

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

es ist wieder einmal an der Zeit, sich bei den zahlreichen Einsendern für ihre Mitwirkung zu bedanken. Lassen Sie nicht nach in Ihren Bemühungen.

Die Redaktion bittet jedoch um Verständnis, wenn sie der häufig geäußerten Bitte nach gesonderter Benachrichtigung über einen Abdruck nicht nachkommen kann. Die ehrenamtlich tätige Redaktion ist mit der Bearbeitung der Eingänge reichlich ausgelastet. Wir sind bemüht, alle eingereichten Urteile zu veröffentlichen, was leider nicht immer ganz zeitnah geschehen kann. Weiter haben wir um Verständnis zu bitten, dass wir bei Übertragungsfehlern, die sowohl bei uns als auch im Verlag entstehen können, zwar um Vermeidung bemüht sind, Beiträge aber keineswegs wiederholen können, nur um diese Angaben zu berichtigen. (Auch der Unterzeichner erträgt schweigend die vielfache Veränderung seines eigenen Namens). Weiter bitten wir Sie, Urteile nicht zu anonymisieren oder gar das Aktenzeichen zu schwärzen. Urteile sind dadurch schwer oder gar nicht auswertbar. Die Redakteure sind Anwälte und wahren die Schweigepflicht, wie Sie aus AE ersehen. Als Letztes bitten wir Sie, Entscheidungen weder über den Verlag noch über den Deutschen AnwaltVerein einzureichen, sondern nur über die Redaktionsanschrift.

Aus der Fülle der interessanten Urteile, die in diesem Heft veröffentlicht sind, möchte ich Ihre Aufmerksamkeit besonders auf zwei Urteile lenken. Der erste Hinweis gilt der Entscheidung des LAG Düsseldorf Nr. 277 zur doppelten Schriftformklausel. Diese Vertragsklausel ist bekanntlich eingeführt worden, weil das Bundesarbeitsgericht sie nach vielen Jahren anderer Praxis für geboten hielt, um eine mündliche Aufhebung der Schriftformklausel zu verhindern. Nachdem sie den Arbeitsvertragsgestaltern also vom Bundesarbeitsgericht in den Mund gelegt wurde, markiert das LAG Düsseldorf möglicherweise einen neuen Wendepunkt. Danach ist diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung der Arbeitnehmer in vorformulierten Vertragsklauseln unwirksam. Kommentieren will ich das lieber nicht.

Von weitreichender Bedeutung über den eigentlichen Regelungsgegenstand hinaus ist die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin zum betrieblichen Eingliederungsmanagement (Nr. 329). Danach ist der Arbeitgeber aufgrund der Regelungen zum Schwerbehindertenschutz verpflichtet, die Vertretung der Arbeitnehmer zu unterrichten, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung eines solchen Verfahrens vorliegen. Dazu muss der Arbeitgeber die Menge der Arbeitsunfähigkeitstage erfassen, was sinnvoll sicherlich nur über eine elektronische Bearbeitung erfolgen kann. Nun galt allerdings in den Einigungsstellenverfahren zum Regelungsgegenstand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stets, dass die Betriebsräte eine solche Datenerfassung zu verhindern suchten. Das Problem wird erneut überdacht werden müssen.

Aber auch hinsichtlich der anderen abgedruckten Entscheidungen ist die Redaktion sicher, dass sie ihre Aufgabe erfüllen werden:

Mögen sie nützen!

Berlin, im September 2007

Ihr
Dr. Hans-Georg Meier
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einsenderliste	192
Aufsätze und Beiträge	
Briefwechsel DAV – Bundesministerium für Arbeit und Soziales wegen Entwurf Arbeitsvertragsgesetz	193
Aufhebungsvertrag – neue Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit (Mitteilung des BDA)	195
<i>Ilona Moog</i> : Karenzentschädigung in der Insolvenz des Arbeitgebers: Gilt zu Gunsten des Insolvenzverwalters das Wahlrecht nach § 103 Insolvenzordnung – Insolvenzrecht kontra Arbeitsrecht?	196
<i>Nikolas Jung</i> : Arbeitsrechtliche Probleme auf dem Weg zur Stiftungsuniversität der Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main	199
<i>Marcus Schneider-Bodien</i> : Falscher Beklagter: Rubrumsberichtigung oder Klageabweisung?	203
<i>Dr. Volker Hertwig</i> : Never Ending Story – Örtliche Zuständigkeit bei Außendienstmitarbeitern	204
Nachruf: Professor Hümmerich	205
 Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	
Entscheidungen	209
Allgemeines Vertragsrecht	209
Kündigungsschutzrecht	231
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	244
Tarifrecht	253
Sonstiges	257
Streitwert und Gebühren	271
 Rezensionen	
Gaul: Aktuelles Arbeitsrecht, Band 2/2006	278
Balze/Rebel/Schuck: Outsourcing und arbeitsrechtliche Restrukturierung von Unternehmen	278
Tschöpe: Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht	279
Schaffeld/Hörle: Das Arbeitsrecht der Presse	279
Schulze/Froning/Simon: Betriebsbedingte Kündigungen in caritaven und kirchlichen Einrichtungen	279
Köstler/Zachert/Müller: Aufsichtsratspraxis – Handbuch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	280
Annuss/Picker/Wissmann (Hrsg.): Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag	280
 Impressum	281
 Stichwortverzeichnis	282

Liste der AE-Einsender

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

Einsender mit mehr als 40 Entscheidungen

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

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

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

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

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

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

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

Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG): Briefwechsel des DAV mit dem zuständigen Minister

In der AE 1/07, S. 13 ff. haben wir die Stellungnahme des Arbeitsrechtsausschusses des DAV zu dem von der Bertelsmann-Stiftung geförderten Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (Verfasser: *Henssler/Preis*) abgedruckt. Hieran anknüpfend veröffentlichen wir nachstehend ein Schreiben, das der Präsident und der Vorsitzende des Arbeitsrechtsausschusses des DAV am 4. April 2007 an den zuständigen Bundesminister für Arbeit und Soziales, *Franz Müntefering*, gerichtet haben. Etwa sechs Wochen später traf aus dem Bundesministerium ein von dem dortigen Staatssekretär, Herrn *Rudolf Anzinger*, unterzeichnetes Antwortschreiben ein, das nicht nur wegen seiner Kürze bemerkenswert erscheint.

Wir geben beide Briefe im Originalwortlaut wieder:

Sehr geehrter Herr Minister,

Deutschland versteht sich als moderner, zukunftsorientierter Wirtschaftsstandort in Europa, dessen wichtigstes „Kapital“ das Wissen, das Können und die Arbeitskraft seiner Bürger sind. Dem Arbeitsleben und seinen rechtlichen und sozialen Rahmenbedingungen kommt überragende Bedeutung sowohl für die vielen Millionen arbeitender Menschen in Deutschland als auch für jeden Unternehmer zu, der sich hier wirtschaftlich engagieren will.

Angesichts der offenkundigen Bedeutung klarer, verständlicher und leicht auffindbarer Regelungen in einem Rechtsgebiet, das nahezu jeden im aktiven Berufsleben stehenden Bürger betrifft, ist es für uns als Anwälte und als Staatsbürger nicht nachvollziehbar und ein ständiges Ärgernis, dass der deutsche Gesetzgeber sich ausgerechnet in diesem Bereich in einem mittlerweile seit rund 17 Jahre währenden „Dauerstreik“ befindet. Art. 30 des Einigungsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der damaligen DDR vom 31. August 1990 bezeichnet es als eine Aufgabe des gesamtdeutschen Gesetzgebers, das Arbeitsvertragsgesetz „möglichst bald neu zu kodifizieren“. Statt diesem Auftrag Folge zu leisten, hat der deutsche Gesetzgeber in der Folgezeit genau das Gegenteil getan, nämlich die Zersplitterung des Arbeitsrechts über viele einzelne Gesetze fortgeschrieben und – unter anderem mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – neue Gesetze geschaffen, die unverbunden neben bereits geltendem Recht stehen und deshalb selbst für Experten unlösbare Probleme in der praktischen Anwendung mit sich bringen.

