

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

von zu Unrecht Totgesagten geht die Mär, sie würden besonders lange leben. Kann man daraus herleiten, dass zu früh im Leben Erwartete nur von kurzem Bestand sind? Jedenfalls waren wir schon vor eineinhalb Jahren (siehe Heft 1 u. 2/2005) in der mehr oder weniger frohen Erwartung des alsbaldigen Inkrafttretens des Antidiskriminierungsgesetzes, wie es damals noch heißen sollte. Ob das dann zunächst an den vorgezogenen Bundestagswahlen scheiterte, darf füglich bezweifelt werden, denn auch nach der Regierungsneubildung verwandte der Gesetzgeber wenig Mühe darauf, die offensichtlichen handwerklichen Fehler des vorliegenden Entwurfs, auf die u.a. der Arbeitsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins wiederholt und nachdrücklich hingewiesen hatte, zu beseitigen. Erst ein sozusagen letztes Aufbäumen des Bundesrates führte wohl nicht nur zu einer ersten Anpassung, sondern setzte sogar den Rechtsausschuss noch einmal in Bewegung. So wird es denn wohl entweder vor dem Inkrafttreten noch zu einer Änderung kommen oder zu einem kurzfristig danach verabschiedeten Korrekturgesetz. Aber auch danach, das lässt sich jetzt schon absehen, wird kein wirklich handhabbares Gesetz entstanden sein, sondern nur eine weitere bürokratische Belastung der Personalabteilungen. Profitieren werden davon im Wesentlichen trickreiche Arbeitnehmer, die sich die Tücken des Gesetzes zunutze machen, auch wenn ihre Betroffenheit nur gering ist. Profitieren werden auch die, die an der Verbreitung juristischer Literatur verdienen (das sind in der Regel leider nicht die Autoren) und all jene, die sich professionell mit der praktischen Umsetzung des Gesetzes befassen werden. Dazu gehören sicherlich auch die Anwälte, vor allem aber, wenn die Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes nicht korrigiert wird, so genannte Interessenverbände, in denen Posten und Pöstchen geschaffen werden können. Ob das aber als geeigneter und sinnvoller Weg zur Minderung der Arbeitslosigkeit angesehen werden kann, wage ich zu bezweifeln.

Kein Arbeitsmangel liegt bei der Redaktion der AE vor. Deshalb müssen wir uns bei vielen entschuldigen, die schon vor Monaten Entscheidungen einreichten, die dennoch auch in dieses Heft noch keinen Eingang gefunden haben. Wir arbeiten aber daran und bitten alle um Verständnis und darum, in ihren Bemühungen, uns mit Arbeit einzudecken, nicht nachzulassen. Weil diese Bemühungen so erfreulich sind, können wir auch diesmal wieder von den AE hoffen:

Mögen sie nützen!

Berlin, im September 2006

Ihr Dr. Hans-Georg Meier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



## Liste der AE-Einsender

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

### Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

Mansholt	Werner	Darmstadt
----------	--------	-----------

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

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

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

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

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

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

## Betriebliche Altersversorgung: U-Kassen ohne Insolvenzschutz, bis zu 25 Mrd. Euro Arbeitgeberhaftung

Rechtsanwalt Johannes Fiala, München\*

### Der Fall „Adkura U-Kasse“:

Es war einmal eine U-Kasse in Ratingen, heute findet man im Internet nur noch den Insolvenzverwalter, der diese U-Kasse abwickelt. Der Fall ging durch die Presse, denn letzte Amtshandlung der Inhaber jener U-Kasse war es, das U-Kassen-Vermögen auf die Cayman-Inlands zu transferieren. Die Mitglieder der U-Kasse, also die Arbeitgeber, waren darüber gar nicht glücklich. Der Arbeitgeber trägt die sogenannte Ausfallhaftung – ein ausgesprochen teurer bAV-Spass.

### Kein PSV-Schutz bei Insolvenz der U-Kasse:

Weder bei Insolvenz der U-Kasse, noch bei Veruntreuung durch die Verwalter eines solchen Vereins (denkbar ist auch eine gemeinnützige GmbH oder Stiftung) tritt der Pensionsversicherungsverein (PSVaG) ein. Dies ist schlicht ein Fall der Arbeitgeber-Haftung. Für den Finanzvermittler bzw. Unternehmensberater in Sachen bAV, ein aufklärungspflichtiges Total-Ausfall-Risiko. Hier steht der Regress bei den Vermittlern im Raum.

### Nichtige Vereinbarungen mit den Angestellten:

Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) schreibt vor, dass bei der betrieblichen Altersvorsorge, das Geld der Mitarbeiter „wertgleich“ angelegt werden muss. Im Prinzip darf also der fürs Alter aufgesparte Lohn, nicht durch unnötige Verwaltungskosten belastet werden. In der Fachzeitschrift des Experten-Verbandes „aba“ stand es Anfang 2006 klipp und klar: U-Kassen verursachen zusätzlich „unnötige“ Kosten – alle jene Modelle, bei welchen Mitarbeiter direkt oder indirekt mit den Verwaltungskosten der U-Kasse im Rahmen einer Entgeltumwandlung belastet werden, sind (teil-)unwirksam. Der Jurist spricht hier auch von Nichtigkeit.

### Nichtigkeitswirkung fehlender Wertgleichheit:

Der oberste bundesdeutsche Arbeitsrichter in Sachen „Ruhegelder“ pp., Dr. Reinecke, brachte es auf dem Handelsblatt-Forum zur betrieblichen Altersvorsorge Anfang 2006 auf den Punkt. Die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen mit den Mitarbeitern schlägt auf die Verträge mit den Produktgebern bzw. den externen Trägern der betrieblichen Altersvorsorge durch. Hier geht es dann, sehr zur Freude aller Vertragspartner, um Rückabwicklung. Praktisch bedeutet dies, dass der Arbeitgeber alle bezahlten Beiträge und eine übliche Kapitalmarktverzinsung für diese Gelder zurück verlangt. Hinzu kommen potentielle Schäden aus Mehrbelastungen bei Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen.

### „Liebesbrief“ an die U-Kasse:

Der typische Brief an die U-Kasse führt dann aus, dass nach § 134 BGB i.V.m. den Vorschriften des BetrAVG sowohl die Entgeltumwandlungsvereinbarung mit dem Mitarbeiter, als auch die darauf bezugnehmende Vereinbarung mit der U-Kasse nichtig ist, insbesondere wegen fehlender Wertgleichheit (zusätzliche Verwaltungskosten der U-Kasse) und zusätzlich wegen Zillmerung der Rückdeckung im Hause der U-Kasse (ebenfalls ein Nichtigkeitsgrund wegen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot des BetrAVG!).

Manche U-Kassen stellt dazu dann fest, dass nicht (!) gezillmert würde, denn in den Versicherungsbedingungen würde es heißen „Zu Beginn des Versicherungsvertrages entstehen hohe Kosten ... Diese Kosten werden nun nicht gesondert in Rechnung gestellt, sondern aus den ersten Beiträgen bestritten. ...“ Der Fachmann erkennt sofort die Kompetenz des Verfassers solcher wirkungsloser „Beruhigungspillen“ aus der Feder einer U-Kasse, denn dieser Hinweis tendiert typischerweise gerade in Richtung einer Zillmerung.

### Schock bei Gewerkschaften und Vermittlern:

Der Vermittler, ausgebildet bei einer „privaten Akademie“ ist entsetzt – nein, darüber wurde er niemals aufgeklärt. Einen Kommentar zum Betriebsrentengesetz kann er nicht sein Eigentum nennen. Auch bei den Gewerkschaften herrscht Chaos, denn die sogenannte „Metallrente“ steht auch im Feuer – waren da nicht auch Provisionen im Spiel, bezahlt aus dem umgewandelten Geld der Mitarbeiter? Und jetzt soll alles „null und (teil-)nichtig“ sein? Ja, was Wertgleichheit bedeutet, darüber wusste man nicht Bescheid?

### Insolvenz der GmbH mit U-Kassen-bAV-Lösung:

Der Fall ist alltäglich – jährlich gehen etwa 20.000 GmbH's in die Insolvenz. Nehmen wir einen Unternehmer aus Hessen. Der geschäftsführende Gesellschafter (GGF) und seine 10 Mitarbeiter hatten sich für eine U-Kasse entschieden. Im Fall der Insolvenz wird der PSVaG das komplette Geld bei der U-Kasse abfordern, also auch das Geld zur Altersvorsorge des GGF. Dies ist, wenn man beim PSVaG nachfragt, keine „Sozialisierung des GGF-Altersvorsorge-Vermögens“, sondern schlicht ein gesetzlicher Forderungsübergang. Nein, nein, das

\* M.B.A. (Univ.Wales), M.M. (Univ.), geprüfter Finanz- und Anlageberater (A.F.A.), EG-Experte (C.I.F.E.), Bankkaufmann ([www.fiala.de](http://www.fiala.de))

Geld des GGF für seine Vorsorge ist nicht weg – es hat halt nur jemand anderes.

#### Auf die Abrechnung des PSVaG kommt es an:

Der PSVaG wird oft feststellen, dass die „Rückdeckung“ der Mitarbeiter bei der U-Kasse als „unterdotiert“ zu bezeichnen ist. Die festgestellten finanztechnischen Defizite werden dann faktisch mit dem vom GGF angesparten Alters-Vorsorge-Vermögen ausgeglichen. Und wenn dann noch etwas von dem Vermögen des GGF bei der U-Kasse übrig bleibt, dann ergibt sich das Schicksal dieses Geldes aus Satzung und Leistungsplan der U-Kasse. Auch hier hat es derjenige leichter, der des Lesens der Details kundig ist.

#### GGF-Versorgung geht an die Caritas:

In zahlreichen U-Kassen-Satzungen steht, dass das „restliche“ Vermögen an eine karitative Organisation gehen soll. Was nicht selten fehlt, ist eine Regelung, dass das (wenige?) restliche Vermögen aus der U-Kassen-Deckung des GGF an ihn als die so genannte versorgungsberechtigte Person gehen soll. Dem GGF bleibt der sprichwörtliche Blick „durch das Ofenrohr ins Gebirge“. Es verwundert nicht, wenn der Versicherungs-Vertriebsleiter einer großen U-Kasse sagt, dass noch nie ein Insolvenzverwalter Geld von ihm bekommen habe – das Geld bekam aber auch niemals der GGF für seine Versorgung?

#### GGF-Versorgung für den Insolvenzverwalter:

Und wenn es einmal anders wäre, also die U-Kassensatzung vorsieht, dass der GGF zumindest einen Teil seiner Altersversorgung in der Insolvenz seiner GmbH bekommen könnte, dann steht der Insolvenzverwalter bereits vor der Tür, und hält beide Hände auf. Der Insolvenzverwalter wird üblicher-

weise Ansprüche aus Insolvenzverschleppung usw. geltend machen – und wieder schaut der GGF „ins bayerische Vor-alpenland“. Ihm bleibt dann ja noch der Gang zum Sozialamt.

#### Lösungen über das Ausland:

Ja, im Ausland gibt es eine andere Sozialpolitik, etwa das „Insolvenzprivileg“ für Lebensversicherungen (belegt vom hiesigen Minister mit einem Werbeverbot im Inland) oder etwa eine Unpfändbarkeit für Vermögen zur rentenmäßigen Altersvorsorge. Der Blick in das vereinte Europa zeigt, dass mancher Unternehmer „am deutschen Rechtswesen“ nicht genesen würde. Damit verlagert mancher Mittelständler dann gerne einen Teilbetrieb ins Ausland – während hierzulande die Arbeitslosigkeit steigt: Leistung soll sich wieder lohnen? Wird die weniger werdende Arbeit durch Arbeitszeitverlängerungen gerechter verteilt?

#### Reparaturbedarf:

Derartige „nichtige“ Vereinbarungen einer Entgeltumwandlung zu reparieren, darf nicht bedeuten „den Teufel mit dem Belzebug“ auszutreiben. Den Produktgebern und den externen Versorgungsträgern steht eine Milliardenhaftung ins Haus. Wie das Bundesarbeitsgericht entscheiden wird, hat der vorsitzende Richter klipp und klar voraus gesagt. Es steht zu befürchten, dass die U-Kasse aus Ratingen – bei einer Rückabwicklung nichtiger Verträge auf Drängen der „betrogenen“ Mitarbeiter – nicht der einzige U-Kassen-Insolvenzfall bleiben wird. Die getäuschten Vermittler stehen hier auch in der Verantwortung. – Wer wird am Ende wessen Insolvenzrisiko ausbaden? In der Praxis wird es darauf hinauslaufen, wie es der Volksmund formuliert „Wer zuerst kommt, malt zuerst“.

## The never-ending Story: Die Umsetzung der Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie nimmt kein Ende

Rechtsanwältin Claudia Voggenteiler, Berlin

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das im Bundestag und Bundesrat am 30. Juni 2006 und 7. Juli 2006 verabschiedet wurde, sollte ursprünglich zum 1. August 2006 in Kraft treten. Es wurde dem Bundespräsidialamt jedoch erst am 28. Juli 2006 zugeleitet, zu einem Zeitpunkt also, zu dem klar war, dass eine Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt zum 1. August 2006 nicht mehr möglich sein würde. Nun weilt der Bundespräsident im Urlaub, so dass noch nicht absehbar ist, wann das Gesetz in Kraft tritt. Begründet wurde diese verzögerte Zuleitung des Gesetzes mit „bürokratischen Hemmnissen“.

Das AGG verbietet in seinem arbeitsrechtlichen Teil die Diskriminierung von Arbeitnehmern wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Behinderung, der sexuellen Identität, der Religion oder Weltanschauung und wegen des Alters. Sein sachlicher Geltungsbereich erstreckt sich von der Vertragsanbahnung (Stellenanzeige, Bewerberauswahl) über das laufende Arbeitsverhältnis bis hin zu dessen Beendigung und wirkt auch noch nach Beendigung fort, sofern die rechtlichen Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien ebenfalls noch nachwirken, wobei das

Betriebsrentengesetz allerdings vom Anwendungsbereich des AGG ausgeschlossen wurde.

Gewissermaßen in allerletzter Minute vor der Verabschiedung des Gesetzes hat der Rechtsausschuss des Bundestages in seiner Beschlussempfehlung vom 28. Juni 2006 noch einige wenig durchdachte Änderungen vorgenommen, die erhebliche Nachbesserungen erwarten lassen.

So wurden etwa Kündigungen europarechtswidrig vom Anwendungsbereich des AGG ausgenommen mit der Folge, dass Kündigungen, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, entweder wie bisher lediglich einer Willkürkontrolle zu unterziehen sind – damit wären die hiervon betroffenen Arbeitnehmer bei benachteiligender Kündigung weniger geschützt als abgelehnte Bewerber in gleicher Situation – oder die Gerichte wenden das AGG in europarechtskonformer Auslegung auf Kündigungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes an, mit der Folge, dass Kündigungen, für die das Kündigungsschutzgesetz nicht gilt, über das AGG einen höheren Schutz genießen als Kündigungen im Rahmen des Kün-

digungsschutzgesetzes – ein klarer Wertungswiderspruch zu dem mit § 23 KSchG bezweckten Schutz von Kleinbetrieben.

Das neue Gesetz enthält durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zudem auch einige redaktionelle Fehler. Hervorzuheben ist im arbeitsrechtlichen Teil die ursprünglich geplante prozessuale Einbindung von Antidiskriminierungsverbänden als Beistände und Prozessbevollmächtigte. Das Recht der Verbände, als Prozessbevollmächtigte aufzutreten, wurde in den materiellen Regelungen des AGG mit der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zwar gestrichen, eine entsprechende Änderung des § 11 ArbGG aber nicht veranlasst. Materielles Recht und prozessuales Recht fallen somit auseinander.

Die Bundesregierung hat daher bereits angekündigt, ein Korrekturgesetz zu erlassen, das entweder zeitgleich oder kurz nach dem AGG in Kraft treten wird. Welche Änderungen mit diesem Korrekturgesetz im Einzelnen beabsichtigt sind, ist derzeit noch nicht bekannt.

## Warnung vor dem vagabundierenden Rechthaber

*Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig*

Wenn Sie das nicht selber kennen, liebe Kolleginnen und Kollegen, dürfen Sie sich der Schadenfreude uneingeschränkt hingeben. Aber sollten auch Sie gefährdet sein, gilt es aufzupassen:

### Das Mandat:

Ein Mandant kommt zu Ihnen und erklärt, er möchte auf jeden Fall über eine Nichtzulassungsbeschwerde die Zulassung der Revision gegen ein Urteil des Landesarbeitsgerichts erwirken. Im weiteren Verlauf des Gesprächs legt er Ihnen auch das Urteil des Landesarbeitsgerichts vor und dazu noch mehrere Ordner an Verfahrensunterlagen mit dem Bemerken, im Zweifel wolle er auch bis zum Europäischen Gerichtshof, dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte etc. gehen. Sie fragen, warum er sich nicht von dem Kollegen, der ihn vor dem Landesarbeitsgericht vertreten hat, weiter vertreten lasse: 1. habe der verloren, 2. unsauber gearbeitet und 3. habe er gesagt, dass die Nichtzulassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg habe. Auch mehrere andere Kollegen, die zwischenzeitlich konsultiert wurden, haben ersichtlich entsprechende Auskünfte erteilt. Noch etwas für's Ego: Nun sei man ja beim Spezialisten.

Spezialist hin oder her, der Fristablauf steht unmittelbar bevor. Erfolgsaussichten für die Nichtzulassungsbeschwerde können Sie bei einer ersten oberflächlichen Prüfung, im Gespräch mit

dem Mandanten nicht erkennen; auch die äußeren Umstände deuten darauf hin, dass Sie es mit einem Rechthaber zu tun haben, der sich durch nichts belehren lassen wird. Sie weisen den Mandanten auf beide Gesichtspunkte, vor allem aber darauf hin, dass Sie die Nichtzulassungsbeschwerde nur erheben werden, wenn Sie Ansätze für eine erfolgreiche Begründung sehen. Dies wollen Sie vorsorglich noch eingehend prüfen. Die Prüfung können Sie sich nicht ersparen, denn in der Eile des Gesprächs könnte durchaus ein relevanter Gesichtspunkt übersehen worden sein. Und: Der Mandant könnte ja auch ein „Anwaltstester“ sein – man will sich schließlich nicht blamieren.

Der Mandant ist weg, Sie prüfen, Ihr geplanter Arbeitsablauf gerät durcheinander – aber schließlich läuft die Frist am nächsten Tag ab. Die Nichtzulassungsbeschwerde lässt sich nicht begründen. Sie teilen dies dem Mandanten mit und erteilen ihm Rechnung. Der Mandant zahlt nicht. Klage.

### Das Urteil:

Auf Ihre Vergütungsklage hin erklärt Ihnen das Amtsgericht das Zustandekommen des Anwaltsvertrages:

*„Eine Annahme liegt aber noch nicht darin, dass der Rechtsanwalt sich von der Partei, die ihm einen Auftrag erteilen will, eine Darstellung des Sachverhalts geben lässt, wenn er erst nach*

*Kenntnis des Sachverhalts entscheiden will, ob er den Auftrag annimmt oder nicht. Vielmehr liegt eine Annahme des Vertragsangebotes in diesem Falle erst dann vor, wenn er zu erkennen gibt, dass er den Auftrag annehmen will.“ Hier lautete der Auftrag des Beklagten „eindeutig, die Nichtzulassungsbeschwerde zu begründen“. Ob dieser Auftrag durchführbar war, konnte der Kläger erst nach Schilderung des Sachverhalts sowie Sichtung der Unterlagen entscheiden und zwar mit negativem Ergebnis. Die Frage, ob der Auftrag überhaupt angenommen wird, setzt also die Prüfung der Angelegenheit voraus. Unter diesen Umständen kann die bloße Entgegennahme von Unterlagen und einer Sachverhaltsschilderung nicht als schlüssige Angebotsannahme gewertet werden. Selbst wenn man unterstellt, dass zwischen den Parteien am 13.10.2004 ein Anwaltsvertrag zustande gekommen wäre, ist ein Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Anwaltshonorars gemäß §§ 611, 675 BGB nicht gegeben. Der zugunsten des Klägers entstandene Gebührenanspruch wäre dann gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. BGB entfallen. Nach dieser Vorschrift steht dem Verpflichteten (hier: Kläger) ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil (hier: Beklagter) kein Interesse haben, wenn der Verpflichtete kündigt, ohne durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils dazu veranlasst zu sein. Die Kündigung des Mandats durch den Kläger liegt in der Ablehnung der Durchführung des erteilten Auftrags und der Rückgabe der Unterlagen, die nicht durch ein vertragswidriges Verhalten des Beklagten bedingt wurde. Infolge der Kündigung hatte die bis dahin von dem Kläger erbrachte Leistung für den Beklagten kein Interesse bzw. keinen Wert. Der Beklagte wollte unstreitig auf jeden Fall das Rechtsmittelverfahren durchführen und hatte den Kläger daher beauftragt, die Nichtzulassungsbeschwerde zu begründen. Nachdem der Kläger die Fertigung der Beschwerdebegründung abgelehnt hatte, hat der Beklagte nach seinem unwidersprochenen Vortrag (Schriftsatz vom 01.11.2005, S. 2, 4. Absatz) einen anderen Rechtsanwalt mit der Durchführung des Rechtsmittelverfahrens beauftragt, so dass ein Interessenwegfall i.S.v. § 628 Abs. 1 BGB gegeben und ein Honoraranspruch damit entfallen ist.“ (Amtsgericht Leipzig v. 02.12.2005 – 104 C 8377/05 –)*

Es ist regelmäßig so: Wenn schon ein Jurist den Argumentationsersatz von der „Eindeutigkeit“ verwendet, liegt garantiert keine solche vor. Auch in diesem Falle war der Auftrag alles andere als „eindeutig“. Aber hier lag das zu lösende Rechtsproblem: Ist der Anwaltsvertrag nur damit zu erfüllen, dass man selbst unsinnige Verfahrensschritte auf Wunsch des Mandanten einleitet oder hat es für den – vernünftigen – Mandanten Wert, wenn ihm vom Anwalt davon aus materiell- oder prozessrechtlichen Gründen abgeraten wird? Beinhaltet nicht jeder Auftrag zum Betreiben eines Rechtsmittels/Rechtsbehelfs notwendiger Weise auch die Mandatierung zur Prüfung der Erfolgsaussichten? Regressgefahr wäre jedenfalls – mit und ohne „eindeutiges“ Mandat gegeben.

Ach so, es bleibt nachzutragen, dass der Beklagte sich gegen die Gebührenforderung unter Hinweis darauf verteidigte, die – wie sich herausstellte zahlreichen – Anwälte, die er vorher konsultiert habe, und die allesamt nach Prüfung mitgeteilt hatten, die Nichtzulassungsbeschwerde habe keine Aussicht auf Erfolg, sodass sie diese nicht ausführen würden, hätten keine Vergütung verlangt. Ersichtlich hat dies unseren „Rechtshaber“ ermuntert, solange die Zeit von Anwälten zu stehlen, bis einer das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren betreibt.

#### Kann man lernen?

- Neu ist die Erkenntnis nicht, dass man bei Mandanten, von denen man erfährt, dass sie bereits bei anderen Kollegen waren, äußerst vorsichtig sein sollte. Es empfiehlt sich möglichst eine kollegiale Abstimmung mit vorher konsultierten Kollegen.
- Definieren Sie, bereits nach dem einführenden ersten Satz des Mandanten (siehe oben), das Mandat: Zuerst kommt die Prüfung der Erfolgsaussicht des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs gemäß Nr. 2200 ff. VV RVG, danach die Durchführung des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs. Wenn Sie dies nicht beweisen können, hilft es Ihnen nichts – also möglichst schriftlich und mit Zeugen. Ich weiß, dies ist praxisfern – aber welche Kenntnis anwaltlicher Praxis hat ein Richter und wenn er sie einmal haben sollte, kann er sie berücksichtigen?
- Vereinbaren Sie die Vergütung für die Beratung schon zu Beginn des Gesprächs in nachweisbarer, schriftlicher Form.
- Nehmen Sie Vorschüsse, vor allem bei Mandanten, die vorher schon bei Kollegen waren.
- Und vielleicht sollten Sie auch nicht verschämt über Ihre „Ungeschicklichkeit“ schweigen, schon gar nicht die Sache auf sich beruhen lassen. Weisen Sie im Gebührenprozess den Richter darauf hin, dass vor jeder Ausführung eines Rechtsmittels auch die Prüfung der Erfolgsaussichten steht. Es obliegt der juristischen Kompetenz und Seriosität des Anwalts sich bei sich erweisender Nichtbegründbarkeit auf die Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels/Rechtsbehelfs zu reduzieren (vgl. OLG Celle v. 07.01.1987 – 3 U 31/86 –; BGH v. 08.12.1983 – I ZR 183/81 –; OLG Düsseldorf v. 16.12.1971 – 8 U 57/71 –). Das ist immer noch besser, als nach zeitaufwändiger und sachgerechter Prüfung dem Verlangen des Mandanten nachzukommen, auch ein aussichtsloses Rechtsbehelfsverfahren zu betreiben.

#### Zum Schluss:

Spenden sind nicht erforderlich. – Der Vergütungsausfall lässt sich eher verschmerzen als das Gefühl, auch nach vielen Berufsjahren auf einen vagabundierenden Mandanten hereingefallen zu sein.

# Irrtümliche Sozialversicherungsbeiträge: Trotzdem kein Arbeitslosengeld und keine Rente?

**Fachleute schätzen: Über 1,5 Mio. Angehörige als Arbeitnehmer falsch versichert!**

Rechtsanwalt Johannes Fiala, München

Das Rechtssystem wird von Jahr zu Jahr komplizierter, auch in der Sozialversicherung. Der Bereich von Lohnsteuer und Sozialversicherung dürfte heute etwa so komplex sein, wie die Besteuerung der GmbH. Fachleute fragen sich, ob die Komplexität das Rechtssystem bereits bis zur Grenze der Verfassungswidrigkeit geführt hat?

## Beiträge bezahlt – dennoch keine Leistung:

Wer Sozialversicherungsbeiträge bezahlt, ist weder sicher vor den Risiken geschützt, für welche Beiträge bezahlt werden, noch ist gewiss dass im Notfall auch Leistungen bezahlt werden. Aus der Sicht des Bürgers handelt es sich oft um eine Pflicht, Beiträge zu bezahlen – aber der Staat schützt den Bürger nicht vor Irrtümern und Enttäuschungen. Fachleute schätzen die „nicht anspruchsberechtigten“ Beitragszahler auf 1,5 – 1,8 Mio. Arbeitnehmer.

## Typischer Fall:

Die gelernte Steuerfachangestellte S. arbeitet in der GmbH ihres Ehemannes mit. Als sie arbeitslos wird, verweigert ihr die Arbeitsagentur die Leistungen. Sie steht ohne Versorgung für den Notfall einer Arbeitslosigkeit da. Erstaunlich findet sie, dass jahrelang die Beiträge kassiert wurden und auch bei Betriebsprüfungen alles in Ordnung war.

## Soziale Rechtsprechung?

Das Bundessozialgericht hat durch seine Entscheidung vom 28.04.1987 (Az. 12 RK 47/85) die Leitlinie vorgegeben, welche der Arbeitnehmer als wenig fürsorglich empfindet.

- Die Sozialversicherung bildet sich in der Praxis dann eine Meinung, ob der Arbeitnehmer „richtig“ versichert war, sobald der Notfall eingetreten ist – dann kann die Leistung verweigert werden.
- Allein die Zahlung von Beiträgen, sowie die erst später erkannte „Unrichtigkeit“ einer Anmeldung des Mitarbeiters beim Sozialversicherungssystem, begründet keinen Anspruch auf Leistungen der Sozialversicherung.
- Der Mitarbeiter hat dann (oft erst auf weiteren Antrag) allenfalls einen Anspruch auf Beitragserstattung – jedoch nur für nicht bereits verjährte Ansprüche.
- Auch an die Feststellungen der üblicherweise alle vier Jahre im Unternehmen stattfindenden Betriebsprüfungen ist die Sozialversicherung nicht gebunden. Es gibt also keinen Vertrauensschutz und keine faktische Härteklause.

## Unsoziale Praxis

Der Arbeitnehmer gerät im Leistungsfall auch leicht zwischen die Fronten. So ist es denkbar, dass die gesetzliche Krankenkasse eine andere Einschätzung als Rechtsmeinung vertritt als der Deutsche Rentenversicherung Bund. Dies kann nicht nur generell der Fall sein, sondern auch hinsichtlich der Frage, seit wann ein Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig oder eben nicht ist bzw. war. Damit nicht genug, denn wenn etwa durch einen Wechsel der Krankenversicherung unterschiedliche Zeitabschnitte zu beurteilen sind, können verschiedene Krankenkassen ebenso verschiedene Entscheidungen zur Beitragspflicht oder hinsichtlich eines Antrags auf Erstattung von Beiträgen mitteilen.

## Es geht um viel Geld:

In Erstattungsfällen können durchaus 100 bis 300 TEUR an bereits von Arbeitgeber und Mitarbeiter gemeinsam bezahlten Beiträgen auf dem Spiel stehen. Die Praktiker beklagen, dass die Verfahren zum Teil „ewig“ dauern. Dabei gibt es zahlreiche Fallen für die Berater, denn die Verhältnisse können sich unter dem Jahr ändern – dann kann auch für den einmal befreiten Mitarbeiter wieder Sozialversicherungspflicht eintreten.

Dies hat Konsequenzen für die private Altersversorgung, denn eine wirkliche Planungssicherheit für längerfristigen privaten Kapitalaufbau scheint nicht zu bestehen.

## Gesetzgeber gefordert:

Die Fälle in der Praxis werfen die Frage auf, nach welcher Gerechtigkeitsformel der Gesetzgeber sich das gedacht hat? Im Zivilrecht würde der Bürger sein Geld zurück verlangen, wenn er keine Leistung bekommt – die teilweise kurze Verjährung von vier Jahren beschneidet diese Möglichkeiten in der Sozialversicherung und bringt den Steuerberater in eine Haftung, obgleich auch er sich schwer tut, eine Rechtssicherheit zu garantieren.

Für den Mitarbeiter, wenn er zu den geschätzten 1,5 bis 1,8 Mio. Betroffenen gehört, stellt sich das System der Feststellung seiner Sozialversicherungspflicht ähnlich dar, wie ein Lotto-System. Die Verunsicherung bei den Betroffenen sollte bald ein Ende haben.



## Mitteilungen aus der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV: Koordinierungsstelle für Gebührenprobleme mit Rechtsschutzversicherungen geschaffen!

Auf der 50. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV im September 2005 in Berlin leitete der Verfasser einen Workshop zum Thema „Rechtsschutzversicherungen und Kosten im Arbeitsrecht“.

Großen Zuspruch fand seine These, Rechtsschutzversicherungen könnten berechtigten Gebührenansprüchen nur deshalb so erfolgreich entgegenzutreten, weil der Aufwand eines Gebührenprozesses gegen den Rechtsschutzversicherer für den einzelnen Anwalt oft mit mehr Aufwand verbunden ist, als es die verweigerte Gebühr wert ist. Auf diese Weise geht unnötigerweise eine große Summe an Gebührenaufkommen verloren. Hieraus entstand die Idee, die Kollegen aus der Arbeitsgemeinschaft in solchen Problemfällen so zu unterstützen, dass sie ihre berechtigten Ansprüche auch mit angemessenem Aufwand durchsetzen können. Außerdem wurde der Hoffnung Ausdruck verliehen, mit einer zentralen Stelle, die sich auf umfangreiches erarbeitetes Rechtsschutzmaterial stützt, entstünde den Rechtsschutzversicherern ein ernsthafter Gegner, dessen Einschalten allein bereits zu akzeptablen Ergebnissen führen könnte.

Der Vorstand der Arbeitsgemeinschaft hat sich nun entschlossen, einer solchen Zentralstelle Geburtshilfe zu leisten und damit den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft eine weitere Dienstleistung zur Verfügung zu stellen, die hoffentlich häufig genutzt wird und so auch das angestrebte Ziel erreichen kann. Die Koordinierungsstelle ist aus Vereinfachungsgründen (Zusammenführung von Entscheidungen und Vereinheitlichung von Ansprechpartnern) bei der AE angesiedelt. Für die Dauer eines Jahres, beginnend mit dem 1. Oktober 2006, wird die Koordinierungsstelle aus Mitteln der Arbeitsgemeinschaft pauschal vergütet. Jedes Mitglied, das Probleme bei der Durchsetzung von berechtigten Gebührenansprüchen gegen Rechtsschutzversicherer hat, kann sich an die Koordinierungsstelle wenden. Die Koordinierungsstelle wird die vorzulegenden Unterlagen prüfen, sich im Falle einer positiven Bewertung für den Anspruchsteller als Anwalt bei der jeweiligen Rechtsschutzversicherung melden und die Ansprüche nochmals geltend machen. Notfalls wird der Anspruch auch eingeklagt.

Die Tätigkeit des Anwalts der Koordinierungsstelle sowohl bei der außergerichtlichen als auch bei der gerichtlichen Tätigkeit ist für das anspruchstellende Mitglied kostenlos! Das Mitglied hat lediglich Gerichtskosten und Auslagen zu zahlen. Lediglich dann, wenn der Anspruch entgegen der vorherigen Einschätzung abgewiesen wird, was in Ansehung der zersplit-

terten Rechtslandschaft und der überwiegenden ausschließlichen Zuständigkeit von Amtsgerichten nie ausgeschlossen werden kann, trägt der anspruchstellende Anwalt letztlich auch die gerichtlichen Kosten und die außergerichtlichen der Rechtsschutzversicherung. Der Vorstand setzt allerdings darauf, dass das Auftreten der Koordinierungsstelle die Zahl der Prozesse verringert. Die Koordinierungsstelle behält sich natürlich das Recht vor, auch Vergleiche zu schließen, die Entscheidungen erübrigen. Dem anspruchstellenden Anwalt verbleibt dann, was an Gebührenanspruch durchsetzbar ist. Kosten hat er nach dem Vorgesagten weitgehend nicht zu tragen.

Die Koordinierungsstelle ist eine Solidarinstitution der Arbeitsgemeinschaft. Zur Vermeidung von Kosten und Steigerung der Effizienz wird die Koordinierungsstelle darauf angewiesen sein, im Falle sicherlich seltener Gerichtstermine auf die Mitwirkung von am Gerichtsort ansässigen Kollegen zurückgreifen zu können. Von ihnen wird erwartet, dass sie sich dem Solidaritätsgedanken anschließen, was etwaige Gebührenforderungen für die Terminswahrnehmung betrifft. Natürlich wird die Koordinierungsstelle versuchen, diesen Aufwand durch Streuung für die am Gerichtsort ansässigen Kollegen gering zu halten.

Ab 1. Oktober 2006 können Sie sich also im Bedarfsfall wenden an:

### **AE Koordinierungsstelle für Rechtsschutzprobleme**

c/o Rechtsanwalt Thomas Zahn, LL.M.

Budapester Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030 / 254 591 – 70

Fax: 030 / 254 591 – 66

u.koehler@advocati.de

Machen Sie von diesem Angebot ohne zu zögern Gebrauch. Sollte sich nach einem Jahr Erprobungszeit herausstellen, dass kein Bedarf bestand, wird die Koordinierungsstelle wieder eingestellt. Sollte der Bedarf den Erwartungen entsprechen, wird der Vorstand prüfen und der Mitgliedschaft ggfs. zur Entscheidung vorlegen, ob aus der Koordinierungsstelle eine Dauerinstitution neben der Arbeitsgemeinschaft zu führen ist.

Wir wünschen allen Mitgliedern viel Erfolg!

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

## Glosse: Bildung in Sachsen oder wie schön ist kreatives Verwaltungshandeln (Entscheidung Nr. 329)

Üblicherweise werden Lehrer in Sachsen nicht verbeamtet. Dieser Status ist einzig Schulleitern vorbehalten. Üblicherweise wird das Beamtenverhältnis eines Landesbeamten als automatisch beendet angesehen, wenn er in ein Beamtenverhältnis zu einem anderen Dienstherrn übertritt (z. B. *Germelmann/Binkert*, PersVG Berlin, 2. Aufl. 2002, § 86 Rn 51). Üblicherweise wird der Übertritt vom aufnehmenden Land nur akzeptiert, wenn eine offene Stelle notwendig zu besetzen ist und dann für diese Stelle. Was aber, wenn die tatsächlich zu besetzende Stelle üblicherweise nicht zu den Beamtenstellen gehört, der Interessent aber eine Beamtenstelle will und Ehefrau eines Ministers des Landes ist?

Dann ist kreatives Verwaltungshandeln gefragt! Man erkläre zunächst den Übertritt von einem Land (Schleswig-Holstein) in das andere (Sachsen) zur Versetzung und nicht zur Entlassung und Einstellung. Das spart (mit Billigung des Verwaltungsgerichts Dresden) die Mitbestimmung des Personalrats. Man verstoße gegen die Mitwirkungsrechte des Personalrats, damit der Vorgang (bis die Presse davon Wind bekommt) möglichst lange unbekannt bleibt. Man versetze den Bewerber „aus haushaltsrechtlichen Gründen“ auf die (besetzte) Stelle einer jedenfalls stellvertretenden Schulleiterin, die er aber nicht ausüben soll, und ordere ihn dann zu einem Staatsinstitut für Bildung ab. Chapeau! (*me*)

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>	Seite	Seite	
248. Abfindung, Masseverbindlichkeit	166	264. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Haushaltsvorgabe, europarechtliche Beschränkung der Sonderrechte des öffentlichen Dienstes	177
249. Altersteilzeit, Freistellungsphase, Ausgleich für nicht gewährte Privatnutzung des Dienstfahrzeuges, Gleichbehandlungsgrundsatz, konkludenter Widerruf der Privatnutzung, billiges Ermessen	166	265. Berufung, Zulässigkeit, Elternzeit, vorzeitige Beendigung, Teilzeitarbeitsverhältnis während der Elternzeit, Ankündigungsfristen, Fürsorgepflicht, Härtefall, Erziehungsgeld	177
250. Annahmeverzug, böswilliges Unterlassen einer zumutbaren Arbeit, vier Stunden Arbeitsweg pro Tag nicht zwingend unzumutbar	168	266. Betriebliche Altersversorgung, Auslegung einer Anpassungsklausel	179
251. Annahmeverzug, Abweisung eines Weiterbeschäftigungsantrages, vergangenheitsbezogener Feststellungsantrag, Rechtsschutzinteresse	168	267. Betriebsübergang, Beschäftigungsanspruch, formelle Voraussetzungen, Nachweis des Betriebsübergangs einer Steuerberatungsgesellschaft	179
252. Annahmeverzugslohn, Auskunft über anderweitige Einkünfte, Umfang der Erklärungspflicht	168	268. Betriebsübergang, Haftung als notwendiger Informationsgegenstand, Recht zum Widerspruch nach vollständiger Unterrichtung, Verwirkung	180
253. Arbeitgeberhaftung, Durchgriffshaftung auf früheren Gesellschafter	169	269. Direktionsrecht, Versetzung, Vorbildung, Fähigkeiten, Gleichwertigkeit, Weisungsbefugnis, Betriebs-hierarchie, Vorgesetztenfunktion	181
254. Arbeitnehmerhaftung, Dienstfahrzeug, Privatfahrt	171	270. Einstweilige Verfügung, gleichberechtigter Zugang zum öffentlichen Dienst, unzulässige Bewerbungsbeschränkung, Erledigung, Anwaltsbestellung, Kostenerstattungspflicht	181
255. Arbeitnehmerhaftung, Falschbetankung eines Pkw	171	271. Elternzeit, kein Zustimmungserfordernis bei Ausdehnung über die ursprünglich benannte Zeit bis zu drei Jahren	181
256. Arbeitnehmerhaftung von Klinikärzten, Zurückverweisung durch Berufungsgericht, Regress, Darlegungs- und Beweislast, Bestreiten mit Nichtwissen, haftungsausfüllende Kausalität	171	272. Elternzeit, Teilzeit, betriebliche Hinderungsgründe, einstweilige Verfügung	182
257. Arbeitsvertrag, Auslegung, Gehaltsanpassungsklausel, Feststellungsklage, billiges Ermessen bei der Vergütungsbestimmung, Darlegungs- und Beweislast	171	273. Entgeltfortzahlung, Fortsetzungserkrankung, Einheit des Verhinderungsfalles	183
258. Arbeitszeitverringerung, einstweilige Verfügung nur in „Notfällen“	172	274. Entgeltfortzahlung, besonders leichtfertiges Verhalten als Ursache eines Verkehrsunfalls	184
259. Aufhebungsvertrag, Anforderungen an die Schriftform, Treu und Glauben, widersprüchliches Verhalten	173	275. Mobbing, Abmahnung als Mobbing, Heraushebende Maßnahme erforderlich, Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer	184
260. Ausbildungskosten, Rückzahlungsklausel, Nutzlosigkeit der Ausbildung wegen späterer beruflicher Umorientierung, Unkenntnis von Vertragsklauseln	174	276. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Anrechnung des Überbrückungsgelds auf Karenzentschädigung nur monatsbezogen	185
261. Ausschlussfrist, Geltendmachung durch Klageerhebung, Ablehnung durch Klageabweisungsantrag	175	277. Private Nutzung von Internet und Telefon des Arbeitgebers	186
262. Befristung des Arbeitsverhältnisses nach dem Hochschulreformgesetz	175	278. Schadensersatz wegen Betruges – Mithaftung von Gehilfen	186
263. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Gesamtvertretungsbedarf an Schulen, Umfang der Darlegungslast, mittelbare Einzelvertretung	175		

	Seite		Seite
279. Schadensersatz; Hinweispflichten des Arbeitgebers	186	297. Betriebsbedingte Kündigung, soziale Auswahl, Leistungsträger	191
280. Sozialauswahl, Berechnung der Betriebszugehörigkeit	186	298. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Bedeutung der Rentennähe	192
281. Verfallklausel, Ausschlussfrist, Verwirkung durch Abrechnungserteilung	186	299. Betriebsbedingte Kündigung, keine Betriebsstilllegung bei Betriebsübergang nach Insolvenz auf einen „gemeinsamen Betrieb“ (Aufspaltung des bisherigen Betriebs) durch zeitlich begrenzte Abwicklungsarbeiten	192
282. Vertragsstrafenabrede	187	300. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungslast des Arbeitgebers, Aufnahme des Verfahrens nach Unterbrechung durch Insolvenz	192
283. Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklausel	187	301. Betriebsratsanhörung im Allgemeinen und bei Interessenausgleich mit Namensliste	193
<b>Kündigungsschutzrecht</b>		302. Betriebsratsanhörung, Mitarbeitervertretung in der evangelischen Kirche Deutschland, Wiederholung einer Kündigung	195
284. Abfindungshöhe	188	303. Betriebsübergang, Fortbestand der Passivlegitimation des Betriebsveräußerers, Streitverkünder, abweichender Sachvortrag	196
285. Abwicklungsvertrag, Unterschied zum Aufhebungsvertrag, Schriftform, vorfristige Kündigung des Arbeitnehmers, Einverständnis des Arbeitgebers	188	304. Krankheitsbedingte Kündigung, negative Zukunftsprognose	196
286. Allgemeiner Feststellungsantrag zum Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses, kein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich (gegen BAG)	188	305. Kündigung wegen Betriebsstilllegung, konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht?	196
287. Änderungskündigung vor Beendigungskündigung	188	306. Kündigungsschutzklage, Klageverzicht erst nach Kündigung zulässig	196
288. Änderungskündigung, fristgerecht mit vorfristiger Änderung des Arbeitsplatzes	188	307. Massenentlassung, richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 ff. KSchG, Vertrauensschutz für den Arbeitgeber	197
289. Änderungskündigung, außerordentliche und ordentliche zur Vereinheitlichung von Vergütungsbedingungen	189	308. Nachträgliche Klagezulassung, Fehler eines gewerkschaftlichen Vertrauensmannes	197
290. Auflösende Bedingung, Versetzungsklausel	189	309. Nachträgliche Klagezulassung, Postbeförderungszeit, Erkundigungspflicht	197
291. Auflösungsantrag des Arbeitgebers, Leiter der internen Revision, mangelnde Eignung bei Verkennerung der Sorgfaltspflichten	190	310. Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, Beweiswert der eigenen eidesstattlichen Versicherung	197
292. Außerordentliche Kündigung, verhaltensbedingt, Beleidigung durch Betriebsratsmitglied als „Sklaventreiber“, § 103 BetrVG, Bedeutung einer Entschuldigung	190	311. Personalratsanhörung; Beratungspflicht, Zeitraum zwischen Anhörung und Kündigungsausspruch; vorsorgliche Beteiligung des Integrationsamtes; soziale Auswahl; Punkteschema und Schwerbehinderung; Erhöhung des Behindertengrades nach Widerspruch	198
293. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers, Massenentlassung und Europarecht	191	312. Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte auch nach rückwirkender Feststellung der Schwerbehinderung	198
294. Betriebsbedingte Kündigung, Insolvenz, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Vergleichbarkeit	191		
295. Betriebsbedingte Kündigung, Stilllegung, Insolvenz, kein Betriebsübergang durch Rekonstruktion des stillgelegten Betriebes	191		
296. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsübergang oder Betriebsstilllegung, Darlegungs- und Beweislast	191		

