

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

eigentlich interessiert sich die Politik nicht dafür, müsste sie aber, denn im Einigungsvertrag ist als vorrangiges Ziel des Bundesgesetzgebers die Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzes postuliert. Der Arbeitsrechtler findet sich in den weit verstreuten gesetzlichen Regelungen und den noch schwierigeren Fortentwicklungen durch Richterrecht ja vielleicht noch zurecht, aber schon der normale Rechtsanwender, geschweige denn der Recht suchende Verbraucher, hat keine Chance. Da wäre es schon ein Wert an sich, wenn ein einheitliches Arbeitsvertragsrecht greifbar wäre.

Im letzten Heft der AE wurden die Änderungsvorschläge des DAV zu dem Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes der *Prof.es Henssler* und *Preis* vorgestellt. Der Gesetzentwurf, geschaffen durch die Fachwelt, nicht den berufenen Gesetzgeber, fixiert nicht nur den gegenwärtigen Rechtszustand, sondern er schlägt durchaus moderate Modifikationen vor – mal mehr zu Lasten der einen und mal der anderen Seite. Wenn man sich verstecken will, geht man auf die Paralyseebene und behauptet einfach, die Modifikationen würden nicht ausgewogen belasten und bevorteilen. Damit wird man aber dem durchaus als sinnvoll erkannten Anliegen nicht gerecht und verharrt in dem Verhinderungsmuster. Es scheint, die Politik traut sich deshalb nicht einmal, sich mit dem Thema auch nur zu beschäftigen. Alles bleibt beim Alten.

Aber vielleicht stirbt die Idee ja auch europäisch: Die Kommission der europäischen Gemeinschaft hat am 22.11.2006 ein Grünbuch vorgelegt und zur bis Ende März befristeten Diskussion aufgerufen. Es werden Fragen zum arbeitsrechtlichen Stand gestellt, von deren Auswertung eine Weiterentwicklung des Arbeitsrechts im Hinblick auf nachhaltiges Wachstum und gleichzeitig mehr und bessere Arbeitsplätze im Sinne der so genannten „Lissabon-Strategie“ erhofft werden. Die Befürchtung liegt nahe, dass über alle nationalen Unterschiede hinweg der Versuch einer europaeinheitlichen Regelung unternommen werden könnte. Allein es fehlt hierfür an der Grundvoraussetzung, nämlich einer europaeinheitlichen Frage- und Problemstellung. Die Modernisierung des Arbeitsrechts kann nicht, selbst wenn man Zuständigkeit unterstellen wollte, von Brüssel aus erfolgen. Wir müssen es selber tun. Also bleibt das nationale Arbeitsvertragsgesetz auf der Agenda.

Die Stellungnahme des Arbeitsrechtsausschusses zum Grünbuch der Kommission finden Sie in diesem Heft. Ergänzend mag der etwas verschämt mit Fragezeichen versehene Ausruf des Kollegen *Ulrich Fischer*: „Arbeitsrechtler aller Länder vereinigt euch?“ (NJW 11/2007, Editorial) nachgelesen werden.

Immer wieder spannend ist die Lektüre der von Kollegen eingesandten Entscheidungen – nicht nur wegen des regelmäßig bemerkenswerten Entscheidungsinhalts, sondern auch wegen des wann, vor welchem Gericht, welcher Kollege eine solche Entscheidung erstritten oder gefangen hat. Und oft trifft man sich bei Tagungen, bei deren Verlauf dem Einsender berichtet wird, dass man just am anderen Ende der Republik mit ähnlicher Problemstellung befasst war. Und in manchen Phasen konzentrieren sich naturgemäß auch Entscheidungen zu bestimmten Problemfeldern, wie im vorliegenden Heft, in dem die arbeitsgerichtliche Produktivität zu den Betriebsratswahlen 2006 in besonderer Weise dokumentiert werden konnte. Für diese und die weiteren Entscheidungen gilt wie stets:

Mögen Sie Ihnen jetzt, demnächst oder auch erst in vier Jahren nützen!

Leipzig, im Mai 2007

Ihr Roland Gross
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einsenderliste	4
Aufsätze und Beiträge	
Tagungsbeiträge II. Teil: Frankreich – Schweiz, Altersdiskriminierung und ihre rechtliche Bekämpfung	113
<i>Patrick Remy: Anmerkungen zum französischen Kündigungsrecht und der Umsetzung und Anwendung der Entscheidung „Junk“</i>	114
<i>Dr. Ueli Sommer LL.M./Daniel Staffelbach: Das Alter und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz – Die Rechtslage in der Schweiz</i>	118
<i>Thomas Zahn: Koordinierungsstelle für Rechtsschutzprobleme – Terminsgebühr auch bei außergerichtlicher Einigung, wenn ein Klageauftrag erteilt war (BGH, Urt. v. 7. Februar 2007, IX ZR 215/05)</i>	120
Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Grünbuch der Kommission	121
Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	123
Entscheidungen	127
Allgemeines Vertragsrecht	127
Kündigungsschutzrecht	141
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	166
Sonstiges	171
Streitwert und Gebühren	181
Rezensionen	
Pauly/Osnabrügge: Handbuch Kündigungsrecht	183
Kleinmann/Meyer-Renkes: Strategie und Taktik im Kündigungsschutzprozess	183
Impressum	184
Stichwortverzeichnis	185

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 Berrisch	Werner Hansjörg	Darmstadt Gießen
----------------------	--------------------	---------------------

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Graumann Kelber, Dr. Neef, Dr. Puhr-Westerheide Schrader, Dr. Tschöpe, Dr. Zeißig, Dr.	Ingo Markus Klaus Christian Peter Ulrich Rolf	Iserlohn Berlin Hannover Duisburg Hannover Gütersloh Berlin
--	---	---

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Brötzmann, Dr. Faecks Geus Gravenhorst, Dr. Heinemann Hilligus Jung Krutzki Lampe, Dr. Lodzik Müller-Knapp Müller-Wiechards Peter Schaefer Schmalenberg, Dr. Schmitt Schramm Seidemann, Dr. Sparla Weber	Dietmar Ulrich Friedhelm Franz Wulf Bernd Kurt-Jörg Nikolaus Gottfried Christian Michael Klaus Wolfram Michael Rolf Werner Jürgen Joachim Gisbert Franz Axel	Wiehl Mainz Marburg Schweinfurt Düsseldorf St. Augustin Neustadt i. Holst. Oberursel Frankfurt a.M. Berlin Darmstadt Hamburg Lübeck Bad Honnef Hannover Bremen Stuttgart Lübbecke Berlin Aachen Frankfurt/M.
--	--	--

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Behrens Böse Crämer Daniels Dribusch Eckert, Dr. Fischer Gehrmann Gosda Grimm, Dr. Gussen Dr. Hennige, Dr. Herbert, Dr. Hertwig, Dr. Hjort Keller Kern Kühn Kunzmann, Dr. Matissek Matyssek Pouyadou, Dr. Preßer Pütter, Dr. Richter Richter, Dr. Rütte Schäder Dr. Schäfer Schipp, Dr. Schulz Schwartzek Straub, Dr. Striegel Theissen-Graf Schweinitz Thiele Thieme Weberling, Prof. Dr. Zahn Zirnbauer	Walter Rainer Eckart Wolfgang Bernhard Helmut Ulrich Dietrich Ralf Detlev Heinrich Susanne Ulrich Volker Jens Thomas Jan H. Stefan Walter Reinhard Rüdiger Richard M. Wolfgang Albrecht Klaus Hanns-Uwe Klemens Gerhard Dieter Johannes Georg R. Dr. Thomas Dieter Bernhard Ingo Volker Hans Johannes Thomas Ulrich	Hamburg Essen Dortmund Berlin Detmold Offenbach Frankfurt/Main Aachen Ahlen Köln Rheda-Wiedenbrück Gütersloh Coburg Bremen Hamburg München Hamburg Karlsruhe Euskirchen Kaiserslautern Ratingen Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg Hamm München Essen Gütersloh München Berlin München Kassel Hagen Düren Frankfurt/M. Berlin Berlin Nürnberg
--	--	--

Altersdiskriminierung und ihre rechtliche Bekämpfung¹

Frankreich

zusammengefasst von Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Prof. Dr. Martine Le Friant (Universität Avignon) berichtete zunächst anschaulich von der Situation älterer Arbeitsplatzbewerber und dem Streit um vereinbarte oder vorgeschriebene Altersgrenzen in Frankreich. Danach wird bei Arbeitsplatzangeboten in Frankreich im Vergleich zu spanischen und britischen Verhältnissen überdurchschnittlich oft von dem Bewerber die Einreichung eines Fotos verlangt und in der Folge werden oft Kandidaten ausgewählt, die zwischen 25 und 40 Jahre alt sind. Die Wahrscheinlichkeit für einen Arbeitnehmer über 50 Jahre, erneut einen Arbeitsplatz zu finden, beträgt dadurch nur 33 % gegenüber 60 % für die jüngeren Arbeitnehmer.

Sodann berichtete Prof. Le Friant von einem nationalen Abkommen der Sozialpartner vom 13. Oktober 2005 zur Förderung der Beschäftigung der mehr als 57-jährigen. Diese Vereinbarung war zunächst Gegenstand einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung und wurde durch eine das Arbeitsgesetzbuch ergänzende Regierungsverordnung vom 28. August 2006 umgesetzt. Dabei ist man sich in Frankreich ziemlich sicher, die Kriterien einzuhalten, die der EuGH in der *Mangold*-Entscheidung vom 22. November 2005 dargestellt hat. Der EuGH stützte ja die Zielsetzung der deutschen Regelung, also die Förderung der Beschäftigung älterer Arbeitnehmer, hielt die dazu angewendeten Mittel jedoch nicht für angemessen und erforderlich. Dem meint man in Frankreich Rechnung getragen zu haben, weil die französische Regelung

- den Abschluss des besonderen befristeten Vertrages erst ab dem 57. Lebensjahr und nicht wie in Deutschland bereits ab dem 52. Lebensjahr gestattet,
- eine vorher bestehende Arbeitslosigkeit, wenn auch nur von mehr als drei Monaten, fordert und
- dem Arbeitnehmer fehlende Anwartschaften, um einen vollen Rentenanspruch zu erreichen, voraussetzt,
- mit einer Höchstdauer von 18 Monaten und einer einmaligen Erneuerbarkeit Begrenzungen gibt, die in den deutschen Regeln nicht enthalten waren.

Damit wird die Abweichung des Rechts für ältere Arbeitnehmer vom allgemeinen Recht enger und genauer eingegrenzt, und sie basiert nicht ausschließlich auf einem Alterskriterium.

Sodann berichtete Prof. Le Friant über die rechtliche Diskussion im Zusammenhang mit dem französischen Erstinstellungsvertrag (CPE), der ja bekanntlich nicht zur Umsetzung kam. Weniger bekannt ist allerdings eine im gleichen Kontext erlassene Regelung, die als Einschränkung des europarechtlichen Anspruchs auf die Beteiligung von Belegschaftsvertretern (EG-Richtlinien 2002/14/GE vom 11. März 2002 über die Information und die Konsultation der Arbeitnehmer) gewertet wird.

Die umstrittene französische Regelung sieht vor, dass bei der Berechnung der Belegschaftsstärke Arbeitnehmer nicht mitzählen, die nach dem 21. Juni 2005 eingestellt wurden, wenn und solange sie das 26. Lebensjahr nicht vollendet haben. Der französische Staatsrat hat in einer Entscheidung vom 19. Oktober 2005 angenommen, dass die Vereinbarung dieser Bestimmung mit zwei Gemeinschaftsrichtlinien problematisch ist. Er setzte die Anwendung dieser Maßnahme bis zur Entscheidung über seine Vorlage an den europäischen Gerichtshof aus und fragte, „inwieweit die Richtlinie Nr. 98/59/EG vom 20. Juli 1998 eine Bestimmung zulässt, die bewirkt, dass einige Betriebe, die gewöhnlich mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, auch nur zeitweilig von der Verpflichtung entbunden sind, eine Vertretungsstruktur der Arbeitnehmer zu schaffen“. Ergänzend verwies der Staatsrat darauf, dass der Ausschluss der jugendlichen Arbeitnehmer alle Gebiete des Arbeitsrechts betrifft und nicht nur auf die Belegschaftsvertretung Anwendung findet. Dazu gehören in Frankreich auch Bestimmungen, die sich auf die faktische oder nominelle Belegschaftsstärke beziehen, z. B. Hygienevorschriften, die die Anzahl der Waschbecken in einem Unternehmen entsprechend der Belegschaftsstärke bestimmen. Die Europäische Kommission hat im Plädoyer vom 7. Juni 2006 die Auffassung vertreten, dass die französische Regelung die Richtlinie von 2002 über die Information und Konsultation der Arbeitnehmer verkennt.

¹ Eine Einführung zu diesem Thema und relevante Beiträge zur Rechtslage in Italien sind in den AE 1/07 abgedruckt.

Anmerkungen zum französischen Kündigungsrecht und der Umsetzung und Anwendung der Entscheidung „Junk“

Patrick Remy, *Maître de conférences, Université Paris I, (Pantheon Sorbonne)*

Diese Überschrift setzt voraus, dass die Anwendung dieser beiden Entscheidungen „Junk“ und „Mangold“ in Frankreich Schwierigkeiten verursacht haben, was gerade nicht der Fall ist. Diesen Entscheidungen wurden zwar in den Fachzeitschriften besondere Aufmerksamkeit geschenkt, aber die Anmerkungen gelangen alle zu dem Schluss, dass diese beiden Entscheidungen keine besonderen und unmittelbaren Folgen für das französische Arbeitsrecht haben. Das ist insofern nicht erstaunlich, wenn man bedenkt, dass diese beiden Entscheidungen des EuGH auf Vorlagen von deutschen Instanzgerichten getroffen wurden. Wenn Entscheidungen des EuGH im Vorlageverfahren zwar immer abstrakte Aussagen zum Gemeinschaftsrecht sind, kann man nämlich die Tatsache nicht leugnen, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts in enger Anlehnung an eine nationale Regelung – hier die deutsche – vorgenommen wird. Meine Ausführungen werden für einen deutschen Juristen also auf dem ersten Blick eher enttäuschend sein.

Mir geht es aber zunächst darum zu erklären, warum überhaupt das französische Recht auf diesem Gebiet europarechtskonform ist. Das kann nur durch eine Darstellung des französischen Rechts geschehen. Anschließend, kann man sich überlegen, welche Folgen sich aus diesen Ausführungen zum französischen Recht (im Zusammenhang mit den Richtlinien) für das deutsche Arbeitsrecht ergeben können. Dieser Vorgehensweise liegt der Gedanke zugrunde, dass die Richtlinien oft Kompromisse darstellen und dementsprechend oft Begriffe aus den Rechten der einzelnen Mitgliedstaaten – viele aus dem deutschen und französischen Recht – übernommen haben, und dass die Richtlinien demzufolge zwangsläufig vage und unbestimmte Formulierungen enthalten. Obwohl das ein bisschen provokant klingen mag, kann es also sehr sinnvoll sein, die Rechte der einzelnen Mitgliedstaaten (hier: Frankreich) heranzuziehen, um das EU-Recht, und besonders die Entscheidungen des EuGH und ihre Auswirkungen auf das Recht eines einzelnen Mitgliedstaates (hier: das deutsche Arbeitsrecht), besser verstehen zu können (!)

In diesem Zusammenhang fällt es schon besonders auf, dass die deutschen Richter im Vergleich zu den französischen viel öfter dazu bereit sind, am EuGH vorzulegen. Das hängt vermutlich damit zusammen, dass es in Deutschland die Instanzgerichte sind, die am EuGH vorlegen, meistens um eine Änderung der Rechtsprechung des BAG zu erreichen. In Frankreich sind die Instanzgerichte eher zurückhaltend auf diesem Gebiet, was wahrscheinlich darauf zurückzuführen ist, dass es in Frankreich keine Möglichkeit gibt für die Gerichte, an das Ver-

fassungsgericht vorzulegen, und daher keine Rechtstradition von Vorlagebeschlüssen vorhanden ist. Aber das ist nur eine Erklärungsmöglichkeit unter vielen anderen.

„Junk“ – Begriff der Kündigung als Gegenstand der Konsultation und der Massentlassungsanzeige

Zunächst kennt das französische Recht nicht den Unterschied (jedenfalls nicht in dem deutschen Sinn) zwischen den Begriffen „Entlassung“ auf der einen Seite und „Kündigung“ auf der anderen. Man ging im französischen Recht immer selbstverständlich davon aus, dass sowohl die Durchführung des Konsultationsverfahrens als auch die Massentlassungsanzeige gegenüber der zuständigen Behörde vor Ausspruch der Kündigung (im Sinn der Mitteilung der Kündigung) und nicht erst vor der tatsächlichen Entlassung (im Sinn des Ablauf der Kündigungsfrist) zu erfolgen hat. Das französische Gesetz selbst schreibt vor, dass jede Konsultationspflicht vor der Entscheidung des Arbeitgebers, also hier vor der Kündigung, entsteht. Mit anderen Worten: die Konsultation des „Comité d'entreprise“ muss erfolgen, sobald die Entscheidung (hier die Kündigung) beabsichtigt ist, und nicht erst, wenn sie getroffen ist. Die Konsultation wäre dann ganz sinnlos.

Zu beachten ist, dass das französische Recht auch (wie das deutsche Recht) zwei verschiedene Konsultationsverfahren im Fall von Massentlassungen kennt, und zwar auf der einen Seite die Konsultation für Betriebsänderungen im Allgemeinen, die zu keiner Kündigung führt, und auf der anderen Seite die Konsultation für die Massentlassungen. Aber, um es vorwegzunehmen, die Artikulation (Reihenfolge ... usw.) dieser beiden Konsultationsverfahren bereitet in Frankreich nicht dieselbe und gravierende Schwierigkeit wie in Deutschland:

Während das erste Konsultationsverfahren durch die Vorschrift des „Livre IV“ des Code du travail (das die Vorschriften über die Allgemeine Zuständigkeiten des „Comité d'entreprise“ enthält) geregelt ist, steht das zweite Konsultationsverfahren im „Livre III“, also unter den Vorschriften, die besonders das Kündigungsschutzrecht regeln. Hervorzuheben, ist, dass das „Livre III“ eine Sozialplanpflicht begründet unter der Voraussetzung, dass der Ausspruch von mehr als 10 Kündigungen im Unternehmen von mehr als 50 Arbeitnehmern *beabsichtigt* wird.

Übrigens: Im Gegensatz zum Konsultationsverfahren vom Livre IV muss das Verfahren vom Livre III innerhalb von bestimmten Fristen erfolgen.

Dazu zwei Bemerkungen: Nach der Rechtsprechung sind diese Verfahren unterschiedlich, so dass sie im Fall einer Massenentlassung beide eingehalten werden müssen. Das bedeutet aber nicht, dass das Verfahren von Livre IV (Betriebsänderung) vollendet werden muss, bevor das Verfahren von Livre III (Massenentlassung) angefangen werden kann. Im Gegenteil, beide Verfahren können vielmehr zusammen im selben Zeitraum erfolgen. Das bedeutet vor allem, dass dieselben Sitzungen des „Comité d'entreprise“ sowohl Fragen des „Livre IV“ als auch Fragen des „Livre III“ behandeln können. Die einzige Voraussetzung besteht darin, dass immer die günstigeren Fristen gewahrt werden müssen.

Zweite Bemerkung im Zusammenhang mit dem Beginn dieses Konsultationsverfahrens: Sehr umstritten war der Beginn dieses Konsultationsverfahrens, wenn der Arbeitgeber zwar keine Kündigung aussprechen wollte, aber zu einer Änderung der Arbeitsverträge (z.B. Senkung des Arbeitsentgelts) gelangen wollte. Die Frage war in diesem Fall folgende: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Verfahren von Livre III (d.h. über die Massenentlassung) einzuleiten und einen Sozialplan aufzubauen, sobald er mehr als 10 Vertragsänderungen angeboten hatte? Oder sollte er erst dazu verpflichtet werden, wenn mehr als 10 Arbeitnehmer diese Angebote abgelehnt hatten und dementsprechend gekündigt werden müssten? Die Rechtsprechung der „Cour de cassation“ (BAG) hatte sich im Jahre 1996 für die erste Lösung entschieden, und zwar mit der Begründung, dass der Arbeitgeber, der eine Vertragsänderung anbietet, zwangsläufig zugleich die Kündigung zwar nicht ausspricht, aber wenigstens schon *beabsichtigt*. Der in 2004 gestorbene größte französische Arbeitsrechtler *Gerard Lyon-Caen* war Befürworter dieser Rechtsprechung. Er hatte damals darauf hingewiesen, dass die Cour de cassation sich so dem Rechtsinstitut der „Änderungskündigung nach deutschem Muster“ angenähert hat. Diese Rechtsprechung, die den Arbeitgeber dazu verpflichtete, unabhängig von irgendwelchen (ausgesprochenen) Kündigungen einen Sozialplan aufzubauen (mit allen damit zusammenhängenden Folgen), war von der Arbeitgeberseite sehr kritisiert worden. Deshalb wurde sie inzwischen vom Gesetz „*Borloo*“ (Franz. Sozialminister) vom 18/01/2005 konterkariert und rückgängig gemacht. Kurzum: Nunmehr muss der Arbeitgeber den Comité d'entreprise nach dem Livre III erst einschalten und mit ihm einen Sozialplan beraten, wenn mehr als 10 Arbeitnehmer *ausdrücklich* das Angebot einer Vertragsänderung abgelehnt haben. Nach herrschender Meinung verstößt diese neue Rechtslage nicht gegen die Entscheidung „*Junk*“ des EuGH, weil auch zu diesem Zeitpunkt, an dem das Konsultationsverfahren eingeleitet ist, noch keine endgültige Entscheidung über die Kündigung getroffen ist.

Zeitpunkt der Konsultation in einem Massenentlassungsverfahren in Verbindung mit dem Begriff der Konsultation

Auf die zweite Frage antwortet der Europäische Gerichtshof, dass die Kündigung des Arbeitsvertrages (im oben erörter-

ten Sinn) „erst nach Ende des Konsultationsverfahrens ausgesprochen werden darf, d.h., nachdem der Arbeitgeber die Verpflichtungen nach Art. 2 der Richtlinie erfüllt hat“. Wichtig ist hier die Begründung, mit der der EuGH zu diesem Ergebnis kommt. Zusammenfassend: Der Arbeitgeber darf die Arbeitsverträge nicht während oder sogar schon zu Beginn des Verfahrens kündigen, weil sonst die „Verpflichtung zur Verhandlung“ beeinträchtigt wäre.

Es ist nämlich nicht so sehr das Ergebnis selbst als vielmehr die Begründung des EuGH, die Schwierigkeiten für das französische Arbeitsrecht verursacht. Die Verpflichtung zu Verhandlungen wird nämlich vom EuGH aus dem Art. 2 I der Richtlinie abgeleitet, der besagt, dass das Konsultationsverfahren geführt werden muss, „um zu einer Einigung zu gelangen“. Nun ist diese Formulierung für das französische Recht mehr oder weniger unverständlich. Das französische kollektive Arbeitsrecht ist nämlich dadurch gekennzeichnet, dass eine scharfe Trennung im Betrieb/Unternehmen zwischen Information und Konsultation des „Comité d'entreprise“ auf der einen Seite und kollektiven Verhandlungen mit den Gewerkschaften auf der anderen Seite besteht. Abgesehen von einigen Ausnahmen kann in diesem System ausschließlich die Gewerkschaft mit dem Arbeitgeber verhandeln, d.h., kollektive Vereinbarungen (mit normativer Wirkung) im Unternehmen abschließen. Der „Comité d'entreprise“ verfügt nur über Informations- und Konsultationsrechte. Das bedeutet erstens, dass er keine Mitbestimmungsrechte hat, aber auch zweitens, dass er im Rahmen seiner Informations- und Konsultationsrechte keine Betriebsvereinbarungen abschließen kann. Er kann zwar Verträge mit dem Arbeitgeber abschließen, aber diese Verträge haben keine normative Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse.

Besonders in der Rechtsnatur des Sozialplans findet diese Trennung ihren Ausdruck. Der Sozialplan ist nämlich Gegenstand der Information und Konsultation des „Comité d'entreprise“. Dementsprechend wird er als ein „einseitiges Rechtsgeschäft“ des Arbeitgebers bezeichnet. Diese Trennung wurde zwar vor kurzem vom Gesetzgeber (im Jahr 2003 und wieder im Jahr 2005) entschärft, indem das Gesetz immer mehr die Verhandlungen eines Sozialplans ermöglicht und fördert: Der Gewerkschaft wird nämlich die Möglichkeit gegeben, Vereinbarungen (so genannte „*accords de methode*“) abzuschließen. Gegenstand dieser Vereinbarungen ist es u. a., die Bedingungen zu bestimmen, unter denen ein „*Plan de sauvegarde de l'emploi*“ (neuer Name des Sozialplans) Gegenstand einer Einigung sein kann, (...) und dessen Inhalt im Voraus festzulegen. Aber die Trennung bleibt insofern erhalten, als es nur die Gewerkschaften sind, die diese „*Methodevereinbarung*“, aber auch anschließend die Einigung über den Sozialplan, abschließen können. Die Gewerkschaften dürfen auch in dieser „*Methodenvereinbarung*“ von den Vorschriften des Gesetzes abweichen, die die Modalitäten und Bedingungen der Konsultation des Comités d'entreprise

regeln. Insbesondere können sie kürzere als die im Gesetz geregelten Fristen für die Konsultation des *Comités* festlegen. Diese Möglichkeiten sind aber insofern begrenzt, als die Gewerkschaft nicht von der Regel abweichen darf, dass die Konsultation des *Comités* immer vor der Entscheidung des Arbeitgebers erfolgen muss.

Die Frage, ist also, ob diese scharfe Trennung zwischen Konsultation mit dem *Comité d'entreprise* auf der einen Seite und Verhandlung mit der Gewerkschaft auf der anderen Seite mit der Richtlinie vereinbar ist? Die Antwort hängt vor allem davon ab, was man genau unter einer Verpflichtung zu Verhandlungen („um zu einer Einigung zu gelangen“ im Sinne der Richtlinie) versteht: Auf der einen Seite erfordert die Richtlinie keine zwingende Einigung, so dass das Fehlen von Mitbestimmungsrechten auf der Seite des „*Comité d'entreprise*“ mit der Richtlinie durchaus vereinbar ist. Dass der „*Comité d'entreprise*“ in der Regel keine Betriebsvereinbarung abschließen darf, ist auch unerheblich, was die Vereinbarkeit mit der Richtlinie anbelangt. Das hindert den „*Comité d'entreprise*“ nämlich nicht daran zu verhandeln, und gegebenenfalls, d.h. ohne dazu verpflichtet zu sein, einen Vertrag mit dem Arbeitgeber abzuschließen. Das Problem besteht nur – soweit man die Richtlinie so versteht, wie anscheinend der EuGH dies tut – darin, dass sie „ernsthafte“ Verhandlungen erfordert. Das heißt, dass die Verhandlungen zwar scheitern können, aber dass man das Scheitern der Verhandlungen erst erklären kann, wenn der Versuch zur Einigung „ernsthaft“ unternommen wurde. Diese Bedingung („Ernsthaftigkeit“) macht aber nur Sinn, wenn der Richter sie überprüfen kann und wenn im Fall eines Verstoßes eine eigenständige Sanktion besteht. Das ist der Fall bei der Verhandlung des „Interessenausgleichs“ durch den deutschen Betriebsrat („Nachteilsausgleich“). Die Formulierung der Richtlinie nach einer „Konsultation um zu einer Einigung zu gelangen“ ist aus dem deutschen Recht übernommen worden. Eine solche Konzeption der Konsultation ist aber dem französischen Recht bisher fremd. Im Fall von Massenentlassungen sieht das Gesetz nur bestimmte Fristen vor, die der Arbeitgeber insbesondere zwischen den aufeinander folgende Sitzungen des *Comités*, beachten muss. Von diesen Fristen kann übrigens seit 2005 in einer zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeber abgeschlossenen „Methodevereinbarung“ (siehe oben) abgewichen werden.

Anzeige bei der zuständigen Behörde

Der EuGH hat festgestellt, dass die beabsichtigten Kündigungen zwar erst nach deren Anzeige bei der zuständigen Behörde ausgesprochen werden können, aber, dass das Verfahren nicht vollendet werden muss.

Man muss man sich der Tatsache bewusst sein, dass ursprünglich – d.h. von 1975 bis 1986 – eine betriebsbedingte Kündigung in Frankreich nur unter der Voraussetzung zulässig war, dass die Verwaltung dazu die Erlaubnis erteilt hatte. Dieses

Erfordernis wurde aber aus politischen und anderen Gründen im Jahr 1986 abgeschafft. Von da an wurden nicht mehr die Verwaltungsgerichte sondern die ordentliche Gerichte zuständig, um die soziale Rechtfertigung der Kündigung nachzuprüfen, und der *Cour de cassation* hat auf dieser Grundlage eine umfangreiche Rechtsprechung gebildet.

Wie dem auch sei, sollte der Arbeitgeber nunmehr lediglich die Verwaltung informieren, und zwar für die Massenentlassungen (10 Kündigungen im Rahmen von einem Zeitraum von 30 Tagen) öfter im Laufe des ganzen Verfahrens. Zunächst muss der Arbeitgeber die verschiedenen Angaben, die er dem „*Comité d'entreprise*“ mitgeteilt hat, gleichzeitig der Verwaltung (DDTE) zuleiten. Danach muss er ihr die Protokolle der verschiedenen Sitzungen des „*Comité d'entreprise*“ mitteilen (und nicht wie im § 17 KSchG die Stellungnahme des Betriebsrates zu den Entlassungen). Schließlich und vor allem muss er das „Kündigungsprojekt“ der Verwaltung anzeigen. Das Gesetz schreibt ausdrücklich vor, dass diese Anzeige nicht vor dem folgenden Tag erfolgen kann, nach dem die erste Sitzung des *Comité d'entreprise* stattgefunden hat (L.321-7). Das französische Recht ist also der Beweis dafür, dass die Anzeige nicht erst nach der Konsultationsphase des „*Comité d'entreprise*“ (oder des Betriebsrates) erfolgen muss (so ArbG Berlin, 2006, und *Klumpp*, NZA S. 706, weil der Arbeitgeber die Konsultation in der Anzeige erwähnen muss). Diese Anzeige ist aber im französischen Recht insofern wichtig, als sie die Frist von einem Monat (wenigstens 30 Tage bis 60 Tage) in Gang setzt, nach deren Ablauf der Arbeitgeber den Arbeitnehmern das Kündigungsschreiben schicken kann (L.321-6 al.); die Verwaltung kann diese Fristen reduzieren, wenn ein Tarifvertrag die Voraussetzungen der Kündigung regelt). Das besagt also, dass im französischen Recht der Arbeitgeber während dieser Frist daran gehindert ist, eine Kündigung auszusprechen. Diese Vorschrift ist also für die Arbeitnehmer günstiger als die Richtlinie, die den Ausspruch der Kündigung während des Verfahrens zulässt und nur ihre Wirksamkeit von dem Ablauf der geltenden Frist abhängig macht.

Auf der anderen Seite löst diese Anzeige übrigens noch eine andere Frist im französischen Recht aus (Unterschied zu der Richtlinie: 1 Monat Frist), und zwar die Frist, innerhalb derer die Verwaltung ihre unterschiedliche Kontrollen ausüben soll (Einhaltung des Konsultationsverfahrens, Bestehen und Inhalt des Sozialplans ...). Diese Frist beträgt 21, 28, 35 Tage, je nach der Zahl der zu kündigenden Arbeitnehmer (weniger als 100, als 250...): Wie dem auch sei, die Kontrolle der Verwaltung ist sehr beschränkt und läuft im Fall eines Formmangels nur auf die Erteilung einer Stellungnahme der Verwaltung heraus. Der Arbeitgeber ist aber verpflichtet zu antworten, wenn er die Kündigung aussprechen will.

Sanktion

Man soll sich zunächst vergegenwärtigen, dass die Massenentlassungsrichtlinie an sich keine bestimmte Sanktion vor-

sieht. Den Arbeitnehmern sollen nur Verfahren zur Durchführung der

Verpflichtungen des Arbeitgebers zur Verfügung gestellt werden. Diese müssen nach allgemeinen Regeln hinreichend effektiv sein und dürfen nicht hinter nationalen Regelungen zurückbleiben.

Also, was geschieht im französischem Recht, wenn der Arbeitgeber gegen diese Anzeigepflichten und/oder diese Konsultationsverfahren verstößt? Zunächst ist der Verstoß dieser verschiedenen Fristen im französischen Recht durch besondere Vorschriften (d.h. abgesehen vom üblichen „*delit d'entrave*“) strafrechtlich geahndet (3750 EUR pro Arbeitnehmer, die von diesem Verstoß betroffen sind, L.322-11).

Die Kündigung selbst wird aber dadurch nicht unwirksam. Die Unwirksamkeit (bzw. Nichtigkeit) der Kündigung ist im französischen Arbeitsrecht eher eine seltene Ausnahme. Eine ohne Anhörung des „*Comité d'entreprise*“ ausgesprochene Kündigung ist nicht unwirksam, wobei man berücksichtigen muss, dass im französischen Arbeitsrecht die Anhörung des „*Comité d'entreprise*“ nur in dem Fall der Massenentlassung erforderlich ist. Bei einzelnen Kündigungen von Arbeitnehmern besteht nämlich keine Verpflichtung, den „*Comité d'entreprise*“ anzuhören. Das Kündigungsschutzverfahren ist dann nur individualrechtlich ausgestaltet: Einladung des zu kündigenden Arbeitnehmers zu einem Kündigungsgespräch vor Ausspruch der Kündigung, und erst dann nach Ablauf einer bestimmten Frist die schriftliche Mitteilung des Kündigungsgrundes.

Die Kündigung ist aber auch nicht dadurch unwirksam, dass sie sozial ungerechtfertigt ist. Der Arbeitnehmer hat aber einen Anspruch auf eine vom Gesetz festgelegte Abfindung: Wenn die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, hat der Arbeitnehmer (vorausgesetzt er hat zwei Jahre Betriebszugehörigkeit und gehört einem Unternehmen von mehr als 11 Arbeitnehmern an) einen Anspruch auf eine Entschädigung von *mindestens* 6 Monaten Gehalt. Diese Abfindung kumuliert sich mit der Abfindung, die für jede Kündigung (also auch sozial gerechtfertigte) besteht (1/10 monatliches Gehalt pro Beschäftigungsjahr).

Der Verfahrensmangel als solcher wird aber nur besonders und selbständig entschädigt, wenn die Kündigung zugleich gerechtfertigt war. Wenn das Verfahren nicht eingehalten wurde (der „*Comité d'entreprise*“ wurde unzureichend informiert, die Fristen zwischen seinen Sitzungen wurden nicht eingehalten...), ist die Höhe dieser Abfindung gering: Falls der AN zwei Jahre Betriebszugehörigkeit hat und einem Unternehmen von mehr als 11 Arbeitnehmer angehört, hat er im Fall eines Verfahrensmangels einen Anspruch auf eine Entschädigung von höchstens 1 Monat Gehalt. Wenn das Massenentlassungsverfahren (und nicht das individuelle Verfahren) fehlerhaft war, ist die Entschädigung vom Richter nach dem erlittenen Scha-

den zu bemessen (d.h. ohne die Mindestgrenze von 1 Monat Gehalt).

Es muss darauf hingewiesen werden, dass das Gesetz gerade im Bereich von Massenentlassungen ausnahmsweise die Unwirksamkeit der Kündigung vorschreibt. Das betrifft den Fall, in dem der Arbeitgeber seiner Verpflichtung, einen Sozialplan aufzubauen, nicht nachgekommen ist, oder dass dessen Inhalt „unzureichend“ ist. Die Gerichte üben nämlich eine Kontrolle des Inhalts des Sozialplans aus und können bei dieser Gelegenheit feststellen, dass die in ihm geplanten Maßnahmen nicht genug „konkret“ und „bestimmt“ sind. Das Konsultationsverfahren wird dann als nichtig erklärt, und nach der Rechtsprechung – deren Lösung nunmehr im Gesetz verankert ist – führt diese Nichtigkeit ausnahmsweise zur Nichtigkeit der ausgesprochenen Kündigungen. Demzufolge können die gekündigten Arbeitnehmer ihre Wiedereinstellung im Betrieb oder Unternehmen (nicht im Konzern) verlangen, und sie auch tatsächlich vor Gericht durchsetzen. Das hat in Einzelfällen dazu geführt, dass einige Arbeitnehmer 5 Jahren nach ihrer Kündigung ihre Wiedereinstellung beansprucht haben, so dass der Arbeitgeber nachträglich für diesen Zeitraum Annahmeverzug leisten musste. Um diesen Folgen entgegen zu wirken, hat der Gesetzgeber Anfang 2005 die Unwirksamkeit der Kündigung im Fall der Unzulänglichkeit des Inhalts des Sozialplans zwar aufrechterhalten, aber sie an weitere Voraussetzungen geknüpft und ihre Reichweite beschränkt. Die Klagefrist vor Gericht wurde erstens auf ein Jahr verkürzt und zweitens ist nunmehr die Wiedereinstellung ausgeschlossen, wenn sie „unmöglich ist“. Was unter dieser „Unmöglichkeit“ genau zu verstehen ist, bleibt noch ungewiss und ist klärungsbedürftig.

Aber auch wenn die Wiedereinstellung an sich durchaus möglich ist, ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sie zu verlangen. Es besteht für ihn vielmehr eine Wahl zwischen Wiedereinstellung und Abfindung, deren Mindestbetrag hier nicht 6 sondern 12 Monate Gehalt beträgt und unabhängig von der Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers ist.

Aber, um es wieder zu betonen: Die Unwirksamkeit der Kündigung als Sanktion setzt zwangsläufig das Fehlen des Sozialplans oder die Unzulänglichkeit seines Inhalts voraus. Mit anderen Worten, die Unwirksamkeit der Kündigung ist bei einem bloßen Verfahrensmangel im Konsultationsverfahren auch bei Masseentlassungen ausgeschlossen. Die Arbeitnehmer haben nur einen Anspruch auf eine geringe Abfindung (siehe oben).

Nach den individualrechtlichen Sanktionen soll man sich noch den kollektivrechtlichen widmen. Also, was kann eigentlich der „*Comité d'entreprise*“ selbst machen, wenn der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren nicht eingehalten hat? Der „*Comité d'entreprise*“ besitzt einen Unterlassungsanspruch, den er sogar mittels einstweiliger Verfügung durchsetzen kann, aber nur unter der Voraussetzung, dass die Kündigung

gen noch nicht ausgesprochen wurden. Eine Ausdehnung dieses Unterlassungsanspruchs auf bereits ausgesprochene Kündigungen wird abgelehnt, weil das einem Mitbestimmungsrecht des Comité d'entreprise gleichkommen würde.

Sobald die Kündigungen schon ausgesprochen wurden, bleibt also dem „Comité d'entreprise“ nur die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber nach dem Strafrecht vorzugehen („delit d'entrave“) und Schadensersatz zu verlangen.

Das Alter und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz – die Rechtslage in der Schweiz

Rechtsanwalt Dr. Ueli Sommer LL.M./Rechtsanwalt Daniel Staffelbach, Zürich

In den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU, insbesondere im Abkommen über die Freizügigkeit des Personenverkehrs, wird auf die entsprechenden EU-Richtlinien nicht Bezug genommen. Die EU-Richtlinien bezüglich Gleichbehandlung finden daher in der Schweiz keine direkte Anwendung.

Die Bundesverfassung enthält jedoch in Art. 8 ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung. Während jedoch in den Bereichen Rassen- und Geschlechtsdiskriminierung gesetzliche Regelungen erlassen wurden, ist dies im Bereich Altersdiskriminierung nicht der Fall. In verschiedenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts wird hingegen auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot Bezug genommen. Eine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer wird in der Schweiz jedoch überwiegend verneint. Das Bundesgericht ist diesbezüglich zurückhaltend und hielt fest, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und somit einen Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen könne, falls darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck komme.

Dieser Grundsatz gilt auch bezüglich Kündigungsschutz, da grundsätzlich von der Kündigungsfreiheit ausgegangen wird. Eine Kündigung wegen des Alters kann wohl unter Umständen missbräuchlich sein, das Gesetz sieht jedoch selber zwei Rechtfertigungsgründe vor, welche den Anwendungsbereich der sog. Diskriminierungskündigung erheblich einschränken. Falls nämlich der Grund der Kündigung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Unbestritten ist etwa, dass eine Kündigung wegen unbefriedigender Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht missbräuchlich ist. Das Obergericht Zürich hat es in einem (in der Literatur) kritisierten Entscheid auch nicht als missbräuchlich angesehen, als bei einer Restrukturierung primär die älteren, teureren Arbeitnehmer entlassen wurden. Zu-

lässig ist denn auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Pensionierungsalter hin, was in anderen Ländern bereits nicht mehr möglich ist.

Im Gegensatz zu Deutschland, besteht in der Schweiz derzeit noch keine Verpflichtung, präventiv organisatorische Maßnahmen zur Verhinderung von (Alters-) Diskriminierung zu treffen. Die Übernahme solcher Organisationspflichten ist denn auch entschieden abzulehnen. Aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht muss jedoch der Arbeitgeber bei Altersdiskriminierung innerhalb des Betriebes einschreiten und diese beseitigen, sobald er von der Diskriminierung Kenntnis erhält.

Rechtlich unbestritten ist die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes dagegen im Bereich des Weisungsrechts des Arbeitgebers sowie bei freiwilligen Sozialleistungen wie Abgangsentschädigungen oder Gratifikationen. Insgesamt gibt es jedoch nur wenige gerichtliche Entscheidungen in diesem Bereich.

Gesetzgebungsprojekte

Die Teilnahme der älteren Erwerbstätigen am Arbeitsmarkt wird wegen der demographischen Alterung auch für die Schweiz wichtiger. Der Abbau von Altersdiskriminierung kann einen wichtigen Schritt in Richtung Integration von älteren Arbeitnehmern darstellen. Der Bundesrat beschloss vor gut zwei Jahren ein Maßnahmenpaket zu Gunsten der Arbeitsmarktbeteiligung älterer Arbeitnehmer mit den folgenden drei Zielen:

- (I.) Anreizneutrale Ausgestaltung der Sozialgesetzgebung,
- (II.) altersgerechte Arbeitsbedingungen und Verbesserung der gesundheitlichen Voraussetzungen für den Erhalt der Arbeitsfähigkeit und der Arbeitsmotivation sowie
- (III.) die Verbesserung der Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmer.

Folge dieses Maßnahmenpaketes sind verschiedene beabsichtigte Änderungen in der Sozialgesetzgebung. Eine Strukturreform der beruflichen Vorsorge ist in Prüfung. Auch die 12. AHV-Revision befasst sich mit dem demographischen Effekt, dass das Verhältnis der Rentner zu den Erwerbstätigen in den kommenden Jahren stark anwachsen wird. In Bezug auf die Arbeitslosenversicherung ist geplant, diesen Strukturwandel im Rahmen der nächsten Revision zu berücksichtigen.

Abgesehen von den geplanten Änderungen in der Sozialgesetzgebung sind im Bereich des Arbeitsrechts keine gesetzlichen Änderungen vorgesehen, welche sich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder dem Thema Altersdiskriminierung befassen.

Fazit

Das in der EU-Richtlinie 2000/78/EG verankerte Altersdiskriminierungsverbot findet in der Schweiz keine direkte Anwendung. Es besteht lediglich ein punktueller Diskriminierungsschutz, hauptsächlich durch den Schutz vor missbräuchlicher Kündigung. Derzeit bestehen in der Schweiz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber präventiv organisatorische Maßnahmen treffen muss, um eine mögliche Altersdiskriminierung zu verhindern, respektive um sicherzustellen, dass alle Altersgruppen gleich behandelt werden. Wo jedoch eine effektive Altersdiskriminierung auftritt, muss der Arbeitgeber unverzüglich das Notwendige unternehmen, um die Diskriminierung zu beseitigen.

Die Rechtsprechung hat sich bisher sehr selten mit dem Thema Altersdiskriminierung auseinandergesetzt. Nach einer gerade veröffentlichten Studie des Personalvermittlungsunternehmens *Kelly Services* fühlen sich 24 % der Befragten bei der Stellensuche aufgrund ihres Alters diskriminiert. Beachtlich ist auch, dass sich 10 % der in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer am Arbeitsplatz aufgrund ihres Alters benachteiligt fühlen. Damit steht die Altersdiskriminierung gemäß der Studie vor der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der Herkunft.

Unter dem Einfluss der Gesetzgebung in der EU sowie im Bewusstsein der demographischen Veränderung der Bevölkerung in der Schweiz ist es durchaus möglich, dass die Altersdiskriminierung die Gerichte vermehrt beschäftigen wird. Dabei ist denkbar, dass die Gerichte in ihrer Rechtsprechung zu einer gewissen Angleichung des schweizerischen Rechts an die Rechtslage in der Europäischen Union tendieren werden. Es empfiehlt sich daher für jeden Arbeitgeber, bereits heute innerhalb der eigenen Organisation das Thema Altersdiskriminierung auf das Tapet zu bringen und interne Prozessabläufe und Entscheidungsstrukturen auf mögliche Benachteiligungen zu untersuchen und die Belegschaft für die Thematik zu sensibilisieren.

IU „Mangold“

Der Entscheidung wurde natürlich in Frankreich auf der Seite der Lehre viel Aufmerksamkeit geschenkt. Aber um es vorwegzunehmen, wurde sie nicht mit so viel Kritik begleitet, wie das in Deutschland der Fall war. Besonders hervorgehoben wurde die Tatsache, dass die Umsetzungsfrist der Richtlinie nicht abgelaufen war und, dass der EuGH trotzdem und mittelbar zu Ihrer Anwendung gekommen ist. Der EuGH ist aber nicht vom Grundsatz abgewichen, nachdem die Richtlinie keine unmittelbare horizontale Wirkung unter Privaten entfaltet. Obwohl das Ergebnis gleich ist, hat der EuGH vielmehr einen Altersdiskriminierungsgrundsatz aus den verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten herangezogen. Diese Begründung wurde auch durch die französischen Juristen deshalb stark kritisiert, weil nur wenige der europäischen Ländern in ihrer Verfassung die Diskriminierung wegen des Alters verbieten. Vor allem wurde unterstrichen, dass man vergeblich in der völkerrechtlichen Verträgen eine Erwähnung der Diskriminierung wegen des Alters sucht.

Aber im Vergleich zu vielen deutschen Autoren, haben die französischen Autoren das Ergebnis dieser Begründung (unmittelbare Anwendung des Primärrechts) eher positiv hingenommen. Diese unterschiedliche Einschätzung hängt vielleicht damit zusammen, dass dieser Unterschied zwischen vertikaler unmittelbarer und horizontaler mittelbarer Wirkung dem französischen Recht eher fremd ist, während sie im deutschen Recht tief verankert ist, jedenfalls was die Frage der Wirkung der Grundrechten angeht (Drittwirkung). Zweite Erklärung könnte sein, dass die deutschen Juristen zu der Meinung neigen, dass nur die deutschen Gerichte in der Lage seien, einen verlässlichen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.

Was der Inhalt der Entscheidung angeht, ist er schon für den französischen Arbeitsrechtler wichtig, weil er dabei erfährt, dass die deutsche Umsetzung der Richtlinie über befristete Arbeitsverträge sehr liberal ist. Während das französische Gesetz einen sachlichen Grund für jeden befristeten Vertrag verlangt, lässt das deutsche Gesetz sowohl Befristung mit als auch ohne sachlichen Grund zu, und zwar in diesem Fall für zwei Jahren (18 Monate in Frankreich)! Mit anderen Worten trägt die Entscheidung des EuGH schon zur Rechtsvergleichung des Rechts von mehreren Mitgliedstaaten bei.

Was die Diskriminierung wegen des Alters angeht, hat die Entscheidung *Mangold*, im Gegensatz zu der Entscheidung *Junk*, eine Frage behandelt, die auch Gegenstand einer großen Diskussion in Frankreich war. Und zwar: Wie kann man überhaupt den Arbeitgebern dazu bringen, auch ältere Arbeitnehmer – wenn auch nur befristet – einzustellen und zu beschäftigen? Und unter welchen Voraussetzungen ist ein solcher Anreiz

zur Weiterbeschäftigung oder Nebenbeschäftigung älterer Arbeitnehmer mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar?

Nachdem sie von der Regierung beauftragt wurden, ist es den Sozialpartnern tatsächlich gelungen, auf nationaler Ebene im Oktober 2005 ein Abkommen über das Thema der „Beschäftigung von Senioren“ abzuschließen. Diese Vereinbarung hat unter anderem einen neuen befristeten Arbeitsvertrag geschaffen, nämlich bei der Einstellung älterer Arbeitnehmer über 57. Inzwischen wurde diese Regelung von einer Verordnung der Regierung im August 2006 übernommen.

Die Frage ist also nun, ob dieser neue befristete Arbeitsvertrag mit dem Gemeinschaftsrecht, d.h. mit der *Mangold*-Entscheidung in Einklang zu bringen ist?

Die Antwort ist eindeutig positiv, und dies aus verschiedenen Gründen (siehe oben Beitrag von Prof. Dr. *Martine Le Friant*). Vor allem knüpft die französische Regelung an Voraussetzungen an, die die deutsche Regelung nicht kannte und die den Eingriff verhältnismäßig machen.

Koordinierungsstelle für Rechtsschutzprobleme – Terminsgebühr auch bei außergerichtlicher Einigung, wenn ein Klageauftrag erteilt war (BGH vom 7. Februar 2007, IX ZR 215/05)

Thomas Zahn, Rechtsanwalt, LL.M., Berlin

Eines der immer wieder auftretenden Probleme im Zusammenhang mit Rechtsschutzversicherungen ist deren Weigerung, eine Terminsgebühr gemäß Nr. 3104 VV zu zahlen, wenn es trotz eines Klageauftrages gelingt, eine außergerichtliche Einigung herbei zu führen, etwa durch Besprechungen mit dem Arbeitgeber. Auch wenn sich in der Rechtsprechung bereits eine starke Tendenz zugunsten der Anwaltschaft erkennen ließ (vgl. „Tätigkeit der Koordinierungsstelle für Rechtsschutzprobleme“ im AE 1/07 unter Nr. 5), so war das Problem doch höchststrichterlich noch nicht entschieden worden. Das führt mitunter zu Konflikten und zu langwierigem Schriftverkehr: Mitunter akzeptieren Rechtsschutzversicherer Entscheidungen einzelner Landgerichte bzw. Oberlandesgerichte nicht, die in Parallelfällen ergangen sind. Jeder Kollege kennt wohl den dann nicht selten zu findenden Hinweis, der Rechtsschutzversicherer bleibe bei seiner ablehnenden Haltung und liege auch nicht im Sprengel des zitierten Gerichts.