Mit dem jetzt vorgelegten Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes wird die dringend notwendige Wende eingeleitet. Die deutsche Anwaltschaft unterstützt uneingeschränkt die derzeitigen Bemühungen, die unternommen werden, endlich ein einheitliches, übersichtliches und gut lesbares Arbeitsvertragsgesetz zu schaffen. Wir dürfen hierzu auf die als Anlage beigefügte gemeinsame Presseerklärung des Deutschen Anwaltvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer vom 6. Februar 2007 verweisen.

Wie unerträglich die gegenwärtige Situation ist, sei an folgendem Beispiel demonstriert: Wenn eine Arbeitnehmerin wissen möchte, ob sie als alleinerziehende Mutter bei Erkrankung ihres Kindes von ihrem Arbeitgeber bezahlten oder wenigstens unbezahlten Urlaub beanspruchen kann, wird sie in § 616 BGB – so sie diese Regelung überhaupt findet – keine befriedigende Antwort erhalten und auf die Lektüre inzwischen mehrere tausend Seiten umfassender Kommentare zum Arbeitsrecht angewiesen sein; dort wird sie dann auf ihr nicht ohne weiteres zugängliche Rechtsprechung und – so sie Glück hat – auf ein ganz anderes Rechtsgebiet, nämlich das Fünfte Buch des Sozialgesetzbuchs (§ 45 Abs. 3 SGB V) verwiesen werden. Durch diese aufwendige Suche und die gleichwohl verbleibenden Zweifelsfragen ist sie möglicherweise so genervt, dass sie sich dazu entschließt, die Pflege ihres kranken Kindes in der Woche anderweitig zu organisieren, was den Arbeitgeber freuen mag. Zu allem Überfluss verlangt dieser aber von ihr bei entsprechendem Bedarf die Ableistung von Überstunden und gelegentlich sogar Wochenend- und Feiertagsarbeit. Wegen letzterer muss sich „unsere“ Arbeitnehmerin den Text des Arbeitszeitgesetzes beschaffen (von dem sie früher noch nie etwas gehört hat), wegen der Überstundenfrage findet sie aber weder dort noch in dem ihr bereits bekannten BGB irgendeine Antwort.

Nachdem sie mindestens zehn weitere Gesetze vergeblich durchforstet hat (u.a. das Handelsgesetzbuch, die Gewerbeordnung, das Arbeitsschutz- sowie das Betriebsverfassungsgesetz), klärt sie ein befreundeter Jurist darüber auf, dass es

zur Überstundenpflicht und zur Bezahlung von Mehrarbeit in Deutschland gar keine gesetzliche Regelung gebe. Da sie wegen der für sie unklaren Rechtslage nicht ihren Job riskieren möchte, fügt sie sich in ihr Schicksal und nimmt es hin, dass auf ihrem Ü-berstundenkonto im Laufe der Zeit mehr als hundert Stunden auflaufen. Als sie nach längerer Zeit von ihrem Arbeitgeber Ausgleich fordert, beruft dieser sich auf eine im Vertrag angeblich enthaltene Ausschlussfrist, hilfsweise auf Verjährung. Mit dem Begriff der Ausschlussfrist kann sie nichts anfangen; er wird weder im BGB noch im Tarifvertragsgesetz erwähnt. Die Verjährungsparagraphen findet sie nach längerem Blättern im BGB und muss feststellen, dass sie wegen Unkenntnis dieser Bestimmungen es unterlassen hat, für eine Hemmung der Verjährung Sorge zu tragen.

Durch weiteres Blättern in einer rund 800 Seiten umfassenden arbeitsrechtlichen Textsammlung erfährt sie per Zufall, dass ihr Arbeitgeber ihr vor einem Jahr die gewünschte Reduzierung ihrer Arbeitszeit verweigert hat, ohne zu erwähnen, dass ihr hierauf ein gesetzlicher Anspruch zusteht (§ 8 Abs. 1 TzBfG, § 15 Bundeserziehungsgeldgesetz, [jetzt: Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz]). Es reicht ihr nun, und sie beschließt, sich eine andere Stelle zu suchen. Schon bei ihrem ersten Vorstellungsgespräch weist man sie auf die Problematik eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots hin, welches sich tatsächlich in ihrem Anstellungsvertrag befindet. Wieder beginnt sie, in verschiedenen Gesetzen zu blättern und „entdeckt“ auf dem Umweg über § 110 GewO schließlich die Bestimmung des § 74 HGB, in der sie mit dem ihr nicht vertrauten Begriff des „Prinzipals“ und des „Handlungsgehilfen“ konfrontiert wird. Ob sie überhaupt „Handlungsgehilfin“ im Sinne dieses Gesetzes ist, kann ihr letztlich egal bleiben, weil die in altertümlichem Deutsch gehaltenen Paragraphen viel zu kompliziert und umständlich gefasst sind, als dass sie daraus für ihre Situation eine halbwegs klare Antwort ableiten könnte.

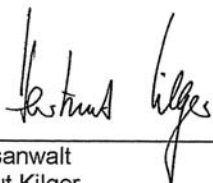
Wie das von uns dargestellte Beispiel zeigt, geht die derzeitige Unübersichtlichkeit, Unverständlichkeit und Zersplitterung des geltenden Rechts in allererster Linie zu Lasten derjenigen, die den Umgang damit nicht gewohnt sind und sich keine laufende Rechtsberatung leisten können. Das trifft zwar auch auf andere Rechtsgebiete wie insbesondere das Steuerrecht zu. Für das Arbeitsrecht als wesentlichen Nukleus des sozialen Rechtsstaats ist ein solches Bild jedoch, auch im Vergleich zu anderen europäischen Ländern, besonders unwürdig, unakzeptabel und beschämend. Es ist Aufgabe der Politik und nicht der Verbände, auf deren Konsens man vermutlich noch lange warten könnte, hier endlich Abhilfe zu schaffen.

Es wäre geradezu fatal, wenn auch dieser erneute, von hochqualifizierten Fachleuten unternommene Anlauf in den Mühlen von Partei- und Verbandspolitik zerrieben würde.

Wir bitten Sie herzlich und appellieren an Sie als zuständigen Fachminister, die den Kern unserer Wirtschafts- und Sozialordnung betreffende Angelegenheit zur „Chefsache“ zu erklären, damit sie nicht zum Opfer einer unheiligen Allianz jeweils allein auf die Wahrung des sogenannten Status Quo bedachter Interessenträger wird.

Gerne sind wir bereit, Ihnen unser Anliegen, falls gewünscht, einschließlich konkreter Vorschläge hierzu näher zu verdeutlichen, und verbleiben

mit vorzüglicher Hochachtung Ihre



Rechtsanwalt
Hartmut Kilger
(Präsident des Deutschen Anwaltvereins)



Rechtsanwalt
Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen
(Vorsitzender des Arbeitsrechtsausschusses
des Deutschen Anwaltvereins)

Sehr geehrter Herr Kilger, sehr geehrter Herr Professor Willemsen,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 4. April 2007 an Bundesminister Franz Müntefering zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes.

Die von den Professoren Henssler und Preis vorgenommene Zusammenfassung des Arbeitsvertragsrechts ist ambitioniert. Der Entwurf übernimmt Gesetzesrecht und kodifiziert Richterrecht. Die Professoren setzen zum Teil auch neue und eigene Akzente. Insoweit halte ich das Bemühen für verdienstvoll.

Das A und O für das Gelingen eines Arbeitsvertragsrechts ist der faire Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen. Eine Zusammenfassung von Normen des Arbeitsrechts lässt sich daher nur bei einem grundsätzlichen Konsens der Sozialpartner verwirklichen. Ein solcher Konsens ist derzeit nicht erkennbar.