	Seite		Seite
313. Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte auch nach rückwirkender Feststellung der Schwerbehinderung	198	329. Sächsisches PersVG, Mitbestimmung bei länderübergreifender Versetzung von Beamten	204
314. Sozialauswahl, nachvollziehbare Bildung von Vergleichsgruppen, Sanierungsmaßnahme Landesbank Berlin	199	<b>Tarifrecht</b>	
315. Verhaltensbedingte Kündigung	200	330. Eingruppierung, konstitutiver Vorgang, kein bestätigender Akt des Arbeitgebers erforderlich	205
316. Verhaltensbedingte Kündigung, Leistungsmängel, Niederlassungsleiter, Abmahnung, Autokostenschutz, Freistellung, Verzugszinsen	200	331. Eingruppierung, Merkmal der selbständigen Leistung, Durchführung von Geschwindigkeitsmessungen erfordert keine „selbstständige Leistung“	205
317. Verhaltensbedingte Kündigung, Wettbewerbsverbot, Vorbereitungshandlungen zulässig	200	332. Gleichstellungsabrede, dynamische Bezugnahme Klausel, Anwendung der Mantel- und Lohntarifverträge für die Arbeitnehmer der Niedersächsischen Metallindustrie	205
318. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, einstweilige Verfügung auf Entbindung, offensichtlich unbegründeter Widerspruch des Betriebsrates	200	333. Gleichstellungsabrede, Zuwendung, Rückwirkung	205
<b>Betriebsverfassungs- / Personalvertretungsrecht</b>		<b>Sonstiges</b>	
319. Betriebsrat, Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Reisezeiten unterliegen nicht der Mitbestimmung der Arbeitszeit	201	334. Die wegen Kündigung des Arbeitgebers oder wegen gerichtlich ausgesprochener Auflösung des Dienstverhältnisses gezahlte Abfindung ist steuerfrei	205
320. Betriebsrat, Schulung	202	335. Anwaltliches Partnerschaftsgesetz, Hinauskündigungsklausel	206
321. Betriebsrat, Schulung	202	336. Aussetzung der Klage auf Annahmeverzugslohn bei anhängiger Berufung im Kündigungsschutzverfahren	206
322. Betriebsrat, Unterlassungsanspruch, Bestimmtheit des Antrages, einstweilige Verfügung, Benachteiligung wegen gewerkschaftlicher Betätigung, Herausgabeanspruch von Überleitungsverträgen nach Betriebsübergang, Verfügungsanspruch auf Unterlassung nach Durchführung	202	337. Kostenfestsetzung Drittschuldnerprozess	207
323. Betriebsrat, Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG	202	338. Prozesskostenhilfe, zur Pflicht der Vermögensverwertung (hier: Lebensversicherung)	207
324. Betriebsratswahl, Veränderung der Wahlbedingungen, einstweilige Verfügung	203	339. Rechtsschutzversicherung, Deckungspflicht für außergerichtliche Tätigkeit vor Kündigungsschutzklage	207
325. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Maßstab der offensichtlichen Unzuständigkeit	204	340. Rechtsschutzversicherung, Kündigungsschutzklage, Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Tätigkeitsgebühren	208
326. Einstweilige Verfügung auf Entbindung von der Weiterbeschäftigung nach § 78a BetrVG, Verfügungsgrund	204	341. Rechtsweg bei Insolvenzanfechtung	208
327. Personelle Einzelmaßnahme, Eingruppierung eines außertariflichen Mitarbeiters, Zwang zur Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens	204	342. Rechtsweg, Geschäftsführer, Zusammenhangesklage, sic-non-Fall	208
328. Schwerbehindertenvertreter, Teilnahmerecht nur an den Monatsgesprächen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, Beschlussverfahren, Amtsermittlungsgrundsatz und Behauptung „ins Blaue“	204	343. Rechtsweg, Arbeitnehmerstatus, Rechtsanwältin als arbeitnehmerähnliche Person	209
		344. Rechtsweg, Handelsvertreter, tatsächliche Einkommenshöhe bestimmend, Streitwert der Beschwerde	210
		345. Rechtsweg, Ansprüche eines Betriebsübernehmers gegen Arbeitnehmer, die vorübergehend bis zum Widerspruch nach § 613a BGB für ihn tätig waren	210

## Allgemeines Vertragsrecht

	Seite		Seite
346. Einstweilige Verfügung; Streitverkündung; Gebühren	211	354. Streitwert, Beschlussverfahren, Betriebsänderung, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung, Streitwertbeschwerde im Beschlussverfahren kostenpflichtig (str.)	214
347. Vollstreckung des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung	211	355. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzungsverfahren gem. § 99 Abs. 4 BetrVG	215
348. Zuordnung zum Stellenpool des Landes Berlin, Feststellungsinteresse	211	356. Streitwert, Beschlussverfahren, Unterlassung von hartnäckigen Mitbestimmungsverstößen	216
349. Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Vergleich auf Erteilung einer Lohnabrechnung, vertretbare Handlung, konkrete Anforderungen an die Vollstreckungsfähigkeit des Titels	212	357. Streitwert, Freistellungsvereinbarung, Nichtanrechnung anderweitigen Verdienstes	216
<b>Streitwert und Gebühren</b>		358. Streitwert, Kündigungsschutzantrag	216
350. Begriff der (einheitlichen) Angelegenheit	213	359. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, mehrere Kündigungen	216
351. Einigungsgebühr nach Vereinbarung über die „Rücknahme“ einer Kündigung im Kündigungsschutzverfahren und anschließende Klagerücknahme; Wiedereinsetzung von Amts wegen bei fehlender Rechtsmittelbelehrung	213	360. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, Bemessung des Vierteljahreseinkommens am Interesse des Arbeitnehmers, Berücksichtigung der Chancen eines Chefarztes/Oberarztes auf Privathonore	216
352. Streitwert bei Ansprüchen aus Annahmeverzug, die mit einer Kündigungsschutzklage zusammen geltend gemacht wurden	214	361. Streitwert, Vergleich mit Hilfsantrag wegen Sozialplanabfindung	216
353. Streitwert, Beschlussverfahren, Feststellung der Fortgeltung einer Betriebsvereinbarung	214		

## Allgemeines Vertragsrecht

### 248. Abfindung, Masseverbindlichkeit

Abfindungsforderungen, die auf einem vor Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Tarifvertrag beruhen und durch eine Kündigung des Insolvenzverwalters ausgelöst werden, sind keine Masseforderungen i. S.v. § 55 Abs. 1 InsO.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 28. April 2005, 5 Sa 1409/04, Rev. eingelegt zum AZ 6 AZR 347/05

### 249. Altersteilzeit, Freistellungsphase, Ausgleich für nicht gewährte Privatnutzung des Dienstfahrzeuges, Gleichbehandlungsgrundsatz, konkludenter Widerruf der Privatnutzung, billiges Ermessen

I. Der Anspruch folgt nicht aus den Firmenfahrzeug-Richtlinien (FFR 2001) der Beklagten.

1. Nach Buchst. A. Ziff. 3 a.E. der FFR 2001 wird dann, wenn ein berechtigter Mitarbeiter aus irgendwelchen Gründen kein Firmenfahrzeug beantragt, an diesen ein Ausgleich gezahlt, der dem Betrag der monatlichen Leasinggebühren entspricht, die ihm für ein Firmenfahrzeug zustehen.

Nach Buchst. A. Ziff. 2 Abs. 2 der FFR 2001 können Anträge auf Beschaffung eines Firmenfahrzeuges aber nur von denjenigen

(berechtigten) Mitarbeitern gestellt werden, die sich zudem in einem unbefristeten und ungekündigten Anstellungsverhältnis befinden.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kläger am 12.09.2000 mit Wirkung ab Oktober 2000 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Altersteilzeitvertrag abgeschlossen hat. Dieser enthält in § 1 Abs. 1 S. 2 die Regelung, dass das Altersteilzeitarbeitsverhältnis ohne Kündigung am 30.09.2006 endet. Damit haben die Vertragsparteien wirksam – wie bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis üblich – eine Befristung vereinbart. Bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis handelt es sich grundsätzlich um ein befristetes Vertragsverhältnis, das mit Ablauf der vereinbarten Laufzeit enden soll, so dass für den Vertrag Schriftform erforderlich ist (DLW/Hoß, D/Rz 2859 u. 2882).

Damit ist die weitere Voraussetzung für die begehrte Ausgleichszahlung nach Buchst. A. Ziff. 2 2. Abs. FFR 2001, nämlich das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnis, nicht erfüllt.

2. Ein anderes Ergebnis folgt auch nicht daraus, dass die Beklagten dem Kläger trotz der Regelung in Buchst. A. Ziff. 2 2. Abs. FFR 2001 unstreitig auch in der Arbeitsphase seines – befristeten – Altersteilzeitarbeitsverhältnisses einen Dienstwagen zur Verfügung gestellt hat.

Allein der Umstand, dass die tatsächliche Handhabung insofern von dem Wortlaut der Firmenfahrzeug-Richtlinien ab-

weicht, rechtfertigt keine andere Auslegung der FFR 2001. Sie begründet entgegen dem eindeutigen Wortlaut der FFR 2001 keinen Anspruch auf die grundsätzliche Gestellung eines Dienstwagens auch im befristeten Altersteilzeitarbeitsverhältnis. Schon gar nicht kann darauf geschlossen werden, dass die Beklagte sich dazu verpflichtet hat, dem Kläger auch während der Freistellungsphase der Altersteilzeit einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen.

3. Auch unabhängig von der Frage der Befristung des (Altersteilzeit-)Arbeitsverhältnisses ist die Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger auch in der Freistellungsphase seiner Altersteilzeit einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen.

a) Die Möglichkeit einen Dienstwagen im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch für Privatfahrten nutzen zu können, ist grundsätzlich eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung (Bundesarbeitsgericht vom 23.06.2004 – 7 AZR 514/03 – NZA 2004, 1287).

Vorliegend wurde der Dienstwagen nach den Firmenfahrzeug-Richtlinien auch zur privaten Nutzung überlassen. Da die Dienstwagenüberlassung mithin auch eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung darstellt, konnte sie nur unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen bzw. nicht gewährt werden.

b) Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich mithin um einen Entgeltbestandteil handelt, besteht der geltend gemachte Anspruch indes nicht. Dies ergibt sich gerade bei Berücksichtigung der Grundsätze der Entgeltzahlung in der Altersteilzeit im Blockmodell.

aa) Zutreffenderweise besteht das Wesen der Altersteilzeit darin, dass der Arbeitnehmer seine bisherige Arbeitszeit halbiert. Aus der Halbierung der bisherigen Arbeitszeit folgt grundsätzlich, dass auch die dem Mitarbeiter zustehende Vergütung halbiert wird. Dieses dann entstehende Regelarbeitsentgelt wird nach der gesetzlichen Regelung (§ 3 Abs. 1 Ziff. 1 a AtG) um 20 % aufgestockt.

Richtig ist daher, dass der Arbeitnehmer im Blockmodell während der Arbeitsphase mit seinen vollen Arbeitsleistungen im Hinblick auf die anschließende Freistellungsphase in Vorleistung tritt. Der Arbeitnehmer erarbeitet sich damit im Umfang seiner Vorleistungen zum einen Ansprüche auf die spätere Zahlung der Bezüge und zum anderen einen entsprechenden Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistungspflicht (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 24.06.2003 – 9 AZR 353/02 – AP Nr. 1 zu § 4 TVG, m. w. N.).

bb) Bezüglich der hier in Rede stehenden Ausgleichssumme ist indes zu beachten:

Nicht nur der Kläger hat in der Arbeitsphase der Altersteilzeit seine Arbeitsleistung voll erbracht, sondern auch die Beklagte hat dem Kläger während seiner Arbeitsphase einen Teil seiner Vergütung, nämlich den Entgeltbestandteil „Gewährung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung“ (anders als die übrigen Vergütungsbestandteile) nicht nur anteilmäßig, sondern in vollem Umfang gewährt.

Selbst wenn man daher entgegen der hier vertretenen Meinung davon ausginge, der Kläger hätte trotz des entgegenste-

henden Wortlauts der FFR 2001 auch im befristeten Altersteilzeitarbeitsverhältnis die Gestellung eines Dienstwagens verlangen können, hätte die Beklagte diesen Anspruch durch die ungekürzte und zeitlich uneingeschränkte Zurverfügungstellung des Firmenfahrzeugs in der Arbeitsphase der Altersteilzeit – auch bezogen auf die Gesamtdauer der Altersteilzeit – bereits vollständig gewährt.

II. Der geltend gemachte Anspruch folgt auch nicht aus einer Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Er ergibt sich insbesondere auch nicht daraus, dass die Arbeitnehmer im Altersteilzeitmodell I (Teilzeit) im Gegensatz zu den Arbeitnehmern im Altersteilzeitmodell II (Blockmodell) während der gesamten Dauer der Altersteilzeit einen Dienstwagen gestellt bekommen.

1. Anerkanntermaßen gehört der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz zu den tragenden Ordnungsprinzipien im Arbeitsrecht. Es ist dem Arbeitgeber verwehrt, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen auszunehmen oder sie schlechter zu stellen.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit ist mithin, dass auf Seiten der begünstigten Arbeitnehmer ein kollektiver Tatbestand vorliegt, der Arbeitgeber also nach einem abstrakt generalisierenden Prinzip vorgeht. Demgegenüber wird die Begünstigung einzelner Arbeitnehmer vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht erfasst.

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze, denen die Kammer folgt, liegt kein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

a) In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass der Kläger im vorliegenden Fall gar nicht die Gestellung eines Dienstwagens auch für die Freistellungsphase begehrt. Er macht vielmehr einen Anspruch auf Zahlung einer Ausgleichssumme für die Nichtinanspruchnahme eines Dienstwagens während der Freistellungsphase geltend.

Der Kläger verweist insoweit lediglich auf den Abteilungsleiter H, der sein Firmenfahrzeug vor ca. 1 1/2 Jahren zurückgegeben habe und seitdem die Ausgleichszahlung erhalte. Abgesehen davon, dass der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz eine Besserstellung einzelner Arbeitnehmer gerade nicht verbietet, hat der Kläger auch das weitere Vorbringen der Beklagten, Herr H befinde sich gar nicht in der Altersteilzeit, nicht bestritten.

b) Auch der Umstand, dass die Beklagte den Mitarbeitern nach dem Altersteilzeitmodell I – unstreitig – während der gesamten Altersteilzeit einen Dienstwagen zur Verfügung stellt, rechtfertigt kein anderes Ergebnis.

aa) Vorliegend ist bereits die Ausgangslage der beiden Mitarbeitergruppen unterschiedlich:

Während die Mitarbeiter im Altersteilzeitmodell I während der gesamten Dauer ihrer Altersteilzeit Arbeitsleistungen erbringen und damit den zur Verfügung gestellten Dienstwagen jedenfalls auch dienstlich nutzen, sind die Mitarbeiter im Altersteilzeitmodell II während der Freistellungsphase von der Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistungen vollständig

## Allgemeines Vertragsrecht

befreit. Ein Firmenfahrzeug würde ausschließlich zu privaten Zwecken genutzt.

bb) Selbst wenn man aber davon ausginge, es liege eine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmergruppen in vergleichbarer Lage vor, wäre diese jedenfalls aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Weder aus den Firmenfahrzeug-Richtlinien noch aus den übrigen Vereinbarungen der Parteien ergibt sich ein Anspruch auf die Gewährung eines Dienstwagens ausschließlich zu privaten Zwecken.

Der Grund, den Mitarbeitern im Altersteilzeitmodell I (Teilzeit) anders als den Mitarbeitern im Blockmodell über den gesamten Zeitraum der Altersteilzeit einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen, liegt erkennbar und sachlich gerechtfertigt darin, dass die Mitarbeiter im Altersteilzeitmodell I auch über die gesamte Dauer der Altersteilzeit Arbeitsleistungen erbringen.

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Behauptung des Klägers, häufig stehe gar nicht die dienstliche Nutzung des Fahrzeuges im Vordergrund.

Nach der FFR 2002 kommt es nicht darauf an, wie sich im Einzelfall der tatsächliche Anteil von dienstlicher und privater Nutzung darstellt.

Abgesehen davon, dass dieser sich je nach Mitarbeiter und nach dem gewählten Reverenzzeitraum stets ändern dürfte, ist rechtlich entscheidend, dass – wie oben dargestellt – nach den Firmenfahrzeug-Richtlinien die Gestellung eines Firmenfahrzeugs nur zur dienstlichen *und* zur privaten Nutzung, nicht aber zur *rein privaten* Nutzung erfolgen soll.

III. Die Kammer weist daher lediglich vorsorglich darauf hin, dass selbst dann, wenn man darauf abstellen würde, dass in der Nichtgewährung der begehrten Ausgleichssumme ein konkludenter Widerruf der Dienstwagengestellung liege, kein Anspruch des Klägers auf einen finanziellen Ausgleich bestünde. Auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 17.09.1998 (BAG, Urteil vom 17.09.1998 – 8 AZR 791/96 – n.v.) läge hier ein billigem Ermessen entsprechender Grund zum Widerruf vor, da – wie das Arbeitsgericht zu Recht ausführt – hier nach den FFR 2001 erkennbar die dienstliche Nutzung des Firmenfahrzeuges im Vordergrund stand. Dabei kommt es nicht auf die von Mitarbeiter zu Mitarbeiter und zudem für unterschiedliche Zeiträume variierende tatsächliche Inanspruchnahme des Firmenfahrzeugs, sondern darauf an, dass der Dienstwagen nur dann auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt werden sollte, wenn auch eine Nutzung zu dienstlichen Zwecken in Betracht kommt. In diesem Sinne stand auch hier die dienstliche Nutzung im Vordergrund. Aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.06.2004 (BAG, Urteil vom 23.07.2004 – 7 AZR 514/03, NZA 2004, 1287) ergibt sich nichts anderes, da dort – anders als vorliegend – die Sonderregelung des § 37 Abs. 2 BetrVG zu beachten war.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 14. April 2005, 11 Sa 745/04

### 250. Annahmeverzug, böswilliges Unterlassen einer zumutbaren Arbeit, vier Stunden Arbeitsweg pro Tag nicht zwingend unzumutbar

1. Dem Arbeitnehmer steht trotz unwirksamer Änderungskündigung des Arbeitgebers kein Annahmeverzugsanspruch zu, wenn er es böswillig unterlässt, eine zumutbare Arbeit anzunehmen (§ 11 Satz 1 Nr. 2 KSchG).

2. Die Zumutbarkeit der Arbeit erfordert eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Arbeitsangebots des Arbeitgebers und der Ablehnung des Arbeitnehmers (im Anschluss an BAG, v. 16.6.2004 – 5 AZR 508/03 –)

3. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass der Arbeitsplatz weggefallen ist (hier wegen einer Betriebs(teil-)schließung) und eine andere Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers im Unternehmen des Arbeitgebers nicht besteht.

4. In diesem Fall ist dem Arbeitnehmer eine längere Fahrzeit von ca. 2 Stunden je Hin- und Rückfahrt – bei ansonsten unveränderten Arbeitsbedingungen – noch zuzumuten.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 21. Juni 2005, 13 (5) 179/05

### 251. Annahmeverzug, Abweisung eines Weiterbeschäftigungsantrages, vergangenheitsbezogener Feststellungsantrag, Rechtsschutzinteresse

1. Die abweisende Entscheidung über einen für die Dauer eines Kündigungsschutzprozesses gestellten Antrags auf tatsächliche Weiterbeschäftigung beinhaltet kein Präjudiz für etwaige Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers.

2. Ansprüche aus Annahmeverzug sind in einem Zahlungsantrag einzuklagen. Für einen Antrag auf Feststellung, dass der Arbeitgeber während eines in der Vergangenheit gelegenen Zeitraums verpflichtet gewesen sei, den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen, fehlt regelmäßig ein Rechtsschutzinteresse.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 15. Dezember 2004, 7 Sa 700/04

### 252. Annahmeverzugslohn, Auskunft über anderweitige Einkünfte, Umfang der Erklärungspflicht

1. Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers auf Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug.

Der Kläger wurde verurteilt, Auskunft über seine Einnahmen aus selbständiger Tätigkeit zu erteilen und die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft und der Belege an Eides Statt zu versichern und unter anderem wurde seine Klage auf Zahlung von Arbeitsentgelt aus Annahmeverzug als zurzeit unbegründet abgewiesen.

2. Der Kläger hat die ihm auferlegte Verpflichtung, der Beklagten unter Vorlage detaillierter Belege Auskunft über die Höhe der gesamten Einnahmen zu erteilen, bisher nicht erfüllt.



Erteilt der Arbeitnehmer die Auskunft nicht oder nicht ausreichend, kann der Arbeitgeber die Zahlung solange verweigern, bis er die Auskunft erhält. Die Zahlungsklage ist in einem derartigen Fall als zurzeit unbegründet abzuweisen.

Inhalt und Umfang von Auskunftspflichten richten sich dabei nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Gerade wenn es um Angaben über Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit geht, lassen sich keine schematischen Regeln aufstellen, die für die vielfältigen Erscheinungsformen des Arbeitslebens gleichermaßen Geltung beanspruchen. Es ist einerseits das Interesse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, dass die Auskunft ihm keinen unzumutbaren Aufwand verursacht, andererseits das Interesse des Arbeitgebers, ein möglichst deutliches Bild über den anrechenbaren Zwischenverdienst zu erhalten.

Vorliegend genügte nicht die Vorlage des Steuerbescheides, da diesem nicht entnommen werden kann, welche Einkünfte der Kläger aus selbständiger Tätigkeit in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum erzielt hat. Der Kläger wäre gehalten gewesen, eine geordnete Aufstellung seiner Einkünfte aus selbständiger Arbeit dergestalt zu erstellen, dass er neben den Einnahmen für die einzelnen Veranstaltungen seine damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen im Einzelnen aufführt. Indem der Kläger Kopien von Rechnungen und sonstigen Belegen eingereicht hat, hat er diese Verpflichtung nicht erfüllt. Auch die Vorlage einer Gewinnermittlung ist zur Erfüllung der geschuldeten Auskunftsverpflichtung nicht geeignet, denn sie lässt nicht erkennen, welche der steuerrechtlich als Betriebsausgaben geltend gemachten Posten als Aufwendungen zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes erforderlich waren. Dabei konnten die Angaben nicht durch den Hinweis darauf ersetzt werden, dass sie als Betriebsausgaben steuerrechtlich anerkannt wurden, denn der Arbeitgeber braucht sich nicht jede steuerrechtliche Anerkennung von Betriebsausgaben auch arbeitsrechtlich als Zwischenverdienst mindernd entgegenhalten zu lassen, weil sich der Umfang steuerrechtlicher Abschreibungsmöglichkeiten nicht durchgängig mit dem deckt, was für die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt (so auch LAG Berlin, Urteil vom 26.3.1999 – 6 Sa 91/98 und 187/99 – zitiert nach Juris). Wegen der bisher fehlenden Auskunft war das Gericht bereits nicht in der Lage festzustellen, in welcher Höhe der Kläger im Annahmeverzugszeitraum anrechenbare Einkünfte aus selbständiger Arbeit erzielt hat, so dass seiner Klage der Erfolg zu versagen war, ohne den weiteren Einwendungen der Beklagten nachzugehen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 20. Januar 2006, 8 Sa 1783/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel: 030/254 591 – 61,

Fax: 030/254 591 – 66

w.hesse@advocati.de; www.advocati.de

### 253. Arbeitgeberhaftung, Durchgriffshaftung auf frühere Gesellschafter

1. Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe eines entgangenen Nachteilsausgleichsanspruchs gemäß § 113 BetrVG in Anspruch.

Die Kläger waren bei der HT GmbH beschäftigt, deren Gesellschafter früher die Beklagte war. Diese unterhielt zuletzt neben weiteren (Dauer-)Baustellen eine Dauerbaustelle bei der Fa. E. Dort waren ca. 19 ihrer insgesamt 70 Mitarbeiter eingesetzt.

Am 25.3.2003 veräußerte die Beklagte sämtliche Geschäftsanteile der HT GmbH an die SB GmbH. Ebenfalls am 25.3.2003 erwarb die Beklagte zu einem Kaufpreis von Euro 26.250,00 die Vorratsgesellschaft B GmbH, München, die später in HGT GmbH umfirmiert und deren Sitz von München an den ehemaligen Geschäftssitz der HT GmbH verlegt wurde.

Die HT GmbH kündigte noch unter dem 25.3.2003 fristlos alle Arbeitsverhältnisse, stellte sofort ihre Geschäftstätigkeit ein und beantragte am 31.3.2003 beim Amtsgericht Düsseldorf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dieses wurde später mangels Masse abgelehnt.

Der Betriebsrat hatte unter dem 25.3.2003 an die Firmenleitung der HT GmbH ein Schreiben gerichtet, in dem er die unverzügliche Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan verlangte.

Die Beklagte übernahm mit ihrer neu erworbenen Gesellschaft zum 31.3.2003 den zuvor an die HT GmbH vergebenen Gleisbau bei der Fa. E und stellte mit neuen Arbeitsverträgen 19 Arbeitnehmer der HT GmbH ein.

Die Kläger haben Zahlungsklage gegen die Beklagte erhoben. Sie haben die Ansicht vertreten, dass die Beklagte unter bewusster Umgehung von § 1 Abs. 3 KSchG und § 112 BetrVG den Betrieb bis auf die E.-Baustelle stillgelegt habe. Daher stünde ihnen ein Schadensersatzanspruch zumindest in Höhe des Nachteilsausgleichsanspruchs nach § 113 BetrVG zu.

2. Den Klägern steht kein Schadensersatz wegen entgangener Nachteilsausgleichsansprüche zu. Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte sind weder aus dem Gesichtspunkt der sog. Durchgriffshaftung noch aus § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB begründbar.

2.1. Die GmbH ist eine juristische Person, § 13 Abs. 1 GmbHG. Den Gläubigern der GmbH haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG. Somit scheidet eine persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich aus. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BAG, Urt. v. 10.2.1999, 5 AZR 677/97, AP Nr. 6 zu § 13 GmbHG) darf über die Rechtsfigur der juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden. Ein unmittelbarer Durchgriff auf die hinter der juristischen Person stehende Gesellschaft ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn schwerwiegende Gesichtspunkte aus Treu und Glauben

## Allgemeines Vertragsrecht

dies erfordern, also Rechtsmissbrauch vorliegt. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen.

Unter dieser Prämisse müssen die Gesellschafter einer GmbH für diejenigen Nachteile eintreten, die den Gesellschaftsgläubigern dadurch entstehen, dass sie – die Gesellschafter – der Gesellschaft Vermögen entzogen haben, das diese zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (BGH, Urt. v. 24.6.2002, NJW 2002, 3024): In der Praxis ist bemerkenswert, dass in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte die bloße Unterkapitalisierung bisher in keinem Fall zur Bejahung einer Durchgriffshaftung geführt hat (BAG, v. 10.2.1999, a.a.O.).

2.2. Schließlich kommt, wovon das Arbeitsgericht im Ansatz zu Recht ausgeht, unter den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und eines rechtswidrig vorsätzlichen Handelns § 826 BGB als Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch in Betracht. So hat der Alleingesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH den Gesellschaftsgläubigern Schadensersatz zu leisten, wenn er der GmbH planmäßig deren Vermögen entzieht bzw. auf Dritte verlagert, um es dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen (BGH, Urt. v. 24.6.2002, a. a. O.; BGH, Urt. v. 20.9.2004, ZIP 2004, 2138) oder wenn er sich unzulässig von einer bestehenden persönlichen Haftung befreit (vgl. BAG, Urt. v. 3.9.1998, 8 AZR 189/97, AP Nr. 21 zu § 826 BGB; ferner: Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., § 826 Rz 36 ff.).

Ein Haftungsdurchgriff der Gesellschaftsgläubiger auf die Gesellschafter einer GmbH wegen „existenzgefährdenden Eingriffs“ kommt nicht in Betracht, wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Das gilt auch für mögliche Ansprüche aus § 826 BGB. Im Insolvenzfall kann im Interesse anderer Gläubiger nur der Insolvenzverwalter die in erster Linie ohnehin der Gesellschaft selbst zustehenden Ansprüche gegen die Gesellschafter auf Ausgleich der ihr durch den existenzvernichtenden Eingriff entstandenen Nachteile geltend machen (BAG, Urt. v. 14.12.2004, 1 AZR 504/03, AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers).

3. Gemessen an diesen Grundsätzen ist eine Haftung der Beklagten nicht begründbar.

3.1. Dass die Beklagte der HT GmbH Vermögen entzog, wird weder von den Klägern behauptet noch ist dies sonst wie ersichtlich. Ein bestandsvernichtender Eingriff in das Stammkapital der GmbH fand ebenso wenig statt.

3.2. Die Beklagte hat es auch nicht dadurch, dass sie ihre Gesellschaftsanteile veräußerte, an einer angemessenen Rücksichtnahme auf die Geschäftschancen der HT GmbH fehlen lassen. Nach der geltenden Wirtschaftsordnung stand es ihr frei, die Gesellschaftsanteile zu veräußern und ihre unternehmerische Betätigung mittels der HT GmbH aufzugeben. Da sie grundsätzlich als GmbH-Gesellschafterin nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftete, bedeutete die Veräußerung auch keine unzulässige Befreiung von persönlicher Haftung (vgl. BAG, Urt. v. 3.9.1998, a. a. O.).

3.3. Der Vorwurf, die Beklagte habe die HT GmbH mittels der SB GmbH in Insolvenz gehen lassen, geht fehl, wenn damit die

streitgegenständlichen Schadensersatzansprüche begründet werden sollen.

Wäre die Beklagte Gesellschafterin und Geschäftsführerin der HT GmbH geblieben und hätte sie dann selbst den Betrieb eingestellt, die Arbeitsverhältnisse gekündigt und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt, so hätten die Kläger ebenso wenig gegen sie persönlich Schadensersatzansprüche gehabt, sondern wären darauf angewiesen gewesen, etwaige Nachteilsausgleichsansprüche gegen die HT GmbH zu verfolgen. Auch aus diesem Grund ist eine persönliche Haftung der Beklagten nicht mit dem Vortrag begründbar, dass diese die „Unternehmensbestattung“ der SB GmbH überantwortet habe.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Annahme des Arbeitsgerichts, der Beklagten sei es „nur“ um die Vermeidung eines Sozialplans gegangen, so nicht gerechtfertigt ist. Angesichts der Vielzahl und Höhe anderer Gläubigerforderungen wäre überdies begründungsbedürftig, weshalb das in den Außenständen bestehende Vermögen der HT GmbH gerade und nur für die Erfüllung von Nachteilsausgleichsansprüchen zu verwenden ist (vgl. § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG, § 123 Abs. 2 Satz 2 InsO).

3.4. Die Vorgehensweise der Beklagten ist auch nicht deshalb als rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig i. S. v. § 826 BGB zu missbilligen, weil sie durch den Erwerb der Vorratsgesellschaft eine Auffanggesellschaft schaffte, um die Gleisbauarbeiten übernehmen zu können.

Denn die Gründung einer „Auffanggesellschaft“ ist weder nach § 823 Abs. 2 BGB, § 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. Im Licht der §§ 823, 826 BGB ist es 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. Schadensersatzansprüche der Kläger scheitern überdies an der fehlenden zeitlichen Zurechenbarkeit der Betriebsänderung.

Vorliegend ist schon nicht ersichtlich, dass die HT GmbH, solange die Beklagte Gesellschafterin/Geschäftsführerin war, eine Betriebsänderung plante. Jedenfalls führte sie die Betriebsänderung erst durch, als die Geschäftsanteile von der SB GmbH erworben und Frau Sch. zur Geschäftsführerin bestellt war. Damit hätte es dem Erwerber obliegen zu versuchen, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich abzuschließen.

Anders könnten in diesem Punkt die Dinge liegen, wenn die Beklagte kollusiv mit der SB GmbH die sofortige Stilllegung der HT GmbH verabredet und womöglich eine Ausplünderung des Gesellschaftsvermögens durch den Übernehmer mit der Folge, dass Sozialplan- oder Nachteilsausgleichsansprüche nicht mehr erfüllt werden konnten, billigend in

Kauf genommen hätte. Für einen solchen Vorgang sind die Kläger darlegungs- und beweispflichtig geblieben. Die Gesamtumstände deuten zudem nicht auf kollusives Handeln, sondern lediglich darauf hin, dass die Beklagten das weitere Schicksal der HT GmbH, auch deren „Bestattung“ ganz der SB GmbH überließ und es ihr mit dem Erwerb der Vorrats-/Auffanggesellschaft auf die kontinuierliche Fortführung der Gleisbauarbeiten ankam.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 7. September 2005, 12 Sa 676/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Christian Puhr-Westerheide,  
Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel: 02065/3000-0,  
Fax: 02065/3000-50  
info@ra-npp.de; www.ra-npp.de

#### 254. Arbeitnehmerhaftung, Dienstfahrzeug, Privatfahrt

Unterlässt der Arbeitgeber für ein seinem Arbeitnehmer überlassenes Dienstfahrzeug den Abschluss einer nicht mit unzumutbaren Kosten verbundenen, üblichen Vollkaskoversicherung, beschränkt sich die Haftung des Arbeitnehmers im Schadensfall auf die Höhe derjenigen Kosten, die auch durch eine solche Vollkaskoversicherung nicht abgedeckt wären (insbesondere übliche Selbstbeteiligung).

Bei der Anwendung dieses Grundsatzes verbietet es sich danach zu unterscheiden, ob der vom Arbeitnehmer verursachte Unfall im Rahmen einer Dienstfahrt oder im Rahmen einer genehmigten Privatfahrt geschehen ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 22. Dezember 2004, 7 Sa 859/04, Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 8 AZR 243/05

#### 255. Arbeitnehmerhaftung, Falschbetankung eines Pkw

Betankt ein Arbeitnehmer sein Dienstfahrzeug mit Normalbenzin statt mit Diesel, weil er die Sorte Ultimate für die billigere Version von Ultimate Superdiesel hält, liegt ein nicht haftungsbegründender Irrtum vor.

■ Arbeitsgericht Kassel  
vom 8. Februar 2006, 5 Ca 536/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Volmar, Hirnbeinstraße 2, 87435 Kempten, Tel: 0831 / 522 94 - 0,  
Fax: 0831 / 522 94 - 40, kanzlei@rechtsanwalt-volmar.de;  
www.rechtsanwalt-volmar.de

#### 256. Arbeitnehmerhaftung von Klinikärzten, Zurückverweisung durch Berufungsgericht, Regress, Darlegungs- und Beweislast, Bestreiten mit Nichtwissen, haftungsausfüllende Kausalität

1. Eine Ausnahme von dem Zurückverweisungsverbot des § 68 ArbGG kommt in Betracht, wenn durch den Erlass eines Teil-Urteils die vom Berufungsgericht nicht korrigierbare Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen verursacht wird.

2. Will ein Großklinikum nach verlorenem Arzthaftungsprozess die beteiligten angestellten Ärzte in Regress nehmen,

so hat es im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, welche individuellen Pflichtverletzungen mit welchem Grad an Verschulden den einzelnen Ärzten vorzuwerfen sind.

3. In Anbetracht der Erfahrungstatsache, dass sich Arzthaftungsverfahren oft über sehr lange Zeiträume hinziehen, gehört es zu den Obliegenheiten eines Klinikbetreibers, der sich einen späteren Regress gegen seine Angestellten offen halten will, beizeiten die nötigen Beweissicherungsmaßnahmen zu treffen.

4. Es ist einem Arbeitgeber gemäß § 138 IV ZPO verwehrt, sich gegenüber der eigenen Dienstplangestaltung mit Nichtwissen zu erklären, auch wenn die entsprechenden schriftlichen Unterlagen aufgrund langen Zeitablaufs zwischenzeitlich routinemäßig vernichtet wurden.

5. Die dem Patienten im Arzthaftungsprozess zukommenden Beweiserleichterungen hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität kommen der Klinik im Regressprozess gegen die handelnden Ärzte nicht zugute.

6. Zu den Anforderungen an die Annahme grober Fahrlässigkeit bei einem sich in der Facharztausbildung befindlichen Assistenzarzt.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 12. Januar 2005, 7 Sa 754/04, Rev. eingelegt zum AZ 8 AZR 311/05

#### 257. Arbeitsvertrag, Auslegung, Gehaltsanpassungsklausel, Feststellungsklage, billiges Ermessen bei der Vergütungsbestimmung, Darlegungs- und Beweislast

1. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag haben die Parteien bestimmt:

Das feste Jahresgehalt wird einmal jährlich überprüft und regelmäßig entsprechend der prozentualen Besoldungsanpassung für Bundesbeamte erhöht.

2. Die Feststellungsklage ist zulässig.

Der Arbeitsvertrag enthält keine Regelung, was bei einem Ausbleiben einer Einigung über die Erhöhung des Jahresgrundgehalts zu geschehen hat. Das Arbeitsgericht hat in den Entscheidungsgründen abschließend ausgeführt, die von dem Beklagten einseitig vorgenommene Überprüfungentscheidung sei dahin zu korrigieren, dass das Jahresgrundgehalt des Klägers entsprechend der Erhöhung der Besoldung für Bundesbeamte anzupassen sei.

Auch wenn darin eine richterliche Gestaltung im Sinne des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB liegt, ist die Feststellungsklage zulässig. Der Kläger kann erwarten, dass der Beklagte auf ein feststellendes Urteil hin zahlen wird (vgl. dazu: BGH, v. 24. November 1995 – V ZR 174/94; juris).

Die Klage ist auch begründet.

a) Nach § 5 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages ist das feste Jahresgehalt einmal jährlich zu überprüfen und regelmäßig entsprechend der prozentualen Besoldungsanpassung für Bundesbeamte zu erhöhen.

aa) Die Parteien haben zunächst die Pflicht zu einer jährlichen Überprüfung des festen Jahresgehaltes festgelegt. Die Überprüfung hat durch den Beklagten zu erfolgen.

## Allgemeines Vertragsrecht

bb) Für die Überprüfung haben die Parteien einen Maßstab vereinbart, der regelmäßig anzuwenden ist und der als Richtlinie den Beklagten bindet (vgl. dazu: Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 315 Rn 5). Dies ist die prozentuale Erhöhung der Dienstbezüge für Bundesbeamte. Mit „prozentualer Besoldungsanpassung für Bundesbeamte“ sind die Dienstbezüge der Beamten im Sinne von § 1 Abs. 2 BBesG gemeint und nicht die Gesamtbezüge einschließlich der sonstigen Bezüge im Sinne von § 1 Abs. 3 BBesG. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass regelmäßig nur die Dienstbezüge „prozentual“ angepasst werden, dagegen nicht die sonstigen Bezüge. Zudem ist ihr wesentlicher Bestandteil das Grundgehalt des Beamten, also eine Bezugsgröße, die der unter § 5 Abs. 3 des Arbeitsvertrages genannten Bezugsgröße „festes Jahresgrundgehalt“ entspricht.

cc) Die Festlegung dieses Maßstabs bedeutet aber nicht, dass der Beklagte in jedem Fall das Jahresgrundgehalt des Klägers entsprechend der prozentualen Erhöhung der Dienstbezüge für Bundesbeamte anzupassen hat. Denn die Überprüfung macht nur Sinn, wenn damit ein Entscheidungsspielraum verbunden ist und das Ergebnis nicht bereits zwingend vorgeschrieben ist.

b) Die von dem Beklagten getroffene Erhöhungsentscheidung, die unter Berücksichtigung der Anpassungsrichtlinie zu erfolgen hatte, entspricht nicht billigem Ermessen (§ 315 BGB).

Eine Leistungsbestimmung entspricht der Billigkeit, wenn sie alle wesentlichen Umstände und die Interessen beider Parteien angemessen berücksichtigt (vgl. BAG, v. 15.8.2000 – 1 AZR 458/99). Dabei ist zu beachten, dass mit dem Begriff der Billigkeit die Austauschgerechtigkeit im Einzelfall erreicht werden soll (vgl. MK/Gottwald, BGB, 3. Aufl., § 315 Rn 19).

Die berechtigte Partei (hier also den Beklagten) trifft bei § 315 BGB die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der von ihr getroffenen Bestimmung (vgl. BGH, v. 30.5. 2003 – V ZR 216/02).

aa) Der Beklagte begründet seine Entscheidung im Wesentlichen damit, die Beamten hätten effektiv einen Verlust ihres Gesamteinkommens aufgrund der Absenkung der Jahresleistung und des Wegfalls des Urlaubsgeldes erlitten. Die Kammer ist der Ansicht, dass der Beklagte nicht berechtigt ist, diese Veränderungen der sonstigen Bezüge der Beamten bei der Überprüfung zu berücksichtigen. Durch die Richtlinie haben die Parteien abschließend festgelegt, inwieweit die Entwicklung der Gesamtbezüge der Beamten bei der Prüfungsentscheidung maßgebend sein soll. Dabei haben sie bestimmt, dass ausschließlich die Entwicklung der Dienstbezüge, also nicht die Entwicklung der sonstigen Bezüge, Maßstab sein soll.

bb) Eine offensichtlich allgemeine Kritik des zuständigen Bundesministeriums der Finanzen sowie des Bundesrechnungshofes, einer Unternehmensberatung und der Mitgliederversammlung des Beklagten an der Höhe der Mitarbeiterbezüge kann die Entscheidung des Beklagten ebenfalls nicht rechtfertigen. Dabei handelt es sich um Umstände,

die für den Kläger bei Abschluss des Arbeitsvertrages nicht erkennbar sein konnten und die deshalb auch nicht in die Abwägung einbezogen werden dürfen (vgl. dazu: LAG Düsseldorf, Urteil vom 5. Juni 2003 – 11 Sa 292/03 –; juris). Die Erhöhung war nicht von der Genehmigung oder einer positiven Stellungnahme einer der genannten Stellen abhängig gemacht worden.

cc) Gleiches gilt für den Hinweis, er – der Beklagte – habe eine Harmonisierung der Vergütungsregelungen erreichen und das zum Teil nicht ausgewogene Verhältnis der Bezüge nicht festschreiben oder noch verstärken wollen. Wenn der Beklagte mit einem Teil seiner Mitarbeiter eine jährliche Überprüfung und Anpassung der Gehälter nach der Entwicklung der Dienstbezüge der Bundesbeamten vereinbart hat, so kann er schlechterdings diesen Maßstab nicht durch einen anderen, und zwar die Gehaltsentwicklung seiner angestellten Mitarbeiter ohne arbeitsvertraglichen Anpassungsanspruch, ersetzen.

dd) Da der Beklagte keine anderen Abwägungsgründe anführt, insbesondere keine erhebliche Verschlechterung seiner finanziellen Lage, entspricht seine Leistungsbestimmung nicht billigem Ermessen.

c) Entspricht die Leistungsbestimmung nicht der Billigkeit, kann von der klagenden Partei die gerichtliche Leistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB begehrt werden

Diese Anpassung entspricht der Erhöhung der Dienstbezüge der Bundesbeamten, also dem von den Parteien unter § 5 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages als Richtlinie vereinbartem Maßstab.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 5. April 2004, 9 Sa 1316/04, Rev. zugel.