Bei der hier dargestellten Konstellation ist die Frage aber nunmehr endgültig zugunsten der Anwaltschaft entschieden

worden. Der BGH hat im Urteil vom 8. Februar 2007 (IX ZR 215/05, zu finden im Internetauftritt des BGH) ausgeführt, dass die Voraussetzung für das Entstehen der Terminsgebühr zwar der unbedingte Klageauftrag ist, nicht jedoch die Einreichung einer Klage. Der BGH weist völlig zutreffend darauf hin, dass eine Terminsgebühr nach Absatz 3 der Vorbemerkung des VV zu § 2 Abs. 2 RVG auch bei der Mitwirkung an Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts anfällt, die auf die Vermeidung eines Rechtsstreits zielen. Diese Auffassung sieht der BGH durch die Gesetzesbegründung, durch die systematische Stellung der Vorbemerkung und durch den Sinn und Zweck der Regelung bestätigt.

Damit dürfte sich die Diskussion dieser Fallkonstellation erledigt haben. Erfahrungsgemäß werden jedoch nicht alle Rechtsschutzversicherer ihren Widerstand aufgeben, zumal die Entscheidung des BGH noch nicht allen Kollegen bekannt ist. Es dürfte daher zur Vermeidung unnötiger Korrespondenz ratsam sein, die Kenntnis des Urteils durch einen Hinweis in der Abrechnung zu dokumentieren.

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Grünbuch der Kommission

Berlin, im März 2007, Stellungnahme Nr. 14/2007

abrufbar unter: www.anwaltverein.de

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf (Vorsitz)
 Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
 Rechtsanwalt und Notar Paul-Werner Beckmann, Herford
 Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
 Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Frankfurt
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
 Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
 Rechtsanwältin Angela Leschnig, Würzburg
 Rechtsanwalt Dr. Stefan Lunk, Hamburg
 Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
 Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Neef, Hannover
 Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
 Rechtsanwältin Irma-Maria Vormbaum-Heinemann, Köln

zuständige DAV-Geschäftsführerin#nuh :

Rechtsanwältin Dr. Katharina Freytag, Berlin

Europaverteiler:

Europäische Kommission:
 Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und
 Chancengleichheit

Europäisches Parlament:
 Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
 Rechtsausschuss

Rat der Europäischen Union

Ständige Vertretung Deutschlands bei der EU
 Vertretungen der deutschen Bundesländer in Brüssel
 CCBE

Ansprechpartner:

Deutscher Anwaltverein (DAV) – Büro Brüssel

Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.
 Avenue de la Joyeuse Entrée 1
 B-1040 Brüssel
 Belgien
 Tel.: +32 (0)2 2802812
 Fax: +32 (0)2 2802813
 E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

Verteiler:

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
 An die Mitglieder des Ausschusses für Wirtschaft und Techno-
 logie des Deutschen Bundestages

Bundesministerium für Arbeit und Soziales
 An die Mitglieder des Ausschusses für Arbeit und Soziales des
 Deutschen Bundestages
 Bundesrat
 Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
 Deutscher Gewerkschaftsbund
 Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
 Deutscher Steuerberaterverband
 Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
 Bundesarbeitsgericht
 An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bun-
 destages
 An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltver-
 eins e.V.
 An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen An-
 waltvereins e.V.
 An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse
 des Deutschen Anwaltvereins e.V.
 Bundesministerium der Justiz
 Bundesrechtsanwaltskammer
 An die Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutsch-
 land
 An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundes-
 länder der Bundesrepublik Deutschland
 An die Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht des Deut-
 schen Anwaltvereins
 An die Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der
 Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwalt-
 vereins
 An die Ministerien für Arbeit der Länder
 An die Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutsch-
 land
 Forum Junge Anwaltschaft
 Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der
 Universität Bonn (Prof. Dr. Gregor Thüsing)
 Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität zu
 Köln (Prof. Dr. Martin Henssler)
 Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozial-
 recht an der Universität zu Köln (Prof. Dr. Ulrich Preis)
 Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft –
 (Prof. Dr. Matthias Jacobs)
 Neue Zeitschrift für Arbeitrecht (NZA)
 Zeitschrift Recht der Arbeit
 Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
 Handelsblatt
 Süddeutsche Zeitung
 Financial Times

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/14/07/index.html>

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

1. Das Grünbuch zielt auf europäisch einheitliche Maßnahmen im Arbeitsrecht ab. Dabei wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass das Gemeinschaftsrecht keineswegs in allen Mitgliedsstaaten vergleichbare Wirkungen entfaltet. Es ist immer ein Baustein unter anderen Bausteinen des nationalen Rechts, die miteinander verzahnt und voneinander abhängig sind. Die Einführung oder Änderung eines europarechtlichen Bausteins verändert das Gesamtgefüge und führt zum Teil dazu, dass die Unterschiede zwischen nationalen Arbeitsrechtsordnungen nicht geringer, sondern größer werden. So werden z. B. die Unterschiede des Kündigungsschutzes durch die europarechtlichen Regelungen beim Betriebsübergang nicht etwa verringert, sondern verstärkt. Es ist ganz offenkundig ein erheblicher Unterschied, ob ein Betriebserwerber eine volle Belegschaft mit geringem oder mit sehr hohem Kündigungsschutz zu übernehmen hat.

Angesichts der unterschiedlichen Arbeitsrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten ist nicht vorhersehbar, zu welchem Ergebnis einheitliche europäische Änderungsmaßnahmen führen werden. Die Frage, ob Rechte und Pflichten zwischen den Arbeitsvertragsparteien geändert oder verschoben werden sollten, setzt zunächst eine genaue Analyse der vorhandenen Rechte und Pflichten voraus. Diese sind national bestimmt. Daher müssen auch die Antworten notwendigerweise national bestimmt sein. Einheitliche europäische Empfehlungen verbieten sich.

2. Ein Hauptproblem des Arbeitsrechts ist dessen Unübersichtlichkeit. Dies liegt zum erheblichen Teil am deutschen Arbeitsrecht, das zunächst einer einheitlichen Gesetzesfassung in einem Arbeitsvertragsgesetz bedarf. Die Unübersichtlichkeit wird aber durch europäisches Arbeitsrecht verstärkt. Arbeitnehmer und Wirtschaft haben kaum noch Möglichkeiten, Atem zu holen und sich auf eine vorhandene Rechtslage einzustellen. Ändert sich die Rechtslage in zu kurzen Abständen, führt dies zur Verschärfung der Rechtsunsicherheit. Hierzu sollten europäische Maßnahmen nicht ohne Not beitragen, schon gar nicht unter Überschreitung der rechtlichen Zuständigkeit. Insoweit nehmen wir Bezug auf die zutreffende Stellungnahme des Bundesrates.

3. Die im Grünbuch gestellten Fragen sind zum größten Teil rechtspolitischer Natur. Hierzu nimmt der Arbeitsrechtsausschuss entsprechend seiner Aufgabe nicht Stellung und beschränkt sich auf den Hinweis, dass diese Fragen nur auf Basis der nationalen Arbeitsrechtsordnungen, und damit national beantwortet werden können. Für eine offenbar beabsichtigte Europa-einheitliche Regelung fehlt die Grundvoraussetzung, nämlich eine Europa-einheitliche Frage- und Problemstellung. Was wäre mit einer einheitlichen Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ gewonnen (Frage 12), solange die Mitgliedsstaaten in den entscheidenden Fragen autonom bestimmen, welche Rechtsfolgen an diesen Begriff geknüpft sind? Sie sind nicht gehindert, für bestimmte Teile von „Arbeitnehmern“ besonderen Kündigungsschutz, normalen Kündigungsschutz, geminderten oder gar keinen Kündigungsschutz vorzusehen. Gleiches gilt für steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften.

Insgesamt halten wir das Projekt zur Lösung der gegenwärtigen arbeitsrechtlichen Probleme für wenig hilfreich.

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht			
104. Vergleich, Rechtsschutzinteresse, Vollstreckbarkeit	127	122. Unbezahlter Urlaub, Arbeitszeitreduzierung, Annahmeverzug, §§ 133, 307, 611, 615, 619 BGB	132
105. WDR Betriebsrente, Anpassung, Riesterkorrekturfaktor, Versorgungszusage, §§ 2, 5, 17, 16 BetrAVG, § 68 SGB VI	128	123. Betriebsübergang, Notariat, § 613a BGB	133
106. Arbeitnehmer, Ein-Euro-Job, Eingliederungsvereinbarung, § 16 Abs. 3 SGB II, § 261 Abs. 2 SGB III	128	124. Entgeltüberzahlung, Beweislast, streitige Monatsstundenzahl, Stundenzettel, §§ 611, 812, 818 Abs. 3 BGB	133
107. Aufhebungsvertrag, Alkoholiker, Fürsorgepflicht, §§ 104, 105, 123, 306, 307 BGB	128	125. Versorgungszusage, Übergang, Rentnergesellschaft, § 4 BetrAVG, § 613a BGB, §§ 22, 132, 133, 134 UmwG	133
108. Neuabschluss Arbeitsvertrag nach Personalüberleitung	128	126. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	133
109. Personalratstätigkeit, Benachteiligung, berufliche Weiterbildung	130	127. Betriebsteilübergang, Prozessvergleich mit Betriebsveräußerer, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 265 Abs. 2 S. 1, 256 Abs. 1, 259, 533 Nr. 2 ZPO	133
110. Betriebsstilllegung, Betriebsübergang, geänderte Produktpalette Kabelproduktion, § 1 Abs. 2 KSchG, § 613a Abs. 1 BGB	130	128. Gleichstellungsabrede, Tarifkonkurrenz bei Betriebsteilübergang, Geschäftsgrundlage, §§ 157, 313 Abs. 1, 613a Abs. 1 BGB, §§ 4 Abs. 3, 5 Abs. 4 TVG, § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG	133
111. Annahmeverzug, Zwischenverdienst, Anrechnung, Zeitungszusteller, § 615 BGB	130	129. Gesamtversorgung, Eingriff in die Anpassungsdynamik, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Zweckverfehlung, Äquivalenzstörung, Gesamtrentenfortschreibung, Sozialversicherungsrente, Beamtenbesoldung, Gesetzesänderungen, § 313 BGB, § 1 BetrAVG	133
112. Bürgenhaftung nach dem AEntG, §§ 1, 1a AEntG	130	130. (Teil-)Betriebsübergang, Konstruktionsabteilung	134
113. Teilzeit, Schichtarbeit, Schwerbehinderung, § 8 TzBfG, § 81 Abs. 5 S. 3, Abs. 4 S. 1 SGB IX	130	131. Wettbewerbsverbot, außerordentliche Kündigung, Auskunftsanspruch, §§ 60, 74c HGB, §§ 139, 305, 307, 622, 629 BGB	134
114. Freier Mitarbeiter, Dozent	131	132. Berechnung der Urlaubsvergütung, Tarifauslegung, regelmäßige Arbeitszeit, Durchschnittslohn, § 11 BUrtG, § 14 RTV Gebäudereinigerhandwerk	134
115. Betriebsnachfolge, Übertragung durch Rechtsgeschäft, § 613 BGB	131	133. Arbeitnehmerhaftung, Bankangestellter, Abmahnung, Jahressonderzahlung, Gesamtschuldner, §§ 421, 611, 619a BGB	134
116. Unwirksamkeit einer Vertragsstrafe in einem Lizenzspielervertrag, §§ 318 IV, 307 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 1 S. 1 BGB	132	134. Einstweilige Verfügung, Auswahlverfahren, Konkurrentenklage, kirchliche Arbeitsverhältnisse, Art. 33 Abs. 2, 140 GG, Art. 137 WRV, §§ 935, 940 ZPO	134
117. Fachtierarzt, Eingruppierung	132	135. Betriebsübergang, Übergang der Leitungsmacht, wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung einer VorratsGmbH (persönliche Haftung des Geschäftsführers), § 613a BGB, §§ 7, 11 GmbHG	135
118. Änderungsvertrag, § 2 KSchG, § 242 BGB Art. 3 I GG	132	136. Insolvenz, Verschleppung, Haftung Geschäftsführer, Schaden, § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG	135
119. Entgeltfortzahlung, Mehrarbeitsvergütung, leistungsorientierte Zusatzvergütung, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1a EFZG	132		
120. Vorgezogene Altersgrenze, Pensionierung, § 41 BetriebsVG	132		
121. Zahlungsverzug des Arbeitgebers, Steuerschaden beim Arbeitnehmer, Berechnung bei gemeinschaftlicher Veranlagung von Eheleuten, Gesamtschuld, §§ 284, 286, 426 BGB a.F.	132		

	Seite		Seite
137. Außendienstmitarbeiter, Direktionsrecht, Kündigung, Beleidigung, § 1 Abs. 2 KSchG	135	158. Hinweispflicht des Arbeitgebers, Aufhebungsvertrag, Schadensersatz, § 242 BGB	139
138. Befristung eines Arbeitsverhältnisses, Sachgrund, vorübergehender betrieblicher Bedarf, § 14 Abs. 1 Ziff. 1 TzBfG	137	159. Gegenläufige betriebliche Übung, § 242 BGB	139
139. Arbeitnehmerbegriff, Stand in Verbrauchermarkt	137	160. Arbeitgeberwechsel, §§ 613a, 623 BGB	139
140. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern – Verwirkung eines Rechtsverhältnisses, Art. 10, § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG, § 242 BGB	137	161. Arbeitnehmer, freie Mitarbeit, Vergütungsvereinbarung	140
141. Verlängerung der Arbeitszeit und Höhe der Vergütung, §§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, 9 TzBfG	137	162. Tantiemeanspruch bei pflichtwidrig unterlassener Zielvorgabe, §§ 162 Abs. 1, 315 Abs. 3 BGB	141
142. Betriebliche Altersversorgung, Störung der Geschäftsgrundlage, Zweckverfehlung, Äquivalenzstörung, § 313 Abs. 1 BGB	137	163. Privatnutzung Dienst-PKW	141
143. Auflösungsantrag, Arbeitsverhältnis, § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG	137	Kündigungsschutzrecht	
144. Annahmeverzug, Leiharbeiter, §§ 615 S. 1, 296 S. 1 BGB	138	164. Verhaltensbedingte Kündigung, bürgerunfreundliches Verhalten im öffentlichen Dienst	141
145. Betriebsübergang, Steuerberatungspraxis, § 613a BGB	138	165. Arbeitszeitbetrug, Betriebsratsanhörung	141
146. Entgeltfortzahlung, Verschulden, Tätlichkeit, § 3 Abs. 1 EFZG	138	166. Bühnschiedsgerichtsbarkeit, Nichtverlängerungsmitteilung, Delegation der Entscheidung über die Nichtverlängerung	142
147. Schadensersatz wegen Entzug einer Verdienstmöglichkeit, §§ 280 Abs. 1, 315, 317, 612 BGB	138	167. Druckkündigung, § 626 BGB	143
148. Barber-Urteil, Umsetzung, Auslegung Gesamtzusage, Art. 141 EG	138	168. Erklärungsfrist, § 626 II BGB, Zustimmung Integrationsamt	144
149. Annahmeverzug, eingeschränkte Leistungsfähigkeit, §§ 297, 611, 615 BGB, § 81 IV SGB IX	138	169. Interessenausgleich, Betriebsratsanhörung, Altersdiskriminierung durch Altersrasterung, Rüge der Vollmachtlosigkeit	146
150. Änderung Versorgungsordnung, § 1 BetrAVG Ablösung	138	170. Nachgeschobene Verdachtskündigung	148
151. Bestand Arbeitsverhältnis, § 4 S. 1 KSchG, §§ 611 Abs. 1, 615 S. 1 BGB, §§ 322 Abs. 1, 311 Abs. 1 S. 1 ZPO	138	171. Anfechtung, Eigenkündigung, Dauer der Ermittlungen, §§ 626 Abs. 2, 123 BGB	148
152. Teilzeit, § 8 Abs. 4 TzBfG	139	172. Insolvenz, Kündigung, Feststellungsklage, Passivlegitimation, Betriebsübergang, Betriebsstilllegung, § 256 ZPO, § 4 KSchG, § 613a BGB, § 1 Abs. 2 KSchG	148
153. Leistungsfähigkeit, Annahmeverzug, §§ 297, 615 BGB	139	173. Kündigung, Wettbewerbsverbot, Kündigungsschutzklage, Interessenabwägung, § 626 BGB, § 1 KSchG, §§ 60, 74 HGB	148
154. Betriebliche Altersversorgung, Insolvenz, Vorruhestand, §§ 7, 16 Abs. 1 S. 1 BetrAVG	139	174. Änderungskündigung, sofortige Zuweisung neuer Tätigkeit	149
155. Herausgabe, Auto, Hausrat, §§ 861, 1361a BGB	139	175. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsratsanhörung, § 1 Abs. 2, 3 KSchG, § 102 Abs. 1 BetrVG	149
156. Urlaubsabgeltungsanspruch, Freistellung, Übertragung	139	176. Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes	149
157. Befristungskontrollklage, Befristungskontrolle, sachlicher Grund, §§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2, 17, 22 TzBfG	139	177. Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes wegen Stilllegung eines Betriebsteils, Anhörung des Betriebsrats zu Sozialauswahl, § 102 BVG, §§ 1 Abs. 3, 15, 23 KSchG	151

	Seite		Seite
178. Nachträgliche Zulassung, Auszubildender, Schlichtungsausschuss Abhilfe, §§ 567, 572 ZPO, §§ 78 111 Abs. 2 ArbGG, § 5 KSchG	151	195. Kündigung und grob fehlerhafte Sozialauswahl, § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG	156
179. Kündigung wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten bei einem erst 3 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnis eines jungen Arbeitnehmers (Alter bei Beginn des Arbeitsverhältnisses: 22 Jahre), § 1 KSchG	152	196. Nachträgliche Klagezustellung, Aufklärung, Betriebsübergang, Insolvenzverwalter, § 5 Abs. 1 KSchG, § 613a BGB	156
180. Änderungskündigung, Organisationsentscheidung, Lehrkraft	152	197. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung Prozesskostenhilfesuch, § 5 Abs. 1 KSchG	157
181. Betriebsbedingte Kündigung, unkündbare Mitarbeiter, wesentliche Betriebseinschränkung	152	198. Sozialauswahl, Leistungsträger, Auskunftspflicht, § 1 Abs. 3 KSchG, § 1 Abs. 5 KSchG	157
182. Betriebsbedingte Kündigung, Umsatzrückgang belegt allein keinen Rückgang der Arbeitsmenge	154	199. Kündigung wegen Schlechtleistung, leitender Angestellter, §§ 1, 9, 14 Abs. 2 KSchG	157
183. Betriebsbedingte Änderungskündigung wegen der Umwandlung einer Teilzeit- in eine Vollzeitstelle, §§ 1 Abs. 1 S. 1 und 2, 2 KSchG, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG	154	200. Außerordentliche personenbedingte Kündigung wegen Entzug betrieblicher Fahrerlaubnis, Annahmeverzug	157
184. Elternzeitverlangen bei Adoption eines Kindes, §§ 15, 16 Abs. 2, 18 Abs. 1 BErzGG, § 6 Abs. 1 MuSchG, § 612a BGB i.V.m. § 134 BGB	154	201. Änderungskündigung, Versetzung, Subsidiarität, §§ 1, 2 KSchO	160
185. Verdachtskündigung, Aufklärungspflicht	155	202. Sonderkündigungsschutz nach der Novelle des SGB IX, §§ 85, 90 Abs. 9a SGB IX	160
186. Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement, § 84 Abs. 2 SGB IX	155	203. Außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung, Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 1 und Abs. 2 BGB	160
187. Vollstreckbare Ausfertigung, § 724 Abs. 2 ZPO, § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG	155	204. Außerordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung, § 626 Abs. 1 BGB	161
188. Änderungskündigung, Erhöhung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich, Prozessvollmacht, Erklärung der Annahme unter Vorbehalt, §§ 1, 2, 4 KSchG, § 81 ZPO, § 174 BGB	155	205. Fristlose Kündigung eines städtischen Bediensteten wegen Drogenhandels mit Minderjährigen, § 626 Abs. 1 BGB	161
189. Betriebsbedingte Kündigung, Versetzung, Sozialauswahl, Lebensalter als Sozialauswahlkriterium, § 1 Abs. 2 und 3 KSchG	155	206. Betriebsbedingte Kündigung wegen Betriebsstilllegung, § 1 Abs. 2 KSchG	161
190. Kündigungsschutzklage, Drei-Wochen-Frist, nachträgliche Zulassung, Anwaltsverschulden, Büropersonal, §§ 4, 5 KSchG, § 85 ZPO	156	207. Klagefrist bei behördlicher Zustellung, Postfachzustellung, § 4 S. 4 KSchG	161
191. Kündigungserklärung, Vertreter ohne Vertretungsmacht, §§ 180 S. 2, 177 BGB	156	208. Nachträgliche Klagezulassung, psychische Erkrankung, § 5 KSchG	163
192. Interessenausgleich wegen Betriebseinschränkung, § 1 Abs. 5 KSchG, § 111 BetrVG	156	209. Restmandat Betriebsrat, Betriebsstilllegung, § 21b BetrVG	163
193. Ordentliche Kündigung, Verleiten zur Prostitution, § 626 Abs. 1 BGB	156	210. Kündigung eines Schwerbehinderten; Nachweis der Schwerbehinderung: Mitwirkungspflichten, § 85 SGB IX, § 90 Abs. 2a SBB IX	164
194. Kündigung, Ausschluss der ordentlichen Kündigung, wesentliche Einschränkung, Krankenhaus, §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 1, 16 Abs. 2 Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR), § 626 BGB	156	211. Betriebsbedingte Änderungskündigung, Außendienstmitarbeiter, Reduzierung der Vertriebsgebiete	164

Betriebsverfassungs-/		Seite
Personalvertretungsrecht		
	Seite	
212. Änderung von Entlohnungsgrundsätzen	166	230. Prozesskostenhilfe-Beschwerde, Mutwilligkeit, Entscheidungsreife, § 11a ArbGG, § 118 ZPO 172
213. Einigungsstelle, Zahl der Beisitzer, § 98 ArbGG, § 76 BetrVG	166	231. Unterschlagung, Schadensschätzung, Aussetzung, Verjährung, Verspätung, §§ 280, 281, 823 Abs. 2 BGB, §§ 138, 149, 286, 287 ZPO, § 67 Abs. 4 ArbGG 172
214. Wählbarkeit von Arbeitnehmern zum Aufsichtsrat, Altersteilzeit, Behandlung der Wahlvorschläge, §§ 7, 24 MitbestG, §§ 27, 34, 35 2. WO zum MitbestG	166	232. Rechtsweg, Arbeitnehmerdarlehen, § 2 Abs. 1 Nr. 4a ArbGG 172
215. Bestellung des Wahlvorstandes und nachträgliche Erhöhung der Mitgliederzahl, § 16 BetrVG	166	233. Rechtsweg bei einer Streitigkeit aus einem Rechtsverhältnis nach § 16 Abs. 3 SGB II, §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3, 5 Abs. 1 S. 2, 14 bis 16 SGB II 172
216. Höhe Kinderzuschlag zu einer Abfindung im Sozialplan für Teilzeitbeschäftigte, § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG, § 112 BetrVG	167	234. Prozesskostenhilfe, auswärtiger Rechtsanwalt, Reisekosten, Beordnung, § 121 ZPO 172
217. Einsetzung einer Einstellungsstelle, §§ 76, 87 BetrVG, § 98 ArbGG	167	235. Prozesskostenhilfe, Erfolgsaussicht, Rechtsschutzversicherung, Deckungszusage, §§ 114, 115 ZPO, § 17 ARB 173
218. Abberufung „en bloc“ und Neuwahl zur Freistellung von Betriebsratsmitgliedern sowie von Ausschüssen nach Änderung der Mehrheitsverhältnisse durch Listenwechsel	167	236. Kostenbeschwerde bei Teilanerkennnis- und Schlussurteil, § 99 ZPO 173
219. Gesamtbetriebsrat, Kosten, § 40 BetrVG	167	237. Krankenversicherung, Arbeitgeberzuschuss, Rechtsweg, §§ 5, 257 SGB V, 61 SGB XI 173
220. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Karneval, Rosenmontag, §§ 253, 567, 920, 935 ZPO	167	238. Persönlichkeitsrecht, Mobbing, Art. 1, 2 GG, §§ 253 Abs. 2, 823 BGB 173
221. Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung, Feststellungsverfügung, Wahlabbruch, Wahlvorstandsgröße	167	239. Rechtsweg, Arbeitgeber, Stock-options, §§ 2, 3 ArbGG, § 17a GVG 173
222. Betriebsratstätigkeit, Erforderlichkeit von Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG	168	240. Rechtsweg, betriebliche Altersversorgung, Geschäftsführer, §§ 2, 5 ArbGG, § 17 BetrAVG 173
223. Eingruppierung, Weitergeltung eines Entgeltschemas, §§ 99, 101, 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	170	241. Prozesskostenhilfe, Antragstellung, Zeitpunkt der Vorlage der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, Bewilligungszeitpunkt, §§ 117, 118 ZPO 173
224. Gleichbehandlung, Sozialplan, betriebsratslose Niederlassung, § 242 BGB	171	242. Verein, besonderer Vertreter, § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, § 30 BGB 173
225. Mitbestimmung, freiwillige Leistung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG	171	243. Organisationsverschulden des Rechtsanwalts, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO 173
226. Rückwirkende Änderung des Sozialplanes, § 112 BetrVG	171	244. Aussetzung des Verfahrens, §§ 148, 355 ZPO 174
227. Arbeitnehmerüberlassung durch konzerneigene Personaldienstleistungsgesellschaft, §§ 99, 75 BetrVG, §§ 14 Abs. 3, 1 Abs. 2 AÜG	171	245. Pfändungsgrenze, § 850d ZPO 174
		246. Prozesskostenhilfe, verspäteter Antrag 174
		247. Rechtsweg, Zusammenhangklage, Schadensersatz, fingierte Werkleistungen, § 2 Abs. 3 ArbGG, § 826 BGB 174
Sonstiges		248. Beweisbeschluss, außerordentliche Beschwerde, Gegenvorstellung, heimliche Videoüberwachung, Art. 2 Abs. 1 GG, § 355 Abs. 2 ZPO 174
228. Feststellungsantrag, Feststellungsinteresse	171	249. Nichtzulassung, Prozessbevollmächtigter, § 51 Abs. 2 S. 1 ArbGG 174
229. Prozesskostenhilfe, Aufhebung, Neubewilligung, §§ 115, 124, 240 ZPO	172	

Allgemeines Vertragsrecht

	Seite	Streitwert und Gebühren	Seite
250. Prozesskostenhilfe, amtlicher Vordruck, Belege, § 117 Abs. 2 ZPO	175	265. Streitwert, Beschäftigungsklage	181
251. Prozesskostenhilfe, Aufhebung, § 124 Ziff. 1 ZPO	175	266. Streitwertbeschwerde, einstweilige Verfügung, Fragebogen, § 23 Abs. 3 RVG	181
252. Erinnerung gegen Kostenansatz, § 66 Abs. 1 S. 1 GKG (§ 5 GKG a.F.)	175	267. Streitwert, Beschlussverfahren, Jugendvertreter, Beschäftigungspflicht, § 78a BetrVG, § 33 RVG, § 42 GKG, § 23 RVG	181
253. Prozesskostenhilfe, Überprüfung, Aufhebung, § 172 ZPO	175	268. Streitwert, Beschlussverfahren, Jugendvertreter, Beschäftigungspflicht, § 78a BetrVG, § 33 RVG, § 42 GKG, § 23 RVG	182
254. Prozesskostenhilfe, Unterbevollmächtigter, Korrespondenzanwalt, Auslagenersatz, § 121 Abs. 4 ZPO, § 46 RVG	175	269. Gegenstandswert, Betriebsratsantrag, Aufhebung der Einstellung, mehrere Anträge, mehrere Beschlussverfahren, § 101 BetrVG, § 23 RVG	182
255. Beschwer, Rechtsmittelverzicht, Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB, § 717 ZPO	176	270. Streitwert – Zeugnisberichtigung, § 3 ZPO	182
256. Aussetzung, § 148 ZPO	176	271. Streitwert, Wahlvorstand, § 23 Abs. 3 S. 2 RVG	182
257. Abtretung Abfindungsanspruch, §§ 398, 399 BGB	176	272. Streitwert – vorsorgliche ordentliche Kündigung, § 42 Abs. 4 GKG	182
258. Zwangsvollstreckung, Zeugnistitel, § 104 GewO, § 173 ZPO	176	273. Einwendungen außerhalb des Gebührenrechts, § 11 Abs. 5 S. 1 RVG	182
259. Prozesskostenhilfe, § 11 ZPO	176	274. Streitwert für ein Beschlussverfahren über die Einholung eines Sachverständigengutachtens, § 23 Abs. 3 RVG	182
260. Vollstreckungsgegenklage, Rechtskraftdurchbrechung, § 1 TVG, § 826 BGB, § 767 Abs. 1 und 2 ZPO	176	275. Kündigungsschutzklagen als Sammelklage, §§ 48, 55, 56 RVG	182
261. Einstellung der Zwangsvollstreckung, § 62 ArbGG, § 888 ZPO	176		
262. Schadensersatz, Erstattung von Verfahrenskosten der 1. Instanz, sittenwidrige Schädigung	176		
263. Präkclusion, Gleichbehandlung, betriebliche Übung, § 67 Abs. 4 S. 1 ArbGG	180		
264. Vermögenswirksame Leistungen, Zwangsvollstreckung, § 888 ZPO	181		

Allgemeines Vertragsrecht

104. Vergleich, Rechtsschutzinteresse, Vollstreckbarkeit

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Zahlungsansprüche der Klägerin vermögen nicht durchzugreifen.

Soweit der Beklagte der Klägerin das Rechtsschutzinteresse abstreitet, übersieht er, dass die Zahlungsansprüche, zu deren Abrechnung sich der Beklagte in dem Vergleich vom 28.09.2005 verpflichtet hat, nicht vollstreckbar sind. Der Beklagte hat sich gemäß Vergleich auf die Zahlung „der sich aus der Abrechnung ergebenden Nettobeträge“ verpflichtet. In welcher Höhe sich ein Zahlungsanspruch ergibt, lässt sich dem Vergleichstext nicht entnehmen. Ziffer 2 des Vergleiches hat daher keinen für die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen notwendigen vollstreckbaren Inhalt.

Der Beklagte kann sich auch nicht auf die Ausgleichsklausel in Ziffer 8 des Vergleiches vom 28.09.2005 berufen. Ausgenommen von der Ausgleichsklausel ist ausdrücklich die ordnungsgemäße Abrechnung der Ansprüche der Klägerin bis zum 31.10.2005; hierzu zählen die Vergütungsansprüche bis zum 31.10.2005 und der sich zum 31.10.2005 darstellende Urlaubsabgeltungsanspruch.

Erfolg versagt bleiben muss dem Beklagten schließlich auch der Bereicherungseinwand. Eine Bereicherung der Klägerin um den Rückkaufswert aus der unstrittig von ihr in Anspruch genommenen Direktversicherung ist rechtlich nicht nachvollziehbar. Der Klägerin stand nämlich das Bezugsrecht aus dieser Direktversicherung zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.10.2005 zu. Die Klägerin hatte zu diesem Zeitpunkt eine unverfallbare Anwartschaft an der Direktversicherung als Leistung der betrieblichen Altersversor-

Allgemeines Vertragsrecht

gung erhalten. Das ergibt sich aus § 3f in Verbindung mit § 1b BetrAVG. Danach bleibt die Anwartschaft aus einer betrieblichen Altersversorgung im Falle der Zusage der Leistungen vor dem 01. Januar 2001 erhalten nach Vollendung des 35. Lebensjahres des Arbeitnehmers und Bestehen der Versorgungszusage über mindestens 10 Jahre zum Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis. Diese Voraussetzungen lagen bei der im Jahr 1948 geborenen Klägerin zum Zeitpunkt des 31.10.2005 vor, nachdem die Versicherung am 01.09.1995 begonnen hatte.

Soweit der Beklagte die Auffassung vertritt, die Klägerin habe vor ihrem 59. Lebensjahr nicht über die Direktversicherung verfügen können, findet eine solche Ansicht in dem Versicherungsvertrag keine Stütze.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 25.10.2006, 1 Ca 1796/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,

Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

105. WDR Betriebsrente, Anpassung, Riesterkorrekturfaktor, Versorgungszusage, §§ 2, 5, 17, 16 BetrAVG, § 68 SGB VI

Es erscheint zweifelhaft, ob eine Jeweiligkeitsklausel auch nach regulärem Renteneintritt die Veränderung der Versorgungszusage deckt. Besondere Zweifel ergeben sich, wenn von einer Dienst-/Betriebsvereinbarung zum Tarifvertrag gewechselt wird. Die Regelungen des Altersvermögensentgeltgesetzes, die zu einem langsameren Ansteigen der Sozialversicherungsrente führen, sind jedenfalls nicht geeignet die Absenkung der Nettovergleichsvergütung in einem Gesamtversorgungssystem zu rechtfertigen. Allenfalls ist die Sozialversicherungsrente so weiter zu berechnen, wie sie sich ohne die Änderung des § 68 SGB VI errechnen hätte.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 05.09.2005, 2 Sa 305/05, Revision zugelassen

106. Arbeitnehmer, Ein-Euro-Job, Eingliederungsvereinbarung, § 16 Abs. 3 SGB II, § 261 Abs. 2 SGB III

Ein-Euro-Jobber, die einer Verbandsgemeinde von einer zuweisenden Stelle im Rahmen von § 16 Abs. 3 SGB II zugewiesen und eingesetzt werden, sind auch dann keine Arbeitnehmer der Verbandsgemeinde, wenn das Kriterium der „Zusätzlichkeit“ i.S.v. § 16 Abs. 3 Satz 2 SGB II möglicherweise nicht erfüllt ist. Ob dies auch dann gilt, wenn der zuweisende Verwaltungsakt bzw. eine ihn ersetzende Eingliederungsvereinbarung (zwischen zuweisender Stelle und Hilfebedürftigen) nach sozialrechtlichen Aspekten grob fehlerhaft und damit nichtig ist, kann offen bleiben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 08.08.2006, 2 Sa 401/06, Revision zugelassen

107. Aufhebungsvertrag, Alkoholiker, Fürsorgepflicht, §§ 104, 105, 123, 306, 307 BGB

Die Fürsorgepflicht eines Arbeitgebers gegenüber einem alkoholkranken Arbeitnehmer geht nicht so weit, dass er ein vom Arbeitnehmer während eines Abmahngesprächs gemachtes Auflösungsangebot ablehnen müsste. Soweit einzelne Bedingungen des Aufhebungsvertrags im Zusammenhang mit der verbleibenden Abwicklung des Arbeitsverhältnisses missverständlich oder benachteiligend wären, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Hauptpflichten des Aufhebungsvertrages, sondern nur zur Anwendung der gesetzlichen Regelungen für die Nebenpflichten.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 13.02.2006, 2 Sa 1271/05, Revision nicht zugelassen

108. Neuabschluss Arbeitsvertrag nach Personalüberleitung

Dem Kläger steht gegenüber der beklagten Stadt ein Anspruch auf Neuabschluss eines Arbeitsvertrages mit Wirkung ab 01.04.06 zu den Bedingungen seines Arbeitsvertrages vom 19.03.00 zu. Der Anspruch des Klägers ergibt sich aus § 2 Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages vom 13.08.02, abgeschlossen zwischen der beklagten Stadt und der BSH (Holding).

a) Dem steht zunächst nicht entgegen, dass der Kläger hier rückwirkend mit Wirkung ab 01.04.06 den Abschluss des Arbeitsvertrages geltend macht. Denn zum einen hat er dies außergerichtlich bereits rechtzeitig mit Schreiben vom 02.03.06 (Bl. 17-19 d.A.) und 29.03.06 (Bl. 21 – 23 d.A.) gegenüber der beklagten Stadt geltend gemacht. Zum anderen steht einer rückwirkenden Vertragsbegründung (wie einer rückwirkenden Vertragsänderung) mit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB n.F. nichts mehr entgegen (siehe hierzu BAG, Urteil vom 27.04.04 – 9 AZR 522/03 –, in: NZA 2004, 1225 ff. unter II. 1. der Gründe).

b) Dem Kläger steht ein unmittelbarer Anspruch aus § 2 Ziff. 7 des zwischen der beklagten Stadt und der BSH (Holding) abgeschlossenen Personalüberleitungsvertrages vom 13.08.02 zu. Dass der Kläger einen unmittelbaren Anspruch aus diesem Vertrag herleiten kann, steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Es handelt sich hier um einen echten Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB. Dies folgt für den vorliegend aus § 2 Ziff. 7 durch den Kläger verfolgten Anspruch aus der dortigen Formulierung, wonach „auf Wunsch der Beschäftigten ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen“ ist. Dies folgt auch aus § 7 Ziff. 4 des Vertrages, wonach jeder Beschäftigte ein Vertragsexemplar erhielt und ein weiteres Exemplar zur Personalakte genommen wurde. Zudem wird in dem Informationsschreiben der beklagten Stadt vom 19.09.02 an den Kläger mehrmals auf den in Kopie beigefügten Personalüberleitungsvertrag Bezug genommen (siehe Bl. 8 f. d.A.), Dies alles kann nur so verstanden werden, dass auch der Kläger als Dritter unmittelbare Rechte aus dem

Personalüberleitungsvertrag, hier konkret aus § 2 Ziff. 7 des Vertrages, geltend machen können soll.

c) Die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 2 Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages sind im Einzelnen erfüllt.

Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde seitens der BSH (Holding) als der in § 2 Ziff. 7 genannten Gesellschaft nach erfolgreicher Überleitung durch Kündigung vom 10.11.05 zum 31.03.06 beendet.

Der Kläger als Beschäftigter der BSH (Holding) hat die Beendigung des dortigen Arbeitsverhältnisses nicht zu vertreten, da dieses Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen beendet worden ist.

Dabei ist zwischen den Parteien unstreitig, dass ein „zu vertreten“ i.S.v. § 2 Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages bei einer verhaltensbedingten Kündigung vorliegen würde, dass dies bei einer betriebsbedingten Kündigung jedoch nicht der Fall ist. Dies entspricht dem Wortlaut der dortigen Regelung, da ein „zu vertreten“ ein entsprechendes (schuldhaftes) Verhalten des gekündigten Arbeitnehmers voraussetzt, während dies bei einer betriebsbedingten Kündigung nicht der Fall ist. Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzung „nicht zu vertreten“ ist hier zunächst der Kläger, da es sich zum einen um eine anspruchsbegründende Voraussetzung handelt, zum anderen folgt dies aus der negativen Formulierung in § 2 Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages.

Der Kläger ist seiner Darlegungs- und Beweislast vorliegend nachgekommen, indem er auf das Gerichtsprotokoll vom 08.12.05 in dem Rechtsstreit 1 (3) Ca 2586/05 vor dem Arbeitsgericht Hagen verweist, wo festgehalten ist, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der BSH (Holding) durch betriebsbedingte Kündigung der BSH (Holding) vom 10.11.05 mit Ablauf des 31.03.06 enden wird, da ein wesentlicher Teil der von dem Kläger wahrgenommenen Aufgaben entfallen wird. Über den Wortlaut „betriebsbedingt“ hinaus ist auch ausdrücklich der Wegfall von Aufgaben als betriebsbedingter Grund festgehalten, was eindeutig gegen eine „zu vertretende“ verhaltensbedingte Kündigung spricht.

Hierbei ist zunächst der Grundsatz zu beachten, dass materiell-rechtlich bei einer schriftlichen Vertragsabsprache eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für den Inhalt der schriftlich niedergelegten Absprache spricht (siehe hierzu, BGH, Urteil 31.05.1995 – VIII ZR 193/94 –, in: NJW 1995, 3258; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Aufl., § 32, Rn 47). Einem gerichtlich protokollierten Vergleich kann insoweit sicherlich keine geringere Vermutung zukommen, ohne dass sich die Beweiskraft des Gerichtsprotokolls gemäß § 165 ZPO auf die inhaltliche Richtigkeit abgegebener Parteierklärungen erstreckt.

Die hier gegebene Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vergleichsvereinbarungen zwischen dem Kläger und der BSH (Holding) vom 08.12.05 hat die beklagte Stadt nicht widerlegt, insbesondere nicht im Hinblick auf die Betriebsbedingtheit der Kündigung seitens der BSH (Holding).

Eine verhaltensbedingte Kündigung der BSH (Holding) entge-

gen dem Wortlaut des gerichtlichen Vergleichs vom 08.12.05 ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut des Kündigungsschreibens vom 10.11.05. Zwar spricht der Wortlaut des Kündigungsschreibens eindeutig für eine verhaltensbedingte Kündigung. Jedoch schließt dies eine Betriebsbedingtheit der seinerzeitigen Kündigung nicht aus. Denn die Gründe in dem Kündigungsschreiben müssen nicht vollständig sein. Eine Kündigung entfaltet grundsätzlich auch ohne Angabe von (vollständigen) Gründen die ihr zukommende Wirksamkeit (siehe hierzu nur *Schaub*, a.a.O., § 123, Rn 164), ein Nachschieben von Kündigungsgründen, die bei Kündigungsausspruch vorlagen, ist in der Regel (unabhängig von dem Erfordernis einer Betriebsratsbeteiligung) ohne weiteres möglich (*Schaub*, a.a.O., § 123, Rn 69, 70; *KR/Etzel*, 7. Aufl., § 102, Rn 185c). Demnach verbleibt es auch angesichts des Kündigungsschreibens bei der Richtigkeitsvermutung der jüngeren Vergleichsregelung vom 08.12.05 zwischen dem Kläger und der BSH (Holding). Dies gilt umso mehr, da ein tatsächlicher Sachvortrag der beklagten Stadt zu dem Vorliegen bestimmter, im Einzelnen dargelegter, verhaltensbedingter Kündigungsgründe nicht vorliegt.

Der Betriebsbedingtheit der seinerzeitigen Kündigung der BSH (Holding) steht auch nicht die Vereinbarung einer Abfindung in Höhe von 7.200,00 EURO in dem gerichtlich protokollierten Vergleich vom 08.12.05 entgegen. Denn eine solche Abfindung ist zur Vermeidung eines Prozessrisikos auch bei einer betriebsbedingten Kündigung durchaus üblich. Dass die BSH (Holding) hierbei davon ausging, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers insgesamt beendet würde, d.h. auch unter Einbeziehung eines etwa neu zu begründenden Arbeitsverhältnisses zu der beklagten Stadt, wird an keiner Stelle des Vergleichs deutlich, spielt im Übrigen für den Kündigungsgrund auch keine ersichtliche Rolle.

Weiter steht der Betriebsbedingtheit der Kündigung der BSH (Holding) nicht die Existenz

eines Ratsbeschlusses entgegen, der betriebsbedingte Kündigungen im „Konzern Stadt“ ausschließt. Hierbei kann zugunsten der beklagten Stadt unterstellt werden – was im Einzelnen nicht dargelegt ist –, dass die BSH (Holding) dem „Konzern Stadt“ in dem genannten Sinn zuzurechnen ist. Dennoch wird nicht erkennbar, welchen Einfluss der oben genannte Ratsbeschluss auf die seitens der BSH (Holding) nach außen hin erklärten Willenserklärungen haben sollte. Die Erklärungen in dem gerichtlichen Vergleich vom 08.12.05 sprechen aber für die Betriebsbedingtheit der Kündigung der BSH (Holding) seinerzeit.

Letztlich führt auch nicht die Tatsache des Vergleichsabschlusses am 08.12.05 zu einem „vertreten“ des Klägers im Hinblick auf die Kündigung der BSH (Holding), wie die beklagte Stadt zuletzt im Kammertermin am 28.09.06 meinte, da dies ein übliches Verhalten zur Abwendung eines Prozessrisikos darstellt, jedoch nichts über die ursprüngliche Kündigungsursache aussagt. Zudem kann die Kammer nicht erkennen, dass der Abschluss eines Prozessvergleichs als ein „zu vertreten“ i.S.v. § 2

Allgemeines Vertragsrecht

Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages vom 13.08.02 zu verstehen wäre.

d) Im Ergebnis steht daher für die Kammer fest, dass der Kläger die seinerzeitige Kündigung der BSH (Holding) vom 10.11.05 zum 31.03.06 „nicht zu vertreten hat“ i.S.v. § 2 Ziff. 7 des Personalüberleitungsvertrages vom 13.08.02, weshalb die beklagte Stadt auf seinen Wunsch hin mit ihm ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen hat, wie dies vor der Überleitung mit Wirkung ab 19.09.02 zwischen den Parteien bestand, hierzu den Bedingungen des zwischen den Parteien ursprünglich vereinbarten Arbeitsvertrages vom 19.03.00.

■ Arbeitsgericht Hagen

vom 28.09.2006, 3 Ca 837/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,

Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

109. Personalratstätigkeit, Benachteiligung, berufliche Weiterbildung

Die Nichtberücksichtigung bzw. Verweigerung der Teilnahme an einer Schulung verstößt gegen § 8 BPersVG. Wegen dieses Verstoßes hat der Kläger aus §§ 661, 242 BGB, 8 BPersVG einen Anspruch auf Teilnahme an einem entsprechenden Schulungskurs.

Nach § 8 BPersVG dürfen Personen, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz wahrnehmen, nicht an diesen Aufgaben bzw. Befugnissen behindert oder wegen ihrer Tätigkeit benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Daraus resultierend hat der Arbeitgeber alles zu unterlassen, was eine Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seiner Tätigkeit als Personalratsmitglied beinhaltet. Ein solcher Verstoß ist vorliegend gegeben.

Die Beklagte hat die Verweigerung der Zustimmung zur Teilnahme an dem nächsten Schulungskurs damit begründet, dass der Kläger in der Zeit von Mai 2004 bis August 2005 lediglich an 15 Tagen in der Kfz-Werkstatt tätig war, obgleich er insgesamt 90 Tage hätte arbeiten müssen. Der Kläger sei zu 50 % freigestellt und darüber hinaus an 4 Tagen beim Bezirkspersonalrat in Berlin tätig. Ferner hätte der örtliche Personalrat über die Freistellung hinaus auch Sitzungen abgehalten, so dass sich anhand der Anwesenheit des Klägers nur wenige Tage mit Arbeitsleistung ergeben. Der Beklagte verweist in diesem Zusammenhang auf eine entsprechende Aufstellung der Anwesenheit des Klägers in der Kfz-Werkstatt seit Juni 2005 bis Dezember 2005 (vgl. Bl. 36 bis 42 d.A.). Da der Kläger wegen seiner Tätigkeit als Personalratsmitglied nicht mit seiner Arbeitsleistung zur Verfügung stand, hätten andere prüfberechtigte Kfz-Handwerker wesentlich häufiger Abgasuntersuchungen durchführen müssen. Der Beklagte begründet mit dieser Argumentation die Nichtteilnahme des Klägers im Wesentlichen damit, dass er als Mitglied des örtlichen Per-

sonalrats und als Mitglied des Bezirkspersonalrates zu wenig Arbeitsleistung erbringe. Der Beklagte begründet im Ergebnis die Nichtteilnahme an einem Schulungskurs wegen der Tätigkeit des Klägers als Personalratsmitglied. Zwar behauptet der Beklagte, dass tatsächlich für Abgasuntersuchung, bezogen auf den Arbeitsanfall pro Jahr, lediglich 30 bis 35 % der Arbeiter mit dieser Tätigkeit ausgelastet seien. Trotz Bestreitens wird diese Behauptung nicht weiter ausgeführt.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 25.08.2006, 3 Ca 2417/06

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltshaus im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig,

Tel: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

leipzig@eisenbeis-reinhardt.de, www.eisenbeis-reinhardt.de

110. Betriebsstilllegung, Betriebsübergang, geänderte Produktpalette Kabelproduktion, § 1 Abs. 2 KSchG, § 613a Abs. 1 BGB

Eine identitätswahrende Übertragung i.S.v. § 613a Abs. 1 BGB liegt nicht vor bei Wechsel von einer Massenkabelfertigung zur Verarbeitung von angekauften Kabeln nach individuellen Kundenwünschen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 14.09.2005, 3 Sa 504/05, Revision nicht zugelassen

111. Annahmeverzug, Zwischenverdienst, Anrechnung, Zeitungszusteller, § 615 BGB

Anrechnungspflicht nach § 615 S. 2 BGB ist nur derjenige Verdienst, für dessen Erzielung das Freiwerden der Arbeitskraft kausal war (hier: Student als Zeitungszusteller mit Teilzeittätigkeit an Universität an Nachmittagen).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 18.01.2006, 3 Sa 1182/05, Revision nicht zugelassen

112. Bürgenhaftung nach dem AEntG, §§ 1, 1a AEntG

1. Eine Bürgenhaftung nach § 1a AEntG für ausgefallene Urlaubskassenbeiträge besteht für den Bauherrn, der Besteller von baugewerblichen Dienstleistungen ist, nicht.

2. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Bauherr gegenüber der Arbeitsverwaltung, die dem ausländischen Bauunternehmen und dessen ausländischen Arbeitnehmern die zur Bauausführung erforderlichen Erlaubnisse erteilt hat, fälschlich als Inhaber eines Betriebes der Bauwirtschaft aufgetreten ist.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 01.11.2005, 3 Sa 1307/05, Revision nicht zugelassen

113. Teilzeit, Schichtarbeit, Schwerbehinderung, § 8 TzBfG, § 81 Abs. 5 S. 3, Abs. 4 S. 1 SGB IX

Die bloße Berufung des Arbeitgebers auf ein praktiziertes Organisationskonzept (hier: ausschließliche Vollzeitstätigkeit wegen Vollschichtbetrieb) hindert alleine einen Teilzeitananspruch

des Arbeitnehmers nach § 8 TzBfG nicht. Es bedarf darüber hinaus der Darlegung und ggf. des Nachweises konkreter Umstände, inwiefern dieses Konzept dem Teilzeitwunsch des Arbeitnehmers tatsächlich entgegensteht und mit dem Begehren des Arbeitnehmers durch eine zumutbare Änderung der Betriebsabläufe nicht zur Deckung gebracht werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 15.03.2006, 3 Sa 1593/05, Revision nicht zugelassen

114. Freier Mitarbeiter, Dozent

Es liegt keine Streitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis oder über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 1 Nr. 3a, 3b ArbGG) vor, denn der Kläger war bei der Beklagten vereinbarungsgemäß im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses beschäftigt. Die tatsächliche Durchführung des freien Mitarbeiterverhältnisses begründet nicht die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist danach derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt (BAG, Urteil v. 13.02.2003, 8 AZR 59/02 m.w.N.). Der Arbeitnehmer leistet also fremdbestimmte Arbeit und kann nicht wie der Selbstständige (freie Mitarbeiter) seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen (vgl. insoweit § 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Das BAG geht davon aus, dass diese Grundsätze auch für Unterrichtstätigkeiten gelten (vgl. Urteil v. 12.09.1996, 5 AZR 104/95). Entscheidend sei, wie intensiv die Lehrkraft in den Unterrichtsbetrieb eingebunden sei und in welchem Umfang sie den Unterrichtsinhalt, die Art und Weise seiner Erteilung, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestalten könne. Derjenige, der an einer allgemeinbildenden Schule unterrichte, sei in der Regel Arbeitnehmer, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübe. Hingegen seien Volkshochdozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, nur dann Arbeitnehmer, wenn die Parteien dies vereinbart haben oder im Einzelfall festzustellende Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit gegeben ist (BAG, Urteil v. 29.05.2002, 5 AZR 161/01, BAG, Urteil v. 11.10.2000, 5 AZR 289/99).

b) In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger in einer mit einer Lehrkraft an einer allgemeinbildenden Schule vergleichbaren Art und Weise in den Schulbetrieb bei der Beklagten eingebunden war.