Mit freundlichen Grüßen



Änderung der Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit bei Sperrzeit wegen Aufhebungsvertrag oder Wechsel in ein befristetes Arbeitsverhältnis

Nach einer Information des BDA vom 15. Januar 2007 hat die Bundesagentur für Arbeit (BA) ihre Verwaltungspraxis mit einer Durchführungsanweisung dahingehend geändert, dass ein Sperrzeit ausschließender wichtiger Grund auch dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer darlegen kann, dass er

1. bei einer drohenden rechtmäßigen arbeitgeberseitigen Kündigung durch Abschluss eines Aufhebungsvertrages eine Abfindung erlangen konnte, auf die er ohne Abschluss des Aufhebungsvertrages keinen Anspruch gehabt hätte;
2. beim Wechsel von einem unbefristeten in ein mindestens zwei Monate befristetes Beschäftigungsverhältnis
 - die Tätigkeit in einem anderen Berufsfeld ausübt, in dem der Arbeitnehmer zusätzliche berufliche Fertigkeiten erlangen kann oder
 - die befristete Beschäftigung der erworbenen bisherigen höheren beruflichen Qualifikation entspricht oder

- in der befristeten Beschäftigung ein um mindestens 10 % höheres Arbeitsentgelt erzielen kann.

Für den Aufhebungsvertrag bei drohender rechtmäßiger Arbeitgeberkündigung hat die BA damit ihre Verwaltungspraxis der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts angepasst (Urteil vom 12. Juli 2006 – B 11a AL 47/06 R, BDA-Rundschreiben IV/65 vom 3. August 2006 und IV/78 vom 6. Oktober 2006), womit die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses erleichtert wird.

Auch mit der Änderung der Verwaltungspraxis bei Wechsel in ein befristetes Beschäftigungsverhältnis folgt die BA dem BSG (Urteile vom 12. Juli 2006 – B 11a AL 55/05 R und 73/05 R). Auch diese Erleichterung bei einem Beschäftigungswechsel ist zu begrüßen, weil bei allen angesprochenen Fallgestaltungen der Arbeitnehmer die Aussicht hat, seine Beschäftigungsfähigkeit zu verbessern.

Karenzenschädigung in der Insolvenz des Arbeitgebers: Gilt zu Gunsten des Insolvenzverwalters das Wahlrecht nach § 103 Insolvenzordnung – Insolvenzrecht kontra Arbeitsrecht?

Ilona Moog, Rechtsanwältin, Darmstadt

Stellen Sie sich folgenden praktischen Fall vor:

Sie vertreten den kaufmännischen Leiter eines Unternehmens. Nach Eröffnung der Insolvenz seiner Arbeitgeberin erhält er die Kündigung; sein Arbeitsvertrag enthält ein wirksames Wettbewerbsverbot. Sie wenden sich mit der Kündigungsschutzklage an das Arbeitsgericht und klagen die ersten Monate der Karenzenschädigung ein, nachdem Sie außergerichtlich zur Zahlung, ohne Reaktion, aufgefordert hatten. Die Kündigungserklärung enthielt keinen Verzicht auf das Wettbewerbsverbot. Im Güetermin beruft sich der Insolvenzverwalter erstmals auf sein Wahlrecht nach § 103 InsO. Er habe nie erklärt, dass er Erfüllung des Wettbewerbsverbots verlange. Vielmehr lehne er dies ab, was auch zu Protokoll erklärt wird. Die Vorschriften des HGB wären gegenüber § 103 InsO nachrangig und fänden keine Anwendung.

Dem Arbeitnehmervertreter sträuben sich buchstäblich die Nackenhaare: Insolvenzrecht soll vor Arbeitsrecht gehen, wo bleibt der Arbeitnehmerschutz?

1. Grundsätzliches zum Arbeitsrecht in der Insolvenz

„Arbeitsrecht und Insolvenzrecht werden von völlig unterschiedlichen Zielsetzungen bestimmt. Während das Arbeitsrecht den Arbeitnehmer vor allem umfassend gegen eine willkürliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber schützen will ... , bezweckt das Insolvenzrecht die bestmögliche Schuldenregulierung und Verwirklichung der schuldnerischen Vermögenshaftung. Beide Rechtsgebiete stehen selbständig und unabhängig nebeneinander. ...“¹ Grundsätzlich finde das Arbeitsrecht auch in der Insolvenz Anwendung, da gerade dann seine zwingenden Anforderungen nicht zurückgenommen werden könnten, wenn es besonders auf seinen Schutz ankomme, nämlich bei Insolvenz des Arbeitgebers.² So hat die Insolvenzordnung die grundsätzliche Anwendbarkeit des Arbeitsrechts akzeptiert und eine Reihe von Sondervorschriften zusätzlich geschaffen, so z. B. in der Erleichterung der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, §§ 113 InsO ff. Im Übrigen bewirkt vom Grundsatz her eine Verfahrenseröffnung keine materiell-rechtliche Umgestaltung von gegenseitigen Verträgen, sondern hat nur zur Folge, dass die Vertragspartner ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf

die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können.³

2. Arbeitsverträge in der Insolvenz

Geht § 103 InsO grundsätzlich von einem Wahlrecht des Insolvenzverwalters bei gegenseitigen Verträgen aus und kann er die Erfüllung wählen oder ablehnen, ist dieses Wahlrecht nach § 108 InsO bei Dienstverträgen beschränkt. Denn hier nach bestehen Dienstverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies ist unabhängig davon der Fall, ob der Insolvenzschuldner Dienstberechtigter oder Dienstverpflichteter ist, da § 108 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. InsO im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 Satz 1 InsO keine derartige Differenzierung macht.⁴ „Dabei lässt § 108 Abs. 1 InsO die betroffenen Verträge auch nach Verfahrenseröffnung fortbestehen und normiert somit die Voraussetzungen für die besonderen Kündigungsschutzvorschriften der §§ 109 ff. Dem Insolvenzverwalter wird kein Wahlrecht über die Erfüllung eingeräumt, sondern die Erfüllung muss erfolgen.“⁵ § 113 InsO sieht stattdessen ein besonderes Kündigungsrecht des Insolvenzverwalters vor. Nur durch Kündigung vermag er gestaltend auf das bestehende Arbeitsverhältnis einzugreifen. Das Wahlrecht des § 103 InsO ist bei Dienstverträgen mithin völlig ausgeschlossen.⁶

3. Karenzenschädigung in der Insolvenz

Forscht man in der arbeitsrechtlichen Literatur, ist diese dürftig und nicht recht begründet: *Bauer-Diller*⁷ gehen vom Bestehen des Wahlrechts nach § 103 Insolvenzordnung aus, unab-

1 MünchKomm/Löwisch-Caspers, 1. Aufl. 2002, vor §§ 113-128 Rn 1.

2 MünchKomm/Löwisch-Caspers, (Fn 1), a.a.O.

3 Vgl. Braun-Kroth, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2004, § 108 Rn 9 unter Verweis auf BGH, vom 25.04.2002, ZIP 2002, 1093 ff.

4 Vgl. Braun-Kroth, (Fn 3), § 108 Rn 12.

5 Vgl. Braun-Kroth, (Fn 3), § 108 Rn 18.

6 Vgl. Braun-Kroth, (Fn 3), § 108 Rn 12; Hess u.A., Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2001, § 113, Rn 179; Smid, InsO, 2. Aufl. 2001, § 108 Rn 6; Uhlenbruck-Berscheid, InsO, 12. Aufl. 2003, § 103 Rn 41; MünchKomm/Huber, § 103 Rn 103.