### 258. Arbeitszeitverringerung, einstweilige Verfügung nur in „Notfällen“

1. Ein Arbeitnehmer kann einen Anspruch auf Teilzeitarbeit im Eilverfahren nur durchsetzen, wenn ihm bei Abwarten der Entscheidung im Hauptsacheverfahren wesentliche Nachteile entstehen; eine Vorwegnahme der Befriedigung im Eilverfahren soll nur in Notfällen möglich sein.

2. Es kann dahinstehen, ob der Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG überhaupt durch Maßnahmen der einstweiligen Verfügung gesichert werden kann. Dagegen spricht, dass sich der Anspruch in der Hauptsache auf die Abgabe einer Willenserklärung richtet, die erst mit einem rechtskräftigen Urteil in der Hauptsache als abgegeben gilt, § 894 Abs. 1 ZPO. Dafür spricht allerdings das Gebot des effektiven Rechtsschutzes sowie § 938 ZPO, der es in das Ermessen des Gerichtes stellt, die geeigneten Anordnungen zur Erreichung des Zwecks der einstweiligen Verfügung zu bestimmen.

Der Vortrag der Verfügungsklägerin ist vorliegend in sich widersprüchlich und so gehalten, dass selbst bei Zugrundelegung des gesamten Tatsachenvortrages als richtig kein Notfall vorlag, der die Vorwegnahme der Befriedigung im Eilverfahren

ren rechtfertigen würde. Jedenfalls fehlt es an einer besonderen, die Interessen der Beklagten überwiegenden Dringlichkeit an der begehrten Unterlassung.

■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 14. Oktober 2005, 18 Ga 110/05, rkr.

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

### 259. Aufhebungsvertrag, Anforderungen an die Schriftform, Treu und Glauben, widersprüchliches Verhalten

1. Die Parteien streiten darüber, ob das zwischen ihnen begründete Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 aufgelöst worden ist.

Am 30.12.2003 schickte der Kläger seinem Vorgesetzten M. eine E-Mail, in der er mitteilte, er habe vor, die Beklagte zum 31.3.2004 zu verlassen. Er habe ein mehr als attraktives Angebot erhalten und werde dieses zu 100 % annehmen. Er werde die Schreiben, die für die Kündigung nötig sind, in der nächsten Woche auf den Weg bringen und hoffe, dass ihm diesbezüglich keine Steine in den Weg gelegt werden.

Unter dem 21. Januar 2004 schrieb die Beklagte dem Kläger, sie habe die E-Mail erhalten und vermerkt, dass er zum 31.3.2004 ausscheiden werde, um eine neue Position anzunehmen.

Der Kläger setzte am 21.1.2004 handschriftlich die Worte „Geht in Ordnung“ unter diesen Brief und unterzeichnete. Anlässlich einer Abteilungsleiterversammlung im Januar 2004 bekräftigte der Kläger gegenüber seinem Vorgesetzten in Anwesenheit seiner Arbeitskollegen, er werde zum März ausscheiden.

Am 31.3.2004 übergab der Kläger in Hannover seine Arbeitsmittel, insbesondere den Dienstwagen, seine Werkzeuge usw. an seinen Vorgesetzten.

Mit Wirkung vom 1.4.2004 meldete er sich arbeitslos.

Unter dem 27.5.2004 forderte der Kläger die Beklagte über seinen Prozessbevollmächtigten bei Ankündigung von Schadensersatzansprüchen auf, eine geänderte Arbeitsbescheinigung auszustellen und in dieser auszuweisen, dass er aus betriebsbedingten Gründen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sei.

Bei der Überprüfung seines Antrags auf Zahlung von Arbeitslosengeld wurde der Kläger seitens der Bundesagentur für Arbeit nach seiner Eigenkündigung gefragt. Er fingierte sodann ein Kündigungsschreiben und legte es der Bundesagentur für Arbeit vor.

2. Das Arbeitsverhältnis ist jedoch durch einen Aufhebungsvertrag vom 21.1.2004 aufgelöst worden.

a) Wesentlicher Inhalt des Aufhebungsvertrages ist die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten zukünftigen Termin (vgl. *Wank*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 115 Rn 17).

Ein solcher Aufhebungsvertrag liegt hier in der Vereinbarung

vom 21.1.2004. Zwar teilt die Beklagte dem Kläger zunächst mit, man habe von Herrn M. die E-Mail vom 30.12.2003 erhalten und vermerkt, dass er zum 31.3.2004 aus der Gesellschaft ausscheide. Damit bringt die Beklagte unter Bezugnahme auf gerade jene E-Mail, mit der der Kläger seinen Abkehrwillen mitgeteilt hatte, unmissverständlich ihrerseits ihr Einverständnis mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck. Diese Erklärung ist nichts anderes als das Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Dieses Angebot hat der Kläger dadurch angenommen, dass er es gegengezeichnet und hinzugefügt hat: „Geht in Ordnung“. Damit haben beide Parteien in einer Vertragsurkunde bekundet, dass das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 aufgelöst werden soll.

b) Dieser Aufhebungsvertrag ist auch nicht deshalb unwirksam, weil es an der nach § 623 BGB erforderlichen Schriftform fehlen würde.

Die Ausgestaltung des Schriftformerfordernisses bestimmt sich nach § 126 BGB. Notwendig ist, dass die Urkunde eigenhändig unterschrieben wird (§ 126 Abs. 1 S. 1 BGB). Grundsätzlich muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen (§ 126 Abs. 2 S. 1 BGB).

Umstritten ist, ob es ausreicht, wenn die eine Partei das Angebot unterzeichnet und die andere Partei die Annahme erklärt (ablehnend: *ErfK/Müller-Gloege*, a.a.O. Rn 23 m.w.H.). Unter Beachtung von Sinn und Zweck des gesetzlichen Formerfordernisses muss es jedoch als ausreichend angesehen werden, wenn die Unterzeichnung des Angebotes durch eine Partei und die Annahme ohne Änderungen durch die andere Partei durch Unterzeichnung auf derselben Urkunde erfolgt, etwa auch mit einem Zusatz „einverstanden“ (vgl. BGH, v. 14.7.2004 – XII ZR 68/02, NJW 2004, 2962; Hessisches Landesarbeitsgericht, Ur. v. 16.3.2004, 2 Sa 1771/04 – n.v., zitiert nach juris).

Diesen Ausführungen schließt sich das erkennende Gericht an. Hiernach liegt ein formwirksamer Aufhebungsvertrag vor. Denn Angebot und Annahme nebst jeweiliger Unterschrift befinden sich auf derselben Vertragsurkunde.

c) Selbst wenn man annähme, dass die zum Ausdruck gebrachte Erklärung beider Parteien, das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 zu beenden, nicht formwirksam wäre, dann wäre es dem Kläger jedenfalls infolge des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) verwehrt, sich auf diese Formunwirksamkeit zu berufen.

Die gesetzlichen Formvorschriften sind gegenüber der Erfüllung der Schutzzwecke, die zu ihrer Normierung geführt haben, verselbständigt (vgl. BAG, Ur. v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03, AP Nr. 1 zu § 623 BGB).

Die Berufung auf einen Formmangel kann ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstoßen. Das kann unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) dann der Fall sein, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel

## Allgemeines Vertragsrecht

zu seinem eigenen vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt. Dieses ist etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer seiner Beendigungsabsicht mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach Ausdruck verliehen und damit einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hatte (vgl. BAG a.a.O.).

So liegt der Fall hier.

Zunächst haben beide Parteien unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 beenden wollen. Der Kläger hat in seiner E-Mail vom Dezember 2003 ausgeführt, er wolle das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 beenden. Die Beklagte hat ihren Beendigungswillen mit dem Schreiben vom 21.1.2004 zum Ausdruck gebracht. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass er auch nur ein einziges Mal zwischen dem Absenden seiner E-Mail im Dezember 2003 und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.3.2004 deutlich gemacht hat, dass er an dem Arbeitsverhältnis festhalten will.

Anlässlich der Abteilungsleiterversammlung vom 21.1.2004 hat er seine Absicht dann nochmals auch im Kollegenkreis bekräftigt. Schließlich hat er das Schreiben vom 21.1.2004 mit den Worten „Geht in Ordnung“ gegengezeichnet und auch dadurch nochmals zum Ausdruck gebracht, dass er gewillt ist, das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Zum 31.3.2004 hat er seine Arbeitsmittel und den Dienstwagen zurückgegeben und sich damit so verhalten, wie ein Arbeitnehmer sich verhält, dessen Arbeitsverhältnis endet. Die Einlassung des Klägers, er habe nur der Aufforderung des Zeugen M. Folge geleistet und sich dem Druck gebeugt, ist dagegen nicht nachzuvollziehen. So trägt der Kläger auch nicht vor, welcher Druck ausgeübt worden sein soll. Dagegen hat er sich auch folgerichtig zum 01.04.2004 arbeitslos gemeldet. Selbst das Schreiben seines Rechtsanwaltes vom 27.5.2004 musste bei der Beklagten die Überzeugung vertiefen, das Arbeitsverhältnis sei beendet. Denn mit diesem Schreiben wendet er sich gegen den von der Beklagten in der Arbeitsbescheinigung angegebenen Beendigungsgrund, ohne die Beendigung als solche oder den Beendigungszeitpunkt in Frage zu stellen.

Auch danach hat der Kläger nicht zum Ausdruck gebracht, dass er an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses festhält. Er hat vielmehr zur Vorlage bei der Bundesagentur für Arbeit noch ein Kündigungsschreiben verfasst. Erst fünf Monate später hat er dann beim Arbeitsgericht Feststellungsklage erhoben. Wenn er sich dann auf die Formunwirksamkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses beruft, setzt er sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 5. Dezember 2005, 11 Sa 931/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Martin Schafhausen, Myliusstraße 15, 60323 Frankfurt/Main, Tel: 069/971 20 60,  
Fax: 069/72 55 86  
www.plagemann-rae.de

### 260. Ausbildungskosten, Rückzahlungsklausel, Nutzlosigkeit der Ausbildung wegen späterer beruflicher Umorientierung, Unkenntnis von Vertragsklauseln

1. Der Beklagte war vom 01.10.2003 bis zum 31.08.2005 bei der Klägerin, einem Versicherungsunternehmen als Verkäufer im Außendienst tätig. In dem Arbeitsvertrag heißt es u. a.:

*„Herr X verpflichtet sich, am Ausbildungsprogramm der N innerhalb der dafür vorgesehenen Zeit ... teilzunehmen und unmittelbar anschließend die Prüfung abzulegen. ...*

*Eine bestandene Prüfung ist wesentliche Voraussetzung für den Fortbestand des Vertrages.*

*Besteht Herr X die Prüfung nicht, kann die N den Vertrag ordentlich kündigen. ...*

*Die N trägt die Kosten der Ausbildung.*

*Herr X verpflichtet sich jedoch, einen Betrag von 5.500,- EURO als Teil der anfallenden Ausbildungskosten an die N zurückzuzahlen, wenn das Vertragsverhältnis innerhalb von zwei Jahren nach erfolgreichem Bestehen der Prüfung zum Versicherungsfachmann/-frau (BWW) durch eine von ihm selbst veranlasste Kündigung endet. Der Rückzahlungsanspruch entsteht auch im Falle einer von der N ausgesprochenen Kündigung aus wichtigem Grund.*

*Der zu erstattende Betrag ermäßigt sich für jeden Monat, den das Vertragsverhältnis nach erfolgreichem Bestehen der Prüfung besteht, um ein Vierundzwanzigstel.“*

Der Beklagte hat im März 2005 die Prüfung zum Versicherungsfachmann mit Erfolg abgelegt.

Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis zum 31.8.2005 mit folgender Begründung:

*„Meine Kündigung ist allein darauf zurückzuführen, dass ich zurzeit keine Erfolge habe und auch keine Chance sehe, in der nächsten Zeit die geforderten Zahlen in diesem Bereich zu erfüllen.“* Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Beklagte nach Ende des Arbeitsverhältnisses entsprechend den vertraglichen Regelungen zur Zahlung der Ausbildungskosten in der festgelegten Höhe verpflichtet sei.

Der Beklagte meint, es bestehe keine Rückzahlungspflicht für die Ausbildungskosten, da er keinerlei Vorteile aus dieser Ausbildung habe. Er sei nunmehr in einem völlig anderen Arbeitsgebiet tätig. Weiterhin sei er auf die besondere Vereinbarung hinsichtlich der Ausbildungskosten nicht ausdrücklich hingewiesen worden. Der Vertrag sei ihm durch einen Mitarbeiter überbracht worden, der insoweit keinen Hinweis gegeben habe.

2. Die Klage ist zulässig und begründet. Der Beklagte ist verpflichtet, die anteiligen Ausbildungskosten entsprechend des Arbeitsvertrages an die Klägerin zurückzuzahlen.

2.1. Die vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Ausbildung zum Versicherungsfachmann und auch zur Rückzahlung der Ausbildungskosten ist Inhalt des Arbeitsverhältnisses der Parteien geworden.

Dies gilt auch dann, wenn der Beklagte nicht ausdrücklich auf diese Formulierung hingewiesen worden ist.

Von einem Arbeitnehmer kann erwartet werden, dass ein schriftlicher Vertrag, der ihm zur Einsicht und zur Durchsicht überlassen wird, in diesem Fall mehr als zehn Tage vor dem tatsächlichen Arbeitsbeginn, von ihm sorgfältig geprüft und durchgelesen wird. Wird die Vereinbarung sodann unterschrieben, muss sich der Arbeitnehmer alle Regelungen des Arbeitsvertrages, die rechtmäßig sind, zurechnen lassen.

2.2. Nach Auffassung des Gerichts ist es nicht entscheidungserheblich, dass der Beklagte nicht mehr im Bereich des Versicherungswesens tätig ist. Die von der Klägerin initiierte Ausbildung berechtigt ihn jedoch, grundsätzlich gegenüber jedem anderen deutschen Versicherungsunternehmen auf diesen bundesweit anerkannten Abschluss hinzuweisen und dort ggf. einen entsprechenden Vorteil bereits bei der Bewerbung und auch bei einer späteren Entlohnung zu erlangen. Dass der Beklagte für sich persönlich die Entscheidung getroffen hat, aus dieser Ausbildung zurzeit keinen Nutzen zu ziehen bzw. dieses zu versuchen, bedeutet nicht; dass die Ausbildung für ihn auch in Zukunft wertlos ist oder nie an Wert erlangt. Jedenfalls kann diese persönliche Entscheidung nicht dazu führen, dass Rückforderungsansprüche der Klägerin ausgeschlossen sind. Hier ist ein objektivierender Maßstab anzulegen.

■ Arbeitsgericht Nienburg  
vom 26. Januar 2006, 3 Ca 478/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Andreas Hindahl, Lange Straße 23, 27232 Sulingen, Tel: 04271/48 18, Fax: 04271/64 37  
info@stelster-anwaelte.de; www.stelster-anwaelte.de

### 261. Ausschlussfrist, Geltendmachung durch Klageerhebung, Ablehnung durch Klageabweisungsantrag

Eine Kündigungsschutzklage beinhaltet die wirksame Geltendmachung von Ansprüchen aus Annahmeverzug, wenn die tarifvertragliche Verfallklausel nur die Geltendmachung der Ansprüche fordert. Mit dem Klageabweisungsantrag im Kündigungsschutzprozess macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass er die Kündigung für wirksam hält und von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung ausgeht. Damit lehnt er zugleich die vom Arbeitnehmer mit der Kündigungsschutzklage geltend gemachten Entgeltansprüche ab. Eine ausdrückliche schriftliche Ablehnungserklärung ist nicht erforderlich, wenn die Verfallklausel nur eine schriftliche Ablehnung verlangt.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 26. April 2006, 5 AZR 403/05

### 262. Befristung des Arbeitsverhältnisses nach dem Hochschulreformgesetz

Die Regelung des 6. HRGÄndG vom 08.08.2002 sind nicht durch die Entscheidung des BVerfG vom 27.07.2004 (AZ: 2 BvF 2/02) „obsolet“ geworden, sondern entfalten ihre Regelungskraft spätestens wieder seit der rückwirkenden Inkraftsetzung der §§ 57a bis 57e HRG durch das HdaVÄndG vom 27.12.2004.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 20. April 2005, 10 Sa 637/04, Rev. eingelegt zum Aktenzeichen 7 AZR 432/05

### 263. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Gesamtvertretungsbedarf an Schulen, Umfang der Darlegungslast, mittelbare Einzelvertretung

1. Ein Schultypen übergreifender Gesamtvertretungsbedarf an Lehrkräften kann die Befristung von Arbeitsverträgen sachlich rechtfertigen. Voraussetzung dafür ist, dass das beklagte Land die planmäßigen Lehrkräfte ungeachtet ihrer Lehrbefähigung und ihres jeweiligen Status zur Abdeckung vorübergehender Bedarfslagen an allen Schulen einsetzen kann. Schließt das beklagte Land mit Vertretungskräften zur Abdeckung eines schuljahresbezogenen Gesamtvertretungsbedarfes Zeitverträge für die Dauer eines Schuljahres, muss der Vertretungsbedarf auf einer zeitlich entsprechenden Abwesenheit planmäßiger Lehrkräfte beruhen (vgl. BAG, Urteil vom 20.01.1999 – 7 AZR 640/97 –, NZA 1999, 928). Eine Befristung ist nicht funktionswidrig und damit auch nicht geeignet den gesetzlichen Kündigungsschutz objektiv zu umgehen, wenn der Arbeitgeber bei Abschluss des Zeitvertrages auf Grund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte die Prognose stellen kann, die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer werde zu einem bestimmten Zeitpunkt mit dem Eintreten eines bestimmten Ereignisses entfallen. Deshalb ist die Vertretung für einen zeitweilig ausfallenden Mitarbeiter als sachlicher Grund für eine Befristung anerkannt und auch Inhalt des Gesetzes. Infolge der absehbaren Rückkehr des Vertretenen kann der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit der Vertretungskraft die hinreichend sichere Prognose stellen, dass an deren Arbeitskraft nur vorübergehender Bedarf besteht. Der von der Rechtsprechung mit dem Begriff der Vertretung bezeichnete Sachgrund meint weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Vertretung im Rechtsinne. Der Sachgrund liegt in diesen Fällen darin, dass der Arbeitgeber den von ihm vorgegebenen Arbeitskräftebedarf für die Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben bereits durch einen Arbeitsvertrag bzw. ein Beamtenverhältnis mit dem zu Vertretenden abgedeckt hat. Die befristete Beschäftigung zur Vertretung lässt die Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers unberührt. Die der Befristungskontrolle zu Grunde liegenden Wertungsmaßstäbe verlangen daher nicht, dass die befristet eingestellte Vertretungskraft mit den Arbeitsaufgaben betraut wird, deren Erbringung von dem Vertretenen geschuldet wird. Bei einem vorübergehenden Ausfall eines Stammarbeiters kann der Arbeitgeber darüber hinaus bestimmen, ob er den Arbeitsausfall überhaupt überbrücken will oder ob er im Wege der Umverteilung die von dem zeitweilig verhinderten Arbeitnehmer zu erledigenden Aufgaben anderen Mitarbeitern zuweist oder dessen Aufgaben ganz oder teilweise von einer Vertretungskraft erledigen lässt.

## Allgemeines Vertragsrecht

Von den Fällen einer unmittelbaren/mittelbaren Einzelvertretung unterscheidet sich eine Gesamtvertretung bei Lehrkräften im Schulbereich dadurch, dass innerhalb einer durch Organisationsscheidung festgelegten Verwaltungseinheit der Vertretungsbedarf für das Lehrpersonal eines Schulbereichs bezogen auf ein Schuljahr rechnerisch ermittelt und durch befristet eingestellte Vertretungskräfte abgedeckt wird, die, von Ausnahmen abgesehen, nicht an den Schulen der zu vertretenden Lehrkräfte eingesetzt werden oder deren Fächerkombination unterrichten.

Eine darauf gestützte Befristung kann nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wirksam sein, wenn sich für ein Schuljahr auf Grund der zu erwartenden Schülerzahlen und der unterrichtsorganisatorischen Vorgaben ein Unterrichtsbedarf ergibt, der mit den planmäßigen Lehrkräften nur deshalb nicht abgedeckt werden kann, weil ein Teil dieser Lehrkräfte in diesem Zeitraum auf Grund einer feststehenden Beurlaubung für die Unterrichtsversorgung vorübergehend nicht zur Verfügung steht (vgl. BAG, Urteil vom 13.04.1983 7 AZR 51/81). In diesem Fall besteht für die befristet eingestellten Vertretungskräfte bereits bei Vertragsschluss nur ein vorübergehender durch die zu erwartende Rückkehr der planmäßigen Lehrkräfte begrenzter Beschäftigungsbedarf. Dem Sachgrund der Gesamtvertretung liegt ein konkreter Aushilfsbedarf für die Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben zu Grunde. Diesen Aushilfsbedarf könnte der Arbeitgeber auch im Wege einer Einzelvertretung abdecken. Dazu würde es genügen, im einzelnen Fall eine vorübergehend nicht zur Verfügung stehende planmäßige Lehrkraft für die Dauer ihrer Abwesenheit förmlich an diejenige Schule zu versetzen, an der die Vertretungskraft eingesetzt und mit Aufgaben beschäftigt wird, die auch die planmäßige Lehrkraft erbringen könnte. Diese umständliche und letztlich sinnentleerte Maßnahme muss der Arbeitgeber nicht durchführen. Der Sachgrund der Gesamtvertretung im Schulbereich setzt demnach umfassende Versetzungs- und Umsetzungsbefugnisse des Arbeitgebers hinsichtlich der verbeamteten und angestellten planmäßigen Lehrkräfte sowie der befristet angestellte Vertretungskräfte voraus. Verzichtet wird lediglich auf die förmliche Durchführung von Versetzungs- und Umsetzungsmaßnahmen allein zum Nachweis des Aushilfsbedarfes.

Allerdings bedeutet dies nicht, dass ein Gesamtvertretungsbedarf immer dann angenommen werden kann, wenn das beklagte Land dies allein behauptet. Hierzu reicht es auch nicht aus den Grundsatz darzustellen, dass eine nicht nachprüfbare Organisationsentscheidung die Organisation des Lehrereinsatzes für das gesamte Land Rheinland-Pfalz der C. T. übertragen wurde. Dies lässt grundsätzlich eine Schultypen unabhängige Ermittlung und ein Ausgleich des Vertretungsbedarfes zu. Allerdings ist eine konkrete an den Vorgaben des Einzelfalls orientierte notwendige detaillierte Stellungnahme des beklagten Landes erforderlich. Es ist zu überprüfen, ob das beklagte Land alle von ihm angegebenen

Ausfälle der planmäßigen Lehrer in die Berechnung einstellen durfte.

Der Sachgrund der Vertretung verlangt eine Prognose zum Wegfall des Vertretungsbedarfes. Die Prognose hat sich darauf zu beziehen, ob im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit den Vertretungskräften zu erwarten ist, dass die zu vertretenden Mitarbeiter ihre Arbeit wieder aufnehmen bzw. ihren Dienst wieder antreten.

Der Arbeitgeber muss für jeden Einzelfall die Gründe kennen, auf denen die Abwesenheit seiner planmäßigen Mitarbeiter beruht. Nur an Hand dieses Wissens kann zuverlässig beurteilt werden, ob mit der Rückkehr der zu vertretenden Mitarbeiter zu rechnen ist und deshalb der Bedarf an der Arbeitsleistung der Vertretungskräfte zeitlich begrenzt und auch weitgehend für die Dauer des Schuljahres besteht.

Bei Erziehungsurlaub kann der Arbeitgeber eine konkrete Prognose zur Rückkehr des Arbeitnehmers nach Ablauf des jeweiligen Schuljahres nur bei einem beantragten oder bewilligten Erziehungsurlaub stellen. Die Prognose auf Grund mutterschutzrechtlicher Vorschriften bezieht sich zwangsläufig auf Zeiträume, die mit dem Schuljahr regelmäßig nicht deckungsgleich sind. Diese Arbeitsausfälle dürfen in die Berechnung eines an der Dauer des Schuljahres orientierten Gesamtvertretungsbedarfes ebenso wenig einfließen wie krankheitsbedingte Abwesenheitszeiten planmäßiger Lehrkräfte oder sonstige Abwesenheitsgründe. Sie können in die rechnerische Ermittlung des Gesamtvertretungsbedarfes einfließen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen und mit einer Rückkehr der zu vertretenden Mitarbeiter nicht vor Ablauf des Schuljahres zu rechnen ist.

Der künftige Vertretungsbedarf wird jedoch nicht nur durch die Ungewissheit bestimmt, in welchem Umfang und für welche Zeitdauer bestehende Beschäftigungsverhältnisse suspendiert sein werden, sondern auch von der Entwicklung des tatsächlichen Arbeitsanfalls. Das erfordert eine zusätzliche Prognose zum tatsächlichen Arbeitskräftebedarf auf Grund der für das jeweilige Schuljahr zu erwartenden Schülerzahlen, der Klassenstärken und der Auswirkungen organisationspezifischer Unterrichtsvorgaben. Ein Gesamtvertretungsbedarf setzt die Deckung eines tatsächlichen Lehrkräftebedarfes voraus, der ohne die Beurlaubung oder sonstige Abwesenheit von planmäßigen Lehrkräften ansonsten nicht entstanden wäre und für den an sich planmäßig angestellte Lehrkräfte auf Dauerarbeitsplätzen vorhanden sind.

2. Die Befristungsabrede kann sich auch auf die so genannte mittelbare Vertretung eines ausgefallenen Arbeitnehmers beziehen. In diesem Falle ist es jedoch Sache des Arbeitgebers im Wege der lückenlosen und schlüssigen Aufstellung einer Vertreterkette den Kausalzusammenhang von vorübergehendem Arbeitsausfall bis zum überbrückungshalber einzustellenden Befristungspersonal darzulegen.

Allein der Umstand, dass die zu vertretende Mitarbeiterin im Vertrag namentlich bezeichnet wird, sagt nicht aus, dass der



Kläger in unmittelbarer oder mittelbarer Stellvertretung für diese Mitarbeiterin eingesetzt wird.

3. Die Kammer hat wegen grundsätzlicher Bedeutung die Revision zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 30. Juni 2005, 4 Sa 238/05, Rev. eingelegt zum 7 AZR 682/05

#### 264. Befristung von Arbeitsverhältnissen, Sachgrund Haushaltsvorgabe, europarechtliche Beschränkung der Sonderrechte des öffentlichen Dienstes

1. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des letzten befristeten Vertrages war der Haushaltsplan für das Haushaltsjahr 2004 in NRW noch nicht verabschiedet worden. Aufgrund § 5 Abs. 1 LHO wurden am 04.12.03 allgemeine Verwaltungsvorschriften zur vorläufigen Haushalts- und Wirtschaftsführung im Haushaltsjahr 2004 in Kraft gesetzt.

Unter Ziffer 2.3 der Verwaltungsvorschriften war geregelt, dass Personalausgaben für Aushilfskräfte bis zur Verabschiedung des Haushaltsplanes nur bis zur Höhe von 10 % der nach Ziffer 2.2. festzustellenden Obergrenze ausgegeben werden durften.

2. Ziffer 2.3. der Verwaltungsvorschriften besagt lediglich, dass eine bestimmte Obergrenze der Ausgaben während der Zeit der vorläufigen Haushaltsführung nicht überschritten werden darf. Ein allgemeines Verbot, den Haushaltsgesetzgeber durch unbefristete Verträge über den Zeitpunkt der vorläufigen Haushaltsführung hinaus zu binden, ist den Verwaltungsvorschriften jedoch nicht zu entnehmen.

Auch aus dem endgültig zustande gekommenen Haushalt ergibt sich nicht, dass die Mittel des Titels 427 65 nur für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 7. Zum einen bezeichnet der Titel selber als Verwendungszweck lediglich die Vergütung von Aushilfen. Eine bestimmte Gestaltungsform des Arbeitsvertrages ist dem Titel deshalb nicht zu entnehmen. Bei den Vorbemerkungen zur Titelgruppe 65 heißt es dementsprechend auch nur, zu Lasten des Titels 427 65 sollen nur befristete Dienstverträge abgeschlossen werden. Eine ausschließliche Bestimmung zur Vergütung von Arbeitnehmern mit befristeten Arbeitsverträgen kann dem nicht entnommen werden. Vielmehr ist der Wortlaut allenfalls als Empfehlung zu verstehen oder als Wunsch. Hätte der Gesetzgeber eine zwingende Verwendung für befristete Vertragsverhältnisse vorsehen wollen, so hätte der Wortlaut lauten müssen: Zu Lasten des Titels 427 65 dürfen ausschließlich befristete Dienstverträge abgeschlossen werden.

Auch die Tatsache, dass der Haushaltsgesetzgeber vorgegeben hat, für die Erfüllung von Kundenaufträgen im Direktleihverkehr nur diejenigen Einnahmen aufzuwenden, die sich aus dem Gebührenaufkommen ergeben und keine weiteren Steuermittel hierfür zur Verfügung zu stellen, rechtfertigt die Befristung des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages nicht.

Denn die Ungewissheit über die Entwicklung von Gebühreneinnahmen ist ebenso wenig ein Befristungsgrund wie die Ungewissheit eines Bauunternehmers, ob er nach Abschluss eines Projektes einen weiteren Bauauftrag erhalten wird.

3. Selbst wenn man hinsichtlich der Auslegung der Vorbemerkung der Titelgruppe 65 im Haushalt anderer Ansicht wäre, rechtfertigt dieses nach Ansicht der Kammer keine Befristung nach § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG, da insoweit das Gesetz europarechtskonform auszulegen wäre. Denn ein Sonderrecht für den Öffentlichen Dienst, welches keine der europarechtlichen Vorgaben des § 5 Nr. 1 a – 1 c der Rahmenvereinbarung zur Richtlinie 99/70 EG erfüllt, wäre nicht zulässig. Aus diesem Grunde kann es nicht ausreichen, wenn anstelle eines materiellen Sachgrundes lediglich Haushaltsmittel für befristet Beschäftigte ausgewiesen werden. Anders als im Hochschulrahmengesetz a. F., welches den identischen Wortlaut zu § 14 Abs. 1 Nr. 7 TzBfG enthielt, enthält das TzBfG keine zeitliche Höchstgrenze, welche beim Hochschulrahmengesetz vorgesehen war. Eine europarechtskonforme Auslegung des neuen Gesetzestextes muss deshalb dazu führen, dass der haushaltsrechtlichen Vorgabe wenigstens ein dem Titel zu entnehmender Sachgrund zugrunde liegt. Die vorliegende bloße Ungewissheit über die zukünftigen Einnahmen aus dem Direktleihverkehr ist als solcher Sachgrund jedoch nicht ausreichend. Auch ist dem Titel eine zeitlich begrenzte Aufgabe oder eine zeitlich begrenzte Finanzierung, deren Enddatum bereits feststeht, nicht zu entnehmen.

Die Revision wurde wegen der allgemeinen Bedeutung des Rechtsstreits zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6. Juni 2006, 2 Sa 211/05, Rev. eingelegt zum AZ 7 AZR 419/05

#### 265. Berufung, Zulässigkeit, Elternzeit, vorzeitige Beendigung, Teilzeitarbeitsverhältnis während der Elternzeit, Ankündigungsfristen, Fürsorgepflicht, Härtefall, Erziehungsgeld

1. Wirft die Beurteilung der Zulässigkeit einer Berufung schwierige Fragen rechtlicher und/oder tatsächlicher Art auf, während aber zugleich feststeht, dass die Berufung in der Sache offensichtlich unbegründet ist, so kann die Zulässigkeit der Berufung ausnahmsweise dahingestellt bleiben.

2. Auch wegen eines besonderen Härtefalles im Sinne von § 1 V BERzGG kann die Elternzeit nur mit einer Ankündigungsfrist von mindestens 4 Wochen vorzeitig beendet werden.

3. Hat der Arbeitnehmer während der Elternzeit zunächst nicht gearbeitet und will er dann noch während der Elternzeit eine Teilzeitarbeit (wieder) aufnehmen (§ 15 Abs. 4 u 5 BERzGG), so gelten hierfür dieselben Ankündigungsfristen, die auch bei der Inanspruchnahme der Elternzeit selbst zu beachten sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 22. Dezember 2004, 7 Sa 879/04



### 266. Betriebliche Altersversorgung, Auslegung einer Anpassungsklausel

Die Klausel eines Ruhevertrages, mit dem Wortlaut „bei Erhöhung oder Ermäßigung des Tarifgehalts T6/4 des Tarifvertrags für die Angestellten in der Metallindustrie Nord-Württemberg/Nord-Baden erhöhen bzw. ermäßigen sich entsprechend das Ruhegehalt, das Witwengeld und die Waisenrente“, umfasst keine Sonder- und Einmalzahlungen. Dies ergibt sich aus der Auslegung der Klausel gemäß §§ 133, 157 BGB im Hinblick auf deren objektiven Erklärungsgehalt ausgehend vom Wortlaut der Klausel.

Die Vertragsparteien haben nicht geregelt, dass sich Erhöhungen oder Ermäßigungen „des Tarifgehalts“ und damit aller tarifvertraglich geregelten Gehaltsbestandteile auf das Ruhegehalt des Klägers auswirken sollen, sondern dass entsprechende Änderungen „des Tarifgehalts T6/4 des Tarifvertrages“, dem nach den jeweils geltenden Gehaltstabellen immer konkrete Geldbeträge zugeordnet waren, maßgeblich sein sollen. Dies legt die Auslegung nahe, dass die Vertragsparteien ausschließlich an Veränderungen des Tabellenwertes, den der jeweils gültige Gehaltstarifvertrag für das 4. Beschäftigungsjahr der Tarifgruppe T6 ausweist, anknüpfen wollten. Hierfür spricht auch die Verwendung des Singular („des Tarifvertrages“), womit die Vertragsparteien gerade nicht auf sämtliche Tarifverträge der Metallindustrie verwiesen haben. Gegen eine weitergehende Auslegung spricht auch, dass der maßgebliche Ruhegehaltsvertrag im vorliegenden Fall bereits 1979 und damit lange Zeit vor der erstmaligen Vereinbarung von Einmalzahlungen in der Metallindustrie geschlossen wurde. Auch die Interessenlage der Parteien bei Abschluss des Ruhegehaltsvertrags und der damit verfolgte Regelungszweck sprechen für die Auffassung der Beklagten. Die Beklagte hat mit der Regelung, die Entwicklung des Ruhegehalts solle sich entsprechend dem Tarifgehalt T6/4 entwickeln, aus guten Gründen einen ohne Schwierigkeiten zu ermittelnden Tabellenwert zur Basis der erforderlichen Berechnungen gemacht. Sie wollte damit klare Verhältnisse schaffen, was, wie die Erfahrung mit Spannungs-klauseln lehrt, unerlässlich ist.

■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 8. September 2005, 35 Ca 2814/05, Berufung wurde eingelegt

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

### 267. Betriebsübergang, Beschäftigungsanspruch, formelle Voraussetzungen, Nachweis des Betriebsübergangs einer Steuerberatungsgesellschaft

1. Die Rechtskraft des in einem Kündigungsrechtsstreits ergangenen Urteils umfasst nicht den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Beschäftigung, da er einen anderen

prozessualen Anspruch darstellt. Gegenstand der Kündigungsschutzklage ist (nur) die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlass einer ganz bestimmten Kündigung aufgelöst worden ist oder nicht.

2. Es bedarf neben der Beschäftigungsklage keiner zusätzlichen Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt auf den Beklagten übergegangen ist und mit diesem zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbesteht. Vielmehr ist der Betriebsübergang als Vorfrage im Beschäftigungsprozess zu prüfen (vgl. dazu: BAG, Urteil vom 13. Juni 1985 – 2 AZR 410/84).

3. Zu den maßgeblichen Kriterien für die Feststellung eines Betriebsübergangs gehören nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesarbeitsgerichts:

- die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs,
- der Übergang oder Nichtübergang der materiellen Betriebsmittel,
- der Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs,
- die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft,
- der etwaige Übergang der Kundschaft,
- der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und
- die Dauer einer evtl. Unterbrechung dieser Tätigkeit.

Dabei brauchen nicht alle Kriterien erfüllt zu sein, um einen Betriebsübergang anzunehmen (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Anschluss an EuGH vom 11.3.97 – RS C-13/95; zuletzt EuGH, Urteil vom 15.12.2005 – C 232/04 und C 233/04, BAG, Urteil vom 24.5.2005 – 8 AZR 333/04 –).

4. Für die Frage des Vorliegens eines Betriebsübergangs kann sich der Arbeitnehmer auf den Beweis des ersten Anscheins berufen, wenn er darlegt, dass der in Anspruch Genommene nach einer Einstellung des Geschäftsbetriebes durch den bisherigen Inhaber die wesentlichen Betriebsmittel verwendet, um einen gleichartigen Geschäftsbetrieb zu führen (vgl. BAG, Urteil vom 15.5.85 – 5 AZR 276/84; HWK/Willemsen/Müller-Bonanni, Arbeitsrechtskommentar, § 613a BGB Rn 375).

5. Ob neben den Büroräumen auch die komplette Büroeinrichtung und sämtliche Arbeitsmittel übertragen worden sind, kann dahinstehen. Bei Dienstleistungsbetrieben kann nur begrenzt auf sächliche Betriebsmittel abgestellt werden. Im Mittelpunkt stehen hier vor allem die immateriellen Betriebsmittel wie der Kundenstamm, die Kundenlisten, die Geschäftsbeziehungen zu Dritten und das Know-how des Betriebes, die Fachkenntnisse einzelner Mitarbeiter, die Einführung des Unternehmens am Markt. Die Ausstattung des Betriebes mit technischen Einrichtungen und Büromaterial tritt in ihrer Bedeutung zurück. Bei Dienstleistungsunternehmen, die üblicherweise mit ihren Kunden längerfristige Verträge abschließen, wie z. B. in der Steuerkanzlei Mandantenverträge, gehören die Beziehungen zu den Kunden zu den wesentlichen immateriellen Betriebsmitteln. Die Übertra-

## Allgemeines Vertragsrecht

gung solcher wesentlichen immateriellen Betriebsmittel stellt einen Betriebsübergang dar (vgl. LAG Nürnberg, Urteil vom 9. Dezember 1998 – 4 Sa 1059/97; juris).

Der Beklagte wollte sämtliche Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsmandate der X GmbH übernehmen, wenn die Mandanten dem zustimmten. Ob anschließend auch tatsächlich alle Mandanten die erwünschte Vertretungsvollmacht erteilt haben, kann dahinstehen. Nachdem der Kläger vorgetragen hatte, der Beklagte habe die Mehrzahl der wichtigsten Mandanten übernommen, oblag es dem Beklagten, im Einzelnen darzulegen, dass er nur eine geringfügige Anzahl der Mandate mit einem auch nur geringfügigen Umsatzvolumen übernommen hat. Eine solche Aufstellung über die übernommenen Mandate hat der Beklagte nicht eingereicht.

Für eine Betriebsübernahme spricht auch, dass der Beklagte zumindest einen erheblichen Teil der früheren Belegschaft übernommen hat, die bei der Bearbeitung der übernommenen Mandate eingesetzt werden. Dabei kann dahinstehen, ob es ein Drittel oder mehr der Arbeitnehmer sind, die zuletzt bei der X GmbH als Arbeitnehmer beschäftigt waren. Der Beklagte nutzt damit die Fachkenntnisse von bei der X GmbH eingearbeiteten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

6. Der Betriebsübergang erfolgte auch rechtsgeschäftlich im Sinne des § 613a BGB. Das Tatbestandsmerkmal Rechtsgeschäft dient allein der Abgrenzung gegenüber den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge und sollte als Auffangtatbestand keine Einschränkung des Anwendungsbereiches begründen (vgl. BAG, Urteil vom 6. Februar 1985 – 5 AZR 411/83 –). Der Betriebsübergang muss weder durch ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen früherem und neuem Betriebsinhaber noch durch ein einheitliches, auf den Erwerb des gesamten Betriebes gerichtetes Rechtsgeschäft vermittelt werden. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Betriebsüberlassung entgeltlich erfolgte (vgl. BAG, Urteil vom 15. Mai 1985 – 5 AZR 276/84 –).

Aus dem Schreiben des Beklagten vom 3. Juli 2004 ergibt sich, dass aufgrund einer Abrede die X GmbH ihre Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungstätigkeit eingestellt hat und dem Beklagten damit die Gelegenheit verschafft hat, sie zu übernehmen. Der Erwerber eines Betriebes tritt auch dann gemäß § 613a BGB in die Rechte und Pflichten aus dem im Zeitpunkt des Überganges bestehenden Arbeitsverhältnisses ein, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft rechtsunwirksam ist (vgl. BAG, Urteil vom 6. Februar 1985 – 5 AZR 411/83 –).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 13. Dezember 2005, 9 Sa 744/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Höser, Kölner Straße 2, 50226 Frechen, Tel: 02234/1820 – 0, Fax: 02234/18 20 – 10 office@hdup.de; www.hdup.de

### 268. Betriebsübergang, Haftung als notwendiger Informationsgegenstand, Recht zum Widerspruch nach vollständiger Unterrichtung, Verwirkung

1. Gemäß § 613a Abs. 6 BGB beginnt der Lauf der Monatsfrist für einen Widerspruch mit Zugang der Unterrichtung. Damit eine Unterrichtung den Lauf der Widerspruchsfrist in Gang setzen kann, muss sie den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unterrichtung, die in § 613a BGB niedergelegt sind, genügen.

Das Schreiben vom 22.10.2004 genügt diesen Anforderungen schon deshalb nicht, weil es keinerlei Hinweise auf die in § 613a Abs. 2 BGB geregelte Haftungsverteilung zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber enthält.

2. Durch die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers in § 613a Abs. 5 BGB soll sichergestellt werden, dass die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über die Folgen eines Betriebsübergangs so informiert werden, dass sie erkennen können, welche wesentlichen Änderungen sich für sie ergeben können. Nur ein derart informierter Arbeitnehmer ist nämlich in der Lage, sachgerecht darüber zu entscheiden, wie er im Hinblick auf sein Widerspruchsrecht verfährt: ob er es ausübt oder nicht oder ob er vor der endgültigen Entscheidung weiteren Rat an rechtskundiger Stelle einholt.

