freistellung**
  - einstweilige Verfügung – 148
  - Insolvenz – 148
- Gesamtbetriebsrat**
  - Zuständigkeit – 225
- Geschäftsführer**
  - ruhendes Arbeitsverhältnis – 196
- Gewerkschaft**
  - Unterlassungsanspruch aus Art. 9 Abs. 3 GG – 230
  - Unterlassungsanspruch tarifwidrige Betriebsvereinbarung – 232
- Gleichbehandlung**
  - Probezeit – 128
  - Schwerbehinderte – 138, 159
- Gleichstellungsverfahren**
  - Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers – 178
- Güteverhandlung**
  - weitere – 232
- Handelndenhaftung** – 142
- Hilfsantrag**
  - Antragstellung – 242
  - Streitwert – 242
- Insolvenz**
  - Masseverbindlichkeit – 135
- Karenzentschädigung**
  - Anrechnung anderweitigen Verdienstes – 137
- Kirchliches Arbeitsverhältnis**
  - Dienstvereinbarung – 138
  - fehlerhafte Willensbildung – 124
- Kündigungserklärung**
  - BR-Anhörung – 195, 197, 237
  - konkludente – 175
- Kündigungsschutzgesetz**
  - Beamte, beurlaubte – 157
  - gemeinsamer Betrieb – 201
  - Kleinbetriebsklausel – 201
- Kündigungsschutzklage**
  - nachträgliche Zulassung – 187, 228
- Lehrer**
  - Arbeitszeitermäßigung aus Altersgründen – 170
- Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**
  - Befristung – 132
- Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**
  - Arbeitszeit – 223, 224
  - Ethikrichtlinie – 225, 226
  - Ordnung des Betriebsrates – 225, 226
  - Zulagenabbau – 221
- Nachteilsausgleich**
  - Anspruchsvoraussetzungen – 172
  - Bemessung – 170
  - haftender Arbeitgeber – 170
- Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage**
  - Kostentragung – 228
  - siehe auch Kündigungsschutzklage

**Nachweisgesetz**

tarifliche Ausschlussfrist – 149

**Personalrat**

Mitbestimmung bei Befristung – 132

Zuständigkeit der Stufenvertretung – 228

**Personenbedingte Kündigung**

Alkoholkrankheit – 197

Betriebs-/Personalratsanhörung – 197

**Praktikum**

Berufsausbildungsverhältnis – 171

**Protokollberichtigung**

Rechtsmittel – 232

**Prozesskostenhilfe**

einfach gelagerter Fall – 237

Fahrtkosten Verkehrsanwalt – 226

mutwillige Rechtsverfolgung – 221

verspätete Einreichung von Unterlagen – 229

Vordruckzwang – 229

Weiterbeschäftigung – 221

**Rechtsmissbrauch**

Lohnsteuerklasse – 155

**Rechtsweg**

ruhendes Arbeitsverhältnis – 225

sic-non-Fall – 224

**Rechtswegverweisung**

Verfahren – 230

**Reisekosten**

Pauschalisierung – 231

**Reisezeit**

Arbeitszeit – 224

Mitbestimmung – 224

**Sächsisches PersVG**

Postulationsfähigkeit – 229

**Schadensersatz**

Darlegungs- und Beweislast – 223

ingerichteter/ausgeübter Gewerbebetrieb – 126

Verschulden – 227

**Schadensbegriff**

Steuerlast – 186

**Schuldrechtsmodernisierungsgesetz**

Verjährung – 123

**Schwerbehinderte**

Gleichstellungsverfahren – 178

**Sozialauswahl**

Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers – 180

berechtigte betriebliche Interessen – 180

Fehlerwirkung – 192

grobe Fehlerhaftigkeit – 179, 195, 200

Integrationsunternehmen – 188

Namensliste – 176, 179, 180

Schwerbehinderte – 188

tariflich Unkündbare – 195

vergleichbare Arbeitnehmer – 200

**Sozialplan**

Blankettverweisung – 227

Rentenanspruch – 159

**Streik**

Blockade – 233

Boycott – 233

Warnstreik – 233

**Streitwert**

Änderungskündigungsschutzklage – 243

Arbeitszeitreduzierung – 244, 245

Beschlussverfahren – siehe dort

Kündigungsschutzverfahren – siehe dort

**Streitwert im Beschlussverfahren**

Aufhebungsantrag § 101 BetrVG – 239

Betriebsratswahl – 238, 246

einstweilige Verfügung wegen Betriebsratswahl – 238

personelle Einzelmaßnahme – 239

Zugangsrecht – 238

**Streitwert im Kündigungsschutzverfahren**

Auflösungsantrag – 240

**Streitwertfestsetzung**

Beschwer des Betriebsrates – 241

Ermessensentscheidung – 245

**Tarifablösung**

durch Gesetz – 156

**Tarifaußenseiter**

Regelungsmacht der Gewerkschaft – 230

**Tarifautonomie**

Unterlassungsanspruch – 230

**Tarifvertrag**

Auslegung – 234

Bezugnahmeklausel – 149

Nachwirkung – 156

**Teilunwirksamkeit**

Vertrag – 144

**Teilzeitarbeitnehmer**

Aufstockungsanspruch – 143, 158

Gleichbehandlungsgrundsatz – 143

**Terminsgebühr**

schriftlicher Vergleich § 278 Abs. 6 ZPO – 247

**Überstundenausgleich**

vertragliche Regelung – 130

Zuschlagspflicht – 130

**Unfallversicherung, private**

Abtretungsanspruch des Arbeitnehmers – 131

**Urteilsberichtigung**

Unklarheit – 222

**VBL**

Startguthabenberechnung – 174

**Verfassungsbeschwerde**

Subsidiaritätsgrundsatz – 234

**Vergütungsanspruch**

Verzicht – 146

**Vergütungshöhe**

Veränderung durch Dienstvereinbarung – 138

**Verhaltensbedingte Kündigung**

Alkoholgenuss – 197

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – 191

Arbeitsverweigerung – siehe dort

Interessenabwägung – 185

Sachbeschädigung – 185

Schikaneabsicht – 191

Sicherheitsvorschriften, Verstoß – 199

**Verjährung**

Schuldrechtsmodernisierungsgesetz – 123

**Vertrag**

Teilunwirksamkeit – 144

**Verweisungsbeschluss**

Rechtsmittel – 230

**Verwirkung**

sonstige Rechte – 164, 182

**Vollstreckungsgegenklage**

einstweilige Einstellung – 231

**Weihnachtsgeld**

Anspruchsvoraussetzung – 135  
Insolvenz – 135

**Weiterbeschäftigungsanspruch**

Prozesskostenhilfe – 221

**Weiterbeschäftigungsantrag**

nach § 102 Abs. 5 BetrVG – 193  
weitere Kündigung – 178

**Wettbewerbsverbot**

Karenzenschädigung – siehe dort

**Zeugnis**

Form, Geschäftspapier – 140  
Unterschrift – 140

**Zuständigkeit des Arbeitsgerichts**

sic-non-Prinzip – 224

**Zwangsvollstreckung**

Einstellung – 231

**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 Kraus

**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.