7 Wettbewerbsverbote, 4. Aufl. 2006, Rn 694 ff.

hängig davon, ob bei Verfahrenseröffnung das Wettbewerbsverbot bereits angelaufen ist. Auch bei Eigenkündigung des Verwalters nach § 113 InsO könne er mithin das Wahlrecht nach § 103 InsO noch ausüben. In diesem Fall trete das Wahlrecht gegebenenfalls neben das Lösungsrecht aus § 75 Abs. 3 HGB, für die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 laufe keine Frist. Der Verwalter müsse nicht sofort reagieren, so dass ein Schwebezustand entstehe. Der Arbeitnehmer könne den Verwalter ja zur Ausübung des Wahlrechts auffordern. Schweigen des Verwalters wirke wie eine ausdrückliche Ablehnung der Erfüllung.⁸

Unklar bleibt bei dieser Auffassung, warum der Anspruch auf Karenzentschädigung etwas völlig anderes ist als die sonstigen Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis. Denn besteht ein Dienstverhältnis in der Insolvenz fort, kann dies nichts anderes heißen, als dass Ansprüche hieraus von der Insolvenz unbeeinflusst bleiben. Kraft Gesetzes fortbestehende Ansprüche werden Masseverbindlichkeiten, § 55 InsO. *Müller-Glöge*⁹ differenziert stattdessen. Sei der Arbeitnehmer bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschieden, hat der Insolvenzverwalter nach seiner Auffassung das Wahlrecht nach § 103 InsO. Ende das Arbeitsverhältnis erst nach Insolvenzeröffnung und werde der Betrieb stillgelegt, spreche dies dafür, dass das vertragliche Wettbewerbsverbot erlösche.

*Uhlenbruck-Berscheid*¹⁰ erklären hier, dass für die Zeit nach Verfahrenseröffnung die Erfüllung hinsichtlich derjenigen gegenseitigen Verträge zu erfolgen habe, die nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst werden, sondern kraft Gesetzes fortbestehen. Genannt sind hier Arbeitsverträge, §§ 108, 113 InsO. Entsprechend ist dies nach *Berscheid* für die Hauptleistungspflichten der Fall, aber auch ausdrücklich für sämtliche Nebenpflichten.¹¹ *Berscheid* bezieht sich hier insbesondere auf die Bundestags-Drucksache 12/2443, S. 146, nach welcher bei Dienstverhältnissen an die Stelle des Wahlrechts die Möglichkeit des Kündigungsrechts tritt, welche das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses über den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraussetzt. In der Begründung zu § 122 Regierungsentwurf heißt es hier ausdrücklich: „Aus Abs. 1 ergibt sich, dass ... bei Dienstverhältnissen des Schuldners das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 117 des Entwurfs [= § 103 InsO] keine Anwendung findet. An die Stelle des Wahlrechts treten in diesen Fällen besonders geregelte Kündigungs- und Rücktrittsrechte (vgl. die §§ 123, 127 des Entwurfs [= §§ 109, 113 InsO]), die das Fortbestehen des Vertragsverhältnisses über den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus fortsetzen. Die Lösung entspricht im Grundsatz dem geltenden Recht (vgl. die §§ 19 – 22 KO, § 51 Vg10, § 9 Abs. 2, 3 Satz 1 GesO).“ Weiter führt *Berscheid* aus, dass die Erfüllungsablehnung nach § 17 KO eine mit dem allgemeinen Prinzip des Arbeitnehmerschutzes unvereinbare Beendigungsart gewesen sei.¹²

Auch *Reinecke*¹³ geht davon aus, dass bei Stilllegung des Betriebes das Wettbewerbsverbot erlösche. Bei Fortführung des Betriebes habe der Insolvenzverwalter dann aber die Wahl nach § 103 Insolvenzordnung.

4. Rechtsnatur des Wettbewerbsverbots

Das Wettbewerbsverbot beschränkt einen Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der freien Verwertung seiner Arbeitskraft. Er darf berufliches Erfahrungswissen weder verwerten, noch seine Verschwiegenheit brechen. Es verlangt also vom Arbeitnehmer die Erfüllung von Pflichten über den Bestand des Arbeitsverhältnisses hinaus, und zwar genau so, wie sie während des Bestandes existierten. Die arbeitsvertragliche Treuepflicht wird vollständig perpetuiert. Entsprechend muss der Arbeitgeber hierfür zahlen. Musste der Arbeitnehmer während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses Tätigkeiten erbringen, wird nun von ihm ein striktes Unterlassen verlangt. Entsprechend hat der Arbeitgeber nun auch nicht mehr ein Entgelt wie bei Erbringung der Arbeit zu entrichten, sondern eine Entschädigung im Sinne der bezahlten Karenz, auf die anderweitiger Verdienst anrechenbar ist. Der Arbeitgeber hat weiter das Recht zur Abmahnung, § 323 Abs. 3 BGB. Außerdem stehen ihm entsprechende Schadensersatzansprüche zu.¹⁴ Das ursprüngliche Austauschverhältnis in Form des Arbeitsvertrages wird fortgesetzt in Form von Treuepflichten sowie Unterlassungspflichten. Warum sollen diese Verpflichtungen nicht mehr den Charakter des Dienstvertrages haben?

5. Vergleichbare Sachverhalte

a) Das noch nicht angetretene Arbeitsverhältnis

Gegenüber der alten Konkursordnung enthält die InsO bei noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnissen eine Besonderheit: Die Einführung des Kündigungsrechts ist nach § 113 InsO nicht auf bereits angetretene Arbeitsverhältnisse beschränkt. Auch nicht angetretene Arbeitsverhältnisse müssen nunmehr gekündigt werden.¹⁵ Der Wortlaut des Gesetzes fordert ausdrücklich kein vollzogenes Dienstverhältnis mehr, wie es in

⁸ *Bauer-Diller*, (Fn 7), Rn 697.

⁹ *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 6. Aufl. 2006, InsO Einführung, Rn 52.

¹⁰ *InsO § 55 Rn 83*.

¹¹ (Fn 6), § 108 Rn 38.

¹² (Fn 6), § 108 Rn 43.

¹³ *Küttner-Reinecke*, *Personalbuch 2006*, 13. Aufl., 460 Rn 37.

¹⁴ *Küttner-Reinecke*, (Fn 13), 460 Rn 65.

¹⁵ (Fn 6), § 108 Rn 43.

¹⁶ Vgl. *Wimmer-Eisenbeis*, *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2003, § 113 Rn 23.

§ 22 KO der Fall war.¹⁶ Auch *Eisenbeis* geht davon aus, dass diese Vorschrift des § 113 InsO insoweit den allgemeinen Regelungen in § 103 InsO vorgehe.

b) Unwirksamkeit von Teilkündigungen

Das Arbeitsrecht kennt den Grundsatz der Unwirksamkeit von Teilkündigungen des Arbeitsverhältnisses. So ist die Teilkündigung zulässig, wenn sie vertraglich vereinbart wurde. Im Übrigen ist jeweils zu prüfen, ob hierdurch das Gesamtgefüge von Leistung und Gegenleistung gestört wird, was die Unwirksamkeit zur Folge hat. Nur dann, wenn sich unter Aufrechterhaltung des Gesamtgefüges Einzelbereiche abtrennen lassen, ist eine auf diesen Teil bezogene Kündigung zulässig.¹⁷ Hiermit wäre das Wahlrecht des Insolvenzverwalters vergleichbar, ist schließlich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Wettbewerbsabrede das Einzige, was noch vom Arbeitsverhältnis übrig geblieben ist.

c) Vergleichbare Rechtsverhältnisse

§ 108 InsO ist grundsätzlich weit auszulegen und erfasst alle denkbaren Dienstverhältnisse, so auch solche von Prokuristen und Handlungsgehilfen des HGB.¹⁸ Auch Verträge mit Einfirmerhandelsvertretern fallen unter § 108 InsO sowie Anstellungsverhältnisse von Vorstandsmitgliedern einer AG oder Allein-Gesellschaftergeschäftsführern.¹⁹

d) Vergleichbare Ansprüche

Von der Wirkung her sind die nach Insolvenzeröffnung entstandenen Ansprüche auf Karenzentschädigung Masseverbindlichkeiten. Sie gleichen daher den nach Verfahrenseröffnung entstehenden Beschäftigungsansprüchen von Arbeitnehmern, Ansprüchen auf Urlaub bzw. Urlaubsabgeltungsansprüche oder dem Zeugnisanspruch. Sämtliche der genannten Ansprüche entstehen aus dem Arbeitsverhältnis. Niemand kommt auf die Idee, insofern dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht zuzubilligen, man sieht ihn hier vollständig in der Arbeitgeberposition, ohne dass er sich hieraus sonst wie lösen könnte.