Dass auch über die Haftungsfragen unterrichtet werden muss (vgl. hierzu auch Urteil des BAG, vom 24.05.2005, 8 AZR 398/04, in dem bzgl. einer Unterrichtung ausgeführt wird: „Über Haftungsfragen ist aber nichts gesagt.“) ergibt sich zwingend aus dem oben aufgezeigten Zweck der Unterrichtung: Gerade bei Dauerschuldverhältnissen ist der Austausch eines Vertragspartners für die Frage der Durchsetzbarkeit bereits entstandener oder zukünftig entstehender Ansprüche von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die zu treffende Entscheidung.

Dass in dem Schreiben ausgeführt wird, die A GmbH trete mit dem Übergang des Geschäftsbereiches CI in die bestehenden unveränderten Arbeitsverhältnisse ein, suggeriert, dass sich nichts ändert und ist bezüglich der Haftungsfragen eher eine Desinformation.

Ob die Haftungsfragen im konkreten Einzelfall für die Entscheidung über eine Ausübung des Widerspruchsrechts – objektiv oder aus der Sicht des Arbeitgebers – tatsächlich eine Rolle spielen können, ist für den Umfang der Unterrichtungspflicht ohne Bedeutung: eine ordnungsgemäße Unterrichtung i. S. d. § 613a Abs. 5 BGB muss immer eine Darstellung der haftungsrechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs enthalten.

Eine absolute Zeitgrenze für den Widerspruch entsprechend § 5 Abs. 3 KSchG gibt es entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, sodass unerheblich ist, dass der Kläger erst knapp 8 Monate nach dem Betriebsübergang widersprochen hat.

Das Gesetz stellt für die Ausübung des Widerspruchsrechts keine zeitliche Höchstgrenze auf. Ausweislich des Berichtes über die Beratungen des federführenden Ausschusses zum Gesetzentwurf kann von einer planwidrigen Gesetzeslücke

## Allgemeines Vertragsrecht

keine Rede sein: das Fehlen einer zeitlichen Höchstgrenze ist keine planwidrige Gesetzeslücke, sondern Folge einer Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren gegen eine solche Grenze.

3. Der Kläger hat sein Widerspruchsrecht auch nicht verwirkt.

Es kann dahinstehen, ob ein Zeitraum von etwa 8 Monaten ausreicht, um das Zeitmoment der Verwirkung als gegeben anzusehen. Jedenfalls fehlt das Umstandsmoment.

Dass der Kläger nach dem Übergang des Betriebes auf die A GmbH für diese weitergearbeitet hat, genügt noch nicht zur Begründung des Umstandsmoments.

Im Übrigen kann bei der Frage der Verwirkung auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Schreiben vom 22.10.04 so abgefasst ist, dass es den Eindruck vermittelt, der Übergang seines Arbeitsverhältnisses habe keinerlei negative Folgen: alle bisherigen Regelungen würden weiter gelten, die Erwerberin stehe finanziell gut da und sei wirtschaftlich überlebensfähig.

Allenfalls dann, wenn der Kläger nach Kenntnis der wirtschaftlichen Schieflage der Erwerberin – unabhängig davon, ob diese tatsächlich von Anfang an bestand oder erst nach dem Betriebsübergang eingetreten ist – noch länger abgewartet hätte, käme eine Verwirkung in Betracht. Der Kläger hat aber bereits innerhalb eines Monats nach Stellung des Insolvenzantrages, sogar noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gehandelt und von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht.

■ Arbeitsgericht Solingen

vom 11. Januar 2006, 3 Ca 1864/05 lev.

eingereicht von Rechtsanwalt Harald Kaiser, Karl-Brückart-Straße 11, 51379 Leverkusen, Tel: 02171/4047-0,

Fax: 02171/4047-22

kanzlei@rae-orlowski.de; www.rae-orlowski.de

### 269. Direktionsrecht, Versetzung, Vorbildung, Fähigkeiten, Gleichwertigkeit, Weisungsbefugnis, Betriebshierarchie, Vorgesetztenfunktion

1. Eine Arbeitsvertragsklausel, die dem Arbeitgeber das Recht einräumt, dem Arbeitnehmer statt der ursprünglich vereinbarten auch eine andere Tätigkeit zu übertragen, die „seiner Vorbildung und seinen Fähigkeiten entspricht“, rechtfertigt nicht die Zuweisung von Tätigkeiten, deren Anforderungen hinter der Vorbildung und den Fähigkeiten des Arbeitnehmers zurückbleiben und mit der bisherigen Tätigkeit nicht gleichwertig sind.

2. Die Gleichwertigkeit einer Tätigkeit bestimmt sich dabei nicht nur nach dem unmittelbaren Tätigkeitsinhalt selbst, sondern auch nach deren betrieblichen Rahmenbedingungen. Dazu gehört insbesondere die Einordnung der Stelle in die Betriebshierarchie sowie die Frage, in welchem Umfang die Tätigkeit mit Vorgesetztenfunktionen verbunden ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. Dezember 2004, 7 Sa 839/04

### 270. Einstweilige Verfügung, gleichberechtigter Zugang zum Öffentlichen Dienst, unzulässige Bewerbungsbeschränkung, Erledigung, Anwaltsbestellung, Kostenerstattungspflicht

1. Der Erlass des Schulministeriums NRW vom 16.12.03 in der Fassung vom 9.7.04, wonach Lehrkräfte erst nach einer Mindestbeschäftigungszeit von 5 Jahren in einem Dauerbeschäftigungsverhältnis im aktiven Schuldienst des Landes NRW an allen Ausschreibungsverfahren um A 13 Z – BBesO – Stellen teilnehmen dürfen, verstößt gegen Art 33 II GG (Anschluss an LAG Düsseldorf v 25.2.2004, 12 Sa 1750/03).

2. Hat das Arbeitsgericht über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entschieden und der unterlegene Antragsteller hiergegen Beschwerde eingelegt, so besteht in dem Verfahren vor dem LAG kein Anwaltszwang, es sei denn, das Beschwerdegericht ordnet eine mündliche Verhandlung an.

3. Es ist zur „zweckentsprechenden Rechtsverteidigung“ i.S.v. § 91 I 1 ZPO in aller Regel nicht erforderlich, noch einen Anwalt zu mandatieren, nachdem der Antragsteller das Verfahren bereits für erledigt erklärt hat.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 23. Februar 2005, 7 Ta 12/05

### 271. Elternzeit, kein Zustimmungserfordernis bei Ausdehnung über die ursprünglich benannte Zeit bis zu drei Jahren

1. Verlangt eine Arbeitnehmerin, die zunächst nach der Geburt ihres Kindes Elternzeit von zwei Jahren beansprucht hat, sofort anschließend die weitere Elternzeit bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes, stellt dies keine zustimmungspflichtige Verlängerung der Elternzeit dar. Allein das fristgemäß und formgerecht erklärte Verlangen bewirkt, dass sich die Arbeitnehmerin auch für diesen Zeitraum in Elternzeit befindet.

2. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts und der Beklagten handelt es sich bei dem Verlangen der Klägerin, ihr auch für das 3. Jahr nach der Geburt des Kindes M Elternzeit zu gewähren, nicht um eine Verlängerung der Elternzeit, sondern um die Geltendmachung i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 1 BErzGG.

Maßgebende gesetzliche Bestimmung ist § 16 BErzGG in der Fassung vom 09.02.2004, gültig ab 01.01.2004. Danach müssen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Elternzeit, wenn sie unmittelbar nach Geburt des Kindes oder nach der Mutterschutzfrist beginnen soll spätestens 6 Wochen, sonst spätestens 8 Wochen vor Beginn schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb von 2 Jahren sie Elternzeit nehmen werden. Die Erklärungsfrist von 2 Jahren bezieht sich dabei auf den zeitlichen Rahmen, innerhalb derer die Elternzeit, welche mit dem betreffenden Verlangen geltend gemacht wird, genommen werden soll. Diese Regelung soll dem Arbeitgeber für 2 Jahre Planungssicherheit geben. Innerhalb dieser 2

## Allgemeines Vertragsrecht

Jahre kann eine Verlängerung oder Verkürzung nur mit Zustimmung des Arbeitgebers erfolgen.

Der Anspruch auf Elternzeit besteht nach § 15 Abs. 2 BErzGG bis zur Vollendung des 3. Lebensjahres.

Die mit der Novelle Anfang 2001 gleichzeitig eingeführte Zwei-Jahres-Frist begrenzt die für Arbeitnehmer und Arbeitgeber verbindliche Festsetzung des Erziehungsurlaubs auf den Zeitraum von 2 Jahren. Da der flexibilisierte Erziehungsurlaub in zulässigem Rahmen und mit Zustimmung des Arbeitgebers bis zum 8. Geburtstag des Kindes verteilt werden kann, lässt sich von den Eltern nicht erwarten, dass sie bereits bei Beginn des Erziehungsurlaubs alle zulässigen Zeitabschnitte bis zum 8. Lebensjahr verbindlich festlegen. Für einen Zeitraum von 2 Jahren ist eine solche Verpflichtung aber angemessen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Bestimmung also nicht das Recht eines jeden Elternteils, innerhalb des regelmäßigen Zeitraums der Elternzeit von 3 Jahren sich für die gesamte Elternzeit zu entscheiden, die innerhalb der 3 Jahre nach der Geburt des Kindes liegen, beschneiden. Vielmehr hat er lediglich verlangt, dass der Arbeitnehmer die entsprechenden Ankündigungsfristen einhält und mit seiner Erklärung eine für einen Rahmen von 2 Jahren verbindliche zeitliche Festlegung abgibt. Eine Einschränkung dahin gehend, dass die Eltern sich auf maximal 2 Jahre festlegen können, eine weitere Inanspruchnahme der Elternzeit innerhalb der Regelfrist des § 15 Abs. 2 Satz 1 BErzGG der Zustimmung des Arbeitgebers bedarf, lässt sich aus dem Gesetz nicht herleiten.

Soweit ersichtlich vertritt lediglich *Dörner* im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., § 16 BErzGG Rn 9 die Auffassung, der Arbeitnehmer müsse bedenken, dass sowohl eine Verlängerung der Elternzeit im Anschluss an die zweijährige Arbeitspause also auch die Übertragung des letzten Teilabschnitts auf die Zeit nach Vollendung des 3. Lebensjahres des Kindes der Zustimmung des Arbeitgebers bedürfe. Diese Auffassung ist angesichts der oben aufgezeigten Begründung nicht zutreffend.

3. Die Kammer hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung die Revision zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 4. November 2004, 4 Sa 606/04, Rev. zugel.

### 272. Elternzeit, Teilzeit, betriebliche Hinderungsgründe, einstweilige Verfügung

Leitsätze des Einreichers:

1. Stellt der Arbeitnehmer für seine Elternzeit ein Teilzeitverlangen, sind betriebliche Gründe nur im Ausnahmefall als Hinderungsgrund anzuerkennen.

2. Der Arbeitgeber muss darlegen können, dass er alle Möglichkeiten der betrieblichen Organisation geprüft hat und eine Reduzierung der bisherigen Arbeitszeit anstelle des vom Gesetz ohne Einschränkung vorgesehenen Totalausfalls für die Dauer der Elternzeit nicht machbar ist.

3. Der Tatbestand einer vollständigen Auslastung des Arbeitnehmers, der den Teilzeitwunsch einbringt, ist unbeachtlich, solange es dem Arbeitgeber möglich ist, seine Abläufe anders zu organisieren.

Textauszug:

#### I. Verfügungsanspruch

1. Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus § 15 Abs. 1 bis Abs. 5 BErzGG. Dass die Voraussetzungen dieser Norm gegeben sind, ist zwischen den Parteien unstreitig und braucht hier nicht erneut dargelegt zu werden.

2. Dem Anspruch des Antragstellers stehen auch keine dringenden betrieblichen Gründe im Sinne von § 15 Abs. 7 Ziffer 4 BErzGG entgegen.

Betriebliche Gründe sollen dem grundsätzlich bestehenden Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit nur im Ausnahmefall entgegenstehen. Der Arbeitgeber muss darlegen können, dass er alle Möglichkeiten der betrieblichen Organisation geprüft hat und eine Reduzierung der bisherigen Arbeitszeiten an Stelle des vom Gesetz ohne Einschränkung vorgesehenen Totalausfalls für die Dauer der Elternzeit nicht machbar ist (vgl. *ErfK/Dörner*, § 15 BErzGG Rn 25).

a) Der Einwand der Antragsgegnerin, dass jeder Betriebsingenieur die ganze Woche lang erreichbar sein müsse, hat das Gericht überzeugt. Dabei ist zunächst zu betonen, dass das Gericht mit der Antragsgegnerin davon ausgeht, dass es unverzichtbar und von größter Bedeutung ist, dass auf betriebliche Störungen schnell und qualifiziert reagiert werden kann.

Der Umstand aber, dass der Antragsteller bei einer Reduzierung seiner wöchentlichen Arbeitszeit und damit einhergehend seiner Abwesenheit von Hamburg nicht mehr die ganze Woche über außerhalb seiner Dienstzeit für einen persönlichen Einsatz erreichbar wäre, kann nach Auffassung des Gerichts nicht ausschlaggebend sein. Denn der Antragsteller muss – wie die Erörterung gezeigt hat – durchschnittlich nur einmal im Vierteljahr nach Feierabend in den Betrieb kommen.

Dass im Übrigen eine Vertretung durch Kollegen grundsätzlich möglich ist, zeigt, dass die Antragsgegnerin im Stande ist, Urlaubs- und Krankheitsfälle zu bewältigen. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass ohnehin vorgesehen ist, dass der Kläger und Herr R. sich gegenseitig vertreten.

b) Auch der Einwand, dass Herr R. bereits jetzt völlig ausgelastet sei und deshalb für eine noch weitergehendere Vertretung des Antragstellers nicht zur Verfügung stehen könne, vermochte das Gericht nicht davon zu überzeugen, dass es der Antragsgegnerin nicht möglich ist, bei einer Änderung ihrer Organisation auf den Teilzeitwunsch des Antragstellers einzugehen. Jeder vernünftige Arbeitgeber achtet darauf, dass seine Arbeitgeber ausgelastet sind. Die rechtlich entscheidende Frage lautet, ob es der Antragsgegnerin möglich ist, ihre Abläufe anders zu organisieren. Dies ist nach Auffassung des Gerichts der Fall, denn es

braucht nur beispielsweise darauf verwiesen zu werden, dass die Betriebsingenieure – und so auch Herr R. – für Projektaufgaben herangezogen werden. Bereits hier ergeben sich in der Personaleinsatzplanung Spielräume.

3. Bei der Tenorierung hat das Gericht darauf Bedacht genommen, dass den unabweisbaren betrieblichen Belangen der Antragsgegnerin ausreichend Rechnung getragen wird. Deshalb war die Verfügung auf den Antrag zu 4) zu beschränken [Hilfsantrag ohne Nennung bestimmter Wochentage, Anm. d. Einreichers]. Damit wird der Antragsgegnerin die Gelegenheit gegeben, bei der Festlegung der Wochentage ihre betrieblichen Bedürfnisse in den Vordergrund zu stellen. Ferner waren Einschränkungen zu machen für die Fälle, in denen die Anwesenheit bzw. Erreichbarkeit des Antragstellers unverzichtbar ist.

#### II. Verfügungsgrund

An den Verfügungsgrund war ein besonders strenger Maßstab anzulegen, denn immerhin ist die Verfügung auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichtet, so dass bis auf weiteres Tatsachen geschaffen werden. Auch bei Anlegung dieses Maßstabs musste ein Verfügungsgrund vorliegend jedoch bejaht werden. Der Antragsteller muss für seinen angekündigten Antrag auf Elternzeit zuvor klären, ob eine für ihn aus wirtschaftlichen Gründen unverzichtbare Teilzeitbeschäftigung in diesem Zeitraum durchsetzbar ist. Aus zeitlichen Gründen kann dies nicht im Hauptsacheverfahren erfolgen. Seine Lebensgefährtin, die Mutter des neugeborenen Kindes, lebt in E. und benötigt wegen einer Krebserkrankung seine Hilfe.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 10. August 2005, 21 Ga 5/05

eingereicht von Fachanwalt für Arbeitsrecht Jens Peter Hjort, Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg, Tel: 040/6965763, Fax: 040/2807493

hjort@anwaelte-mkhhb.de; www.arbeitnehmer-anwaelte.de

#### Anmerkung des Einreichers:

Die Entscheidung ist aus zwei Gründen bedeutsam. Erstens leistet das Gericht einen wertvollen Beitrag zur Konkretisierung der „dringenden betrieblichen Gründe“ in § 15 Abs. 7 Nr. 4 BErzGG, derentwegen der Teilzeitanspruch ausgeschlossen sein kann. Es folgt der zutreffenden engen Auffassung von *Dörner* (ErfK, 6. A., § 15 BErzGG Rn 25) und wendet diese folgerichtig auf den Fall an. Indem das Urteil die Arbeitgeberin auf bestehende Umorganisationsmöglichkeiten verweist, setzt es ein Signal, die dringenden betrieblichen Gründe nicht zur dehnbaren Leerformel werden zu lassen. Das kann nur im Sinn des Gesetzgebers sein, der die Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördern will.

Zweitens hilft das Gericht dem Arbeitnehmer aus einer Zwickmühle, indem es den für das Eilverfahren nötigen Verfügungsgrund anerkennt. Die Elternzeit muss nach § 16 Abs. 1 BErzGG spätestens acht Wochen vor ihrem Beginn schriftlich verlangt werden. Aus wirtschaftlichen Gründen sind Arbeitnehmer oft, wie auch im entschiedenen Fall, auf Teilzeittätigkeit während

der Elternzeit angewiesen. Wenn sie die Elternzeit aber beantragen, ohne vorher Gewissheit über ihren Teilzeitanspruch zu haben, riskieren sie eine praktische Beschäftigungslosigkeit. Umgekehrt dürfen sie bei verspäteter Antragstellung nicht während der geplanten Elternzeit der Arbeit fernbleiben und haben womöglich keine Zeit zur Kinderbetreuung.

Den Teilzeitanspruch im normalen Urteilsverfahren geltend zu machen, hilft selbst dann nicht, wenn das Gericht schnell entscheidet, weil sein Urteil wegen § 894 ZPO nicht vorläufig vollstreckbar ist. Dies vor Augen, hat das Arbeitsgericht den Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung bejaht.

#### 273. Entgeltfortzahlung, Fortsetzungserkrankung, Einheit des Verhinderungsfalles

1. Infolge einer Operation an ihrer Schulter war die Klägerin in der Zeit vom 29.08.2005 bis zum 09.10.2005 arbeitsunfähig erkrankt. Für diesen sechswöchigen Zeitraum zahlte die Beklagte der Klägerin das Entgelt fort. Am 10.10.2005 operierte D. die Klägerin am rechten Bein ambulant und stellte eine Erstbescheinigung über eine weitere dreiwöchige Arbeitsunfähigkeit bis zum 30.10.2005 aus.

Die Krankenkasse der Klägerin (AOK Niedersachsen) lehnte für die Zeit nach dem 09.10.2005 Leistungen ab mit dem Hinweis, dass die Klägerin auch für diesen Zeitraum Anspruch auf Entgeltzahlung durch die Beklagte habe.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass es sich bei der Operation am Bein um eine weitere neue Arbeitsunfähigkeit mit einer gänzlich unterschiedlichen Krankheitsursache handele, die nicht im Zusammenhang mit der Operation an der Schulter stehe. Die Arbeitsunfähigkeit sei auch erst wegen der Beinoperation am 10.10.2005 entstanden. Ohne diese Operation hätte die Klägerin am 10.10.2005 arbeiten können. Zuvor sei die Klägerin lediglich wegen der Schulteroperation arbeitsunfähig gewesen

2. Nach § 616 BGB, § 1 Abs. 1 S. 1 LFZG behält der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit infolge unverschuldeter Krankheit den Anspruch auf Arbeitsentgelt jeweils bis zur Verhinderungsdauer von sechs Wochen. Der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Entgeltzahlung ist aber auch dann auf sechs Wochen seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit begrenzt, wenn während bestehender Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die ebenfalls zur Arbeitsunfähigkeit führt. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer bei entsprechender Dauer der durch beide Erkrankungen verursachten Arbeitsverhinderung die Sechswochenfrist nur einmal in Anspruch nehmen (Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles, BAG, vom 2.2.1994, 5 AZR 345/93, NZA 1994, 547–548 m. w. N.).

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Diagnose und auch die Indikation für die Operation am Bein während der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Schulteroperation gestellt wurden.

Daher lagen die Gründe für die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der beiden Operationen bereits während der Arbeitsunfähig-

## Allgemeines Vertragsrecht

keit wegen der Schulteroperation vor. Eine zweite Entgeltfortzahlungsperiode über die bereits abgelaufenen sechs Wochen hinaus konnte somit nicht beginnen.

■ Arbeitsgericht Nienburg  
vom 16. Februar 2006, 3 Ca 560/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Andreas Hindahl, Lange Straße 23, 27232 Sulingen, Tel: 04271/48 18, Fax: 04271/64 37  
info@stelter-anwaelte.de; www.stelter-anwaelte.de

### Anmerkung:

Das Gericht hat die von der Klägerin im Zusammenwirken mit dem behandelnden Arzt mit der Wahl des OP-Termins liegende Absicht, zu Lasten des Arbeitgebers zu handeln, offensichtlich erkannt. (*me*)

### 274. Entgeltfortzahlung, besonders leichtfertiges Verhalten als Ursache eines Verkehrsunfalls

Der Kläger war arbeitsunfähig erkrankt. Die Arbeitsunfähigkeit beruhte auf einem Verkehrsunfall, den der Kläger vor Schichtbeginn erlitten hatte. Er befuhr mit seinem Mofa einen Weg, der nur für Fußgänger zugelassen ist, und kam in einer rechtwinkligen Kurve zu Fall. Der Fußweg ist mit Verbundpflaster gepflastert. Die Beklagte leistete keine Entgeltfortzahlung. Verschulden im Sinne des § 3 EFZG liegt vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einem groblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen in eigenem Interesse zu erwartende Verhalten beruht, dessen Folgen auf den Arbeitgeber abzuwälzen unbillig wäre (vgl. *Schmitt*, Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Aufl., Rn 111 m.z.N.) Es muss sich um ein besonders leichtfertiges, grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Arbeitnehmers handeln (vgl. *Schmitt*, a.a.O., Rn 112). Verkehrsunfälle sind in der Regel dann als selbst verschuldet anzusehen, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig Verkehrsvorschriften verletzt und hierdurch seine Gesundheit leichtfertig aufs Spiel setzt (vgl. *Schmitt*, a.a.O., Rn 147). Nach dem unstreitigen Sachverhalt liegt ein vorsätzlicher Verkehrsverstoß des Klägers vor. Dieser hat mit seinem Mofa eine durch entsprechende Beschilderung ausdrücklich nur für Fußgänger zugelassenen Verkehrsweg benutzt. Damit hat er groblich gegen das von einem verständigen Menschen zu erwartende Verhalten verstoßen. Er hat sich bewusst über eine Verkehrsregel hinweg gesetzt. Darüber hinaus ist ein mit Verbundpflaster gepflasterter Weg kein geeigneter Untergrund für das Befahren mit einem Mofa, erst recht nicht in einer rechtwinkligen Kurve eines Fußgängerweges. Durch die Benutzung dieses Weges hat der Kläger sich vorsätzlich der Unfall- und Verletzungsgefahr ausgesetzt. Hierfür hat die Beklagte nicht einzustehen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn  
vom 12. Januar 2006, 4 Ca 3285/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn, Tel: 02371 /83 55 55,  
Fax: 02371 / 83 55 56  
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

### 275. Mobbing, Abmahnung als Mobbing, Heraushebende Maßnahme erforderlich, Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitnehmer

1. Mit der Abmahnung übt der Arbeitgeber ein ihm zustehendes Rügerecht im Hinblick auf die Erbringung der Arbeitsleistung aus. Er begeht damit zunächst keinen Verstoß gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag. Dies gilt grundsätzlich auch, wenn sich die Abmahnung als unberechtigt herausstellt (vgl. LAG Köln vom 07.01.1998, 2 Sa 1014/97).

Eine Verletzung der Fürsorgepflicht liegt zumindest dann nicht vor, wenn ein verständiger Arbeitgeber die Rüge im Zeitpunkt des Ausspruchs als berechtigt ansehen durfte. Insofern handelte der Arbeitgeber dann in Wahrung berechtigter eigener Interessen.

2. Der Kläger kann auch aus dem mit „Notiz“ bezeichneten Schreiben kein Verhalten des Beklagten zu 1) ableiten, dass ihm, dem Kläger, gegenüber unter dem Begriff Mobbing zu subsumieren wäre.

Es handelt sich nach dem Inhalt der Schreiben um Arbeitsanweisungen bzw. Aufforderungen zur Art und Weise der Arbeitsdurchführung, die erkennbar nicht ausschließlich den Kläger betrafen, sondern Adressat waren weitere Arbeitnehmer. Es kann dahingestellt bleiben, ob die in den Schreiben enthaltenen Anweisungen und Aufforderungen hinreichend bestimmt sind und nach diesem Maßstab erfüllbar waren. Maßgeblich ist, dass der Kläger keine Tatsachen vorgetragen hat, nach denen er aus dem Adressatenkreis herausgelöst und in gesondertem Maße mit diesen Schreiben vom Beklagten zu 1) angefeindet, schikaniert und diskriminiert worden ist bzw. diese Schreiben vom Beklagten zu 1) gewollt diesen Zweck erfüllen sollten.

3. Dem Kläger obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Rechtsgutverletzung und den eingetretenen Schaden nach allgemeinen Regeln.

Der „gemobbte“ Arbeitnehmer, vorliegend der Kläger, ist mithin in einem gerichtlichen Prozess für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig. Dabei muss der Kläger die klagebegründenden Tatsachen, den konkreten Lebensvorgang bezüglich aller anspruchsbegründenden Tatsachen entsprechend der Substantiierungstheorie (vgl. BGH NJW 2001, S. 2633) so vortragen, dass es dem Gegner möglich ist zu erkennen, auf welche konkreten Tatsachen der Anspruchsteller sich bezieht.

Im Fall von Mobbingvorwürfen darf dem Kläger nicht erspart werden, die einzelnen Vorfälle genau in Zeitpunkt, Intensität und Häufigkeit zu substantiieren (vgl. Arbeitsgericht München, vom 25.09.2001, Az. 8 Ca 1562/01).

Die Beklagten müssen die Möglichkeit haben, die Behauptungen des Klägers umfassend auch mit Hinblick auf Beweiszugegenen überprüfen zu können, so dass sie zu ihrer Verteidigung substantiiert gegebenenfalls mit Gegenteilstatsachen bestreiten können. Das Bundesarbeitsgericht hat mit seiner Entscheidung vom 20.03.2003 (Az. 8 AZN 27/03) lediglich auf die



bisherige Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte verwiesen, wonach diese die genaue Datumsangabe der Mobbingvorwürfe nicht verlangen, sondern eine Substantiierung auch durch Schilderung der konkreten Situation mit ungefähre Zeitangabe genügen lassen.

Die Kammer geht jedoch davon aus, dass die Darlegungs- und Beweislast nicht herabgesetzt werden darf. Der gemobbte Arbeitnehmer als Kläger wird dabei auch nicht überstrapaziert. Ausgangspunkt hierbei ist, dass die Verletzungshandlungen, die in einem Prozess einen Schmerzensgeldanspruch begründen sollen, so gravierend sein müssen, dass sie zunächst subjektiv vom Arbeitnehmer als Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte auch tatsächlich so empfunden werden, dann aber auch in dieser Folge so nachhaltig in den konkreten Umständen und in der zeitlichen Einordnung sich im Gedächtnis des Arbeitnehmers niedergeschlagen haben müssen. Sofern der Arbeitnehmer, aus welchen Gründen auch immer, nicht sofort dagegen vorgehen möchte, sich insofern eine spätere gerichtliche Geltendmachung vorbehält, wird man von ihm verlangen können, dass er sich, wissend um einen möglichen Erinnerungsverlust gegebenenfalls entsprechende Aufzeichnungen macht. Dies gilt insbesondere in dem Fall, wenn, wie in dem vorliegenden Verfahren, der Arbeitnehmer Erklärungen und Verletzungshandlungen heranzieht, die sich auf einen Zeitraum von über dreieinhalb Jahren bis zur Klageeinreichung erstrecken. Dem Kläger kann eine Erleichterung seiner Darlegungslast nicht zugebilligt werden, nur weil er ohne erkennbare Hinderungsgründe über dreieinhalb Jahre eine von ihm nunmehr als unerträglich und seine Gesundheit beeinträchtigende Arbeitssituation keiner (gerichtlichen) Klärung zur Beseitigung der Beeinträchtigungen und auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgerichtet zugeführt hat, jedoch nunmehr in der Verfolgung anderer Ansprüche der Gesamtzeitraum zusammengefasst betrachtet als „Mobbing“ qualifiziert die Ansprüche tragen soll. Es kann nicht darauf verzichtet werden, dass die einzelnen Handlungen dargelegt und bewiesen werden, zumal nur mit Hinblick auf die oben angeführten Voraussetzungen für das so genannte Mobbing ein systematisches Handeln feststellbar ist. Diese Herangehensweise ist auch nur konsequent, denn in der umgekehrten Situation der Darlegungs- und Beweislast für eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Arbeitnehmer anlässlich einer verhaltensbedingten Kündigung oder Abmahnung, genügt der Arbeitgeber auch nicht lediglich mit nur pauschalen Angaben zur zeitlichen Einordnung der Vertragsverletzung, insbesondere auch mit Hinblick auf eingreifende Ausschlussfristen, wie zum Beispiel in § 626 Abs. 2 S. 1 BGB und § 15 Abs. 4 S. 1 Berufsbildungsgesetz, geregelt.

■ Arbeitsgericht Cottbus

vom 4. Januar 2006, 5 Ca 1899/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Markus Kelber, Reinhardtstraße 29, 10117 Berlin, Tel: 030 / 24 75 74 – 0, Fax: 24 24 555 berlin@zenk-com; www.zenk.com

## 276. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot, Anrechnung des Überbrückungsgeldes auf Karenzentschädigung nur monatsbezogen

1. Nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB muss sich der Handlungsgelhilfe auf die fällige Karenzentschädigung anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt.

Dabei geht es in der Regel um Erträge, die der Selbständige als Anbieter auf dem Markt durch Verkäufe von Waren oder durch Dienstleistungen erzielt. Der Wortlaut des § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB zwingt jedoch nicht zu der Annahme, dass nur solche Erträge eines Selbständigen erfasst werden. § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB stellt nicht auf die unmittelbare Herkunft der Zahlungen ab, sondern auf die Verwertung der Arbeitskraft. Maßgeblich ist dabei, dass es sich um das Ergebnis eines persönlichen Arbeitseinsatzes handelt, der durch die Beendigung des vorhergehenden Arbeitsverhältnisses erst möglich geworden ist. In diesem Verständnis ist auch das Überbrückungsgeld gem. § 57 SGB III 2003 Entgelt für eine selbständige Tätigkeit. Wesentliche Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Überbrückungsgeld ist der Einsatz der eigenen Arbeitskraft für den Aufbau einer selbständigen wirtschaftlichen Existenz.

Diese selbständige Tätigkeit musste in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Leistungsbezug aufgenommen werden. Der Gesetzgeber ging von einer Frist von einem Monat aus (BT-Drucks. 14/873 S. 12). Der Existenzgründer musste dabei zwingend im Geschäftsverkehr nach außen auftreten.

Der konkrete Umfang der selbständigen Tätigkeit, die zur Beendigung oder zum Nichteintritt von Arbeitslosigkeit führte, war in § 118 Abs. 2 Satz 1 SGB III 2003 mit mindestens 15 Wochenstunden angegeben (vgl. dazu auch *Winkler*, in: *Gaigel*, a.a.O., § 57 Rn 22; *Petzold*, in: *Hauck/Noftz SGB III*, Stand Oktober 2005, § 57 Rn 6).

Damit ist in der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit von mindestens 15 Wochenstunden ein Einsatz der eigenen Arbeitskraft zu sehen, dem für den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum von sechs Monaten das Überbrückungsgeld gegenübersteht.

2. Die Karenzentschädigung ist monatlich zu zahlen.

§ 74c Abs. 1 Satz 1 HGB, auf den die Parteien in ihrer Wettbewerbsvereinbarung Bezug genommen haben, bestimmt, dass auf die für einen bestimmten Zeitraum (hier: für einen Monat) zu zahlende Karenzentschädigung das in dieser Zeit anderweitig erzielte Einkommen aus der Verwertung der Arbeitskraft angerechnet wird. Damit ist eine Gegenüberstellung der Einnahmen aus anderweitiger Tätigkeit einerseits und der zu zahlenden Karenzentschädigung andererseits für einen größeren oder den gesamten Zeitraum des Wettbewerbsverbots nicht zulässig; die Anrechnung erfolgt pro rata temporis, anders als bei der Anrechnung anderweitig erzielten Verdienstes nach § 615 Satz 2 BGB (BAG, 16. Mai 1969 – 3 AZR

## Allgemeines Vertragsrecht

137/68 – BAGE 22, 6, 14 f.; 23. Februar 1999 – 9 AZR 739/970 – BAGE 91, 56, 62 f.; MünchKomm-HGB/von Hoyningen-Huene, 2. Aufl., § 74c Rn 22). Die durch das Landesarbeitsgericht vorgenommene "Gesamtabrechnung" unter Einbeziehung des Zeitraums von Oktober bis Dezember 2003 ist daher nicht zulässig.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 16. November 2005, 10 AZR 152/05

eingereicht von Rechtsanwalt Alexander Krafft, Schillerstraße 57, 74613 Öhringen, Tel: 07941/60 75–0, Fax: 07941 / 60 75 99 info@advoca.de; www.advoca.de

### 277. Private Nutzung von Internet und Telefon des Arbeitgebers

Ob und in welchem Umfang die Benutzung betrieblicher Kommunikationseinrichtungen wie Internet und Telefon zu privaten Zwecken arbeitsvertragswidrig ist, richtet sich primär nach den arbeitsvertraglichen Regelungen. Fehlt eine solche Regelung, so kann der Arbeitnehmer in der Regel berechtigter Weise von der Duldung derartiger Handlungen in angemessenem Umfang ausgehen.

Die Benutzung betrieblicher Kommunikationseinrichtungen – auf die private Internetnutzung sind die zu Privattelefonaten entwickelten Grundsätze unter Beachtung einiger hier nicht relevanter Besonderheiten nach verbreiteter Ansicht weit gehend übertragbar (vgl. ArbG Wesel, v. 21.03.2001–5 Ca 4021/00; ArbG Düsseldorf, 01.08.2001–4 Ca 3437/01; Ernst, NZA 2002, 585 ff. m. w. N.) – ist nicht grundsätzlich arbeitsvertragswidrig; ob und in welchem Umfang sie eine Pflichtverletzung darstellt, richtet sich primär nach den arbeitsvertraglichen Regelungen, insbesondere nach dem Bestehen eines Verbots durch den Arbeitgeber.

Fehlt eine solche ausdrückliche Regelung, so kann der Arbeitnehmer in der Regel berechtigterweise von der Duldung derartiger Handlungen ausgehen (ArbG Frankfurt a.M., v. 02.01.2002–2 Ca 5340/01; ArbG Wesel, v. 21.03.2001–5 Ca 4021/00). Die Gestattung des Arbeitgebers zur Privatnutzung von im Betrieb vorhandenen technischen Einrichtungen in angemessenem Umfang durch die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer stellt eine im Privat- und Arbeitsleben sozialtypische Erscheinung dar, da Kommunikationshandlungen häufig termingebunden sind und der Arbeitnehmer während der Dauer seines Aufenthaltes im Betrieb private Kommunikationsmittel nicht oder nur eingeschränkt einsetzen kann (ArbG Frankfurt a.M. a. a. O.). Zudem ist insbesondere das Telefonverhalten der Arbeitnehmer durch die dem Arbeitgeber regelmäßig zur Verfügung stehenden Verbindungsnachweise kontrollierbar.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 11. Februar 2005, 4 Sa 1018/04

### 278. Schadensersatz wegen Betruges – Mithaftung von Gehilfen

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

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 17. Januar 2005, 9 (2) Sa 679/02, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 8 AZN 239/05

### 279. Schadensersatz; Hinweispflichten des Arbeitgebers

§ 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III (Juris: SGB 3) enthält keine konkrete, bei Verletzung durch den Arbeitgeber einen Schadensersatz auslösende Pflicht zur Information des Arbeitnehmers, sondern nur einen allgemeinen Programmsatz.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 29. April 2005, 13 SHa 724/05

### 280. Sozialauswahl, Berechnung der Betriebszugehörigkeit

Schließt der Insolvenzverwalter eines insolventen Betriebes mit sämtlichen Arbeitnehmern Aufhebungsverträge mit geringen Abfindungen (hier 20% eines Monatsgehaltes) und werden die Arbeitnehmer unmittelbar im Anschluss an den vereinbarten Ausscheidenszeitpunkt von einem Betriebsübernehmer wieder eingestellt, so ist die bisherige Betriebszugehörigkeit trotz des Aufhebungsvertrages im neuen Beschäftigungsverhältnis anzurechnen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 19. April 2005, 6 Sa 897/04

### 281. Verfallklausel, Ausschlussfrist, Verwirkung durch Abrechnungserteilung

Dem Kläger steht der geltend gemachte Lohnzahlungsanspruch gemäß § 611 BGB in voller Höhe zu. Dieser Anspruch ist insbesondere nicht durch die im Arbeitsvertrag vereinbarte Ausschlussklausel verwirkt. Auf die Frage der Wirksamkeit einer entsprechenden Klausel in einem Formularvertrag oder einer einzelvertraglichen Regelung kommt es im vorliegenden Fall nicht an.

Wie der Kläger zu Recht vorträgt, ist ihm vom Beklagten eine Abrechnung erteilt worden. Weiterhin ist vom Beklagten (schriftlich) die Auszahlung des Lohnes angekündigt worden. Es verstößt nach Ansicht des Gerichts gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn der Beklagte sich anschließend auf eine nicht rechtzeitige Geltendmachung oder eine nicht rechtzeitig erhobene Klage beruft. Hat der Arbeitgeber zunächst eine Abrechnung erteilt, so hat er damit auch zu-

mindest dem Grunde nach den Anspruch des Arbeitnehmers anerkannt. Er kann daher in seinen betrieblichen Planungen mit der entsprechenden Auszahlung rechnen und kennt zu diesem Zeitpunkt in der Regel auch schon ggf. bestehende Gegenforderungen.

■ Arbeitsgericht Nienburg  
vom 19. Januar 2006, 3 Ca 512/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Andreas Hindahl, Lange Straße 23, 27232 Sulingen, Tel: 04271/48 18, Fax: 04271/64 37  
info@stelter-anwaelte.de; www.stelter-anwaelte.de

## 282. Vertragsstrafenabrede

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe zu. Die Vertragsregelung lautet:

„Sollte Herr F. die vereinbarte Kündigungsfrist nicht einhalten oder ihn ein Verschulden an einer fristlosen Entlassung treffen, so steht der Firma ein Anspruch auf Ersatz des ihr verursachten Schadens zu. Dieser Schadensersatzanspruch wird ohne Rücksicht auf den tatsächlich entstandenen Schaden in beiderseitigem ausdrücklichen Einvernehmen pauschalisiert und zwar so, dass Herr F. im Falle des vorzeitigen Austrittes ohne wichtigen Grund oder einer begründeten fristlosen Entlassung der Firma als Entschädigung den gleichen Betrag schuldet, den die Firma an Herrn F. als Kündigungsentschädigung zahlen müsste, jedoch höchstens drei Monatsgehälter. Herr F. anerkennt ausdrücklich die Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung. Diese ist mit der Auflösung des Dienstverhältnisses fällig.“ Aus dieser Vereinbarung kann der eingeklagte Zahlungsanspruch nicht abgeleitet werden, da die geregelte Rechtsfolge nicht hinreichend klar und bestimmt ist. Eine Vertragsstrafenregelung muss aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hinreichend bestimmt sein, damit sie wirksam wird (vgl. BAG, Urt. v. 5.2.1986 – 5 AZR 564/84 = AP Nr. 12 zu § 339 BGB; LAG Berlin, Urt. v. 20.8.2004 – 9 Sa 877/04 = Juris).

Die Anknüpfung des pauschalisierten Schadensersatzes an eine Kündigungsentschädigung, den die Klägerin im Falle einer Kündigung zahlen müsste, führt nicht zu einem konkreten Schadensersatzbetrag; dies gilt selbst dann, wenn – wie von der Klägerin angestrebt – eine Auslegung vorgenommen wird.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Anstellungsvertrages, also im Jahr 1999, konnte sich eine Kündigungsentschädigung im Falle einer unwirksamen Kündigung durch den Arbeitgeber allenfalls aus §§ 9, 10 KSchG ergeben. Mithin ist die Höhe einer Abfindung nicht allein aufgrund einer so genannten Faustformel im Falle der gerichtlichen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses zu bestimmen.

Da im vorliegenden Fall nicht alle Umstände, die bei einer fiktiven Kündigung durch den Arbeitgeber und einem anschließenden Auflösungsantrag des Arbeitnehmers bei Gericht eine Rolle spielen würden, festgestellt werden können (zum Beispiel das Maß der Sozialwidrigkeit der Kündigung,

das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers) ist die Höhe einer von der Klägerin in diesem Fall zu leistenden Abfindung nicht bestimmbar. Ob die §§ 305 ff. BGB vorliegend anwendbar sind, kann dahinstehen.

Aus den oben bereits dargestellten Gründen würde es der streitgegenständlichen Vertragsstrafenregelung an der notwendigen Klarheit und Verständlichkeit fehlen. Aufgrund des hieraus resultierenden Verstoßes gegen das gesetzliche Transparenzgebot wäre die Vereinbarung also auch in diesem Zusammenhang unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 13. Juli 2005, 9 Sa 252/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Torsten Gilles, Eisenbahnstraße 73, 67655 Kaiserslautern, Tel: 0631/35 47 80,  
Fax: 0631/35 47 820  
kanzlei@aer-kl.de; www.aer-kl.de

## 283. Wirksamkeit einer arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklausel

1. Eine arbeitsvertragliche Rückzahlungsklausel, die generell auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt, unabhängig davon, aus welchen Gründen das Arbeitsverhältnis beendet wird, ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Die streitgegenständliche Rückzahlungsklausel verpflichtet den Beklagten zur Rückzahlung, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Bindungsfrist von 2 Jahren ab Ausbildungsende beendet wird, unabhängig davon, wer das Arbeitsverhältnis beendet und unabhängig davon, aus welchen Gründen das Arbeitsverhältnis beendet wird. Nach dem Wortlaut der Rückzahlungsklausel würde somit eine Rückzahlungspflicht des Beklagten auch bei betriebsbedingter Kündigung des Arbeitgebers bestehen. Eine solche Rückzahlungsklausel stellt keinen angemessenen Interessenausgleich dar, sie entspricht nicht einem billigen Interesse des Arbeitgebers.