Zunächst ist festzuhalten, dass nach dem Willen der Parteien über einen Zeitraum von mehr als 16 Jahren das Vertragsverhältnis als freies Mitarbeiterverhältnis gestaltet worden ist

und der Kläger monatlich entsprechend den von ihm eingereichten Honorarabrechnungen bezahlt wurde. Aus den Abrechnungen ergibt sich, dass der Kläger nach seinen Angaben in einem Stundenumfang von wöchentlich ca. 23/24 Stunden tätig war. Daneben betrieb und betreibt der Kläger eine medizinische Bäder- und Massagepraxis in Iserlohn, in welcher er selbst auch als Physiotherapeut arbeitet. Dass der Kläger über die von ihm geleisteten Stunden und über die durch die Bezirksregierung Arnsberg im Bereich der Physiotherapie vorgegebenen Unterrichtsinhalte hinaus in persönlicher Abhängigkeit für die Beklagte tätig war, erschließt sich der Kammer nicht. Der Kläger behauptet zwar, dem totalen Weisungsrecht der Beklagten unterlegen zu haben, ein konkreter Vortrag hierzu ist jedoch nicht ersichtlich. Dass der Kläger etwa, neben der Ableistung der aufgrund der Abrede der Parteien zu leistenden Unterrichtsstunden weitere Nebenarbeiten zu erbringen hatte, wie z.B. die Beteiligung an Prüfungen, Teilnahme an Konferenzen, Abhaltung von Sprechstunden, Pausenaufsichten und die Durchführung von Wandertagen und Schulreisen (vgl. BAG, Urteil v. 29.05.2002, 5 AZR 161/01) ist nicht feststellbar. Der Kläger stand demnach der Beklagten nur für die Ableistung der Unterrichtsstunden zur Verfügung, was typisch für ein freies Mitarbeiterverhältnis ist. Auch die Tatsache, dass der Kläger seinen Urlaub in der unterrichtsfreien Zeit zu nehmen hatte, besagt nichts über seinen Status. Wenn der Kläger für Unterricht eingeplant war, hatte er diesen eben auch abzuleisten, dies ist auch für einen freien Mitarbeiter zwingend. Dieser kann ebenfalls nicht nach Gutdünken seiner Unterrichtsverpflichtung fernbleiben. Maßgeblich ist nach alledem der Wille der Parteien, die Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als freies Mitarbeiterverhältnis zu gestalten.

Ist nach dem Vorstehenden davon auszugehen, dass der Kläger bei der Beklagten im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses tätig war, war der Rechtsstreit im Hinblick auf die Höhe des Streitwerts, die Parteien streiten um die Frage der Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung gemäß § 626 BGB, von Amts wegen an das gemäß § 23 GVG zuständige Landgericht Dortmund zu verweisen (§ 48 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 17a Abs. 2 GVG).

■ Arbeitsgericht Dortmund

vom 07.09.2006, 4 Ca 2554/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,

Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

115. Betriebsnachfolge, Übertragung durch Rechtsgeschäft, § 613 BGB

Ein Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft liegt nicht vor, wenn nach dem Tod eines Bezirksschornsteinfegermeister dessen Kehrbezirk durch Hoheitsakt auf einen Nachfolger übertragen wird. Stellt dieser Arbeitnehmer des Vorgängers

Allgemeines Vertragsrecht

ein, sind die zurückgelegten Vordienstzeiten nicht bei der Berechnung einer Kündigungsfrist zu berücksichtigen.

- Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 01.06.2006, 4 Sa 260/06, Revision nicht zugelassen

116. Unwirksamkeit einer Vertragsstrafe in einem Lizenzspielervertrag, §§ 318 IV, 307 Abs. 1 S. 2, 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Eine Vertragsstrafenregelung in einem Lizenzspielervertrag, wonach bei Verstößen des Spielers gegen Vertragspflichten als Vertragsstrafe ein Verweis, ein Ausschluss von Clubveranstaltungen sowie Geldbußen bis zur Höhe von einem Monatsgehalt – auch nebeneinander – festgesetzt werden können, verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und stellt darüber hinaus eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

- Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 01.03.2006, 4 Sa 1568/05, Revision nicht zugelassen

117. Fachtierarzt, Eingruppierung

Ein Facharzt für Fleischhygiene und Schlachthofwesen, der als amtlicher Tierarzt im Sachgebiet Fleischhygiene eingesetzt wird, übt nur dann eine entsprechende Tätigkeit eines Fachtierarztes i.S.d. Vergütungsgruppe I a Fallgruppe 8 BAT aus, wenn die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zwingend verlangt, dass der Angestellte sein fachtierärztliches Wissen einsetzt (a.A. LAG Niedersachsen Urt. v. 29.06.1999 – 7 Sa 2324/98 E – EzBAT B 4 VergGr I a Nr. 7).

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 11.05.2006, 4 Sa 1949/05 E, Revision zugelassen

118. Änderungsvertrag, § 2 KSchG, § 242 BGB Art. 3 I GG

1. Biete der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung zu veränderten Bedingungen (Lehrtätigkeit mit reduzierter Stundenzahl) in Form eines Formulararbeitsvertrages an, anstatt eine notwendige Änderungskündigung zu erklären, die der Arbeitnehmer unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen kann, liegt darin selbst dann kein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn der Arbeitnehmer zuvor zu erkennen gegeben hat, er werde ein konkretes Änderungsangebot unter Vorbehalt annehmen. Unterzeichnet er den Vertrag, kommt dieser unbedingt und vorbehaltlos zustande.
2. Zur Frage der Eingruppierung von Pädagogischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nach dem Runderlass des MK Niedersachsen vom 18.05.2005.

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 29.05.2006, 5 Sa 511/05 E, Revision teilweise zugelassen

119. Entgeltfortzahlung, Mehrarbeitsvergütung, leistungsorientierte Zusatzvergütung, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1a EFZG

Bei der leistungsorientierten Zusatzvergütung nach der Betriebsvereinbarung über leistungsorientierte Zusatzvergütung des TÜV Nord (BV ZuV) handelt es sich nicht um eine Mehrarbeitsvergütung, die nach § 4 Abs. 1a EFZG bei der Entgeltfortzahlung unberücksichtigt bleiben kann.

- Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 16.01.2006, 5 Sa 765/05, Revision zugelassen

120. Vorgezogene Altersgrenze, Pensionierung, § 41 BetriebsVG

Für die Annahme der Vereinbarung einer vorgezogenen festen Altersgrenze genügt es, dass in der Versorgungszusage als weitere Voraussetzung neben dem Erreichen des Mindestalters (hier: 60 Jahre) eine zusätzliche Vereinbarung der Parteien (Pensionierung, Aufhebungsvertrag) festgelegt wird.

- Landesarbeitsgericht Köln vom 06.07.2006, 5 Sa 1480/05, Revision zugelassen

121. Zahlungsverzug des Arbeitgebers, Steuerschaden beim Arbeitnehmer, Berechnung bei gemeinschaftlicher Veranlagung von Eheleuten, Gesamtschuld, §§ 284, 286, 426 BGB a.F.

1. Steuernachzahlungen, die eine Arbeitnehmerin deshalb leisten muss, weil sich der Arbeitgeber in Zahlungsverzug befand und Vergütungszahlungen rechtswidrig und schuldhaft verspätet vorgenommen hat, sind vom Arbeitgeber im Wege des Schadensersatzes zu erstatten.
2. Wird die Arbeitnehmerin mit ihrem Mann gemeinschaftlich veranlagt, kann ein Steuerschaden bei ihr nur anteilig (hier: zur Hälfte) entstehen.

- Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 02.03.2006, 5 Sa 1634/05, Revision zugelassen

122. Unbezahlter Urlaub, Arbeitszeitreduzierung, Annahmeverzug, §§ 133, 307, 611, 615, 619 BGB

1. Eine zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer bei erwartetem Auftragsmangel in Zukunft bezahlten oder unbezahlten Urlaub einbringen werde, ist unwirksam, wenn Anlass und Menge der möglichen Arbeitszeitreduzierung nicht näher konkretisiert sind. Eine solche Vereinbarung würde das „Wirtschaftsrisiko“, das nach § 615 BGB grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen hat, einseitig auf den Arbeitnehmer verlagern.
2. Wird der Arbeitnehmer anlässlich der Erstellung der Abrechnung gefragt, ob die Zeiten der Nichtleistung als bezahlter Erholungsurlaub oder als unbezahlter Urlaub behandelt werden sollten, kann die Wahl des unbezahlten Urlaubs nicht als rechtswirksamer Verzicht auf entstandene Annahmeverzugsansprüche interpretiert werden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 30.05.2006, 6 Sa 111/06, Revision nicht zugelassen

123. Betriebsübergang, Notariat, § 613a BGB

Das von mehreren Notaren betriebene Notariat kann beim Ausscheiden eines Mitgliedes als Betrieb auf den neu bestellten Notar i.S.d. § 613a BGB übergehen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 06.10.2005, 6 Sa 461/05, Revision zugelassen

124. Entgeltüberzahlung, Beweislast, streitige Monatsstundenzahl, Stundenzettel, §§ 611, 812, 818 Abs. 3 BGB

1. Erteilt der Arbeitgeber Abrechnungen und zahlt er Entgelt aus, ist er darlegungs- und beweispflichtig für Überzahlungen auch dann, wenn der Arbeitnehmer entgegen den arbeitsrechtlichen Bestimmungen keine abgezeichneten Stundenzettel eingereicht hatte.

2. Enthält der Anstellungsvertrag keine Stundenzahl und rechnet der Arbeitgeber in den ersten beiden Monaten mit 223 bzw. 185 Stunden ab, kann der Arbeitnehmer bis zu einem entsprechend deutlichen Hinweis des Arbeitgebers weiterhin entsprechend viele geleistete Arbeitsstunden vergütet verlangen (hier: Einsatz in einem Fremdbetrieb).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 16.01.2006, 6 Sa 961/04, Revision nicht zugelassen

125. Versorgungszusage, Übergang, Rentnergesellschaft, § 4 BetrAVG, § 613a BGB, §§ 22, 132, 133, 134 UmwG

Der Übergang von Versorgungsverbindlichkeiten bei der Abspaltung von Unternehmensteilen nach dem Umwandlungsgesetz ist nicht von der Zustimmung der Versorgungsberechtigten und/oder des Pensions-Sicherungs-Vereins abhängig (im Anschluss an BAG v. 22.02.2005 – 3 AZR 499/03 (A)).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 08.12.2005, 6 Sa 1149/05, Revision zugelassen

126. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag bedarf die Aufhebung eines vertraglichen Wettbewerbsverbots einer besonderen Vereinbarung. Auf die Karenzentschädigung braucht sich der Arbeitnehmer eine gezahlte Betriebsrente nicht anrechnen lassen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 26.01.2005, 6 Sa 1306/04 B, Revision teilweise zugelassen

127. Betriebsteilübergang, Prozessvergleich mit Betriebsveräußerer, § 613a Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 265 Abs. 2 S. 1, 256 Abs. 1, 259, 533 Nr. 2 ZPO

1. Werden in einem Unternehmen mit zahlreichen Filialen zunächst ein Großteil davon geschlossen und die nach einer Sozialauswahl verbliebenen Arbeitnehmer auf die restlichen Filialen verteilt, so werden von einem Übergang dieser Filialen

auf einen Erwerber auch die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer erfasst, deren Arbeitsverhältnis nicht wirksam gekündigt worden ist oder bei denen die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen war.

2. Ein Arbeitnehmer, der mit dem kündigenden Veräußerer des Betriebs im Kündigungsschutzprozess die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu einem nach dem Betriebsübergang liegenden Zeitpunkt vereinbart, ist gehindert, gegenüber dem Erwerber einen Fortbestand über diesen Tag hinaus geltend zu machen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 06.01.2006, 6 Sa 2021/05, Revision zugelassen

128. Gleichstellungsabrede, Tarifkonkurrenz bei Betriebssteilübergang, Geschäftsgrundlage, §§ 157, 313 Abs. 1, 613a Abs. 1 BGB, §§ 4 Abs. 3, 5 Abs. 4 TVG, § 112 Abs. 1 S. 4 BetrVG

1. Eine sog. Gleichstellungsabrede ist nicht dahin auszulegen, dass sie im Falle eines Tarifwechsels gemäß § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB jedenfalls dann ihre Richtung auf die für den Arbeitnehmer einschlägigen Tarifverträge ändern soll, wenn auch die nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer aufgrund Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 Abs. 4 TVG an diese Tarifverträge gebunden werden.

2. Das Zusammentreffen einer infolge Betriebsteilübergangs gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB statisch fortgeltenden Gleichstellungsabrede mit einem das Arbeitsverhältnis nunmehr auch aufgrund Allgemeinverbindlichkeit erfassenden Tarifvertrag ist nicht nach den Grundsätzen der Tarifkonkurrenz, sondern gemäß § 4 Abs. 3 TVG zu behandeln.

3. Die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB werden für eine Gleichstellungsabrede nicht dadurch erfüllt, dass ein Betriebsteil beim Erwerber unter den Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fällt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 31.03.2006, 6 Sa 2262/05, Revision zugelassen

129. Gesamtversorgung, Eingriff in die Anpassungsdynamik, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Zweckverfehlung, Äquivalenzstörung, Gesamtrentenfortschreibung, Sozialversicherungsrente, Beamtenbesoldung, Gesetzesänderungen, § 313 BGB, § 1 BetrAVG

1. Auch nach der Änderung der Rechtsprechung d. BAG zum Widerrufgrund der wirtschaftlichen Notlage kommen die im allgemeinen Zivilrecht anerkannten Anwendungsfälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage weiterhin auch im Betriebsrentenrecht in Betracht.

2. Wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines Gesamtversorgungssystems eine Betriebsrente zusagt, die die Lücke zwischen der Sozialversicherungsrente und einer an den jeweils aktuellen Bezügen der Beamtenbesoldung orientierten Richtgröße schließen soll, so hat er vertraglich das Risiko übernom-

Allgemeines Vertragsrecht

men, welches darin besteht, dass die wirtschaftliche Belastung aus der Rentenzusage aufgrund der Dynamik der Eckgrößen Schwankungen unterliegt.

3. Abgesehen von extremen Ausnahmefällen sind bei vertraglicher Risikoübernahme Rechte aus einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auch bei erheblichen Kostensteigerungen grundsätzlich ausgeschlossen. Bei der Würdigung einer real eingetretenen Mehrbelastung zu einem bestimmten Stichtag dürfen im Übrigen auch unvorhergesehene Minderbelastungen aus der Vergangenheit nicht außer Acht gelassen werden.

4. Zwar kann auch eine gänzlich unvorhersehbare gravierende Änderung der Gesetzeslage zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Für die Erteilung einer Versorgungszusage erscheint es jedoch geradezu typisch, dass deren wirtschaftliche Auswirkungen erst Jahrzehnte später einzutreten pflegen. Bei derart langen Zeiträumen können Gesetzesänderungen, die sich negativ auf die wirtschaftliche Belastung durch die Betriebsrentenzusagen auswirken, realistischlicherweise kaum als unvorhersehbar gewertet werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 03.08.2005, 7 (4) Sa 1523/04, Revision zugelassen

130. (Teil-)Betriebsübergang, Konstruktionsabteilung

Ein (Teil-)Betriebsübergang der Konstruktionsabteilung einer Maschinenfabrik liegt nicht vor, wenn von der vierköpfigen Abteilung nur zwei Konstrukteure sukzessive zu einem neuen Arbeitgeber wechseln und dort in eine schon bestehende 15-köpfige Konstruktionsabteilung eingegliedert werden, während der bisherige Abteilungsleiter und ein weiterer Konstrukteur beim bisherigen Arbeitgeber verbleiben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich der neue Arbeitgeber bewusst das Know-how der beiden übernommenen Konstrukteure auf einem bestimmten Geschäftsfeld zunutze machen will.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 07.09.2005, 7 (9) Sa 425/04, Revision nicht zugelassen

131. Wettbewerbsverbot, außerordentliche Kündigung, Auskunftsanspruch, §§ 60, 74c HGB, §§ 139, 305, 307, 622, 629 BGB

1. Auch für den Arbeitnehmer gilt, dass eine auf Arbeitsvertragsverstöße des Arbeitgebers gestützte außerordentliche Kündigung in der Regel eine vorherige vergebliche Abmahnung voraussetzt.

2. Haben die Parteien in ihrem Arbeitsvertrag ein sechsmoatiges nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart und treffen sie während des Arbeitsverhältnisses eine Vereinbarung über eine Verlängerung der Laufzeit, die sich jedoch als formunwirksam erweist, so besteht das Wettbewerbsverbot mit der ursprünglich vereinbarten Laufzeit fort.

3. Zur inhaltlichen Reichweite eines Wettbewerbsverbots.

4. Der Auskunftsanspruch nach § 74c) Abs. 2 HGB stellt einen Hilfsanspruch dar, der es einem zur Zahlung von Karen-

zentschädigung verpflichteten Arbeitgeber ermöglichen soll, seine in § 74c) Abs. 1 HGB normierten Anrechnungsrechte zu verwirklichen. Der Auskunftsanspruch wird somit nur dann fällig, wenn der Arbeitgeber überhaupt mit einer Forderung auf Zahlung von Karenzentschädigung konfrontiert wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 08.06.2005, 7 Sa 679/04, Revision nicht zugelassen

132. Berechnung der Urlaubsvergütung, Tarifauflegung, regelmäßige Arbeitszeit, Durchschnittslohn, § 11 BUrlG, § 14 RTV Gebäudereinigerhandwerk

1. Es bleibt unentschieden, ob eine Vereinbarung wirksam ist, nach der ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung einer Reinigungskraft nicht besteht, wenn in den Schulferien in den Reinigungsobjekten der Arbeitsprozess ruht.

2. Diese Zeiten ohne Arbeitsleistung und Vergütung sind jedenfalls nicht bei der Berechnung der Urlaubsvergütung auf der Basis der regelmäßigen Arbeitszeit und des Durchschnittslohnes der letzten 12 Monate zu Lasten der Reinigungskraft zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 11.05.2006, 7 Sa 1077/05, Revision zugelassen

133. Arbeitnehmerhaftung, Bankangestellter, Abmahnung, Jahressonderzahlung, Gesamtschuldner, §§ 421, 611, 619a BGB

1. Zahlt ein Bankangestellter unter grobfahrlässiger Verletzung einschlägiger interner Sicherheitsvorschriften Kontogelder an einen Nichtberechtigten aus, so haftet er seinem Arbeitgeber für den Schaden, der dadurch entsteht, dass dieser der geschädigten Kontoinhaberin Ersatz leistet.

2. In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer nicht verlangen, dass sich die Bank vorrangig an den kriminellen Hauptschädiger hält.

3. Hat ein Arbeitnehmer eine berechtigte Abmahnung erhalten und führt dies der betrieblichen Übung entsprechend dazu, dass er keine Jahressonderzahlung erhält, so kann er einen Anspruch auf die Jahressonderzahlung nicht aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz herleiten mit dem Argument, bestimmte andere Arbeitnehmer hätten ebenfalls eine Abmahnung verdient gehabt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 03.08.2005, 7 Sa 1459/04, Revision nicht zugelassen

134. Einstweilige Verfügung, Auswahlverfahren, Konkurrentenklage, kirchliche Arbeitsverhältnisse, Art. 33 Abs. 2, 140 GG, Art. 137 WRV, §§ 935, 940 ZPO

1. Art. 33 Abs. 2 GG ist auf privatrechtliche Anstellungsverhältnisse im kirchlichen Dienst (hier: Lehrer an kirchlicher Privatschule) nicht anwendbar.

2. Die Klage eines Arbeitnehmers außerhalb des öffentlichen Dienstes, mit der er einen Anspruch auf eine ausgeschriebene Beförderungsstelle verfolgt, erledigt sich nicht ohne weiteres dadurch, dass der Arbeitgeber die Stelle anderweitig vergibt.

Der aus dem Beamtenrecht stammende Grundsatz der sog. Ämterstabilität kann auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse außerhalb des öffentlichen Dienstes nicht erstreckt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23.01.2006, 7 Ta 26/06

135. Betriebsübergang, Übergang der Leitungsmacht, wirtschaftliche Neugründung durch Verwendung einer VorratsGmbH (persönliche Haftung des Geschäftsführers), § 613a BGB, §§ 7, 11 GmbHG

1. Bei der Beurteilung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, sind auch solche Gebäude, Maschinen, Werkzeuge oder Einrichtungsgegenstände als sächliche Betriebsmittel zuzurechnen, die nicht im Eigentum des Betriebsinhabers stehen, sondern die dieser zur Erfüllung seiner Betriebszwecke einsetzen kann. Maßgeblich ist die Weiterführung der Geschäftstätigkeit durch diejenige Person, die für den Betrieb als Inhaber „verantwortlich“ zeichnet.

2. Betriebsinhaber ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt. Dabei ist es unerheblich, dass das zugrunde liegende Rechtsgeschäft unwirksam ist und der Gewinn an einen anderen abgeführt wird. Die wirtschaftliche Leitung sagt nichts über die Betriebsinhaberschaft aus. Betriebsinhaber ist derjenige, der den Betrieb in eigenem Namen und nach außen hin erkennbar führt.

3. Das Fehlen einer eigenwirtschaftlichen Nutzung der überlassenen Betriebsmittel steht auch dann nicht entgegen, wenn das Eigentum an den Betriebsmitteln bis zuletzt bei dem Insolvenzverwalter verbleibt.

4. Bei der Verwendung eines gebrauchten GmbH-Mantels oder einer Vorrats-GmbH sind die Gründungsvorschriften des GmbH-Rechts dann analog anzuwenden, wenn der GmbH-Mantel „leer“, dass heißt mit keinem Unternehmen ausgestattet ist. Hierbei spielt es keine Rolle, ob dieser Zustand schon von Anfang an besteht oder erst im Laufe der Zeit eingetreten ist. Die erstmalige oder auch neue Ausstattung des Mantels mit einem Unternehmen ist gleichermaßen als wirtschaftliche Neugründung zu qualifizieren und den Gründungsvorschriften unterstellt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 17.07.2006, 8 Sa 174/06, Revision eingelegt unter 8 AZR 917/06

136. Insolvenz, Verschleppung, Haftung Geschäftsführer, Schaden, § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG

1. Verletzt der Geschäftsführer einer GmbH die ihm nach § 64 Abs. 1 GmbHG obliegende Pflicht, innerhalb von spätestens 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, kann der Gläubiger der GmbH den ihm kausal durch die Verzögerung der Antragstellerin entstandenen Schaden vom Geschäftsführer ersetzt verlangen, da die genannte Norm ein Schutzgesetz im Sinne

des § 823 Abs. 2 BGB darstellt. Dieser Schadensersatzanspruch beschränkt sich grundsätzlich auf den so genannten Quotenschaden, der sich bei einem Vergleich der Befriedensquote bei rechtzeitiger Antragstellung und der verspäteten ergibt.

2. Weitergehend haben allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit dem Urteil vom 09.06.1994 – II ZR 292/91 – (BB 1994, 1657) die so genannten Neu-Gläubiger, die ihre Forderung gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen – nicht durch den Quotenschaden „begrenzten“ – Schadens, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind. Zu ersetzen ist in diesem Fall das so genannte negative Interesse also der Vertrauens- nicht aber der Erfüllungsschaden. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

3. Neugläubiger im Sinne von vorstehend 2. sind auch Arbeitnehmer mit ihren Ansprüchen auf das geschuldete Arbeitsentgelt für die Zeit nach dem Zeitpunkt zu dem der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätte gestellt werden müssen.

4. Zwar ist denkbar, dass der zu ersetzende Vertrauensschaden in gleicher Höhe entsteht, wie der ausgefallene Vergütungsanspruch. Voraussetzung hierfür wäre jedoch, dass der Arbeitnehmer bei Kenntnis der Insolvenzzreife nicht nur das Arbeitsverhältnis mit der insolventen Gemeinschuldnerin nicht weitergeführt hätte, sondern darüber hinaus, dass er für den gleichen Zeitraum für den er mit seinem Anspruch auf Arbeitsentgelt ausgefallen ist, ein anderes Arbeitsverhältnis begründet und in diesem einen Lohnanspruch in mindest gleicher Höhe erworben hätte.

5. Eine Lebenserfahrung dahingehend, dass jeder Arbeitnehmer sofort einen anderen Arbeitgeber findet und dort Vergütung in mindest gleicher Höhe erhält, gibt es nicht. Eine Erleichterung der Darlegung aufgrund entsprechender Vermutung ist daher nicht in Betracht zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 07.07.2003 – II ZR 241/02 – DB 2003, 2117).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 26.07.2006, 8 Sa 1660/05, Revision nicht zugelassen

137. Außendienstmitarbeiter, Direktionsrecht, Kündigung, Beleidigung, § 1 Abs. 2 KSchG

1. Der Arbeitgeber kann berechtigt sein, einem Außendienstmitarbeiter im Wege des Direktionsrechts einen anderen Verkaufsbezirk zuzuweisen.

2. Die mehrfache Verweigerung des Grußes gegenüber dem Arbeitgeber nach dessen vorherigem Gruß stellt keine – grobe – Beleidigung dar, die zum Ausspruch einer Kündigung berechtigen könnte oder jedenfalls einen Auflösungsantrag begründet.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 29.11.2005, 9 (7) Sa 657/05, Revision nicht zugelassen

138. Befristung eines Arbeitsverhältnisses, Sachgrund, vorübergehender betrieblicher Bedarf, § 14 Abs. 1 Ziff. 1 TzBfG

Ein nur vorübergehender betrieblicher Bedarf an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers im Sinne des § 14 Abs. 1 Ziff. 1 TzBfG liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer für eine dauerhafte Tätigkeit (hier: Flugzeugabfertigung) befristet bis zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit eines von ihm zur Verbesserung der Rentabilität gegründeten Arbeitnehmerverleihunternehmens beschäftigt mit der Absicht, ihn zu veranlassen, einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmerverleiher abzuschließen, um ihn sodann zu entleihen und unverändert mit der bisherigen Tätigkeit weiterhin zu betrauen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 04.10.2005, 9 (8) Sa 392/05, Revision zugelassen

139. Arbeitnehmerbegriff, Stand in Verbrauchermarkt

Wer aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages die Leitung eines Zeitschriftenstandes und einer Lottoannahmestelle in einem Verbrauchermarkt übernimmt, ist nicht Arbeitnehmer, wenn er nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist, sondern Personal einstellen und entlassen darf, das nach seinen Weisungen tätig wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.01.2006, 9 (11) Sa 891/05, Revision nicht zugelassen

140. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern – Verwirkung eines Rechtsverhältnisses, Art. 10, § 10 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG, § 242 BGB

1. Soweit ein Überlassen von Arbeitnehmern im Konzernbereich vor der ausdrücklichen Klarstellung durch den Gesetzgeber im Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 als nicht erlaubnispflichtig nach dem AÜG angesehen wurde, wurde dies damit begründet, es fehle bei der konzerntypischen „gelegentlichen entgeltlichen Überlassung von Arbeitskräften an andere Konzerngesellschaften“ an dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit.

2. Der zunächst entliehene und zu einem späteren Zeitpunkt vom Entleihereingestellte Arbeitnehmer verwirkt nicht das Recht, im Zusammenhang mit Betriebsrentenansprüchen die Begründung des Arbeitsverhältnisses zu einem früheren Zeitpunkt kraft Fiktion nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG geltend zu machen, wenn er bei der Abrechnung der Vergütungsansprüche und der Jubiläumszuwendungen hingenommen hat, dass von einem Bestand des Arbeitsverhältnisses erst ab der Einstellung ausgegangen worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20.09.2005, 9 Sa 110/05, Revision zugelassen

141. Verlängerung der Arbeitszeit und Höhe der Vergütung, §§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, 9 TzBfG

1. Ein auf Herbeiführung einer Verlängerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit gerichteter Klageantrag ist unzulässig, wenn die Parteien auch über die Höhe der für die verlängerte Arbeitszeit geschuldeten Vergütung streiten, Gegenstand des Klageantrages aber nur die Dauer der Arbeitszeit ist (im Anschluss an BGH, Urteil v. 18.11.1993, NJW-RR 1994, S. 317).

2. § 9 TzBfG enthält ein Vorzugsrecht bei der Besetzung freier Vollzeitarbeitsplätze. Aus der Regelung ergibt sich keine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Vergütung für das Vollzeitverhältnis auf der Basis der für das Teilzeitarbeitsverhältnis getroffenen Vereinbarungen (hier: Anwendung tarifvertraglicher Regelungen) zu gewähren. Eine solche Verpflichtung besteht ggf. nach anderen Regelungen, z.B. §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG oder dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 11.08.2006, 9 Sa 172/06, Revision zugelassen

142. Betriebliche Altersversorgung, Störung der Geschäftsgrundlage, Zweckverfehlung, Äquivalenzstörung, § 313 Abs. 1 BGB

1. Sinn einer Gesamtversorgungszusage ist es, dem Betriebsrentner eine bestimmte Versorgungshöhe zu garantieren, nicht aber, einen Gleichlauf zwischen der Erhöhung der Vergütung der aktiven Mitarbeiter und der Steigerung der Betriebsrenten zu erreichen.

2. Bei einer vertragsimmanenten Risikoübernahme (hier: höherer prozentualer Anstieg der Vergütung der aktiven Arbeitnehmer als der Renten aus der gesetzlichen Sozialversicherung) kann eine nachträgliche Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur in Betracht kommen, wenn durch Umstände außerhalb des Einfluss- und Risikobereichs des Schuldners ein so krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht, dass ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht mehr zumutbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18.10.2005, 9 Sa 215/05, Revision zugelassen

143. Auflösungsantrag, Arbeitsverhältnis, § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG

Ein Auflösungsantrag des Arbeitgebers kann begründet sein, wenn sich der Arbeitnehmer Arbeitsanweisungen widersetzt hat, deshalb gekündigt worden ist und während des Kündigungsrechtsstreits mit einer Beschäftigungsklage geltend macht, er dürfe aus gesundheitlichen Gründen generell nur noch mit bestimmten Tätigkeiten betraut werden, ohne dass dies sich aus den von ihm vorgelegten ärztlichen Bescheinigungen ergibt.

Allgemeines Vertragsrecht

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15.11.2005, 9 Sa 487/05, Revision nicht zugelassen

144. Annahmeverzug, Leiharbeiter, §§ 615 S. 1, 296 S. 1 BGB

Im Leiharbeitsverhältnis tritt Annahmeverzug ein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach beendetem Arbeitseinsatz keine neue Arbeit zuweist. Anderes kann nur gelten, wenn der Arbeitgeber Arbeit hat und diese zuweisen will, der Arbeitnehmer aber nicht erreichbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 29.11.2005, 9 Sa 659/05, Revision nicht zugelassen

145. Betriebsübergang, Steuerberatungspraxis, § 613a BGB

Bei einer Steuerberaterpraxis gehören die Mandantenverträge zu den wesentlichen immateriellen Betriebsmitteln.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13.12.2005, 9 Sa 744/05, Revision nicht zugelassen

146. Entgeltfortzahlung, Verschulden, Tätlichkeit, § 3 Abs. 1 EFZG

1. Ob bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, die auf eine Verletzung bei einer Schlägerei oder Tätlichkeit zurückzuführen ist, ein Eigenverschulden des Arbeitnehmers vorliegt und deshalb kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Abs. 1 S. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (Anschluss an BAG, Urt. v. 13.11.1974 – 5 AZR 54/74).

2. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass die Teilnahme an einer Schlägerei in der Regel selbstverschuldet ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14.02.2006, 9 Sa 1303/05, Revision nicht zugelassen

147. Schadensersatz wegen Entzug einer Verdienstmöglichkeit, §§ 280 Abs. 1, 315, 317, 612 BGB

1. Der Arbeitgeber – hier: ein Krankenhausträger – kann sich arbeitsvertraglich in zulässiger Weise verpflichten, dem Arbeitnehmer – hier: einem Oberarzt – zusätzliche Einnahmemöglichkeiten zu verschaffen – hier: Beteiligung an den Liquidationseinnahmen aus Wahlleistungen.

2. Verletzt der Arbeitgeber diese Pflicht, dann schuldet er dem Arbeitnehmer nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Vorschriften Schadensersatz, wobei hinsichtlich der Schadenshöhe u. U. (auch) auf die §§ 315 und 317 BGB Bedacht zu nehmen sein kann.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 09.11.2005, 10 Sa 212/05, Revision nicht zugelassen

148. Barber-Urteil, Umsetzung, Auslegung Gesamtzusage, Art. 141 EG

1. Zur Berechnung einer Betriebsrente unter Beachtung der Entscheidung des EuGH vom 17.05.1990 (Rs-C 262/88, AP Nr. 20 zu Art. 119 EWG-Vertrag-Barber).

2. Eine in Form einer Gesamtzusage erteilte Versorgungsordnung verpflichtet den Arbeitgeber nur dann dazu, die auf die Betriebsrenten entfallenden gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge zu tragen, wenn sich ein entsprechender Verpflichtungswille der Versorgungsordnung eindeutig entnehmen lässt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 13.01.2006, 10 Sa 1115/05 B, Revision nicht zugelassen

149. Annahmeverzug, eingeschränkte Leistungsfähigkeit, §§ 297, 611, 615 BGB, § 81 IV SGB IX

Zur Frage des Annahmeverzuges bei eingeschränkter Leistungsfähigkeit eines schwerbehinderten Menschen im ungekündigten Arbeitsverhältnis.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 22.09.2005, 10 Sa 1241/04, Revision nicht zugelassen

150. Änderung Versorgungsordnung, § 1 BetrAVG Ablösung

Art und Umfang des Eingriffs in Versorgungsanwartschaften, die sich aus einer in einer Betriebsvereinbarung enthaltenen Rentenzusage mit monatlicher Rentenleistung ergeben, durch eine mittels Betriebsvereinbarung erfolgte Umstellung auf Kapitalleistungen sind ausschließlich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Vertrauensschutz zu messen mit der Folge, dass die konkrete Änderung der Versorgungsordnung eine angemessene Reaktion auf einen bestimmten sachlichen Grund darstellen muss (im Anschluss an BAG, Urt. v. 21.11.2000 – 3 AZR 91/00 – EzA § 1 BetrAVG Ablösung Nr. 26).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 02.02.2006, 11 (7) Sa 687/05, Revision zugelassen

151. Bestand Arbeitsverhältnis, § 4 S. 1 KSchG, §§ 611 Abs. 1, 615 S. 1 BGB, §§ 322 Abs. 1, 311 Abs. 1 S. 1 ZPO

Auch wenn der gegen einen falschen Arbeitgeber erhobenen Kündigungsschutzklage (§ 4 Satz 1 KSchG) durch rechtskräftiges Versäumnisurteil (§ 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO i.V.m. § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG) stattgegeben worden ist, kann dieser „Arbeitgeber“ in einem gegen ihn geführten Prozess wegen Annahmeverzugslohns (§ 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 615 Satz 1 BGB) für die Zeit nach Zugang einer außerordentlichen Kündigung auch unter Zugrundelegung der sog. erweiterten punktuellen Streitgegenstandstheorie des BAG (z.B. BAG, Urt. v. 25.03.2004 – 2 AZR 399/03 – EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 4 m.w.N.) einwenden, es habe zwischen den Prozessparteien kein Arbeitsverhältnis bestanden.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 28.09.2005, 11 (8) Sa 912/05, Revision zugelassen

152. Teilzeit, § 8 Abs. 4 TzBfG

1. Die Entscheidung einer Bank, im Interesse der Kunden-
nähe in Zukunft auf allen Arbeitsplätzen mit Kundenkontakt
den Teilzeitbegehren der Mitarbeiter nicht mehr stattzuge-
ben, stellt allein keinen entgegenstehenden „betrieblichen
Grund“ i.S.d. § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG dar.

2. Je näher das behauptete unternehmerische Konzept an
die Entscheidung, keine Teilzeitbeschäftigung zuzulassen,
heranrückt, umso höher sind die Anforderungen an die
Darlegung dieses Konzepts.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 03.02.2006, 11 (13) Sa 1246/05, Revision nicht zugelassen

153. Leistungsfähigkeit, Annahmeverzug, §§ 297, 615 BGB

Fehlt einem Flugteilnehmer das Flugtauglichkeitszeugnis,
kommt der Arbeitgeber auch nach Ausspruch einer un-
wirksamen Kündigung nicht in Annahmeverzug, da der
Arbeitnehmer nicht leistungsfähig i.S.d. § 297 BGB ist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 31.08.2006, 11 Sa 323/06, Revision nicht zugelassen

**154. Betriebliche Altersversorgung, Insolvenz, Vorruhe-
stand, §§ 7, 16 Abs. 1 S. 1 BetrAVG**

Unter „Vorruhestandsregelung“ i.S.d. § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG
sind nur solche Regelungen zu verstehen, die sich im Rahmen
des inzwischen außer Kraft getretenen Vorruhestandsgesetzes
bewegen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 11.11.2005, 11 Sa 787/05, Revision nicht zugelassen

155. Herausgabe, Auto, Hausrat, §§ 861, 1361a BGB

§ 1361a BGB (Hausratverteilung bei Getrenntleben) gilt nur
zwischen Ehegatten.

Verlangt eine GmbH ein als Geschäftswagen überlassenes
Auto heraus, so kann sich die Schuldnerin gegen diesen
Herausgabeanspruch nicht auf § 1361a BGB berufen. Das
gilt selbst dann, wenn der getrennt lebende Ehegatte der
Schuldnerin Alleingesellschafter der GmbH ist und das Auto
nur aufgrund eines formalen Arbeitsverhältnisses überlassen
wurde, das nie zur Durchführung gelangt ist und das nur
aus steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Gründen
begründet worden war.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 24.03.2006, 11 Sa 811/05, Revision nicht zugelassen

**156. Urlaubsabgeltungsanspruch, Freistellung, Übertra-
gung**

Die den Annahmeverzug begründende Freistellung eines Ar-
beitnehmers von der Arbeitsleistung begründet weder einen
Übertragungstatbestand gemäß § 7 II S. 2 BUrlG noch macht
sie ihn entbehrlich.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 11.07.2006, 12 Sa 1648/05, Revision nicht zugelassen

**157. Befristungskontrollklage, Befristungskontrolle, sach-
licher Grund, §§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2, 17, 22 TzBfG**

1. Der Sachgrund des § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TzBfG kann eine
Befristungsdauer von zwei Jahren rechtfertigen.

2. Der Wirksamkeit der Befristung steht nichts entgegen,
wenn diese Befristungsdauer von zwei Jahren zwar von vorn-
herein vorgesehen, aber nicht in einem Vertrag vereinbart,
sondern auf drei unmittelbar aufeinander folgende Verträge
aufgeteilt worden ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 13.06.2006, 13 Sa 124/06, Revision zugelassen

**158. Hinweispflicht des Arbeitgebers, Aufhebungsvertrag,
Schadensersatz, § 242 BGB**

Der Arbeitgeber ist vor Abschluss eines Aufhebungsvertrages
mit einer sich im Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitneh-
merin, auf deren Initiative der Aufhebungsvertrag zustande
kommt und die durch einen Fachanwalt für Arbeitsrecht ver-
treten wird, nicht verpflichtet darauf hinzuweisen, dass die
Arbeitnehmerin mangels anwartschaftsbegründender Zeiten
möglicherweise kein Arbeitslosengeld erhalten wird.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 13.01.2006, 13 Sa 1957/05

159. Gegenläufige betriebliche Übung, § 242 BGB

1. Ist ein Anspruch auf Bezahlung von Pausenzeiten durch
betriebliche Übung begründet worden, kann er durch eine
gegenläufige betriebliche Übung wieder beseitigt werden (im
Anschluss an BAG, Urteil vom 24.11.2004 -10 AZR 202/04).

2. Ein Widerspruch gegen eine solche, gegenläufige betrieb-
liche Übung ist bei monatlicher Gewährung bzw. Nichtgewäh-
rung der Leistungen jedenfalls nicht mehr rechtzeitig, wenn er
erst mehr als ein Jahr nach der Änderung erhoben wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29.05.2006, 14 (12) Sa 56/06, Revision nicht zugelassen

160. Arbeitgeberwechsel, §§ 613a, 623 BGB

1. Planen die Parteien eines Arbeitsvertrages einen Arbeit-
geberwechsel dergestalt, dass ein neuer Arbeitgeber an die
Stelle des alten treten soll, ohne dass ein bisher vom alten
Arbeitgeber geführter Betrieb als betriebliche Einheit auf den
neuen Arbeitgeber übergehen soll, liegt kein Betriebsüber-
gang im Sinne des § 613a BGB vor.

2. Ein Arbeitgeberwechsel setzt hinsichtlich der Beendigung
des Arbeitsverhältnisses zum alten Arbeitgeber voraus, dass
die Beendigung des alten Arbeitsvertrages gemäß § 623 BGB
schriftlich erfolgt.

3. Ein Arbeitnehmer handelt nicht treuwidrig im Sinne des
§ 242 BGB, wenn er sich auf die fehlende Schriftform beruft,

Allgemeines Vertragsrecht

nachdem er einige Zeit unter Leitung des neuen Arbeitgebers gearbeitet hat, aber zu Beginn deutlich gemacht hat, er wünsche eine diesbezügliche Ergänzung seines schriftlichen Arbeitsvertrages.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.06.2006, 14 Sa 250/06, Revision nicht zugelassen

161. Arbeitnehmer, freie Mitarbeit, Vergütungsvereinbarung

1. Die Parteien streiten um Zahlungsansprüche. Seit dem 27.04.2004 ist der Kläger bei dem Beklagten tätig. Nach §§ 1, 2 des „Vertrag über freie Mitarbeit“ ist Gegenstand des Vertrages die Regelung aller im Zusammenhang mit der selbständigen Tätigkeit des freien Mitarbeiters für die Firma stehenden Angelegenheiten, wobei Vertragsinhalt die selbstständige Tätigkeit des freien Mitarbeiters als Verkäufer mittels des patentrechtlich geschützten Bratwurstbauchladens für die Firma ist. Nach § 5 des Vertrages erhält der freie Mitarbeiter für seine Tätigkeit ein Tageshonorar in Höhe von € 50,00 netto. Wegen der genauen Einzelheiten wird auf Bl. 4, 5 der Akte verwiesen.

2. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist zulässig. Ob sich die Zulässigkeit des beschriebenen Rechtsweges zu den Gerichten für Arbeitssachen schon allein aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG ergibt, musste nicht entschieden werden, obwohl nach Ansicht der Kammer hierfür vieles spricht, weil der Kläger Arbeitnehmer sein dürfte. Jedenfalls ergibt sich eine Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen aus §§ 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ArbGG. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 ArbGG gelten als Arbeitnehmer auch sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind. Unter arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige zu verstehen. An die Stelle der das Arbeitsverhältnis prägenden persönlichen Abhängigkeit tritt die wirtschaftliche Abhängigkeit, wobei die wirtschaftliche Abhängigkeit regelmäßig gegeben ist, wenn der Betroffene auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Dienstleistung zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist. Insbesondere bei der Tätigkeit für einen Auftraggeber kann das der Fall sein. Weiterhin wird eine gewisse Dauerbeziehung vorausgesetzt. Der Beschäftigte muss zudem seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein. Dies ist dann gegeben, 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 soziologischen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind (BAG, Urteil vom 17.01.2006, AZ: 9 AZR 61/05).

Gemessen hieran ist der Kläger zumindest als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. Er bezieht seine wirtschaftliche Existenzgrundlage von der Tätigkeit für den Beklagten. Es besteht auch die geforderte Dauerbeziehung. Zudem ist der

Kläger seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig. Zwischen der Tätigkeit des Klägers als angeblich Selbständiger und der Tätigkeit als Arbeitnehmer besteht kein Unterschied. Angesichts des Umfangs der Tätigkeit (im März 2006 an 20 Tagen) sowie der Arbeitszeit hätte die Tätigkeit genauso als Arbeitnehmer ausgeübt werden können. Zudem beschäftigt der Beklagte selbst Arbeitnehmer. Deren Tätigkeit unterscheidet sich nicht von der des Klägers.

Die Klage ist überwiegend begründet.

3. Die Klage ist unbegründet, sofern der Kläger für den 25.09.2006, 06.11.2005, 27.11.2005, 24.12.2005 und 31.12.2005 über die schon gezahlten 30,00 EUR jeweils weitere 20,00 EUR, also insgesamt 100,00 EUR, fordert.

Zwar erhält der Kläger für seine Tätigkeit ein Tageshonorar in Höhe von 50,00 EUR netto, wobei im Vertrag nicht definiert ist, in welchem zeitlichen Umfang der Kläger seine Tätigkeit erbringen muss, um das volle Tageshonorar zu erhalten. Jedenfalls haben die Parteien die Vergütung (auch) für die streitgegenständlichen Tage auf 30,00 EUR herabgesetzt.

An den streitgegenständlichen Tagen war der Kläger in einem geringeren zeitlichen Umfang als sonst tätig. Ausweislich seines eigenen Vertrages war er überwiegend in einem zeitlichen Umfang von 10 Stunden täglich tätig gewesen. Ausweislich seiner eigenen Zeitaufstellung für die streitgegenständlichen Tage war der Kläger zwischen sechs und acht Stunden tätig, also in einem geringeren zeitlichen Umfang als sonst. Ausweislich des übereinstimmenden Vertrags in der mündlichen Verhandlung vom 26.09.2006 ist dem Kläger mitgeteilt worden, dass für die gekürzten Tage nur 30,00 EUR bezahlt werden, dann sei dies für den Kläger ohne Nachfrage erledigt gewesen. Daraus ergibt sich, dass eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Verringerung der Vergütung für Tage, an denen verkürzt gearbeitet wird, vorliegt. Wenn – so wie vom Kläger vorgetragen – der Kläger auf den Hinweis, für verkürzte Tage werde weniger gezahlt, nicht mehr nachfragt, weil dies für ihn erledigt gewesen sei, kann dies nur so verstanden werden, dass der Kläger damit einverstanden gewesen ist. Auf einen Zugang der Annahmeerklärung kann hierbei nach § 151 BGB verzichtet werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Angebot durch widerspruchslöse Fortsetzung der Tätigkeit angenommen werden kann, wenn die Vertragsänderung sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt (BAG NZA 2005, 349, 351).

■ Arbeitsgericht Leipzig
vom 26.09.2006, 16 Ca 2541/06
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig,
Tel: 0341/984620, Fax: 0341/9846224
leipzig@eisenbeis-reinhardt.de, www.eisenbeis-reinhardt.de

Kündigungsschutzrecht

162. Tantiemeanspruch bei pflichtwidrig unterlassener Zielvorgabe, §§ 162 Abs. 1, 315 Abs. 3 BGB

1. Sieht der Arbeitsvertrag vor, dass bei Erreichen bestimmter Ziele an den Arbeitnehmer eine Tantieme gezahlt wird und dass die zu erreichenden Ziele einseitig von dem Arbeitgeber vorgegeben und festgelegt werden und unterlässt der Arbeitgeber dann pflichtwidrig im Bezugszeitraum die Zielvorgabe und vereitelt damit die Zielerreichung durch den Arbeitnehmer, ist in entsprechender Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB der Bedingungseintritt, nämlich die Zielerreichung zu fingieren. Dem Arbeitnehmer steht dann der Erfüllungsanspruch auf die vertraglich geregelte Tantieme zu.

2. Der entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB steht die Regelung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB in diesen Fällen nicht entgegen. Über § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB könnte lediglich die Zielvorgabe als solche ersetzt werden. Damit wird aber nicht die Frage beantwortet, ob der Arbeitnehmer die Ziele bei rechtzeitig im Bezugszeitraum erfolgter Vorgabe auch erreicht hätte.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 28.07.2006, 17 Sa 465/06, Revision zugelassen

163. Privatnutzung Dienst-PKW

Im Rahmen der Vertragsfreiheit (§ 105 GewO) kann für die Privatnutzung eines Dienstfahrzeuges ein Entgelt vereinbart werden (vgl. *Schaub*, Arbeitsrechthandbuch, 11. Aufl., § 68 Rz 6). Die Gestaltung der Dienstwagennutzung für private Zwecke allein führt lediglich zu einer Erhöhung der Bruttovergütung (vgl. *ErfK/Preis*, § 611 Rz 658 ff.), nicht aber automatisch dazu, dass der Nutzungswert nach der lohnsteuerrechtlichen Vorteilsermittlung durch den Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zu erstatten ist.

■ Landesarbeitsgericht Hamm
vom 31.05.2006, 18 Sa 2337/05
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

Kündigungsschutzrecht**164. Verhaltensbedingte Kündigung, bürgerunfreundliches Verhalten im öffentlichen Dienst**

Ohne Zweifel obliegen dem im öffentlichen Dienst beschäftigten Angestellten besondere Pflichten im Umfang mit dem Publikum. Angestellte im öffentlichen Dienst müssen nicht nur sachlich und fachlich kompetent handeln, sondern auch gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern freundlich, hilfsbereit und zuvorkommend auftreten. Diese Verpflichtungen ergeben sich nicht nur aus dem Leitbild einer bürgerfreundlichen Verwaltung, sondern obliegen jedem einzelnen Mitarbeiter im öffentlichen Dienst als vertragliche Nebenpflicht. Hartnäckige

Vertragspflichtverletzungen rechtfertigen grundsätzlich nach vorheriger Abmahnung auch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines im öffentlichen Dienst stehenden Arbeitnehmers.

■ Arbeitsgericht Iserlohn
vom 24.01.2007, 1 Ca 1692/06
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

165. Arbeitszeitbetrug, Betriebsratsanhörung

1. Die Kündigung scheidet nicht an § 102 BetrVG. Die Beklagte hat den bei ihr gebildeten Betriebsrat ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung angehört. Der Kläger verkennet, dass an die Mitteilungspflicht im Anhörungsverfahren nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an die Darlegungslast des Arbeitgebers im Prozess. Zudem gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“, d.h. der Betriebsrat ist immer dann ordnungsgemäß angehört worden, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat. Hinsichtlich dieser Umstände genügt es andererseits in der Regel nicht, dass der Arbeitgeber sie nur pauschal, schlagwort- oder stichwortartig vorträgt oder bloße Werturteile mitteilt. Der für die Kündigung maßgebende Sachverhalt ist vielmehr so zu umschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden (vgl. BAG, Urt. v. 15. November 1995 – 2 AZR 974/94 – in EZA BetrVG 1972 § 102 Nr. 89). Diesen Anforderungen genügt die von der Beklagten vorgenommene Anhörung des Betriebsrats. Den für ihren Kündigungsentschluss maßgebenden Sachverhalt hat die Beklagte in ihrem Anhörungsschreiben vom 3. August 2006 ausreichend dargelegt, indem sie die aus ihrer Sicht festgestellten Verfehlungen des Klägers bei der Dokumentation der Arbeitszeit am 1. und 2. August 2006 und seine Einlassung dazu geschildert hat. Entgegen der Ansicht des Klägers führt es nicht zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung, dass die Beklagte dem Betriebsrat gegenüber nach Darlegung der für sie tragenden Umstände pauschal behauptet, entsprechende Recherchen hätten ergeben, dass der Arbeitszeitbetrug in den vorangegangenen Wochen fortgesetzt erfolgte, während sie im Prozess lediglich von einem Verdacht des Arbeitszeitbetrugs auch schon vor dem 1. August 2006 ausgeht.