6. Schutzvorschrift des HGB

§ 75a HGB geht davon aus, dass eine Lösung vom Wettbewerbsverbot durch den Prinzipal nur dann möglich ist, wenn er schriftlich vor der Beendigung des Dienstverhältnisses hierauf verzichtet. Bei entsprechendem Verzicht ist die Karenzentschädigung nur für ein Jahr seit der Erklärung zu bezahlen. Ein Verzicht des Arbeitgebers nach Ende des Arbeitsverhältnisses scheidet aus. Dies alles soll der Insolvenzverwalter nun durch schlichtes Nichtstun überwinden können, indem § 103 InsO zur Anwendung kommt. Dabei bedeutet bekanntlich Schweigen keine Erklärung nach § 103 InsO, mit der die Erfüllung des Vertrags verlangt wird. Ein doch sehr merkwürdiges Ergebnis.

7. Situation des gekündigten Arbeitnehmers

Die Rechtsfrage sollte nicht entschieden werden, ohne die besondere Situation des gekündigten Arbeitnehmers zu betrachten: Er erhält eine Kündigung und muss sich sofort nach dem Erhalt der Kündigung um eine neue Arbeit kümmern. Bekommt er in der Kündigungserklärung nicht mitgeteilt, was mit seinem arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbot ist, weiß er nicht, wie er sich in Zukunft verhalten soll. Auf der einen Seite muss er sofort versuchen, eine andere Arbeitsstelle zu finden. Auf der anderen Seite weiß er aber nicht, auf welche Stellen er sich bewerben darf. Denn muss er das Wettbewerbsverbot einhalten, macht er sich bei der Bewerbung um konkurrierende Arbeitsverhältnisse erheblich schadensersatzpflichtig. Muss er es nicht einhalten, ist der für ihn zur Verfügung stehende Arbeitsmarkt erheblich weiter. Es ist ihm schlechterdings nicht zuzumuten, über den Erhalt der Kündigungserklärung hinaus im Unklaren über das Wettbewerbsverbot zu bleiben.

Kennt er (erstaunlicherweise) die Voraussetzungen von § 103 InsO, wird er den Insolvenzverwalter entsprechend fragen. Dennoch ist dies naturgemäß keine verbindliche Rechts Auskunft, die er hier erhält. Denn irrt sich der Konkursverwalter, hat dies für den Arbeitnehmer wenig Bedeutung. Seine Schadensersatzverpflichtung besteht dennoch. Auch kann es sein, dass der Insolvenzverwalter sich Wochen Zeit lässt, um auf die Fülle der auf ihn einströmenden Anfragen einzugehen. Muss der Arbeitnehmer das alles wirklich riskieren, nicht aber der Insolvenzverwalter? Dem Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers wird dies nicht gerecht. Demgegenüber machen die bereits sehr alten Vorschriften aus dem HGB wirklich Sinn. Hier weiß der Handlungsgehilfe und Arbeitnehmer verbindlich bei Erhalt der Kündigung, woran er ist.

Den Ansichten, die danach differenzieren, ob der Betrieb fortgesetzt oder stillgelegt wird, ist entgegenzuhalten, dass dies für jeden Arbeitnehmer nun wahrlich sehr schwer erkennbar ist: Wer weiß hier schon genau, was hinter den Kulissen verhandelt wird. Und nur nach völlig gesicherten Ergebnissen über eine tatsächliche Betriebsstilllegung würde er sein Verhalten zutreffend einrichten.

8. Eigene Auffassung

Die oben geschilderten Auffassungen, wonach für Ansprüche aus Karenzentschädigung das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gelten würde, negiert unsystematisch die Herkunft dieses Anspruches, resultiert er notwendigerweise aus dem

¹⁷ Vgl. *Müller-Glöße*, § 620 BGB, Rn 45.

¹⁸ *Wimmer-Wegener*, (Fn 16), § 108 Rn 19 f.

¹⁹ BGHZ 75, 209, 211.

jeweiligen Arbeitsvertrag. Erhält der Arbeitnehmer die Kündigung des Arbeitsvertrages, ohne dass hierin irgendein Ton zum Wettbewerbsverbot verloren wird, wird nur das Arbeitsverhältnis mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung und laufenden Entgeltfortzahlung beendet, nicht aber die übrigen Verpflichtungen hieraus. Auch andere gegenseitigen Verhaltens- und Erfüllungsansprüche wie Urlaubsabgeltungsanspruch, Zeugnis etc. bleiben vom Grundsatz her erhalten. Warum sollte dies mit dem Anspruch auf Karenzentschädigung anders sein?

Wenn das Arbeitsverhältnis durch die Insolvenz vom Grundsatz her unberührt bleibt, § 108 InsO, und der Gesetzgeber hier nur die Möglichkeit der Kündigung vorsieht, § 113 InsO, gelten ergänzend auch sonstige gesetzliche Regelungen fort, wie z.B. die Vorschriften von §§ 75 ff. HGB. Hier sind zum Schutz des Arbeitnehmers klare Regelungen vorgesehen. Verzichtet der Arbeitgeber nicht vor dem Ende des Arbeitsverhältnisses auf das Wettbewerbsverbot – und dies stände dem Insolvenzverwalter jederzeit frei –, bleibt es erhalten.

Eine andere Auffassung verkennt das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers: Er bleibt völlig im Unklaren, wie er zukünftig sich verhalten soll, ja er muss selbst aktiv werden, um zu einer Erklärung des Insolvenzverwalter nach § 103 InsO zu kommen.

Dies ist mit dem geltenden Arbeitnehmerschutz nicht in Einklang zu bringen. Wenn die Insolvenzordnung mit § 113 InsO selbst für noch nicht angetretene Dienstverhältnisse gilt, bei welchen noch kein Austausch von Leistungen stattfand,

muss bei so wichtigen Arbeitsverhältnissen, für welche sogar ein Wettbewerbsverbot vereinbart wurde, erst recht ausschließlich § 113 InsO gelten. Die gegenseitigen Treuepflichten aus dem Arbeitsverhältnis lösen sich nicht in Wohlgefallen zu Gunsten der Insolvenzmasse auf. Arbeitnehmer sind und bleiben schutzwürdiger als sonstige Insolvenzgläubiger.

Es ist dem Insolvenzverwalter zuzumuten, sich Klarheit über die Arbeitsverhältnisse zu verschaffen, welche er kündigt. Nicht jeder einfache Arbeitsvertrag hat schließlich eine entsprechende Wettbewerbsklausel. Auch unter Berücksichtigung der vielfältigen Verpflichtungen des Insolvenzverwalter ist er immer noch viel eher dazu in der Lage als ein gekündigter Arbeitnehmer, der sogar noch beurteilen soll, ob ein Betrieb stillgelegt oder veräußert wird.²⁰

Die geschilderten Auffassungen, welche lapidar von der Geltung des Wahlrechts nach § 103 InsO ausgehen, berücksichtigen unsystematisch nicht die Tatsache, dass das Arbeitsrecht grundsätzlich auch in der Insolvenz Anwendung findet und lediglich durch § 113 InsO durch Abkürzung der sonst geltenden Kündigungsfristen modifiziert wird. Zumindest wäre daher nach § 113 InsO auch die ausdrückliche schriftliche Kündigung des Wettbewerbsverbotes notwendig, § 623 BGB. Die Nachwirkung von einem Jahr nach § 75a HGB auf drei Monate zu verkürzen nach § 113 InsO wäre dann ein allenfalls noch akzeptables Ergebnis.