Die Unwirksamkeit der zwischen den Parteien vereinbarten Rückzahlungsklausel ergibt sich aus § 307 Abs. 1 BGB, da sie den Beklagten entgegen dem Gebot von Treue und Glauben unangemessen benachteiligt. Die Rechtsfolge einer Unwirksamkeit nach § 317 Abs. 1 BGB ergibt sich aus § 306 Abs. 2 BGB. Nach dieser Bestimmung richtet sich der Inhalt des Vertrages, soweit eine Bestimmung nicht Vertragsbestandteil geworden ist oder unwirksam ist, nach den gesetzlichen Vorschriften. Eine nach § 306 Abs. 2 anzuwendende gesetzliche Regelung für den Fall der Unwirksamkeit einer Rückzahlungsklausel über Aus- und Fortbildungskosten besteht nicht. Daher wurde die Klage abgewiesen.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg  
vom 26. Juli 2005, 22 Sa 91/04, Rev. eingelegt  
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel: 0711/22 41 99-0,  
Fax: 0711/22 41 99-79, www.shp-anwaltskanzlei.de,  
E-Mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

## Kündigungsschutzrecht

### Kündigungsschutzrecht

#### 284. Abfindungshöhe

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

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

#### 285. Abwicklungsvertrag, Unterschied zum Aufhebungsvertrag, Schriftform, vorfristige Kündigung des Arbeitnehmers, Einverständnis des Arbeitgebers

1. Der Arbeitnehmer kann während der Elternzeit zu jedem anderen Termin als gerade dem Ende der Elternzeit unter Ausnutzung der allgemein geltenden Kündigungsfristen kündigen.

2. Kündigt der Arbeitnehmer mit einer kürzeren Frist als § 19 BErzGG vorsieht und erhebt der Arbeitgeber keine Einwendungen, dann ist das Arbeitsverhältnis als wirksam beendet anzusehen. Dem Arbeitgeber steht es – wie auch sonst – frei, nach Zugang der Kündigung auf die Einhaltung der Frist zu verzichten. Dem steht nicht § 623 BGB entgegen, da das Einverständnis des Arbeitgebers sich nicht auf einen Aufhebungs-, sondern allenfalls auf einen Abwicklungsvertrag richtet.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 21. Juni 2005, Az: 79 Ca 7822/05

#### Anmerkung:

Diese Entscheidung ist ersichtlich nach dem Motto ergangen, dem Manne / der Frau muss geholfen werden. Sie ist kaum vorstellbar, hätte es sich um eine arbeitgeberseitige Kündigung gehandelt. Ein Abwicklungsvertrag regelt, was aus einer wirksamen Vertragsbeendigung folgt, nicht aber die Beendigung selbst. In Betracht käme hier allenfalls eine Verwirkung späterer Einwände des Arbeitgebers. (*me*)

#### 286. Allgemeiner Feststellungsantrag zum Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses, kein besonderes Feststellungsinteresse erforderlich (gegen BAG)

Das Bundesarbeitsgericht steht auf dem Standpunkt, dass ein Arbeitnehmer, der – wie hier die klagende Partei – dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes unterliegt, wegen der Formulierung des Klageantrages in § 4 KSchG für einen darüber hinausgehenden allgemeinen Feststellungsantrag i. S.v. § 256 ZPO ein besonderes Feststellungsinteresse vortragen muss.

Dem folgt die Kammer nicht. § 4 KSchG schreibt dem Arbeitnehmer keine Formulierung seines Klageantrages vor. Selbst wenn dies so wäre, folgte daraus nichts für das Rechtsschutzinteresse des § 256 ZPO, denn der Gesetzgeber wollte den

Arbeitnehmer, der unter den Geltungsbereich des KSchG fällt, nicht schlechter stellen, als Arbeitnehmer, die die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht erfüllt haben, oder in einem Kleinbetrieb gem. § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigt sind, oder als Geschäftsführer und andere Personen, die keine Arbeitnehmer sind.

In der Sache verkennt das Bundesarbeitsgericht, dass der so genannte „punktueller Streitgegenstand“ i. S.v. § 4 KSchG nicht neben dem des § 256 ZPO steht, sondern als Teilmenge in ihm enthalten ist.

■ Arbeitsgericht Bielefeld  
vom 29. März 2006, 3 Ca 38/06  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Heinrich Gussen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenrück, Tel: 05242 / 9204–0, Fax: 05242/9204–48  
rechtsanwaelte@societaet-phg.de; www.societaet-phg.de

#### 287. Änderungskündigung vor Beendigungskündigung

1. Steht die Reduzierung des Beschäftigtenbedarfs fest, muss der Arbeitgeber nach dem sog. Ultima ratio-Grundsatz prüfen, ob er den Arbeitnehmer anderweitig beschäftigen kann, und zwar zu gleichen oder zu veränderten Bedingungen, unbefristet oder befristet.

2. Besteht eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit, die gemessen an der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung eine Vertragsänderung voraussetzt, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein konkretes Änderungsangebot unterbreiten und dabei unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis beenden werde, wenn sich der Arbeitnehmer mit den geänderten Bedingungen nicht einverstanden erklärt.

3. Der Ausspruch einer Änderungskündigung ist nur dann entbehrlich, wenn

- a) die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit vom Standpunkt eines objektiv urteilenden Arbeitgebers gemessen an dem ursprünglichen vertraglichen Anforderungsprofil sowie dem wirtschaftlichen und sozialen Status des Arbeitnehmers schlechterdings nicht in Betracht kommt (§ 242 BGB),
- b) oder der Arbeitnehmer eine geeignete Tätigkeit nach angemessener Überlegungszeit vorbehaltlos und endgültig abgelehnt hat.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 19. April 2004, 5 Sa 956/03

#### 288. Änderungskündigung, fristgerecht mit vorfristiger Änderung des Arbeitsplatzes

1. Nach einem Betriebsübergang, dem die Arbeitnehmer widersprochen hatten, wollte der Arbeitgeber sie gewerbsmäßig an den Betriebsübernehmer verleihen und zu einem fristgerechten Zeitpunkt auf sie einen dafür geschaffenen Tarifvertrag anwenden. Beides verband er mit einer Änderungskündigung.

2. Während die Kündigung der Beklagten unter Beachtung

der tarifvertraglichen Kündigungsfrist zum 30. September 2004 ausgesprochen worden ist, soll das von ihr unterbreitete Änderungsangebot bereits zum 01. Juli 2004 wirksam werden. Die Beklagte macht damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen davon abhängig, dass der Kläger im Ergebnis auf drei Monate der ihm zustehenden Kündigungsfrist verzichtet. Die Beklagte ist jedoch bei der ordentlichen Änderungskündigung gehalten, die Kündigungsfrist zu beachten und geänderte Arbeitsbedingungen auch erst für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist anzubieten. Eine vorzeitige Änderung der Arbeitsbedingungen vermag der Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers ausschließlich durch Ausspruch einer außerordentlichen Änderungskündigung durchzusetzen (im Ergebnis ebenso LAG Köln Urteil vom 21. Juni 2002 – 11 Sa 1418/01 – NZA-RR 2003, 247; im selben Sinne offenbar auch BAG, Urteil vom 21. April 2005 – 2 AZR 244/04 – EzA-Schnelldienst Nr. 20/2005, S. 6 = DB 2005, 2250, zu 4. c) ee) und ff) der Gründe), eine solche ist hier indes nicht ausgesprochen.

Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer muss bei Ausspruch einer ordentlichen Änderungskündigung billigerweise bis zum Ende der Kündigungsfrist keine Änderungen hinnehmen. Die Kündigungsfrist bei einer ordentlichen Kündigung (Änderungskündigung) soll gerade den Bestand und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses bis zu deren Ende schützen und garantieren.

Die von der Berufung angeführten Argumente sind nicht geeignet, zu einem gegenteiligen Ergebnis zu führen. Der von der Beklagten gewählte Termin für den Betriebsübergang, der nach ihrem Vortrag vorliegt, stellt allenfalls eine selbst produzierte Zwangslage dar, und dies rechtfertigt keine Durchbrechung der dargestellten Grundsätze.

3. Eine Auslegung des Änderungsangebotes der Beklagten in dem Sinne, dass es erst zum 30. September 2004 wirksam werden sollte, ist hier nicht möglich. Die klagende Partei konnte und musste das Angebot nicht so verstehen (§§ 133, 157 BGB), dass eine Änderung in Wahrheit erst zum 30. September 2004 gemeint und gewollt war. Dagegen spricht schon, dass es der Beklagten erkennbar darauf ankam, die Änderung zeitgleich mit dem Betriebsübergang – dieser ist jedenfalls aus Sicht der Beklagten gegeben – zum 01. Juli 2004 umzusetzen und durchzusetzen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 13. September 2005, 15 Sa 253/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Gottfried Krutzki, Sandweg 9, 60316 Frankfurt/Main, Tel: 069/49 03 92, Fax: 069/44 94 14  
Krutzki@sandweg9.de

#### Anmerkung:

Eine Revision läuft beim Bundesarbeitsgericht unter dem Aktenzeichen 2 AZR 120/06. (me)

### 289. Änderungskündigung, außerordentliche und ordentliche zur Vereinheitlichung von Vergütungsbedingungen

Eine fristlose Änderungskündigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dann sozial gerechtfertigt, wenn neben der für den Arbeitgeber unabweisbar notwendigen alsbaldigen Änderung der Arbeitsbedingungen diese auch dem Gekündigten zumutbar sind. Diese beiden Voraussetzungen haben kumulativ vorzuliegen (BAG, Urteil vom 21.06.1995 – 2 ABR 28/94 – AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969).

Die Vereinheitlichung eines Vertriebssystems ist keine solche Änderung der Arbeitsbedingungen, die für den Arbeitgeber unabweisbar im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist. Es mag für die Beklagte zwar zusätzlichen Arbeitsaufwand ergeben, wenn sie für nur einen ihrer 130 Außendienstler andere Abrechnungsmodalitäten zugrunde legen muss. Eine im Ergebnis derartig dringende Notwendigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts stellt dies jedoch nicht dar.

2. Auch die fristgerechte Änderungskündigung vom 18.11.2005 hat die Arbeitsbedingungen der Parteien nicht geändert. Sie ist ebenfalls nicht sozial gerechtfertigt.

Zwar mag es für die Beklagte aus abrechnungstechnischen Gründen einfacher sein, wenn alle ihre Mitarbeiter ein einheitliches Fixum in Höhe von 2.000,00 EUR erhalten. Jedoch rechtfertigt eine solche Vereinfachung es nicht, das Fixum des Klägers um ein Drittel zu reduzieren, sein Vertriebsgebiet zu verkleinern und seine Provisionssätze zu verändern. Es hätte der Beklagten schon obliegen, dem Gericht im Einzelnen mitzuteilen, welche wirtschaftlichen Überlegungen ihrerseits, die unter Umständen als betriebsbedingte Gründe hätten anerkannt werden können, hinter ihrer Entscheidung stehen. Einen solchen Sachvortrag hat die Beklagte in dem Verfahren jedoch nicht geliefert.

■ Arbeitsgericht Duisburg  
vom 16. Februar 2006, 2 Ca 2624/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek, Düsseldorfer Straße 21, 40678 Ratingen, Tel: 02102 / 711 40 – 12, Fax: 02102 / 711 404  
perlitz@matyssek-kirchmann.de

### 290. Auflösende Bedingung, Versetzungsklausel

Die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer Reinigungskraft bei Wegfall des Reinigungsauftrags) ist jedenfalls dann unwirksam und sachlich nicht gerechtfertigt, wenn im Arbeitsvertrag zugleich eine allgemeine Versetzungsklausel vereinbart wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 7. April 2005, 5 Sa 1468/04, Nichtzulassungsbeschwerde  
eingelegt zum AZ 7 AZN 595/05

## Kündigungsschutzrecht

### 291. Auflösungsantrag des Arbeitgebers, Leiter der internen Revision, mangelnde Eignung bei Verkennung der Sorgfaltspflichten

Erklärt der Leiter der internen Revision eines Konzerns in seinem Kündigungsschutzprozess, er habe bei einer Kassenprüfung einer Konzerngesellschaft nur die rechnerische Übereinstimmung zwischen Kassenbestand und Kassenbuch festgestellt, dagegen sei es nicht seine Aufgabe gewesen, eine kurz vor der Prüfung ausgestellte Quittung über eine Barauszahlung an den Geschäftsführer der Konzerngesellschaft, auf der kein Verwendungszweck angegeben worden sei, auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen, so kann dies auf eine fehlende Eignung schließen lassen und jedenfalls einen Auflösungsantrag rechtfertigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 19. April 2005, 9 (6) Sa 1059/04, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 2 AZN 727/05

### 292. Außerordentliche Kündigung, verhaltensbedingt, Beleidigung durch Betriebsratsmitglied als „Sklaventreiber“, § 103 BetrVG, Bedeutung einer Entschuldigung

Die Beteiligten streiten um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur außerordentlichen Kündigung seines Mitgliedes A. Der am 6. Juni 1970 geborene, verheiratete und 2 Kindern gegenüber unterhaltspflichtige Beteiligte zu 3 ist seit dem 1. Juli 1998 im Betrieb der Antragstellerin und Beteiligten zu 1 in Heppenheim als Linienhandwerker in der Abteilung Technik beschäftigt und als stellvertretender Vorsitzender Mitglied des dort gewählten Betriebsrats, des Beteiligten zu 2. In dem Betrieb sind rund 90 Arbeitnehmer tätig.

In der Zeit vom 1. August 2005 bis zum 12. August 2005 waren bei der Antragstellerin in Abstimmung mit dem Betriebsrat Betriebsferien vorgesehen. Tatsächlich wurde bei der Antragstellerin am 10. August 2005 produziert. An diesem Tag kam es in der Kantine zwischen A. und der stellvertretenden Produktionsleiterin S. zu einem Streitgespräch, nachdem S. die Linienhandwerker zur Rede stellte, weil sie gemeinsam ihre Pause nahmen.

Dabei sprachen sich A. und S. gegenseitig mit „Du“ an. Die Antragstellerin behauptet, A. habe S. angeschrien, sie solle künftig die Linie abstellen, da insgesamt Betriebsferien seien. Daraufhin habe S. geäußert, A. rege sich nur auf, weil die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen freiwillig zum Arbeiten gekommen seien. Hierauf habe A. erklärt, die Mitarbeiter, die freiwillig erschienen seien, seien doch alle blöde, S. sei keine Produktionsleiterin und beschimpfte sie wörtlich als „Sklaventreiber“. Hierauf habe S. erwidert, der Betriebsrat wolle nur das Unternehmen kaputt machen und habe die Kantine verlassen.

2. Der Antragstellerin steht kein wichtiger Grund i. S.d. § 626 Abs. 1 BGB zur Seite. Insofern kann dahinstehen, ob der von ihr behauptete Verlauf des Gesprächs des Beteiligten zu 3 mit S. zutrifft. Auch wenn man ihn als wahr unterstellt, liegt

in den vom Beteiligten zu 3 getätigten Äußerungen kein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund.

2.1. Den Vortrag der Antragstellerin zugrunde legend hat der Beteiligte zu 3 hier zwar seine das Arbeitsverhältnis betreffenden Pflichten, nämlich die Nebenpflicht, den Betriebsfrieden nicht zu stören, schuldhaft verletzt. Die Beleidigung von Vorgesetzten stellt dann, wenn sie nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den Betroffenen bedeutet, einen Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar (BAG, Urte. v. 21. Januar 1999 – 2 AZR 665/98 – RdA 2000, 109, 110; 26. Mai 1977 – 2 AZR 632/76 – AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Die Bezeichnung einer Vorgesetzten als „Sklaventreiberin“ stellt eine Formalbeleidigung dar, die als solche nicht den Schutz der Meinungsfreiheit, Art. 5 GG genießt. Dem Vorgesetzten wird mit der Bezeichnung als „Sklaventreiber“ unterstellt, er missachte in massiver Weise nicht nur Arbeitnehmerrechte, sondern Menschenrechte schlechthin. Dies hält sich nicht mehr innerhalb einer, sei es auch polemischen, Meinungskundgabe, sondern stellt eine Aberkennung des sozialen Achtungsanspruchs des Vorgesetzten dar.

2.2. Es fehlt jedoch an der auf der zweiten Stufe zu prüfenden Erforderlichkeit der Kündigung. Eine negative Prognose für den zukünftigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses folgt hier weder aus dem Bestehen einer Wiederholungsgefahr noch aus einer irreparablen Störung des Betriebsfriedens, die einer gedeihlichen zukünftigen Zusammenarbeit entgegensteht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die anzustellende Prognose ist insofern im Verfahren nach § 103 Abs. 2 BetrVG, anders als im Kündigungsschutzverfahren, der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung. Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin in diesem Zeitpunkt damit rechnen musste, A. werde (auch) zukünftig Beleidigungen gegen Vorgesetzte aussprechen, ergeben sich aus der Akte nicht. A. bestreitet die fragliche Äußerung gemacht zu haben, verteidigt sie also nicht etwa als angemessen. Dass es bereits früher zu vergleichbaren Pflichtverletzungen wie der nun behaupteten kam, sagt auch die Antragstellerin nicht.

Allein aus der – unterstellten – einmaligen Bezeichnung der S. kann nach den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht auf eine zukünftige Belastung des Arbeitsverhältnisses zwischen der Antragstellerin und A. geschlossen werden. Zum einen handelt es sich um eine Äußerung, die in einem – unabhängig vom konkreten Gesprächsverlauf – unstrittig von beiden Seiten emotional und heftig geführten Disput fiel. Auch nach dem Vortrag der Antragstellerin griff S. den A. vor der behaupteten Äußerung persönlich an, indem sie ihm unsachliche Motive für seine Kritik an der Fortführung der Produktion unterstellte, nämlich persönliche Verärgerung darüber, dass so viele Mitarbeiter freiwillig erschienen seien. Nur hinsichtlich des Zeitpunkts innerhalb des Gesprächs streitig äußerte S. zudem, der Betriebsrat wolle das Unternehmen kaputt machen, erhob ihrerseits also massive und rechtfertigungsbedürftige Vorwürfe.

## Kündigungsschutzrecht

Zum anderen fand das Streitgespräch nicht im Rahmen der Arbeitsabläufe statt, sondern während der Pause in der Kantine. Zwar waren bei dem Gespräch auch andere Mitarbeiter der Antragstellerin anwesend, es handelte sich aber nur um einen klar abgrenzbaren Kreis und nur um solche Mitarbeiter, die von den Vorwürfen selbst unmittelbar betroffen waren.

Weiterhin besteht ersichtlich zwischen A. und S. kein ausgeprägtes Hierarchiegefälle. Je geringer dieses jedoch ist, um so weniger lässt jedoch eine einmalige Beleidigung zukünftige Störungen der Zusammenarbeit befürchten. Die Beleidigung von Arbeitskollegen auf gleicher Hierarchieebene stellt deshalb erst unter besonderen Voraussetzungen überhaupt eine Verletzung auch der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar, wenn nämlich die Beleidigungen in ihrer Beharrlichkeit eine ernstliche Störung des Betriebsfriedens zur Folge haben (BAG, Urt. v. 21. Januar 1999–2 AZR 665/98, RdA 2000, 109, 110). Schließlich ergibt sich aus der Bereitschaft des A. zu erklären, dass er es bedauere, wenn sich S. durch seine Äußerung beleidigt gefühlt habe, dass er zu einer künftigen konstruktiven Zusammenarbeit mit dieser bereit ist.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 27. Januar 2006, 2 BV 7/05

eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel: 06151 / 262 64, Fax: 06151/254 61

#### Anmerkung:

Die wiedergegebene Entschuldigungsklausel kann man nur als perfide bezeichnen. Sie enthält den Vorwurf, die Beleidigte hätte sich nicht als beleidigt fühlen dürfen. Das Unrecht seines Handelns räumt der Täter damit gerade nicht ein. (me)

#### 293. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers, Massenentlassung und Europarecht

1. Wird ein Interessenausgleich mit Namensliste abgeschlossen, ist außerhalb wie innerhalb eines Insolvenzverfahrens auch die Herausnahme so genannter Leistungsträger aus der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen (§ 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG, § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO).

2. Findet der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit auf die Prüfung der sozialen Auswahl Anwendung, braucht der Arbeitgeber die Gründe für die fehlende Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern und die Ausklammerung von Leistungsträgern zunächst nur in „groben Zügen“ darzulegen.

3. Die Massenentlassungsvorschriften nach §§ 17 ff. KSchG lassen sich nicht im Sinne der Entscheidung des EuGH in Sachen Junk ./ Kühnel (Rs C – 188/03) richtlinienkonform auslegen. Für Altfälle ist jedenfalls Vertrauensschutz zu gewähren.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 10. Mai 2005, 1 Sa 1510/04, Rev. zugew.

#### 294. Betriebsbedingte Kündigung, Insolvenz, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Vergleichbarkeit

Die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl mit Namensliste nach § 125 InsO ist als Prüfungsmaßstab auch bei der Bildung der Vergleichsgruppen anzuwenden (BAG, vom 28.8.2003–2 AZR 368/02). Eine grob fehlerhafte Sozialauswahl liegt nicht vor, wenn die Gruppenbildung berücksichtigt, dass eine Umsetzung, Neuschulung und Neueinarbeitung weitgehend vermieden wird. Damit sind Mitarbeiter, die in der Vergangenheit eine Maschine noch nie bedient haben, nicht mit Mitarbeitern vergleichbar, die schon an dieser Maschine gearbeitet haben.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 2. Mai 2005, 2 Sa 1511/04 sowie Parallelentscheidung v. 2. Mai 2005, 2 (10) Sa 1527/04

#### 295. Betriebsbedingte Kündigung, Stilllegung, Insolvenz, kein Betriebsübergang durch Rekonstruktion des stillgelegten Betriebes

Hat der Insolvenzverwalter einen Betrieb vollständig zerlegt und stillgelegt, so führt eine „Rekonstruktion“ des Betriebs durch Erwerb der Betriebsmittel von Dritten durch einen neuen „Betriebsinhaber“ nicht zu einem Betriebsübergang.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 25. April 2005, 2 Sa 874/04 sowie Parallelentscheidung vom 2. Mai 2005, 2(5) Sa 1607/04; Revision eingelegt zum AZ 8 AZR 370/05

#### 296. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsübergang oder Betriebsstilllegung, Darlegungs- und Beweislast

Beruft sich der Arbeitnehmer bei einer Kündigung, auf die das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, darauf, dass ein Betriebsübergang vorliege, so hat der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass dieses nicht der Fall ist, sondern eine (beabsichtigte) Betriebsstilllegung die Kündigung sozial rechtfertigt.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 21. Januar 2005, 4 Sa 1036/04

#### 297. Betriebsbedingte Kündigung, soziale Auswahl, Leistungsträger

Die generelle Herausnahme von sog. Leistungsträgern aus der Sozialauswahl verstößt gegen § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG a.F., weil eine einzelfallbezogene Interessenabwägung stattzufinden hat. Je schwerer das soziale Interesse wiegt, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des Leistungsträgers sein (im Anschluss an BAG, 05.12.2002–2 AZR 697/01).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 24. März 2005, 6 Sa 1364/04

## Kündigungsschutzrecht

### 298. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Bedeutung der Rentennähe

Das Kündigungsschutzgesetz lässt eine Einbeziehung der durch das Lebensalter eines Arbeitnehmers bedingten Nähe zum Eintritt in den Ruhestand nicht als Auswahlkriterium für die Sozialauswahl zu.

Bei der Prüfung der Sozialauswahl ging die Beklagte im Wesentlichen davon aus, dass die Klägerin auf Grund ihres höheren Lebensalters und ihrer damit verbundenen Rentennähe die Übergangszeit mit Arbeitslosengeld überbrücken könne und somit weniger schutzbedürftig sei als die von ihr eingearbeitete lebensjüngere Mitarbeiterin.

Da die Klägerin die neuen Aufgaben auf Grund ihrer Vorkenntnisse und beruflichen Erfahrungen nach Ansicht des Gerichts erfüllen kann, greifen die üblichen Grundsätze des Kündigungsschutzgesetzes. Die danach vorgeschriebene Sozialauswahl gibt der Rechtsauffassung der Beklagten keinen Raum. Die so genannte Rentennähe führt nicht zu einer geringeren sozialen Schutzbedürftigkeit wegen des höheren Alters.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 13. Juli 2005, 12 Sa 616/05, Rev. zugel.

### 299. Betriebsbedingte Kündigung, keine Betriebsstilllegung bei Betriebsübergang nach Insolvenz auf einen „gemeinsamen Betrieb“ (Aufspaltung des bisherigen Betriebs) durch zeitlich begrenzte Abwicklungsarbeiten

1. Die Berufung ist jedoch begründet, soweit der Kläger den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten zu 4. behauptet. Dies ergibt sich bereits aus dem insoweit unstreitigen Sachvortrag der Parteien. Nach dem Vortrag des Beklagten zu 1. erfolgte eine Betriebseinstellung mit Freistellung der Arbeitnehmer zum 29.02.2004. Entsprechend hat sich auch der Notgeschäftsführer der Gemeinschuldnerin gegenüber den Arbeitnehmern geäußert. Unstreitig ist jedoch, dass auf Veranlassung der Beklagten zu 4. auch über den 29.02.2004 hinaus Arbeitsaufträge abgewickelt wurden und hierbei die Betriebsmittel der Gemeinschuldnerin genutzt wurden. Konsequenterweise hat die Beklagte zu 4. in der Folgezeit die Arbeitnehmer, mit denen sie weiterhin produziert hat, auch vergütet. Unerheblich ist, dass diese Fortführung des Betriebs nur mit einem Teil der Arbeitnehmer durchgeführt wurde. Entscheidend ist, dass die Beklagte zu 4. die betriebliche Organisation, wie sie am 29.02.2004 bestanden hat, übernahm und mithilfe der verbliebenen Arbeitnehmer und den vorhandenen Produktionsmitteln Aufträge abarbeitete. Zu diesem Zeitpunkt übte, wie sich aus dem insoweit unstreitigen Sachverhalt ergibt, weder der Beklagte zu 1. noch der Notgeschäftsführer ein möglicherweise bestehendes Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern aus. Vielmehr hatten sich beide entschlossen, den Betrieb mit der Freistellung der Arbeitnehmer sofort stillzulegen.

2. Unschädlich ist des Weiteren, dass es insoweit an einem Rechtsgeschäft zwischen dem Beklagten zu 1. als zu diesem

Zeitpunkt vorläufiger Insolvenzverwalter L oder dem Notgeschäftsführer einerseits und der Beklagten zu 4. andererseits fehlt.

Nachdem durch die Beklagte zu 4. bisher bestehende Aufträge der Gemeinschuldnerin übernommen und abgewickelt wurden, dies unter Zuhilfenahme eines erheblichen Teils der Belegschaft und unter Beibehaltung der wesentlichen Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden, kommt es nach der Rechtsprechung des BAG (so Urteil v. 11.12.1997 – NZA 98, 534) im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH zur Richtlinie Nr. 77/187 (EuGH, v. 11.3.1997 – NZA 97, 433) auf ein unmittelbares Rechtsgeschäft zwischen dem bisherigen und neuen Betriebsinhaber nicht an.

Unerheblich ist, dass die Beklagte zu 4. – von ihrem Standpunkt aus – beabsichtigte, die Produktion nur für einen begrenzten Zeitraum fortführen zu wollen. Hierauf kommt es nicht an, da jedenfalls zum Zeitpunkt 01.03.2004 ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 4. vorlag und ein Übergang nach Abwicklung der Aufträge auf ein anderes Unternehmen von ihr nicht vorgetragen wurde, gleichfalls nicht ein anderer Beendigungstatbestand.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht  
vom 3. November 2005, 14 Sa 997/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel: 06151 / 262 64, Fax: 06151/254 61

### 300. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Interessenausgleich mit Namensliste, Darlegungslast des Arbeitgebers, Aufnahme des Verfahrens nach Unterbrechung durch Insolvenz

1. Der gem. § 240 ZPO unterbrochen gewesene Rechtsstreit konnte vom Kläger nach Maßgabe des § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufgenommen werden. Das Verfahren betrifft zwar nicht unmittelbar eine Masseverbindlichkeit. Bei Masseverbindlichkeiten handelte es sich aber um Gehaltsansprüche aus der Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, diese werden jedoch durch das Kündigungsschutzverfahren vorbereitet, was zur Aufnahme des Rechtsstreits genügt.

2. Der Hinweis der Beklagten auf die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG greift auch unter Berücksichtigung des von ihr vorgelegten Interessenausgleichs zu kurz. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist, wenn sie aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG erfolgt und die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind.

Auf diese Vermutungswirkung kann sich die Beklagte nach dem Gesetzeswortlaut mithin nur stützen, wenn es sich um eine Betriebsänderung nach § 111 des BetrVG handelt. Dies hat die Beklagte zwar so ausgeführt, jedoch ihren Vortrag nicht weiter mit Tatsachen untermauert.

Angesichts des von der Beklagten unwidersprochen (§ 138



Abs. 3 ZPO) vorgetragenen Personalabbaus ist es zwar wahrscheinlich, dass es sich bei diesem Personalabbau auch dann um eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG handelt, wenn auf die reine Anzahl der Kündigungen abgestellt wird. Das Gericht kann jedoch seine Entscheidung bei der Prüfung des Vorliegens von Tatbestandsvoraussetzungen nicht auf Vermutungen aufbauen.

3. Die Kündigung vom 25.7.2005 ist aber auch aus Gründen fehlerhafter Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG rechtsunwirksam, und zwar selbst dann, wenn man insoweit zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass es sich bei dem von ihr mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Interessenausgleich um eine Betriebsänderung gem. § 111 BetrVG handelt und auch im Übrigen die Formalien eingehalten wurden. Dies hätte zur Folge, dass die Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden könnte.

Auch wenn man davon ausginge, liegt eine solche grobe Fehlerhaftigkeit hier vor.

Von einer groben Fehlerhaftigkeit in diesem Sinne ist auszugehen, wenn die getroffene Sozialauswahl unter keinem Gesichtspunkt haltbar ist, so dass unter keinem Gesichtspunkt auch nur ansatzweise zu erwägen wäre, ob die getroffene Sozialauswahl in irgendeiner Weise nachvollziehbar erscheint. Solchen Mindestanforderungen genügt die vorliegend getroffene Sozialauswahl nicht.

Der Kläger hat unwidersprochen (§ 138 Abs. 3 ZPO) beispielsweise auf die verbleibende Bezirksleiterin Sch verwiesen, die unbestrittener Maßen 25 Jahre jünger ist als der Kläger und eine um drei Jahre kürzere Betriebszugehörigkeit aufweist. Damit ist der Kläger aufgrund der für die Sozialauswahl maßgeblichen Daten Lebensalter und Betriebszugehörigkeit ohne weiteres und auf den ersten Blick erheblich sozial schutzwürdiger als die von ihm benannte Frau Sch.

Die getroffene Sozialauswahl ist nach allem grob fehlerhaft, so dass sie auch dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab des § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG nicht standhielte und daher rechtsunwirksam ist.

#### ■ Arbeitsgericht Berlin

vom 7. Februar 2006, 5 Ca 17.917/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gisbert Seidemann, Buda-  
pester Str. 40, 10787 Berlin, Tel: 030/254 591 – 61,

Fax: 030/254 591 – 66

g.seidemann@advocati.de; www.advocati.de

### 301. Betriebsratsanhörung im Allgemeinen und bei Interessenausgleich mit Namensliste

1. Die Betriebsratsanhörung gemäß § 102 BetrVG unterliegt grundsätzlich auch dann keinen erleichterten Anforderungen, wenn sie im Zusammenhang mit dem Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste steht (– im Anschluss an BAG, Urt. v. 28.08.2003, AP Nr. 134 zu § 102 BetrVG 1972).

2. Gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ist die ohne Beteiligung

des Betriebsrates erfolgte Kündigung unwirksam. Inhaltlich müssen neben den persönlichen Angaben, der Art der Kündigung, der Kündigungsfrist und dem Kündigungstermin insbesondere die Kündigungsgründe angegeben werden (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Dabei ist zu beachten, dass die Substantiierungspflicht im Kündigungsschutzprozess nicht das Maß für die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 BetrVG ist.

Die insoweit maßgeblichen Tatsachen muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat substantiiert mitteilen. Die pauschale Angabe von Kündigungsgründen oder die Angabe eines Werturteils allein genügen nicht (vgl. BAG, 27.06.1985 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 60). Angaben wie „Arbeitsverweigerung“, „hohe Krankheitszeiten“, „ungenügende Arbeitsleistung“, „fehlende Führungsqualitäten“, sind deshalb nicht ausreichend (LAG Schleswig-Holstein, v. 30.10.2002, NZA-RR 2003, 310).

Andere Anforderungen an den Umfang der Mitteilungspflicht sind allerdings dann geboten, wenn der Betriebsrat bereits vor der erfolgten Anhörung über den erforderlichen Kenntnisstand verfügt, um sich über die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe ein Bild zu machen und um eine Stellungnahme dazu abgeben zu können und dies der Arbeitgeber weiß oder nach den gegebenen Umständen jedenfalls als sicher ansehen kann (vgl. DLW/Dörner, a. a. O., D Rz 299).

3. Ist streitig, ob die Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß erfolgt ist, so trägt der Arbeitgeber dafür die Darlegungs- und Beweislast (BAG 19.08.1975 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 15).

Der Arbeitgeber erfüllt seine Darlegungspflicht nur dann, wenn er konkrete Tatsachen vorträgt, aus denen das Arbeitsgericht auf eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung schließen kann. Gegenstand des Beweises ist nicht der Rechtsbegriff „Anhörung“, sondern die ihn ausfüllenden Tatsachen. Deshalb ist der pauschale Sachvortrag, der Betriebsrat wurde ordnungsgemäß angehört, Beweis: Zeugen X, Y, ungenügend, weil nicht hinreichend bestimmt, so dass eine Beweisaufnahme nicht in Betracht kommt. Zwar richtet sich im Einzelfall der Umfang der Darlegungslast des Arbeitgebers auch nach der Einlassung des Arbeitnehmers. Gleichwohl muss der Arbeitgeber in der Regel darlegen, wann genau, durch wen, wemgegenüber und mit welchem genauen Inhalt dem Betriebsrat die Kündigungsabsicht mitgeteilt wurde. Desweiteren ist darzulegen, ob die Fristen des § 102 Abs. 1 Satz 1, 3 BetrVG eingehalten wurden oder eine fristverkürzende abschließende Stellungnahme des Betriebsrats vorliegt. Unterlässt der Arbeitgeber ausreichenden Sachvortrag in tatsächlicher Hinsicht, dann ist die Kündigung als unwirksam anzusehen, da eine Wirksamkeitsvoraussetzung nicht dargelegt ist. Den hier zu stellenden Anforderungen genügt der Arbeitgeber allerdings zunächst dann, wenn er auf die in einen Schriftsatz an das Arbeitsgericht im Einzelnen dargestellten Umstände Bezug nimmt und pauschal vorträgt, dies alles habe er dem Betriebsrat mitgeteilt (LAG Nürnberg, 04.02.2003, – 6 (5) Sa 981/01, EzA – SD 7/03, S. 12 Ls.).



Hat der Arbeitgeber insoweit die betriebsverfassungsrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung des § 102 Abs. 1 BetrVG nach diesem Maßstab hinreichend dargelegt, dann muss sich der Arbeitnehmer zu dem diesbezüglichen Tatsachenvortrag des Arbeitgebers erklären (§ 138 Abs. 2 ZPO). Er muss nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungslast deutlich machen, welche der detaillierten Angaben des Arbeitgebers er aus welchem Grund weiterhin bestreiten will. Soweit es um Tatsachen außerhalb seiner eigenen Wahrnehmung geht, kann der Arbeitnehmer sich dabei gemäß § 138 Abs. 4 ZPO auf Nichtwissen berufen; ein pauschales Bestreiten des Arbeitnehmers ohne jede Begründung genügt dagegen nicht (BAG, 16.03.2000, EzA § 626 BGB Neue Fassung Nr. 179). Je nachdem, wie substantiiert der Arbeitnehmer diesen Sachvortrag bestreitet, muss der Arbeitgeber seine Darstellung noch in weitere Einzelheiten zergliedern. Führt der Arbeitnehmer detailliert aus, bestimmte konkret genannte Punkte seien nicht mitgeteilt worden, muss der Arbeitgeber darauf eingehen. Macht er dies nicht, geht dies zu seinen Lasten (LAG Nürnberg, 04.02.2003 a. a. O.).

Auch soweit der Arbeitgeber im Prozess geltend macht, der Betriebsrat habe die maßgeblichen Kündigungsgründe bereits gekannt, darf er sich nicht mit pauschalem Sachvortrag begnügen.

Dem genügt der vom Arbeitgeber gemachte Sachvortrag „All diese Tatsachen sind dem Betriebsrat bereits bei Anhörung bekannt gewesen oder aber ihm von Frau S. im Zusammenhang mit der Anhörung mündlich mitgeteilt worden.“, nicht (LAG Köln, v. 11.01.2002, ARST 2002, 233 Leitsatz; DLW/Dörner, a. a. O., D Rz 321).

4. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste die Anhörung gemäß § 102 BetrVG nicht entbehrlich macht; die Anhörung unterliegt auch grundsätzlich keinen erleichterten Anforderungen (BAG, 20.08.2003 EzA § 102 BetrVG 2001 Nr. 4).

Diesen Anforderungen genügt das schriftsätzliche Vorbringen der Beklagten im erstinstanzlichen Rechtszug nicht. Die Beklagte hat lediglich auf ein Schreiben der Beklagten an den Betriebsrat vom 23.03.2004 verwiesen.

Im Schreiben vom 23.03.2004 wird lediglich bezüglich des Kündigungsgrundes auf „Gespräche zum Interessenausgleich“ verwiesen. Welchen Inhalt diese Gespräche hatten, was dem Betriebsrat in diesen Gesprächen konkret mitgeteilt worden ist, insbesondere bezüglich des Wegfalls einer Einsatzmöglichkeit des Klägers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz, ist nicht erkennbar, da nicht vorgetragen. Auch bezüglich der Sozialauswahl erschöpft sich das Schreiben vom 23.03.2004 darin, dass die Beklagte behauptet, alle ihr bekannten sozialen Gesichtspunkte (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienstand, soziale Verpflichtung) bei der Sozialauswahl berücksichtigt zu haben. Was sie dabei unter sozialen Verpflichtungen z. B. versteht, wird allerdings in diesem Schreiben nicht näher erläutert, ebenso wenig im weiteren schriftsätzlichen

Vorbringen im erstinstanzlichen Rechtszug. Zudem ist nicht ersichtlich, welcher auswahlrelevante Personenkreis dem Betriebsrat aus Sicht der Beklagten bezüglich der Kündigung des Klägers mitgeteilt worden ist. Auch ist nicht mitgeteilt worden, was die Beklagte unter „betrieblich unbedingt notwendige Belange“ in ihrem Anhörungsschreiben vom 23.03.2004 versteht und was sie diesbezüglich dem Betriebsrat mitgeteilt hat.

Denn auch das Vorbringen der Beklagten lässt nicht nach Inhalt, Ort, Zeitpunkt und beteiligten Personen substantiiert erkennen, wer welche Informationen wem bezogen auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger mitgeteilt hat. Dem an den Betriebsrat gerichteten Anhörungsschreiben lässt sich dies, was das Arbeitsgericht bereits zutreffend herausgestellt hat, gerade nicht entnehmen.

Auch lässt sich dies nicht aus dem vorgelegten Interessenausgleich entnehmen, dessen Präambel lediglich den Hinweis auf Umsatzeinbußen enthält und den Abbau von Mitarbeitern (20 von 85) vorsieht. Irgendein konkreter Bezug zum Arbeitsverhältnis des Klägers besteht insoweit nicht. Hinzu kommt, dass § 3 des Interessenausgleichs zunächst vorsieht, dass die Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter von der Geschäftsleitung festgelegt wird. Im Berufungsverfahren behauptet die Beklagte demgegenüber, dass darüber in den Interessenausgleichsverhandlungen eingehend mit dem Betriebsrat beraten und verhandelt worden sei. Nach § 3 des Interessenausgleichs soll demgegenüber sodann die Auswahl der Mitarbeiter vom Betriebsrat nach sozialen Gesichtspunkten geprüft werden, ohne dass die Anhörung des Betriebsrates entfällt; gleichzeitig haben die Betriebspartner jedoch eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer unterzeichnet, ohne, dass darauf im Interessenausgleich Bezug genommen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 31. Januar 2005, 7 Sa 740/04, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 6 AZN 573/05

### 302. Betriebsratsanhörung, Mitarbeitervertretung in der evangelischen Kirche Deutschland, Wiederholung einer Kündigung

1. Für die ordnungsgemäße Beteiligung der Mitarbeitervertretung vor der Kündigung gelten grundsätzlich dieselben Maßstäbe, die das Bundesarbeitsgericht für das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entwickelt hat.

2. Danach ist nach „Rücknahme“ einer Kündigung die Mitarbeitervertretung vor Ausspruch einer weiteren Kündigung erneut zu beteiligen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das vorherige Beteiligungsverfahren fehlerhaft war oder wenn sich neue Gründe ergeben haben, die den nach § 41 Abs. 2 MVG zulässigen Zustimmungsverweigerungsgründen zuzuordnen sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 22. März 2005, 9 Sa 1296/04

## Kündigungsschutzrecht

### 303. Betriebsübergang, Fortbestand der Passivlegitimation des Betriebsveräußerers, Streitverkündeter, abweichender Sachvortrag

1. Wird die Kündigungsschutzklage gegen eine zuvor vom Betriebsveräußerer ausgesprochene Kündigung noch vor dem Vollzug des Betriebsübergangs anhängig gemacht, bleibt der kündigende Veräußerer passivlegitimiert.
2. Kläger und Beklagte können nicht einen Betriebsübergang als solchen unstreitig stellen, sondern nur die Tatsachen, die den Rückschluss auf das Vorliegen eines Betriebsübergangs ermöglichen sollen.
3. Der Streitverkündete kann gegen den erklärten Willen der Hauptpartei, der er beigetreten ist, keine Tatsachenbehauptungen in den Prozess einführen, die dem Sachvortrag der Hauptpartei widersprechen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 13. Oktober 2004, 7 (9) Sa 1423/03, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 8 AZN 287/05

### 304. Krankheitsbedingte Kündigung, negative Zukunftsprognose

1. Die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des bereits mehrere Monate an einem Wirbelsäulenleiden erkrankten, nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers ist ungewiss, wenn dieser auf Anfrage des Arbeitgebers zum einen mitteilt, bei nicht leidensgerechter Umgestaltung seines Arbeitsplatzes werde er wieder arbeitsunfähig erkranken und zum anderen ausführt, er wolle den bisher ausgeübten Beruf als Dreher (Zerspannungstechniker) zukünftig nicht ausüben, da er dazu körperlich nicht mehr in der Lage sei.
2. Vor Inkrafttreten des § 84 Abs. 2 SGB IX (Juris: SGB 9) zum 1. Mai 2004 gab es für nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer nach krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf leidensgerechte Umgestaltung des Arbeitsplatzes (vgl. § 81 Abs. 4 Nr. 4, 5 SGB IX) oder Präventionsmaßnahmen i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX, die einer personenbedingten Kündigung vorauszugehen hatten.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 29. März 2005, 1 Sa 1429/04, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 8 AZN 484/05

### 305. Kündigung wegen Betriebsstilllegung, konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht?

1. Fällt der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weg, muss der Arbeitgeber vor Kündigungsausspruch prüfen, ob der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen freien Arbeitsplatz in seinem Betrieb oder Unternehmen weiter beschäftigt werden kann. In Ausnahmefällen ist eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht denkbar. Voraussetzung hierfür ist es, dass sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder sich seine Übernahmeverpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder anderen vertraglichen Absprachen ergibt. Wei-

tere Voraussetzung einer derartigen unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein bestimmender Einfluss des Beschäftigungsbetriebs bzw. des vertragsschließenden Unternehmens auf die „Versetzung“. Die Versetzungsentscheidung darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten sein.