Der pauschale Hinweis auf einen Arbeitszeitbetrug schon in den Wochen vor dem 1. August 2006 kann zwar isoliert betrachtet den Eindruck vermitteln, dass für die Beklagte ein derart strafrechtlich erhebliches Fehlverhalten des Klägers feststeht. Aus dem Zusammenhang des Anhörungsschreibens ergibt sich jedoch, dass der Hinweis auf fortlaufenden Arbeitszeitbetrug schon vor dem 1. August 2006 eine für die Beurteilung der Wirksamkeit des Anhörungsverfahrens unschädliche

Kündigungsschutzrecht

falsche rechtliche Einordnung ist. Aus dem Einleitungsabsatz des Anhörungsverfahrens und aus der dargestellten „Nichteinlassung“ des Klägers zu seinen beruflichen Aktivitäten in den Morgenstunden der Woche vor dem 1. August 2006 war auch für den Betriebsrat erkennbar, dass bei der Beklagten lediglich der Verdacht eines schon vorangegangenen Arbeitszeitbetrugs bestand, der sie in ihrem Entschluss bestärkte, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos zu kündigen.

2. Die von der Kammer als erwiesen erachteten Arbeitszeitmanipulationen des Klägers durch die wissentlich unterlassene Dokumentation privater Abwesenheitszeiten am 1. und 2. August 2006 rechtfertigen die außerordentliche Kündigung der Beklagten auch aus dem Blickwinkel der nach § 626 Abs. 1 BGB gebotenen Interessenabwägung. Die Kammer folgt der Auffassung der Beklagten, dass ihr Interesse an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses höher zu bewerten ist als das Bestandsinteresse des Klägers, der noch keine überaus lange Betriebszugehörigkeit aufweist, keine Unterhaltspflichten hat und dem der Arbeitsmarkt angesichts seines Lebensalters von 41 Jahren nach Einschätzung des Gerichts noch nicht verschlossen ist. Bei der Bewertung der Interessenlage zugunsten der Beklagten gewinnt auch der Umstand an Bedeutung, dass der Kläger, wie dem Betriebsrat in dem Anhörungsschreiben mitgeteilt, nicht in der Lage war, seine beruflichen Aktivitäten nach den jeweiligen Kommensbuchungen in den Morgenstunden der Woche vor dem 1. August 2006 darzustellen. Dieser Umstand bestärkt den bei der Beklagten entstandenen Vertrauensverlust, der es ihr unzumutbar macht, das Arbeitsverhältnis auch nur noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen, zumal der Kläger gegenüber seinem Vorgesetzten x und der Personalreferentin x unstreitig gemeint hat, irgendwie müsse man ja auf seine Sollarbeitszeit kommen.

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main

vom 20.11.2006, 1 Ca 5687/06

eingereicht von Rechtsanwalt Axel Weber, Hansaallee 30-32, 60322 Frankfurt am Main, Tel: 069/747490, Fax: 069/74749100 frankfurt@schmalzlegal.com, www.schmalzlegal.com

166. Bühnenschiedsgerichtsbarkeit, Nichtverlängerungsmittteilung, Delegation der Entscheidung über die Nichtverlängerung

1. Das Bühnenschiedsgericht hat seinen Spruch damit begründet, dass der Intendant M. seine Entscheidung über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses nicht auf den Ballettmeister W. übertragen habe. Aus dem von M. unterzeichneten Schreiben vom 25.06.2002 ergebe sich, dass er bereits im Vorjahr das Vertragsverhältnis mit der Klägerin aus künstlerischen Gründen nicht habe fortsetzen wollen. Der Ausspruch der Nichtverlängerung sei seinerzeit aus sozialen Gründen unterblieben. In diesem Zusammenhang sei die Aussage des als Zeugen vernommenen Ballettmeisters W. zu sehen, M. habe ihm „freie Hand“ gelassen. Nichts spräche dafür, dass der Intendant in der Zwischenzeit seine Meinung geändert habe.

M. sei jedoch offensichtlich bereit gewesen, das Vertragsverhältnis fortzusetzen, wenn W. sich dafür ausgesprochen hätte. Da dies nicht geschehen sei, sei es bei der von M. bereits im Juni 2002 angekündigten Entscheidung verblieben.

2. Mit diesem Verständnis hat das Bühnenschiedsgericht nicht § 96 Abs. 4 NV Bühne – SR Tanz verletzt. Auch wenn diese Tarifnorm verlangt, dass der Arbeitgeber bzw. dessen zuständiger Vertreter, hier der Intendant, die Entscheidung über die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses trifft, begegnet es keinen Bedenken, wenn er sich dabei von anderen Mitarbeitern beraten lässt und ihren Vorschlägen ohne weiteres folgt. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich – wie hier – nicht um eine hochrangige Personalie handelt, der beratende Mitarbeiter als Vorgesetzter mit demjenigen, über den entschieden werden soll, zusammenarbeiten muss, und der Arbeitgebervertreter als Anwesender bei dem Personalgespräch dessen Ablauf beobachten kann. Es widerspricht jeglicher Lebenswirklichkeit anzunehmen, in einer solchen Situation habe der Arbeitgebervertreter die Personalentscheidung auf einen Untergebenen übertragen. Vielmehr hat er dann der Sache nach nichts anderes getan als den Vorschlag seines untergebenen Mitarbeiters – ohne weitere Anmerkungen – zu billigen. Diese im Arbeitsleben alltägliche Billigung eines Vorschlags eines unmittelbaren Vorgesetzten, dem man vertraut und dessen Personalgespräch man selbst beobachtet hat, stellt die letztendliche Entscheidung des höherrangigen Arbeitgebervertreters und keinesfalls eine Delegation der Entscheidungsbefugnis dar, und zwar auch dann, wenn der Arbeitgebervertreter wegen des Fehlens außergewöhnlicher Umstände bereit ist, jedem Vorschlag des Untergebenen zu folgen.

3. Diesem Rechtsverständnis folgt die Beweiswürdigung des Bühnenschiedsgerichts. Das Gericht hat dabei nicht gegen allgemein gültige Denkgesetze verstoßen. Zutreffenderweise hat es die Worte des als Zeugen vernommenen Ballettmeisters W. nicht – wie die Klägerin – isoliert „auf die Goldwaage gelegt“. Die Aussage von W. muss im Zusammenhang einer hierarchisch strukturierten Arbeitswelt gesehen werden. Die „freie Hand“ hatte W. bei dem Anhörungsgespräch nur, weil der ihm vorgesetzte Arbeitgebervertreter sie ihm gelassen hat. Der Intendant hat damit seine Entscheidungsbefugnis nicht abgegeben, weil er bei dem Personalgespräch anwesend war und jederzeit – z.B. bei einem aus seiner Sicht unsachgemäßen Ablauf – eingreifen konnte.

Das Bühnenschiedsgericht hat entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht dadurch gegen allgemein gültige Denkgesetze verstoßen, dass es bei der Beweiswürdigung auf das vorherige Anhörungsgespräch aus dem Jahr 2002 und das Schreiben des Intendanten vom 25.06.2002 zurückgegriffen hat. Darin hat M. in aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass für ihn schon damals eine Nichtverlängerung des Arbeitsverhältnisses nahe lag. Auch wenn das Anhörungsgespräch jedes Jahr stattfindet, zwingt dies den Intendanten nicht, die gesamte (künstlerische) Entwicklung

des Arbeitsverhältnisses der Klägerin in der Vergangenheit zu vergessen. M. hat schlicht an seiner Absicht, eine für die Klägerin negative Entscheidung zu treffen, festgehalten, weil aus seiner Sicht weder eine Leistungssteigerung der Klägerin erkennbar war noch der Ballettmeister W. für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses votierte.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.10.2006, 1 Sa 612/06

167. Druckkündigung, § 626 BGB

Die Voraussetzungen des § 626 BGB liegen indes vor.

Gemäß § 626 BGB kann ein Arbeitsverhältnis dann von einer Arbeitsvertragspartei gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist.

Solche Tatsachen liegen hier vor. Die Kündigung ist nämlich unter dem Gesichtspunkt der Druckkündigung gerechtfertigt. Eine Druckkündigung, die sowohl als außerordentliche, fristlose als auch als ordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann, liegt dann vor, wenn z.B. die Belegschaft oder „Kunden“ (hier die Kinder/Eltern) unter Drohung von Kündigung oder Abbruch der Geschäftsbeziehung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem bestimmten Arbeitnehmer (hier der Klägerin), verlangen.

(Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, KR/Fischermeier, 7. Aufl., § 626 BGB, Rz 204).

Eine solche Kündigung kann – gerade – dann gerechtfertigt ausgesprochen werden, wenn keine Gründe vorliegen, die eine personen- oder verhaltenbedingte Kündigung zu rechtfertigen vermögen. (KR/Fischermeier, a.a.O., § 626 BGB Rz 205). Hier liegen die Voraussetzungen für eine – gerechtfertigte – Druckkündigung vor. Nach dem die Klägerin im ersten Kündigungsschutzprozess (in dem die Beklagte sich zur Begründung auf vermeintliches Fehlverhalten der Klägerin berief) obsiegt hatte, drohten massiver Weise sowohl zumindest das Gros der beschäftigten Erzieherinnen des Kindergartens mit einer Kündigung, als auch Eltern mit Abmeldungen ihrer Kinder aus dem Kindergarten.

Auch stellte sich eine Vielzahl von Eltern (laut Unterschriftenliste ca. 55) gegen eine Weiterbeschäftigung der Klägerin als Kindergartenleiterin. Solch massive Drohungen sind grundsätzlich geeignet eine Druckkündigung zu rechtfertigen.

Zwar wendet die Klägerin insofern zu Recht ein, der Arbeitgeber müsse sich grundsätzlich schützend vor seinen Arbeitnehmer stellen.

Vorliegend ist hier nicht erkennbar, in welcher Art und Weise sich der beklagte Verein noch weiter schützend vor die Klägerin hätte stellen können.

Der beklagte Verein hatte, nachdem er aufgrund von Be-

schwerden zunächst eine verhaltenbedingte Kündigung ausgesprochen hatte, das klagestattgebende Urteil in diesem Verfahren hingenommen und eine Weiterbeschäftigung der Klägerin beabsichtigt. Zuvor vorgenommene „Vermittlungsversuche“ die sogar durch eine externe Konfliktberaterin vorgenommen worden waren, hatten zu keiner Besserung der Situation geführt. Da von Seiten der Klägerin keinerlei Bemühungen oder Bereitschaft erkennbar sind, die durch ihre Weiterbeschäftigung dem Verein drohenden Nachteile zu mildern und dem beklagten Verein aufgrund der wiederholten Drohungen von Eltern und anderen Erzieherinnen erhebliche Nachteile drohten, vermag das Gericht nicht zu erkennen, dass und in welcher Weise der beklagte Verein sich noch weiter schützend vor die Klägerin hätte stellen können. Zu bedenken ist insofern auch, dass die Konflikte zwischen der Klägerin und ihren Mitarbeiterinnen und zumindest einer Vielzahl der Eltern schon längere Zeit andauerten und dem Verein neben einer dauerhaften weiteren Rufschädigung auch erhebliche Konsequenzen drohten.

Der beklagte Verein hatte daher nur die Wahl, entweder die Klägerin zu entlassen oder schwere wirtschaftliche Nachteile durch dauerhafte Rufschädigung (Abkehr von Eltern und anderen Beschäftigten) hinzunehmen. Hierzu war der beklagte Verein unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nicht länger verpflichtet.

Die Kündigung ist daher grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Druckkündigung gerechtfertigt.

Die Klägerin kann auch nicht einwenden, die Kündigung sei unwirksam, weil der beklagte Verein bereits im vorangegangenen Verfahren vorgetragen hatte, die andere Mitarbeiterinnen wollten mit ihr nicht mehr zusammenarbeiten, schon deshalb nicht, weil der beklagte Verein mit der beabsichtigten Weiterbeschäftigung sich schützend vor die Klägerin stellen wollte und daraufhin der massive Druck einsetzte.

Dem beklagten Verein war auch nicht zuzumuten das Arbeitsverhältnis auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen, da massive Drohungen seitens der Mitarbeiter und Elternschaft vorlagen und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für ein weiteres halbes Jahr (Kündigungsfrist der Klägerin) zu einer erheblichen Eskalation der Lage geführt hatte. Insofern ist dem beklagten Verein auch unter Berücksichtigung der Interessen der Klägerin eine Weiterbeschäftigung der Klägerin auch nur bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar gewesen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn
vom 20.02.2007, 2 (1) Ca 1030/06, Berufung zum OLG Hamm eingelegt

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

Kündigungsschutzrecht

168. Erklärungsfrist, § 626 II BGB, Zustimmung Integrationsamt

I. I. Die Vorschrift des § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX verdrängt die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht. Mit dem bestandskräftigen, zustimmenden Verwaltungsakt des Integrationsamtes steht auch nicht etwa zugleich fest, dass die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB gewahrt ist. Von den Gerichten für Arbeitssachen ist die Einhaltung der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB eigenständig zu prüfen.¹ Gemäß § 91 Abs. 1 SGB IX i.V.m. § 85 SGB IX bedarf die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Menschen durch den Arbeitgeber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen beantragt werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt (§ 91 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB IX). Die zunächst vom Senat vertretene Auffassung, § 91 Abs. 2 SGB IX (ehemals § 18 Abs. 2 SchwbG 1979 bzw. § 21 Abs. 2 SchwbG 1986) wandle die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB ab, indem an die Stelle des Ausspruchs der Kündigung die fristgerechte Einreichung des Zustimmungsantrags bei der Hauptfürsorgestelle – nunmehr: Integrationsamt – trete (Urt. v. 22. Januar 1987 – 2ABR 6/86 – BAGE 55, 9, 12), ist in der Entscheidung vom 15. November 2001 aufgegeben worden (- 2 AZR 380/00 – BAGE 99, 358, 365; nachfolgend 7. November 2002 – 2 AZR 475/01 – BAGE 103, 277, 286). Damit ist klar gestellt worden, dass § 626 Abs. 2 BGB nicht durch die Regelung des § 18 Abs. 2 SchwbG 1979 (nachfolgend § 21 Abs. 2 SchwbG 1986 bzw. § 91 Abs. 2 SGB IX) verdrängt wird. Nur wenn die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nach Erteilung der Zustimmung durch das Integrationsamt bereits abgelaufen ist, will § 91 Abs. 5 SGB IX dem Umstand Rechnung tragen, dass es dem Arbeitgeber regelmäßig nicht möglich ist, bis zum Ablauf der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen (Senat, Urt. v. 7. November 2002 – 2AZR 475/01 – BAGE 103, 277, 286; Urt. v. 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 – AP SGB IX § 91 Nr. 4 = EZA SGB IX § 91 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Die Fristen des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX bestehen somit selbständig nebeneinander und verdrängen einander nicht gegenseitig (so auch *Düwell* in LPK-SGBIX § 91 Rn 9, 12; *HaKo/Griebeling*, 2. Aufl., § 626 BGB Rn 132; *ders.* in *Hauck/Noftz*, SGB IX, Stand November 2005, § 91 Rn 5, 8a; *Braasch* in *Neumann*, Handbuch SGB IX, § 19 Rn 193; *Fenski*, BB 2001, 570, 571; *Joussen*, DB 2002, 2162, 2163; im Ergebnis so wohl auch *GK-SchwB/Steinbrück*, 2. Aufl., § 21 Rn 40; aA *ErfK/Müller-Glöge*, 6. Aufl., § 626 BGB Rn 289).

2. Mit der eigenständigen Prüfung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB durch die Gerichte für Arbeitssachen ist keine Aussage über die verwaltungsrechtliche Frage ver-

bunden, ob § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX als Voraussetzung einer wirksamen Zustimmung des Integrationsamtes eingehalten ist.

a) Richtig ist, dass die Einhaltung der Frist des § 91 Abs. 2 SGB IX allein der Prüfungskompetenz der Integrationsämter unterfällt und im Falle der Anfechtung den Verwaltungsgerichten. An deren Entscheidung sind alle anderen Behörden und Gerichte wegen der so genannten Tatbestandswirkung (vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl., § 43 Rn 18 f.; *Knack*, VwVfG, 8. Aufl., § 43 Rn 17 f.) gebunden, sofern die Entscheidung nicht ausnahmsweise nichtig ist (Senat, Urt. v. 11. Mai 2000 – 2 AZR 276/99 – BAGE 94, 313, 323; Urt. v. 17. Februar 1977 – 2 AZR 687/75 – BAGE 29, 17, 25; BVerwG, Urt. v. 2. Mai 1996 – 5 B 186/95 – Buchholz 436.61 SchwbG § 21 Nr. 7; *KR-Etzel*, 7. Aufl., § 91 SGB IX Rn 10; *ErfK/Rolfs*, 6. Aufl., § 91 SGB IX Rn 4 und § 85 SGB IX Rn 15; *APS/Vossen*, 2. Aufl., § 91 SGB IX Rn 8; *HaKo/Griebeling*, 2. Aufl., § 626 BGB Rn 132; *ders.*, in: *Hauck/Noftz*, SGB IX, Stand November 2005, § 91 Rn 8a; *KDZ/Zwanziger*, KSChR, 6. Aufl., § 91 SGB IX Rn 5; *MünchKommBGB/Hesse*, 4. Aufl., vor § 620 Rn 256; *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, 11. Aufl., § 91 Rn 17; *Düwell*, in: *LPK-SGB IX § 91 Rn 12*; *GK-SGB IX/Steinbrück*, Stand November 2005, § 91 Rn 309; aA *LAG Köln*, Urt. v. 4. August 2003 – 2 Sa 400/03 – LAGE SGB IX § 91 Nr. 1: § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX stelle eine materielle arbeitsrechtliche Frist dar, deren Einhaltung im arbeitsgerichtlichen Verfahren überprüft werden könne). Soweit die Arbeitsgerichte die Einhaltung der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung prüfen, steht nicht die Wirksamkeit des zustimmenden Verwaltungsaktes zur Kontrolle an. Die Überprüfung, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, insbesondere ob das Integrationsamt das Einhalten der Ausschlussfrist des § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX zu Recht bejahte, wird durch die Prüfung der Ausschlussfrist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB durch die Arbeitsgerichte nicht berührt (so auch *Hauck/Noftz/Griebeling*, SGB IX Stand November 2005, § 91 Rn 8a; *Fenski*, BB 2001, 570, 571; *Joussen*, DB 2002, 2162, 2163).

b) Anders wäre es nur dann, wenn der zustimmenden Entscheidung des Integrationsamtes nicht nur Tatbestandswirkung, sondern auch Feststellungswirkung zukäme. Auf Grund der Tatbestandswirkung haben alle Behörden und Gerichte die Tatsache, dass ein Verwaltungsakt ergangen ist, und die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung oder Feststellung auch weiteren Entscheidungen zugrunde zulegen, d.h. ohne dass sie die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nochmals überprüfen dürften oder müssten. Die Tatbestandswirkung entspricht deshalb hinsichtlich der damit verbundenen Bindungswirkung im Wesentlichen der von gerichtlichen Urteilen (*Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl., § 43 Rn 19, 22). Bei einer zustimmenden Entscheidung nach §§ 85, 91 SGB IX ist daher die Erteilung der Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung von der Tatbestandswirkung umfasst. Eine Feststellungswirkung, d.h. eine Bindung an die dem Verwaltungsakt zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen oder die Be-

urteilung vorgreiflicher Inzidentfragen, ist dem Verwaltungsakt dagegen in der Regel nicht eigen (vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl., § 43 Rn 26; *Knack*, VwVfG, 8. Aufl., § 43 Rn 22). Es bedarf vielmehr besonderer gesetzlicher Vorschriften, die diese Feststellungswirkung anordnen (BVerwG, Urt. v. 16. Oktober 1969 – IC 20.66- BVerwGE 34, 90 zu § 15 BVFG aF; 11. Juli 1985 – 7 C 44/83 – BVerwGE 72, 8 zu § 3 SchwbG 1979). § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX beinhaltet jedoch keine solche Regelung dahin. Das folgt aus der vom Gesetz vorgegebenen Zweigleisigkeit des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen. Außerdem richtet sich § 91 Abs. 2 SGB IX nicht an die Parteien des arbeitsgerichtlichen Kündigungsverfahrens, sondern an die Beteiligten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (*Fenski*, BB 2001, 570, 571; *Joussen*, DB 2002, 2162, 2163). Die zustimmende Entscheidung des Integrationsamtes beinhaltet deshalb zwar die Bejahung der Vorfrage, ob die Antragsfrist nach § 91 Abs. 2 Satz 1 SGB IX von der Beklagten eingehalten wurde. Diese Beurteilung des Integrationsamtes ist jedoch für das Arbeitsgericht bei der Prüfung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht bindend.

3. Ist die Einhaltung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB in eigener Kompetenz der Arbeitsgerichte zu prüfen, so kann die bereits eingetretene Fristversäumung nicht allein dadurch „geheilt“ werden, dass der Arbeitnehmer erst danach das Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. eine entsprechende Antragstellung mitteilt und sodann das Integrationsamt auf einen entsprechenden Antrag des Arbeitgebers die Zustimmung zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung erteilt.

a) Die Kenntnis des Arbeitgebers von der festgestellten bzw. beantragten Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers gehört zwar zu den für die positive Kenntnis nach § 91 Abs. 2 Satz 2 SGB IX und damit den Fristbeginn maßgeblichen Tatsachen (BAG, Urt. v. 14. Mai 1982 – 7 AZR 1221/79 – BAGE 39, 59; *KR-Etzel*, 7. Aufl., SGB IX § 91 Nr. 9; *APS/Vossen*, 2. Aufl., SGB IX, § 91 Nr. 7; *ErfK/Roffs*, 6. Aufl., SGB IX § 91 Rn 3; *Hauck/Noftz/Griebeling*, SGB IX, Stand November 2005, § 91 Rn 7; *Düwell*, in: LPK-SGB IX § 91 Rn 11). Hieraus folgt jedoch nicht, dass einem Arbeitgeber, der trotz vollständiger Kenntnis von den sonstigen kündigungsbegründenden Umständen innerhalb der Frist von § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB darauf nicht reagiert hat, nur deshalb über § 91 SGB IX der Weg zu einer außerordentlichen Kündigung (wieder) eröffnet wird, weil er einige Zeit nach Erlangung dieser Kenntnisse auch von der festgestellten bzw. beantragten Schwerbehinderteneigenschaft erfährt und deshalb eine neue 2-Wochen-Frist nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB zu laufen begönne. Für den Beginn der Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB ist die fehlende Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft grundsätzlich unerheblich. Soweit die Schwerbehinderung bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung – z.B. im Rahmen der Interessenabwägung oder Sozialauswahl – Berücksichtigung findet, ist die fehlende Kenntnis von der

beantragten bzw. festgestellten Schwerbehinderteneigenschaft nicht kausal dafür, dass ein Arbeitgeber trotz Kenntnis der sonstigen kündigungsbegründenden Umstände keine Kündigung ausspricht. Die Schwerbehinderung ist in aller Regel nicht Teil des „wichtigen Grundes“ nach § 626 Abs. 1 BGB.

b) Zu berücksichtigen ist auch, dass die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb begrenzter Zeit für den betroffenen Arbeitnehmer Klarheit darüber schaffen soll, ob ein Sachverhalt zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung genommen wird (Senat, Urt. v. 10. Juni 1988 – 2 AZR 25/88 – AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 27 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 2; 21. April 2005 – 2 AZR 255/04 – AP SGB IX § 91 Nr. 4 = EzA SGB IX § 91 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; *KR-Fischermeier*, 7. Aufl., § 626 BGB, Rn 312; *APS/Dörner*, 2. Aufl., § 626 BGB Rn 116; *ErfK/Müller-Glöge*, 6. Aufl., BGB, § 626 Nr. 246). Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren und würde auch eine nicht zu vertretende Schlechterstellung des schwerbehinderten Menschen darstellen, wenn dem Arbeitgeber nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB noch eine Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung nur deshalb eröffnet würde, weil er erst jetzt erfahren hat, dass der Arbeitnehmer schwerbehindert ist (*Düwell*, in: LPK-SGB IX, § 91 Rn 9, 12; *Hauck/Noftz/Griebeling*, SGB IX, Stand November 2005, § 91 Rn 7).

c) Daran ändert auch § 91 Abs. 5 SGB IX nichts. Für den Fall, dass die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nach Erteilung der Zustimmung bereits abgelaufen ist, verlangt § 91 Abs. 5 SGB IX die unverzügliche Kündigung. Damit ist klargestellt, dass nach erteilter Zustimmung keine neue Ausschlussfrist zu laufen beginnt. § 91 Abs. 5 SGB IX will ferner dem Umstand Rechnung tragen, dass es dem Arbeitgeber regelmäßig nicht möglich ist, bis zum Ablauf der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB bei einem schwerbehinderten Menschen auch noch die Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen (Senat, Urt. v. 21. April 2005 – 2 AZR 255/04 – AP SGB IX § 91 Nr. 4 = EzA SGB IX § 91 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; Urt. v. 15. November 2001 – 2 AZR 380/00 – BAGE 99, 358, 365). § 91 Abs. 5 SGB IX dehnt damit zwar die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB aus (Senat, Urt. v. 27. November 2003 – 2 AZR 601/02 – AP BGB / § 626 Krankheit Nr. 11 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 1; 13. Mai 2004 – 2 AZR 36/04 – AP BGB § 626 Krankheit Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 626 Krankheit Nr. 2). Der Anwendungsbereich des § 91 Abs. 5 SGB IX ist aber gar nicht erst eröffnet, wenn die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB bereits vor Kenntnis der beantragten bzw. festgestellten Schwerbehinderung und der Antragstellung beim Integrationsamt abgelaufen war.

II. Die Kündigung vom 2. Januar 2003 ist wegen Versäumung der 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB unwirksam. Das kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 ZPO). Eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht ist nicht erforderlich, da unter Berücksichtigung des bisherigen Parteivor-

Kündigungsschutzrecht

bringens weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind (*Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl., § 75 Rn 36) und weiterer Vortrag der Parteien auch nicht zu erwarten ist. Die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte eine zuverlässige und möglichst vollständige Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen hat, die ihm die Entscheidung ermöglicht, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht (Senat, Urt. v. 21. April 2005 – 2 AZR 255/04 – AP SGBIX § 91 Nr. 4 = EzA SGBIX § 91 Nr. 1, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 17. März 2005 – 2 AZR 245/04 – EzA BGB 2002 § 626 Nr. 9; Urt. v. 5. Dezember 2002 – 2 AZR 478/01 – AP BGB § 123 Nr. 63 = EzA BGB 2002 § 123 Nr. 1; Urt. v. 28. Oktober 1971 – 2 AZR 32/71 – BAGE 23, 475; Urt. v. 6. Juni 1972 – 2 AZR 386/71 – BAGE 24, 341). Auch grob fahrlässige Unkenntnis ist insoweit ohne Bedeutung (Senat, Urt. v. 28. Oktober 1971 – 2 AZR 32/71 – a.a.O.; Urt. v. 29. Juli 1993 – 2 AZR 90/93 – AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 31 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 4; Urt. v. 15. November 1995 – 2 AZR 974/94 – AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 89; Urt. v. 31. März 1993 – 2 AZR 492/92 – BAGE 73, 42; *KR-Fischermeier*, 7. Aufl., § 626 BGB, Rn 319 m.w.N.). Der Kündigungsberechtigte, der Anhaltspunkte für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung berechtigen könnte, kann Ermittlungen anstellen und den Betroffenen anhören, ohne dass die Frist zu laufen beginnt. Um den Lauf der Frist aber nicht länger als unbedingt notwendig hinauszuschieben, muss die Anhörung innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Die Frist darf im Allgemeinen nicht mehr als eine Woche betragen (Senat, Urt. v. 10. Juni 1988 – 2 AZR 25/88 – AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 27 = EzA BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 2; Urt. v. 31. März 1993 – 2 AZR 492/92 – BAGE 73, 42; *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rn 841). Bei Vorliegen besonderer Umstände darf diese Frist auch überschritten werden. Sind die Ermittlungen danach abgeschlossen und hat der Kündigungsberechtigte eine hinreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt und von den erforderlichen Beweismitteln, so beginnt der Lauf der Ausschlussfrist.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 02.03.2006, 2 AZR 46/05

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,

Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

169. Interessenausgleich, Betriebsratsanhörung, Altersdiskriminierung durch Altersrasterung, Rüge der Vollmachtlosigkeit

1. Die Annahme des Klägers zu 3), die Anhörung des Betriebsrates zu den beabsichtigten Kündigungen sei bereits deshalb nicht ordnungsgemäß, weil dem Betriebsrat nicht

mitgeteilt worden sei, dass insgesamt Planungen zur Entlassung von 91 Mitarbeitern bestünden, teilt die Berufungskammer nicht.

Die Beklagte hat dargelegt, dass sie auf den angekündigten Rückgang der Aufträge sukzessive in der Weise hat reagieren wollen, dass sie Kündigungen jeweils dann ausspricht, wenn konkret absehbar ist, dass die Ankündigungen ihrer Kunden tatsächlich zu einem Produktionsrückgang führen. In der Anhörung des Betriebsrates vom 25.11.2005 verweist die Beklagte erkennbar auf den Interessenausgleich vom gleichen Tag. Die Beklagte hat damit dem Betriebsrat nichts Unzutreffendes mitgeteilt. Der Betriebsrat konnte daher seine Entscheidung zur beabsichtigten Kündigung der Kläger aufgrund zutreffender Tatsachen fällen.

2. Der Kläger zu 3) konnte die Kündigung nicht unter Hinweis auf fehlende Bevollmächtigung des unterzeichnenden Personalleiters zurückweisen.

Die Zurückweisung der Kündigung erfolgte mit Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers zu 3) vom 13.12.2005. Die vom Bundesarbeitsgericht genannte Frist für unverzügliches, d.h. nicht schuldhaft verzögertes Zurückweisen beträgt 14 Tage (BAG, Urt. v. 11.03.1999 – 2 AZR 427/98 = NZA 1999,818). Dem Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers zu 3) kann nicht entnommen werden, ob es vorab die Beklagte am selben Tage, per Fax erreichte. Ist das Schreiben auf dem normalen Postweg an die Beklagte gegangen, wäre die vom BAG genannte Frist knapp verstrichen. Letztlich kann aber unentschieden bleiben, ob anzunehmen ist, der Kläger habe unverzüglich gehandelt, weil er sich nicht darauf berufen kann, er habe keine Kenntnis von der Befugnis des Personalleiters gehabt, Arbeitsverhältnisse zu kündigen.

In Rechtsprechung und -literatur wird allgemein angenommen, dass ein „in Kenntnis setzen“ im Sinne von § 174 Satz 2 BGB auch konkludent geschehen kann. Wenn der unterzeichnende Vertreter eine Stellung bekleidet, mit der eine Vollmacht verbunden zu sein pflegt, die auch das konkrete einseitige Rechtsgeschäft der Kündigung erfasst, wie beispielsweise eine Kündigung durch den Leiter der Personalabteilung und der Erklärungsempfänger von der Einräumung dieser Stelle weiß, kann er sich nicht darauf berufen, eine Vollmachtsurkunde sei nicht vorgelegt worden (MüKo, BGB, 5. Auflage, § 174 Anm. 8 m.w.N.).

Die Berufungskammer hält es nicht für glaubwürdig, dass der Kläger von der Funktion des Herrn X nichts gewusst hat. Dieser hatte den Arbeitsvertrag des Klägers neben dem Operations-Manager unterzeichnet. Letzterer zeichnete „i.A.“ – mithin im Auftrag, Ersterer machte deutlich, dass er vertretungsbefugt sei. Der Zusatz „i.V.“ bedeutet nicht, dass der Unterzeichnende einen ungenannt bleibenden Personalleiter vertritt, sondern den Umstand, dass er den Arbeitgeber vertritt.

Für die Berufungskammer ist ohnehin schwer vorstellbar, dass der Kläger über fünf Jahre im Betrieb der Beklagten auf Grund-

Kündigungsschutzrecht

lage eines von Herrn X unterzeichneten Arbeitsvertrages arbeitet, ohne zu wissen, wer der Personalleiter ist.

In diesem Zusammenhang sieht die Kammer ein Indiz für die Kenntnis des Klägers darin, dass der Kläger nicht selbst bei der Beklagten vorstellig geworden ist, sondern erst seine Prozessbevollmächtigte die behaupteten Unklarheiten über die Bevollmächtigung der Unterzeichnenden gerügt hat. Für den Kläger war dies offenbar kein Problem.

3. Das Arbeitsgericht ist in seinen Entscheidungen zu Recht davon ausgegangen, dass die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 4 KSchG eingreift.

4. Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven hat in den angegriffenen Urteilen zu Recht angenommen, dass die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG eingreift und deshalb mangels entsprechendem Sachvortrag der Kläger davon auszugehen ist, dass betriebliche Gründe vorliegen, die die Kündigung sozial rechtfertigen, wenn die soziale Auswahl nicht grob fehlerhaft ist.

a) Nach dem vorgetragenen Sachverhalt hatte die Berufungskammer davon auszugehen, dass der Interessenausgleich, der die Namen der Kläger als zu kündigende Mitarbeiter enthält, ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Die Namensliste ist mit dem Interessenausgleich verbunden. Er ist vor Ausspruch der Kündigungen vereinbart worden.

b) Der Interessenausgleich ist notwendig, da die Beklagte auf Grundlage eines unternehmerischen Gesamtkonzepts entsprechend den Planvorgaben ihrer Abnehmer die Entscheidung getroffen hat, das Personal stufenweise dem zu erwartenden Rückgang der Aufträge anzupassen.

Die Beklagte hat die Abhängigkeit ihres Personalbedarfs von den Anforderungen der Automobilindustrie plausibel dargelegt. Die Kläger haben dies nicht gerügt.

Die Interessenausgleichspflichtigkeit knüpft an der unternehmerischen Gesamtplanung an. Eine jeweils isolierte Betrachtung einzelner Teilabschnitte der Umsetzung des Gesamtplanes eröffnete die Möglichkeit des Missbrauchs und wird von der Rechtsprechung und Rechtsliteratur allgemein abgelehnt (vgl. *Fitting*, BetrVG, 21. Auflage, § 111 Anm. 48 mit weiteren Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen). Der Umstand, dass der Interessenausgleich, der die Kündigungen der Kläger bedingt, nur 18 Mitarbeiter als zu Kündigende erfasst, steht daher der Vermutungswirkung nicht entgegen. Es kann nicht Sinn des § 1 Abs. 5 KSchG sein, den Arbeitgeber zu zwingen, bereits im Stadium der Planung in Bezug auf zu erwartende Umstände einen Interessenausgleich abzuschließen, der alle Eventualitäten mit einschließt. Es ist durchaus vernünftig, im Rahmen einer Gesamtplanung abzuwarten, ob die erwarteten Änderungen auch tatsächlich eintreten und jeweils bei unabweisbarem Bedarf an personellem Handeln einen Interessenausgleich anzustreben. Ein Interessenausgleich ist auch dann ein notwendiger, wenn die von ihm betroffenen Mitarbeiterzahlen die Interessenausgleichspflichtigkeit nicht begründen, er aber eingebettet ist in eine Gesamtplanung, die einen Interessenausgleich notwendig macht.

Soweit die Kläger zu 1) und 2) auf anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten im Rahmen ihrer Lohngruppe hinweisen, ist festzuhalten, dass die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG sich auch darauf erstreckt, dass keine Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung stehen, an denen sie weiterbeschäftigt werden können (vgl. *KR-Etzel*, § 1 KSchG, Anm. 307 f.).

c) Da der umstrittene Interessenausgleich ein die Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG auslösender ist, kann die sich in der Namensliste verwirklicht habende soziale Auswahl nur auf grobe Fehler hin untersucht wird. Da die Namensliste für die konkret anstehenden Kündigungen die Betriebsvereinbarung über die soziale Auswahl umgesetzt, gilt ergänzend § 1 Abs. 4 KSchG. Auch die vom Arbeitgeber und dem Betriebsrat getroffenen Festlegungen der Auswahlkriterien sind nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin zu überprüfen.

Nach den Darlegungs- und Beweisgrundsätzen im Kündigungsschutzprozess obliegt es nach § 1 Abs. 3 KSchG den Arbeitnehmern, die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl zu begründen. Dies gilt auch für § 1 Abs. 5 KSchG.

Soweit die Kläger zu 1) und 2) darauf verweisen, dass sie andere Tätigkeiten im Rahmen der Lohngruppe 6 hätten ausführen können, fehlt es an konkreten Angaben, die die Begrenzung der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer als grob fahrlässig erscheinen lässt.

Die Sozialauswahl ist auch nicht deswegen grob fehlerhaft, weil die Beklagte auf Grundlage der Betriebsvereinbarung zur sozialen Auswahl für die Beschäftigungsbereiche der Kläger ein Altersraster aufgestellt hat, das sicherstellen soll, dass die erforderlichen Personalreduzierungen alle Altersklassen gleichmäßig betreffen.

§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sieht ausdrücklich vor, dass in die soziale Auswahl nach Satz 1 des Abs. 3 Arbeitnehmer nicht einzubeziehen sind, deren Weiterbeschäftigung unter anderem zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Auch eine derartige Festlegung des Arbeitgebers, die sich in einer Namensliste auf Basis einer Betriebsvereinbarung über soziale Auswahl niederschlägt, ist nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen (vgl. *KR-Etzel*, a.a.O. Anm. 703h).

Der Sachvortrag der Kläger lässt nicht erkennen, dass das der sozialen Auswahl zugrunde liegende Altersraster nicht der Erhaltung einer ausgewogenen Personalstruktur dient, sondern deren Herstellung. Auch die von der Beklagten vorgelegten Unterlagen lassen eine entsprechende Annahme nicht zu. Die den einzelnen Altersklassen zugeordneten Beschäftigtenzahlen sind durchweg ausgewogen. Grobe Fehlerhaftigkeit kann die Berufungskammer daher nicht erkennen.

Die Berufungskammer teilt die Annahme des Klägers zu 3) nicht, die soziale Auswahl sei grob fehlerhaft, weil er durch die soziale Auswahl der Beklagten wegen seines Alters diskriminiert werde. Die Kündigung des Klägers unterliegt nicht den Regelungen des AGG, das zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht in Kraft war.

Auch nach Inkrafttreten des AGG gilt § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG

Kündigungsschutzrecht

nach wie vor. Dies bestimmt § 2 Abs. 4 AGG. Ob dies generell gilt oder ob altersdiskriminierende Maßnahmen im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes nicht gegen die Richtlinie 00/78/EG verstoßen und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben, kann jedoch im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Nach der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten und bei einem Gericht Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorliegt (Artikel 10 Abs. 1 der Richtlinie). Im vorliegenden Fall scheidet der Einwand des Klägers zu 3), er werde wegen seines Alters diskriminiert, nicht daran, dass die Beklagte hat beweisen können, dass keine Diskriminierung vorliegt, sondern daran, dass der Kläger mit seinem Verweis auf die von der Beklagten vorgenommene Altersrasterung keine Umstände vorgetragen hat, die eine Diskriminierung wegen des Alters vermuten lassen. Die bloße Einteilung der Belegschaft in weit gefasste Altersgruppen – hier 10 Jahre (zur Zulässigkeit dieses Rasters vgl. Erfurter Kommentar/*Ascheid*, 5. Auflage, § 1 KSchG, Anm. 502) – dient auf den ersten Blick dazu, Mitarbeiter nicht allein wegen ihres Alters in den Kreis der zu Kündigenden miteinzubeziehen. Die Betriebsvereinbarung kann daher als Versuch angesehen werden, die Entscheidung über den zu kündigenden Personenkreis unabhängig vom Alter zu treffen, um nicht an ein diskriminierendes Merkmal anknüpfen zu müssen, zumal die Antidiskriminierungsrichtlinie, der EU nicht nur vor Diskriminierung wegen höherem, sondern auch wegen jüngerem Lebensalters schützt. Dass die Betriebsvereinbarung über die soziale Auswahl gleichzeitig auch offenbar Interessen des Arbeitgebers dienen soll, begründet für sich allein nicht die Vermutung von Diskriminierung. Immerhin ist sich die Rechtsliteratur darüber einig, dass das im Kündigungsschutzgesetz festgelegte Merkmal des Alters im Rahmen der sozialen Auswahl wegen der veränderten Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt kein Indikator dafür ist, wie leicht oder wie schwer ein anderer Arbeitsplatz gefunden werden kann (vgl. *KR/Kriebeling*, 8. Auflage, § 1 KSchG Rn 673). Das Alter eines Arbeitnehmers ist deshalb nicht gleichzusetzen mit sozialer Schutzbedürftigkeit. Arbeitslosigkeit betrifft inzwischen alle Altersgruppen. Jüngere Arbeitnehmer können in diesem Zusammenhang für sich reklamieren, dass sie durch Arbeitslosigkeit in einer ihr weiteres Leben bestimmenden Phase des Aufbaus einer Familie besonders hart getroffen werden.

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 22.11.2006, 2 Sa 205/06
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Werner Schmalenberg
Tel: 0421/339530, Fax: 0421/326485
bremen@goehmann.de, www.goehmann.de

170. Nachgeschobene Verdachtskündigung

Bei Bekanntwerden neuer Verdachtselemente ist es nach Anhörung der Personalvertretung auch zulässig, Kündigungsgründe in das Verfahren einzuführen, die eine Verdachtskündigung begründen. Dies gilt auch dann, wenn zunächst eine Tat Kündigung ausgesprochen wurde. Eine zusätzliche Anhörung des Arbeitnehmers, der sich bereits im Ermittlungsverfahren eingelassen hat und der im Klageverfahren Stellung genommen hat, ist nicht erforderlich.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.06.2006, 2 Sa 1206/05, Revision zugelassen

171. Anfechtung, Eigenkündigung, Dauer der Ermittlungen, §§ 626 Abs. 2, 123 BGB

Ein Mitglied des Personalrats/Betriebsrats, welches an der Anhörung eines Arbeitnehmers zu einer Tat- oder Verdachtskündigung teilnimmt, ist i.d.R. Dritter i.S.d. § 123 BGB, wenn er dem Arbeitnehmer nach dem Anhörungsgespräch rät, eine Eigenkündigung auszusprechen. Besondere Umstände, z.B. eine Beauftragung zu Verhandlungen durch den Arbeitgeber hat der anfechtende Arbeitnehmer darzustellen und zu beweisen. Leugnet ein Arbeitnehmer das Erschleichen der Entgeltfortzahlung und legt er hierzu falsche ärztliche Atteste vor, beginnt die Frist des § 626 Abs. 2 BGB erst mit dem Geständnis des Arbeitnehmers.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23.01.2006, 2 Sa 1236/05, Revision nicht zugelassen

172. Insolvenz, Kündigung, Feststellungsklage, Passivlegitimation, Betriebsübergang, Betriebsstilllegung, § 256 ZPO, § 4 KSchG, § 613a BGB, § 1 Abs. 2 KSchG

1. Die nach Insolvenzeröffnung gegen die Insolvenzschuldnerin erhobene Klage macht den Insolvenzverwalter nicht zur Partei und wahrt deshalb auch nicht die Klagefrist des § 4 KSchG.

2. Führt ein Arbeitgeber ernsthafte Verhandlungen über den Verkauf des Betriebs oder von Betriebsteilen, so schließt dies das Vorliegen eines Stilllegungsbeschlusses aus.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.08.2005, 3 (8) Sa 486/05, Revision nicht zugelassen

173. Kündigung, Wettbewerbsverbot, Kündigungsschutzklage, Interessenabwägung, § 626 BGB, § 1 KSchG, §§ 60, 74 HGB

1. Ein Verstoß gegen das allgemeine Wettbewerbsverbot stellt im bestehenden Arbeitsverhältnis einen an sich zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Umstand dar.

2. Dies gilt im Grundsatz auch dann, wenn der Wettbewerbsverstoß nach erfolgter arbeitgeberseitiger Kündigung nach Ablauf der Kündigungsfrist bei gleichzeitig anhängiger Kündigungsschutzklage geschieht. Allerdings kommt wegen der in diesem Fall für den Arbeitnehmer bestehenden besonderen

Konfliktsituation den Einzelfallumständen eine herausgehobene Bedeutung zu. Hier sind insbesondere der Grad der Vorwerfbarkeit, der zeitliche Zusammenhang mit dem beendeten Arbeitsverhältnis sowie Art und Umfang der Auswirkungen der Konkurrenztaetigkeit auf den Geschäftsbetrieb des früheren Arbeitgebers zu berücksichtigen.

3. Für eine analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB fehlt es in dieser Sachverhaltskonstellation an der erforderlichen Regelungslücke.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 26.06.2006, 3 (11) Sa 81/06, Revision nicht zugelassen

174. Änderungskündigung, sofortige Zuweisung neuer Tätigkeit

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die dem Kläger angefragene Änderung der Arbeitsbedingungen an sich durch Gründe im Verhalten des Klägers, durch Gründe in seiner Person oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Denn die Kündigung ist schon deswegen sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte dem Kläger (mit Schreiben vom 26.07.2006, die Redaktion) eine Änderung der Arbeitsbedingungen zum 01.08.2006 anträgt. Sie verlangt damit von dem Kläger auf die Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist zu verzichten. Eine Änderungskündigung, die für den Beginn der geänderten Vertragsbedingungen ein Datum enthält, das vor dem Ende der Kündigungsfrist liegt, ist jedoch unwirksam (LAG Köln, Urt. v. 21.06.2002 – 11 SA 1418/01 – NZA – RR 2003, 247; Hessisches Landesarbeitsgericht, Urt. v. 13.09.2005 – 15 SA 2194/04 – Juris). Denn ein solches Änderungsangebot muss der Arbeitnehmer selbst bei einem an sich anerkennenswerten Grund zur Änderungskündigung, nicht billigerweise hinnehmen.

Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass der Kläger selbst eine sofortige Änderung seiner Arbeitsbedingungen gewollt habe. Denn dann hätte sich die Beklagte darauf beschränken können, dieses Angebot anzunehmen. Einer Änderungskündigung als schwerwiegenden Eingriff in das Arbeitsverhältnis hätte es nicht bedurft, sie würde in diesem Falle vielmehr gegen den das Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 08.11.2006, 3 Ca 2130/06

eingereicht von Rechtsanwalt Bernd M. Heinemann,

Bonner Straße 158-160, 53757 Sankt Augustin,

Tel: 02241/21012, Fax: 02241/21568

heinecoll@aol.com, www.heinemann-und-coll.de

Anmerkung: Die Entscheidung ist in vollem Umfang zu begrüßen. Damit scheint der Versuch, das Institut einer ordentlichen Änderungskündigung mit sofortiger Wirkung zuzulassen (*Hohenstatt/Kock*, NZA 2004, 524 ff.) erstmals in der Rechtsprechung zugewiesen worden zu sein. Angesichts fehlender Anerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs zu unveränderten Bedingungen sichert nur die starke Sanktion der

Unwirksamkeit das Rechtsschutzinteressen des Änderungsgekündigten ausreichend. (*gr*)

175. Betriebsbedingte Kündigung, Betriebsratsanhörung, § 1 Abs. 2, 3 KSchG, § 102 Abs. 1 BetrVG

Der Arbeitgeber muss im Rahmen der Betriebsratsanhörung den Kündigungsgrund so genau beschreiben, dass der Betriebsrat ohne eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen. An diese Mitteilungspflicht sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Hat der Betriebsrat anderweitig ausreichende Kenntnis vom Kündigungssachverhalt, bedarf es keiner weitergehenden Unterrichtung. Für die Wissenszurechnung gem. § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG ist dabei grundsätzlich der Kenntnisstand des Betriebsratsvorsitzenden bzw. seines Vertreters maßgeblich.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 11.01.2006, 3 Sa 19/05, Revision nicht zugelassen

176. Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes

I. Die Berufung der Beklagten ist insgesamt begründet. Der Kläger ist gemäß § 812 Abs. I S. I erste Alternative BGB verpflichtet, den mit der Widerklage geltend gemachten weiteren Betrag von 91.606,12 € an die Beklagte zu erstatten. Die entsprechenden Zahlungen standen dem Kläger nämlich nicht zu. Vielmehr handelt es sich bei dem Betrag, dessen Berechnung zwischen den Parteien, wie im Termin zur mündlichen Verhandlung am 23.06.2006 nochmals ausdrücklich klar gestellt wurde, nicht streitig ist, um den nach § 11 S. I Nr. 2 KSchG anrechenbaren hypothetischen Verdienst des Klägers. Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis nach Ausspruch einer Kündigung fort, muss sich der Arbeitnehmer nach § 11 S. I Nr. 2 KSchG auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, das anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Diese Anrechnungsvorschrift ist eine Sonderregelung im Verhältnis zu § 615 S. 2 BGB. Trotz des nicht völlig identischen Wortlauts sind die Vorschriften inhaltsgleich. Nach beiden Bestimmungen ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit zumutbar ist (BAG, Urteil vom 16.06.2004 – 5 AZR 508/03, AP 11 zu § 611 BGB Böswilligkeit = NZA 2004, 1155 m.w.N.). Eine Anrechnung kommt dabei auch in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet (BAG, Urteil vom 14.11.1985 – 2 AZR 98/84 – AP 39 zu § 615 BGB = NZA 1986, 637; BAG, Urteil vom 16.06.2004 – 5 AZR 508/03 – AP 11 zu § 611 BGB Böswilligkeit = NZA 2004, 1155).