²⁰ So wohl (Fn 13), 460, Rn 37.

Arbeitsrechtliche Probleme auf dem Weg zur Stiftungsuniversität der Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main

Nikolaus Jung, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt a.M.

I. Einleitung

Im Leitartikel der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 21.03.2007 „Verbotswettbewerb – Autonomie ist nichts anderes als politischer Etikettenschwindel“¹ wird ausgeführt, dass angesichts leerer öffentlicher Kassen die Suche nach kostengünstigen Lösungen das Bildungswesen weiter und zwar staatlich reglementieren wird. Nicht Selbstbestimmung und Freiheit verstünden die Reformer unter Autonomie und Liberalisierung. Während doch eigentlich Hochschulautonomie nichts anderes bedeuten sollte, als Herrschaft durch Selbststeuerung.

Dabei gibt es bereits Konzepte, die die Idee einer autonomen Hochschule beinhalten. So wurde im Jahr 2003 die Univer-

sität Göttingen in eine Stiftungsuniversität umgewandelt. In Berlin gab es Überlegungen, die FU Berlin als internationale Stiftungsuniversität zu etablieren.² Und die Johann Wolfgang Goethe Universität in Frankfurt am Main strebt an, wieder Stiftungsuniversität zu werden. Die Betreiber dieses Vorhabens wollen gerade den Autonomiestatus wieder gewinnen,

¹ F.A.Z. v. 21.03.2007, Heike Schmoll, *Verbotswettbewerb – Autonomie ist nichts anderes als politischer Etikettenschwindel*.

² *BerliNews v. 01.08.2001, Manfred Ronzheimer, Die FU als internationale Stiftungsuniversität*.

den die Frankfurter Universität als Bürgeruniversität bei ihrer Gründung im Jahr 1914 einmal hatte.

Ihnen geht es um die Erschliessung weiterer finanzieller Mittel für Forschung und Lehre mit einer nachhaltigen Finanzierung besonders profilierter Universitätsschwerpunkte. „Es geht um die Erschliessung zusätzlicher Mittel und nicht um eine Privatisierung der Universität“, so der Präsident der Johann Wolfgang Goethe Universität, *Rudolf Steinberg*.³ Zudem soll mit einer Stiftungsuniversität das Engagement von Bürgerinnen und Bürgern für ihre Universität geweckt werden. Es geht also nicht darum, den Staat aus seiner finanziellen Verantwortung zu entlassen. Wohl aber geht es darum, den Staat aus Entscheidungen herauszuhalten und unabhängig vom Staat private Mittel zu beschaffen.

Kritiker hingegen werfen den Betreibern vor, eine Fassadenstiftung errichten zu wollen, die mangels ausreichenden Stiftungsvermögens immer von Landesmitteln abhängig bliebe.

Im folgenden Beitrag geht es nicht um dieses letztlich nur politisch zu lösende Problem. Vielmehr geht es hier darum, welche arbeitsrechtlichen Probleme auf die Beschäftigten, die Beamtinnen und Beamten und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Universität zukommen und welche Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen, auf die Einstellungspraxis, auf die Einkommensentwicklung und Berufsperspektiven, auf die Sicherheit des eigenen Arbeitsplatzes und auf die Mitbestimmung in welchen unterschiedlichen konzeptionellen Vorschlägen enthalten sein können.

II. Hauptteil

Während in Niedersachsen bereits auf ihren Antrag hin eine Hochschule in die Trägerschaft einer Stiftung des öffentlichen Rechts überführt werden kann, § 55 NHG, ist in Hessen erst im März 2007 ein Gesetzentwurf durch den Wissenschaftsminister vorgelegt worden, der auch die Umwandlung der Frankfurter Universität in eine autonome Stiftungsuniversität des öffentlichen Rechts zukünftig ermöglichen soll.⁴ Vermutlich nach der Sommerpause wird der Hessische Landtag über das neue Hochschulgesetz entscheiden.

1. Auswirkungen auf Beamtinnen und Beamte

Das VG Göttingen hat in drei Urteilen im März 2006 drei Professoren Recht gegeben, die gegen die Übernahmeverfügung der Stiftungsuniversität Göttingen geklagt haben.⁵ Die Professoren haben vorgetragen, der Übergang in eine Stiftungsuniversität würde die Hochschule ihrer Selbstverwaltung berauben. Der Präsident vertrete nicht mehr die Interessen der Hochschule, sondern die des Trägers. Dies habe sich insbesondere bei Umstrukturierungen und bei der Rücknahme der Berufung einer Professorin gezeigt. Mit der Entscheidung des VG Göttingen bleiben die drei Professoren (vorerst) weiter

Landesbeamte. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Das VG Hannover hat davon abweichend die Klage eines Professors der Universität Hildesheim abgewiesen, der vom Dienst des Landes Niedersachsen in den Dienst der „Stiftung Hildesheim“ übernommen werden sollte.⁶ Das Gericht hat seine Entscheidung damit begründet, mit dem Übergang der Trägerschaft der Universität Hildesheim auf die Stiftung sei der Kläger nach § 128 BRRG in den Dienst der Stiftung getreten. Eine Überführung in den Dienst der Stiftung sei nicht von der Zustimmung des Klägers abhängig. Auch sei der Hochschullehrer nicht in seiner durch Art. 5 GG geschützten Freiheit von Forschung und Lehre beeinträchtigt, da seine beamtenrechtliche Stellung nicht angetastet würde. Die Berufungsverfahren aus Göttingen und Hannover und ein weiteres Verfahren des VG Lüneburg sind derzeit beim Oberverwaltungsgericht Lüneburg anhängig. Eine Entscheidung ist noch nicht ergangen.

Für das zu erwartende Urteil des OVG Lüneburg dürfte von ganz entscheidender Bedeutung die Frage sein, ob eine Übernahme die beamtenrechtliche Stellung berührt? Dabei kommt es darauf an, ob die künftige Stiftungsuniversität die Dienstherreneigenschaft hat oder nicht. In Göttingen, Hannover und Lüneburg liegen jeweils Stiftungen des öffentlichen Rechts vor mit der Folge, dass hier das PersVG der jeweils aufsichtsführenden Gebietskörperschaft gilt. Solchen Rechtsträgern kann die Dienstherreneigenschaft verliehen werden, so dass diese das Recht haben, Beamtinnen und Beamte haben zu dürfen, vgl. § 121 BRRG. Der Übergang der Dienstverhältnisse der Beamtinnen und Beamten erfolgt dann nach § 128 Abs. 4 BRRG.

Da in Frankfurt am Main die ersten Bestrebungen des Präsidiums dahin gingen, eine Stiftung des Privatrechts, §§ 80 ff. BGB, zu errichten, würde es bei einer Realisierung einer privaten Stiftung letztlich an dem Recht fehlen, Beamtinnen und Beamte mangels Dienstherreneigenschaft haben zu dürfen. Es ist absehbar, wie dann bei Übernahmeverfügungen die Verwaltungsgerichtsbarkeit entscheidet.