2. Ist das Drittunternehmen vor allem durch eine wiederholte Beschäftigung des Arbeitnehmers in der Vergangenheit und sogar zum Zeitpunkt des Wegfalls des Arbeitsplatzes beim vertragsschließenden und kündigenden Arbeitgeber bereits erheblich eingebunden, kann so ein Tatbestand geschaffen worden sein, der ein Vertrauen auf Übernahme des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Das Drittunternehmen hat sich dann durch sein Tun zurechenbar gebunden.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 23. November 2004, 2 AZR 26/04

### 306. Kündigungsschutzklage, Klageverzicht erst nach Kündigung zulässig

1. Am 30.6.2005 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, nach deren Inhalt die Beklagte der Klägerin kündigen und die Klägerin auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten würde.

Nach Abschluss der Vereinbarung fertigte die Beklagte das Kündigungsschreiben, welches sie durch Boten noch am 30.6.2005 der Klägerin in ihren Briefkasten einwarf. Die Vereinbarung vom 30.6.2005 wurde deswegen abgeschlossen, da die Beklagte vorhatte, der Klägerin fristlos zu kündigen.

2. Die Vereinbarung vom 30.6.2005 hindert die Klägerin nicht daran, Kündigungsschutzklage wegen Nichteinhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu erheben. Die Vereinbarung ist insofern unwirksam.

Es ist ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung, dass ein Arbeitnehmer nicht im Voraus auf den Kündigungsschutz wirksam verzichten kann. Ein derartiger Verzicht ist weder vor Beginn des Arbeitsverhältnisses noch nach Beginn des Arbeitsverhältnisses für eine künftige Kündigung möglich (vgl. KR/*Friedrich*, 7. Auflage, § 4 KSchG Rz 296 m. w. N. aus der Rechtsprechung; GK/*Ascheidt*, 1. Auflage, § 4 Rz 125 m. w. N.). Eine Vereinbarung, die es einem Arbeitnehmer verbietet, sich gegen eine Kündigung zur Wehr zu setzen (paktum de non petendo) ist daher erst möglich, sobald eine Kündigung ausgesprochen worden ist.

■ Arbeitsgericht Kaiserslautern

vom 6. Oktober 2005, 7 Ca 1169/05,

eingereicht von Rechtsanwalt Torsten Gilles, Eisenbahnstraße 73, 67655 Kaiserslautern, Tel: 0631/35 47 80, Fax: 0631/35 47 820

kanzlei@aer-kl.de; www.aer-kl.de

## Kündigungsschutzrecht

**307. Massentlassung, richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17 ff. KSchG, Vertrauensschutz für den Arbeitgeber**

Ein Arbeitgeber, der seine Verpflichtungen aus § 17 KSchG nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erfüllte und deshalb die Massentlassungsanzeige nicht vor Ausspruch der Kündigungen, sondern vor der tatsächlichen Beendigung der Arbeitsverhältnisse vornahm, durfte bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2005 – C-188/03 – darauf vertrauen, dass ein Verstoß gegen § 17 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin  
vom 27. April 2005, 17 Sa 2646/04, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 6 AZN 587/05

**308. Nachträgliche Klagezulassung, Fehler eines gewerkschaftlichen Vertrauensmannes**

1. Hat sich der gekündigte Arbeitnehmer zur Einleitung eines Kündigungsschutzverfahrens an ein freigestelltes Betriebsratsmitglied gewandt, das als ehrenamtlicher Gewerkschaftsfunktionär von der rechtsschutzgewährenden Gewerkschaft dafür zuständig ist, als „Anlaufstelle“ Rechtsschutzanträge zu bearbeiten und an die Fachgewerkschaft weiterzuleiten, trifft ihn kein Eigenverschulden, wenn die Unterlagen durch einmaliges Versehen verspätet weitergeleitet wurden und dadurch die Klagefrist versäumt ist.

2. Das Fremdverschulden muss sich der Arbeitnehmer nicht nach § 85 II ZPO zurechnen lassen. Eine Tätigkeit im Rahmen der Abwicklung von Rechtsschutzanträgen reicht für eine Verschuldenszurechnung nicht aus.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15. April 2005, 10 Ta 309/04

**309. Nachträgliche Klagezulassung, Postbeförderungszeit, Erkundigungspflicht**

1. Ein Anwalt darf sich darauf verlassen, dass eine am fünften Tag vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG in Bad Münstereifel zur Post gegebene Kündigungsschutzklage spätestens am Tage des Fristablaufs beim Arbeitsgericht in Köln eingeht.

2. Eine Pflicht, sich bei Gericht nach dem rechtzeitigen Eingang der Klageschrift zu erkundigen, ist nur anzunehmen, wenn die Klage so knapp vor Fristablauf abgesandt wird, dass der rechtzeitige Eingang nicht mehr ohne weiteres unterstellt werden kann oder wenn aus anderen Gründen konkrete Zweifel am rechtzeitigen Eingang der Klage angebracht sind.

3. Geht eine rechtzeitig abgesandte Kündigungsschutzklage gleichwohl verspätet beim Arbeitsgericht ein, so ist das „Hindernis“ i.S.v. § 5 III 1 KSchG spätestens dann behoben, wenn das Arbeitsgericht dem Anwalt zusammen mit der Ladung zum Gerichtstermin den Zeitpunkt des Eingangs der Klage bei Gericht mitteilt. Dies gilt auch dann, wenn das Arbeits-

gericht dabei nicht besonders darauf hinweist, dass die Klage gemäß §§ 4, 5 KSchG verspätet ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 23. März 2005, 7 Ta 43/05

**310. Nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage, Beweiswert der eigenen eidesstattlichen Versicherung**

1. Der Beweiswert einer eigenen eidesstattlichen Versicherung einer Partei ist mit besonderer Sorgfalt zu würdigen. Es ist zu prüfen, ob – unter Berücksichtigung, dass eine falsche Versicherung an Eides statt nach § 156 StGB strafbar ist – eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der glaubhaft gemachten Tatsachen spricht.

2. Beruft sich ein Arbeitnehmer unter Vorlage einer entsprechenden eigenen eidesstattlichen Versicherung darauf, dass ein per Bote in seinen Hausbriefkasten eingeworfenes Schriftstück weder von ihm noch von seiner Ehefrau oder 15-jährigen Tochter (Beweis: deren Zeugnis) darin vorgefunden wurde, dann rechtfertigt allein dieses Vorbringen eine nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage jedenfalls dann nicht, wenn dieser Arbeitnehmer schon in der Vergangenheit wahrheitswidrig behauptet hatte, auch ein per Bote ihm übermitteltes Abmahnschreiben nicht in diesem Briefkasten vorgefunden zu haben.

3. Bei der Würdigung einer eidesstattlichen Versicherung der Partei ist besondere Sorgfalt geboten. Die eidesstattliche Versicherung der Partei ist nur ein Mittel der Glaubhaftmachung, um die Richtigkeit ihres Sachvortrages gegenüber dem Gericht zu bekräftigen (LAG Berlin, a. a. O.). Wenngleich eine falsche Versicherung an Eides statt nach § 156 StGB strafbewehrt ist, so gilt vorliegend trotzdem zu berücksichtigen, dass der Kläger lediglich versichert hat, er habe das Kündigungsschreiben vom 03.12.2004 in seinem Briefkasten nicht vorgefunden. Er könne sich nur erklären, dass irgendein Dritter dieses Schreiben entnommen haben müsse. Bei Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalles ist das Beschwerdegericht bei Anwendung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung des gesamten Vorbringens (§ 286 ZPO) nicht mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. hierzu BGH, NJW 1996, 1683; Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 294 Rz 6) davon überzeugt, dass der Kläger erstmals am 26.01.2005 von der Existenz eines Kündigungsschreibens Kenntnis erlangt hat. Die Beschwerdeführerin hat vorliegend im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04.05.2005 vor dem Arbeitsgericht Fotografien der fraglichen Hausbriefkastenanlage zur Akte gereicht. Danach handelt es sich hierbei um eine stabile Anlage, die keinerlei Anzeichen für eine Beschädigung oder sachwidrige Handhabbarkeit enthält. Der auf den Bildern ersichtliche Briefkasten des Klägers (unten links der Anlage) ist mit einer üblichen Briefkastenklappe versehen, bei der es zwar nicht unmöglich ist, von außen an das Innere des Kastens zu gelangen. Es entspricht jedoch

## Kündigungsschutzrecht

nicht allgemeiner Lebenserfahrung, dass unbefugte Fremde, z. B. mit Hilfe eines zangenähnlichen Gegenstandes, Briefe aus einem stabilen Hausbriefkasten entnehmen. Für eine solche Annahme bedarf es irgendwelcher ernstzunehmender Anhaltspunkte. Darüber hinaus hat die Beschwerdeführerin vorliegend unwidersprochen vorgetragen, der Kläger hatte bereits in der Vergangenheit anlässlich des Einwurfs eines Abmahnschreibens per Bote in seinen Hausbriefkasten wahrheitswidrig ihr gegenüber behauptet, nicht in den Besitz dieses Abmahnschreibens gelangt zu sein. Daraufhin hat die Beschwerdeführerin dem Kläger unter dem 12.02.2003 eine weitere Abmahnung erteilt, weil der Kläger wahrheitswidrig den Zugang des (ersten) Abmahnschreibens bestritten hatte. Der Kläger gibt in seinem Schriftsatz vom 27.06.2005 darüber hinaus selbst an, dass Schriftstücke, die Durchschriften aus Vorgängen des vorliegenden Kündigungsschutzverfahrens enthalten, und von seinen eigenen Prozessbevollmächtigten per Post an ihn gerichtet waren, nicht in seinen Besitz gelangt sind. Sollte der Kläger daraus den Schluss ziehen, dass auch andere Post, die an ihn gerichtet ist, ihn nicht erreicht hat, dann wäre er erst recht verpflichtet, besondere Vorkehrungen zu treffen, dass auch Schriftstücke mit für den Kläger unangenehmem Inhalt ihn erreichen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 27. Juli 2005, 2 Ta 148/05

### 311. Personalratsanhörung; Beratungspflicht, Zeitraum zwischen Anhörung und Kündigungsausspruch; vorsorgliche Beteiligung des Integrationsamtes; soziale Auswahl; Punkteschema und Schwerbehinderung; Erhöhung des Behindertengrades nach Widerspruch

1. Eine Kündigung ist nach Art. 77 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 77 Abs. 1, 72 Abs. 1 BayPVG unwirksam, wenn die Kündigung mit dem Personalrat nicht beraten worden ist. Dies gilt zumindest dann, wenn der Personalrat der Kündigung widersprochen hat, wenn er darauf hingewiesen hat, dass seiner Auffassung nach eine soziale Auswahl durchzuführen sei und wenn er dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, er stehe zu einer Besprechung der Angelegenheit zur Verfügung.

2. Erläutert der Bürgermeister dem Personalrat betriebsbedingte Kündigungsgründe, macht er aber keinerlei Angaben über die soziale Auswahl und erklärt er auch nicht, dass eine Sozialauswahl aus seiner Sicht nicht erforderlich sei, ist die Anhörung, wenn der Personalrat die fehlende Sozialauswahl rügt, der Bürgermeister die Angaben aber nicht nachholt, zumindest dann unwirksam, wenn die Kündigung ohnehin erst Monate später ausgesprochen wird und dem Personalrat hierüber weitere Mitteilungen gemacht werden.

3. Ist eine Beteiligung des Integrationsamtes für die Kündigung nicht erforderlich, kann der Arbeitgeber nicht so vorgehen, dass er zunächst den Personalrat anhört, dann trotzdem vorsorglich um Zustimmung des Integrationsamtes bittet und die Kündigung erst nach deren Erhalt – mehr als vier Monate nach der Personalratsanhörung – ausspricht. In diesem Fall

ist der erforderliche Zusammenhang zwischen dem Personalrat mitgeteilter Kündigungsabsicht und Ausspruch der Kündigung nicht mehr gegeben.

4. Ein vom Arbeitgeber ohne Absprache mit dem Personalrat verwendetes Punkteschema mit der Summe aus Lebensalter: 10, Betriebszugehörigkeitsjahr x 3 und Unterhaltspflicht x 6 berücksichtigt das Lebensalter nicht ausreichend. Außerdem fehlt die Berücksichtigung der Schwerbehinderung.

5. Erhöht das Versorgungsamt nach einem Widerspruch des Arbeitnehmers den Grad der Behinderung nach oder kurz vor Ausspruch der Kündigung auf 50, so ist die Kündigung mangels Zustimmung des Integrationsamtes nach – § 90 Abs. 2 a (zweite Alternative) SGB IX unwirksam, soweit nicht Umstände vorgetragen oder ersichtlich sind, dass die Festsetzung auf einen Grad von 50 aufgrund eines Verschuldens des Arbeitnehmers erfolgt ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg vom 04. Oktober 2005, 6 Sa 263/05

### 312. Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte auch nach rückwirkender Feststellung der Schwerbehinderung

Nach § 90 Abs. 2 a 2. Alt. SGB-IX besteht Sonderkündigungsschutz i. S. v. § 85 SGB-IX nur in den Fällen, in denen das Versorgungsamt über einen diesbezüglich gestellten Antrag des Arbeitnehmers im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung des Arbeitgebers trotz Ablaufs der nach § 69 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 14 Abs. 2 S. 2 und 4 sowie Abs. 5 S. 2 und 5 SGB-IX maßgeblichen Frist noch nicht entschieden hat, ohne dass hierfür allein ein Mitwirkungsver schulden des Arbeitnehmers ursächlich ist, später aber feststellt, dass bei diesem ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 bereits im Zeitpunkt der Kündigung bestanden hat. Sonderkündigungsschutz besteht damit nicht, wenn das Versorgungsamt noch vor dem Zugang der Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer, aber nach Ablauf der vorerwähnten Frist, dessen Antrag dahin beschieden hat, bei ihm liege ein Grad der Behinderung von weniger als 50 vor, nach Zugang der Kündigung im Rechtsmittelverfahren aber festgestellt wird, seine Eigenschaft als Schwerbehinderter habe schon im Zeitpunkt der Kündigung bestanden.

■ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz vom 7. März 2006, 7 A 11298/05

### 313. Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte auch nach rückwirkender Feststellung der Schwerbehinderung

Der Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte nach § 85 SGB IX gilt nach der gesetzlichen Neuregelung des § 90 Abs. 2 a SGB IX auch dann, wenn das Integrationsamt die Schwerbehinderung nach einem zunächst verneinenden Bescheid erst nach Widerspruch und Klageerhebung nach Zugang der Kündigung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung, der vor Zugang der Kündigung liegt, feststellt.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 17. Januar 2006, 8 Sa 1052/05

### 314. Sozialauswahl, nachvollziehbare Bildung von Vergleichsgruppen, Sanierungsmaßnahme Landesbank Berlin

1. Die Konzernsachwalter der Bank und ihrer Tochtergesellschaften haben im Gefolge der in der Öffentlichkeit seit Ende des Jahres 2001 als „Berliner Bankenkrise“ bekannt gewordenen Ereignisse neben einer Reihe anderer Maßnahmen (Personal-)Kosteneinsparungen (wohl: rund 300 Millionen Euro p.a.) beschlossen, die nicht zuletzt durch Personalabbau realisiert werden sollten. In dieser Lage kam es am 10. April 2002 zur Unterzeichnung einer „Sanierungsvereinbarung“.

Darin ist der Personalbestand der Beklagten von 5.385 Mitarbeitern per September 2005, in – nominell 137 (plus 2), nach Zählung der Beklagten 133 und tatsächlich rund 100 – „Tätigkeitsvergleichsgruppen“ aufgegliedert, die die Gestalter von „LBB01A“ bis „LB137A, (zuzüglich zweier Sondergruppen) durchnummeriert haben.

Eine dieser beiden Sondergruppen hat die Kennnummer „LB990A“ erhalten und die Bezeichnung „unbekannte TVG/keine Angaben“. Für sie ist in der Personalbedarfsübersicht der Beklagten als „Soll“-(-Bestand) jeweils der Ausdruck „0,00“ vermerkt und als Ist-Bestand an „MAK“ jeweils die Zahl „1,00“. Das bedeutet in der Logik des Rechenwerks, dass die „LB990A“ einen Personalüberhang von einem (vollzeitbeschäftigten) Mitarbeiter aufweist. Es ist diese „Gruppe“, der die Beklagte – allein – den Kläger zuordnet.

2. Dem Betrachter bietet sich eine buntscheckige Ansammlung von nicht weniger als 101 Gruppenbezeichnungen, in denen sich zahlreiche Kategorien von „ÜTVG“ (also wohl: „übergreifende“ TVG) mit der rund dreifachen Menge von Kategorien (Zahlenverhältnis: 26 zu 75) ohne erkennbares System seitenlang aneinander reihen, der die besagte Eigenschaft („ÜTVG“) nicht innewohnt. Unabhängig davon, dass die Auflistung der Beklagten mit einer Vielzahl von Kürzeln (s. beispielhaft die Stilblüte „AL KI, IK“) übersät ist, deren Bedeutung bestenfalls Insider enträtseln (können) mögen, erschließt sich selbst bei gründlichster Musterung nicht annähernd, was die 101 Gruppenbezeichnungen als Resultat einer an der Personalauswahlrichtlinie orientierten Auswahlsystematik eigentlich kenntlich machen sollte.

Nimmt man nämlich zu den beiden linken Spalten diejenigen Spalten der Darstellung hinzu, in denen Personalbestands- und -überhangszahlen aufgelistet sind, so zeigt sich innerhalb des Systems ein unübersehbarer Strukturbruch. Während auf der einen Seite für eine nicht enden wollende Vielzahl von Einzelfunktionen (und also: „MAK“ bzw. Mitarbeitern) je eine eigene TVG „reserviert“ ist, werden auf der anderen Seite für eine ganze Reihe von Beschäftigten undifferenzierte Großgruppen gebildet. Hierbei ragen die LBB07A („Beratung UK, Personalreserve“: 1.172,86 MAK), die LBB06A („Teamleitung UK, Leiterreserve, Beratung IK PKC“: 597,73 MAK) und die LBB83–85A („ÜTVG [LBB]: einfache bankkaufmänn. Tä-

tigkeiten und allgemeine Büro- und Verwaltungstätigkeiten“: 503,54 MAK) signifikant heraus.

Der Differenzierungsgrad der Beklagten beim Zuschnitt der einzelnen TVG unterscheidet sich folglich extrem voneinander. Teilweise wird der Verzicht auf Differenzierungen dabei sogar zum Programm erhoben: So figuriert etwa die „LBB83–85A“ mit einer Nomenklatur, die sich von 83 bis (oder auch: und) 85 erstreckt und damit als einzige TVG mehrere Teilkategorien erklärtermaßen unter demselben Dach vereinigt. Auf die Spitze getrieben wird solcherart Unbestimmtheit dann aber in der für den Streitfall zentralen TVG „LB990A“: Sie erhebt nach ihrer offiziellen „Bezeichnung“ nicht einmal den Anspruch, irgendwelchen Informationsgehalt zu vermitteln. Das demonstriert ihr Name: „unbekannte TVG/keine Angaben“. Deshalb hätte die Beklagte nachprüfbar vortragen müssen, welche objektiven Merkmale es sein sollten, die den Kläger nach der einen Seite hin allein mit sich selber sozialauswahlrechtlich verbinden und nach der anderen Seite hin von den übrigen (5.385  $\cdot$  1 =) 5.384 Mitarbeitern der Beklagten unterscheiden (sollten). Dem allerdings wird die Beklagte nicht im Mindesten gerecht.

3. Nur zur Ergänzung sei danach angemerkt, dass die Beklagte sich bei dieser Sachlage nicht einfach darauf beschränken kann, erst einmal abzuwarten, welche Kolleg(inn)en der Kläger unter ihren fast 5.400 Mitarbeitern vielleicht ausfindig mache, die als mit ihm objektiv „austauschbar“ anzusehen und gleichwohl nicht gekündigt worden seien. Dergleichen gestatten auch nicht irgendwelche Grundsätze abgestufter Darlegungs- und Beweislast. Denn nach den Regeln zur dialogischen Lastenverteilung in § 1 Abs. 3 KSchG ist die Beklagte vorleistungspflichtig, nicht der Kläger.

Wäre der Kläger angesichts des objektiven Erscheinungsbildes und des rudimentären Sachvortrags der Beklagten bei derartig defizitärer Informationslage wirklich gezwungen, der Beklagten einen „Auswahlfehler“ nachzuweisen, so schöbe ihm das eine von vornherein unlösbare Aufgabe zu.

Dabei verkennt das befassende Gericht nicht, dass sich nach der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts im Einzelfall trotz unzulänglicher Darlegungen des Arbeitgebers noch immer ergeben kann, dass er mit dem betroffenen Kläger gleichwohl denjenigen Mitarbeiter erreicht hat, der auch bei Wahrung der normativen Gebote hätte gekündigt werden dürfen.

4. Auch daran fehlt es jedoch. Es kann nämlich keinem Gericht angesonnen werden, bei der Beklagten etwa die „restlichen“ 40 Seiten ihrer 41-seitigen Personalbestandsübersicht mit mehr als fünftausend Beschäftigten und deren Sozialdaten anzufordern, um vielleicht herauszufinden, ob der Kläger unter den vergleichbaren Arbeitspersonen möglicherweise habe gekündigt werden dürfen. Denn abgesehen davon, dass es durchaus seinen guten Sinn hat, die betrieblich zu erledigenden „Hausaufgaben“ auch dort erledigen zu lassen, enthält die (zudem noch in einem jeden Tatendrang nachhaltig entmutigenden Kleinstdruck abgefasste) Übersicht schon nicht die nötigen Daten (konkrete Arbeitsaufgaben der

## Kündigungsschutzrecht

genannten Arbeitspersonen). Insofern stellte sich selbst bei überobligationsmäßiger Bereitschaft des Gerichts, sich auf die Suche nach „Zufallstreffern“ zu machen, eine unlösbare Aufgabe.

■ Arbeitsgericht Berlin  
vom 16. Dezember 2005, 28 Ca 22.744/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel: 030/254 591 – 0,  
Fax: 030/254 591 – 66  
w.hesse@advocati.de; www.advocati.de

### 315. Verhaltensbedingte Kündigung

Selbst schwerste Beleidigungen eines Vorgesetzten gegen einen Mitarbeiter rechtfertigen keine Kündigung, wenn der Beleidigte sie hinnimmt, erst nach längerer Zeit beanstandet und deshalb keine betrieblichen Auswirkungen entstehen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 1. Juli 2005, 8 Sa 233/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Torsten Gilles, Eisenbahnstraße 73, 67655 Kaiserslautern, Tel: 0631/35 47 80, Fax: 0631/35 47 820  
kanzlei@aer-kl.de; www.aer-kl.de

### 316. Verhaltensbedingte Kündigung, Leistungsmängel, Niederlassungsleiter, Abmahnung, Autokostenzuschuss, Freistellung, Verzugszinsen

1. Zur sozialen Rechtfertigung einer auf Leistungsmängel gestützten verhaltensbedingten Kündigung bedarf es der substantiierten Darlegung eines konkreten und vorwerfbaren Leistungsfehlverhaltens.
2. Allein der Hinweis, der als Niederlassungsleiter beschäftigte Arbeitnehmer habe mit seiner Niederlassung das schlechteste Ergebnis aller bundesweit tätigen Niederlassungen des Unternehmens erzielt, reicht nicht aus.
3. Eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Leistungsmängeln setzt in aller Regel eine vergebliche einschlägige Abmahnung voraus, in der ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu rügen ist.
4. Es kann arbeitsvertraglich wirksam vereinbart werden, dass ein pauschaler monatlicher Autokostenzuschuss, den der Arbeitnehmer dafür bezieht, dass er sein Privatfahrzeug auch für Dienstfahrten vorhält, für Zeiten der Freistellung von der Arbeitspflicht nicht gezahlt werden muss.
5. Arbeitnehmer können als solche Verzugszinsen nur nach § 288 I 2 BGB, nicht aber nach § 288 II BGB geltend machen. § 288 II BGB findet entgegen dem missverständlichen Wortlaut dieser Vorschrift bei Rechtsgeschäften, an denen eine natürliche Person beteiligt ist, nur dann Anwendung, wenn die natürliche Person das Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der ihrer unternehmerischen Tätigkeit im Sinne § 14 I BGB zuzurechnen ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 16. Juni 2004, 7 Sa 22/04

### 317. Verhaltensbedingte Kündigung, Wettbewerbsverbot, Vorbereitungshandlungen zulässig

1. Die Registrierung einer Internet-Domäne für einen Arbeitnehmer mit einer Bezeichnung, die darauf schließen lässt, dass sie für den Internet-Auftritt eines noch zu gründenden Konkurrenzunternehmens verwendet werden soll, stellt keinen Verstoß gegen das für die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestehende Wettbewerbsverbot dar.
2. Auch die unentgeltliche Überlassung einer solchen Internet-Domäne an ein Konkurrenzunternehmen stellt keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot dar.
3. Die Gründung eines Konkurrenzunternehmens stellt eine zulässige Vorbereitungshandlung da, solange dieses nicht eine nach außen wirkende werbende Tätigkeit aufgenommen hat.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 12. April 2005, 9 Sa 1518/04

### 318. Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG, einstweilige Verfügung auf Entbindung, offensichtlich unbegründeter Widerspruch des Betriebsrates

Von einem offensichtlich unbegründeten Widerspruch des Betriebsrates kann nur dann gesprochen werden, wenn dieser mutwillig erfolgte, wenn dessen Grundlosigkeit sich bei unbefangener Beurteilung geradezu aufdrängt und wenn es für die Überlegungen des Betriebsrates keinerlei Anhaltspunkte gibt. Können die Tatsachen, auf welche sich der Widerspruch des Betriebsrats gründet nur im Wege der Beweisaufnahme geklärt werden, ist der Widerspruch des Betriebsrates nicht offensichtlich unbegründet.

Offensichtlich unbegründet ist auch ein Widerspruch, der nicht offensichtlich ordnungsgemäß ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die vom Betriebsrat aufgeführten Tatsachen sich den in § 102 Abs. 3 BetrVG aufgeführten Widerspruchsgründen in keiner Weise zuordnen lassen.

Im Streitfall hat der Betriebsrat seinen Widerspruch damit begründet, die Verfügungsklägerin habe den für eine soziale Auswahl relevanten Personenkreis unzutreffend festgelegt, insbesondere durch Außerachtlassung des Arbeitnehmers P., den die Verfügungsklägerin vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG mit in die soziale Auswahl einbeziehen will.

Diese Widerspruchsbegründung lässt sich zweifelsfrei dem gesetzlichen Widerspruchsgrund des § 102 Abs. 3 Ziff. 1 BetrVG zuordnen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn  
vom 15. März 2006, 1 Ga 7/06  
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn, Tel: 02371 /83 55 55,  
Fax: 02371 / 83 55 56  
GM.Arbeitsrecht@t-online.de



## Betriebsverfassungs- / Personalvertretungsrecht

### 319. Betriebsrat, Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, Reisezeiten unterliegen nicht der Mitbestimmung der Arbeitszeit

Im Arbeitszeitgesetz ist der Begriff der Reisezeit nicht definiert. 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, Urt. v. 22.2.1978–4 AZR 579/76 – AP Nr. 3 zu § 17 BAT; BAG, Beschluss v. 23.7.1996–1 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, Urt. v. 22.2.1978–4 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, Urt. v. 8.12.1960–5 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 v. 23.7.1996, 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, Urt. v. 22.2.1978–4 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 Freizeitenteilung und -gestaltung schützen (BAG, Beschluss v. 21.12.1982–1 ABR 14/81 –; BAG, Beschluss v. 15.12.1992–1 ABR 38/92 –; BAG, Beschluss v. 23.7.1996, 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 Ziff. 2 u. 3 BetrVG nicht aus. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (Beschluss v. 23.6.1996, 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. Juli 2005, 7 TaBV 7/04

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

## Betriebsverfassungsrecht

### 320. Betriebsrat, Schulung

Die Schulung zum Thema „Mediation im Betrieb“ ist nicht erforderlich. Sämtliche Probleme im Betrieb, sei es zwischen Arbeitnehmern oder sei es zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, können durch die bewährten Instrumentarien des Betriebsverfassungsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes erfasst und gelöst werden. Weitere Konfliktlösungsverfahren sind nicht erforderlich.

■ Arbeitsgericht Bochum

vom 9. September 2005, 4 BV 49/05, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Schäfer, Prinz-Friedrich-Karl-Str. 26, 44135 Dortmund, Tel: 0231/577 95 – 0, Fax: 0231/521 090

### 321. Betriebsrat, Schulung

1. Eine Schulung mit dem Thema „Wie erstellen wir eine Betriebsratszeitung?“ ist nicht erforderlich. Es besteht kein Recht des Betriebsrats auf Kosten des Arbeitgebers ein regelmäßig erscheinendes Informationsblatt herauszugeben. Die schriftliche Information der Belegschaft setzt vielmehr einen aktuellen betriebsbezogenen Anlass voraus.

2. Die Teilnahme an dem Seminar „Der Betriebsrat im Umgang mit dem Arbeitgeber“ ist dann nicht erforderlich, wenn einerseits keine zeitliche Gewichtung der behandelten Sachthemen dargelegt wird, was insbesondere für die Punkte „Die vertrauensvolle Zusammenarbeit“, „Echte Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten“, „Konstruktive Bewältigung von Mitbestimmungskonflikten“, „Betriebsvereinbarungen“ und „Einigungsstelle“ gilt. Andererseits scheidet die Erforderlichkeit daran, dass die in der Schulung behandelten Themen teilweise bereits Gegenstand anderer, von den Betriebsratsmitgliedern besuchten Schulungen waren.

3. Eine Schulung mit dem Titel „Betriebsverfassungsrecht in der Praxis“ ist für langjährige Betriebsratsmitglieder dann nicht erforderlich, wenn nicht dargelegt wird, weshalb dem zu schulenden Betriebsratsmitglied die praktische Anwendung seines bereits vorhandenen Fachwissens Probleme bereitet.

■ Arbeitsgericht Bochum

vom 28. September 2005, 5 BV 55/05, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Schäfer, Prinz-Friedrich-Karl-Str. 26, 44135 Dortmund, Tel: 0231/577 95 – 0, Fax: 0231/521 090

### 322. Betriebsrat, Unterlassungsanspruch, Bestimmtheit des Antrages, einstweilige Verfügung, Benachteiligung wegen gewerkschaftlicher Betätigung, Herausgabeanspruch von Überleitungsverträgen nach Betriebsübergang, Verfügungsanspruch auf Unterlassung nach Durchführung

1. Ein Antrag, der die Untersagung einer „Verlagerung der Beschäftigten auf eine andere Firma, weil diese am Streik teilgenommen haben“, zum Inhalt hat, ist mangels Bestimmtheit unzulässig.

2. Pflicht und Recht des Betriebsrats darüber zu wachen, dass die Beschäftigten nicht benachteiligt werden (§ 75 Abs. 1 BetrVG), geben keinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber hinsichtlich bestimmter Maßnahmen.

3. Der Übergang einer betrieblichen Einheit, für den ein Betriebsrat gewählt ist, nach § 613a BGB stellt für sich genommen keinen Nachteil für die Beschäftigten dar.

4. Ist der Betriebsteil übergegangen, kann Unterlassung des Übergangs nicht mehr verlangt werden.

5. Der Betriebsrat hat auch nach § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG keinen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber die Überleitungsverträge zur Verfügung stellt, wenn er nicht darlegt und glaubhaft macht, welche konkrete Folgerungen für Betriebsrat und Arbeitsverhältnisse sich hieraus ableiten sollen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 31. August 2005, 6 TaBV 41/05

### 323. Betriebsrat, Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG

1. Die Vorschrift des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG setzt einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme und einer befürchteten Kündigung voraus, denn die befürchtete Kündigung muss die Folge der personellen Maßnahme sein. Die personelle Maßnahme und die befürchtete Kündigung müssen ursächlich miteinander verbunden sein. Dies ist für den Fall anerkannt worden, dass beide Maßnahmen Folge derselben Betriebsänderung sind und wenn diese eine Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG erforderlich gemacht hat.

2. Die Nichtrealisierung einer Versetzungschance ist kein sonstiger Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG. Wird durch eine Versetzung oder eine Einstellung einem anderen, im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer nur die Chance genommen, diesen Arbeitsplatz zu erhalten, liegt kein zur Zustimmungsverweigerung berechtigender sonstiger Nachteil vor. Der Verlust der Chance auf einen zukünftigen Vorteil kann nur dann als gegenwärtiger Nachteil bewertet werden, wenn der zukünftige Vorteil bereits rechtlich verfestigt ist.

3. Aus einer Verpflichtung des Arbeitgebers zur Versetzung – etwa weil der Arbeitsplatz entfällt und der davon betroffenen Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz genießt – ergibt sich kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Einnahme und Übertragung des einem anderen Arbeitnehmer zugeordneten Arbeitsplatzes. Es steht im Ermessen des Arbeitgebers, aus dem Kreis der Bewerber die Person auszuwählen, die ihm am geeignetsten erscheint. Die Nichterfüllung der Erwartung – sei es des Arbeitnehmers oder sei es des Betriebsrates – den Arbeitsplatz zu erhalten, auf dem ein anderer Mitbewerber eingesetzt werden soll, stellt keinen Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG dar, auf den

der Betriebsrat seine Verweigerung zur Zustimmung zu der beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme stützen könnte. Die Voraussetzungen für eine wirksame Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sind vorliegend nicht gegeben. Nach dieser Vorschrift kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Da jedoch die Kündigung des betreffenden Arbeitnehmers im Vorfeld und aus betriebsbedingten Gründen erfolgte, lagen die Voraussetzungen einer Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nicht vor. Der Betriebsrat hat zudem nach Ansicht des Gerichts verkannt, dass eine Widerspruchsmöglichkeit nach § 102 Abs. 3 BetrVG welche die Rechtsstellung des Arbeitnehmers, dessen Kündigung der Arbeitgeber beabsichtigt, zu stärken vorgesehen und auch geeignet ist, nicht zu einer Zustimmungsverweigerung berechtigt, wenn es an einer im Wortlaut der Vorschrift des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG deutlich zum Ausdruck gekommenen Ursächlichkeit mangelt. Erachtet der Arbeitgeber – aus welchen Gründen auch immer – den Widerspruch des Betriebsrats als nicht durchgreifend oder besetzt er davon unabhängig den freien Arbeitsplatz nach seinem Belieben, so kann der Betriebsrat seinem Widerspruch nicht dadurch größeres Gewicht und Durchschlagskraft verschaffen wollen, dass er der personellen Maßnahme der Besetzung des freien Arbeitsplatzes die Zustimmung verweigert, ohne dass das zusätzliche Erfordernis der ursächlichen Verbundenheit der personellen Maßnahmen einer Versetzung oder – wie hier – einer Einstellung und einer Kündigung gegeben ist.

Auch abzulehnen war das alternative Tatbestandsmerkmal des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG, wonach der Betriebsrat unter anderem einer Einstellung die Zustimmung verweigern kann, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, bereits im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer würden sonstigen Nachteil erleiden. Unter einem „sonstigen Nachteil“ ist die Verschlechterung des bisherigen rechtlichen oder tatsächlichen Status anderer Arbeitnehmer des Betriebes zu verstehen. Die Nichtrealisierung einer Versetzungschance ist kein Nachteil in diesem Sinne.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg vom 30. Mai 2005, 15 TaBV 2/05, rkr.  
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carré), 70174 Stuttgart, Tel: 0711/22 41 99–0, Fax: 0711/22 41 99–79, www.shp-anwaltskanzlei.de, E-Mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

### 324. Betriebsratswahl, Veränderung der Wahlbedingungen, einseitige Verfügung

1. Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes kann in ein laufendes Betriebsratswahlverfahren korrigierend eingegrif-

fen werden, wenn dem Wahlvorstand ein Fehler unterlaufen ist und dieser noch mit Wirkung für das laufende Wahlverfahren berichtigt werden kann (vgl. z. B. LAG Nürnberg LAGE BetrVG § 18 Nr. 4; LAG Hessen NZA-RR 1996, 461; *Fitting*, 23. Aufl., § 18 Rn 40). Es wäre unverhältnismäßig, den Betroffenen auf das Wahlanfechtungsverfahren gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG zu verweisen, da gerade in der genannten Norm auch die Berichtigung als weniger einschneidende Maßnahme genannt wird, wenn ein Fehler mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann.

Die damit einhergehende endgültige Befriedigung des antragstellerseitigen Begehrens ist ausnahmsweise hinzunehmen, weil nur so gewährleistet werden kann, dass das laufende Betriebsratswahlverfahren nicht unter Verstoß gegen zwingende Vorschriften zum Wahlverfahren fortgesetzt wird. Es wird damit nicht die Wahl verhindert, sondern ihre ordnungsgemäße Durchführung gesichert (vgl. hierzu auch Landesarbeitsgericht Hamm, Beschluss v. 3.3.2006, 13 TaBV 18/06).

2. Der Verfügungsgrund, d. h. die besondere Eilbedürftigkeit, ergibt sich daraus, dass im Zeitpunkt des Anhörungstermins vor der Kammer am 28.4.2006 noch das mildere Mittel gegeben war, in die laufende Wahl korrigierend einzugreifen.

3. Es fehlt indes am erforderlichen Verfügungsanspruch.

Zwar kann der Bewerber für eine Betriebsratswahl vom Wahlvorstand verlangen, eine eingereichte gültige Vorschlagsliste zur Wahl zuzulassen und gemäß § 10 Abs. 2 WO 2001 bekannt zu machen. Es kann aber im summarischen Verfahren aufgrund des in den maßgeblichen Punkten gerade streitigen Sachverhalts nicht festgestellt werden, dass die eingereichte Vorschlagsliste gültig war. Die Beteiligten streiten gerade um die Frage, ob es sich bei dem Mitarbeiter B. um einen leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG handelt. Das konnte aber nicht abschließend beurteilt werden.

Es kann nun aber nicht Sinn einer einstweiligen Anordnung in Beschlussverfahren sein, durch ein gerichtliches Verbot einen Wahlanfechtungsgrund erst zu erzeugen oder durch eine gerichtliche Feststellung den Wahlvorstand zu veranlassen, in anfechtbarer Weise einen Wahlvorschlag zuzulassen. Sie dient dazu, eine Angelegenheit einstweilen zu regeln, soll aber nicht in das Gegenteil ausschlagen, indem sie eine nicht wieder gut zu machende Anordnung schafft (vgl. dazu ArbG Herne, Beschluss v. 19.3.1965, BV 5/65).

■ Arbeitsgericht Wesel vom 28. April 2006, 4 BVGa 7/06  
eingereicht von Rechtsanwalt Christian Pühr-Westerheide, Beethovenstraße 21, 47226 Duisburg, Tel: 02065/3000–0, Fax: 02065/3000–50  
info@ra-npp.de; www.ra-npp.de

## Betriebsverfassungsrecht

### 325. Einigungsstelle, Einsetzungsverfahren, Maßstab der offensichtlichen Unzuständigkeit

Der Maßstab der offensichtlichen Unzuständigkeit gilt nicht nur für die Frage der Unzuständigkeit der Einigungsstelle im engeren Sinn, sondern auch für alle sonstigen im Zusammenhang mit der Entscheidung zu prüfenden Fragen, z.B. auch für das Scheitern der Verhandlungen oder den Widerruf einer Vereinbarung über die Zulassung eines Rechtsanwalts auf Seiten des Betriebsrats bei Beratungen über einen Interessenausgleich.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 5. April 2005, 7 TaBV 7/05

### 326. Einstweilige Verfügung auf Entbindung von der Weiterbeschäftigung nach § 78a BetrVG, Verfügungsgrund

1. Eine einstweilige Verfügung, durch die der Arbeitgeber eine Entbindung von der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers begehrt, dessen Arbeitsverhältnis nach § 78a BetrVG begründet wurde, ist grundsätzlich zulässig.

2. Ein Verfügungsgrund kann nicht allein daraus abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber den ehemaligen Auszubildenden nicht beschäftigen kann.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 31. März 2005, 5 Ta 52/05

### 327. Personelle Einzelmaßnahme, Eingruppierung eines außertariflichen Mitarbeiters, Zwang zur Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens

Ist zwischen den Betriebsparteien streitig, ob ein Arbeitsplatz nicht mehr von der höchsten Tarifgruppe erfasst wird, ist das Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen. Dies gilt auch dann, wenn der Mitarbeiter zuvor auf einem anderen außertariflichen Arbeitsplatz beschäftigt war (BAG, v. 26.10.2004, 1 ABR 37/03).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 20. Juni 2005, 2 TaBV 9/05, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 10 ABN 59/05

### 328. Schwerbehindertenvertreter, Teilnahmerecht nur an den Monatsgesprächen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, Beschlussverfahren, Amtsermittlungsgrundsatz und Behauptung ins Blaue

1. Gegenstand des Verfahrens ist der Wunsch des Vorsitzenden der Gesamtschwerbehindertenvertretung der Beteiligten zu 2), an Gesprächsterminen zwischen dem Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und/oder seinem Stellvertreter mit der Geschäftsführung bzw. Teilen davon teilzunehmen und dazu eingeladen zu werden.

2. Der Antrag ist – auch in der gewählten Verfahrensart – statthaft und insgesamt zulässig. In der Sache selbst bleibt er aber ohne Erfolg.

Zwar steht der Beteiligte zu 1) entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) ohne weiteres ein Teilnahmerecht an Monatsgesprächen, die der Gesamtbetriebsrat mit der Geschäftsführung gem. § 74 Abs. 1 Satz 1 BetrVG führt, zu. Das folgt aus dem Umstand, dass für die Geschäftsführung des Gesamtbetriebsrates gem. § 51 Abs. 5 BetrVG die Vorschriften über die Rechte und Pflichten des Betriebsrates entsprechend gelten, soweit das Betriebsverfassungsgesetz keine besonderen Vorschriften enthält. Das folgt ferner aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung, wie sie in § 97 Abs. 7 SGB IX i.V.m. § 95 Abs. 5 SGB IX zum Ausdruck gekommen ist.

Finden indes – aus welchen Gründen auch immer – derartige Monatsgespräche zwischen Arbeitgeber und Gesamtbetriebsrat nicht statt, kann die Gesamtschwerbehindertenvertretung eine Teilnahme daran auch nicht durchsetzen.

3. Zwar hat die Beteiligte zu 1) im Termin durch ihren Prozessbevollmächtigten vortragen lassen, ein entsprechender Beschluss des Gesamtbetriebsrates dahin, dass Monatsgespräche nur durch den Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und einen Stellvertreter wahrgenommen würden, existiere, ohne dass der Bevollmächtigte der Beteiligten zu 1) in der Lage gewesen wäre, Datum und konkreten Inhalt des Beschlusses auch nur annähernd zu umschreiben.

Das ist aber unbeachtlich, denn es handelt sich um eine Behauptung ins Blaue hinein.

Die Aufklärungspflicht des Gerichtes zwingt jedoch nicht zu einer uferlosen Ermittlungstätigkeit des Gerichts „ins Blaue“.

Aus der Pflicht der Beteiligten zur Mitwirkung hat das Bundesarbeitsgericht schon früh gefolgert, dass der Antragsteller diejenigen Tatsachen vorzutragen habe, aus denen er sein mit dem Antrag verfolgtes Begehren herleitet (BAG, Beschluss vom 26.6.1973, AP BetrVG 1972, § 20 Nr. 3; BAG, Beschl. v. 9.9.1975, AP ArbGG 1953, § 83 Nr. 6).