Kündigungsschutzrecht

Ob der Kläger es böswillig unterlassen hat, eine zumutbare Arbeit aufzunehmen, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zu beurteilen. Voraussetzung ist, dass dem Arbeitnehmer die angebotene Arbeit zumutbar ist. Die Unzumutbarkeit der Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben. Sie kann in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen ihren Grund haben. Böswillig handelt dabei der Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände (Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolgen für den Arbeitgeber) vorsätzlich untätig bleibt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Die Zumutbarkeit der neuen Arbeitsbedingungen gemäß § 11 S. I Nr. 2 KSchG ist aber nicht generell schon deshalb zu bejahen, weil Änderungsschutzklage oder Kündigungsschutzklage erhoben wurde. Zwar kann der Arbeitnehmer im Falle einer Änderungsschutzklage darauf hoffen, dass die sich evtl. ergebende Vergütungsdifferenz nachgezahlt wird. Die Aussicht auf eine spätere Nachzahlung ist aber der aktuellen Bezahlung nicht gleichzusetzen (BAG, Urteil vom 16.06.2004 – 5 AZR 508/03 – AP 11 zu § 611 BGB Böswilligkeit = NZA 2004, 1155 m.w.N.). Die Zumutbarkeit der Arbeit wird auch durch die Höhe der Vergütung bestimmt. Welcher Verdienst noch zumutbar ist, hängt maßgeblich von dessen Angemessenheit im Hinblick auf die zu erbringende Arbeitsleistung ab. Zu berücksichtigen sind aber auch das Verhältnis zu dem bisherigen Verdienst, die wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers, die Lohnrückstände und das Insolvenzrisiko (BAG, Urteil vom 16.06.2004 – 5 AZR 508/03 – AP 11 zu § 611 BGB Böswilligkeit = NZA 2004, 1155 m.w.N.).¹ Nach diesen Grundsätzen muss das Arbeitsangebot der Beklagten, so wie mit der Änderungskündigung gegenüber dem Kläger ausgesprochen, insgesamt noch als zumutbar angesehen werden. Die Beklagte hat dem Kläger damit eine Tätigkeit angeboten, die einen nicht unerheblichen Ausschnitt aus seiner bisherigen Tätigkeit umfasste. Der Kläger war zwar nicht mehr Leiter einer Spielbank, die auch das „Große Spiel“ umfasste, behielt aber eine leitende Position. Die mit der Änderungskündigung vorgeschlagene Gehaltsreduzierung war allerdings erheblich. Sie korrespondiert aber mit dem veränderten Verantwortungsbereich des Klägers. Anhaltspunkte dafür, dass insoweit eine überproportionale Absenkung des Gehaltes vorgenommen worden wäre, sind nicht ersichtlich. Auch der absolute Gehaltsabsenkungsbetrag ist nicht so erheblich, als dass von einer Unzumutbarkeit ausgegangen werden könnte, zumal der Kläger immer noch ein recht erhebliches Einkommen hätte erzielen können, das jedenfalls ganz erheblich über den Ansprüchen gegenüber der Arbeitsverwaltung gelegen hätte. In diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, dass der Kläger bei einer Aufnahme der angebotenen Tätigkeit und einem späteren Obsiegen im Kündigungsschutzprozess immer noch die Möglichkeit gehabt hätte, die ihm zustehende Gehaltsdifferenz erfolgreich gegenüber der Beklagten geltend zu ma-

chen. Dieser Umstand begründet zwar für sich genommen nicht die Zumutbarkeit des Arbeitsangebotes, ist aber in die Erwägungen jedenfalls dann mit einzubeziehen, wenn keine Anzeichen dafür bestehen, dass die wirtschaftliche Situation der Beklagten besorgniserregend sein könnte, sodass den Kläger ein nicht unerhebliches Insolvenzrisiko treffen könnte. Anhaltspunkte dafür, dass aus damaliger Sicht die Befürchtung bestehen müsste, der Kläger könnte im Nachhinein ihm zustehende restliche Vergütungsansprüche auf Grund der wirtschaftlichen Lage der Beklagten nicht durchsetzen, sind nicht ersichtlich.

2. Der Kläger kann auch nicht etwa mit Erfolg geltend machen, es fehle für die Anrechnungsvorschrift des § 11 S. I Nr. 2 KSchG an einem (weiteren) ausdrücklichen Angebot zur Arbeitsaufnahme durch die Beklagte. Insoweit schließt sich die Kammer nicht der vom Arbeitsgericht vertretenen Rechtsauffassung an. Aus der Regelung in § 11 S. I Nr. 2 KSchG kann nicht gefolgert werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Fall ein Angebot des Arbeitgebers auf (vorübergehende) Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit abwarten. Vielmehr darf der Arbeitnehmer gerade nicht untätig bleiben, wenn sich ihm eine realistische Arbeitsmöglichkeit bietet. Geht es um die Arbeitsmöglichkeit bei dem bisherigen Arbeitgeber, kann der Arbeitnehmer allerdings regelmäßig abwarten, ob ihm eine zumutbare Arbeit angeboten wird. In diesem Fall ist es Sache des Arbeitgebers, eine Beschäftigung anzubieten. Eine Eigeninitiative ist dem Arbeitnehmer hier, von besonderen Umständen des Einzelfalles abgesehen, nicht zumutbar (BAG, Urteil vom 11.01.2006 – 5 AZR 98/05 – AP 113 zu § 615 BGB = NZA 2006, 314).

Spricht der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer eine Beendigungskündigung aus, so ist der Arbeitnehmer daher grundsätzlich nicht gehalten, von sich aus eine Initiative zu ergreifen mit dem Ziel, vorübergehend eine weitere Beschäftigung auch zu geänderten Arbeitsbedingungen bei seinem bisherigen Arbeitgeber zu erreichen. Anders ist die Situation jedoch im Falle einer Änderungskündigung. Hier hat der Arbeitgeber nämlich gegenüber dem Arbeitnehmer bereit ein Angebot für eine Weiterbeschäftigung wenn auch zu geänderten Arbeitsbedingungen, gemacht. Er hat damit gegenüber dem Arbeitnehmer zu Erkennen gegeben, dass er gewillt ist, ihn unter geänderten Bedingungen weiter zu beschäftigen. Wenn der Arbeitnehmer in einem solchen Fall die Änderungskündigung nicht unter Vorbehalt annimmt und keinerlei Initiative entfaltet, um bei seinem bisherigen Arbeitgeber zu den angebotenen geänderten Bedingungen weiter beschäftigt zu werden, greift die Anrechnungsregelung des § 11 S. I Nr. 2 KSchG ein (vgl. auch LAG Köln, Urt. v. 21.06.2005 – 13 (5) Sa 179/05 –, NZA-RR 2006, 14). Der Kläger wusste, dass für ihn eine Beschäftigungsmöglichkeit bei der Beklagten bestand. In dieser Situation war die Beklagte nicht etwa gehalten, ein neuerliches ausdrückliches Angebot zu machen. Zumindest wäre der Kläger verpflichtet gewesen, sich in dieser Situation bei der Beklagten zu vergewissern,

ob er für den Zeitraum der Anhängigkeit des Kündigungs-schutzverfahrens zu den angebotenen geänderten Vertragsbedingungen hätte beschäftigt werden können. Dem Kläger war damals ferner bewusst, dass die von der Beklagten vorgeschlagene Position nicht zwischenzeitlich anderweitig besetzt worden war. Er macht auch im vorliegenden Verfahren nicht etwa geltend, die Beklagte hätte sich einer vorläufigen Weiterbeschäftigung zu geänderten Vertragsbedingungen widersetzt. Der Kläger hätte also zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Änderungskündigung die damals bestehende Beschäftigungsmöglichkeit annehmen müssen. Nachdem er dies abgelehnt hatte, musste die Beklagte ihre Personalplanung hierauf einstellen. Bei einer rechtzeitigen Annahme des Angebotes aber hätte der Kläger das von der Beklagten in Anrechnung gebrachte Einkommen während des späteren Annahmeverzugszeitraums erzielen können.

3. Der Anwendbarkeit des § 11 S. I Nr. 2 KSchG stehen auch nicht etwa die von der Beklagten in der Folgezeit im November 2002 ausgesprochenen weiteren ordentlichen Kündigungen entgegen. Die Beklagte hat hierdurch nicht gegenüber dem Kläger zu erkennen gegeben, dass sie nun nicht mehr bereit sei, ihn jedenfalls vorübergehend zu geänderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Durch diese Kündigungen hat sie zwar den Willen zum Ausdruck gebracht, das Arbeitsverhältnis der Parteien endgültig zu beenden. Hieraus folgt aber noch nicht zwingend gleichzeitig die Erklärung, den Kläger auf keinen Fall während des zu diesem Zeitpunkt ja noch anhängigen Kündigungsschutzprozesses (zu geänderten Bedingungen) zu beschäftigen. Etwas Anderes folgt ferner nicht daraus, dass die Beklagte nunmehr keine Änderungskündigung, sondern Beendigungskündigungen ausgesprochen hat. Denn die ursprüngliche Änderungskündigung war ja inzwischen nach Ablehnung des Änderungsangebotes faktisch zu einer Beendigungskündigung geworden. Ein nochmaliges Änderungsangebot musste die Beklagte nach der endgültigen Ablehnung durch den Kläger nicht mehr unterbreiten. Die Beklagte war nach Ausspruch dieser Kündigung auch nicht gehalten, gegenüber dem Kläger nochmals klarzustellen, dass eine derartige Beschäftigung möglich sei. Der Kläger hatte nämlich zuvor das Änderungsangebot endgültig abgelehnt und auch Monate nach Beendigung seiner Arbeitsunfähigkeit keinerlei Anstalten gemacht, von sich aus auf eine Arbeitsaufnahme bei der Beklagten hinzuwirken. Darüber hinaus hat die Beklagte bereits unmittelbar nach Wiederaufnahme des Prozesses mit Schriftsatz vom 27. Januar 2004 erklärt, dass sie aus den Kündigungen vom 13. und 14. November 2002, die ja ohnehin nur vorsorglich ausgesprochen worden waren, keine Rechte mehr herleite. Zwar heißt es in beiden Kündigungen, ein Arbeitsplatz, auf dem man den Kläger weiterbeschäftigen könne, stehe nicht zur Verfügung. Das bezieht sich aber erkennbar auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen.

4. Es ist auch von einem böswilligen Unterlassen anderweitigen Verdienstes auszugehen. Böswilligkeit setzt nämlich nicht

voraus, dass der Arbeitnehmer in der Absicht handelt, den Arbeitgeber zu schädigen. Es genügt vielmehr das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbstätigkeit (BAG, Urteil vom 11.01.2006 – 5 AZR 98/05 – AP 113 zu § 615 BGB = NZA 2006, 314).

Die Berechnung des Rückforderungsanspruchs der Beklagten ist zwischen den Parteien nicht streitig. Der Kläger hat ausdrücklich erklärt, dass er die von der Beklagten vorgenommene Berechnung nicht beanstandet. Streitig ist zwischen den Parteien allein die Frage, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Anrechnung nach § 11 S. I Nr. 2 KSchG vorliegen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 23.06.2006, 3 Sa 990/05, Revision zugelassen

177. Kündigung eines Betriebsratsmitgliedes wegen Stilllegung eines Betriebsteils, Anhörung des Betriebsrats zu Sozialauswahl, § 102 BVG, §§ 1 Abs. 3, 15, 23 KSchG

1. Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat zu der von ihm vorgenommenen Sozialauswahl auch dann anzuhören, wenn nach objektiver Rechtslage keine Auswahl erforderlich ist.

2. Im Falle einer beabsichtigten Kündigung wegen Stilllegung eines Betriebsteils, der betriebsverfassungsrechtlich als eigenständiger Betrieb anzusehen ist, ist eine Sozialauswahl auf die Arbeitnehmer des Betriebes im Sinne des § 23 KSchG zu erstrecken, worauf sich das Betriebsratsmitglied ungeachtet der Regelung des § 15 Abs. 4 KSchG berufen kann. Die betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit einzelner Betriebsteile steht einer betriebsübergreifenden Sozialauswahl nicht im Wege (BAG, Urt. v. 03.06.2004 – 2 AZR 577/03 – NZA 05, 175).

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 06.12.2005, 3 Sa 1640/05

178. Nachträgliche Zulassung, Auszubildender, Schlichtungsausschuss Abhilfe, §§ 567, 572 ZPO, §§ 78 111 Abs. 2 ArbGG, § 5 KSchG

1. Das Arbeitsgericht hat im Verfahren der nachträglichen Zulassung bei einer sofortigen Beschwerde durch Beschluss der Kammer, die nicht in derselben Besetzung entscheiden muss, eine Abhilfeentscheidung zu treffen.

2. Die Vorschriften des KSchG über die fristgebundene Klageerhebung sind auch auf Kündigungen von Berufsausbildungsverhältnissen anzuwenden, sofern eine Ausschussverhandlung nach § 111 Abs. 2 ArbGG nicht stattfinden muss.

3. Ein Auszubildender muss sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

4. Eine schuldhaftes Versäumung der Klagefrist liegt vor, wenn die klägerischen Prozessbevollmächtigten trotz eines innerhalb der Dreiwochenfrist erhaltenen Hinweises der für das Ausbildungsverhältnis zuständigen Landwirtschaftskammer über das Nichtbestehen eines Ausschusses nach § 111 Abs. 2

Kündigungsschutzrecht

ArbGG keine Klage erheben, sondern zusätzliche Auskünfte der örtlichen Industrie- und Handelskammer einholen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.03.2006, 3 Ta 47/06

179. Kündigung wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten bei einem erst 3 Jahren bestehenden Arbeitsverhältnis eines jungen Arbeitnehmers (Alter bei Beginn des Arbeitsverhältnisses: 22 Jahre), § 1 KSchG

Verschiedene Krankheiten bei erheblicher Häufung lassen auf eine außergewöhnliche Krankheitsanfälligkeit schließen, ohne dass das Berufungsgericht durch einen Sachverständigengutachten bei jeder einzelnen der Erkrankungen eine konkrete Zukunftsprognose hinsichtlich der zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten aufklären müsste (im Anschluss an BAG, Urt. v. 20.01.2000 – 2 AZR 378/99 –).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.08.2005, 4 Sa 335/05

180. Änderungskündigung, Organisationsentscheidung, Lehrkraft

Die in Grunderlassen dokumentierte Organisationsentscheidung des Landes, bei kurzfristigen Ausfällen von Lehrkräften in Grundschulen keine Vertretungslehrkraft mehr einzusetzen, die eigenständigen Vertretungsunterricht erteilen, ist von den Arbeitsgerichten nur eingeschränkt überprüfbar.

Dagegen obliegt es den Arbeitsgerichten nachzuprüfen, ob die Organisationsentscheidung überhaupt umgesetzt wurde und ob sie sich dahingehend auswirkt, dass der Beschäftigungsbedarf des gekündigten Arbeitnehmers entfallen ist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 28.09.2006, 4 Sa 2142/05, Revision zugelassen

181. Betriebsbedingte Kündigung, unkündbare Mitarbeiter, wesentliche Betriebseinschränkung

Es steht zwischen den Parteien nicht im Streit, dass die Klägerin grundsätzlich ordentlich unkündbar gemäß § 14 Abs. 5 AVR ist. Sie hatte im Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung am 18.08.2006 das 40. Lebensjahr vollendet und war zu diesem Zeitpunkt auch deutlich länger als 15 Jahre bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten liegen die Voraussetzungen der Sonderregelung des § 15 Abs. 1 AVR allerdings nicht erkennbar vor.

Während eine Auflösung der Einrichtung, in der die Klägerin bislang tätig gewesen ist, von vornherein ausscheidet, kann auch eine wesentliche Einschränkung des Krankenhauses als Einrichtung im Sinne des § 15 Abs. 1 AVR selbst unter Zugrundelegung der von der Beklagten vorgebrachten Tatsachen nicht bejaht werden.

a) Bei den AVR handelt es sich um Kollektivvereinbarungen besonderer Art, in denen allgemeine Bedingungen

für die Vertragsverhältnisse der bei den Kirchen beschäftigten Arbeitnehmer durch paritätisch zusammengesetzte arbeitsrechtliche Kommissionen festgelegt werden. Diesen Regelungen kommt allerdings keine normative Wirkung zu. Sie finden auf das Arbeitsverhältnis nur kraft einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung. Gleichwohl erfolgt die Auslegung der AVR nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nach den gleichen Grundsätzen, wie sie für die Tarifauslegung maßgeblich sind (so BAG, Urteil vom 23.09.2004 – 6 AZR 430/03 – AP Nr. 1 zu § 1a AVR Caritasverband unter 1. der Gründe m.w.N.).

Danach ist vom Wortlaut der AVR auszugehen und anhand dessen der Sinn der Erklärung zu erforschen, ohne am Wortlaut zu haften. Der wirkliche Wille der Richtliniengeber und damit der von ihnen beabsichtigte Sinn und Zweck der Bestimmungen ist mit zu berücksichtigen, soweit sie in den Vorschriften der AVR ihren Niederschlag gefunden haben. Abzustellen ist auch auf den systematischen Zusammenhang. Verbleibende Zweifel können durch die Heranziehung weiterer Auslegungskriterien, wie der Entstehungsgeschichte der AVR oder einer praktischen Handhabbarkeit geklärt werden (BAG, a. a. O.).

b) Auf dieser Grundlage ergibt sich hier, dass eine wesentliche Einschränkung des Krankenhauses als Einrichtung im Sinne des § 15 Abs. 1 AVR, in der die Klägerin bislang tätig gewesen ist, nicht vorliegt. Denn durch die von der Beklagten vorgebrachte Schließung der eigenen Funktionsbereiche Physikalische Therapie, Ergotherapie, Tanztherapie sowie Logopädie und Vergabe dieser Leistungen an die Firma M ist das Leistungsangebot der Einrichtung nicht verändert worden und zudem sind nur für etwa 3 % der Mitarbeiter der Beklagten die bisherigen Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 1 AVR muss die organisatorische Maßnahme zu einer wesentlichen Einschränkung der Einrichtung geführt haben, aufgrund derer der Beschäftigungsbedarf entfallen ist. Die Auflösung eines Einrichtungsteils kann danach die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung nur begründen, wenn sie zugleich eine wesentliche Einschränkung der Einrichtung darstellt. Ob eine wesentliche Einschränkung der Einrichtung vorliegt, kann nach dem Inhalt der Maßnahme und/oder der Auswirkung der Maßnahme auf die Beschäftigungsmöglichkeiten zu beurteilen sein (so LAG Köln, Urteil vom 06.06.2006 – 9 Sa 92/96 – Juris, unter H. 1. der Gründe, Rn 33).

Soweit die Beklagte demgegenüber in ihrem Schriftsatz vom 09.01.2007 auf Seite 6 (Bl. 52 d.A.) ausgeführt hat, dass im Falle der Auflösung einer Abteilung durch den Arbeitgeber, in der Mitarbeiter beschäftigt sind, die nur die in dieser Abteilung verrichteten Arbeiten durchführen können und an anderen Stellen im Krankenhaus nicht eingesetzt werden könnten, sei es sachgerecht, das Wesentlichkeitsmerkmal an diesen qualitativen Merkmalen und nicht an Mitarbeiterzahlen auszurichten, überzeugt dieses nicht. Dabei bleibt nämlich unberücksichtigt, dass nicht jede Einschränkung der Einrich-

tung und ein damit im Zusammenhang stehender Arbeitsplatzverlust genügt, sondern die Sonderregelung für grundsätzlich unkündbare Mitarbeiter verlangt darüber hinaus, dass diese Einschränkung wesentlich ist (vgl. auch SAG, Urteil vom 23.09.2004 – 6 AZR 430/03 –, AP Nr. 1 zu § 1a AVR Caritasverband unter 3. der Gründe). Damit ist eine quantitative Einordnung der Einschränkung als „wesentlich“ in Relation zu der betreffenden Einrichtung notwendig, so dass die Beurteilung nach allein qualitativen Merkmalen der Sonderregelung des § 15 Abs. 1 AVR nicht gerecht wird, zumal nicht klar ist, was das konkret bedeuten und wie dieses praktisch gehandhabt werden soll.

Vorliegend kann dahinstehen, ob das Vorliegen einer wesentlichen Einschränkung der Einrichtung im Rahmen des § 15 Abs. 1 AVR nach dem Inhalt der Maßnahme oder allein nach der Auswirkung der Maßnahme auf die Beschäftigungsmöglichkeiten her zu beurteilen ist. Denn nach beiden Gesichtspunkten ist eine wesentliche Einschränkung der Einrichtung, in der die Klägerin bislang tätig gewesen ist, zu verneinen.

Die von der Beklagten vorgebrachte Schließung der eigenen Funktionsbereiche Physikalische Therapie, Ergotherapie, Tanztherapie sowie Logopädie und Vergabe dieser Leistungen an die Firma *M* stellt inhaltlich keine wesentliche Einschränkung des Krankenhauses dar. Daraus ergibt sich keine Änderung des Leistungsangebots, weil die therapeutischen Leistungen nach wie vor im Krankenhaus der Beklagten erbracht werden. Für die Patienten tritt keine erhebliche Änderung ein, wenn die Leistungserbringung statt durch Mitarbeiter der Beklagten nunmehr durch Arbeitnehmer der Firma *M* erfolgt. Sie werden trotzdem in demselben Umfang wie zuvor durch Ärzte behandelt und untersucht und durch Pflegekräfte sowie gegebenenfalls Therapeuten betreut. Zudem hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 09.01.2007 auf Seite 4 (Bl. 50 d.A.) selbst ausgeführt, dass diese im Rahmen des Krankenhausvertrages im Verhältnis zu den Patienten zu erbringenden Leistungen vom Krankenhaus auch abgerechnet werden. Auch nach der Auswirkung der von der Beklagten vorgetragenen Maßnahme auf die Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten kann von einer wesentlichen Einschränkung der Einrichtung nicht die Rede sein. Auf der Grundlage der vom Personalleiter der Beklagten im Kammertermin am 16.01.2007 gemachten Zahlenangaben, nämlich dass die Beklagte sowohl in der Mitte des Jahres 2006 als auch derzeit insgesamt etwa 1.450 bis 1.500 Arbeitnehmer beschäftigt, wovon zuletzt etwa 45 Mitarbeiter in den therapeutischen Funktionsbereichen tätig waren (vgl. das Sitzungsprotokoll auf Seite 2, Bl. 63 d.A.), ergibt sich, dass nur etwa 3 % der Mitarbeiter der Beklagten in den Therapieabteilungen eingesetzt worden sind. Es mag zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass die Auflösung einer Krankenhausabteilung mit rund 1/10 der bei ihr insgesamt beschäftigten Mitarbeiter eine „wesentliche Einschränkung“ der Einrichtung ist (vgl. LAG Berlin, Urteil vom 14.11.2002 – 16 Sa 1541/02 – ZTR 2003, 249 unter 1.2. der Gründe). Wenn nur für etwa 2 % der Arbeitnehmer die bisheri-

gen Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen, reicht dies jedoch nicht (so LAG Köln, Urteil vom 06.06.2006 – 9 Sa 92/06 – juris, unter II. 1. der Gründe, Rn 31 und 33 am Ende). Soweit rund 3 % der Mitarbeiter des Dienstgebers durch eine Maßnahme betroffen sind, kann nach Ansicht der erkennenden Kammer nichts anderes gelten, da auch in diesem Falle eine wesentliche Einschränkung der Einrichtung im Hinblick auf die Auswirkung der Maßnahme auf die Beschäftigungsmöglichkeiten noch nicht vorliegt.

Etwas anderes ergibt sich hier schließlich nicht aus dem Argument der Beklagten, dass die Klägerin durch ihren Widerspruch gegen den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Firma *M* ihren Arbeitsplatz mit dem unveränderten Verdienst buchstäblich selbst weggeworfen habe, wofür die Sperre des § 15 Abs. 1 Buchstabe a AVR aber nicht gelten könne. Denn diese Sonderregelung für grundsätzlich unkündbare Arbeitnehmer kann nicht im Falle der Fremdvergabe von bislang durch eigene Mitarbeiter des Dienstgebers geleistete Arbeiten anders ausgelegt und angewendet werden als in Konstellationen, in denen die Vorschrift des § 613a BGB von vornherein keine Rolle spielt. Das kann weder mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 AVR noch mit dessen erkennbaren Sinn und Zweck in Einklang gebracht werden. Im Übrigen darf nicht übersehen werden, dass die Verneinung der Voraussetzungen für das Vorliegen der Sonderregelung des § 15 Abs. 1 AVR nicht zur völligen Unkündbarkeit der Klägerin führt. Vielmehr bleibt es lediglich bei ihrer ordentlichen Unkündbarkeit nach § 14 Abs. 5 AVR. Obwohl nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 AVR eine ordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung ausgeschlossen ist, muss in Extremfällen, in denen das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis auf Dauer sinnentleert ist, der Ausspruch einer außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung mit notwendiger Auslaufzeit nach § 626 BGB zulässig sein (LAG Köln, Urteil vom 06.06.2006 – 9 Sa 92/96 – juris, unter II. 2. a) der Gründe, Rn 36 und 37). Das kann bei dem Vorliegen der erheblichen Anforderungen an eine solche Kündigung auch bei der Schließung der Abteilung eines Krankenhauses und der Übertragung der betreffenden Aufgaben auf Dritte in Betracht kommen (vgl. BAG, Urteil vom 06.10.2005 – 2 AZR 362/04 – NZA-RR 2006, 416 – 421). Eine außerordentliche Beendigungskündigung mit sozialer Auslaufzeit hat die Beklagte jedoch nicht – auch nicht hilfsweise – ausgesprochen. Denn ihr Kündigungsschreiben vom 23.06.2006 (Bl. 24 d.A.) enthält bereits vom Wortlaut her nur die Erklärung einer ordentlichen Kündigung unter Zugrundelegung der für die Klägerin maßgeblichen Kündigungsfrist. Hat aber der Kündigende das Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Frist gekündigt und ist diese Kündigung wegen des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung unwirksam, so, kann in dieser Kündigung nicht ohne weiteres eine außerordentliche Kündigung gesehen werden, selbst wenn der Kündigende einen wichtigen Grund haben sollte (so LAG Köln, Urteil vom 04.07.1996 – 6 Sa 278/96 – LAGE § 620 BGB Kündigungserklärung Nr. 6). Auch eine Umdeu-

Kündigungsschutzrecht

tung in eine außerordentliche Kündigung mit einer sozialen Auslauffrist kann nur dann vorgenommen werden, wenn der Kündigende klar erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, dass außerordentlich und aus wichtigem Grund gekündigt worden sei (LAG Frankfurt a.M., Urteil vom 26.10.1972 – 2 Sa 240/72 – BB 1974, 839). Ist jedoch eine außerordentliche Kündigung – wie hier – gar nicht erklärt worden, so scheidet von vornherein jede gerichtliche Feststellung in dieser Richtung aus (vgl. LAG Düsseldorf/Köln, Urteil vom 21.05.1968 – 8 Sa 135/68- BB 1968, 753,754).

■ Arbeitsgericht Hagen

vom 16.01.2007, 5 Ca 1322/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

182. Betriebsbedingte Kündigung, Umsatzrückgang belegt allein keinen Rückgang der Arbeitsmenge

Im vorliegenden Fall kommt als innerbetrieblicher Umstand für den von der Beklagten behaupteten Rückgang der Arbeitsmenge der Klägerin zum einen der Rückgang der Anzahl der gewerblichen Arbeitnehmer und zum anderen der behauptete Rückgang des Einkaufsvolumens der Einkaufstätigkeiten in Betracht, mit denen die Klägerin betraut ist.

Die Beklagte hat hingegen nicht darlegen und beweisen können, dass aufgrund inner- und/oder außerbetrieblicher Ursachen eine veränderte Arbeitsmenge in ihrem Betrieb bzw. in der konkreten kaufmännischen Abteilung, in der die Klägerin eingesetzt ist, zu erledigen und dadurch der Arbeitsplatz der Klägerin in Wegfall geraten ist (vgl. grundsätzlich zu dieser Darlegungs- und Beweislast des kündigenden Arbeitgebers: BAG in AP Nr. 6, 8 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung; BAG in AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1990,65 ff.).

Ein Rückgang des Einkaufsvolumens bzw. ein Rückgang der zu bearbeitenden Lochkarten würde dann eine betriebsbedingte Kündigung der Klägerin rechtfertigen, wenn hierdurch der Arbeitsanfall so zurückgeht, dass für die Klägerin das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt (grundsätzlich zur Relation zwischen Rückgang der Arbeitsmenge und Rückgang der dadurch benötigten Arbeitszeit: BAG, Urteile vom 07.12.1978, 15.06.1989 – AP Nr. 6, 45 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; ebenso: BAG, Urteil vom 11.09.1986 – EZA zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 54).

Wenn die Beklagte als Arbeitgeberin aufgrund des von ihr behaupteten Rückgangs der benötigten Arbeitszeit im Bereich der Bearbeitung der Lohnkarten zum einen und im Bereich des Einkaufsvolumens zum anderen die unternehmerische Entscheidung fällt, einen Arbeitsplatz im kaufmännischen Bereich abzubauen, hat sie die Gründe, die dieser so genannten selbstbindenden Unternehmerentscheidung zugrunde liegen, darzulegen.

Die Beklagte hätte daher aufzeigen müssen, wie sich die benötigte Arbeitsmenge im Bereich der Bearbeitung der Lohnkarten und des Einkaufes insgesamt entwickelt hat, und inwiefern dieser Rückgang der zu erledigenden Aufträge sich auf die Arbeitsmenge dahingehend ausgewirkt haben soll, dass der Arbeitsplatz der Klägerin als kaufmännische Angestellte entfallen ist. Die insofern von der Beklagten dargelegten Zahlen, nämlich die Entwicklung der Zahl der gewerblichen Arbeitnehmer in den Jahren 2002 bis 2006 und der Rückgang des Einkaufsvolumens in einem eng umgrenzten Teilbereich zwischen 2003 und 2006 sind nicht geeignet, erkennen zu lassen, warum gerade in dem Bereich, in dem die Klägerin eingesetzt ist, die benötigte Arbeitskapazität genau in dem Umfang gesunken sein soll, dass der Arbeitsplatz der Klägerin entfällt.

■ Arbeitsgericht Iserlohn

vom 20.02.2007, 5 Ca 2128/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

183. Betriebsbedingte Änderungskündigung wegen der Umwandlung einer Teilzeit- in eine Vollzeitstelle, §§ 1 Abs. 1 S. 1 und 2, 2 KSchG, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG

Die Umwandlung einer Teilzeit- in eine Vollzeitstelle kann ein Grund für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung sein. Dies gilt jedoch jedenfalls dann nicht, wenn keine betrieblichen Gründe i.S.d. § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG vorliegen, die die Ablehnung des Teilzeitbegehrens eines Arbeitnehmers auf dem geschaffenen Vollzeitarbeitsplatz rechtfertigen würden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 12.01.2006, 5 Sa 224/05, Revision nicht zugelassen

184. Elternzeitverlangen bei Adoption eines Kindes, §§ 15, 16 Abs. 2, 18 Abs. 1 BerzGG, § 6 Abs. 1 MuSchG, § 612a BGB i.V.m. § 134 BGB

1. Nach § 18 Abs. 1 S. 1 BerzGG darf das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit, und während der Elternzeit nicht gekündigt werden. Verlangt die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer Elternzeit vor dem gesetzlichen Schutzzeitraum, setzt der Kündigungsschutz somit frühestens 8 Wochen vor Beginn der Elternzeit und nicht schon mit dem Elternzeitverlangen ein (BAG 17.02.1994 – 2 AZR 616/93).

2. Dies gilt auch für Adoptiveltern, die sich allerdings in einem besonderen Interessenkonflikt befinden, dem die gesetzliche Konzeption des § 18 Abs. 1 S. 1 BerzGG nur unzureichend Rechnung trägt. Denn die Annahme des Kindes und damit der Eintritt des Kündigungsschutzes hängen von Entscheidungen

Kündigungsschutzrecht

ab, die außerhalb der Einflussphäre der im Arbeitsverhältnis stehenden Eltern liegen. Haben die Adoptiveltern einen Kindervorschlag angenommen, hängt der Zeitpunkt der Aufnahme eines Kindes z.B. von der Gesetzeslage und Arbeitsweise der Behörden in dem Staat ab, aus dem das Adoptivkind stammt.

Trotz dieses bei Adoptiveltern gegenüber leiblichen Eltern tatsächlich schwächer ausgestalteten Kündigungsschutzes in § 18 Abs. I BErzGG bleibt eine Angleichung allein dem Gesetzgeber vorbehalten und ist nicht im Wege einer teleologischen Reduktion des Fristerfordernisses in § 18 Abs. I BErzGG vorzunehmen.

3. Erklärt ein Arbeitgeber im zeitlichen Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Elternzeit eine Kündigung, so kann diese nach § 612a BGB i.V.m. § 134 BGB nichtig sein, wenn der gesetzliche Kündigungsschutz nach § 18 Abs. I BErzGG noch nicht greift. Die umgehend nach Geltendmachung für Elternzeit ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber indiziert, dass die Kündigung wegen der Elternzeit erfolgt ist. Diese tatsächliche Vermutung muss der Arbeitgeber durch substantiierten Sachvortrag widerlegen und nachweisen, dass er die Kündigung aus sachgerechten Gründen ausgesprochen hat.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 12.09.2005, 5 Sa 396/05, Revision zugelassen

185. Verdachtskündigung, Aufklärungspflicht

Stützt ein Arbeitgeber die Verdachtskündigung im Wesentlichen darauf, der Kunde habe die vom Arbeitnehmer mitgenommene Ware nicht bestellt, muss im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nicht nur der Kunde, sondern, wenn nach den Angaben des Arbeitnehmers seine Ehefrau die Bestellung entgegengenommen und an ihn weitergeleitet hat, auch die Ehefrau des Arbeitnehmers angehört werden.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 28.11.2005, 6 Sa 238/05, Revision nicht zugelassen

186. Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement, § 84 Abs. 2 SGB IX

§ 84 Abs. 2 SGB IX ist auch bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern zu beachten und konkretisiert im Fall der krankheitsbedingten Kündigung das Ultima-Ratio-Prinzip, insbesondere erhöht sich die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers für die fehlende anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 25.10.2006, 6 Sa 974/05

187. Vollstreckbare Ausfertigung, § 724 Abs. 2 ZPO, § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG

Im Falle einer Verurteilung zur Auskunftserteilung und Entschädigungszahlung bei nicht fristgemäßer Leistung gemäß § 61 Abs. 2 Satz 1 ArbGG kann die Vollstreckungsklausel

bereits vor Fristablauf und ohne Nachweis der Nichterfüllung gemäß § 724 Abs. 2 ZPO, § 62 Abs. 2 Satz 1 ArbGG vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erteilt werden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 16.05.2006, 6 Ta 771/06

188. Änderungskündigung, Erhöhung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich, Prozessvollmacht, Erklärung der Annahme unter Vorbehalt, §§ 1, 2, 4 KSchG, § 81 ZPO, § 174 BGB

1. Die Prozessvollmacht im laufenden Änderungskündigungsschutzprozess ermächtigt den Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers auch dazu, gerichtlich oder außergerichtlich die Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt zu erklären.

2. Auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen eines Anwalts, die durch eine Prozessvollmacht gem. § 81 ZPO gedeckt sind, findet das Zurückweisungsrecht des § 174 BGB keine Anwendung.

3. Die Grundsätze über die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung gelten entsprechend auch für Änderungskündigungen, mit denen die Erhöhung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich erreicht werden soll.

4. Eine Änderungskündigung zur Erhöhung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich führt zwar auf Seiten des Arbeitgebers zu einer Verbesserung des arbeitsvertraglichen „Preis-Leistungs-Verhältnisses“, aber nicht per se auch zu einer Senkung der Personalkosten in absoluten Zahlen. Wird die Änderungskündigung daher mit dem Ziel einer Senkung der Personalkosten gerechtfertigt, hat der Arbeitgeber im Einzelnen substantiiert darzulegen, aufgrund welcher weiteren Zwischenschritte er dieses Ziel erreichen will und inwiefern dafür eine Erhöhung der Wochenarbeitszeit ohne Lohnausgleich unerlässlich ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 16.11.2005, 7 (8) Sa 287/05, Revision nicht zugelassen

189. Betriebsbedingte Kündigung, Versetzung, Sozialauswahl, Lebensalter als Sozialauswahlkriterium, § 1 Abs. 2 und 3 KSchG

1. Das Lebensalter hat als soziales Auswahlkriterium i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ambivalente Bedeutung: Es erhöht die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, soweit es seine Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigt, verliert jedoch wiederum an Gewicht, je mehr es sich dem Renteneintrittsalter annähert.

2. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber davon ausgeht, dass einer 61 Jahre alten – seit 40 Jahren beschäftigten – ledigen Arbeitnehmerin eine betriebsbedingte Versetzung von Köln nach Frankfurt/Main eher zuzumuten ist als einer 45 Jahre alten – seit 22 Jahren beschäftigten – Mutter

Kündigungsschutzrecht

zweier schulpflichtigen Kinder, die mit ihrer Arbeit wesentlich zum Familieneinkommen beiträgt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.08.2005, 7 Sa 520/05

190. Kündigungsschutzklage, Drei-Wochen-Frist, nachträgliche Zulassung, Anwaltsverschulden, Büropersonal, §§ 4, 5 KSchG, § 85 ZPO

1. Der mit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage beauftragte Anwalt darf die Ermittlung des Ablaufs der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG nicht seinem Büropersonal überlassen.

2. Hat er diese Aufgabe dennoch delegiert und wird ihm die Handakte während des Laufs der Drei-Wochen-Frist vorgelegt, weil sich der Gegner nicht innerhalb dieses vorgegebenen Zeitraums zu einem Vergleichsangebot geäußert hat, so muss der Anwalt spätestens jetzt nochmals eigenverantwortlich den Fristablauf überprüfen. Dasselbe gilt erst recht, wenn die Handakte vorgelegt wird, um die Klageschrift zu erstellen.

3. Ein Verschulden des Anwalts selbst ist der Partei gemäß § 85 II ZPO auch im Rahmen des Verfahrens nach § 5 KSchG zuzurechnen (h. M.).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 03.11.2005, 7 Ta 306/05

191. Kündigungserklärung, Vertreter ohne Vertretungsmacht, §§ 180 S. 2, 177 BGB

Die Kündigungserklärung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ist unwirksam. Eine Heilung der Unwirksamkeit durch nachträgliche Genehmigung ist auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Regelungen in §§ 180 S. 2, 177 Abs. 1 BGB nicht möglich.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 16.11.2005, 8 Sa 832/05, Revision zugelassen

192. Interessenausgleich wegen Betriebseinschränkung, § 1 Abs. 5 KSchG, § 111 BetrVG

Eine Betriebseinschränkung im Sinne des § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG durch bloßen Personalabbau in einem wesentlichen Betriebsteil liegt dann erst vor, wenn der Personalabbau bezogen auf die Gesamtbelegschaft die Erheblichkeitsgrenze erreicht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 09.12.2005, 8 Sa 1442/05, Revision zugelassen

193. Ordentliche Kündigung, Verleiten zur Prostitution, § 626 Abs. 1 BGB

Die Aufforderung eines Hoteldieners an eine Passantin, im Hotel der Prostitution nachzugehen, kann ein Grund für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 21.02.2006, 9 (7) Sa 668/05

194. Kündigung, Ausschluss der ordentlichen Kündigung, wesentliche Einschränkung, Krankenhaus, §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 1, 16 Abs. 2 Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR), § 626 BGB

1. Die Schließung des zentralen Labors in einem Krankenhaus stellt keine wesentliche Einschränkung der Einrichtung im Sinne des § 15 Abs. 1 AVR dar.

2. Eine außerordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung ist in Extremfällen, in denen das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis auf Dauer sinnentleert ist, gegenüber nach § 14 Abs. 5 AVR ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern zulässig.

3. Der Krankenhausträger kann bei Schließung des Zentrallabors verpflichtet sein, eine nach § 14 Abs. 5 AVR ordentlich unkündbare Medizinisch-Technische Assistentin des Labors (MTA-L) in den Bereichen Radiologie, Funktionsdiagnostik, Patientenaufnahme und Ambulanzen weiterzubeschäftigen, ggf. verbunden mit einer Herabgruppierung. Zu diesem Zweck kann er auch gehalten sein, einen geeigneten Arbeitsplatz frei zu kündigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 06.06.2006, 9 Sa 92/06, Revision zugelassen

195. Kündigung und grob fehlerhafte Sozialauswahl, § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG

Eine Sozialauswahl kann dann „grob fehlerhaft“ i.S.d. § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG sein, wenn nach dem vom (beklagten) Arbeitgeber verwendeten Punktesystem der gekündigte Arbeitnehmer (Kläger) 62 Punkte erreicht, – wohingegen ein vergleichbarer Arbeitnehmer, dem nicht gekündigt wurde, nur 52 Punkte aufweist.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 22.02.2006, 9 Sa 918/05, Revision nicht zugelassen

196. Nachträgliche Klagezustellung, Aufklärung, Betriebsübergang, Insolvenzverwalter, § 5 Abs. 1 KSchG, § 613a BGB

1. Auch bei einer Kündigung durch einen Insolvenzverwalter gilt, dass eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über die Möglichkeit einer Kündigungsschutzklage nicht besteht.

2. Es ist allein Sache des Arbeitnehmers, zu überlegen, ob er sich gegen eine Kündigung zur Wehr setzt und dabei die vom Insolvenzverwalter angeführten Kündigungsgründe auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüfen lässt. Dies gilt auch soweit es die Frage betrifft, ob ein Betrieb stillgelegt oder von einem Übernehmer fortgeführt wird.

3. Treffen die vom Insolvenzverwalter angeführten Kündigungsgründe nicht zu, so kann der Arbeitnehmer nicht geltend machen, er sei durch unrichtige (Rechts-)Auskunft des

Kündigungsschutzrecht

Insolvenzverwalters, auf die er habe vertrauen können, von einer rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten worden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18.08.2006, 9 Ta 272/06

197. Kündigungsschutzklage, nachträgliche Zulassung Prozesskostenhilfesuch, § 5 Abs. 1 KSchG

1. Die Mittellosigkeit des Arbeitnehmers kommt als Hinderis für eine rechtzeitige Klageerhebung nicht in Betracht, da an die Klageerhebung nur geringe Anforderungen gestellt werden und die Rechtsantragsstelle des Arbeitsgerichts zur Verfügung steht.

2. Der Arbeitnehmer und sein Prozessbevollmächtigter müssen die Wahrung der Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG überwachen und können als Hinderungsgrund nicht geltend machen, sie hätten darauf vertraut, dass ihnen binnen der Klagefrist die Entscheidung über ein von dem Arbeitnehmer gestelltes Prozesskostenhilfesuch zur Kenntnis gebracht werde und sie dann noch Zeit für eine Klageerhebung hätten.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18.02.2005, 9 Ta 452/04

198. Sozialauswahl, Leistungsträger, Auskunftspflicht, § 1 Abs. 3 KSchG, § 1 Abs. 5 KSchG

1. § 1 Abs. 5 KSchG ist verfassungskonform.

2. Für das Vorliegen dringender betrieblicher Interessen an der Weiterbeschäftigung einzelner Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Das gilt auch bei einer Kündigung aufgrund eines Interessenausgleichs mit Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG. Zur Erfüllung dieser Darlegungspflicht muss der Arbeitgeber auch darlegen, welche konkreten Erwägungen und Abwägungen zur Herausnahme des Leistungsträgers geführt haben. Dies gilt auch, wenn die Betriebspartner bei der Erstellung der Namensliste zahlreiche Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl herausnehmen. Kommt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast nicht nach, ist die Kündigung ohne weiteres sozialwidrig, ohne dass es auf den Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl noch ankommt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 30.06.2006, 10 Sa 1816/05

199. Kündigung wegen Schlechtleistung, leitender Angestellter, §§ 1, 9, 14 Abs. 2 KSchG

1. Für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung wegen Schlechtleistung ist grundsätzlich eine vorangegangene einschlägige Abmahnung erforderlich.

2. Auch Betriebsleiter sind nur dann leitende Angestellte i.S.d. § 14 II KSchG, wenn sie zu selbständigen Einstellungen und Entlassungen von Arbeitnehmern berechtigt sind und diese Befugnis die Stellung des Betriebsleiters wesentlich prägt.

3. Einstellungen und Entlassungen im vorgenannten Sinn

liegen auch dann vor, wenn der Betriebsleiter über die Verlängerung oder Nichtverlängerung von Vertragsbefristungen entscheidet.

4. Besteht eine Weisung gegenüber dem Betriebsleiter, dass die von ihm gefällten Personalentscheidungen durch eine zentrale Personalabteilung zu verschriftlichen sind, so spricht dies nicht gegen den Status eines leitenden Angestellten, solange die Personalabteilung nicht in der Sache interveniert.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14.10.2005, 11 Sa 362/05

200. Außerordentliche personenbedingte Kündigung wegen Entzug betrieblicher Fahrerlaubnis, Annahmeverzug

A) I. 1. Die Prüfung, ob im konkreten Streitfall ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, hat nach der ständigen Rechtsprechung des BAG (z.B. BAG, Urt. v. 24.03.1958 – 2 AZR 587/55 – AP Nr. 5 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG, Urt. v. 21.02.1991 – 2 AZR 449/90 – EzA § 123 BGB Nr. 35; BAG, Urt. v. 11.03.1999 – 2 AZR 507/98 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 176; BAG, Urt. v. 27.04.2006 – 2 AZR 386/05 – EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr. 11), der das Schrifttum im Wesentlichen gefolgt ist (vgl. nur KR/Fischermeier, 7. Aufl. 2004, § 626 BGB Rz 84) in zwei systematisch zu trennenden Abschnitten zu erfolgen. Zunächst ist festzustellen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls „an sich“ geeignet ist, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben. Dabei genügt allerdings noch nicht die „abstrakte Erheblichkeit“ eines Kündigungssachverhaltes zur Begründung der Unzumutbarkeit. Vielmehr muss bereits auf der ersten Stufe festgestellt werden, ob der an sich zur außerordentlichen Kündigung geeignete Sachverhalt im Streitfall zu einer konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat (BAG, Urt. v. 15.11.1984 – 2 AZR 613/83 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 95; BAG, Urt. v. 17.03.1988 – 2 AZR 576/87 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 116). Erst dann ist auf einer zweiten Stufe zu untersuchen, ob nach Abwägung aller, in Betracht kommenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien die konkrete Kündigung gerechtfertigt ist (BAG, Urt. v. 17.03.1988 – 2 AZR 576/87 – a.a.O.; BAG, Urt. v. 02.03.1989 – 2 AZR 280/88 – AP Nr. 101 zu § 626 BGB).