3 F.A.Z. v. 04.10.2006, *Rudolf Steinberg, Präsident der Johann Wolfgang Goethe Universität, Bald Konzepte für Stiftungsuniversität.*

4 *Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Hessischen Hochschulgesetzes, Drucksache 16/7064 v. 20.03.2007.*

5 VG Göttingen, Urteile v. 29.03.2006, Az: 3A510/03; 3A 142/04 und 3A 57/04.

6 VG Hannover, Urteil v. 15.03.2007, Az: 2A 3567/03.

2. Auswirkungen auf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter

Mittlerweile scheint es so zu sein, dass auch in Frankfurt am Main einer öffentlich-rechtlichen Stiftungsuniversität der Vorzug gegeben wird. So heisst es auch im Gesetzentwurf der Landesregierung, dass eine öffentlich-rechtliche Stiftung errichtet werden soll.⁷ Allerdings ist dann für die Beschäftigten, die nicht verbeamtet sind, ein ganz anderes Problem gegeben. Während private Stiftungen durch Vertrag und Eintragung in das jeweilige Register entstehen, entstehen öffentlich-rechtliche Stiftungen durch Gesetz. Damit stellt sich für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Frage, ob § 613a BGB zur Anwendung kommt oder nicht? Tatbestandsmerkmal des § 613a BGB ist der rechtsgeschäftliche Übergang. Und daran fehlt es, wenn die Stiftung durch Gesetz errichtet werden würde, was somit die Anwendung des § 613a BGB ausschliesse. Damit hätten die Beschäftigten insbesondere kein Widerspruchsrecht und der Übergang von besonderen Betriebsvereinbarungen erfolgte nicht automatisch. Nebenbei sei bemerkt, da das Land Hessen aus dem Tarifverbund ausgestiegen ist, Stichwort Tarifflicht,⁸ spielt die Frage eines Überganges eines Tarifvertrags derzeit in Frankfurt jedenfalls keine Rolle. Es kommt also sehr darauf an, wie der Landesgesetzgeber das neue HHG fasst. Wenn zum Beispiel eine Gesamtrechtsnachfolge durch Gesetz bestimmt wird, könnte ein Ausschluss des § 613a BGB zu Ungunsten der Beschäftigten nach dem BAG rechtens sein. Das BAG hat in einer Entscheidung bei einer Ausgliederung des Landesbetriebes Krankenhäuser Hamburg auf eine Anstalt öffentlichen Rechts ausgeführt, dass der Ausschluss des Widerspruchsrechts zulässig ist.⁹ Allerdings hat das BAG diese Entscheidung auch auf Grund der Auffassung getroffen, dass das Land in diesem Fall eben nicht völlig aus seiner Stellung als Schuldner der Belegschaft ausgeschieden ist. Und deshalb wäre der Wechsel der Arbeitgeberin auch ohne Widerspruchsrecht der Belegschaft hinzunehmen.¹⁰ Die geplante Stiftungsuniversität will zusätzliche Mittel akquirieren und das Land nicht aber dadurch aus seiner grundsätzlichen finanziellen Verantwortung entlassen. Das könnte dazu führen, dass ein Ausschluss des Widerspruchsrechts in Anlehnung an das Urteil des BAG möglich wäre. Andererseits aber will die Stiftungsuniversität eine Personalverantwortung ohne staatlichen Einfluss. Darüber hinaus strebt die Frankfurter Stiftungsuniversität auch den Erwerb der bisher dem Land gehörenden Liegenschaften an. Dann müsste geklärt werden, auf welchem Weg die Stiftung Eigentümerin wird. Wird sie nämlich rechtsgeschäftlich Eigentümerin der Liegenschaften würde keine gesetzliche Übertragung vorliegen, mithin der § 613a BGB Anwendung finden. Das BAG geht davon aus, wenn ein Rechtsgeschäft hinzutritt greift § 613a BGB zusätzlich ein.¹¹ Eine in etwa vergleichbare Situation war bei Umwandlung der Deutschen Bundesbahn in eine Aktiengesellschaft gegeben. Hier wurde die Bundesrepublik durch Gesetz berechtigt und verpflichtet, Liegenschaften

(...) sowie sonstiges Vermögen zu übertragen.¹² In Erfüllung dieses Gesetzes wurde gesetzlich festgelegt, dass aus dem Bundeseisenbahnvermögen Vermögenswerte auf eine Aktiengesellschaft zu übertragen sind.¹³ Die Ausgliederung erfolgte über einen Ausgliederungsplan, der insbesondere Angaben über eine Vereinbarung über die Übertragung enthalten musste.¹⁴ Eine Vereinbarung ist aber nichts anderes als ein gegenseitiger Vertrag, mithin ein Rechtsgeschäft, womit das wesentliche Tatbestandsmerkmal des § 613a BGB erfüllt ist. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Gesetzgeber bei der Gründung der Aktiengesellschaft Deutsche Bahn die Geltung des § 613a BGB mit festgelegt hat.¹⁵ Ginge man diesen Weg auch in Frankfurt am Main hätten die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Rechte aus § 613a BGB.¹⁶ Stattdessen heisst es im Gesetzentwurf der Landesregierung, dass mit Errichtung der Stiftung die Grundstücke des Landes auf die Stiftung übergehen sollen.¹⁷ Die Übertragung der Grundstücke durch Gesetz und nicht nur Rechtsgeschäft erspart zwar die Notarkosten, hat aber auch zur Folge, dass der § 613a BGB zu Gunsten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter keine Anwendung findet. Dies könnte nur dadurch behoben werden, dass man eine entsprechende Regelung, die die Geltung des § 613a BGB zum Inhalt hat, bei Überführung der Beschäftigungsverhältnisse vereinbart. Hinzu kommt, dass der Übertragung der Grundstücke durch Gesetz möglicherweise die fehlende Kompetenz des Landesgesetzgebers entgegen steht. Die Übertragung von Grundstücken ist im BGB geregelt und das

⁷ *Gesetzentwurf der Landesregierung, a.a.O., § 100a.*

⁸ *Bauer, Jobst-Hubertus: Flucht aus Tarifverträgen: Königs- oder Irrweg?, in: Schlachter, Monika/Ascheid Reiner/Friedrich, Hans-Wolf: Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 19 ff.*

⁹ *BAG, Urteil v. 08.05.2001, NZA 2001, 1200.*

¹⁰ *Dito.*

¹¹ *BAG, Urteil v. 25.01.2001, NZA 2001, 840.*

¹² *§ 20 Abs. 1 Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen v. 27.12.1993, BGBl I S. 2378.*

¹³ *Gesetz über die Gründung einer Deutschen Bahn Aktiengesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGrG), § 1 Errichtung der Gesellschaft.*

¹⁴ *A.a.O., § 4 Abs. 2 Nr. 1 DBGrG.*

¹⁵ *A.a.O., § 14 Abs. 4 DBGrG.*

¹⁶ *Vgl. Jung, Betriebsübergang und Arbeitsrecht, AE 04/05, S. 204 f.*

¹⁷ *Gesetzentwurf der Landesregierung, a.a.O., § 100c Abs. 4.*

BGB ist Bundesrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG.¹⁸ Da der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des bürgerlichen Rechts abschliessend Gebrauch gemacht hat besteht nach *Bettermann* keine kompetenzielle Grundlage für eine landesstaatliche Regelung.¹⁹

3. Auswirkungen auf den Personalrat

Bei einer Errichtung der Universität als Stiftung des Privatrechts würde automatisch das Personalvertretungsgesetz keine Anwendung mehr finden. Es gälte dann das Betriebsverfassungsgesetz. Da mit der Überleitung der Johann Wolfgang Goethe Universität in eine öffentlich-rechtliche Stiftung die Dienststelle im personalvertretungsrechtlichen Sinn untergeht sieht der Gesetzentwurf eine Übergangsregelung vor, um die Rechte der Personalvertretung zu gewährleisten, § 100k „Übergangsregelung ... Bis zur Wahl des Personalrats der Stiftungsuniversität, längstens bis zum 30. Juni 2008, werden dessen Aufgaben von dem bisherigen Personalrat der Universität als Übergangspersonalrat wahrgenommen“.

4. Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen

Bisher haben die Beschäftigten einen Arbeitsvertrag mit dem Land Hessen. Zuständig für die Universität Frankfurt als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist das hessische Ministerium für Wissenschaft und Kunst. Da Hessen nicht Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder ist stellt sich die Frage, ob die geplante Stiftung einem Landesarbeitgeberverband beitreten und dessen Tarifvertrag übernehmen kann? Gewollt ist die Beendigung des tariflosen Zustands. Tarifbindung kann durch Eintritt des neuen Arbeitgebers in einen Tarifverband oder durch Abschluss eines eigenen Tarifvertrages erreicht werden. Dann muss weiter gefragt werden, ob der gewollte Tarifvertrag inhaltlich mindestens dem derzeitigen TvöD bzw. dem TV-L entspricht? Wenn zudem eine Bestandssicherung der bisherigen Beschäftigungsverhältnisse gewollt ist, kann umgekehrt die Frage auftauchen, wie denn dann Aufstiegschancen, Berufsperspektiven, eventuelle Streichungen von durch Pensionierung frei werdenden Beförderungsstellen und Neueinstellungen behandelt werden? Zumal den Beschäftigten der Stiftung mit dem Übergang ihrer Beschäftigungsverhältnisse der bisher mögliche Zugang zum Arbeitsmarkt des öffentlichen Dienstes zukünftig nicht mehr möglich sein wird.