Unter diesen Umständen ist für eine weitere Amtsermittlung kein Raum.

■ Arbeitsgericht Hannover  
vom 7. Februar 2006, 6 BV 13/05  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielski-  
straße 33, 30163 Hannover, Tel: 0511 / 215 55 64–33,  
Fax: 0511/215 55 63 – 43  
www.neef-schrader.de

### 329. Sächsisches PersVG, Mitbestimmung bei länderübergreifender Versetzung von Beamten

Es liegt keine Verletzung des Mitbestimmungsrechts nach § 81 Abs. 1 Nr. 1 SächsPersVG vor. Dieser vom Antragsteller zunächst genannte Mitbestimmungstatbestand liegt nicht vor. Der Wechsel eines (Landes-)Beamten von einem Bundesland in ein anders Bundesland bedeutet keine (Neu-)Einstellung des Beamten in den Dienst des aufnehmenden Landes, vielmehr wird das Beamtenverhältnis – ohne Unterbrechung – inhaltlich unverändert mit dem neuen Dienstherrn fortgesetzt.

■ Verwaltungsgericht Dresden  
vom 24. Februar 2006, PL 9 K 2355/05  
eingereicht von eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross,  
Christianstraße 27, 01405 Leipzig,  
Tel: 0341 / 984 62 – 0, Fax: 0341 / 984 62 – 24  
ragross@advo-gross.de; www.advo-gross.de

#### Anmerkung:

Siehe hierzu die Glosse i.d. Heft. (me)

## Tarifrecht

### 330. Eingruppierung, konstitutiver Vorgang, kein bestätigender Akt des Arbeitgebers erforderlich

Die Zuordnung der Tätigkeit eines Angestellten zu einer Vergütungsgruppe anhand der Merkmale der Vergütungsgruppenordnung durch den Arbeitgeber ist kein konstitutiver Vorgang, sondern hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Ein Angestellter ist in der Vergütungsgruppe eingruppiert, deren Tätigkeitsmerkmale der gesamten von ihm nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit entspricht. Die bloße Ausübung der ihm übertragenen Tätigkeit konstituiert damit seine Eingruppierung und den daraus erwachsenden Vergütungsanspruch. Auch eine zurückzulegende Bewährungszeit innerhalb der Vergütungsgruppe ist unabhängig von einem die Vergütungsgruppe und ggf. die Fallgruppe bestätigenden Akt des Arbeitgebers.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 25. Januar 2006, 4 AZR 613/04

### 331. Eingruppierung, Merkmal der selbständigen Leistung, Durchführung von Geschwindigkeitsmessungen erfordert keine „selbständige Leistung“

Eine selbständige Leistung ist dann anzunehmen, wenn eine Gedankenarbeit erbracht wird, die im Rahmen der für die Vergütungsgruppe vorausgesetzten Fachkenntnisse hinsichtlich des einzuschlagenden Weges, wie insbesondere hinsichtlich des zu findenden Ergebnisses, eine eigene Beurteilung und eine eigene EntschlieÙung erfordert. Kennzeichnend für selbständige Leistungen im tariflichen Sinne ist – ohne Bindung an verwaltungsrechtliche Fachbegriffe – ein wie auch immer gearteter Ermessens-, Entscheidungs-, Gestaltungs- oder Beurteilungsspielraum bei der Erarbeitung eines Arbeitsergebnisses. Der Angestellte muss unterschiedliche Informationen verknüpfen, untereinander abwägen und zu einer Entscheidung kommen. Die Durchführung von Geschwindigkeitsmessungen erfüllt nicht die Anforderungen der Tätigkeitsmerkmale der Fallgr. 1 a und 1 b der VergGr. Vc BAT, denn sie erfordert keine „selbständige Leistung“ im tariflichen Sinne.

■ Bundesarbeitsgericht  
vom 14. Dezember 2005, 4 AZR 560/04

### 332. Gleichstellungsabrede, dynamische Bezugnahme-klausel, Anwendung der Mantel- und Lohntarifverträge für die Arbeitnehmer der Niedersächsischen Metallindustrie

Die von dem Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Auslegung einer vertraglichen Bezugnahme-klausel als Gleichstellungsabrede gelten nicht, wenn der Arbeitgeber bezüglich der in Bezug genommenen Tarifverträge nicht tarifgebunden ist, sondern einen Anerkennungstarifvertrag (Firmentarifvertrag) abgeschlossen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die vertragliche Bezugnahme-klausel nicht vollständig die Tarifverträge umfasst, die der Anerkennungstarifvertrag betrifft.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 27. Januar 2005, 7 Sa 669/04, Revision eingelegt zum AZ 4 AZR 132/05

### 333. Gleichstellungsabrede, Zuwendung, Rückwirkung

1. Bei der in Arbeitsverträgen der Arbeiterwohlfahrt verwendeten Verweisungsklausel auf die Bestimmungen des BMT-AW II handelt es sich um eine Gleichstellungsabrede, die sämtliche für den Arbeitgeber einzuhaltenden Tarifverträge mit entsprechendem Regelungsinhalt einbezieht, also auch einen Restrukturierungstarifvertrag, der eine deutliche Absenkung der Zuwendung gem. §§ 46, 47 BMT-AW II regelt.

2. Dieser rückwirkenden Veränderung der Ansprüche aus §§ 46, 47 BMT-AW II steht der Grundsatz des Vertrauensschutzes auch nicht anteilig entgegen, weil die Zuwendung keine pro rata temporis entstehende Sonderzahlung ist, die in den jeweiligen Abrechnungsmonaten verdient wird.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 11. April 2005, 11 Sa 1235/04, Revision eingelegt zum AZ 10 AZR 296/05

## Sonstiges

### 334. Dienstverhältnis; Abfindung; Steuerfreiheit

Die wegen einer vom Arbeitgeber veranlassten oder gerichtlich ausgesprochenen Auflösung des Dienstverhältnisses gezahlte Abfindung ist steuerfrei. Maßgeblich für die Steuerfreiheit ist nicht die arbeitsrechtliche Auflösung, sondern allein der Umstand, von wem die Beendigung des Dienstverhältnisses ausgegangen ist. Im Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass bei Zahlung einer Abfindung der Arbeitgeber die Auflösung gewollt hat, auch wenn der Arbeitnehmer möglicherweise durch sein Verhalten zu der Kündigung beigetragen hat.

■ Bundesfinanzhof  
vom 10. November 2004, XI R 14/04

## Sonstiges

**335. Anwaltliches Partnerschaftsgesetz, Hinauskündigungsklausel**

Die Regelung in § 14 Abs. 3 Partnerschaftsvertrag, nach der jede Soziengruppe durch gemeinschaftliche Erklärung sämtlicher anderer Soziengruppen mit einer Frist von 10 (zehn) Monaten zum Ende eines Kalenderjahres aus sachlichem Grund und vorheriger Gelegenheit zur Anhörung ausschließen kann, ist jedenfalls in der von den Klägern vorgenommenen Auslegung des sachlichen Grundes, mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Wirksamkeit von „Hinauskündigungsklauseln“ nicht vereinbar. Zwar können die Partner abweichend von der gesetzlichen Regelung, § 9 Abs. 1 PartGG i.V.m. §§ 133, 140 HGB, anstatt des Ausschlusses im Wege der Ausschlussklage den Ausschluss durch Beschluss der Partner vereinbaren (vgl. BGH, Urt. v. 17.12.1959, Az II ZR 32/59). Eine Ausschlussklausel, die es den übrigen Partnern (oder einer Gruppe von ihnen) ermöglicht, einen Partner (oder eine Gruppe von ihnen) bereits bei Vorliegen eines sachlichen Grundes auszuschließen, ist jedoch gemäß § 138 I BGB unwirksam.

Die Grenzen vertraglicher Gestaltungsfreiheit der Partner richten sich nach den von der Rechtsprechung zum Recht der Personenhandelsgesellschaften entwickelten Grundsätzen (vgl. *Henssler/Prütting*, PartGG, 2. Aufl., § 9 PartGG Rn 12). Im Recht der Personengesellschaften und der GmbH ist anerkannt (vgl. BGH, Urt. vom 19.9.1988 – II ZR 329/87, NJW 1989, 834–836; BGH, Urt. v. 8.3.2004–11 ZR 165/02, NJW 2004, 2013; BGH, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 153/104, MDR 2005, 802), dass ein vertragliches Ausschließungsrecht, das in das freie Ermessen der berechtigten Gesellschafter gestellt ist und nicht an ein festes Tatbestandsmerkmal anknüpft, gegen die guten Sitten verstößt, weil es von den oder dem berechtigten Gesellschafter willkürlich ausgeübt und als Machtinstrument eingesetzt werden kann. Das gilt auch für ein Ausschließungsrecht, das, wie hier, vertraglich lediglich an einen sachlichen Grund gebunden ist. Denn, ob überhaupt und aufgrund welcher Überlegungen es zum Ausschluss kommt, wird auch in einem solchen Fall in das Belieben des ausschlussberechtigten Partners gestellt, weil die Bestimmung des sachlichen Grundes allein von seiner persönlichen Einschätzung abhängt.

Ein in das freie Ermessen gestelltes Ausschließungsrecht kann allerdings dann wirksam sein, wenn es wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist (vgl. (BGH, Urt. v. 8.3.2004, – II ZR 165/02, NJW 2004, 2013; BGH, Urt. v. 14.3.2005 – ZR 153/04, MDR 2005, 802 und BGH, Urt. v.19.9.2005 – II ZR 173/04). Solche besonderen Umstände sind hier von den Klägern jedoch nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Partner kannten sich bei Abschluss des Partnerschaftsvertrages bereits seit Jahren aus der von ihnen bereits zuvor gemeinschaftlich ausgeübten anwaltlichen Tätigkeit. Eine Frist zur Prüfung, ob sich zwischen ihnen das notwendige Vertrauensverhältnis entwickeln wird und

sie in ihrer Berufsauffassung harmonieren, was hier nach den herangezogenen Entscheidungen des BGH den freien Ausschluss eines Partners allenfalls rechtfertigen könnte, bedurfte es daher nicht.

Ist somit § 14 Abs. 3 des Partnerschaftsvertrages insoweit unwirksam, als das Ausschließungsrecht lediglich von einem sachlichen Grund abhängen soll, ist die dadurch entstandene Vertragslücke nach § 18 des Partnerschaftsvertrages unter Heranziehung des § 9 PartGG i.V.m. §§ 133, 140 HGB dergestalt auszufüllen, dass die Ausschließung einer Soziengruppe im Wege des Beschlusses einen wichtigen Grund voraussetzt.

■ Landgericht Halle

vom 20. Januar 2006, 5 O. 577/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel: 030/254 591 – 0,

Fax: 030/254 591 – 66

w.hesse@advocati.de, www.advocati.de

**336. Aussetzung der Klage auf Annahmeverzugslohn bei anhängiger Berufung im Kündigungsschutzverfahren**

Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist vom Bestehen eines Rechtsverhältnisses, nämlich des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien, abhängig, das Gegenstand eines anderen anhängigen Verfahrens ist, nämlich des Kündigungsschutzverfahrens 1 Ca 993/05 des Arbeitsgerichts Iserlohn (19 Sa 2124/05) des LAG Hamm. Der Lohnanspruch besteht nur, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 21.3.2005 nicht beendet wurde. Genau diese Frage ist in dem anhängigen Kündigungsschutzprozess zu klären.

Die Aussetzung ist sachgerecht. Angesichts des Urteils vom 17.10.2005 müsste dem Kläger der Zahlungsanspruch zugesprochen werden. Das erkennende Gericht ist jedoch an diese Entscheidung nicht gebunden, da sie noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Um divergierende Entscheidungen zu vermeiden, wäre die im Zahlungsprozess unterlegende Partei gezwungen, gegen eine Entscheidung in diesem Verfahren Berufung einzulegen, durch die beiden Parteien weitere Kosten entstünden. Sinn und Zweck der Aussetzung ist gerade, überflüssige Mehrarbeit in parallel geführten Prozessen und divergierende Entscheidungen zu verhindern (vgl. LAG Rheinland-Pfalz in LAGE Nr. 15 zu § 148 ZPO).

Gegen diese Entscheidung spricht auch nicht der Beschleunigungsgrundsatz des § 9 ArbGG. Dabei ist, im Gegensatz zur Entscheidung des Hessischen LAG vom 07.03.2003–11 Ta 267/03 –, hier der Kündigungsschutzprozess bereits in der Berufungsinstanz anhängig. Besondere Umstände, die danach eine Entscheidung unbedingt erforderlich erscheinen ließen, liegen nicht vor. Insbesondere ist der Kläger nicht durch einen vorläufig vollstreckbaren Zahlungstitel vor einer eventuellen Zahlungsunfähigkeit der Beklagten zu schützen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 23. März 2006, 4 Ca 3437/05

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann, Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn, Tel: 02371 /83 55 55, Fax: 02371 / 83 55 56  
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

#### Anmerkung:

Die Entscheidung ist sicher sinnvoll, aber wohl nicht zutreffend nach Auffassung der Mehrheit der Landesarbeitsgerichte. (me)

### 337. Kostenfestsetzung Drittschuldnerprozess

1. Selbst wenn das Arbeitsgericht nach Klagerücknahme der beklagten Partei im Drittschuldnerprozess mit Rücksicht auf § 840 ZPO die Verfahrenskosten auferlegt hat, steht § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG der vereinfachten Festsetzung der Kosten für die Hinzuziehung von Prozessbevollmächtigten entgegen.

2. Das Kostenfestsetzungsverfahren soll nur für die Ermittlung der gesetzlichen Prozesskosten Anwendung finden. Es ist nicht dafür gedacht und dafür ausgerichtet, über materiell-rechtliche Ersatzansprüche zu entscheiden (ständige Rechtsprechung des LAG R.-P., vgl. Beschl. v. 03.01.1992–9 Ta 220/91, v. 14.01.2002 – 10 Ta 1492/01– ). Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten unter Umständen einen materiell-rechtlichen Schadenersatzanspruch wegen der Nichterfüllung der Auskunftspflicht gem. § 840 Abs. 1 ZPO hat.

Durch § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG wird die Geltendmachung eines aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO resultierenden Schadenersatzanspruches des Pfändungsgläubigers nicht ausgeschlossen (vgl. BAG, v. 16.05.1990 – EZA Nr. 3 zu § 840 ZPO).

3. Abgesehen davon hätte die Kostengrundentscheidung des Arbeitsgerichts Ludwigshafen nicht ergehen dürfen, weil ein sonstiger anderer Grund i. S. des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO nicht vorlag (vgl. BGH, v. 27.10.2003, NJW 2004, 223) spricht die Kostengrundentscheidung lediglich aus, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, nicht aber welche im Verfahren nach §§ 103 ff. ZPO erstattungsfähigen Kosten dies sind.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 5. Juli 2005, 4 Ta 141/05, Rechtsbeschwerde eingelegt zum AZ 3 AZB 45/05

### 338. Prozesskostenhilfe, zur Pflicht der Vermögensverwertung (hier: Lebensversicherung)

Nachdem der Kläger durch Vorlage seiner Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ausreichend glaubhaft gemacht hat, dass er die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, war lediglich die Frage offen, ob der Kläger zur Finanzierung der Prozesskosten seine Lebensversicherung einsetzen muss. Hierzu ist er nicht verpflichtet.

Der derzeitige Rückkaufswert der Lebensversicherung des Klägers beläuft sich zwar nach seinen glaubhaft gemachten An-

gaben auf 9321,90 € und übersteigt somit das Schonvermögen und wäre – sofern es frei verfügbares Vermögen wäre – grundsätzlich zum Bestreiten der Verfahrenskosten einzusetzen. Das Schonvermögen ist nach § 115 Abs. 2 S. 2 ZPO i.V.m. § 88 Abs. 2 Nr. 8 BSHG, § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 a und 2 DV auf 2.301,- € anzusetzen und erhöht sich für jede weitere unterhaltsberechtigten Person um weitere 256,- €.

Der Einsatz seines Vermögens ist dem Kläger jedoch nicht zumutbar. Seine Inanspruchnahme setzt die Kündigung der Lebensversicherung voraus, was zur Folge hätte, dass der Kläger lediglich den geringen Rückkaufswert seiner Lebensversicherung realisieren könnte, während sich das Zukunftskapital bei Erleben im Jahre 2011 nach seinen Angaben auf 18.503,00 € und die Leistungen einschließlich der bisher erreichten Überschussbeteiligung sich auf 23.484,- € zum Stichtag 1.2.2003 im Todesfall beläuft. Aus seinen Angaben folgt mithin, dass eine vorzeitige Kündigung mit erheblichen Vermögensnachteilen verbunden wäre. Diese ist in der Regel nicht zumutbar gemäß § 115 Abs. 2 ZPO (so auch OLG Hamburg, 19.10.2000 – 12 WF 168/00 – juris; BSG, v. 19.6.1996 – 7 RAr 116/95, Juris für den Fall der Verwertung von Bundesschatzbriefen im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung, LSG Rheinland-Pfalz, v. 25.3.2003 – L 1 AL 46/01, Juris; Zöller-Phillipi, ZPO, 24. Aufl. § 115 Rn 59 a m. w. N.).

Anderes kann allerdings dann gelten, wenn die Altersversorgung, der die Kapitallebensversicherung dienen soll, bereits anderweitig gesichert ist. Hiervon kann angesichts der zu erwartenden Renteneinkünfte des Klägers sowie seiner Ehefrau nicht die Rede sein. Diese belaufen sich voraussichtlich auf 846,56 € im Monat, die seiner Ehefrau auf voraussichtlich 320,- € monatlich. Damit liegen die zu erwartenden Renteneinkünfte unter Berücksichtigung der erforderlichen Aufwendungen für die Miete kaum über dem Sozialhilfesatz. Hinzu kommt, dass beim Kläger angesichts seines Alters sowie seiner beruflichen Situation kaum mit einer wesentlichen Steigerung seiner Rentenanwartschaften gerechnet werden kann.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht vom 20. Dezember 2005, 14 Ta 324/04 eingereicht von Rechtsanwalt Gottfried Krutzki, Sandweg 9, 60316 Frankfurt am Main, Tel: 069/49 03 92, Fax: 44 94 14 krutzki@sandweg9.de

### 339. Rechtsschutzversicherung, Deckungspflicht für außergerichtliche Tätigkeit vor Kündigungsschutzklage

Der Rechtsschutzversicherer kann unter Geltung der ARB 75 bei einer arbeitsrechtlichen Kündigung nicht verlangen, dass der Versicherungsnehmer dem Anwalt sofort Klageauftrag erteilt. Das Argument der Rechtsschutzversicherer, dass andernfalls eine Obliegenheitsverletzung vorliege und höhere Kosten entstünden, trifft nicht zu.

■ Amtsgericht Hamburg – St. Georg vom 10. Februar 2006, 911 C 304/05

## Sonstiges

**340. Rechtsschutzversicherung, Kündigungsschutzklage, Erstattungs-fähigkeit außergerichtlicher Tätigkeitsgebühren**

Die Kläger können von dem Beklagten die Zahlung einer Geschäftsgebühr gemäß § 14 RVG VV-Nr. 2400 für ihr außergerichtliches Tätigwerden beanspruchen. Die Kläger waren nicht gehalten, unmittelbar Kündigungsschutzklage zu erheben und daneben im Rahmen des Prozessmandates Vergleichsverhandlungen zu führen.

Zum einen stellt diese Vorgehensweise nicht in jedem Fall die kostengünstigste Vorgehensweise dar. Denn im Falle eines außergerichtlichen Vergleiches nach einer Besprechung mit der Gegenseite entsteht eine 1,3 Verfahrensgebühr, eine 1,2 Terminsgebühr der Nr. 3104 VV RVG sowie eine 1,0 Gebühr der Nr. 1003 VV RVG. Bei einem Auftrag zur außergerichtlichen Einigung fällt demgegenüber lediglich eine 1,3 Geschäftsgebühr nach §§ 2, 13, 15 RVG i.V.m. Nr. 2400 VV RVG sowie eine 1,5 Einigungsgebühr nach §§ 2, 13 RVG i.V.m. Nr. 1000 VV RVG an.

Zum anderen entsprach die von den Klägern gewählte Vorgehensweise den Interessen des Beklagten. Denn unstreitig sollte der Beklagte mit dem Arbeitgeber zunächst eine außergerichtliche Klärung herbeiführen, um das Arbeitsverhältnis durch Einleitung gerichtlicher Schritte nicht zu belasten. Auch sollten Missverständnisse ausgeräumt und der Arbeitgeber unter Hinweis auf formelle Bedenken zur Rücknahme der Kündigung bewegt werden.

Ein Hinweis der Kläger, dass unmittelbar Kündigungsschutzklage einzureichen sei, widersprach den Interessen des Beklagten und bewahrte ihn auch nicht vor Schaden.

## ■ Amtsgericht Büdingen

vom 8. Juni 2006, 2 C 50/06 (22)

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Wolf, Seemenbachstraße 33, 63654 Büdingen, Tel: 06042/96 22 11, Fax: 06042/96 22 23

**341. Rechtsweg bei Insolvenzanfechtung**

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist nicht eröffnet für Klagen, mit denen der Insolvenzverwalter Rückgewährungsansprüche gegenüber einem Gläubiger geltend macht, der aus einem arbeitsgerichtlichen Vergleich über Arbeitsvergütung vollstreckt hat.

## ■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 22. Juli 2006, 4 Ta 178/05

**342. Rechtsweg, Geschäftsführer, Zusammenhangsklage, sic-non-Fall**

1. Das Anstellungsverhältnis des Geschäftsführers wird durch schuldrechtlichen gegenseitigen Vertrag begründet (BAG, Urteil vom 16.09.1998 – 5 AZR 181/97 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Es wird in der Regel ein freies Dienstverhältnis sein. Es ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aber ausnahmsweise auch als

Arbeitsverhältnis denkbar (BAG, Beschluss vom 26.05.1999 – 5 AZR 664/98 – AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG).

Ungeachtet seines Rechtscharakters sind für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis die Arbeitsgerichte nicht zuständig, weil Mitglieder des Vertretungsorgans gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht als Arbeitnehmer gelten.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts greift die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG dann nicht ein, wenn die Rechtsstreitigkeit zwischen dem Mitglied des Vertretungsorgans und der juristischen Person nicht das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (Anstellungsverhältnis), sondern eine weitere Rechtsbeziehung betrifft. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Organvertreter – wie hier Rechte aus einem schon vor Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrages begründeten und angeblich (etwa ruhend) weiter bestehenden Arbeitsverhältnis herleitet oder wenn er Rechte mit der Begründung geltend macht, nach seiner Abberufung habe sich das nicht gekündigte und fortgesetzte Anstellungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis umgewandelt (BAG, Beschluss vom 06.05.1999 5 AZB 22/98, AP Nr. 46 zu § 5 ArbGG 1979, zu II. 3. c der Gründe).

In diesen Fällen greift nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, die Fiktion des § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht ein.

Durch Beschluss vom 24.04.1996 (5 AZB 25/95, BAGE 83, 40) hat der fünfte Senat entschieden: Kann die vor dem Arbeitsgericht in einer bürgerlichrechtlichen Streitigkeit erhobene Klage nur dann Erfolg haben, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist (so genannter sic-non-Fall), so reicht die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, zur Bejahung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus. Ist der Kläger kein Arbeitnehmer, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Eine Verweisung des Rechtsstreits in einen anderen Rechtsweg wäre in diesem Fall sinnlos (BAG, Beschluss vom 18.12.1996 – 5 AZB 25/96, BAGE 85, 46.).

Da der Kläger mit seinen Klageanträgen keine Rechte aus dem der Bestellung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, sondern ausschließlich Rechte aus einem zuvor begründeten und angeblich weiterbestehenden Arbeitsverhältnis geltend macht, reicht die bloße Rechtsbehauptung, das vor seiner Geschäftsführerbestellung begründete Arbeitsverhältnis habe „ruhend“ fortbestanden, zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte aus. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass sich der Kläger mit seinem Klageantrag zu 1 (lediglich) gegen die außerordentliche Kündigung des Vertragsverhältnisses wendet und § 626 BGB auf alle Dienstverträge Anwendung findet.

Ebenso wie für die Klageanträge 2 und 3 liegt aber auch insoweit ein sic-non-Fall vor.

Dies ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach der Kläger durch den Wortlaut seiner Antragstellung in zulässiger Weise den Streitgegenstand des Rechtsstreits bestimmt. Erhebt er ausdrücklich Klage darauf,



dass durch eine Kündigung ein Arbeitsverhältnis nicht beendet wurde, kann die Klage unabhängig von der Rechtsgrundlage für die Kündigung nur dann Erfolg haben, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestand (vgl. BAG, Beschluss vom 19.12.2000 – 5 AZB 16/00 – AP Nr. 9 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung; BAG, Beschluss vom 17.01.2001 – 5 AZB 18/00 – AP Nr. 10 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung). Nach alledem ist vorliegend der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen bezüglich der Klageanträge 1 bis 3 eröffnet, da insoweit ein so genannter sic-non-Fall vorliegt.

3. Zutreffend geht das Arbeitsgericht davon aus, dass die Gerichte für Arbeitssachen entgegen der Auffassung des Klägers für die Klageanträge 4 bis 6 nicht zuständig sind.

a) Diese Anträge betreffen – was der Kläger nicht in Abrede stellt – das der Organstellung zugrunde liegende Rechtsverhältnis.

b) Die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen ergibt sich entgegen der Auffassung des Klägers vorliegend auch nicht aus § 2 Abs. 3 ArbGG.

§ 2 Abs. 3 ArbGG findet nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nämlich dann keine Anwendung, wenn – wie hier die Zuständigkeit für die Zusammenhangsklage allein aus der Verbindung mit einem sic-non-Antrag folgt.

Ein sic-non-Antrag kann für Zusammenhangsklagen nicht die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen begründen.

4. Zu Recht hat das Arbeitsgericht bezüglich der Klageanträge 4 bis 6 den Rechtsstreit an das zuständige Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit verwiesen. Insoweit war die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Bezüglich der Klageanträge 1 bis 3 war das Verfahren abzutrennen, da insoweit die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 30. März 2005, 11 Ta 21/05

### 343. Rechtsweg, Arbeitnehmerstatus, Rechtsanwältin als arbeitnehmerähnliche Person

1. Arbeitnehmerähnliche Personen sind, was zumeist auf ihrer gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsabhängigkeit oder ihrer fehlenden intensiven Eingliederung in die betriebliche Organisation beruht, wesentlich weniger persönlich abhängig als Arbeitnehmer (BAG v. 17.06.1999–5 AZB 23/98). Dafür tritt an Stelle der persönlichen Abhängigkeit das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. Unselbstständigkeit und eine einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit (BAG, v. 08.09.1997–5 AZB 3/97). Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist gegeben, wenn die Person auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft und die Einkünfte aus ihrer Dienstleistung als Existenzgrundlage angewiesen ist (BAG, v. 02.10.1990–4 AZR 106/90). Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit die einzige wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt, ohne dass es von Belang ist, ob eine vertragliche

Erlaubnis vorliegt, daneben anderen Tätigkeiten nachzugehen (BAG, v. 30.08.2000–5 AZB 12/00, NZA 2000, 1359 (1360)). Eine vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt, und die geleisteten Dienste nach ihrer Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind. Für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ist es jedenfalls unbedeutend, ob die jeweiligen Verträge eine Bezeichnung als „freier Mitarbeiter“ vorsehen (OLG München, v. 24.11.1998 – 29 W 3071/98 –, MDR 1999, 1412; OLG Brandenburg, 07.02.2002 – 14 W 10/01 –, NJW 2002, 1659)

2. Danach war die Klägerin zumindest als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen.

Ihr gesamtes Einkommen stammte vom Beklagten. Dass sie daneben die rechtliche Möglichkeit hatte, eigene Mandanten zu betreuen, hinderte ihre wirtschaftliche Abhängigkeit vom Beklagten nicht.

Denn diese Möglichkeit bot ihr gerade auf dem von zahlreichen Anwälten besetzten Arbeitsmarkt in und um Köln keine realistische Chance, ihren Lebensunterhalt zu verdienen. Die Klägerin unterhielt kein eigenes Anwaltsbüro, keine eigene Büroorganisation, die ihr eine Chance zur Akquisition von eigenen Mandaten in einem nennenswerten Umfang gegeben hätten.

Sofern der Beklagte darauf hinweist, dass die Klägerin neben ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin sich um ihr Weiterbildungsstudium zur Wirtschaftsjuristin an der Universität bemüht habe, so steht das schon aus den vorgenannten Erwägungen im Gesamtbild der Annahme einer einem Arbeitnehmer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit nicht entgegen. Im Übrigen hat das Bundesarbeitsgericht in dem vom Beklagten angeführten Beschluss (16.07.1997–5 AZB 29/96 – ) nicht generell die wirtschaftliche Abhängigkeit dadurch charakterisiert, dass die Gestaltung des Vertragsverhältnisses den Dienstleistenden derart beansprucht, dass er daneben keine nennenswerte weitere Erwerbstätigkeit mehr ausüben kann. Es hat diese Tatsache im konkreten Fall lediglich als eine von mehreren Kriterien zur Gesamtwürdigung herangezogen. Die Tätigkeit der Klägerin steht in ihrer Sozialtypik einem Teilzeitarbeitsverhältnis nahe.

Die Klägerin war auch im Hinblick auf ihre monatlichen Einkünfte von durchschnittlich 2.440,- EUR im Zeitraum von Januar bis November 2003 und die Notwendigkeit, ihre Dienste für den Beklagten persönlich zu erbringen, einem Arbeitnehmer ähnlich schutzbedürftig. Bei der Höhe der Einkünfte ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin von diesem Verdienst im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer die gesamte Vorsorge selbst bestreiten musste.

Für die arbeitnehmerähnliche Sozialtypik spricht ferner die hierarchische Einordnung der Klägerin. Unstreitig hat der Beklagte nicht nur Schriftsätze der Klägerin korrigiert, er hat auch selbst vorgetragen, dass die Klägerin einem „geregelten Arbeitsablauf, der eine bestimmte Reihenfolge für die Erstel-

## Sonstiges

lung der Schriftsätze vorsah“, unterworfen gewesen sei, und dazu betont, dass er selbst dabei „sein legitimes Recht als Inhaber der Kanzlei und nach außen hin alleinverantwortlicher Rechtsanwalt“ ausgeübt habe, für alle die Richtlinien der Büroorganisation vorzugeben. Die Klägerin arbeitete persönlich, innerhalb einer vorgegebenen Organisation für den Beklagten, der das Unternehmerrisiko trug.

Da die Arbeitszeit eines Rechtsanwaltes z.B. aufgrund einzuhaltender Fristen, wahrzunehmender Gerichtstermine und der Notwendigkeit von Besprechungen mit Mandanten ohnehin erheblichen zeitlichen Vorgaben unterliegt, spricht im Übrigen einiges dafür, angesichts der hierarchischen Einordnung der Klägerin die ihr noch verbleibende Freiheit zu Zeitdisposition nicht als entscheidendes Moment in der Gesamtwürdigung auch bei der hier offengelassenen Frage zu berücksichtigen, ob ein Arbeitsverhältnis im eigentlichen Sinn vorlag.

Schließlich spricht auch für die zumindest arbeitnehmerähnliche Einordnung der Klägerin der Vortrag des Beklagten selbst, es habe „in der Natur der Sache“ gelegen, dass die Klägerin bei der Bearbeitung oftmals ihre Arbeit zwangsläufig im Büro des Beklagten habe durchführen müssen, so dass sie aus diesem Grunde auch die Nutzung der entsprechenden Ausstattung zur Verfügung gestellt bekommen habe

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 6. Mai 2005, 4 Ta 40/05

#### 344. Rechtsweg, Handelsvertreter, tatsächliche Einkommenshöhe bestimmend, Streitwert der Beschwerde

1. Der Kläger ist aufgrund eines Handelsvertrages bei der Beklagten tätig gewesen. In dem Vertrag ist eine Garantierprovision von 1.300,00 EUR vorgesehen. Das Vertragsverhältnis hat zum 30.4.2003 geendet. In der Zeit von November 2002 bis Februar 2003 hat der Kläger 5.389, 57 EUR an Provisionen erhalten. Für die Monate März und April 2003 hat die Beklagte keine Zahlungen erbracht und die Aufrechnung mit einem Inventurfehlbetrag über 4.698,20 EUR erklärt. Der Kläger begehrt Auszahlung dieser Provisionsbeträge.

Das Arbeitsgericht hat den Rechtsstreit an das Amtsgericht Lüneburg verwiesen. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ArbGG seien nicht erfüllt. Die Tatsache, dass die Beklagte die unstreitig vereinbarte Garantierprovision von 1.300,00 EUR nicht gezahlt habe, ändere daran nichts.

2. Die sofortige Beschwerde ist begründet.

Es sind die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 ArbGG erfüllt. Nach dieser Vorschrift gelten als Arbeitnehmer im Sinn des Verfahrensrechts auch sog. Einfirmenvertreter, wenn sie während der letzten sechs Monate des Vertragsverhältnisses im Durchschnitt nicht mehr als 1000,00 EUR monatlich an Vergütung bezogen haben.

Der Kläger war angesichts der faktischen Umstände nicht in der Lage, in nennenswertem Umfang von der ihm vertraglich eingeräumten Möglichkeit, auch für andere Vertragspartner tätig zu werden, Gebrauch zu machen (vgl. ArbGV 2. Aufl. § 5

Rn 8). Angesichts der begrenzten Verdienstmöglichkeiten war er wirtschaftlich faktisch gezwungen, die Öffnungszeiten des Geschäftes in Person abzudecken. Auch die Verkehrsfläche ließ innerhalb des Ladens kaum eine ergänzende Nutzung zu. Der Kläger hat die maßgebliche Einkommensgrenze von 1000,00 EUR im Monat in den letzten 6 Monaten nicht überschritten. Das Zahlenwerk ist im vorliegenden Fall unstreitig. Es geht ausschließlich um die rechtliche Bewertung der Tatsache, dass die Beklagte die unstreitig bestehenden Ansprüche des Klägers auf Garantierprovision aufgrund der erklärten Aufrechnung nicht ausgezahlt hat.

Der Gesetzeswortlaut, wonach die Vergütung maßgeblich ist, die der Handelsvertreter „bezogen“ hat, weist in die Richtung, dass auf die Beträge abzustellen ist, die er tatsächlich erhalten hat und nicht auf diejenigen, die ihm rechtlich zustehen. Eine solche wörtliche Auslegung entspricht auch dem Schutzzweck des Gesetzes. § 5 Abs. 3 ArbGG ist im Zusammenhang mit der Kostenregelung des § 12a ArbGG zu sehen. Der Zugang zum Gericht soll für einen schutzbedürftigen Personenkreis nicht mit dem Risiko erschwert werden, dass ggf. die Anwaltskosten des Prozessgegners zu tragen sind. Insofern macht es Sinn, auf die tatsächlichen Einkommensverhältnisse abzustellen (so in einem vergleichbaren Fall LAG Hessen, vom 12.4.1995, NZA 1995, 1071; ebenso GK-ArbGG § 5 Rn 160). Dann ist es auch unschädlich, wenn der Kläger zu einem früheren Zeitpunkt die Einkommensgrenze überschritten hatte (*Germelmann/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl. § 5 Rn 26). Das Bundesarbeitsgericht hat dies selbst für den Fall angenommen, dass der Handelsvertreter in der letzten Zeit überhaupt nicht mehr gearbeitet hat (Beschluss vom 15.2.05 – 5 AZB 13/04).

Die von der Beklagten vorgelegte Entscheidung des Landgerichts Hannover vom 22.12.2003 steht dem nicht notwendig entgegen, da aus den Gründen nicht ersichtlich ist, welche tatsächlichen Zahlungen der Kläger dort erhalten hat.

3. Der Gegenstandswert ist auf ein Drittel des Wertes der Hauptsache festgesetzt worden (*Germelmann*, ArbGG § 48 Rn 98).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 1. März 2006, 11 Ta 393/05

eingereicht von Rechtsanwalt Christian Stockfisch,  
Am Sande 5, 21335 Lüneburg, Tel: 04131/789 68-0,  
Fax: 04131/78968 – 68  
kanzlei@niemann-partner.de

#### 345. Rechtsweg, Ansprüche eines Betriebsübernehmers gegen Arbeitnehmer, die vorübergehend bis zum Widerspruch nach § 613a BGB für ihn tätig waren

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist gegeben. Soweit die Klägerin die begehrten Ansprüche auf einen angeblichen Abtretungsvertrag zwischen ihr und dem Insolvenzverwalter stützt, folgt die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a und d und § 3 Arbeitsgerichtsgesetz, denn die Klägerin macht insoweit angebliche Rechte als

Rechtsnachfolgerin der bisherigen Arbeitgeberin des Beklagten geltend. Soweit die Klägerin die begehrten Ansprüche auf den zwischen dem Beklagten und dem Insolvenzverwalter geschlossenen Aufhebungsvertrag, der angeblich Schutzwirkungen zu ihren Gunsten entfalte, stützt, folgt die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitsachen ebenfalls aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a und d und § 3 Arbeitsgerichtsgesetz. Soweit die Klägerin die begehrten Ansprüche auf ein angebliches im Monat Juni 2004 bestehendes faktisches Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien stützt, folgt die Zuständigkeit aus § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a Arbeitsgerichtsgesetz. Denn die Zuständigkeitsnorm des § 2 Abs. 1 Ziff. 3 a Arbeitsgerichtsgesetz ist umfassend zu verstehen. Sie erfasst neben vergangenen, gegenwärtigen oder erst zu begründenden Arbeitsverhältnissen auch faktische Arbeitsverhältnisse, die jeglicher vertraglichen Vereinbarung ermangeln (*Ascheid-Wenzel*, GK-ArbGG, § 2, Rn 109 m. w. N.). Für die Frage der Rechtswegzuständigkeit ist unerheblich, ob die Voraussetzungen der von der Klägerin angeführten Anspruchsgrundlagen tatsächlich gegeben sind. Das ist eine Frage der Begründetheit, nicht aber der Zuständigkeit (vgl. *Ascheid-Wenzel*, a. a. O., Rn 281).

■ **Arbeitsgericht Emden**

vom 29. März 2006, 1 Ca 45/06

eingereicht von Rechtsanwalt Klaus-Dieter Franzen, Schwachhauser Heerstraße 25, 28211 Bremen, Tel: 0421/20073-0, Fax: 0421/20073-99

franzen@dasgesetz.de; www.dasgesetz.de

**346. Einstweilige Verfügung; Streitverkündung; Gebühren**

Der Zweck der Streitverkündung geht dahin, dem Streitverkündeten die Einwendung abzuschneiden, es sei doch der ursprünglich Verklagte in Wirklichkeit passiv legitimiert. Dieser Einwand ist erst nach rechtskräftiger Entscheidung ausgeschlossen. Eine solche rechtskräftige Entscheidung ergeht nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren, sondern nur im Hauptsacheverfahren.

■ **Landesarbeitsgericht Nürnberg**

vom 30. November 2004, 6 Sa 691/04

**347. Vollstreckung des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung**

Der Vollstreckung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs nach § 888 ZPO können materiellrechtliche Einwendungen (z.B. weitere Kündigung, Auflösungsantrag des Arbeitgebers) nicht entgegengehalten werden. Solche Einwendungen können nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage gem § 767 ZPO geltend gemacht werden.

■ **Thüringer Landesarbeitsgericht**

vom 5. Januar 2005, 1 Ta 148/04

**348. Zuordnung zum Stellenpool des Landes Berlin, Feststellungsinteresse**

Zum Sachverhalt:

Der Senat von Berlin hat einen zentralen Stellenpool geschaffen, um seine reichlich überzähligen Mitarbeiter sinnvoller einsetzen zu können. Neben einem allgemeinen Unwillen gegen Veränderungen beklagten die betroffenen Mitarbeiter „Nasenpolitik“ bei der Auswahlentscheidung über die Versetzung zum Stellenpool und eine von dort ausgeübte sinnlose Einsatzzuweisung, die manch einer als Schikane mit dem Ziel des Herausdrängens betreibt. Viele wehren sich gerichtlich, sind mit Feststellungsklagen aber bisher an der Berliner Arbeitsgerichtsbarkeit gescheitert, die sich vor dem Massenansturm hinter formalen Bedenken verbarrikadierte.

Dem hat das Bundesarbeitsgericht jetzt ein Ende gemacht.

1. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist die Klage gegen eine vom beklagten Land als Versetzung zum Zentralen Personalüberhangmanagement (Stellenpool) bezeichnete Maßnahme zulässig.

1.1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zwar sei die Frage, ob ein Arbeitnehmer zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet ist, als Teil eines Rechtsverhältnisses der Feststellungsklage zugänglich. Die hier streitige Versetzung habe jedoch keine Veränderung der Leistungspflicht zur Folge, da der Klägerin kein anderer Arbeitsplatz in einer anderen Arbeitsorganisation zugewiesen worden sei. Vielmehr werde die Klägerin auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt. Die Befürchtung der Klägerin, auf Grund der Versetzung zum Stellenpool sehr viel eher als bisher abgeordnet oder versetzt werden zu können, begründe kein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO. Eine abstrakte Gefährdung reiche insoweit nicht aus. Jedenfalls fehle das Interesse an alsbaldiger Feststellung, da der Klägerin – allein – durch die Versetzung zum Stellenpool unmittelbar keine Nachteile drohen. Diesen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts folgt der Senat nicht.

1.2. Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO muss ein Rechtsverhältnis sein, wobei sich die Klage auch auf einen Teil eines Rechtsverhältnisses beziehen kann. Dies ist der Fall, wenn über die Wirksamkeit einer direktionsrechtlichen Maßnahme, z.B. einer Versetzung, gestritten wird (BAG, 26. Januar 1993 – 1 AZR 303/92 – AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 102 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 109, zu I der Gründe; 20. Januar 1960 – 4 AZR 267/59 – BAGE 8, 338, 341). Eine Versetzung liegt vor bei einem dauerhaften Wechsel auf einen Arbeitsplatz in einer anderen Dienststelle desselben Arbeitgebers (BAG, 22. Januar 2004 – 1 AZR 495/01 – AP ZPO § 91 a Nr. 25; *Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese*, BAT, Stand Juni 2005, § 12 Erl. 2).

1.3. Bei der Zuordnung zum Stellenpool handelt es sich um eine im Wege der Feststellungsklage überprüfbare Veränderung eines Rechtsverhältnisses. Der Stellenpool ist als eine der Senatsverwaltung für Finanzen nachgeordnete Behörde (§ 1 Abs. 1 StPG) eine andere Dienststelle. Dort wurde der

## Sonstiges

Klägerin zwar kein Arbeitsplatz zugewiesen, vielmehr wurde sie in einen zeitlich befristeten Übergangseinsatz bei ihrer bisherigen Dienststelle abgeordnet. Die Zuordnung zu der neuen Dienststelle berührt aber die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis; es handelt sich gerade nicht um eine nur unwesentliche Änderung der Arbeitsumstände der Klägerin, die keine Auswirkungen auf die vertraglichen Rechtsbeziehungen hätte. Die Versetzung der Klägerin zum Stellenpool bewirkt in der Person der Klägerin eine Umorientierung. Diese ist schon deshalb erforderlich, weil die Klägerin nicht mehr in der gleichen Interessenslage wie vorher ist, sondern bemüht sein wird, wieder eine unbefristete Tätigkeit zu erhalten, wofür die Teilnahme an Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen notwendig sein kann.