2. Die vorgenannte Zwei-Stufen-Prüfung ergibt im Streitfall, dass es bei Zugang der außerordentlichen Kündigung der Beklagten beim Kläger bereits an einem „an sich“ geeigneten wichtigen Grund i.S. dieser Vorschrift fehlte.

a) Die Beklagte hat ihre außerordentliche Kündigung vom 06.12.2005 ausschließlich mit personenbedingten Gründen zu rechtfertigen versucht.

aa) Ein personenbedingter Kündigungsgrund i.S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG – für § 626 Abs. 1 BGB kann nichts anderes gelten – kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Fähigkeit oder Eignung zur Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung verloren hat. Die Erreichung des Vertragszwecks muss durch diesen Umstand im Zeitpunkt des Zugangs

Kündigungsschutzrecht

der Kündigung (vgl. nur BAG, Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 639/98 – EzA § 1 KSchG Wiedereinsatzanspruch Nr. 4) nicht nur vorübergehend zumindest teilweise unmöglich sein (BAG, Urt. v. 28.02.1990 – 2 AZR 401/89 – EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 5; BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 58).

bb) Zwar hat der Kläger nach Behauptung der Beklagten am 22.11.2005 bei seinem Einsatz als Omnibusfahrer mehrfach gegen die Straßenverkehrsordnung verstoßen und damit eine vorwerfbare Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten begangen. Dies würde für eine verhaltensbedingte Kündigung des Klägers sprechen (vgl. nur BAG, Urt. v. 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 a.a.O.). Grund für die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.12.2005 war jedoch nicht ein steuerbares Verhalten des Klägers, das mit einer vorwerfbaren Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten verbunden war, sondern der Umstand, dass ihn ihr Betriebsleiter, Herr X, auf Dauer für ungeeignet hielt, einen KOM (sc. Omnibus) zu lenken und sie sich an die Anordnung von Herrn X am Schluss seines Schreibens vom 02.12.2005, der Kläger werde auf Dauer nicht mehr im Fahrdienst bei ihr eingesetzt, gebunden fühlte.

b) Grundsätzlich ist ein personenbedingter Kündigungsgrund aber nur ausnahmsweise an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 Abs. 1 BGB zu rechtfertigen. Denn stets ist zu prüfen, ob nicht u.a. mit der Wiederherstellung der Eignung gerechnet werden kann oder ob nicht andere mildere Mittel möglich sind (BAG, Urt. v. 06.03.2003 – 2 AZR 232/02 – EzA § 626 BGB 2002 Nr. 2; *Stahlhacke/Preis*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rn 746; vgl. auch schon BAG, Urt. v. 13.04.1989 – 2 AZR 444/88 – EzAÜG § 626 BGB Nr. 3).

c) Im Streitfall können keine ausnahmsweise für die Berechtigung einer auf solche Gründe gestützten außerordentlichen Kündigung sprechenden Umstände festgestellt werden.

aa) Zwar ist anerkannt, dass bei einem Kraftfahrer der Verlust der Fahrerlaubnis einen außerordentlichen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen kann (vgl. BAG, Urt. v. 30.05.1978 – 2 AZR 630/76 – EzA § 626 BGB n. F. Nr. 66). Der Verlust des Führerscheins führt zu einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot. Ohne diese Erlaubnis darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht weiter einsetzen, und dem Arbeitnehmer ist das Erbringen der geschuldeten Arbeitsleistung durch den Verlust der Fahrerlaubnis rechtlich unmöglich geworden (vgl. auch BAG, Urt. v. 24.02.2005 – 2 AZR 211/04 – EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 18).

bb) Bei der dem Kläger durch den Betriebsleiter der Beklagten, Herrn X, entzogenen Betriebsfahrberechtigung, deren Notwendigkeit sie aus § 6 Nr. 9 Abs. 1 Satz 1 DFBus herleitet – diese Vorschrift verlangt für den Einsatz eines Omnibusfahrers bei ihr neben der vorgeschriebenen behördlichen Erlaubnis „die betriebliche Qualifikation“ – handelt es sich demgegenüber aber um eine betriebliche Fahrerlaubnis, die von der Beklagten bzw. ihrem Betriebsleiter zusätzlich zu dem

erforderlichen Führerschein erteilt wird und – sofern hierfür eine Rechtsgrundlage besteht – wieder entzogen werden kann. Der Verlust einer solchen Betriebsfahrberechtigung kann in seinen kündigungsrechtlichen Folgen grundsätzlich nicht dem Verlust einer behördlich vorgeschriebenen Fahrerlaubnis gleichgestellt werden. Würde man dies tun, hätte es der Arbeitgeber weitgehend in der Hand, selbst Kündigungsgründe zu schaffen, was der Unabdingbarkeit des gesetzlichen Kündigungsschutzes zuwiderliefe (BAG, Urt. v. 25.04.1996 – 2 AZR 74/95 – EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 14).

cc) Im vorliegenden Fall gilt etwa nicht deshalb etwas anderes, weil es sich bei der Beklagten um ein Unternehmen des öffentlichen Personenverkehrs handelt. Nach § 3 Abs. 2 Satz 3 der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrtunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) vom 21.06.1975 (BGBl I, S. 1573), zuletzt geändert durch Art. 4 der Verordnung vom 22.01.2004 (BGBl I 2004, S. 117), hat ein Personenbeförderungsunternehmen, das, wie die Beklagte, einen Betriebsleiter gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BOKraft bestellt hat, durch eine allgemeine Dienstanweisung sicherzustellen, dass die Mitglieder des Fahrpersonals befähigt und geeignet sind, eine sichere und ordnungsgemäße Beförderung zu gewährleisten (§ 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Nr. 1 BOKraft). Der nach näherer Maßgabe des § 4 Abs. 1 BOKraft bestellte Betriebsleiter ist der Genehmigungsbehörde gegenüber – unbeschadet der eigenen Verantwortung der Beklagten (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 BOKraft) – für die Einhaltung der Dienstanweisung verantwortlich. Mit dem Erlass der Dienstanweisung für den Fahrdienst mit Bussen (DFBus) – Ausgabe: Oktober 2000 – ist die Beklagte deshalb ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nachgekommen, für die Sicherheit der Personenbeförderung in ihrem Betrieb zu sorgen.

dd) Jedoch enthalten weder §§ 3 und 4 BOKraft noch die Vorschriften der DFBus eine Rechtsgrundlage dafür, dass der Betriebsleiter der Beklagten unter ganz konkret geregelten Voraussetzungen einem Omnibusfahrer, dazu noch mit für sie bindender Wirkung, die betriebliche Fahrerlaubnis überhaupt, geschweige denn auf Dauer, d. h. ohne ihm zuvor eine Bewährungschance, z.B. durch eine Nachschulung (vgl. in diesem Zusammenhang auch BAG, Urt. v. 25.04.2006 – 2 AZR 74/95 – a.a.O.), gegeben zu haben, entziehen darf. Dies wäre aber im Hinblick darauf, dass dieser Entzug einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Klägers gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG darstellen würde, an den die Beklagte im Hinblick auf den Grundsatz, dass auch im Privatrechtsverkehr die zentralen Normen des Wertesystems der Grundrechte zur Anwendung gelangen (grundlegend BVerfG, Urt. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65 – NJW 1973, 1221 ff.; vgl. auch BVörfG, Urt. v. 30.07.2003 – 1 BvR 792/03 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 58a) notwendig gewesen (vgl. auch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG).

d) Aber selbst dann, wenn man zu Gunsten der Beklagten annehmen würde, die §§ 3 und 4 BOKraft bzw. die Vorschrif-

ten der DFBus würden eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Entzug der betrieblichen Fahrerlaubnis eines Omnibusfahrers hergeben, könnte der Betriebsleiter dies nicht mit bindender Wirkung für sie selbst bzw. den betroffenen Omnibusfahrer anordnen. Die Beklagte hätte vielmehr vor Ausspruch der streitbefangenen außerordentlichen Kündigung in jedem Fall eigenverantwortlich prüfen müssen, ob der Kläger auf Dauer nicht mehr in der Lage ist, in ihrem Fahrdienst tätig zu sein. Sie dürfte sich nicht für die Begründung ihrer außerordentlichen Kündigung ausschließlich auf eine für sie bindende Wirkung der Entscheidung ihres Betriebsleiters berufen.

aa) Eine Bindung an die Feststellung ihres Betriebsleiters, der Kläger sei auf Dauer für den Einsatz als Omnibusfahrer bei ihr ungeeignet, könnte sich allenfalls aus der Tatbestandswirkung eines Verwaltungsaktes i.S. von § 35 Satz 1 VwVfG ergeben. Diese besagt, dass außer der Behörde sowie den Verfahrens-beteiligten i.S. von § 13 VwVfG – im Streitfall wäre § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG bzw. § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG im Verhältnis des angeblich hoheitlich handelnden Betriebsleiters zur Beklagten einschlägig – auch alle anderen Behörden sowie grundsätzlich alle Gerichte die Tatsache, dass der Verwaltungsakt erlassen wurde, als maßgebend akzeptieren müssen. Sie haben die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung oder Feststellung unbesehen, d. h. ohne dass sie die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nachprüfen müssten oder dürften, zugrunde zu legen (BGH, Urt. v. 04.02.2004 – II ZR 301-01 – JZ 2005, 251; BAG, Urt. v. 02.03.2006 – 2 AZR 46/05 – EzA § 91 SGB IX Nr. 3).

bb) Der Erlass eines Verwaltungsaktes setzt aber, wie aus § 35 – Satz 1 VwVfG zu entnehmen ist, hoheitliches Handeln desjenigen voraus, der ihn erlässt. Hieran fehlt es auf Seiten des Betriebsleiters der Beklagten. Zwar besteht ein öffentlich-rechtliches Interesse daran, durch die Bestellung eines Betriebsleiters in einem Unternehmen des öffentlichen Personenverkehrs sicherzustellen, dass nur befähigtes und geeignetes Fahrpersonal für den Omnibusverkehr zugelassen wird (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 BOKraft i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 BOKraft). Dieses öffentlich-rechtliche Interesse an einer bestimmten Betätigung privater Personen oder Unternehmen macht diese Betätigung aber noch nicht zu einer öffentlich-rechtlichen (BVerwG 11.12.1980 – 3 C 130.79 – BVerwGE 61, 222, 225). Hierfür wäre es vielmehr notwendig, dass die Beklagte bzw. ihr Betriebsleiter durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes mit öffentlich-rechtlichen Handlungs- und Entscheidungsbe-fugnissen ausgestattet wäre (vgl. BVerwG, Urt. v. 06.03.1990 – 7 B 120.89D-VBI 1990, 712, 713 m.w.N.).

cc) Ein derartiger Beleihungstatbestand liegt im Streitfall nicht vor. Weder aus § 57 Abs. 1 Personenbeförderungsgesetz (PBefG), auf dem die BOKraft beruht, noch diese selbst enthalten Anhaltspunkte/aus denen sich ergeben könnte, dass der Betriebsleiter der Beklagten hinsichtlich der innerbetrieblichen Fahrerlaubnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln befugt wäre. Im Zusammenhang mit der Funktion des Betriebsleiters bestimmt allein § 4 Abs. 4 Satz 1 BOKraft, dass

seine Bestellung und die seines Stellvertreters der Bestätigung durch die Genehmigungsbehörde bedürfen. Dies betrifft aber allein den Akt der Bestellung des Betriebsleiters, räumt ihm aber nicht die Befugnis zu hoheitlichem Handeln bei der Erfüllung der ihm gegenüber der Beklagten obliegenden, nicht aber dessen arbeitsvertraglichen Pflichten ein.

dd) Diesem Ergebnis, wonach die von ihrem Betriebsleiter getroffene Feststellung der Fahruntauglichkeit des Klägers auf Dauer im Omnibusverkehr gegenüber der Beklagten unverbindlich ist, entspricht im Übrigen der Regelung in § 4 Abs. 1 Satz 1 BOKraft. Danach bleibt die Beklagte auch nach Bestellung eines Betriebsleiters selbst für die ihr gemäß, § 3 Abs. 1 Satz 3 BOKraft obliegende Gewährleistung einer sicheren und ordnungsgemäßen Beförderung ihrer Fahrgäste mit Omnibussen verantwortlich.

e) Im Übrigen kann im Streitfall nicht davon ausgegangen werden, dass überhaupt ein Verwaltungsakt durch den Betriebsleiter erlassen worden ist, in dem er kraft hoheitlichen Tätigwerdens dem Kläger gegenübergetreten ist. Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung und andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 Satz 1 VwVfG). Der Verwaltungsakt ist demjenigen bekannt zu geben, für den er bestimmt ist (§ 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG) und wird erst zu diesem Zeitpunkt wirksam (§ 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). An allen Voraussetzungen fehlt es, weil der Betriebsleiter lediglich ein internes Schreiben gefertigt hat, das er der Personalabteilung der Beklagten hat zukommen lassen. Adressat ist weder der Kläger noch ist ihm dieses als Vermerk zu wertende Schreiben zugestellt worden. Schließlich fehlt es auch an einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung. Ein hoheitliches Handeln des Betriebsleiters – ganz abgesehen von der fehlenden Ermächtigunggrundlage – ist beim Entzug der innerbetrieblichen Fahrerlaubnis gegenüber dem Kläger nicht erfolgt und ist für diesen auch nicht erkennbar geworden.

II. Aus den vorstehenden Ausführung folgt ohne weiteres, dass auch die zulässigerweise hilfsweise (vgl. näher BAG, Urt. v. 27.03.1987 – 7 AZR 527/85 – EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 22) ausgesprochene ordentliche Kündigung der Beklagten vom 12.12.2005 gemäß § 1 Abs. 1 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG wegen Sozialwidrigkeit (Fehlen eines personenbedingten Grundes) unwirksam ist und deshalb das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht zum beabsichtigten Termin am 30.06.2006 (vgl. § 20 Abs. 4 TV-N NW) aufgelöst hat.

B) Die Berufung des Klägers, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, ist überwiegend begründet.

I. Der Kläger kann für den Zeitraum vom 07.12. bis zum 31.12.2005 von der Beklagten ein Arbeitsentgelt in Höhe von 1.971,52 € brutto abzüglich 1.045,- € (Arbeitslosengeld) nebst Zinsen verlangen. Der Zahlungsanspruch des Klägers in dieser Höhe und für den genannten Zeitraum ergibt sich aus § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 615 Satz 1 BGB.

Kündigungsschutzrecht

a) Da § 615 Satz 1 BGB dem Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung „die vereinbarte Vergütung“ sichern, ihm also lediglich den originären Vergütungsanspruch aus § 611 Abs. 1 BGB aufrecht erhalten will (BAG, Urt. v. 28.04.1993 – 4 AZR 329/92 – EzA § 611 BGB Croupier Nr. 2; BAG, Urt. v. 05.09.2002 – 8 AZR 702/01 – EzA § 615 BGB Nr. 109), ist erste Voraussetzungen für einen auf diese Norm gestützten Zahlungsanspruch ein bestehendes Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten (vgl. auch BVerfG, Urt. v. 20.01.1990 – 1 BvR 42/82 – DB 1990, 1042). Hiervon ist unzweifelhaft für die Zeit vom 01.12. bis 06.12.2005, aber auch für die Zeit vom 06.12. bis 31.12.2005 auszugehen, da die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 06.12.2005 das Arbeitsverhältnis der Parteien, wie unter A. festgestellt, nicht gemäß § 626 Abs. 1 BGB beenden konnte.

b) Auch ist die zweite Voraussetzung für den auf § 611 Abs. 1 BGB i.V.m. § 615 Satz 1 BGB gestützten Vergütungsanspruch des Klägers für den vorgenannten Zeitraum, nämlich der Annahmeverzug der Beklagten, erfüllt.

aa) Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs richten sich auch für das Arbeitsverhältnis nach den §§ 293 ff. BGB. Danach muss der Schuldner in der Regel die geschuldete Leistung tatsächlich (§ 294 BGB) oder wörtlich (§ 295 Satz 1 BGB) anbieten. Ist allerdings für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, bedarf es ausnahmsweise überhaupt keines Angebots, wenn der Gläubiger die Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (§ 296 Satz 1 BGB).

bb) Im Streitfall bedurfte es aufgrund der Regelung in § 296 Satz 1 BGB weder eines tatsächlichen noch eines wörtlichen Angebots seitens des Klägers, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung für die Zeit vom 07.12. bis 31.12.2005 zu erbringen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, ist die nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers darin zu sehen, dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen und ihm eine Betätigung zuzuweisen (BAG, Urt. v. 24.11.1994 – 2 AZR 179/94 – EzA § 615 BGB Nr. 83; BAG, Urt. v. 06.12.2001 – 2 AZR 422/00 – EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 9; BAG, Urt. v. 11.01.2006 – 5 AZR 98/05 – EzA § 615 BGB 2002 Nr. 11). Dem ist die Beklagte nach dem Zugang ihrer außerordentlichen Kündigung vom 06.12.2005 bei dem Kläger nicht nachgekommen.

cc) Allerdings kommt der Arbeitgeber nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und Annahmeverzug schließen sich gegenseitig aus (BAG, Urt. v. 06.12.2001 – 2 AZR 422/00 – a.a.O.). Vorliegend war dem Kläger die Erbringung seiner Arbeitsleistung für die Zeit vom 08.12. bis zum 31.12.2005 entgegen der Vorinstanz nicht unmöglich. Denn die Beklagte hatte ihm, wie unter A. dargestellt, rechtswidrig und damit unverbindlich die betriebliche

Fahrerlaubnis entzogen mit der Folge, dass er sehr wohl ab dem 07.12.2005 in der Lage war, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung, nämlich einen Omnibus im Fahrbetrieb der Beklagten zu führen, nachkommen konnte.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 24.08.2006, 11 Sa 535/06, Revision zugelassen

eingereicht von Rechtsanwalt Horst Fromlowitz, Kettwiger Straße 20, 45127 Essen, Tel: 0201/230001, Fax: 0201/230004 info@rea-teigelack.de, www.rea-teigelack.de

201. Änderungskündigung, Versetzung, Subsidiarität, §§ 1, 2 KSchO

Bietet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Wegfall eines Tätigkeitsbereichs die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit anderen Tätigkeiten an, deren Gleichwertigkeit zwischen den Parteien streitig ist, und lehnt der Arbeitnehmer dies – auch nach einer ausdrücklich durch den Arbeitgeber ausgesprochenen Versetzung – kategorisch ab, so ist eine sodann vom Arbeitgeber ausgesprochene und vom Arbeitnehmer nicht unter Vorbehalt angenommene Änderungskündigung wirksam und führt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sie ist nicht unverhältnismäßig. Das gilt selbst dann, wenn sich in der zweiten Berufungsverhandlung vor dem LAG die Gleichwertigkeit der Tätigkeiten und damit die Wirksamkeit der zuvor ausgesprochenen Versetzung herausstellt und jedenfalls dann, wenn auch eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam gewesen wäre.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 20.01.2006, 11 Sa 755/05, Revision zugelassen

202. Sonderkündigungsschutz nach der Novelle des SGB IX, §§ 85, 90 Abs. 9a SGB IX

Die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung eines schwerbehinderten Menschen ist auch dann erforderlich, wenn die Feststellung der Schwerbehinderung nach zunächst erfolglosem Antrag erst im Widerspruchsverfahren oder auf Klage hin rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung erfolgt. § 90 Abs. 9a SGB IX hat auch ab 01.05.2004 nichts an der einschlägigen Rechtsprechung des BAG geändert.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 16.06.2006, 12 Sa 168/06, Revision zugelassen

203. Außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung, Kündigungserklärungsfrist, § 626 Abs. 1 und Abs. 2 BGB

Ist ein ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer in der Vergangenheit wegen unterschiedlicher Erkrankungen arbeitsunfähig gewesen und führt der Arbeitgeber nach dessen Arbeitsfähigkeit ein Krankengespräch mit ihm, nach dessen Inhalt er nach seiner Behauptung davon ausgehen muss, dass der Arbeitnehmer auch in Zukunft arbeitsunfähig krank sein werde, muss er eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist binnen 2 Wochen nach Kenntnis vom Kündigungssachverhalt aussprechen.

Im Gegensatz zu einer dauerhaften Erkrankung, einer dauernden Leistungsunfähigkeit oder einer auf einem Grundleiden beruhenden dauernden Krankheitsanfälligkeit liegt in diesem Fall kein so genannter Dauertatbestand vor.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 07.04.2006, 13 Sa 94/06, Revision zugelassen

204. Außerordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung, § 626 Abs. 1 BGB

Ist ein Personalreferent aufgrund einer Konzernbetriebsvereinbarung verpflichtet, für freie Stellen vorrangig interne Bewerber vorzuschlagen, können Nachlässigkeiten bei dieser Verpflichtung ohne vorherige erfolglose Abmahnung nicht zu einer außerordentlichen Kündigung führen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15.05.2006, 14 (12) Sa 43/06, Revision nicht zugelassen

205. Fristlose Kündigung eines städtischen Bediensteten wegen Drogenhandels mit Minderjährigen, § 626 Abs. 1 BGB

1. Gibt ein städtischer Bediensteter in seiner Freizeit in einer Vielzahl von Fällen Drogen an Minderjährige ab und richtet auf seinem Grundstück eine Art Drogentreff ein und wird deshalb zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 4 Monaten ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt, stellt dies einen Grund für eine fristlose Kündigung dar.

2. In einem solchen Fall ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, auf den Freigängerstatus des Arbeitnehmers hinzuwirken und erst nach Scheitern solcher Bemühungen die Kündigung auszusprechen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13.02.2006, 14 (12) Sa 1338/05, Revision nicht zugelassen

206. Betriebsbedingte Kündigung wegen Betriebsstilllegung, § 1 Abs. 2 KSchG

Von einem ernsthaften und endgültigen Entschluss zur Betriebsstilllegung kann nicht ausgegangen werden, wenn wenige Tage vor Ausspruch der Kündigung eine Auffanggesellschaft gegründet wird, die später in den ursprünglichen Räumen und mit einem Teil des Personals die betrieblichen Arbeiten fortsetzt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30.01.2006, 14 (13) Sa 1359/05, Revision nicht zugelassen

207. Klagefrist bei behördlicher Zustellung, Postfachzustellung, § 4 S. 4 KSchG

1. Die Kündigungsschutzklage der Klägerin ist wegen Nichteinhaltung der Klagefrist rechtswirksam geworden gemäß § 7 KSchG. Dies ergibt sich selbst dann, wenn man mit der Klägerin davon ausgeht, dass im vorliegenden Fall für die Klagefrist § 4 Satz 4 KSchG maßgebend ist, wonach die Klagefrist dann, soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf,

erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer läuft.

Ob in den Fällen, in denen es zur Wirksamkeit einer Kündigung einer vorherigen behördlichen Zustimmung bedarf, § 4 Satz 4 KSchG anwendbar ist, ist nicht gänzlich unumstritten. In der Rechtsliteratur werden an der Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Konstellationen der vorliegenden Art Zweifel geäußert (siehe *Henssler/Willemensen/Kalb*, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 4 Rz 42). Danach wird die Auffassung vertreten, dass bei einer nachträglichen Bekanntgabe einer bereits zuvor erteilten behördlichen Zustimmung die Klagefrist nicht aus § 4 Satz 4 KSchG, sondern § 4 Satz 1 KSchG erfolgt, so dass die Klagefrist wegen des Zugangs der Kündigung am 22.07.2004 zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 28.08.2004 ohnehin bereits abgelaufen gewesen wäre.

Demgegenüber folgt aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 07.03.2003 (- 2 AZR 487/02 – NZA 2003, 1335), dass bei Fällen der vorliegenden Art § 4 Satz 4 KSchG anwendbar ist.

Dieser – für die Klägerin günstigeren – Auffassung folgend, ergibt sich, dass auch die Klagefrist des § 4 Satz 4 KSchG im vorliegenden Fall versäumt worden ist. Aus der Versäumung dieser Klagefrist ergibt sich das Wirksamwerden der Kündigung gemäß § 7 KSchG, da § 7 KSchG auch für die Fälle des § 4 Satz 4 KSchG gilt (vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl., § 7 KSchG Rz 1).

2. Erfolglos greift die Klägerseite in diesem Zusammenhang die vom Arbeitsgericht vorgenommene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast an, § 4 Satz 4 KSchG ist eine Ausnahmegesellschaft von dem Regelfall, dass die Klagefrist grundsätzlich mit dem Zugang der Kündigungserklärung des Arbeitgebers beginnt. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu in seiner Entscheidung vom 03.07.2003 (- 2 AZR 487/02 –, NZA 2003, 1335 ff.) unter II. 2. b) bb) ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei § 4 Satz 4 KSchG um eine Ausnahmegesellschaft handelt.

Demzufolge muss der Arbeitnehmer, der sich auf einen späteren Klagefristbeginn als den Zeitpunkt des Zugangs der arbeitgeberseitigen Kündigung gemäß § 4 Satz 4 KSchG berufen will, die Voraussetzungen dieser Ausnahmegesellschaft darlegen. Zu den Voraussetzungen dieser Ausnahmegesellschaft gehört auch, darzulegen, wann die Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung erfolgt sein soll, wenn unstrittig ist, dass es jedenfalls zur Bekanntgabe gekommen ist und nur der Zeitpunkt der Bekanntgabe im Streit steht.

Entgegen dem Vorstehenden hat die Klägerin zu keiner Zeit einen konkreten Zeitpunkt der Kenntnisnahme benannt. Dabei ist unstrittig, dass die behördliche Entscheidung der Klägerin jedenfalls am 21.07.2004 in ihr Postfach in Bonn eingeworfen worden ist. Ab diesem Zeitpunkt war die behördliche Entscheidung in den Machtbereich der Klägerin gelangt und es bestand für die Klägerin die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Kündigungsschutzrecht

Wenn die Klägerin unter diesen Umständen geltend machen will, dass sie erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich Kenntnis genommen haben will, musste sie im Einzelnen und detailliert vortragen, zu welchem Zeitpunkt dies geschehen sein soll. Der Vortrag, sie habe etwa 2 Wochen lang ihr Postfach nicht geleert, beinhaltet keinen ausreichend bestimmten und substantiierten Vortrag.

Für einen solchen Vortrag hätte um so mehr Anlass bestanden, als die Klägerin in der erstinstanzlichen Klageschrift keinerlei Verzögerungen bei der Kenntnisnahme vom Bescheid des Integrationsamtes dargetan hat, sondern sich im Gegenteil darauf berufen hat, sie sei durch die fehlerhaften bzw. unvollständigen Belehrungen des Integrationsamtes in dem ihr übermittelten Zustimmungsbescheid irregeleitet worden und habe deshalb keine Kündigungsschutzklage erhoben, weil sie auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Rechtsmittelbelehrung des Zustimmungsbescheides vertraut habe. Der Vortrag, sie habe erst verspätet von dem in ihr Postfach eingeworfenen Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes erfahren, ist erstmals erfolgt, nachdem der Antrag auf nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage rechtskräftig zurückgewiesen worden war.

Angesichts dessen hätte es erst recht der Klägerin obliegen, im Einzelnen darzulegen, wann sie tatsächlich von dem Zustimmungsbescheid Kenntnis genommen hat und warum dies zunächst als unproblematisch dargestellt und nicht beanstandet worden ist.

Schließlich ist, worauf bereits das Arbeitsgericht hingewiesen hat, der Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Sphäre des Arbeitnehmers und damit seiner Darlegungslast zuzuordnen, wenn jedenfalls unstreitig ist, dass der Zustimmungsbescheid in das Postfach der Klägerin eingeworfen worden war.

Da die Klägerseite ihre diesbezügliche Darlegungslast nicht genügt hat, kann sie sich bereits aus diesem Grund nicht auf einen späteren Klagefristbeginn nach § 4 Satz 4 KSchG berufen.

3. Unabhängig vom Vorhergesagten wäre eine spätere Kenntnisnahme auch unbeachtlich und würde im vorliegenden Fall nicht zu einem späteren Klagefristbeginn führen.

Denn bei der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer muss es auf den Zugang und damit den Zeitpunkt ankommen, in dem der Bescheid in den Machtbereich des Empfängers gelangt, sofern und sobald mit seiner Kenntnisnahme nach objektiven Umständen zu rechnen ist.

Selbst wenn man zu Gunsten der Klägerin davon ausgeht, dass nicht mit einer täglichen Leerung des Postfachs zu rechnen ist, so bildet andererseits die auch im Postfachvertrag festgelegte Obliegenheit, das Postfach zumindest einmal wöchentlich zu leeren, eine Obergrenze bei der üblichen Kenntnisnahme. Ein Absender, der eine Briefsendung in ein solches Postfach einwirft, kann, auch weil die Postfachbedingungen öffentlich zugänglich sind, jedenfalls davon ausgehen, dass der Empfänger das Postfach zumindest wöchentlich leeren

wird und daher spätestens nach 7 Tagen Kenntnis genommen hat.

Sofern im Einzelfall unverschuldet eine spätere Kenntnisnahme erfolgt, bleibt noch die Möglichkeit, einen Antrag auf nachträgliche Zulassung gemäß § 5 KSchG mit dieser Begründung zu stellen.

Einen solchen Antrag hat die Klägerin, bezogen auf diesen Sachverhalt, jedoch nicht gestellt. Sie hat zwar die nachträgliche Zulassung der Klage beantragt, jedoch mit einem anderen Sachverhalt und einer anderen Begründung, nämlich das sie durch die Rechtsmittelbelehrung des Integrationsamtes in die Irre geleitet worden sei. Ein nachträglicher Zulassungsantrag des Inhaltes, dass der behördliche Bescheid erst verspätet zur Kenntnis genommen worden sei, ist nicht, und schon gar nicht innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 KSchG gestellt worden.

Es ist im Gegenteil so, dass die Klägerin jedenfalls innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 4 KSchG von der behördlichen Zustimmungsentscheidung Kenntnis erhalten hat und weder rechtzeitig Kündigungsschutzklage noch einen auf die verspätete Kenntnisnahme bezogenen Antrag nach § 5 KSchG gestellt hat. Denn von Kenntnisnahme war spätestens am 28.07.2004 auszugehen. Unstreitig war die Klägerin bei ihrem Prozessbevollmächtigten am 17.08.2004, also zu einem Zeitpunkt, zu dem noch rechtzeitig innerhalb der Frist des § 4 Satz 4 KSchG Klage hätte erhoben werden können.

Obwohl damit am 17.8.2004 noch eine fristgerechte Klageerhebung möglich gewesen wäre, ist die Klageerhebung erst später erfolgt und die Klagefrist dadurch versäumt worden.

Die Klägerseite konnte sich schließlich nicht darauf verlassen, dass ihr die behördliche Zustimmungserklärung am Arbeitsplatz zugestellt würde. Selbst wenn man zu Gunsten der Klägerin davon ausgeht, dass sie angesichts der E-Mail-Korrespondenz mit dem Integrationsamt (Blatt 196 d. A.) von einer Zustellung am Arbeitsplatz ausging, konnte die Klägerin hierauf jedenfalls nicht mehr vertrauen, nach dem sie mit Schreiben vom 21.07.2004 von der weiteren Arbeitsleistung frei gestellt worden war. Spätestens ab diesem Zeitpunkt musste der Klägerin klar sein, dass ihr die behördliche Entscheidung auf anderem Wege bekannt gegeben würde. Dies umso mehr, als die Beklagte in ihrem Kündigungsschreiben ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung erfolgt sei.

Von einer Bekanntgabe spätestens am 26.07.2004 ist daher auszugehen, so dass die erst am 28.08.2004 eingereichte Klage die Klagefrist des § 4 Satz 4 KSchG nicht wahren konnte.

4. Soweit die Klägerseite darauf hinweist, dass nach ihrer Auffassung die behördliche Entscheidung nicht rechtswirksam nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zugestellt worden sei, ist darauf hinzuweisen, dass es hierauf für den Beginn der Klagefrist des § 4 Satz 4 KSchG nicht ankommt.

Nach dessen klaren Wortlaut beginnt die Klagefrist mit der Bekanntgabe, nicht mit der Zustellung einer behördlichen Entscheidung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es für die

Wirksamkeit des Zustimmungsbescheides als Verwaltungsakt auf eine rechtswirksame Zustellung angesichts der im Widerspruch der Klägerin aufgeführten Gründe überhaupt ankommen kann. Auf den Beginn der Klagefrist im zivilrechtlichen Arbeitsgerichtsverfahren hat die Wirksamkeit der Zustellung jedenfalls keinen Einfluss, da § 4 Satz 4 KSchG ausschließlich auf die Bekanntgabe abstellt.

Aus den dargestellten Gründen ist von einer Versäumung der Klagefrist § 4 Satz 4 KSchG bei Einreichung der Kündigungsschutzklage auszugehen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 04.12.2006, 14 Sa 873/06
eingereicht von Rechtsanwältin Bettina Schmidt,
Reichsstraße 46, 53125 Bonn,
Tel: 0228/250804, Fax: 0228/250895
Rain.Bettina.Schmidt@t-online.de,
www.Kanzlei-Bettina-Schmidt.de

208. Nachträgliche Klagezulassung, psychische Erkrankung, § 5 KSchG

Eine psychische Erkrankung allein rechtfertigt eine nachträgliche Zulassung einer verspäteten Kündigungsschutzklage noch nicht; hinzukommen muss die Unmöglichkeit, infolge der psychischen Erkrankung rechtzeitig Klage erheben zu können.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 09.03.2006, 14 Ta 21/06

209. Restmandat Betriebsrat, Betriebsstilllegung, § 21b BetrVG

1. Die Kündigung des Klägers hat der Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG bedurft. Nach § 21b BetrVG behält der Betriebsrat im Fall der Betriebsstilllegung ein nachwirkendes Mandat (Restmandat). Dabei geht das Gesetz davon aus, dass das Restmandat erforderlich ist, weil durch die Stilllegung der Betrieb untergeht. Inhaltlich ist das Restmandat auf die Wahrnehmung der mit der „Stilllegung im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte“ beschränkt. Das Restmandat ist somit ein durch den Aufgabenbezug eingeschränktes Abwicklungsmandat. Es weist die Besonderheit auf, dass die Betriebsratsmitglieder ihr Amt ohne Arbeitsverhältnis ausüben und eine Belegschaft repräsentiert wird, die es nicht mehr gibt. Die inhaltliche Beschränkung des Restmandats auf die mit der Betriebsstilllegung im Zusammenhang stehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte“ entspricht dem Zweck der Vorschrift, zu verhindern, dass der Arbeitgeber gerade diese Beteiligungsrechte durch raschen Vollzug der Betriebsstilllegung unterläuft. In funktionalem Zusammenhang mit der Betriebsstilllegung stehen vor allem die Beteiligungsrechte nach § 111 Satz 3 Nr. 1, Satz 1 und 2 und § 112 BetrVG. In Betracht kommen aber auch Beteiligungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen, wie z.B. bei Kündigung oder Versetzung von Arbeitnehmern

(vgl. *Kreutz/GK – BetrVG*, 7. Aufl. 2002, § 1 Anmerkung 7, 11 f.; *Thüsing-Richardi, BetrVG*, 9. Aufl. 2004, Anmerkung 7f).

Das Restmandat ist mithin funktional bezogen auf alle mit der Stilllegung im Zusammenhang stehenden betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte und die betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben, die sich daraus ergeben, dass trotz tatsächlicher Stilllegung des Betriebs noch nicht alle Arbeitsverhältnisse rechtlich beendet sind und einzelne Arbeitnehmer mit Abwicklungsarbeiten beschäftigt werden (SAG, Urt. v. 14.10.1982 – 2 AZR 568/80 – AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969). Danach soll das Restmandat gewährleisten, dass die zur Abwicklung einer Betriebsstilllegung erforderlichen betrieblichen Regelungen tatsächlich noch getroffen werden können. Es setzt seinem Zweck nach einen die Betriebsstilllegung überdauernden Regelungsbedarf voraus (BAG, Urt. v. 05.10.2000 – 1 AZR 48/00 – AP Nr. 141 zu § 112 BetrVG 1972; BAG, Urt. v. 12.01.2000 – 7 ABR 61/98 AP Nr. 5 zu § 24 BetrVG 1972 und BAG, Urt. v. 14.08.2001 – 1 ABR 52/00 – AP Nr. 1 zu § 21 B BetrVG 1972).

2. Bei Anwendung dieser Rechtsgrundsätze war der Betriebsrat im zur Entscheidung stehenden Fall vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 BetrVG zu beteiligen.

2.1. Zweck der Beteiligung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG ist zum einen „wegen der einschneidenden Bedeutung der Kündigung für den Arbeitnehmer die verstärkte Einschaltung des Betriebsrats“ (Bericht des Ausschusses für Arbeit- und Sozialordnung, zu BT – Drucks. VI/2729, Seite 7). Zum anderen soll auf der kollektiven Ebene sichergestellt werden, dass der Betriebsrat bei allen Maßnahmen eingeschaltet wird, die die personelle Zusammensetzung der Belegschaft betreffen (BAG, Urt. v. 09.11.1977 – 5 AZR 132/76 – AP Nr. 13 zu Internat. Privatarbeitsrecht). § 102 hat mithin eine kollektive und eine individualrechtliche Schutzfunktion (BAG, Urt. v. 18.09.1975 – 2 AZR 594/74 – AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972). Die vorherige Anhörung des Betriebsrats als striktes Wirksamkeitserfordernis einer Kündigung soll sicherstellen, dass der Arbeitgeber sich vor der Entscheidung für die Kündigung in jedem Falle mit etwaigen Einwendungen des Betriebsrats auseinandersetzt. Der Betriebsrat soll durch seine Stellungnahme zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers seine Meinung dazu kundtun, ob die vom Arbeitgeber mitgeteilten Tatsachen zutreffen und ob sie die Kündigung rechtlich rechtfertigen. Er soll aber auch auf die Willensentscheidung des Arbeitgebers Einfluss nehmen, ob die Kündigungsbefugnis tatsächlich ausgeübt werden soll oder ob es – trotz möglichen Vorliegens eines Kündigungsgrundes – etwa aus sozialen Erwägungen oder Zweckmäßigkeitsgründen richtiger wäre, von einer Kündigung Abstand zu nehmen (BAG, Urt. v. 19.01.1983 – 7 AZR 514/80 – AP Nr. 28 zu § 102 BetrVG 1972). Dieser Zweck der Vorschrift des § 102 BetrVG entfällt aber gerade nicht, bei im Zusammenhang mit einer Betriebsstilllegung noch anstehenden Kündigungen von Arbeitsverhältnissen. Soweit daher trotz bereits vollzogener Betriebsstilllegung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder noch einzelne Arbeitsverhältnisse

Kündigungsschutzrecht

abzuwickeln und Kündigungen auszusprechen sind, ist der Betriebsrat im Rahmen seines Restmandats nach § 21b BetrVG gemäß § 102 BetrVG zu beteiligen. Insofern besteht nach dem Zweck des Restmandats ein die Betriebsstilllegung überdauernder Regelungsbedarf. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob die Arbeitsverhältnisse der betreffenden Arbeitnehmer nur deshalb weiter bestanden, weil eine zuvor ausgesprochene Kündigung aus formalen Gründen unwirksam war. Desgleichen kommt es nicht darauf an, dass kein Kündigungsschutz mehr besteht, denn das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 102 BetrVG ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG auch dann zu beachten, wenn das Kündigungsschutzgesetz auf den Betrieb keine Anwendung findet oder der Arbeitnehmer in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses gekündigt wird (BAG, Urt. v. 03.12.1998 – 2 AZR 234/98 – AP Nr. 99 zu § 102 BetrVG 1972).

2.2. Selbst wenn die Kammer zu Gunsten des Beklagten zu 1) davon ausgeht, dass im Streitfall nur noch zwei Arbeitsverhältnisse, nämlich das des Klägers und der Mitarbeiterin H... nicht beendet waren, war mithin vorliegend das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu wahren. Denn – wie oben ausgeführt – soll der Betriebsrat durch seine Stellungnahme zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers gerade seine Meinung dazu kundtun, ob die vom Arbeitgeber mitgeteilten Tatsachen zutreffen und ob sie die Kündigung rechtlich rechtfertigen. Diese Zwecksetzung ist aber auch im Fall der Betriebsstilllegung gegeben, so lange noch nicht alle Arbeitsverhältnisse beendet sind. Der Betriebsrat soll gerade die Möglichkeit haben, dazu Stellung zu nehmen, ob gegebenenfalls Gründe vorliegen, die es gebieten, von einer Kündigung Abstand zu nehmen oder sie zu einem anderen Zeitpunkt auszusprechen, etwa weil doch noch Restarbeiten anfallen.

3. Vortrag dazu, dass etwa im Streitfall kein Betriebsrat mehr existierte, der das Restmandat hätte wahrnehmen können, hat der Beklagte zu 1) nicht erbracht. Das Restmandat existiert, solange noch ein mindestens einköpfiger Betriebsrat existiert, der Willens ist, das Restmandat wahrzunehmen (BAG, Urt. v. 12.01.2000 – 7 ABR 61/98 – AP Nr. 5 zu § 24 BetrVG 1972). Diese Voraussetzungen lagen im Streitfall offenbar vor, denn für die weitere Kündigung vom 26.01.2006, die der Kläger nicht mehr angegriffen hat, hat der Beklagte zu 1) den Betriebsrat nunmehr beteiligt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 06.03.2006, 17 Sa 85/06

210. Kündigung eines Schwerbehinderten; Nachweis der Schwerbehinderung; Mitwirkungspflichten, § 85 SGB IX, § 90 Abs. 2a SBB IX

1. § 90 Abs. 2a SGB IX verlangt für die Beibehaltung des Sonderkündigungsschutzes schwerbehinderter Arbeitnehmer gemäß § 85 SGB IX keinen Nachweis der Schwerbehinderung – sei es durch Vorlage des Bescheides des Versorgungsamtes oder des Ausweises – gegenüber dem Arbeitgeber.

2. Ebenso wenig gibt § 90 Abs. 2a SGB IX vor, dass der Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter mindestens drei, falls ein medizinisches Gutachten zur Feststellung der Schwerbehinderung erforderlich ist, sogar sieben Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt sein muss.

3. Nach § 90 Abs. 2a SGB IX findet § 85 SGB IX und damit das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes bei Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers nur dann keine Anwendung, wenn zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs entweder die Schwerbehinderung nicht nachgewiesen oder bei einem laufenden Anerkennungsverfahren dessen Abschluss aufgrund schuldhaft fehlender Mitwirkung des Arbeitnehmers nicht innerhalb dieser drei- bzw. siebenwöchigen Fristen erfolgen konnte.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 29.03.2006, 17 Sa 1321/05, Revision zugelassen

211. Betriebsbedingte Änderungskündigung, Außendienstmitarbeiter, Reduzierung der Vertriebsgebiete

Eine einseitige Versetzung ohne einverständliche Regelung und ohne Änderungskündigung ist grundsätzlich unzulässig. Der Arbeitgeber kann nicht einseitig vom Arbeitsvertrag abweichende Arbeiten und/oder eine andere Vergütung festlegen. Allerdings wird von der Rechtsprechung anerkannt, dass die Arbeitsvertragsparteien im Voraus ein erweitertes Direktionsrecht zu Gunsten des Arbeitgebers vereinbaren können, dessen Ausübung letztlich billigem Ermessen i.S.v. § 315 BGB entsprechen muss. Keinesfalls darf das Direktionsrecht auch in diesem Fall aber in den kündigungsschutzrechtlich geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingreifen (ErfK/Ascheid, 6. Aufl. 2006, § 2 KSchG, Rn 15 f. m.w.N.; BAG, Urt. v. 21.04.93 – 7 AZR 297/92 – EzA § 2 KSchG Nr. 20; Kittner/Deubler/Zwanziger, KSchG, 6. Aufl. 2004, § 2 Rn 24 f.). Sinnvoll und bei Außendienstmitarbeitern weitgehend üblich sind erweiterte Direktionsklauseln, mit denen dem Arbeitgeber im Voraus gestattet wird, die Vertriebsgebiete neu „zuzuschneiden“ und ggf. auch personell anders zuzuordnen. Die Organisationsentscheidung der Beklagten, statt 6 nur noch 4 Vertriebsgebiete aufrecht zu erhalten, wird daher vom vertraglich erweiterten Direktionsrecht noch erfasst.

Dagegen greifen die Versetzung nach Berlin und die Zuweisung einer reinen Innendiensttätigkeit in den geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses ein. Es handelt sich um eine weitgehend andere Tätigkeit ohne direkten Kundenkontakt. Zudem ist der Arbeitsort weit vom Wohnsitz des Klägers entfernt. Zwar musste der Kläger im Außendienst auch ständig außerhalb seines Wohnortes tätig werden. Hier hatte er aber diverse Möglichkeiten, zwischendurch immer wieder nach Hause zurückzukehren.

Auch finanziell sind die Auswirkungen auf Dauer erheblich, auch wenn das Grundgehalt unverändert geblieben ist. Als Außendienstler bekam der Kläger die Übernachtungskosten ersetzt und eine Spesenpauschale für die Verköstigung. Als

Betriebsverfassungsrecht

Innendienstler entfällt das alles; vielmehr muss der Kläger auf Dauer eine doppelte Haushaltsführung betreiben, die mit erheblichen Mehrkosten verbunden ist. Ferner entfällt seither die Möglichkeit, den bisher auch privat genutzten Dienstwagen weiterhin privat zu nutzen. Steuerlich schlägt sich dies mit einem um 335,00 EUR brutto monatlich niedriger veranlagten Einkommen nieder. Tatsächlich sind die Ersparnisse bei privat nutzbaren Dienstwagen in aller Regel deutlich höher als die pauschalierte steuerliche Regelung hergibt. Da alles in allem die Versetzung in den Kernbereich des Arbeitsverhältnisses eingreift und sie damit unzulässig ist, braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob die Auswahlentscheidung zu Lasten des Klägers der Billigkeit im Rahmen von § 315 BGB entspricht und die Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre, einen anderen Außendienstmitarbeiter nach Berlin zu versetzen.

Letztendlich kann sich die Beklagte auch deshalb nicht auf das im letzten Absatz von § 1 des Arbeitsvertrages vereinbarte erweiterte Direktionsrecht berufen, weil der Kläger dort nur unter der Voraussetzung gleich bleibender Bezüge auf eine Änderungskündigung verzichtet hat. Allein infolge Wegfalls des auch privat nutzbaren Dienstwagens sind die Bezüge des Klägers aber nicht „gleich bleibend“ geblieben.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 19.05.2006, 47 Ca 24574/05

eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Fraumann,

Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,

Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556

GM.Arbeitsrecht@t-online.de

Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

212. Änderung von Entlohnungsgrundsätzen

Hat der nicht tarifgebundene Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern die Geltung von Tarifverträgen über Zuschläge, Zulagen, Urlaubsgeld und eine Jahreszuwendung vereinbart, kann auch die vollständige Streichung dieser Leistungen für neu eingestellte Arbeitnehmer dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegen.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 28.02.2006, 1 ABR 4/05

213. Einigungsstelle, Zahl der Beisitzer, § 98 ArbGG, § 76 BetrVG

Die Besetzung mit einer größeren Anzahl an Beisitzern kann angemessen sein, wenn der Regelungsgegenstand es erfordert. Mehr als zwei Beisitzer können bestimmt werden, wenn die Betriebspartner hierüber Einvernehmen erzielen oder das Arbeitsgericht im Bestellungsverfahren nach § 98 ArbGG dies in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens für geboten hält (LAG München, Urt. v. 31. Januar 1989 LAGE § 98 ArbGG Nr. 14; LAG Hamburg, Urt. v. 13. Januar 1999 – 4 TaBV 9/98 –

AiB 1999, 221; *Kreutz*, a.a.O., Rz 37; *Schwab/Weth-Walker*, ArbGG, § 98 ArbGG Rz 56; *Düwell/Lipke-Koch*, ArbGG, 2. Aufl., § 98 ArbGG Rz 19, jeweils m.w.N.). Ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Den Ausschlag geben dabei die Komplexität des zu regelnden Sachverhalts, die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen, die mit dem Regelungsgegenstand verbundenen schwierigen Rechtsfragen und die Zumutbarkeit der Einigungsstellenkosten. Der Beschwerde ist zu folgen, wenn sie insoweit für ein Abweichen von der Regelbesetzung der Einigungsstelle verlangt, dass diese besondere Situation durch „nachprüfbare Tatsachen“ belegt wird (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23. Juni 1983 – 4 TaBV 12/83 – DB 1984, 56).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 13.12.2005, 1 TaBV 77/05

214. Wählbarkeit von Arbeitnehmern zum Aufsichtsrat, Altersteilzeit, Behandlung der Wahlvorschläge, §§ 7, 24 MitbestG, §§ 27, 34, 35 2. WO zum MitbestG

1. Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Altersteilzeit sind nicht mehr wählbar zum Aufsichtsrat.
2. Maßgeblich für die Frage der Wählbarkeit ist der Beginn der Amtszeit.
3. Die Pflicht des Wahlvorstands zur Prüfung eines eingereichten Wahlvorschlags beginnt mit der Einreichung des schriftlichen Wahlvorschlags; erforderliche Aufklärungsmaßnahmen stellen keine pflichtwidrige Verzögerung der Prüfung dar.
4. Der Wahlvorstand ist – abgesehen von einer Mehrfachbewerbung im Sinn des § 27 Abs. 8 WO – zu einer Änderung des eingereichten Wahlvorschlags, insbesondere zu einer Streichung einzelner Bewerber, nicht befugt.
5. Erkennt der Wahlvorstand, dass er irrtümlich einen eingereichten Wahlvorschlag zunächst als gültig behandelt hat, darf er den als ungültig erkannten Wahlvorschlag nicht weiterhin als gültig behandeln.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 16.02.2006, 2 TaBV 9/06

215. Bestellung des Wahlvorstandes und nachträgliche Erhöhung der Mitgliederzahl, § 16 BetrVG

Wird durch Beschluss des Betriebsrats die Zahl der Wahlvorstandsmitglieder nachträglich auf mehr als 3 Mitglieder erhöht, kann der Erhebungsbeschluss isoliert durch das Arbeitsgericht im einstweiligen Verfügungsverfahren als unwirksam erklärt werden, wenn die Erhöhung der Mitgliederzahl nicht erforderlich war im Sinn des § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 11.05.2006, 2 TaBV 29/06

216. Höhe Kinderzuschlag zu einer Abfindung im Sozialplan für Teilzeitbeschäftigte, § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG, § 112 BetrVG

1. Legt eine Einigungsstelle in einem Sozialplan fest, dass der einem Vollzeitbeschäftigten zustehende Kinderzuschlag zur Abfindung einem Teilzeitbeschäftigten nur anteilig im Verhältnis der jeweiligen regelmäßigen Wochenarbeitszeit zur im Betrieb geltenden 38,5-Stunden-Wochenarbeitszeit für Vollzeitbeschäftigte gezahlt wird, liegt kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder EG-RL 66/207/EWG vor.

2. Unzulässig bzgl. der Höhe des Kinderzuschlages ist es aber, für geringfügig Beschäftigte den sich aus der Teilzeitbeschäftigung ergebenden Faktor unabhängig von der im Vertrag festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit pauschal auf 0,1 festzulegen, wenn sich für die übrigen Teilzeitbeschäftigten der Faktor gemäß Ziffer 1) berechnet. Auch die geringfügig Beschäftigten haben einen Anspruch auf Kindergeld in der Höhe, die dem Verhältnis ihrer Arbeitszeit zur im Betrieb geltenden 38,5-Stunden-Woche entspricht.

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 27.04.2006, 3 Sa 229/05

217. Einsetzung einer Einstellungsstelle, §§ 76, 87 BetrVG, § 98 ArbGG

Die Einigungsstelle ist entgegen in der Literatur vertretenen Ansicht (z.B. *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Auflage § 98 Rn 12) nicht ohne weiteres offensichtlich unzuständig, wenn von einem Mitbestimmungsrecht bereits durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung Gebrauch gemacht wurde und diese weder gekündigt noch für unwirksam erklärt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 06.09.2005, 4 TaBV 41/05

218. Abberufung „en bloc“ und Neuwahl zur Freistellung von Betriebsratsmitgliedern sowie von Ausschüssen nach Änderung der Mehrheitsverhältnisse durch Listenwechsel

Ist die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern bzw. die Bestellung von Ausschussmitgliedern nach den Grundsätzen der Verhältniswahl erfolgt, hat der Betriebsrat über erneute Freistellung bzw. Besetzung der Ausschüsse Neuwahlen durchzuführen, wenn sich das Verhältnis der Listen durch den Listenwechsel von Betriebsratsmitgliedern ändert. Einer vorherigen Abberufung mit qualifizierter Mehrheit bedarf es in diesem Fall nicht.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 12.12.2005, 5 TaBV 16/05

219. Gesamtbetriebsrat, Kosten, § 40 BetrVG

Haben sich in einem Unternehmen zwei Gesamtbetriebsräte konstituiert, die jeweils die Legitimität des anderen in Frage

stellen, so können Mitglieder des nicht wirksam bestellten Gesamtbetriebsrats gleichwohl vom Arbeitgeber Kostenerstattung verlangen – jedenfalls dann, wenn die Bildung des Gesamtbetriebsrats nicht offenkundig unzulässig war.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.11.2005, 5 TaBV 42/05, Rechtsbeschwerde zugelassen

220. Einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund, Karneval, Rosenmontag, §§ 253, 567, 920, 935 ZPO

1. Der Betriebsrat kann individuelle Ansprüche der Arbeitnehmer, die in einer Betriebsvereinbarung ihre Grundlage haben (hier: Freistellungs- und Vergütungsansprüche an den rheinischen Karnevalstagen), nicht zum Gegenstand eines Durchführungsanspruchs machen.

2. Ist der Arbeitgeber bereit, den Arbeitnehmern zur Teilnahme an Karneval in dem bisherigen Umfang Freizeit zu gewähren, so fehlt es hinsichtlich der Frage der Vergütungspflicht an einem Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.02.2006, 6 Ta 76/06

221. Betriebsratswahl, einstweilige Verfügung, Feststellungsverfügung, Wahlabbruch, Wahlvorstandsgröße

1. Bestellt der Betriebsrat eines Betriebes ohne Außenstellen einen neunköpfigen Wahlvorstand mit der Begründung, er wolle, dass sämtliche Abteilungen im Wahlvorstand vertreten seien, ist dieser Beschluss unwirksam. Die „Erforderlichkeit“ einer Erhöhung der Zahl der Wahlvorstandsmitglieder nach § 16 Abs. 1 S. 2 BetrVG ist nicht gegeben.

2. Der Arbeitgeber kann die gerichtliche Feststellung beantragen, dass der Beschluss des Betriebsrats über die Einsetzung des Wahlvorstands unwirksam ist.

3. Diese Feststellung kann auch im Verfahren einer einstweiligen Verfügung getroffen werden; effektive Rechtsschutzgewährung gebietet in derartigen Fällen, in denen kein anderer Weg zur Verfügung steht, den Erlass einer entsprechenden Feststellungsverfügung.

4. Die fehlerhafte Besetzung des Wahlvorstandes hat die Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl zur Folge.

5. Zumindest dann, wenn die Wahl des Betriebsrats noch rechtzeitig vor Ablauf der Amtszeit des bisherigen Betriebsrats durchgeführt werden kann, ist ein Abbruch der Wahl im Wege einstweiliger Verfügung auch dann möglich, wenn die Wahl im Falle ihrer Durchführung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar wäre.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 30.03.2006, 6 TaBV 19/06

Betriebsverfassungsrecht

222. Betriebsratstätigkeit, Erforderlichkeit von Arbeitsbefreiung, § 37 Abs. 2 BetrVG

I. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Zahlung von Vergütung für den 8. Dezember 2003 nach § 611 BGB i.V.m. § 37 Abs. 2 BetrVG.1. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind nicht freigestellte Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und so weit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Der Anspruch auf Vergütungsfortzahlung setzt daher voraus, dass das Betriebsratsmitglied während der Zeit der Arbeitsbefreiung gesetzliche Aufgaben des Betriebsrats wahrnimmt. Außerdem muss die Arbeitsbefreiung zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich sein.