1.3.1. Die Klägerin war vorher unbefristet als technische Zeichnerin beschäftigt. Jetzt ist sie nur noch befristet abgeordnet als technische Zeichnerin tätig. Das ist ein rechtlich bedeutsamer Unterschied. Bei der Zuweisung zu einem neuen Arbeitsplatz nach Fristablauf hat der Arbeitgeber nur billiges Ermessen hinsichtlich der Zuweisung des neuen Arbeitsplatzes zu wahren. Demgegenüber würde sich die Überprüfung gem. § 315 BGB bei einer Versetzung von einem unbefristet zugewiesenen Arbeitsplatz auf einen anderen Arbeitsplatz auch darauf erstrecken, ob die Beendigung der Tätigkeit auf dem bisherigen Arbeitsplatz billigem Ermessen entspricht.

1.3.2. Für die Stellung der Klägerin kommt hinzu, dass mit ihrer Versetzung zum Zentralen Personalüberhangmanagement (Stellenpool) eine Veränderung der Zuständigkeit des Personalrats eintritt. Nach § 7 StPG ist in das Personalvertretungsgesetz des Landes Berlin in der Fassung vom 14. Juli 1994 (GVBl Berlin S. 337, 1995 S. 24), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Februar 2003 (GVBl Berlin S. 118), ein § 99 c betreffend "Sondervorschriften für das Zentrale Personalüberhangmanagement (Stellenpool)" eingefügt worden. Nach § 99 c Abs. 3 PersVG wirkt der Personalrat beim Zentralen Personalüberhangmanagement (Stellenpool), somit ein für die Klägerin neuer Personalrat, mit bei Übergangseinsätzen nach § 3 StPG mit einer Dauer von mehr als drei Monaten oder sobald der Übergangseinsatz diese Dauer überschreitet. Vorliegend ist dies bereits erfolgt.

Damit war eine Mitwirkung des Personalrats des Stellenpools erforderlich. Hierbei handelt es sich nicht um eine rein organisationsrechtliche Frage, die keine Auswirkung auf die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten hat. Die personelle Zusammensetzung eines anderen zuständigen Personalrats, den die Klägerin nicht mitgewählt hat, kann zu Entscheidungen führen, die der Personalrat ihrer bisherigen Dienststelle nicht getroffen hätte.

1.4. Für den Antrag liegt, da die Klägerin – wie dargelegt – bereits in ihrer individual- und kollektivrechtlichen Rechtsstellung betroffen ist, auch ein Interesse der Klägerin an alsbaldiger Feststellung vor. Wie sich zudem aus den beiden Schreiben des Zentralen Personalüberhangmanagements er-

gibt, wurde die Klägerin zu einer Informationsveranstaltung über Arbeitsplätze am Flugplatz Tempelhof beordert und mit Wirkung vom 27. Juni 2005 wurde ihr ein Arbeitsplatz im Wahlamt des Bezirksamts von Berlin zugewiesen. Darüber hinaus ergibt sich auch ein Interesse der Klägerin daran, alsbald zu erfahren, für welchen Personalrat sie künftig wahlberechtigt und wählbar ist.

2. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründetheit des Antrags zu 2) keine tatrichterlichen Feststellungen vorgenommen. Es wird dies nachholen müssen. Deshalb war das Urteil des Landesarbeitsgerichts insoweit aufzuheben und der Rechtsstreit auf Grund der begründeten Revision der Klägerin an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den Antrag zurückzuverweisen.

#### ■ Bundesarbeitsgericht

vom 27. Oktober 2005, 6 AZR 123/05

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfgang Daniels, Fritschestraße 62, 10627 Berlin, Tel: 030 / 465 20 71, Fax: 030/461 21 79

### 349. Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Vergleich auf Erteilung einer Lohnabrechnung, vertretbare Handlung, konkrete Anforderungen an die Vollstreckungsfähigkeit des Titels

1. Gemäß § 888 Abs. 1 ZPO ist dann, wenn eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und sie ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft anzuhalten sei.

Demgegenüber ist gemäß § 887 Abs. 1 ZPO dann, wenn der Schuldner, der die Verpflichtung eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, nicht erfüllt, der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

2. Nach der herrschenden Meinung ist die Erstellung einer Lohnabrechnung regelmäßig nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig; vielmehr können Lohnabrechnungen – jedenfalls bei vorhandenen Lohnunterlagen – in aller Regel von jedem sachkundigen Dritten, etwa einem Steuerberater, erstellt werden.

Nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 08.08.1996 (– 6 Ta 127/96 –, BB 1998, 1695 Ls.), der die Kammer folgt, kann daher die Verpflichtung, eine Lohnabrechnung erteilen zu müssen, nicht durch Zwangsgeld- bzw. Zwangshaftandrohung erzwungen werden, weil dies nicht zu den derart erzwingbaren unvertretbaren Handlungen i. S.v. § 888 ZPO gehört. Eine Zwangsvollstreckung nach dieser Vorschrift kann nur dann erfolgen, wenn die Erstellung der Lohnabrechnung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Da der Schuldner für derartige Abrechnungen sachkundige Dritte (z. B. Steuerberater usw.) beauftragen kann,

darf nach § 888 Abs. 1 ZPO nur dann vorgegangen werden, wenn keine abrechnungsrelevanten Unterlagen mehr vorhanden sind, die eine Abrechnung durch Dritte zulassen. Ansonsten muss der Gläubiger nach § 887 ZPO vorgehen. Der Kläger hat zwar vorgetragen, bei der Firma des Beklagten handele es sich um einen Kleinstbetrieb, der wohl nicht über ordentliche und ausreichend geführte Unterlagen verfüge. Daher sei von einer unvertretbaren Handlung auszugehen. Dies reicht indes nicht aus. Das Vorbringen erschöpft sich lediglich in Vermutungen.

3. Im Übrigen ist im Hinblick auf den Inhalt des Vergleichs, wonach der Beklagte sich verpflichtet hat, für den Zeitraum vom 01.01. bis 15.03.2004 einen Gesamtbruttolohnanspruch in Höhe von 2.062,50 € abzurechnen noch auf Folgendes hinzuweisen:

Da sich die Höhe des im Vergleich vereinbarten Betrages (dieser entspricht nicht den Arbeitstagen im genannten Zeitraum und ist nicht einmal durch den Stundenlohn von 8,50 € teilbar) nicht erschließt, bedarf es einer Auslegung:

a) Entweder ist der Vergleich so auszulegen, dass die Lohnabrechnung für die genannten Monate anteilmäßig zu erstellen ist, d. h. pro vollem Monat ein Bruttobetrag i.H.v. 825 € bzw. für den März 2004 ein Betrag i.H.v. 412,50 € zugrunde zu legen ist.

In diesem Fall stünde der jeweilige Bruttobetrag fest. Da dem Kläger zudem seine Lohnsteuerklasse bekannt sein dürfte, bedarf es mithin zur Lohnabrechnung nicht der Mitarbeit des Beklagten. Vielmehr könnte auf entsprechende Tabellen bzw. Berechnungsprogramme zurückgegriffen werden. Die Vollstreckung gemäß § 887 ZPO wäre ohne weiteres möglich.

b) Wäre der Vergleich aber nicht im Sinne einer anteilmäßigen Verpflichtung zu verstehen, bestünden durchgreifende Bedenken an der Vollstreckungsfähigkeit des Titels.

Einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat ein Titel nur, wenn der Schuldner etwas leisten muss und diese Leistung selbst nach Art und Dauer bestimmt ist. Was ein Schuldner zu leisten oder zu dulden hat, muss aus dem Titel erkennbar sein (LAG Schleswig-Holstein Beschluss, vom 19.07.2001 – 4 Ta 98/01, m. w. N.).

Die hier vorliegende Verpflichtung, für den Zeitraum vom 01.01.2004 bis 15.03.2004 insgesamt einen Gesamtbruttobetrag abzurechnen, lässt indes weder den Rechtsgrund der Zahlung (tatsächliche Arbeitsleistung, Annahmeverzugslohn, Urlaubsabgeltung u. a.m.) erkennen, noch ist aus dem Titel ersichtlich, welcher Betrag für welchen Monat gezahlt werden soll.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 10. Mai 2005, 11 Ta 50/05

## Streitwert und Gebühren

### 350. Begriff der (einheitlichen) Angelegenheit

Schließt der Anwalt im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens einen Beendigungsvergleich, der über Vergütungsansprüche nichts aussagt, die zu dieser Zeit bereits fällig waren aber nicht anhängig, liegt mit deren anschließender Forderung keine einheitliche Angelegenheit in gebührenrechtlicher Hinsicht vor.

■ Amtsgericht Darmstadt

vom 25. November 2005, 3 UR II 1621/05

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

### 351. Einigungsgebühr nach Vereinbarung über die „Rücknahme“ einer Kündigung im Kündigungsschutzverfahren und anschließende Klagerücknahme; Wiedereinsetzung von Amts wegen bei fehlender Rechtsmittelbelehrung

1. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die – in der Höhe unbeanstandete – Einigungsgebühr ist dem Antragsteller entstanden und war demnach gem. § 11 RVG festzusetzen.

a) Nach Nr. 1003, 1000 Abs. 1 Satz 1 des Vergütungsverzeichnisses der Anlage 1 zum RVG entsteht die Einigungsgebühr „für die Mitwirkung beim Abschluss eines Vertrags, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt wird, es sei denn, der Vertrag beschränkt sich ausschließlich auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht“. Diese Regelung weicht von der entsprechenden Regelung in § 23 Abs. 1 der bei Erlass des RVG aufgehobenen BRAGO ab. Die in Abs. 1 Satz 1 der aufgehobenen Bestimmung geregelte Vergleichsgebühr verlangte die Mitwirkung beim Abschluss eines Vergleichs i.S.d. § 779 BGB. Nach dieser Regelung liegt ein Vergleich nur vor, wenn der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis „im Wege des gegenseitigen Nachgebens“ beseitigt wird. Auf dieses Tatbestandsmerkmal kommt es für den Anfall der Einigungsgebühr nach dem RVG nicht mehr an.

Durch diese Änderung wollte der Gesetzgeber die streitvermeidende oder -beendende Tätigkeit des Rechtsanwalts weiter fördern und damit richtersentlastend wirken. Es sollten zudem die bisher häufigen kostenrechtlichen Auseinandersetzungen über die Frage, ob ein Vergleich i.S.v. § 779 BGB vorliegt, vermieden werden (BT-Drucks. 15/1971 S. 204).

Allerdings reicht es auch nach der Änderung nicht aus, wenn sich der Vertrag, an dessen Zustandekommen der Anwalt mitgewirkt hat, „ausschließlich“ auf ein Anerkenntnis oder einen Verzicht beschränkt. Das RVG nimmt damit Begriffe auf, wie sie in den §§ 306, 307 ZPO, die das Anerkenntnis- und das Verzichtsurteil regeln, verwendet werden. Daraus ist zu schließen, dass eine vertragliche Regelung, die materiell-rechtlich keine weitergehenden Wirkungen hat, als sie an ein Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil geknüpft werden, keine Einigungsgebühr auslöst. Sonstige Vereinbarungen, durch die der Streit oder

## Streitwert und Gebühren

die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis beseitigt werden, sollen jedoch den Gebührentatbestand erfüllen.

b) Gemessen daran steht dem Antragsteller die Einigungsgebühr zu. Die unter Mitwirkung des Antragstellers gefundene Regelung zwischen den Prozessparteien des Ausgangsverfahrens beseitigt deren Streit und deren Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung und das Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Die Vereinbarung ging auch über die Wirkungen eines Anerkenntnisurteils hinaus und betraf deshalb nicht ausschließlich ein Anerkenntnis i.S.d. Ausschlussstatbestandes in Nr. 1000 Abs. 1 Satz 1 des Vergütungsverzeichnisses der Anlage 1 zum RVG.

Die Einigung beinhaltete mehr als die "Rücknahme" der Kündigung. Eine derartige einseitige Rücknahme ist nämlich nicht möglich. Vielmehr bleibt es auch danach denkbar, dass der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage fortführt und einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG stellt (BAG, 19. August 1982 – 2 AZR 230/80 – BAGE 40, 56). Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber hinsichtlich des Kündigungsschutzantrages Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen lässt. Diese Möglichkeit war der seinerzeitigen Klägerin durch die getroffene Regelung über die Rücknahme der Kündigung genommen.

Darauf, ob im konkreten Fall tatsächlich ein Auflösungsantrag im Raume stand, kommt es nicht an. Dies wäre allenfalls dann von Bedeutung, wenn – was durch die Rechtsänderung aber nicht mehr der Fall ist – noch die Frage gegenseitigen Nachgebens für den Anfall der Gebühr erheblich wäre.

2. Der Rechtsbeschwerdeführerin ist jedoch ohne Rücksicht auf ihren dahin gehenden Antrag jedenfalls von Amts wegen Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu gewähren (§ 236 Abs. 2 Satz 2, § 233 ZPO). Wird ein Prozessbeteiligter – wie hier die Rechtsbeschwerdeführerin – durch eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung davon abgehalten, sein Rechtsmittel rechtzeitig zu begründen, so ist die Frist ohne sein Verschulden versäumt und es muss Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gewährt werden (vgl. BAG, 5. Februar 2004 – 8 AZR 112/03 – BAGE 109, 265, zu II 1 d cc der Gründe)

■ Bundesarbeitsgericht

vom 29. März 2006, 3 AZB 69/05

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Klein, Wilhelmstraße 57, 65582 Diez, Tel: 06432/9369–0, Fax: 06432/9369–20

### 352. Streitwert bei Ansprüchen aus Annahmeverzug, die mit einer Kündigungsschutzklage zusammen geltend gemacht wurden

§ 42 Abs. 5 Satz 1 2. Hs. GKG n. F. bezieht sich nicht auf Annahmeverzugsansprüche, die vor der mit einer Kündigungsschutzklage angegriffenen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses entstanden sind. Die Streitwerte für den Kündigungsschutzantrag und den Annahmeverzugsantrag sind zu addieren.

■ Landesarbeitsgericht Bremen

vom 25. August 2005, 3 Ta 39/05, rkr.

### 353. Streitwert, Beschlussverfahren, Feststellung der Fortgeltung einer Betriebsvereinbarung

1. Der Ausgangswert des § 23 Abs. 3 S. 2 RVG ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des jeweiligen Streitstandes angemessen zu erhöhen.

2. Dabei ist auch der Umstand, wie viele Arbeitnehmer vom eingeleiteten Verfahren im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen des Verfahrens auf die betroffenen Arbeitnehmer von Bedeutung. Je größer die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer ist, desto gewichtiger ist die Bedeutung der Angelegenheit für die Beteiligten.

3. Sachgerecht erscheint es, sich für den Regelfall an der Staffel des § 9 BetrVG zu orientieren. Dabei ist der Grundfall von bis zu 20 Mitarbeitern mit dem Auffangwert des § 23 Abs. 3 S. 2 RVG in Höhe von 4.000,00 € in Ansatz zu bringen. Für die weiteren in § 9 BetrVG vorgesehene Staffeln können jeweils zusätzlich 4.000,00 € zu berücksichtigen sein.

4. Von dieser Regelberechnung können im Einzelfall bei Vorliegen konkreter Gründe Abweichungen nach oben oder unten vorgenommen werden. Da es im vorliegenden Rechtsstreit nach den Angaben des Betriebsrats umgerechnet insgesamt etwas mehr als 32 Vollzeitstellen betroffen hat, und da die zweite in § 9 BetrVG genannte Staffel noch nicht einmal zur Hälfte ausgeschöpft ist, erscheint ein Gegenstandswert von 6.000,00 € angemessen.

■ Arbeitsgericht Mainz

vom 12. Januar 2006, 9 BV 71/05 (rkr.)

eingereicht von RA Dr. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz, Tel: 06131/618156, Fax: 06131/618157  
post@kanzlei-broetzmann.de

#### Anmerkung des Einreichers:

Die Beteiligten haben im Zusammenhang mit der Frage der Geltung einer Betriebsvereinbarung um das Bestehen von Mitbestimmungsrechten und deren Verdrängung aufgrund der §§ 77 Abs. 3, 87 Einleitungssatz BetrVG gestritten. Das ArbG Mainz hat in seinem Beschluss auf die Entscheidung des LAG Hamm, vom 12.09.2005 – 10 TaBV 72/05 Bezug genommen.

### 354. Streitwert, Beschlussverfahren, Betriebsänderung, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung, Streitwertbeschwerde im Beschlussverfahren kostenpflichtig (str.)

1. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten erweisen sich die in Rechtsprechung und Literatur für die Bemessung des Streitwerts genannten Kriterien nur teilweise als hilfreich.

a) Die Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Beteiligten sind kein geeignetes Kriterium, weil regelmäßig ein schon seiner Natur nach vermögensloser Betriebsrat beteiligt ist.

b) Es spricht wenig dafür, den Gegenstandswert an den

Gehältern der von der Änderung betroffenen Arbeitnehmer zu orientieren. Der Bezug dieses Kriteriums zum Gegenstand des Rechtsstreits ist zu gering.

c) Auch Umfang und Schwierigkeitsgrad der anwaltlichen Tätigkeit sind nur sehr eingeschränkt dazu geeignet, die Bedeutung der Angelegenheit für die Beteiligten zu bemessen (vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, v. 16.11.2000–1 Ta 67/00 – NZA-RR 01, 551 ff.; LAG Schleswig-Holstein, v. 24.5.2000–1 Ta 66/00 – LAGE § 8 BRAGO Nr. 45; a.A. LAG Sachsen, v. 11.12.2001–4 Ta 286/01 L – ArbuR 2003, 35 f.; LAG Hamburg v. 6.1.1999–4 Ta 9/98 – LAGE § 8 BRAGO Nr. 44). Die Orientierung der Anwaltsgebühren am Gegenstandswert dient gerade dem Zweck, die Gebühr von dem im Einzelfall erforderlichen Aufwand zu trennen. Abgesehen von der Schwierigkeit der tatsächlichen Feststellung würde deshalb die primäre Orientierung am Arbeitsaufwand einem Grundprinzip des Gebührenrechts zuwiderlaufen.

d) Wenig Aussagekraft für den Gegenstandswert hat die generelle Bedeutung des Beteiligungsrechts, zu dessen Sicherung das Verfahren eingeleitet wurde. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen einen hohen Stellenwert eingeräumt hat.

Andererseits dient der geltend gemachte Unterlassungsanspruch lediglich der Sicherung eines Verhandlungsanspruchs des Betriebsrats. Die Betriebsänderung selbst kann der Betriebsrat letztlich nicht verhindern (ebenso LAG Berlin, v. 24.10.2003–17 Ta (Kost) 6080/03 – RVG-Report 04, 194).

2. Als geeigneter Anknüpfungspunkt für die Festsetzung des Gegenstandswerts erweist sich danach zunächst die Bedeutung der Angelegenheit für die Beteiligten. Allerdings lässt sich auch aus diesem Kriterium nicht unmittelbar ein konkreter Wert ableiten. Es bedarf vielmehr weiterer Konkretisierung.

a) Relevanz kommt dabei grundsätzlich den wirtschaftlichen Auswirkungen des Verfahrens für die Beteiligten zu.

b) Ein geeignetes Kriterium, um die Bedeutung der Angelegenheit für die Beteiligten zu konkretisieren, ist die Anzahl der von der geplanten Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer.

c) Als Alternative zu einer eher intuitiven, an der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer anknüpfenden Vervielfachung des Hilfswerts bietet es sich jedenfalls in Fällen, in denen es um eine Betriebsänderung in Form eines Personalabbaus geht, an, auf die Zahlenwerke des § 17 I KSchG zurückzugreifen. Diesen Ansatzpunkt hat das Bundesarbeitsgericht im Rahmen des § 111 BetrVG gewählt (grundlegend BAG, v. 2.8.1983–1 AZR 516/81 – BAGE 43, 222 = 84, 1781). Eine im Raum stehende Betriebsänderung, von der sechs Arbeitnehmer betroffen sind, ist danach mit dem Auffangwert des § 23 III 2 Hs. 2 RVG in Höhe von € 4.000 zu bewerten. Jeder weitere betroffene Arbeitnehmer ist mit einem entsprechenden Teilwert (ein Sechstel von € 4.000) in Ansatz zu bringen.

d) Ein weiteres Kriterium für die Bedeutung des Streites um die Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei

einer Betriebsänderung kann sein, in welchem Maße der Betrieb im Ganzen von der Betriebsänderung betroffen ist. Der sich aus der Anwendung des unter b) genannten Kriteriums ergebende Wert ist anhand dieses Kriteriums ggf. zu erhöhen, wenn der Betrieb insgesamt betroffen ist. Eine Herabsetzung kann gerechtfertigt sein, wenn zwar eine Vielzahl von Arbeitnehmern betroffen ist, diese jedoch in einem sehr großen Betrieb keine besondere Bedeutung haben.

3. Bei Anwendung dieser Kriterien auf den vorliegenden Fall erweist sich ein Gegenstandswert in Höhe von € 25.500,- als angemessen.

a) Aus den wirtschaftlichen Auswirkungen des Verfahrens selbst, lässt sich im vorliegenden Fall kein konkreter Wert ableiten, da das Verfahren in einem Zeitpunkt stattfand, in dem noch nicht über den Betriebsübergang entschieden war.

b) Die Anwendung der unter 2) b) dargestellten Staffelung ergibt bei 19 betroffenen Arbeitnehmern einen Wert von € 12.666,67.

c) Nach dem dritten Kriterium ist dieser Wert im vorliegenden Fall zu verdoppeln und sachgerecht mathematisch auf € 25.500 zu runden.

Der Zuschlag von einhundert Prozent auf – rechnerisch – € 25.333,34 ist gerechtfertigt, weil von der geplanten Betriebsänderung praktisch die gesamte Niederlassung in Hamburg betroffen war. Es lag damit der größtmögliche Eingriff in die Identität der wirtschaftlichen Einheit vor.

Die Aufrundung auf € 25.500,- ist im vorliegenden Fall der Vorzug zu geben vor der ebenso begründbaren Abrundung auf € 25.000,-, da nur so vermieden wird, dass zwischen dem rechnerisch ermittelten und dem gerundeten Ergebnis ein Gebührensprung erfolgt (vgl. Anlage 2 zum RVG).

4. Es entstehen Gerichtsgebühren nach Nr. 8613 der Anlage 1 zum GKG. Die Gebührenfreiheit gemäß § 33 XI RVG gilt nur für das Verfahren über den Antrag, nicht für das Beschwerdeverfahren (LAG Hamburg v. 15.3.2005–3 Ta 33/05 – n.v.; LAG Hamburg, v. 30.6.2005–8 Ta 5/05 – juris; a. A. Hartmann, Kostengesetze, 34. Auflage, § 33 RVG Rz 26).

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 13. Juni 2006, 9 Ta 20/05

eingereicht von Rechtsanwalt Axel Weber, Hansaallee 30–32, 60322 Frankfurt/Main, Tel: 069/747 49 – 121,

Fax: 069 / 747 49–129

d.schroeder@schmalzlegal.de; www.schmalzlegal.de

#### Anmerkung:

Der Beschluss ist mit einem ausführlichen Fundstellennachweis versehen, auf den hier aus Platzgründen verzichtet wurde. (me)

#### 355. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzungsverfahren gem. § 99 Abs. 4 BetrVG

1. Beim Zustimmungsersetzungsverfahren gem. § 99 Abs. 4 BetrVG zur Umgruppierung von 74 im Antrag aufgeführten

## Streitwert und Gebühren

Mitarbeiter/innen handelt es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne von § 23 Abs. 3 S. 2 RVG.

2. Nach dieser Bestimmung kommt der Hilfs- bzw. Auffangwert von 4.000,00 € zur Anwendung, wenn keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine anderweitige Festsetzung des Gegenstandswertes vorliegen.

3. Im Hinblick auf die Anzahl der vom Arbeitgeber durchzuführenden Ersetzungsverfahren und im Hinblick auf die Durchführung der Verfahren hinsichtlich der Angestellten und Arbeiter ist ein zusätzlicher Erhöhungsbetrag um weitere 4.000,00 € vertretbar, wie es von der dritten Kammer des ArbG Mönchengladbach beschlossen worden ist.

■ LAG Düsseldorf

vom 6. Februar 2006, 6 Ta 54/06

eingereicht von: RA Dr. Ulrich Brötzmann, Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz, Tel: 06131/618156, Fax: 06131/618157  
post@kanzlei-broetzmann.de

### Anmerkung des Einreichers:

Das ArbG hatte allein aus dem Umstand, dass zwischen Angestellten und Arbeitern zu unterscheiden ist, die Bewertung in Höhe des zweifachen Regelsatzes für angemessen gehalten (ArbG Mönchengladbach, vom 06.01.2006, 3 BV 95/05).

### 356. Streitwert, Beschlussverfahren, Unterlassung von hartnäckigen Mitbestimmungsverstößen

Beim Streit des Betriebsrats mit dem Arbeitgeber um Mitbestimmungsrechte ist bei der Streitwertfestsetzung ein Wert zu finden, der für den Rechtsanwalt angemessene und für den Arbeitgeber tragbare Gebühren ergibt. Es ist angezeigt, den Gegenstandswert auf den doppelten Ausgangswert des § 23 Abs. 3 S. 2 HS 2 RVG festzusetzen, wenn das Interesse des Betriebsrats an einer von ihm erstrebten Unterlassungsentscheidung über das normale Maß hinaus beträchtlich gesteigert ist, weil der Arbeitgeber mehrfach und hartnäckig trotz mündlicher und schriftlicher Rügen gegen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verstoßen hat.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 23. Januar 2006, 13 TaBV 200/05

### 357. Streitwert, Freistellungsvereinbarung, Nichtanrechnung anderweitigen Verdienstes

Nach der Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts ist jedenfalls dann, wenn – wie hier – nicht nur eine Freistellung sondern zugleich die Nichtanrechnung anderweitigen Verdienstes vereinbart wird, in der Regel ein Streitwert in Höhe von 25% des auf diesen Zeitraum entfallenden Verdienstes festzulegen (vgl. hierzu zuletzt LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 7.7.2005 – 2 Ta 142/05 – m.w.N.). Hieran ist festzuhalten.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

vom 27. Februar 2006, 1 Ta 165/05

### 358. Streitwert, Kündigungsschutzantrag

Der Annex eines Kündigungsschutzantrags mit dem Wortlaut „sondern ungekündigt und zu unveränderten Bedingungen fortbesteht“ hat insbesondere dann keinen eigenen Streitwert, wenn er ohne Begründung bleibt. In diesem Fall umschreibt er nur die Rechtsfolgen, die nach Obsiegen im Verfahren eintreten sollen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Streitwertbegrenzung aus § 42 Abs. 4 GKG in Kündigungsschutzverfahren eine effektive Kostendeckung bezweckt.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 16. Februar 2005, 2 Ta 49/05

### 359. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, mehrere Kündigungen

1. Neben einer außerordentlichen Kündigung ist eine vorsorgliche ordentliche Kündigung nicht gesondert zu bewerten.

2. Weitere vorsorgliche Kündigungen sind mit einem weiteren Monatsverdienst zu bewerten, auch wenn sie sehr kurz nach der/den ersten Kündigung(en) erklärt werden.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 2. Mai 2006, 7 Ta 138/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München Tel: 089/54414660,  
Fax: 089/54414666

schaeder@schaeder.de; www.schaeder.de

### 360. Streitwert, Kündigungsschutzverfahren, Bemessung des Vierteljahreseinkommens am Interesse des Arbeitnehmers, Berücksichtigung der Chancen eines Chefarztes/Oberarztes auf Privathonorare

Enthält der Vertrag des Oberarztes eine Klausel, wonach dieser an den privatärztlichen Liquidationen des Chefarztes Anteil hat, so sind auch die daraus erzielten Einkünfte bei der Bemessung des regelmäßigen Entgeltes zum Zwecke der Streitwertfestsetzung im Bestandsverfahren hinzuzusetzen. Untrennbar mit dem Bestehen des Arbeitsverhältnisses verbunden ist die Möglichkeit, an den Privatliquidationen des Chefarztes zu partizipieren.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 18. April 2006, 9 Ta 428/05

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel: 05231/7608-0,

Fax: 05231/760876,

info@kdanwalt.de

### 361. Streitwert, Vergleich mit Hilfsantrag wegen Sozialplanabfindung

Wird ein hilfsweise geltend gemachter Anspruch in einem Vergleich mitgeregelt (hier: höhere Sozialplanabfindung), ist der Hilfsantrag streitwertmäßig zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12. Mai 2005, 3 Ta 142/05



## Rezension

Markus Kuner

**Der neue TVöD**

**Allgemeiner Teil und TVÜ**

Schriftenreihe: Öffentliches Tarifrecht für die Praxis  
C.H. Beck Verlag, München 2006, 233 Seiten, 22,00 EUR  
ISBN 3-4065-4450-9

Die Tarifparteien des öffentlichen Dienstes haben mit dem TVöD das Tarifrecht des öffentlichen Dienstes auf Bundesebene und auf kommunaler Ebene vollständig reformiert. Das neue Tarifwerk hat erhebliche Anstrengungen gekostet. Der Autor beschreibt diese Arbeit mit Herakles' Kampf gegen Hydra. Hydra war ein gewaltiges Schlangentier mit neun schauerlichen Köpfen. So wie anstelle jedes von Herakles abgeschlagenen Kopfes zwei neue hervorstachen, vermehrten sich mit jedem neuen Tarifabschluss und jedem neuen Ergänzungstarifvertrag trotz vieler Streichungen die Schlangenhäupter des BAT und BATO, so dass nach 40 Jahren selbst erfahrene Tarifexperten mehr und mehr vor dem gewaltigen vielköpfigen Tarifwerk zurückschreckten. Der Autor beurteilt das neue Tarifwerk positiv. Im Vergleich zum BAT sei der TVöD flexibel und praktikabel.

Es liegt auf der Hand, dass die Überleitung der unterschiedlichen Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes in das neue Tarifrecht keine leichte Aufgabe ist. Arbeitsverträge müssen der neuen Rechtslage angepasst werden, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind neu zu erstellen und/oder müssen umgestellt werden. Angesichts der vielen neuen

Regelungen, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsentgelt, ist jede Orientierungshilfe willkommen. Die bietet der Autor in beispielhafter Weise. Mit seinem Buch bietet er dem Leser einen grundlegenden Überblick über den allgemeinen Teil des neuen Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD-AT) sowie über die Überleitungstarifverträge (TVÜ Bund und TVÜ VKA). Die Darstellung beginnt mit dem Überleitungsrecht. Anschließend werden die wichtigsten Regelungen aus dem TVöD-AT erläutert. Klar und prägnant beschreibt der Autor die Regeln des neuen Tarifvertrages. Praxishinweise machen den Leser auf besonders brisante Themen aufmerksam. So warnt der Autor beispielsweise vor Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses, die über einen Monat hinausgehen. Sie führen zum Totalverlust aller Besitzstände, die durch das Überleitungsrecht geschützt werden. Besonders hervorzuheben ist die Kommentierung der neu eingeführten §§ 31 und 32 TVöD, die dem öffentlichen Arbeitgeber die Möglichkeit bieten, bis zur Dauer von zwei Jahren Führung auf Probe und Führung auf Zeit zu vereinbaren. Mit der Kommentierung dieser Paragraphen bietet der Autor dem Leser eine willkommene Entscheidungshilfe. Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung zum BAT, beantwortet er überzeugend und sicher die sich aus der Neuregelung ergebenden Fragen. Das neue Buch von *Markus Kuner* kann ohne jede Einschränkung empfohlen werden. Wer sich schnell einen Überblick über das neue Tarifrecht des öffentlichen Dienstes verschaffen will, ist mit ihm sehr gut beraten.

*Dr. Walter Hesse*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abfindung

- Insolvenz – 248
- Steuerbegünstigung – 334

## Abrechnungspflicht

- Zwangsvollstreckung – 349

## Abwicklungsvertrag

- Begriffsbestimmung – 285
- Schriftform – 285

## Allgemeiner Feststellungsantrag

- Feststellungsinteresse – 286

## Altersteilzeit

- Dienstwagen in der Freistellungsphase – 249

## Änderungskündigung

- Auslegung – 288
- fristlose – 289
- neue Lohnfindungsmethoden – 289
- Prüfungsmaßstab – 289
- vorfristige Bedingungsänderung – 288
- Vorrang der – 287

## Annahmeverzug

- Auskunftspflicht des Arbeitnehmers – 252
- böswilliges Unterlassen – 250
- Feststellungsantrag – 251

## Anwaltliches Partnerschaftsgesetz

- Hinauskündigungsklausel – 335

## Arbeitgeberhaftung

- Durchgriffshaftung – 253
- Sozialversicherungsrecht – 279

## Arbeitnehmerähnliche Person

- Rechtsanwältin – 343

## Arbeitnehmerhaftung

- Arzthaftung – 256
- Darlegungs- und Beweislast – 256
- gesamtschuldnerische Haftung – 278
- Kraftfahrzeugschaden – 254, 255

## Arbeitsvertrag

- Auflösende Bedingung – 290
- Auslegung – 257, 266, 282
- Hinweispflicht des Arbeitgebers – 260

## Arbeitszeitreduzierung

- einstweilige Verfügung – 258

## Aufhebungsvertrag

- Schriftform – 259

## Auflösungsantrag

- des Arbeitgebers – 291

## Auflösungsurteil

- Berufungsbeschwer – 284

## Ausbildungskosten

- Rückzahlungsvereinbarung – 260, 283

## Auslegung

- Anpassungsklausel – 257, 266
- Vertragsstrafklausel – 282

## Ausschlussfrist

- Ablehnungserklärung – 261
- Beginn – 261
- Rechtsmissbrauch – 281

## Aussetzung

- der Vergütungsklage wegen eines Kündigungsschutzverfahrens – 336

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

- auflösende Bedingung – 290
- Darlegungs- und Beweislast – 263
- Europarecht – 264
- Haushaltsvorgabe öffentlicher Dienst – 263
- Hochschulrecht – 262
- Vertretungsbedarf – 263

## Berufung

- Beschwer – 284

## Berufungsbegründung

- Anforderungen an den Inhalt – 265

## Betriebliche Altersversorgung

- Anpassung von Betriebsrenten – 266

## Betriebsbedingte Kündigung

- Betriebsstilllegung – 295, 296, 299, 305
- konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht – 305
- Sozialauswahl – 280, 293, 294, 297, 298, 300

## Betriebsrat

- Anhörung zur Kündigung – 301, 302
- Auskunftsanspruch – 322
- Schulung – siehe Betriebsratsschulung
- Unterlassungsanspruch – 322

## Betriebsratsmitglied

- außerordentliche Kündigung – 292

## Betriebsratsschulung

- Betriebsratszeitung – 321
- Mediation – 380

## Betriebsratswahl

- einstweilige Verfügung – 324

## Betriebsübergang

- befristete Betriebsfortsetzung – 299
- Beschäftigungsantrag – 267
- Darlegungs- und Beweislast – 296
- Dienstleistungsgewerbe – 267
- Informationspflicht – 268
- Passivlegitimation der Kündigungsschutzklage – 303
- Verwirkung des Widerspruchs – 268

## Darlegungs- und Beweislast

- Arbeitnehmerhaftung – 256
- Befristung von Arbeitsverträgen – 263
- Bestreiten mit Nichtwissen – 256
- billiges Ermessen – 257
- Mobbing – 275
- Sozialauswahl – 293

## Direktionsrecht

- billiges Ermessen – 257, 269

## Eidesstattliche Versicherung

- Beweiswert der Parteierklärung – 310

## Eingruppierung

- Haushebungsmerkmal – 331
- Konstitutiver Vorgang – 330
- selbständige Leistung – 331
- Wechsel des Tarifgebietes – 332, 333

## Einigungsgebühr

- Rücknahme der Kündigung – 361

**Einigungsstelle**

- offensichtliche Unzuständigkeit – 325

**Einstweilige Verfügung**

- Anwaltszwang – 270
- Arbeitszeitreduzierung – 258
- Betriebsratswahl – 324
- Entbindung von der Weiterbeschäftigung – 326
- Streitverkündung – 346
- Teilzeit in der Elternzeit – 272

**Elternzeit**

- Bedingungsänderung – 285
- einstweilige Verfügung – 272
- Kündigungsfrist Arbeitnehmer – 285
- Teilzeitanspruch – 265, 272
- Verlängerung – 271

**Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

- Einheit des Verhinderungsfalls – 273
- leichtfertiges Verhalten – 274
- Vorerkrankung – 273

**Entzug der privaten Nutzung eines Dienst-Pkw**

- Altersteilzeit – 249
- bei Freistellung – 316

**Europarecht**

- Befristung im öffentlichen Dienst – 264

**Feststellungsinteresse**

- Allgemeiner Feststellungsantrag – 286
- Annahmeverzug – 251
- Vergütung – 257
- Zuweisung zum Stellenpool – 348

**Fürsorgepflicht**

- Aufklärungspflicht bei Vertragsabschluss- 260
- Hinweis auf Sozialversicherungsrecht – 279

**Gebühren**

- Rechtsanwaltsgebühren – siehe dort

**Gehaltsanpassungsklausel**

- Auslegung – 257
- billiges Ermessen – 257

**Glaubhaftmachung**

- eidesstattliche Versicherung – 310

**Gleichbehandlung**

- Altersteilzeit – 249

**Hinauskündigungsklausel – 335****Insolvenz**

- Abfindung – 248
- Wiederaufnahme des Kündigungsschutzverfahrens – 300

**Kostenfestsetzung**

- Drittschuldnerprozess – 337

**Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren**

- Zeitpunkt der Anwaltsmandatierung – 270

**Krankheitsbedingte Kündigung**

- negative Prognose – 304

**Kündigungserklärung**

- Betriebsratsanhörung – 301, 302

**Kündigungsschutz**

- konzernweite Beschäftigungspflicht – 305

**Kündigungsschutzklage**

- allgemeiner Feststellungsantrag – 286
- Betriebsübergang – 303
- Klageverzicht – 306
- nachträgliche Zulassung – 308, 309, 310
- Passivlegitimation – 303

**Kündigungsschutzverfahren**

- Unterbrechung durch Insolvenz – 300

**Massenentlassung**

- Auslegung im Sinne des Europarechts – 293, 307

**Mitarbeitervertretung ev. Kirche**

- Anhörung zur Kündigung – 302

**Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**

- Eingruppierungspflicht – 327
- Versetzung – 323

**Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**

- Arbeitszeit – 319
- Reisezeiten – 319

**Mobbing**

- Begriffsbestimmung – 275
- Darlegungs- und Beweislast – 275

**Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**

- Überbrückungsgeld – 276
- Verrechnungszeitraum – 276

**Öffentlicher Dienst**

- Einstellungsanspruch – 270

**Personalrat**

- Anhörung vor Kündigung – 311
- Mitbestimmung bei Versetzung – 329

**Personenbedingte Kündigung**

- krankheitsbedingte Kündigung – siehe dort

**Prozesskostenhilfe**

- zumutbarer Vermögenseinsatz – 338

**Rechtsanwaltsgebühren**

- einheitliche Angelegenheit – 350
- Einigungsgebühr – 351

**Rechtsschutzversicherung**

- außergerichtliche Tätigkeit – 339, 340

**Rechtsweg**

- Betriebsübergang – 345
- Geschäftsführer – 342
- Handelsvertreter – 344
- Insolvenzanfechtung – 341
- Rechtsanwältin – 343
- sic-non-Fall – 342
- Zusammenhangsklage – 342

**Schwerbehinderte**

- Sonderkündigungsschutz – 311, 312, 313

**Schwerbehindertenvertretung**

- Teilnahmerecht – 328

**Sozialauswahl**

- berechnete betriebliche Interessen – 297
- Betriebszugehörigkeit – 280
- Darlegungs- und Beweislast – 293, 300, 314
- Interessenausgleich mit Namensliste – 293, 294, 300
- Leistungsträger – 297
- Punkteschema – 311
- Rentennähe – 298
- vergleichbare Arbeitnehmer – 294, 314

**Stellenpool**

- Versetzung – 348

**Streitverkündung**

- abweichender Sachvortrag – 303
- einstweilige Verfügung – 346

**Streitwert**

- Beschlussverfahren – siehe dort
- Rechtswegbeschwerde – 344

**Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren**

- Annexantrag – 358
- Berechnung des Vierteljahreseinkommens, Berücksichtigung von Nebeneinkünften – 360

- Freistellung – 357
- mehrere Kündigungen – 359
- Vergütungsanspruch neben – 352
- Vergütungsklage neben Kündigungsschutzklage als Hilfsantrag – 361

**Streitwerte im Beschlussverfahren**

- Betriebsvereinbarung, Wirksamkeit – 354
- Eingruppierung – 355
- Unterlassung § 23 BetrVG – 356
- Unterlassung einer Betriebsänderung – 354
- wirtschaftlicher Wert – 354

**Streitwertbeschwerde Beschlussverfahren**

- Kostenpflicht – 354

**Tarifvertrag**

- einzelvertragliche Abmachung – 332, 333

**Treu und Glauben**

- Berufung auf Formmängel – 259
- Schriftformerfordernis – 259
- widersprüchliches Verhalten – 281

**Vergütungsklage**

- Feststellungsklage – 257

**Verhaltensbedingte Kündigung**

- Beleidigung – 292, 315

- Internetnutzung – 277
- Leistungsmängel – 316
- Telefonnutzung – 277
- Wettbewerbsverbot – 317

**Vertragsstrafe**

- Transparenzgebot – 282

**Verzugszinsen**

- Arbeitnehmer – 316

**Wahlen**

- Betriebsratswahlen – siehe dort

**Weiterbeschäftigungsanspruch**

- Bindung des Arbeitgebers – 318, 326
- Widerspruch des Betriebsrates § 102 Abs. 5 BetrVG – 318
- Zwangsvollstreckung – 347

**Wiedereinsetzung**

- fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung – 351

**Zinsen**

- Verzugszinsen – 316

**Zwangsvollstreckung**

- auf Erteilung einer Lohnabrechnung – 349

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber und Redaktionsanschrift:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Budapester Straße 40  
10787 Berlin  
Telefon (030) 25 45 91 55  
Telefax (030) 25 45 91 66  
E-Mail: m.bendel@advocati.de

**Redakteur:**

Rechtsanwalt Roland Gross  
Christianstr. 27  
04105 Leipzig  
Telefon (0341) 984 62-0  
Fax (0341) 984 62-24  
E-Mail: leipzig@advo-gross.de;  
www.advo-gross.de

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

**Geschäftsführender Ausschuss:**

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

**Deutscher Anwaltverein**

**Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle  
Dr. Peter Hamacher  
Littenstraße 11  
10179 Berlin  
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134  
Telefax (030) 72 61 52-195

**Verlag:**

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

**Anzeigen**

sales friendly Verlagdienstleistungen  
Bettina Roos  
Maarweg 48  
53123 Bonn  
Telefon: (0228) 9 78 98-10  
Telefax: (0228) 9 78 98-20  
E-Mail: roos@sales-friendly.de  
Gültig ist die Preisliste Nr. 3 vom 1.1.2006

**Lektorat**

Anne Krauss

**Satz**

Cicero Computer GmbH, Bonn

**Druck**

Druckhaus Köthen, Köthen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich

**Bezugspreise 2006**

Inland € 92,- (zzgl. Versand)  
Einzelheft € 23,- (zzgl. Versand)

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

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 8 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

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

**Urheber- und Verlagsrecht**

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

**Manuskripte**

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