Die Prüfung der Frage, ob die Versäumung der Arbeitszeit zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, obliegt sowohl dem Betriebsrat als Gremium als auch dem einzelnen Betriebsratsmitglied. Ihnen steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu. Sie dürfen die Frage der Erforderlichkeit allerdings nicht allein nach ihrem subjektiven Ermessen beantworten, sondern müssen die Interessen des Betriebs einerseits und des Betriebsrats und der Belegschaft andererseits gegeneinander abwägen (st. Rspr, vgl. etwa BAG, Urt. v. 15. März 1995 – 7AZR 643/94 – BAGE 79, 263 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 105 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 124, zu H 1b der Gründe). Fasst der Betriebsrat als Gremium den Beschluss, dass das Betriebsratsmitglied eine bestimmte Aufgabe wahrnehmen soll, entbindet dies das Betriebsratsmitglied nicht von einer selbständigen Überprüfung der Rechtslage hinsichtlich des Bestehens einer Betriebsratsaufgabe und deren Erforderlichkeit (st. Rspr. vgl. etwa BAG, Urt. v. 6. August 1981 – 6 AIR 505/78 – AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 73, zu H 2b der Gründe; Urt. v. 31. August 1994 – 7 AZR 893/93 – AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 98 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 33, zu 2b der Gründe).

Ob die Arbeitsbefreiung überhaupt der Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats dient, ist eine Rechtsfrage, die allein nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist (BAG, Urt. v. 11. August 1993 – 7 AZR 619/92 –, zu 3 der Gründe; Urt. v. 10. August 1994 – 7ABR 35/93 – NZA 1995, 796, zu B11 der Gründe; Urt. v. 31. August 1994 – 7AZR 893/93-AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 98 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 33, zu 2c der Gründe). Ein Beurteilungsspielraum besteht insoweit nicht (aA *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl., § 37 Rn 15; GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., § 37 Rn 21). Auch ein entschuldbarer Irrtum des Betriebsratsmitglieds darüber, ob eine von ihm wahrgenommene Tätigkeit zu den Aufgaben des Betriebsrats gehört, kann grundsätzlich einen Vergütungsanspruch nach § 611 BGB, § 37 Abs. 2 BetrVG nicht begründen (BAG, Urt. v. 11. August 1993 – 7 AZR 619/92 – a.a.O.; a.A. wohl *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 37 Rn 33; DKK/*Wedde*, BetrVG, 10. Aufl., § 37 Rn 24). Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass

der Betriebsrat und auch das einzelne Betriebsratsmitglied eigenverantwortlich über die Ausübung der Betriebsratstätigkeit entscheiden. Deshalb kann nicht jede Verkenning der objektiven Rechtslage, insbesondere bei schwierigen und ungeklärten Rechtsfragen, nachteilige Auswirkungen für das betreffende Betriebsratsmitglied haben. Das ist nur dann der Fall, wenn bei verständiger Würdigung erkennbar ist, dass es sich bei der Tätigkeit nicht mehr um die Wahrnehmung gesetzlicher Aufgaben des Betriebsrats handelt (BAG, Urt. v. 31. August 1994 – 7 AZR 893/93 – a.a.O.).

Die Aufgaben des Betriebsrats ergeben sich aus dem Betriebsverfassungsgesetz und anderen Gesetzen (z.B. § 17 Abs. 2 und 3 KSchG, § 93 SGBIX, §§ 9, 11 ASiG), ggf. auch aus Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen. Danach gehören zu den Aufgaben des Betriebsrats insbesondere die Teilnahme an Betriebsratssitzungen (§§ 29, 30 BetrVG), die Abhaltung von Sprechstunden (§ 39 BetrVG), die Teilnahme an Betriebs- und Abteilungsversammlungen (§ 43 BetrVG), Betriebsräteversammlungen (§ 53 BetrVG), Besprechungen und Verhandlungen mit dem Arbeitgeber oder mit Behörden, sowie in erster Linie die Wahrnehmung der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte (vgl. dazu BAG, Urt. v. 10. August 1994 – 7ABR 35/93 – NZA 1995, 796, zu B11c der Gründe). Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Aufgaben innerhalb oder außerhalb des Betriebs wahrzunehmen sind (GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., § 37 Rn 24; *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 37 Rn 27; DKK/*Wedde*, BetrVG, 10. Aufl., § 37 Rn 17).

Nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats gehört in der Regel – soweit nicht in Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträgen etwas anderes bestimmt ist – die Teilnahme an Veranstaltungen von Gewerkschaften mit Ausnahme von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen i.S.v. § 37 Abs. 6 und Abs. 7 BetrVG (vgl. GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., § 37 Rn 29; wohl auch *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 37 Rn 31; a.A. DKK/*Wedde*, BetrVG, 10. Aufl., § 37 Rn 24). Der Betriebsrat kann jedoch im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) Gespräche mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften führen (GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., § 37 Rn 29; *Fitting*, BetrVG, a.a.O.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl., § 37 Rn 16; DKK/*Wedde*, a.a.O., § 37 Rn 18). Aus § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt sich allerdings kein eigenständiges Recht der Gewerkschaften, aus eigenem Antrieb an betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten mitzuwirken (GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, a.a.O., § 2 Rn 21). Soweit den Gewerkschaften vom Gesetz keine eigenständigen betriebsverfassungsrechtlichen Rechte eingeräumt werden (vgl. insoweit z.B. § 14 Abs. 3, § 16 Abs. 1 Satz 6, Abs. 2, § 17 Abs. 3, Abs. 4, § 18 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, § 19 Abs. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 31, § 35 Abs. 1, § 43 Abs. 4, §§ 46, 48 BetrVG), können Gewerkschaften im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich grundsätzlich nur auf Wunsch eines der Betriebspartner, in der Regel des Betriebsrats, tätig werden (GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, a.a.O., § 2 Rn 22; *Fitting*, BetrVG a.a.O., § 2 Rn 53). Der Betriebsrat kann bei der Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen

Aufgaben Vertreter einer Gewerkschaft zur Unterstützung und Beratung hinzuziehen, wenn er dies für sachdienlich und geboten hält. Ob sich der Betriebsrat im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten gewerkschaftlicher Unterstützung bedienen will, hat der Betriebsrat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (GK-BetrVG/*Kraft/Franzen*, a.a.O., § 2 Rn 24).

Ebenfalls nicht zu den gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats zählen grundsätzlich Informationsveranstaltungen mit Betriebsräten anderer Betriebe. Ausgenommen hiervon sind Betriebsräteversammlungen gemäß § 53 BetrVG oder Zusammenkünfte aus einem konkreten betrieblichen Anlass (vgl. dazu GK-BetrVG/*Weber*, 8. Aufl., § 37 Rn 31; *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 37 Rn 30). Ein solcher Anlass kann z.B. vorliegen, wenn in einem Unternehmen ein Kompetenzstreit zwischen den einzelnen Betriebsräten und dem Gesamtbetriebsrat besteht und die Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds an einer derartigen Zusammenkunft der Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats dient (BAG, Urt. v. 10. August 1994 – 7ABR 35/93 – NZA 1995, 796).

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei einen Vergütungsanspruch der Klägerin für den 8. Dezember 2003 verneint. Das Landesarbeitsgericht ist in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin ihre Teilnahme an dem „Arbeitskreis S“ zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats nicht für erforderlich halten durfte.

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, sämtliche in der Tagesordnung und der Ergänzung hierzu genannten Themen betreffen mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten, die innerhalb der einzelnen Betriebe zu regeln seien. Ein etwaiger betriebsübergreifender Koordinationsbedarf sei im Rahmen des § 50 BetrVG vom Gesamtbetriebsrat zu decken, ggf. nach konkreten Vorbesprechungen einzelner oder aller örtlichen Betriebsräte. Im Übrigen habe jeder einzelne Betriebsrat bei den mindestens einmal jährlich einzuberufenden Betriebsräteversammlungen nach § 53 BetrVG und bei den zweimal jährlich stattfindenden Regionalversammlungen die Möglichkeit, Gespräche und Diskussionen zur Abstimmung und Koordinierung der Interessen der einzelnen Betriebsräte zu führen. Auch zum Zwecke einer „koordinierenden Gruppenrechtsberatung“ habe es nicht der Teilnahme der Klägerin an der Veranstaltung vom 8. Dezember 2003 bedurft. Soweit Rechtsberatung benötigt werde, könne der jeweilige Betriebsrat Vertreter von Gewerkschaften zu Gesprächen innerhalb des Betriebs hinzuziehen, ggf. könnten auch einzelne Betriebsratsmitglieder einen Gewerkschaftssekretär oder einen Rechtsanwalt aufsuchen. In Anbetracht dieser Möglichkeiten bedürfe es keiner zusätzlichen Veranstaltung der hier in Rede stehenden Art. Außerdem habe die Klägerin nicht dargelegt, weshalb es erforderlich gewesen sei, dass sie neben der teilweise freigestellten Betriebsratsvorsitzenden an dem „Arbeitskreis S“ teilgenommen habe.

b) Diese Beurteilung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Bei dem Begriff der Erforderlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung nicht nur dem Betriebsrat und dem Betriebsratsmitglied, sondern auch dem Gericht der Tatsacheninstanz ein Beurteilungsspielraum zusteht. Die Anwendung des Rechtsbegriffs durch das Landesarbeitsgericht ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt wurde und ob die Abwägung der Besonderheiten des Einzelfalls vollständig, ohne inneren Widerspruch und frei von Verstößen gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze vorgenommen worden ist (st. Rspr. vgl. etwa BAG, Urt. v. 10. August 1994 – 7ABR 35/93 – NZA 1995, 796, zu B12a der Gründe m.w.N.).

bb) Dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfung hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts stand. Das Landesarbeitsgericht hat die für die Prüfung der Erforderlichkeit maßgebenden Umstände umfassend und widerspruchsfrei ohne Verstoß gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze gewürdigt. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Landesarbeitsgericht weder seinen Prüfungsmaßstab oder den Begriff der Erforderlichkeit verkannt, noch hat es Unternehmens- oder betriebspezifische Tatsachen oder Denkgesetze bei seiner Würdigung missachtet.

Dem Betriebsratsmitglied steht zwar bei der Prüfung der Frage, ob die Befreiung von der Arbeitspflicht zur Erfüllung einer Betriebsratsaufgabe erforderlich ist, ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Dabei hat das Betriebsratsmitglied aber nicht nur die Interessen des Betriebsrats, sondern auch diejenigen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Von diesem Prüfungsmaßstab ist das Landesarbeitsgericht ersichtlich ausgegangen und hat unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls festgestellt, dass die Klägerin ihre Teilnahme an dem „Arbeitskreis S“ am 8. Dezember 2003 zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats nicht für erforderlich halten durfte. Dabei hat das Landesarbeitsgericht zu Recht berücksichtigt, dass auch bei der in dem Unternehmen der Beklagten bestehenden Betriebsstruktur mit Regionalbetriebsräten nach § 3 BetrVG die Mitbestimmungsrechte grundsätzlich von den einzelnen Betriebsräten auf betrieblicher Ebene wahrzunehmen sind. Die zur Aufgabenerfüllung des Betriebsrats erforderlichen Informationen hat ihm der Arbeitgeber zu erteilen. Hierauf besteht ein gesetzlicher Anspruch des Betriebsrats (vgl. dazu etwa § 80 Abs. 2, § 90, § 92 Abs. 1, § 99 Abs. 1, § 100 Abs. 2, § 102 Abs. 1, § 111 BetrVG). Der Betriebsrat kann zwar das Gespräch mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften suchen oder an einer Zusammenkunft mit Betriebsräten anderer Betriebe des Arbeitgebers teilnehmen, sofern er dies aus einem konkreten betrieblichen Anlass für erforderlich hält. Um eine derartige Zusammenkunft handelte es sich jedoch bei der Veranstaltung vom 8. Dezember 2003 nicht. Der „Arbeitskreis S“ fand nicht auf Initiative eines oder mehrerer

Betriebsverfassungsrecht

im Unternehmen der Beklagten bestehenden Betriebsräte aus einem konkreten betrieblichen Anlass unter Hinzuziehung eines Gewerkschaftsbeauftragten statt, sondern auf Einladung der Gewerkschaft. Die Gewerkschaft übernahm die Kosten der Tagung sowie die Reisekosten der teilnehmenden Betriebsratsmitglieder. Sie gab auch die Tagesordnung nebst Ergänzung bekannt. Die Zusammenkunft fand auch nicht aus einem konkreten betrieblichen Anlass wegen eines von einem oder mehreren Betriebsräten festgestellten Koordinationsbedarfs in einer bestimmten mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit statt. Vielmehr hatte die Gewerkschaft selbst die Veranstaltung Monate im Voraus und ohne konkreten betrieblichen Anlass festgelegt, was sich daraus ergibt, dass der Betriebsrat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts den Beschluss über die Teilnahme der Klägerin an der Veranstaltung vom 8. Dezember 2003 bereits am 5. August 2003 gefasst hatte, als eine Tagesordnung noch nicht vorlag.

Bei dem Treffen wurden zwar Gespräche über mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten geführt, die die Betriebe und die Betriebsräte, aus denen sich der Teilnehmerkreis zusammensetzte, gleichermaßen betrafen. Hierbei sollten Informationen ausgetauscht und Absprachen über ein koordiniertes Vorgehen der Betriebsräte bei der Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten getroffen werden. Es ist jedoch nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht dargelegt, dass dies zur Erfüllung einer konkreten betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabe des Betriebsrats erforderlich war und es hierzu der Teilnahme an dem „Arbeitskreis S“ bedurfte. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz regelmäßig auf betrieblicher Ebene vollzieht. Zur Ausübung der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte ist der von der Belegschaft des Betriebs gewählte Betriebsrat zuständig. Handelt es sich um Angelegenheiten, die das gesamte Unternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und die nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können, ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats gegeben (§ 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Nach § 58 BetrVG kommt ggf. eine Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats in Betracht. Eine Zusammenarbeit und einen Meinungs austausch der Betriebsräte eines Unternehmens sieht das Gesetz nur in Form von Betriebsräteversammlungen (§ 53 BetrVG) vor, um die es sich im Streitfall jedoch nicht handelte. Dem von der Klägerin geltend gemachten, auf der Betriebsstruktur bei der Beklagten beruhenden Bedürfnis des Betriebsrats nach Informationsaustausch, Koordination und Absprachen mit anderen Betriebsräten hinsichtlich der Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten wird im Unternehmen der Beklagten nicht nur durch die gesetzlich vorgesehenen, mindestens einmal jährlich einzuberufenden Betriebsräteversammlungen nach § 53 BetrVG Rechnung getragen, sondern insbesondere durch die zweimal jährlich stattfindenden Regionalversammlungen, Mit dem Einwand, bei diesen Veranstaltungen sei für derartige Angelegenheiten keine Zeit, verkennt die Klägerin, dass es Sache

der beteiligten Betriebsräte ist, die Regionalversammlungen so zu gestalten, dass ein Erfahrungs- und Informationsaustausch stattfinden und ggf. in Angelegenheiten, die mehrere Betriebe gleichermaßen betreffen, ein koordiniertes Vorgehen abgesprochen werden kann. Hierzu kann bei Bedarf auch ein Gewerkschaftssekretär zur Unterstützung und Beratung, ggf. auch zur Rechtsberatung, hinzugezogen werden. Soweit im Einzelfall außerhalb der Betriebsräteversammlungen und der Regionalversammlungen von einzelnen Betriebsräten Bedarf an betriebsübergreifenden Absprachen über konkrete, in mehreren Betrieben anstehende mitbestimmungspflichtige Angelegenheiten gesehen wird, können sie hierzu erforderlichenfalls aus aktuellem Anlass eine entsprechende Zusammenkunft, ggf. unter Hinzuziehung eines Gewerkschaftsbeauftragten, einberufen. Um eine derartige Zusammenkunft handelte es sich jedoch bei dem am 8. Dezember 2003 veranstalteten „Arbeitskreis S“ nicht.

In Anbetracht dieser Umstände konnte auch die Klägerin bei sorgfältiger Prüfung der Rechtslage ihre Teilnahme an dem „Arbeitskreis S“ am 8. Dezember 2003 zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats nicht für erforderlich halten. Dies gilt unabhängig von den vorstehenden Ausführungen insbesondere auch deshalb, weil bereits die Betriebsratsvorsitzende an der Veranstaltung teilgenommen hat. Es ist nicht ersichtlich und von der Klägerin auch nicht dargelegt worden, weshalb zur Deckung des behaupteten Informations-, Koordinations- und „koordinierten Rechtsberatungsbedarfs“ des Betriebsrats die Teilnahme von zwei Betriebsratsmitgliedern an dem „Arbeitskreis S“ am 8. Dezember 2003 erforderlich gewesen sein soll. Dem steht nicht entgegen, dass die Beklagte in der Vergangenheit für Zeiten der Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern am „Arbeitskreis S“ Vergütungsfortzahlung geleistet hat. Denn die Beklagte hat bereits mit Schreiben vom 29. September 2003 die Erforderlichkeit der vorangegangenen Veranstaltung vom 1. Oktober 2003 in Abrede gestellt und am 5. Dezember 2003 telefonisch erklärt, dass sie für die Teilnahme an dem „Arbeitskreis S“ am 8. Dezember 2003 keine Vergütungsfortzahlung leisten werde.

II. Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich auch nicht aus § 611 BGB i.V.m. § 37 Abs. 6 Satz 1, § 37 Abs. 2 BetrVG. Bei dem „Arbeitskreis S“ handelte es sich nicht um eine Schulungs- oder Bildungsveranstaltung i.S.v. § 37 Abs. 6 BetrVG. Gegenteiliges macht auch die Revision nicht geltend.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 21.06.2006, 7 AZR 418/05

223. Eingruppierung, Weitergeltung eines Entgeltschemas, §§ 99, 101, 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

1. Wendet ein Arbeitgeber ohne Beteiligung seines Betriebsrats ein bisheriges Entgeltschema im Nachwirkungszeitraum modifiziert für neu eingestellte Arbeitnehmer/innen an, so liegt hierin eine mitbestimmungswidrige Änderung eines Ent-

geltschemas nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Hieraus leitet die Rechtsfolge ab, dass das bisherige Entgeltschema weiter gilt (BAG, Urt. v. 02.03.2004 – 1 AZR 271/03 –).

2. Leitet der Wegfall des bisher betrieblich geltenden Entgeltschemas aus einer wirksam ausgeübten Kündigung her und wendet der Arbeitgeber ohne Beteiligung seines Betriebsrats ein gänzlich neues Entgeltschema im Nachwirkungszeitraum für neu eingestellte Arbeitnehmer/innen an, so liegt auch darin ein Mitbestimmungsverstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Dieser Mitbestimmungsverstoß löst allerdings nicht die Rechtsfolge aus, dass das bisherige Entgeltschema weiter gilt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 22.03.2006, 8 TaBV 33/05, Rechtsbeschwerde zugelassen

224. Gleichbehandlung, Sozialplan, betriebsratslose Niederlassung, § 242 BGB

1. Schließt ein Arbeitgeber zwei Niederlassungsbetriebe in Bonn und Hamburg und vereinbart er mit dem für die Hamburger Niederlassung gebildeten Betriebsrat einen Sozialplan, so steht den Arbeitnehmern der betriebsratslosen Niederlassung Bonn auch nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kein Abfindungsanspruch entsprechend dem Sozialplan zu.

2. Bezieht der Arbeitgeber freiwillig die leitenden Angestellten der Hamburger Niederlassung in die Sozialplanregelung ein, so steht auch dann den Arbeitnehmern der Bonner Niederlassung nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz kein Abfindungsanspruch zu. Dies gilt auch für die leitenden Angestellten der Bonner Niederlassung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 26.04.2005, 9 (12) Sa 1486/04

225. Mitbestimmung, freiwillige Leistung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG (betriebliche Lohngestaltung) ist nach ständiger Rechtsprechung zwischen dem mitbestimmungsfreien „ob“ und dem mitbestimmungspflichtigen „wie“ zu unterscheiden. Die Entscheidung darüber, die vom Arbeitgeber für einen bestimmten Zweck zur Verfügung gestellten Mittel ganz, nur teilweise oder (noch) gar nicht an die Arbeitnehmer zu verteilen, betrifft das mitbestimmungspflichtige „wie“.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15.09.2005, 11 (12) TaBV 27/05

226. Rückwirkende Änderung des Sozialplanes, § 112 BetrVG

Die Betriebsparteien können rückwirkend Berechnungsfaktoren (hier: Monatseinkommen) für die Abfindung ändern, wenn die Änderung der Rechtssicherheit dient und kein unverhältnismäßiger Eingriff in Abfindungsansprüche vorliegt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 07.07.2006, 13 Sa 2233/05, Revision zugelassen

227. Arbeitnehmerüberlassung durch konzerneigene Personaldienstleistungsgesellschaft, §§ 99, 75 BetrVG, §§ 14 Abs. 3, 1 Abs. 2 AÜG

1. Bei Einstellung von Leiharbeitnehmern ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, dem Betriebsrat den Leiharbeitsvertrag und den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorzulegen.

2. Die Arbeitnehmerüberlassung durch eine konzerneigene Personaldienstleistungsgesellschaft verstößt nicht gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

3. Die Beschäftigung von Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmern zu unterschiedlichen Arbeitsbedingungen verstößt nicht gegen § 75 Abs. 1 BetrVG.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 28.02.2006, 13 TaBV 56/05

Sonstiges

228. Feststellungsantrag, Feststellungsinteresse

1. Die Beklagte hat in Gesprächen eine Änderung der Arbeitsbedingungen angekündigt und der Klägerin einen neuen Anstellungsvertrag vorgelegt. Darauf hin hat die Klägerin Klage mit folgenden Anträgen erhoben:

– (1.) Festzustellen, dass sie gegen die Beklagte einen Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens wie bisher entsprechend der Prokuristenklasse, zurzeit Audi A4 Avant 1,9 TDI hat,

– (2.) festzustellen, dass sie auch über den 30.09.2007 hinaus Anspruch auf eine jährliche Tantieme in Höhe von drei Brutto-Monatsgehältern hat,

– (3.) festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Höhe des zwischen den Parteien vereinbarten Ruhegeldes nach dem rentenfähigen Arbeitsverdienst gemäß X.4 der Versorgungsordnung *Edelhoff*, Ausgabe 1992, nämlich auf Basis der Prokuristenvergütung zu bemessen,

– (4.) festzustellen, dass sie im Falle der Arbeitsunfähigkeit für einen Zeitraum von sechs Monaten gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen Krankengeld und ihrem vereinbarten Gehalt hat,

– (5.) festzustellen, dass für sie eine Gruppenunfallversicherung für Führungskräfte besteht.

2. Die Klage ist unzulässig. Sie ist gerichtet auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses und damit eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO.

Die Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO verlangt ein besonderes Rechtsschutzinteresse (Feststellungsinteresse). Der Kläger muss ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung haben. Das ist dann der Fall, wenn Streit zwischen den Parteien über Art und Umfang eines Anspruchs besteht, wenn der Beklagte Rechten des Klägers zuwider handelt oder sie ernstlich bestreitet oder wenn sich eine Partei eines Rechts gegen die andere berühmt.

Sonstiges

Keine dieser Voraussetzungen ist im Streitfall gegeben. Die Beklagte hat lediglich eine Änderung der Arbeitsbedingungen angekündigt. Ob sie im Falle des Scheiterns von Verhandlungen zu dem Instrumentarium der Änderungskündigung oder der einseitigen Abänderung der Arbeitsbedingungen greifen wird, hat sie nicht erklärt. Maßgebend ist der letzte Satz in dem Schreiben der Beklagten vom 11.08.2006, in dem es heißt: Wir wären über den einen oder anderen Punkt noch zu Verhandlungen mit Frau X bereit.

Das angestrebte Feststellungsurteil ist daher zurzeit nicht geeignet, die möglicherweise bei der Klägerin bestehende Unsicherheit über den weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen.

Die Klage war daher mit der im Tenor angegebenen Kostenfolge, die auf § 91 ZPO beruht, abzuweisen.

■ Arbeitsgericht Iserlohn
vom 24.01.2007, 1 Ca 2575/06
eingereicht von Rechtsanwalt Ingo Graumann,
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn,
Tel: 02371/835555, Fax: 02371/835556
GM.Arbeitsrecht@t-online.de

229. Prozesskostenhilfe, Aufhebung, Neubewilligung, §§ 115, 124, 240 ZPO

1. Die Aufhebung der PKH nach § 124 Nr. 4 ZPO setzt eine schuldhaftige Nichtleistung der festgesetzten Raten voraus. Der im Schuldrecht geltende Grundsatz, dass man Geld zu haben hat, gilt nicht im PKH-Verfahren als staatliche Fürsorgeleistung.

2. Die Unterbrechung des Verfahrens gem. § 240 ZPO steht einer PKH-Bewilligung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn es lediglich noch um die Frage der Bedürftigkeit geht.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 19.09.2006, 2 Ta 58/06

230. Prozesskostenhilfe-Beschwerde, Mutwilligkeit, Entscheidungsschreife, § 11a ArbGG, § 118 ZPO

Die Erfolgsaussichten der Klage, bzw. die Anwendbarkeit von § 11a ArbGG ist in dem Zeitpunkt zu prüfen, in dem erstmals ein formgerechter und vollständiger PKH-Antrag vorliegt. Ist in diesem Zeitpunkt die Aufrechterhaltung der Kündigungsschutzklage mutwillig, weil keine Arbeitgeberkündigung vorliegt und der Arbeitgeber sich auch nicht auf eine solche beruft, kommt PKH-Gewährung nicht mehr in Betracht. Eine Verschlechterung der Erfolgsaussichten, die darauf beruht, dass der Kläger sich mehr als 5 Monate Zeit lässt, bis das PKH-Formular eingereicht und die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse glaubhaft gemacht werden, geht zu Lasten des Antragstellers.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 27.09.2006, 2 Ta 383/06

231. Unterschlagung, Schadensschätzung, Aussetzung, Verjährung, Verspätung, §§ 280, 281, 823 Abs. 2 BGB, §§ 138, 149, 286, 287 ZPO, § 67 Abs. 4 ArbGG

1. Eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO ist für den Haftungsgrund, also das anspruchsbegründende Ereignis selbst, nicht möglich.

2. Werden Einwände einer Partei gegen einen Schadensersatzanspruch, die auf eigenen Parteihandlungen in der Vergangenheit beruhen, erstmals außerhalb der Berufungsbeurteilungsfrist vorgebracht, so kann die Partei einen verspäteten Sachvortrag nicht mit einer erst kürzlich erfolgten Einsichtnahme in eine Ermittlungsakte entschuldigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 07.06.2006, 3 Sa 1655/05, Revision nicht zugelassen

232. Rechtsweg, Arbeitnehmerdarlehen, § 2 Abs. 1 Nr. 4a ArbGG

Für die Klage auf Rückzahlung eines vom Arbeitnehmer dem in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Arbeitgeber mit dem Ziel der Arbeitsplatzsicherung gewährten Darlehens sind gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4a ArbGG die Arbeitsgerichte zuständig.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 22.03.2006, 3 Ta 86/06

233. Rechtsweg bei einer Streitigkeit aus einem Rechtsverhältnis nach § 16 Abs. 3 SGB II, §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3, 5 Abs. 1 S. 2, 14 bis 16 SGB II

Das zwischen einem Maßnahmeträger und einem Hilfebedürftigen nach § 16 Abs. 3 SGB II begründete Beschäftigungsverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur. In Bezug auf eine sich daraus ergebende Streitigkeit ist daher der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (im Anschluss an LSG Rheinland-Pfalz vom 12.9.2005 – L 3 ER 79/05 – AS).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 27.03.2006, 3 Ta 349/06

234. Prozesskostenhilfe, auswärtiger Rechtsanwalt, Reisekosten, Beiordnung, § 121 ZPO

1. Grundsätzlich kann die Beiordnung eines auswärtigen Prozessbevollmächtigten nur dann erfolgen, wenn dadurch keine zusätzlichen Kosten entstehen.

2. Danach kann eine Partei in aller Regel einen Prozessbevollmächtigten an ihrem Wohnort beauftragen, da dann Kosten eines Verkehrsanwalts gespart werden. Hiervon ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn es sich um eine einfach gelagerte Streitigkeit handelt und die Entfernung zum auswärtigen Gericht relativ gering ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.12.2005, 3 Ta 391/05

235. Prozesskostenhilfe, Erfolgsaussicht, Rechtsschutzversicherung, Deckungszusage, §§ 114, 115 ZPO, § 17 ARB

Lehnt eine Rechtsschutzversicherung die Erteilung einer Deckungszusage ab, kann die versicherte Partei grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden, den Deckungsprozess gegenüber der Versicherung zu führen. Vielmehr ist zunächst Prozesskostenhilfe zu gewähren und bei Obsiegen im Deckungsprozess gemäß § 120 Abs. 4 ZPO wieder aufzuheben. Etwas anderes gilt nur, soweit nach den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) die Möglichkeit des Stichentscheids des Rechtsanwalts besteht.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20.02.2006, 3 Ta 403/05

236. Kostenbeschwerde bei Teilerkenntnis- und Schlussurteil, § 99 ZPO

Eine Kostenbeschwerde nach § 99 Abs. 2 ZPO ist nur zulässig, wenn die Beschwerde führende Partei in der Hauptsache so beschwert ist, dass eine Berufung statthaft wäre.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18.10.2005, 4 Ta 166/05

237. Krankenversicherung, Arbeitgeberzuschuss, Rechtsweg, §§ 5, 257 SGB V, 61 SGB XI

Kommen für einen einheitlichen Anspruch mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, für die verschiedene Rechtswege gegeben sind, so hat das Gericht des zulässigen Rechtswegs nach § 17 Abs. 2 GVG den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden (Anschluss an BAG, Ur. v. 09.07.1996 – 5 AZB 6/96 – EzA § 65 ArbGG 1979 Nr. 3).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 12.01.2006, 6 (9) Sa 821/05, Revision nicht zugelassen

238. Persönlichkeitsrecht, Mobbing, Art. 1, 2 GG, §§ 253 Abs. 2, 823 BGB

1. Verschiedene Äußerungen des Arbeitgebers, die die Arbeitsleistung kritisieren und dem Arbeitnehmer Sanktionen bei Fehlleistungen ankündigen, rechtfertigen noch keine Schmerzensgeldansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung oder „Mobbing“.

2. Dies gilt auch dann, wenn Bemerkungen wie „der Arbeitnehmer fahre den LKW wie ein Schwein“ keine systematische, gegen die Persönlichkeit gerichtete Zielsetzung aufweisen.

3. Auch Ankündigungen oder Drohungen gegenüber dem bereits erkrankten Arbeitnehmer, der Arbeitgeber werde dafür Sorge tragen, dass der Arbeitnehmer „keinen Fuß mehr in einen LKW setzen werde“, stellen keine ein Schmerzensgeld rechtfertigende Persönlichkeitsverletzung dar.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 15.08.2006, 6 Sa 537/04, Revision nicht zugelassen

239. Rechtsweg, Arbeitgeber, Stock-options, §§ 2, 3 ArbGG, § 17a GVG

Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4a ArbGG grundsätzlich nur dann eröffnet, wenn das Arbeitsverhältnis gerade zwischen den Parteien des Rechtsstreits besteht oder bestanden hat (hier: fehlende Zuständigkeit für Klage gegen eine Konzern Obergesellschaft im Hinblick auf Stock-options).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.04.2006, 6 Ta 50/06

240. Rechtsweg, betriebliche Altersversorgung, Geschäftsführer, §§ 2, 5 ArbGG, § 17 BetrAVG

Für Betriebsrentenansprüche, die aus einer Versorgungszusage gegenüber einem Geschäftsführer einer GmbH resultieren, sind die ordentlichen Gerichte zuständig, auch wenn der Anspruchsteller vorher oder nachher noch als Arbeitnehmer tätig gewesen ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13.03.2006, 6 Ta 63/06

241. Prozesskostenhilfe, Antragstellung, Zeitpunkt der Vorlage der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, Bewilligungszeitpunkt, §§ 117, 118 ZPO

Zumindest dann, wenn der Prozessvertreter im Zusammenhang mit dem Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung erklärt hat, eine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse werde nachgereicht, besteht keine Pflicht des Gerichts, vor Abschluss des Verfahrens auf das Fehlen der Bewilligungsvoraussetzungen hinzuweisen und eine Frist zur Vorlage der Erklärung zu setzen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 13.02.2006, 6 Ta 266/05

242. Verein, besonderer Vertreter, § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG, § 30 BGB

Für die Negativfiktion des § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG genügt es, wenn einem besonderen Vertreter die laufenden Geschäfte eines Vereins gemäß § 30 S. 1 BGB zur alleinigen Erledigung übertragen worden sind.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 28.04.2006, 6 Ta 702/06

243. Organisationsverschulden des Rechtsanwalts, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, §§ 233, 85 Abs. 2 ZPO

1. Überlässt es der Rechtsanwalt, der mit der Einlegung der Berufung beauftragt ist, einem Mitarbeiter, die Telefaxnummer des Berufungsgerichts zu ermitteln, so hat er die Anweisung zu erteilen, dass die Auswahl der richtigen Empfänger- nummer überprüft wird.

Sonstiges

2. Ermittelt ein Auszubildender im ersten Lehrjahr auf Anweisung des Rechtsanwalts die Telefaxnummer, ist mit der Überprüfung ein erfahrener Kanzleimitarbeiter zu beauftragen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 08.03.2006, 7 Sa 13/06

244. Aussetzung des Verfahrens, §§ 148, 355 ZPO

1. Die Entscheidung über einen Aussetzungsantrag gem. § 148 ZPO steht im Ermessen des Gerichts, das vom Beschwerdegericht nur daraufhin überprüft werden darf, ob die Ermessensgrenzen eingehalten sind.

2. Es bedeutet eine Überschreitung der Ermessensgrenzen, wenn die Ablehnung der Aussetzung der Verhandlung bezüglich einer Klage über Annahmeverzugslohn für den Zeitraum nach dem Kündigungstermin damit begründet wird, im bereits zugunsten des Arbeitnehmers entschiedenen (noch nicht rechtskräftigen) Kündigungsschutzprozess seien Zeugen vernommen worden und damit stehe auch der Annahmeverzug für das Erstgericht fest.

3. Im Beschwerdeverfahren hat eine Kostenentscheidung nicht zu ergehen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 18.09.2006, 7 Ta 169/06

245. Pfändungsgrenze, § 850d ZPO

1. Die Arbeitsgerichte sind an Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts gebunden, die vollstreckungsrechtliche Fragen betreffen, insbesondere auch die Bestimmung der besonderen Pfändungsgrenze nach § 850d ZPO und deren späteren Änderungen durch das Vollstreckungsgericht.

2. Der Schutz des Drittschuldners nach § 836 Abs. 2 ZPO ist auch dann geboten, wenn er an einen nachrangigen Gläubiger leistet, die Rangvorberechtigung anderer Gläubiger ihm aber unbekannt war.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28.03.2006, 9 Sa 1496/05, Revision nicht zugelassen

246. Prozesskostenhilfe, verspäteter Antrag

Erkennt die beklagte Partei den Klageanspruch an und erlässt sodann das Arbeitsgericht auf Antrag der klagenden Partei noch vor dem Güteternin ein Anerkenntnisurteil, so ist ein danach gestellter Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe auch dann zurückzuweisen, wenn die klagende Partei die verspätete Einreichung des Antrags und der Prozesskostenhilfeunterlagen nicht verschuldet hat und sie bei der Klageerhebung nicht mit einem Abschluss des Verfahrens bereits vor dem Güteternin gerechnet hatte.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 18.02.2005, 9 Ta 56/05

247. Rechtsweg, Zusammenhangklage, Schadensersatz, fingierte Werkleistungen, § 2 Abs. 3 ArbGG, § 826 BGB

Klagt ein Arbeitgeber gegen einen Arbeitnehmer auf Schadensersatz, weil dieser mit einem Auftragnehmer des Arbeitgebers abgesprochen hat, er solle fingierte Werkleistungen abrechnen und ihm als „Gegenleistung“ Schmiergelder zahlen, so ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten auch für die Klage gegeben, mit der gleichzeitig der Auftragnehmer auf Ersatz des entstandenen Schadens in Anspruch genommen wird.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.07.2006, 9 Ta 228/06

248. Beweisbeschluss, außerordentliche Beschwerde, Gegenvorstellung, heimliche Videoüberwachung, Art. 2 Abs. 1 GG, § 355 Abs. 2 ZPO

1. Für die Zulassung einer außerordentlichen Beschwerde gegen einen grundsätzlich unanfechtbaren Beweisbeschluss (§ 355 Abs. 2 ZPO) besteht solange kein Bedürfnis, wie eine Korrektur der angegriffenen Entscheidung auf einem Wege möglich ist, der weniger stark in das gesetzliche Rechtssystem eingreift. Danach ist vorrangig durch eine Gegenvorstellung die Kammer, die den Beweisbeschluss erlassen hat, zu einer Selbstkorrektur zu veranlassen.

2. Eine außerordentliche Beschwerde ist auf Fälle krassen Unrechts zu beschränken. Die Entscheidung muss mit der geltenden Rechtsordnung schlechthin unvereinbar sein, weil sie jeder rechtlichen Grundlage entbehrt und dem Gesetz inhaltlich fremd ist.

3. Einem gekündigten Arbeitnehmer widerfährt nicht krasse Unrecht, wenn das Arbeitsgericht über die Behauptung, der Arbeitnehmer habe bei seiner Tätigkeit für die Flughafenbetreiberin im Laderaum eines Flugzeugs Gegenstände aus Gepäckstücken der Fluggäste entwendet, Beweis erhebt durch Ansicht der heimlich von der Fluggesellschaft hergestellten Videoaufzeichnungen.

4. Eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts des bei der Flughafenbetreiberin gebildeten Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG liegt nicht vor, wenn ohne Wissen der Flughafenbetreiberin eine Fluggesellschaft heimlich die Flugzeugabfertiger während ihrer Tätigkeit im Laderaum ihrer Flugzeuge überwacht.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28.12.2005, 9 Ta 361/05

249. Nichtzulassung, Prozessbevollmächtigter, § 51 Abs. 2 S. 1 ArbGG

Gegen einen Nichtzulassungsbeschluss nach § 51 Abs. 2 S. 1 ArbGG ist kein Rechtsmittel gegeben.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23.11.2005, 9 Ta 385/05

250. Prozesskostenhilfe, amtlicher Vordruck, Belege, § 117 Abs. 2 ZPO

Eine Versicherung an Eides Statt bezüglich der Bedürftigkeit ersetzt nicht die Pflicht, die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem amtlichen Vordruck nach § 117 Abs. 3, 4 ZPO abzugeben und Belege gem. § 117 Abs. 2 S. 1 ZPO beizufügen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30.12.2004, 9 Ta 474/04

251. Prozesskostenhilfe, Aufhebung, § 124 Ziff. 1 ZPO

Ergibt sich aus einer Beweisaufnahme, dass die unbemittelte Partei vorsätzlich falsche Angaben zu dem für die Beurteilung des Erfolgs maßgeblichen Sachverhalt gemacht hat und wuste sie oder hielt es jedenfalls für möglich, dass ihre Darstellung unrichtig ist, gibt dies Veranlassung, die Prozesskostenhilfe gemäß § 124 Ziffer I ZPO aufzuheben

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 19.07.2006, 10 Sa 48/06

252. Erinnerung gegen Kostenansatz, § 66 Abs. 1 S. 1 GKG (§ 5 GKG a.F.)

Nach § 66 Abs. 1 S. 1 GKG muss das Gericht über eine Erinnerung gegen den Kostenansatz instanzabschließend entscheiden. Erst gegen die Erinnerungsentscheidung ist – je nach Beschwer – ggf. die Beschwerde an das LAG statthaft. Beschränkt sich die 1. Instanz auf bloße Nichtabhilfe, ist zurückzuverweisen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 24.04.2006, 10 Ta 129/06

253. Prozesskostenhilfe, Überprüfung, Aufhebung, § 172 ZPO

1. Gegen Entscheidungen im Prozesskostenhilfverfahren findet nach § 127 Abs. 2 ZPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt, und zwar unabhängig davon, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes einen bestimmten Betrag übersteigt. Es handelt sich nämlich insoweit nicht um eine Entscheidung „über Kosten“ i.S.v. § 567 Abs. 2 ZPO. Hierzu zählen nur Urteile und Beschlüsse, in denen entschieden wird, in welchem Umfang oder welcher Höhe jemand Kosten zu tragen hat. Es genügt nicht, dass die Entscheidung mittelbar auch Kosten zum Gegenstand hat.

2. Die in § 127 Abs. 2 ZPO normierte Rechtsmittelfrist hat jedoch jedenfalls deshalb nicht zu laufen begonnen, weil der PKH-Aufhebungsbeschluss nicht den Prozessbevollmächtigten des Klägers zugestellt worden ist. Das BAG hat mit Beschluss vom 19.07.2006 (AZ 3 AZB 18/06) die bislang in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob ein PKH-Aufhebungsbeschluss der Partei selbst oder aber ihrem (vormaligen) Prozessbevollmächtigten zuzustellen ist, nunmehr dahingehend entschieden, dass jedenfalls dann

eine Zustellung an den Prozessbevollmächtigten zu erfolgen hat, wenn dieser auch für das PKH-Verfahren bestellt ist, was bereits dann der Fall ist, wenn der PKH-Antrag nicht von der Partei selbst, sondern ihrem Prozessbevollmächtigten gestellt wurde. Dieser Entscheidung, die bei Erlass des angefochtenen Beschlusses noch nicht ergangen war, jedoch zukünftig zu beachten sein wird, ist nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit zu folgen.

Vorliegend hatte nicht der Kläger selbst, sondern vielmehr sein Prozessbevollmächtigter den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe gestellt mit der Folge, dass dieser auch im PKH-Überprüfungsverfahren als Bevollmächtigter bestellt ist und die Zustellung des PKH-Aufhebungsbeschlusses nach § 172 Abs. 1 ZPO an ihn zu erfolgen hatte. Mit der Zustellung des Beschlusses an den Kläger selbst konnte somit keine Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels in Gang gesetzt werden.

3. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 124 Nr. 2 ZPO die Bewilligung der Prozesskostenhilfe aufgehoben werden kann, sind vorliegend nicht erfüllt. Die Sanktion des § 124 Nr. 2 ZPO setzt voraus, dass der Rechtspfleger die Partei zuvor erfolglos aufgefordert hat, sich gem. § 120 Abs. 4 ZPO darüber zu erklären, ob eine Änderung ihrer persönlichen und/oder wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten ist. Im vorliegenden Fall fehlt es indessen an einer wirksamen Aufforderung und Fristsetzung. Die betreffenden Aufforderungsschreiben des Arbeitsgerichts waren sämtlich ausschließlich an den Kläger selbst adressiert. Demgegenüber hätte es jedoch auch diesbezüglich einer (formlosen) Zustellung der Aufforderungsschreiben an den Prozessbevollmächtigten des Klägers bedurft, da dieser – wie bereits ausgeführt – im PKH-Überprüfungsverfahren als Bevollmächtigter bestellt ist und § 172 Abs. 1 ZPO auch für formlose Mitteilungen gilt (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 24. Aufl., § 172 Rz 2 m. N. a. a. d. R.).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 15.09.2006, 10 Ta 169/06

254. Prozesskostenhilfe, Unterbevollmächtigter, Korrespondenzanwalt, Auslagenersatz, § 121 Abs. 4 ZPO, § 46 RVG

Wird ein Terminverlegungsantrag des nach § 121 ZPO beigeordneten Rechtsanwalts zurückgewiesen, obwohl dieser durch einen früher anberaumten, nicht zu verlegenden Termin an der Vertretung der nicht bemittelten Partei im Termin gehindert ist und auch alle Sozian verhindert/urlaubsabwesend sind, so ist der nicht bemittelten Partei gleichwohl aufgrund der eindeutigen Regelung des § 121 Abs. 4 ZPO kein weiterer Anwalt beizuordnen. Allerdings hat der beigeordnete Anwalt, der die Kosten des Terminvertreters zu tragen hat, Anspruch auf Auslagenersatz für diese Kosten gemäß § 46 RVG gegen die Staatskasse.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 12.07.2006, 10 Ta 351/06

Sonstiges

255. Beschwer, Rechtsmittelverzicht, Zurückbehaltungsrecht, § 273 BGB, § 717 ZPO

Zahlt eine Partei aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Leistungstitels, so ist in dieser Zahlung in der Regel weder ein Rechtsmittelverzicht zu sehen noch entfällt die Beschwerde (st. Rspr. BGH).

Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts setzt voraus, dass die Gegenleistung noch nicht erbracht ist, also dass der Schuldner noch etwas hat, was er zurückbehalten könnte. Bei diesem Grundsatz bleibt es auch dann, wenn der Schuldner die Gegenleistung aufgrund eines vorläufig vollstreckbaren Zahlungstitels erbracht hat. Die Wiederherstellung der Zurückbehaltungslage in der Rechtsmittelinstanz kommt nur im Rahmen eines Schadensersatzantrages gem. § 717 ZPO in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.02.2006, 11 (13) Sa 1214/05

256. Aussetzung, § 148 ZPO

Ficht der Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag an, kann nach Obsiegen des Arbeitnehmers in erster Instanz der anschließende Rechtsstreit, in dem der Arbeitnehmer Verzugslohnansprüche einklagt, der Zahlungsprozess bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages ausgesetzt werden.

■ Arbeitsgericht Hannover
vom 26.06.2006, 11 Ca 254/06

257. Abtretung Abfindungsanspruch, §§ 398, 399 BGB

1. Die (Voraus-)Abtretung eines dem Arbeitnehmer zustehenden Anspruchs auf Zahlung einer Abfindung für den Verlust seines Arbeitsplatzes (§§ 9, 10 KSchG i.V.m. § 3 Nr. 9 EStG a. F. und n. F.) ist nicht nach § 399 1. Alt, BGB wegen ihrer Entschädigungsfunktion (zuletzt wieder BAG, Urt. v. 24.04.2006 – 3 AZB 12/05 – EzA § 115 ZPO 2002 Nr. 3) ausgeschlossen.

2. Voraussetzung für eine wirksame Vorausabtretung ist, dass die abgetretene Forderung, hier der Abfindungsanspruch, von dem Abtretungsvertrag erfasst wird. Dies ist nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung festzustellen.

3. Die Vorausabtretung von Arbeitsentgeltansprüchen schließt nicht den Abfindungsanspruch ein. Dem steht nicht die Rechtsprechung des BAG (vgl. nur BAG, Urt. v. 20.08.1996 – 9 AZR 964/94 – EzA § 767 ZPO Nr. 2), wonach die Pfändung von Arbeitseinkommen i.S. der §§ 850 ff. ZPO auch eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG erfasst, entgegen (vgl. auch LAG Köln, Urt. v. 27.03.2006 -14 (9) Sa 1335/05 – NZA-RR 2006, 365, 366).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 29.06.006, 11 Sa 291/06, Revision zugelassen

258. Zwangsvollstreckung, Zeugnistitel, § 104 GewO, § 173 ZPO

Ob ein Zeugnis „wohlwollend“ erteilt worden ist, kann im Vollstreckungsverfahren nicht geprüft werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 06.07.2006, 11 Ta 98/06, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

259. Prozesskostenhilfe, § 11 ZPO

Keine Bewilligung von nach Beendigung des Verfahrens beantragter Prozesskostenhilfe.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 05.09.2006, 11 Ta 153/06, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

260. Vollstreckungsgegenklage, Rechtskraftdurchbrechung, § 1 TVG, § 826 BGB, § 767 Abs. 1 und 2 ZPO

Die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes kann auch dann aus einem rechtkräftigen Titel vollstrecken, wenn sich nach Rechtskraft deren materielle Unrichtigkeit herausstellt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 02.12.2005, 13 Sa 1348/05

261. Einstellung der Zwangsvollstreckung, § 62 ArbGG, § 888 ZPO

Der zur Weiterbeschäftigung verurteilte Beklagte kann sich im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Begründung eines Antrages auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht auf die Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung berufen, weil das Arbeitsverhältnis auf ein Schwesterunternehmen übergegangen sei, wenn beide Unternehmen durch eine gemeinsame und einheitliche Personalleitung gesteuert werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 09.03.2006, 14 Ta 146/06

262. Schadensersatz, Erstattung von Verfahrenskosten der 1. Instanz, sittenwidrige Schädigung

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Schadensersatz.

Die Beklagte ist seit ... bei der Klägerin, die in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Rechtsanwaltskanzlei betreibt, als Rechtsanwaltsfachangestellte mit einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 1.280,00 EUR beschäftigt. Die Klägerin kündigte das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27.05.2005 ordentlich zum 30.06.2005. Dieser Kündigung folgte eine außerordentliche Kündigung vom 31.05.2005. Inzwischen hat die Klägerin der Beklagten weitere sieben Mal außerordentlich gekündigt. Die Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung sowie der ersten der nachfolgenden außerordentlichen Kündigungen hat die Beklagte in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht Leipzig 1 Ca 3543/05 geltend gemacht. In diesem Bestandsschutzver-

fahren erhob die Klägerin (damalige Beklagte) einen Tag vor dem Kammertermin – und nur hilfsweise – für den Fall des Obsiegens der Beklagten (damalige Klägerin) mit den Kündigungsschutzanträgen, eine auf Schadensersatz gerichtete Feststellungswiderklage und gab den für die Feststellungswiderklage zu berücksichtigenden Streitwert mit 1,5 Mio Euro an. Den Schadensersatzanspruch begründete die Klägerin (damalige Beklagte) im Vorprozess mit einer von der Beklagten (damalige Klägerin) im November 2004 schlecht geführten Korrespondenz, die bei einem potentiellen Auftraggeber einen miserablen Kanzleieindruck entstehen lassen und dadurch zum Verlust eines in Aussicht gestellt gewesenen hoch dotierten Auftrags geführt habe.

Mit Urteil vom 15.09.2005 gab das Arbeitsgericht Leipzig den Kündigungsschutzanträgen statt und wies die Widerklage als unzulässig ab. Den Streitwert für das Verfahren setzte das Arbeitsgericht auf 257.062,00 EUR fest; davon 250.000,00 EUR die Widerklage betreffend. Der die Widerklage abweisende Teil der Entscheidung vom 15.09.2005 ist inzwischen rechtskräftig. Der Bestandsschutzstreit ist Gegenstand eines Berufungsverfahrens vor dem Sächsischen Landesarbeitsgericht.

Mit Schreiben vom 13.12.2005 machte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten namens der Beklagten mit Hinweis auf § 826 BGB gegenüber der Klägerin Schadensersatz in Höhe von 4.863,00 EUR geltend.

Mit Klage vom 27.12.2005, zugestellt 04.01.2006, wehrt sich die Klägerin gegen die Schadensersatzforderung. Sie meint, die Widerklage sei unabhängig von der Entscheidung des Arbeitsgerichts zulässig und begründet gewesen. Der Geltendmachung eines Schadens in Höhe von Anwaltsmehrkosten stehe schon die Regelung des § 12a ArbGG entgegen. Der behauptete Schaden sei nicht sittenwidrig oder planmäßig verursacht worden. Der Beklagten sei gar kein Schaden entstanden. Sie, die Klägerin, bestreite, dass der Beklagten eine Rechnung in entsprechender Höhe gestellt worden sei oder sie eine solche beglichen habe oder sie einen Freistellungsanspruch abgetreten hätte. Die ursprüngliche Berechnung sei zudem fehlerhaft.

Die Klägerin beantragt zuletzt: festzustellen, dass die Klägerin (gemeint die Beklagte) – so die Auslegung der erkennenden Kammer – keinen Anspruch auf Erstattung von Rechtsanwaltsmehrkosten in Höhe von 4.756, 00 EUR hat.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung.

Die Beklagte meint, die Klägerin habe sie nach entsprechender Ankündigung mit einer offensichtlich unzulässigen und unbegründeten Klageforderung überzogen, um ihr einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen. Die Schädigung sei planmäßig und sittenwidrig erfolgt. Das Kostenprivileg des § 12a ArbGG könne für die Klägerin bei dieser Art Vorgehen nicht greifen. Ihr, der Beklagten, seien die Rechtsanwaltsmehrkosten bereits dadurch entstanden, dass der von ihr mit der Verteidigung gegen die Widerklage beauftragte Rechtsanwalt tätig geworden sei. Auf eine Rechnungslegung komme es nicht an. Im Übrigen sei ihr die Kostennote zugestellt worden.

Nach Erhebung der negativen Feststellungsklage habe sie die Schadensersatzforderungen an ihren Prozessbevollmächtigten abgetreten, wodurch ein Zahlungsanspruch begründet worden sei. Die Abtretung habe keinen Einfluss auf die Parteistellung im Prozess. Zuzugeben sei, dass die Rechtsanwaltsmehrkosten zunächst geringfügig falsch berechnet worden seien. Die Mehrkosten würden sich auf 4.756,00 EUR belaufen.

Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie den Inhalt der Sitzungsprotokolle Bezug genommen. Das Gericht hat außerdem zu Informationszwecken das von den Parteien mehrfach erwähnte Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 15.09.2005 Aktenzeichen I Ca 3543/05 einbezogen.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig.

Das Arbeitsgericht Leipzig ist für den Rechtsstreit sachlich und örtlich zuständig §§ 2 Abs. 1 Ziff. 3a, 46 Abs. 2 ArbGG, 29 ZPO). Die Beklagte hat die Klägerin außergerichtlich aufgefordert, Schadensersatz in Höhe von 4.863,30 EUR zu zahlen. Hinsichtlich der Zulässigkeit der dagegen von der Klägerin erhobenen negativen Feststellungsklage (§ 256 ZPO) bestehen keine Bedenken.

Die Klage ist unbegründet. Der Beklagten steht ein Kostenerstattungsanspruch in Höhe der durch Widerklage im Vorprozess entstandenen Rechtsanwaltsmehrkosten, beruhend auf einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, zu.

Nach § 826 BGB ist der zum Schadensersatz verpflichtet, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit ist vor allem auf das Verhalten des Schädigers abzustellen. Erforderlich ist nicht nur, dass das Verhalten gegen vertragliche Pflichten oder das Gesetz verstößt, es als unbillig erscheint oder einen Schaden hervorruft, hinzutreten muss vielmehr eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens. Die Verwerflichkeit kann sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eintretenden Folgen ergeben. Auch ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann bedeutsam sein. Schon der Zweck der Handlung, z.B. planmäßige Schadenszufügung, kann die Sittenwidrigkeit begründen. Es genügt aber auch, dass das angewandte, unter anderen Umständen nicht zu beanstandende Mittel zu den angestrebten für sich genommenen billigen Zweck unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles außer Verhältnis steht. Deshalb kann auch der Missbrauch formaler Rechtspositionen unter § 826 BGB fallen (vgl. zu allem Palandt/*Sprau*, § 826 BGB, Rz 4 ff. m.w.N.). Schadensersatz nach § 826 BGB setzt Vorsatz und Sittenwidrigkeit gleichermaßen voraus. Allerdings lässt sich aus der Art und Weise in der sich das sittenwidrige Verhalten kundtut, häufig folgern, dass der Schädiger vorsätzlich gehandelt hat. Zum Vorsatz genügt, dass der Schädiger spätestens zum Zeitpunkt des Schadenseintritts Art und Richtung des Schadens und die Schadensfolgen vorausgesehen und

Sonstiges

gewollt oder jedenfalls, mag er ihn auch nicht wünschen, billigend in Kauf genommen hat. Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich. Es genügt Kenntnis der Tatumstände, die das Verhalten als sittenwidrig erscheinen lassen. Vorsatz fehlt aber, wenn der Handelnde der redlichen Überzeugung war, er dürfe in Verfolgung eines erlaubten Interesses handeln (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O. Rz 9 ff. m.w.N.).

Ersatzberechtigt ist der unmittelbar Geschädigte. Bei der Feststellung des Schadens gelten die Bestimmungen der § 249 ff. BGB. Dem aus einem arbeitsgerichtlichen Verfahren resultierenden prozessualen Kostenerstattungsanspruch steht der Annahme eines nach materiell-rechtlichen Normen ersatzfähigen Schadens die Bestimmung des § 12a ArbGG zwar entgegen (vgl. BAG, Urt. v. 30.04.1992, 8 A2R 288/91 in BAGE 70, 191 ff. mit überzeug. Begründg.). Dies gilt aber nicht für auf § 826 BGB gestützte Schadensersatzansprüche, denn die Anwendung der Norm des § 12a ArbGG darf nicht zu zweckwidrigen Ergebnissen führen. Dies wäre dann der Fall, wenn gerade der teilweise Ausschluss der Kostenerstattung der „Verbilligung“ des Arbeitsrechtsstreits entgegenwirkte. Eine derartige Konstellation wäre festzustellen, wenn die Regelung des § 12a Abs. I Satz I ArbGG bewusst missbraucht würde, um dem Gegner konkreten Schaden zuzufügen. Der Rechtsstreit müsste dazu in der Absicht geführt werden, dem Gegner die Kosten seines Prozessbevollmächtigten aufzubürden (vgl. BAG, a.a.O.).

Unter Beachtung vorgenannter Grundsätze ergibt sich, dass der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen der durch die Erhebung der Feststellungswiderklage im Vorprozess sittenwidrig verursachten Rechtsanwaltsmehrkosten in Höhe von 4.756,00 EUR zusteht.¹ Die Klägerin hat im Vorprozess Widerklage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten nur mit dem Ziel erhoben, der Beklagten die für die Rechtsverteidigung gegen die Widerklage entstehenden Kosten ihres Prozessbevollmächtigten aufzubürden. Diese Überzeugung (§ 286 Abs. I Satz I ZPO) gewinnt die erkennende Kammer aus den Gesamtumständen der Widerklagerhebung. Aus dem Vorgehen der Klägerin und ihrem erkennbaren Ziel ergibt sich, dass die Schädigung sittenwidrig und vorsätzlich erfolgte.

Das in der Kostenaufbürdung bestehende alleinige Ziel der Widerklage der Klägerin im Vorprozess ergibt sich aus folgenden Umständen mit Indizwirkung, die in ihrer Gesamtheit die sittenwidrige und vorsätzliche Schädigungsabsicht begründen.

a) Die Klägerin hat der Beklagten gegenüber im Mai 2005 telefonisch angekündigt, dass die Erhebung der Kündigungsschutzklage für die Beklagte unwirtschaftlich sein wird und dabei auf Schadensersatzforderungen verwiesen.

b) Die Klägerin hat im Vorprozess aber erst einen Tag vor dem Kammertermin die auf Schadensersatz gerichtete Hilfswiderklage erhoben und damit eine überraschende Prozesssituation geschaffen, in der der Beklagten eine ernsthafte Alternative zu der Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der

Rechtsverteidigung gegen die Widerklage nicht zur Verfügung stand.

c) Die Widerklage war für die Klägerin, eine Rechtsanwaltskanzlei, mit unter anderem Schwerpunkt im Arbeitsrecht, erkennbar unzulässig. Auf die Unzulässigkeit wurde die Klägerin bei der Antragstellung im Vorprozess von der dort erkennenden Kammer hingewiesen. Trotz Hinweis erfolgte dann die Antragstellung. Die Widerklage wurde als unzulässig abgewiesen. Die Entscheidung ist inzwischen rechtskräftig. Die Unzulässigkeit

der Feststellungsklage ergab sich bereits aus der bestehenden Möglichkeit, stattdessen auf Leistung zu klagen. Im Übrigen hatte die Klägerin kein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzverpflichtung dargelegt; auch im vorliegenden Rechtsstreit nicht. Dies war umso bedeutsamer, weil das angeblich schaden

egründende Ereignis von der Klägerin auf den November 2004 datiert worden war.

d) Die Widerklage war offensichtlich unbegründet. Die Klägerin hat weder im Vorprozess noch im hiesigen Rechtsstreit Tatsachen dafür vorgetragen, dass ihr durch eine Schlechtleistung der Beklagten ein konkreter, zumal in die Millionen Euro gehender Schaden entstanden sei. Der Vortrag der Klägerin beschränkt sich auf den unsubstantiierten Vorwurf, ein von der Beklagten an eine Privatanschrift eines Rechtsanwalts gerichtetes Schreiben samt Anlage habe zum Schaden geführt. Weder wurde die behauptete Schlechtleistung der Beklagten substantiiert dargelegt, noch der Zusammenhang zum Auftragsverlust und erst recht nicht der dadurch verursachte Schaden. Keine einzige der für die Zuerkennung einer Arbeitnehmerhaftung notwendigen Voraussetzungen – Pflichtverletzung, Schaden, Kausalzusammenhang – sind substantiiert dargestellt worden. Der dürftige Vortrag der Klägerin zur Pflichtverletzung der Beklagten bei der Fertigung der angeblich fehlerhaften Korrespondenz lässt im Übrigen keinerlei Schlussfolgerung zu, mit welchem Grad des Verschuldens die Beklagte den Inhalt zu vertreten hat. Hinzu kommt das krasse Missverhältnis zwischen der von der Beklagten bei der Klägerin erzielten Arbeitsvergütung (1.280,00 EUR monatlich) und der geltend gemachten Schadenersatzforderung in Höhe von zunächst 1,5 Mio EUR, später reduziert auf etwa 750.000,00 EUR, welches die Widerklage ebenfalls offensichtlich unbegründet macht.

e) Die Klägerin hatte nicht ernsthaft die Rechtsverfolgung mit der Widerklage beabsichtigt. Dies ergibt sich für die Kammer aus dem Zeitverzug von 10 Monaten zwischen behaupteter, zu Millionenschaden führender Pflichtverletzung und Klageerhebung, aus der lediglich hilfswaisen Widerklagerhebung, aus der Hinnahme der hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen für die Klägerin eigentlich bedeutsameren Widerklagabweisung, bei gleichzeitiger Fortführung der Bestandsschutzstreitigkeit in der Berufungsinstanz.

Vorgenannte Gesamtumstände lassen nur den Schluss zu, dass es der Klägerin auf die Schädigung der Beklagten durch

Sonstiges

Erhebung einer möglichst kostenaufwändigen Widerklage ankam.

2. Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin aufgrund deren Widerklage im Vorprozess einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 4.756,00 EUR. Der Anspruch ergibt sich gemäß § 249 Abs. I BGB aus der Verbindlichkeit der Beklagten, ihren Prozessbevollmächtigten die bezüglich der Widerklage fällig gewordenen (§ 8 Abs. I RVG) Rechtsanwaltskosten in dieser Höhe zu zahlen. Auch die Belastung mit einer Verbindlichkeit ist ein zu ersetzender Schaden, und zwar auch dann, wenn der Belastete weder Vermögen noch Einkommen hat (Palandt/Heinrichs, 65. Aufl., Vorb. v § 249 Rz 46 m.w.N.).

Die Höhe der Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus der Differenzberechnung zwischen den Rechtsanwaltskosten mit und ohne schädigende Widerklage. Die Differenz der aus 1,3 Verfahrensgebühr/ 1,2 Terminsgebühr, Auslagenpauschale sowie 16 % Umsatzsteuer bestehenden Rechtsanwaltskosten bei tatsächlichem Streitwert in Höhe von 257.062,00 EUR und fiktivem Streitwert von 7.062,00 EUR beträgt unstreitig 4.756,00 EUR.

Unbeachtlich kann bleiben, ob der Beklagten (Schuldnerin) eine entsprechende Kostenrechnung der beauftragten Rechtsanwaltskanzlei (Gläubigerin) zugegangen ist. Die Kostenrechnung hat keinen Einfluss auf das Entstehen der Verbindlichkeit, sondern berührt nur das Einforderungsrecht der Gläubigerin (§ 10 RVG). Nach zutreffender Ansicht der Beklagten ist ihr Freihaltungsanspruch durch die Abtretung an die Gläubigerin in einen Geldanspruch übergegangen (Palandt/Grüneberg, 65. Aufl., § 399 BGB Rz 4; BGH, Urt. v. 20.03.1998, II ZR 19/76 zu 3. der Gründe in NJW 1978, 1.314).

Die Abtretung erfolgte am 16.01.2006 und damit nach Zustellung der negativen Feststellungsklage. Die abgetretene Forderung ist in der schriftlichen Abtretungserklärung substantiiert bezeichnet mit: „Schadensersatzanspruch gegen die . . . GbR . . . aus der Geltendmachung eines angeblichen Schadensersatzanspruches über 750.000,00 EUR ... in Höhe von 4.863,20 EUR“. Das Bestreiten der Klägerin, die Beklagte habe keinen Freistellungsanspruch abgetreten, ist damit unbeachtlich. Die nach Rechtshängigkeit erfolgte Abtretung hat auf die Aktivlegitimation der Beklagten als Inhaberin des Schadensersatzanspruches keinen Einfluss (§ 275 Abs. 2 Satz I ZPO).

Angesichts der Überzeugung der Kammer, dass die Klägerin mit der Erhebung der Feststellungswiderklage im Vorprozess der Beklagten sittenwidrig einen Schaden zufügte, ist das Vorbringen der Klägerin im hiesigen Rechtsstreit unbeachtlich, die Beklagte hätte das Erheben der Widerklage im Vorprozess durch Annahme des von ihr, der Klägerin, im Vorprozess vorgeschlagenen Vergleiches abwenden können.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 10.05.2006, 17 Ca 7564/05

eingereicht von Rechtsanwalt Bernhard Ulrici, Hinrichsenstraße 16, 04105 Leipzig, Tel: 0341/149500, Fax: 0341/1495014 martin@maslaton.de; www.maslaton.de

Anmerkung: Gelegentlich scheinen auch Anwälte zu meinen, ihren Angestellten demonstrieren zu müssen, wie gewieft sie sind. Durch immense Widerklageforderung, die unmittelbar vor dem Kammertermin in das Verfahren eingeführt wurde, sollte im Kündigungsschutzprozess die wirtschaftliche Untragbarkeit des Verfahrens für die klagende Rechtsanwaltsfachangestellte erzeugt werden. Zutreffend hat das Arbeitsgericht gemäß § 826 BGB die erstinstanzlich angefallenen Verfahrenskosten der Widerklage dem beklagten und widerklagenden Anwalt auferlegt. (gr)

263. Präklusion, Gleichbehandlung, betriebliche Übung, § 67 Abs. 4 S. 1 ArbGG

1. Die betriebliche Übung ist ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, das den Inhalt des Arbeitsverhältnisses gestaltet und geeignet ist, vertragliche Ansprüche auf eine Leistung zu begründen, wenn die Arbeitnehmer aus dem Verhalten schließen durften, ihnen werde die Leistung auch künftig gewährt – st. Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG, Urt. v. 25.06.2002 – AP Nr. 50 zu § 16 BetrAVG, zu B I 1 der Gründe m.w.N. Dabei ist die betriebliche Übung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung als Rechtsquelle vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt (§ 1 Abs. 1 Satz 4 BetrAVG). Für die betriebliche Übung als anspruchsbegründende Tatsache trägt der jeweilige Kläger nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast. Insoweit gilt allerdings eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Ein Arbeitnehmer, der keinen Einblick in die Betriebsinterna seines Arbeitgebers hat, kann nicht im Einzelnen anführen, welche Erwägungen über Jahre hinweg eine Rolle gespielt haben. Zunächst genügt es von daher, dass der Arbeitnehmer die Umstände darlegt, die den Eindruck einer festen Übung erwecken. Alsdann obliegt es dem Arbeitgeber, seine Praxis offenzulegen und gegebenenfalls den Anschein einer betrieblichen Übung zu erschüttern – BAG, Urt. v. 29.10.1985 – AP Nr. 2 zu § 1 BetrAVG Betriebliche Übung.

2. Ein Versorgungsanspruch wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, für deren Vorliegen wiederum der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist, setzt voraus, dass einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund schlechter gestellt werden. Für die vorgenommene Abgrenzung der verschiedenen Gruppen muss es billigenwerte Gründe geben. Billigenwert sind Differenzierungsgründe, die unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Leistung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und gegen keine verfassungsrechtlichen oder sonstigen übergeordneten Wertentscheidungen verstoßen – vgl. BAG, Urt. v. 23.04.2002 und v. 10.12.2002 – AP Nr. 54 und 56 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

3. Nach § 67 Abs. 4 Satz 1 ArbGG muss neuer Sachvortrag, soweit er in der Berufungsinstanz nicht ohnehin nach Maßgabe von § 67 Abs. 2 und 3 ArbGG präkludiert ist, vom

Streitwert und Gebühren

Berufungskläger in der Berufungsbegründung vorgebracht werden. Ansonsten sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren nur noch in Ausnahmefällen zuzulassen. Zulässig sind sie einerseits, wenn sie erst nach der Berufungsbegründung entstanden sind. Früher entstandene Angriffs- und Verteidigungsmittel sind zum anderen dann zu berücksichtigen, wenn sie nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würden oder nicht auf Verschulden der Partei beruhen – § 67 Abs. 4 Satz 2 ArbGG.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 14.09.2005, 17 Sa 1965/04, Revision zugelassen

264. Vermögenswirksame Leistungen, Zwangsvollstreckung, § 888 ZPO

Eine Verurteilung zur Zahlung vermögenswirksamer Leistungen richtet sich nicht auf eine unvertretbare Handlung i.S.d. § 888 ZPO (entgegen LAG Hamm LAGE Nr. 21 zu § 888 ZPO).

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 11.04.2006, 17 Ta 212/06

Streitwert und Gebühren

265. Streitwert, Beschäftigungsklage

Die Überschreitung des Werts einer Monatsvergütung für die Beschäftigungsklage rechtfertigt sich hier daraus, dass die Verfügungsklägerin bis zur Berufungsverhandlung auch ihren Vergütungsanspruch verfolgt hat. Bis vor Beginn der Berufungsverhandlung waren dies fast vier Monatsvergütungen. Anzusetzen gewesen wären danach an sich fünf Monatsvergütungen (eine Monatsvergütung für den Beschäftigungsantrag, vier Monatsvergütungen für den Vergütungsanspruch). Ein Abschlag von zwei Monatsvergütungen hat aber deshalb stattzufinden, weil kein Hauptsacheverfahren in Rede stand und die Bezifferung der Vergütungsklage unterblieben ist. Für die Zeit nach Rücknahme der Vergütungsklage zu Beginn der Berufungsverhandlung hat es mit der Bewertung der Beschäftigungsklage mit einer Monatsvergütung sein Bewenden.

Die finanzielle Situation der Verfügungsklägerin kann nicht berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber bringt in verschiedenen Vorschriften zum Ausdruck, wann bei der Bemessung des Streitwerts die Belastung einer Partei mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint (vgl. etwa § 12 Abs. 4 UWG). Entsprechende Streitwertbegrenzungen fehlen – abgesehen von den hier nicht einschlägigen Regelungen in § 42 Abs. 4, Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 GKG – für Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen. Auch ist die Wertbemessung nicht davon abhängig, ob einer Partei Prozesskostenhilfe oder gewerkschaftlicher Rechtsschutz verweigert wurde.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht
vom 27.07.2006, 2 Sa 95/06
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig, Tel: 0341/984620, Fax: 0341/9846224
leipzig@eisenbeis-reinhardt.de, www.eisenbeis-reinhardt.de

266. Streitwertbeschwerde, einstweilige Verfügung, Fragebogen, § 23 Abs. 3 RVG

Die Gegenstandswertfestsetzung in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten kann nicht schematisch nach der Betriebs- bzw. Betriebsratsgröße festgesetzt werden. Vielmehr sind die Bedeutung und der Umfang der einzelnen Streitigkeit angemessen bei Ausübung des Ermessens zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere, wenn eine Streitfrage nicht oder nicht mehr die gesamte Belegschaft betrifft.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 12.06.2006, 2 Ta 221/06

267. Streitwert, Beschlussverfahren, Jugendvertreter, Beschäftigungspflicht, § 78a BetrVG, § 33 RVG, § 42 GKG, § 23 RVG

Der Streit um die vom Arbeitgeber beantragte Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mit einem früheren Auszubildenden nach § 78 Abs. 4 Nr. 2 BetrVG ist in aller Regel mit 3 Monatsgehältern des Arbeitnehmers zu bewerten.

Die zulässige Beschwerde ist begründet, weil der Gegenstandswert für den Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung eines Arbeitsverhältnisses mit einem früheren Auszubildenden nach § 78 Abs. 4 Nr. 2 BetrVG nach allgemeiner Meinung analog zu § 42 Abs. 4 GKG, also in aller Regel mit drei Monatsgehältern des Arbeitnehmers, zu bewerten ist (vgl. GK-ArbGG/Wenzel, Bearbeitungsstand März 2005, § 12 Rz 479).

Auf die Dauer des zunächst begründeten Arbeitsverhältnisses kommt es dabei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht an, denn das Beschwerdegericht misst in ständiger Rechtsprechung der Dauer des Arbeitsverhältnisses auch im Falle der Bewertung eines Kündigungsrechtsstreits regelmäßig keine Bedeutung zu. Entscheidend ist vielmehr das Interesse des Klägers an einer Fortdauer des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit, nicht die bis zum Ausspruch der Kündigung zurückgelegte Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Entsprechend ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin eine Beendigung des zunächst begründeten Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit mit ihrem Auflösungsantrag angestrebt hat.

■ Landesarbeitsgericht Thüringen
vom 30.03.2007, 8 Ta 26/07; ebenso Arbeitsgericht Erfurt vom 22.01.2007, 8 BV 17/06
eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross, Anwaltsbüro im Messehof Leipzig, Petersstraße 15, 04109 Leipzig, Tel: 0341/984620, Fax: 0341/9846224
leipzig@eisenbeis-reinhardt.de, www.eisenbeis-reinhardt.de

Streitwert und Gebühren

268. Streitwert, Beschlussverfahren, Jugendvertreter, Beschäftigungspflicht, § 78a BetrVG, § 33 RVG, § 42 GKG, § 23 RVG

Es erscheint angemessen, den Streit um die Weiterbeschäftigungspflicht nach § 78a BetrVG mit zwei Bruttomonatsvergütungen zu bewerten.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20.02.2006, 2 Ta 468/06

269. Gegenstandswert, Betriebsratsantrag, Aufhebung der Einstellung, mehrere Anträge, mehrere Beschlussverfahren, § 101 BetrVG, § 23 RVG

Macht der Betriebsrat in einem Beschlussverfahren gemäß § 101 BetrVG die Aufhebung der Einstellung von 13 Leiharbeitnehmern geltend, ist die Festsetzung des Gegenstandswertes auf 5.200,- € – errechnet aus dem Regelwert plus je 100,- € für jeden zusätzlichen Arbeitnehmer – angesichts des dem Arbeitsgericht zustehenden Ermessens nicht zu beanstanden, auch wenn das Beschwerdegericht bei eigener Festsetzung zu einer weniger schematischen Betrachtungsweise neigt; dies gilt erst recht, wenn es sich bei der Einstellung der 13 Leiharbeitnehmer um eine einheitliche Maßnahme gehandelt hat.

Der Umstand, dass der Betriebsrat am selben Tag oder in zeitlichem Zusammenhang weitere Beschlussverfahren auf Aufhebung der Einstellung anderer Leiharbeitnehmer gestellt hat, ist bei der Bewertung des gegenständlichen Verfahrens nicht streitwertmindernd zu berücksichtigen.

Dieser Umstand kann jedoch, soweit das Vorgehen in mehreren Verfahren, etwa wegen unterschiedlicher Sachverhaltsgestaltung nicht als angemessen und sinnvoll erscheint, bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Kosten nach § 40 BetrVG zu Lasten des Betriebsrats bzw. seiner Prozessvertreter im Rahmen der Kostenerstattungspflicht berücksichtigt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20.06.2006, 6 Ta 81/06

270. Streitwert – Zeugnisberichtigung, § 3 ZPO

Bei der Bemessung des Gebührenstreitwerts ist für den mitvergleichenen Zeugnisanspruch ein Bruttomonatsgehalt in Ansatz zu bringen, wenn der Arbeitgeber sich verpflichtet hat, einer Erzieherin ein sie in ihrem beruflichen Fortkommen unterstützendes Zeugnis zu erteilen, nachdem er zuvor eine von ihm erteilte Kündigung damit begründet hatte, der Arbeitnehmerin fehle die charakterliche Eignung für ihre Tätigkeit, von ihr gingen Gefahren für die ihr anvertrauten Kinder aus.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 23.02.2005, 9 Ta 14/05

271. Streitwert, Wahlvorstand, § 23 Abs. 3 S. 2 RVG

Bei einem Streit darüber, welche Personen für einen Wahlvorstand bei der Wahl eines Betriebsrats zu bestellen sind,

entspricht es billigem Ermessen, den Gebührenstreitwert auf EUR 4.000,00 € festzusetzen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 10.06.2005, 9 Ta 34/05

272. Streitwert – vorsorgliche ordentliche Kündigung, § 42 Abs. 4 GKG

Wird neben einer außerordentlichen eine zugleich vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung, die auf demselben Lebenssachverhalt beruht, im Kündigungsschutzprozess angegriffen, so kommt der ordentlichen Kündigung bei der Streitwertbemessung keine eigenständig zu bewertende Bedeutung zu.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 13.04.2006, 9 Ta 139/06

273. Einwendungen außerhalb des Gebührenrechts, § 11 Abs. 5 S. 1 RVG

Trägt der Gebührenschuldner vor, die anwaltliche Beauftragung sei davon abhängig gemacht worden, dass Prozesskostenhilfe beantragt und bewilligt werde, so handelt es sich um eine außerhalb des Gebührenrechts liegende Einwendung, die zur Aufhebung eines entsprechenden Kostenfestsetzungsbeschlusses führt.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.02.2006, 14 Ta 58/06

274. Streitwert für ein Beschlussverfahren über die Einholung eines Sachverständigengutachtens, § 23 Abs. 3 RVG

Ein Beschlussverfahren über die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit.

Für die Wertfestsetzung können ausgehend von dem Regelstreitwert gemäß § 23 Abs. 3 RVG in Höhe von 4000 Euro die Bedeutung der damit verbundenen Mitbestimmungsfrage und die voraussichtlichen Kosten eines Sachverständigengutachtens als je nach Einzelfall erhöhende oder reduzierende Umstände in Ansatz gebracht werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14.08.2006, 14 Ta 265/06

275. Kündigungsschutzklagen als Sammelklage, §§ 48, 55, 56 RVG

Ein Rechtsanwalt ist in der Regel nicht verpflichtet, zur Kostenersparnis mehrere Kündigungsklagen im Wege der subjektiven Klagehäufung (Sammelklage) zu verfolgen.

Die Erhebung einer Sammelklage ist hingegen geboten, wenn es sich um identische Kündigungssachverhalte handelt, Besonderheiten bei der Bearbeitung einer bestehenden Klage nicht zu erwarten sind und der Rechtsanwalt die Mandate aufgrund einer gemeinsamen Besprechung mit den vertretenen Arbeitnehmern erhält.

Der Einwand der Staatskasse, der beigeordnete Rechtsanwalt

habe seine Verpflichtung zur Kosten sparenden Prozessführung verletzt, ist im Vergütungsfestsetzungsverfahren zu erledigen.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 27.04.2006, 17 Ta (Kost) 6012/06

Rezensionen

Pauly / Osnabrügge

Handbuch Kündigungsrecht

2. Auflage, Deutscher Anwaltverlag 2006, 1044 Seiten, gebunden, 88,00 EUR
ISBN 978-3-8240-0815-5

Nicht nur ausgewiesene Arbeitsrechtler können gute Beiträge zum Kündigungsrecht leisten; die Ergänzungen der Beiträge von Fachanwälten für Arbeitsrecht und Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit durch Spezialisten anderer Disziplinen (Versicherungsjuristen, Insolvenzrechtler etc.) bekommt einem arbeitsrechtlichen Handbuch gut. Finden sich 21 Autoren gut gemischt zusammen, um 1044 Seiten zu beschriften, entsteht jedenfalls schon einmal ein gewichtiges Werk.

3 Seiten Inhaltsübersicht, 32 Seiten Inhaltsverzeichnis und 39 Seiten Stichwortverzeichnis weisen den Anspruch eines Handbuches aus, in dem zügig und systematisch Antworten auf aktuell zu behandelnde Fragen gefunden werden können. Unterstrichen wird der Handbuchcharakter durch zahlreiche Praxishinweise, Muster und Formulierungsbeispiele.

Verlage scheinen allerdings ihre juristische Leserschaften doch etwas zu unterfordern, wenn sie ihre Autoren anhalten, die juristischen Kommentierungen auch stets in Praxisübersetzungen zu kredenzen – oder ist die Erheiterung des juristischen Praktikers intendiert, wenn er in einem „Praxishinweis“ zur Beachtung der Klagefrist des Kündigungsschutzprozesses darauf hingewiesen wird, dass taktische Spielchen mit dem Ziel, den Kündigungsschutzprozess zu Lasten des Arbeitgebers in die Länge zu ziehen, bei Fristversäumung teuer werden könnten (§ 21 Rn 5), oder der „Praxishinweis“, dass ein Arbeitgebervertreter sich nicht mit einem „bestimmten Limit“ in die Güteverhandlung schicken lassen sollte (§ 38 Rn 30), oder dass der Arbeitgebervertreter eine zu optimistische Erfolgseinschätzung der Verteidigung gegen die Kündigungsschutzklage durch eine kritische Distanz zu seinem Mandanten vermeiden könne (§ 38 Rn 20). Dem Rezensenten jedenfalls bereitete es viel Vergnügen, alle 1044 Seiten mit einem suchenden Blick nach Praxishinweisen durchzublättern und diese jeweils mit eigenen Erfahrungen abzugleichen.

Würde man sich aber auf diese Vorgehensweise beschränken, ginge einem verloren, dass sämtliche Kapitel sehr kompakt und kompetent einen Überblick über die Rechtslage gewäh-

ren, wobei die Autoren sich notwendiger Weise an der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert haben. Für Meinungsstreit ist Platz in Kommentaren, nicht aber in einem Handbuch. Es ist aber zu erwähnen, dass durchaus immer wieder versucht wurde, die unterschiedliche Sichtweise von Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervertreter zu beleuchten.

Handbücher können – ähnlich wie Kochbücher – der Kreativität abträglich sein. Faszinierend ist jedoch das Erlebnis, dass ausführliche Muster mit großer Variationsbreite auch zur Veränderung, Ergänzung und Neuformulierung, also juristischer Kreativität, anregen können.

Den Autoren kann konzediert werden, dass sie ihrem Anspruch durchweg gerecht geworden sind, eine aktuelle, umfassende und praxistaugliche Arbeitshilfe zu erstellen. Die Ergänzung gegenüber der Voraufgabe um nachvertragliches Wettbewerbsverbot, steuerliche Fragen und sozialversicherungsrechtliche Aspekte erhöht den Wert nicht unbeträchtlich. Brauchbar ist das Handbuch sowohl für den arbeitsrechtlichen Spezialisten und Fachanwalt für Arbeitsrecht, als auch ganz besonders für all diejenigen, die sich noch nicht so stark in arbeitsrechtliche Spezialfragen eingearbeitet haben. Die Anschaffung dieses Handbuchs ist in jedem Fall rentabel.

Roland Gross

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leipzig

Kleinmann/Meyer-Renkes

Strategie und Taktik im Kündigungsschutzprozess

Deutscher Anwaltverlag, Erstausgabe 2006, 253 Seiten, 29,00 EUR
ISBN 978-3-8240-0724-0

Die Besprechung von „Strategie und Taktik im Kündigungsschutzprozess“ in einer Zeitschrift der Fachanwälte für Arbeitsrecht erscheint auf den ersten Blick müßig, denn jeder Fachanwalt für Arbeitsrecht kämpft sich alltäglich durch die Höhen und Tiefen des Kündigungsschutzprozesses – oder musste vor seiner heutigen Spezialisierung dies mehrere Jahre lang tun.

Dennoch ist allein schon die Beleuchtung der angesprochenen Themenkreise sowohl aus Sicht der Arbeitnehmer wie auch des den Arbeitgeber vertretenden Anwalts interessant.

Als Allgemeinplatz mag noch durchgehen, dass das Arbeitsrecht, insbesondere das Kündigungsschutzrecht, einzelfallgeprägt ist. Allein schon deshalb scheidet die Übernahme von Standardkündigungsschutzklagen aus dem Formularbuch oft aus. Der eine oder andere der zahlreichen Praxishinweise, untermalt mit Beispielen, wird dennoch auch dem arbeitsrechtlichen Routinier dienlich sein. Wer nur gelegentlich mit dem Arbeitsrecht zu tun hat, kann den Hinweis hilfreich empfinden, dass höchste Vorsicht angezeigt ist, wenn es ein arbeitsrechtlich versierter Arbeitnehmervertreter in der Klageschrift vermeidet, Fehler der Betriebsratsanhörung zu rügen. Spätestens mit Zustellung der Kündigungsschutzklage wird es für den Arbeitgeberanwalt angeraten sein, zu überprüfen, ob die Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß erfolgt war; vorsorglich wird eine nochmalige Anhörung und Ausspruch der Kündigung angeraten sein. Was, wann, in welcher Form vorzutragen ist, braucht dem Fachanwalt weniger erklärt zu werden, um so mehr aber durchaus jedem noch Erfahrung sammelnden Kollegen.

Beobachtet man aus dem Zuschauerraum Güteverhandlungen, die durchaus von profilierten Kollegen bestritten werden, so wundert man sich doch gelegentlich über den nur gering ausgeprägten Variantenreichtum der Verhandlungsformen; einige Kollegen scheinen stets nur eine Form zu beherr-

schen. Da kann es nützlich sein, sich über Boulware- oder Festpreismodell, Basarmethode, Kooperationsmodell sowie Risikohöherung und -reduzierung Gedanken zu machen.

Anregungen geben *Kleinmann/Meyer-Renkes* in ihrem für die Anwaltspraxis geschriebenen Strategie- und Taktikbuch. Interessant für den neugierigen Fachanwalt, der immer noch auf der Suche nach einer gesicherten Verhandlungslösung ist, sehr nützlich, vor allem aber für den lernenden und werdenden Fachanwalt und alle Prozessvertreter in arbeitsgerichtlichen Verfahren erster Instanz, die nur gelegentlich arbeitsrechtliche Mandate betreuen. Letzteren bietet sich das Buch als Leitfaden, geschrieben von erfahrenen Praktikern, an, in dem neben strategischen und taktischen Fragestellungen auch die Behandlung materiell-rechtlicher Grundfragen keineswegs zu kurz kommt; ganz im Gegenteil, großteils in wünschenswerter Prägnanz und Kürze dargestellt wird. Durch ein sehr detailliertes und strukturiertes Inhaltsverzeichnis wird besser noch als durch das bestgearbeitete Stichwortverzeichnis das gezielte Suchen und Finden ermöglicht.

Der nicht arbeitsrechtlich spezialisierte Anwalt wird mit dem Buch seine fehlende Erfahrung teilweise kompensieren können und einen schnellen Überblick über Schwerpunktprobleme erhalten. Ihm kann das Werk empfohlen werden.

Roland Gross

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Leipzig

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
Petersstr. 15
04105 Leipzig
Telefon (0341) 984 62-0
Fax (0341) 984 62-24
E-Mail: leipzig@eisenbeis-reinhardt.de;
www.eisenbeis-reinhardt.de

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DeutschenAnwaltverein (Adresse s. unten)

Geschäftsführender Ausschuss:

Dr. Jobst-Hubertus Bauer (Vors.)
Geschäftsstelle:
c/o Dr. Johannes Schipp
Münsterstraße 21
33330 Gütersloh
Telefon (0 52 41) 90 33-0
Telefax (0 52 41) 1 48 59

**Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle
Dr. Peter Hamacher
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134
Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:

Deutscher AnwaltVerlag
Wachsbleiche 7
53111 Bonn
Telefon: (0228) 9 19 11-0
Telefax: (0228) 9 19 11-23
E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

Anzeigen

sales friendly Verlagsdienstleistungen
Bettina Roos
Siegburger Str. 123
53229 Bonn
Telefon: (0228) 9 78 98-10
Telefax: (0228) 9 78 98-20
E-Mail: roos@sales-friendly.de
Gültig ist die Preisliste Nr. 4 vom 1.1.2007

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.

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Abmahnung

Arbeitnehmerkündigung – 131

Abtretung

Abfindung – 257

Vorausabtretung – 257

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Transparenzgebot – 116, 122

Altersdiskriminierung

Sozialauswahl – 169

Änderungskündigung

Änderung des Arbeitszeitvolumens – 188

außerordentliche unwirksam – 174

Vertriebsgebiete – 211

Vorrang der – 201

Änderungsvertrag

Treu und Glauben – 118

(kein) Vorrang der Änderungskündigung – 118

Anfechtung

Eigenkündigung – 171

Annahmeverzug

anderweitiger Verdienst – 111

Anfang, Mitwirkungspflicht – 144

böswilliges Unterlassen – 144, 176

Führerscheinentzug – 200

Leistungsminderung/-unfähigkeit – 149, 153

Wirtschaftsrisiko – 122

Arbeitgeberstellung – 135, 151

Arbeitgeberwechsel – 160

Arbeitnehmerähnliche Person

Bratwurststand – 161

Arbeitnehmerdarlehen

Rechtsweg – 232

Arbeitnehmerentsendungsgesetz

Bürgenhaftung – 112

Arbeitnehmerhaftung

Bankangestellter – 133

Täterhaftung – 133

Arbeitnehmerstatus

Dozent – 114

Ein-Euro-Job – 106

Stand im Verbrauchermarkt – 139

Arbeitnehmerüberlassung

Konzern – 141, 227

Arbeitsverweigerung

beharrliche – 201

Arbeitszeit

Umfang ohne vertragliche Regelung – 124

Arbeitszeitreduzierung

betrieblicher Grund – 113, 152

Aufhebungsvertrag

Aufklärungspflicht – 158

Fürsorgepflicht – 107

Auflösungsantrag

des Arbeitgebers – 137, 143

Aufsichtsratswahlen

Wählbarkeit – 214

Wahlverfahren – 214

Auslegung

des Arbeitsvertrages – 120, 124, 149

Tarifvertrag – 132

Außendienstmitarbeiter

Verkaufsbezirk – 137

Außerordentliche Kündigung

Arbeitszeitbetrug – 165

Drogenhandel – 205

Druckkündigung – 167

Frist nach § 626 Abs. 2 BGB – 171

Frist nach § 626 Abs. 2 BGB, Dauerverstoß – 203

Frist nach § 226 Abs. 2 BGB, Integrationsamt – 168

Interessenabwägung – 165

personenbedingte – 200

Schlechtleistung – 204

Unkündbarkeit – 194

Wettbewerbsverbot nach Kündigung – 173

Aussetzung

Kündigungsschutzverfahren – 244, 256

AVR-Caritas

Einschränkung einer Einrichtung – 194

Unkündbarkeit – 181, 194

Befristung

des Arbeitsverhältnisses – *siehe dort*

Befristung des Arbeitsverhältnisses

Ausbildungsanschluss – 157

vorübergehender betrieblicher Bedarf – 138

Bereicherung

Direktversicherung – 104

Berufungsbegründung

verspätetes Vorbringen – 263

Beschlussverfahren

einstweilige Verfügung – 220, 221

individualrechtliche Ansprüche – 220

Betriebliche Altersversorgung

ablösende Betriebsvereinbarung – 150

Abspaltung – 124

Berechnung – 148

Billigkeitskontrolle – 105

Gesamtversorgung – 129, 142, 148

Jeweiligkeitsklausel – 105

Sozialversicherungsbeiträge – 148

vorgezogene Altersgrenze – 120

Wegfall der Geschäftsgrundlage – 129, 142

Betriebliche Übung

Darlegungs- und Beweislast – 263

gegenläufige – 159

Betriebsänderung

Betriebseinschränkung – 192, 194

Betriebsbedingte Kündigung

Betriebsstilllegung – 172, 206

Sozialauswahl – 169, 184

Teilzeitarbeit/Vollzeitarbeit – 183

unternehmerische Entscheidung – 180, 181, 182, 211

wesentliche Betriebseinschränkung – 181

Betriebsrat

Anhörung zur Kündigung – 165, 169, 175, 209

Durchführungsanspruch – 220

Restmandat – 209

- Vorlage von Arbeitsverträgen – 227
- Betriebsinterne Wahlen**
 - Abberufung – 218
 - Listenwechsel/Neuwahl – 218
- Betriebsratsmitglied** (*siehe auch Personalratsmitglied*)
 - Freistellungsanspruch – 222
 - ordentliche Kündigung – 177
- Betriebsratswahl**
 - einstweilige Verfügung – 215, 221
 - Kosten Zweitwahl – 219
 - Wahlvorstandsbestellung – 215, 221
- Betriebsstilllegung**
 - endgültiger Stilllegungsbeschluss -172, 206
- Betriebsübergang**
 - Betriebsinhaber – 135
 - Betriebsmittel – 135
 - Betriebsteilübergang – 127, 130
 - Identitätswahrung – 110
 - Hoheitsakt – 115
 - Notariat – 123
 - Steuerberater – 145
 - Tarifbindung – 129
 - Vorab-GmbH – 135
- Betriebsvereinbarung**
 - Durchführungsanspruch – 219
- Beweisbeschluss**
 - Beschwerde, außerordentliche – 248
- Bühnenrecht**
 - Nichtverlängerungsmittelteilung – 166
- Darlegungs- und Beweislast**
 - betriebliche Übung – 263
 - Gleichbehandlung – 263
 - Insolenzschaden – 136
 - Überzahlung – 124
- Dienst-Pkw**
 - Entgelt für Privatnutzung – 163
 - Herausgeberpflicht – 155
 - Steuerlast für Privatnutzung – 163
 - Wert der Privatnutzung – 211
- Direktionsrecht**
 - Arbeitsort – 137, 211
 - Kernbereich unveränderbar – 211
 - vertragswidrige Beschäftigung – 211
- Direktversicherung**
 - Bereicherungseinwand – 104
- Druckkündigung** – 167
- Eingruppierung**
 - Fachtierarzt – 117
- Einigungsstelle**
 - offensichtliche Unzuständigkeit – 217
 - Zahl der Beisitzer – 213
- Einstweilige Verfügung**
 - Beschlussverfahren – 220
 - Betriebsratswahl – 215
 - Konkurrentenklage – 134
 - Verfügungsgrund – 220
- Elternzeit**
 - Adoptiveltern – 184
- Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**
 - Eigenverschulden – 146
 - leistungsorientierte Vergütung – 119
- Feststellungsklage**
 - Arbeitsbedingungen – 228
- Feststellungsinteresse – 228
- Freistellung**
 - Urlaub – 156
- Geringfügig Beschäftigte**
 - Benachteiligung, unzulässige – 216
- Gleichbehandlung**
 - betriebliche Altersversorgung – 263
 - Darlegungs- und Beweislast – 263
 - Gehaltserhöhung – 133
 - Leiharbeiter – 227
 - (im) Unrecht – 133
- Hilfebedürftiger SGB**
 - Rechtsweg – 233
- Insolvenzverschleppung**
 - Haftung des Geschäftsführers – 136
 - Schadensbemessung – 136
- Interessenausgleich**
 - Betriebseinschränkung – 192
 - grob fehlerhafte Sozialauswahl – 195
- Jeweiligkeitsklausel**
 - betriebliche Altersversorgung – 105
- Karenzentschädigung**
 - Anrechnung anderweitigen Erwerbs – 126
 - Auskunftsanspruch anderweitigen Erwerbs – 131
- Klagevortrag**
 - Verspätung – 231
- Konkurrentenklage**
 - Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst – 134
 - Arbeitsverhältnis in der Privatwirtschaft – 134
- Kostenentscheidung**
 - Beschwerde – 236, 252
- Kostenfestsetzung**
 - Einwendungen – 273, 275
- Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren**
 - sittenwidrige Schädigung – 262
- Krankenhausarzt**
 - Liquidationsbeteiligung – 147
- Krankheitsbedingte Kündigung**
 - betriebliches Eingliederungsmanagement – 186
 - negative Prognose – 179
- Kündigung**
 - Änderungskündigung – *siehe dort*
 - siehe u.a. auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte-, außerordentliche- und personenbedingte –*
- Kündigungserklärung**
 - Vertreter ohne Vertretungsmacht – 191
 - Zurückweisung mangels Vollmacht – 169, 188
- Kündigungsschutzklage**
 - Berufsausbildungsverhältnis – 178
 - Klagefrist, Berechnung – 207
 - nachträgliche Zulassung – 178, 190, 196, 197, 207, 208
 - Versäumung der Klagefrist durch Arbeitgeberschulden – 196
- Leitender Angestellter**
 - Einstellungsbefugnis – 199
- Lizenzspielervertrag**
 - Ordnungsregeln – 116
- Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten
 - Leiharbeiter – 227
- Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**
 - Entgeltschema – 223
 - freiwillige Leistungen – 225
 - Vergütung, Beendigung von Vertragsusancen – 212

- Videoaufzeichnungen – 248
- Mobbing**
 - Voraussetzungen – 238
- Nachvertragliches Wettbewerbsverbot**
 - Aufhebung – 126, 131
 - Karenzentschädigung – *siehe dort*
- Nichtverlängerungsmitteilung**
 - Delegation – 166
- Personalratsmitglied**
 - Benachteiligung – 109
- Personalüberleitung**
 - Anspruch auf Arbeitsvertrag – 108
- Personenbedingte Kündigung**
 - Entzug der Fahrerlaubnis – 200
- Pfändbarkeit**
 - Drittschuldnerschutz – 245
 - Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts – 245
- Portabilität**
 - Abspaltung – 124
- Postfach**
 - Zugangsfiktion – 207
- Prozessbevollmächtigter**
 - Nichtzulassung § 51 ArbGG – 249
- Prozesskostenhilfe**
 - amtlicher Vordruck – 250
 - Anwaltsbeordnung – 234, 254
 - Aufhebung – 229, 251, 253
 - Beschleunigung – 241
 - mutwillige Rechtsverfolgung – 230
 - nach Verfahrensende – 259
 - Rechtsschutzversicherung – 235
 - verspätete Einreichung von Unterlagen – 230, 246
- Rechtskraftwirkung**
 - Versäumnisurteil – 151
- Rechtsmissbrauch**
 - Änderungsvertrag – 118
- Rechtsschutzinteresse**
 - Arbeitnehmerstatus – 140
 - (nicht) vollstreckbarer Vergleich – 104
 - Klage auf Arbeitszeitverlegung ohne Vergütungsbezieferung – 141
- Rechtsweg**
 - Arbeitnehmerdarlehen – 232
 - Besonderer Vertreter § 30 BGB – 242
 - betriebliche Altersversorgung GmbH-Geschäftsführer – 240
 - Hilfebedürftiger SGB – 233
 - Mehrfachzuständigkeit – 237
 - Stock-options – 239
 - Zusammenhangsklage – 247
- Sachvortrag**
 - Verspätung – 231, 263
- Sammelklage**
 - kostensparende Prozessführung – 275
- Schadensersatzanspruch**
 - Schätzung – 231
 - Arbeitsgerichtskosten – 262
- Schwerbehinderte**
 - Anerkennung nach Zugang der Kündigung – 202
 - Nachweis – 210
- Sozialauswahl**
 - Altersgruppen – 169
 - grob fehlerhaft – 195
 - Lebensalter – 189
- Leistungsträger – 198
- Namensliste – 198
- Sozialplan**
 - Änderung, rückwirkend – 226
 - betriebsratslose Betriebe – 224
 - Teilzeitkräfte – 216
- Streitwert**
 - Zeugnisberichtigung – 270
- Streitwert im Beschlussverfahren**
 - Aufhebungsantrag § 101 BetrVG – 269
 - Beschäftigungspflicht § 78a BetrVG – 267, 268
 - Feststellung von Mitbestimmungsrechten – 266
 - Hinzuziehung eines Sachverständigen – 274
 - mehrere Anträge – 269
 - mehrere Verfahren – 269
 - Wahlvorstand – 271
- Streitwert im Kündigungsschutzverfahren**
 - mehrere Kündigungen – 272
- Tantieme**
 - Zielvereinbarung – 162
- Tarifbindung**
 - Gleichstellungsabrede – 128
- Tarifkonkurrenz**
 - Betriebsteilübergang – 128
- Teilzeitarbeitnehmer**
 - Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung – 141
 - Sozialplan – 216
- Treu und Glauben**
 - Vorbehaltsabsicht – 118
- Urlaubsanspruch**
 - Übertragungsanspruch – 156
- Urlaubsentgelt**
 - Durchschnittslohn – 137
 - Wirksamkeit einer Vereinbarung – 132
- Verdachtskündigung**
 - Betriebsratsanhörung – 165
 - nachgeschobene – 170
 - Umfang der Anhörung – 185
- Vergleich**
 - Drittwirkung – 127
 - Vollstreckbarkeit – 104
- Vergütungshöhe**
 - Veränderungsvereinbarung – 161
- Verhaltensbedingte Kündigung**
 - Arbeitsverweigerung – *siehe dort*
 - Arbeitszeitbetrug – 165
 - Beleidigung – 137, 193
 - bürgerunfreundliches Verhalten – 165
 - Nebenschlichtverletzung – 164
 - öffentlicher Dienst – 164
 - Schlechtleistung – 199
 - Vertrauensverlust – 165
- Vermögenswirksame Leistung**
 - Zwangsvollstreckung – 264
- Vertragsstrafe**
 - Transparenzgebot – 116
- Verwertungsverbot**
 - Videoaufzeichnungen – 248
- Verwirkung**
 - sonstige Rechte – 165
- Verzicht**
 - auf Vergütung – 122

Verzugsschaden

Steuerlast – 121

Vollstreckbarkeit

Klauselerteilung – 187

Vergleich – 104

Vollstreckungsgegenklage

materiell-rechtlicher Titel – 260

Unmöglichkeit – 261

Wegfall der Geschäftsgrundlage

betriebliche Altersversorgung – 129

Gleichstellungsabrede – 128

Weiterbeschäftigung

Zwangsvollstreckung – 261

Wettbewerbsverbot

nachvertragliches – *siehe dort*

Wiedereinsetzung

Anwaltsverschulden – 178, 190, 197, 243

Zeugnis

Vollstreckung – 258

Zielvereinbarung

unterlassene – 162

Zurückbehaltungsrecht

Zwangsvollstreckung – 255

Zurückweisung der Kündigungserklärung

mangels Vollmacht – 169, 188

Zwangsvollstreckung

Leistung wegen – 255

vermögenswirksame Leistung – 264