III. Fazit

Der Präsident der Johann Wolfgang Goethe Universität, *Professor Dr. Rudolf Steinberg*, ist davon überzeugt, dass von ei-

ner Status-Änderung auch die Beschäftigten profitieren würden.²⁰ Er geht sogar soweit, dass dadurch die Spielräume der Universität grösser würden und sich dies „etwa bei der Gestaltung von tariflichen Arbeitsbedingungen“ positiv auswirken würde.²¹ Und in der Senatssitzung am 15.11.2006 erklärte der Präsident, es werde angestrebt, die Arbeitsbedingungen für alle Beschäftigten zu verbessern. Schließlich legte *Steinberg* in einem Schreiben an die Kolleginnen und Kollegen sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Frankfurter Universität noch einmal dar, dass sich durch die Umwandlung in eine Stiftungsuniversität arbeitsrechtlich für den Einzelnen nichts ändern würde. Vielmehr bestünde dann die Chance, den derzeitigen tariflosen Zustand zu beenden.²² Die Hochschullandschaft ist sicher im Umbruch. Das Streben nach mehr Autonomie bedeutet vor allem mehr Freiheit von staatlicher Bevormundung und dürfte zu einer erfolgreicherer Ausgangsposition im internationalen Wettbewerb führen. Und die Qualität von Forschung und Lehre kann sicher durch die Akquisition zusätzlicher privater Mittel erhöht werden. Diese Ziele können aber nur mit den Beschäftigten der Universität und nicht gegen sie erreicht werden. Und wenn Hochschulautonomie wirkliche Freiheit und Selbstbestimmung sein soll, dann gehört zu dieser Freiheit auch die Übernahme der Verantwortung für die Beschäftigten. Deshalb sind Zusagen an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf ihren rechtlichen Gehalt unbedingt fachlich zu prüfen, damit das Ziel auch gemeinsam erreicht werden kann.

¹⁸ Vgl. *Johannes Dietlein, Nachfolge im öffentlichen Recht, Habilitationsschrift 1999, S. 490 ff. m.w.N. zu Bettermann, Renck und Schink, die sich bei dem herrschenden Dissens über die kompetenzielle Zuordnung von Regelungen über eine Nachfolge für eine Zuordnung in privatrechtlich geprägte Rechtsstellungen ausgesprochen haben.*

¹⁹ *Bettermann, in: Dietlein, a.a.O., S. 492; so auch VG Würzburg, BayVBL 1979, 674 bei Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst.*

²⁰ *F.A.Z. v. 04.10.2006, Rudolf Steinberg, Bald Konzept für Stiftungsuniversität.*

²¹ *Dito.*

²² *Schreiben des Präsidenten der Johann Wolfgang Goethe Universität v. 06.12.2006, Prof. Dr. Rudolf Steinberg, an die Kolleginnen und Kollegen sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.*

Falscher Beklagter: Rubrumsberichtigung oder Klageabweisung?

(zugleich eine Anmerkung zu dem rechtskräftigen Urteil des LAG Düsseldorf vom 17.07.2006, 14 Sa 334/06 – Nr. 378 in diesem Heft)

Marcus Schneider-Bodien, Rechtsanwalt, Düsseldorf

Bisher war es unter Umständen problematisch in einem Kündigungsschutzprozess die richtigen Beklagten aufzunehmen, wenn verschiedene rechtlich selbständige Arbeitgeber als gemeinsame Arbeitgeber eines Arbeitnehmers auftraten. Hier mussten alle Arbeitgeber als notwendige Streitgenossen innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG verklagt werden, um einer Klageabweisung wegen Versäumung der 3-Wochen-Frist als unzulässig zu begegnen. Nunmehr hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf für mehrere rechtlich selbständige Arbeitgeber, die in Form einer GbR organisiert waren entschieden, dass es im Beklagtenrubrum einer Kündigungsschutzklage unter Umständen ausreicht, wenn nur ein Arbeitgeber als Beklagter aufgenommen ist, tatsächlich aber die aus dem Kündigungsschreiben ersichtliche GbR bestehend aus mehreren rechtlichen selbständigen Arbeitgebern Rechtsträger ist. In der Rechtsprechung des BGH ist seit dem Grundsatzurteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00 (NJW 2001, 156) die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt. Sie ist in diesem Rahmen sogleich im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung ist daher im Nachgang zu der vorbezeichneten Entscheidung anerkannt, dass bei äußerlich unrichtiger Bezeichnung einer Partei das Rechtssubjekt als Partei anzusehen ist, dass durch die fehlerhafte Bezeichnung nach deren objektiven Sinn betroffen werden soll. Diese Grundsätze gelten insbesondere auch dann, wenn sich z.B. die klagende Partei selbst fehlerhaft bezeichnet hat (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 14.09.2005 – VIII ZR 117/04 = NJW RR 2006, 42). Sollten sich daher aus den z. B. mit der Klageschrift vorgelegten Unterlagen Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass Rechtsinhaber nicht die im Rubrum einer Klageschrift ungenau oder unvollständig bezeichnete Partei ist, sondern eine aus mehreren Rechtspersönlichkeiten bestehende GbR, so hält es der BGH in ständiger Rechtsprechung für zutreffend, auf einen entsprechenden Rubrumsberichtigungsantrag gem. § 319 ZPO das Rubrum dahingehend zu korrigieren, dass die GbR als Partei anzusehen ist, weil diese als richtiges Rechtssubjekt betroffen sein soll.

Die Zivilgerichte haben daher sowohl auf Klägerseite (BGH, Urteil vom 14.09.2005 – VIII ZR 117/04 a.a.O.) als auch auf Beklagtenseite (z. B. Landgericht Duisburg, Urteil vom 22.07.2005 – 7 S 63/05 – Rechtsprechungsdatenbank NRW www.justiz.nrw.de) auf entsprechende Rubrumsberichtigungs-

anträge die GbR selbst als materielle Rechtsinhaberin als Partei aufgenommen und damit als richtige Partei eines Rechtsstreits bezeichnet, nicht aber die Gesellschafter als Streitgenossen.

Soweit ersichtlich wurde dies bisher in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht problematisiert. Vielmehr wurden Kündigungsschutzklagen, bei denen notwendige Streitgenossen (i.S. des § 246 I 1. ZPO) nicht innerhalb der Klagefrist des § 4 Abs. 1 KSchG verklagt wurden, als unzulässig abgewiesen, weil nicht alle Arbeitgeber innerhalb der Frist in Anspruch genommen wurden. Rubrumsberichtigungsanträge wurden nicht zugelassen, weil hier nicht eine Partei des Verfahrens falsch bezeichnet worden sei, sondern beabsichtigt sei, im Wege der Klageänderung eine andere Partei in den Rechtsstreit einzuführen, (so z.B. Arbeitsgericht Frankfurt a.M., nicht veröffentlichtes Urteil vom 25.01.2005 – 8 Ca 6019/04 und Arbeitsgericht Duisburg, nicht veröffentlichtes Urteil vom 29.09.2005 – 2 Ca 1923/05). Diese Rechtsprechung lässt sich vor dem Hintergrund der Rechtsfähigkeit einer GbR nicht halten.

Nunmehr hat das Landesarbeitsgericht Düsseldorf in der bisher nicht veröffentlichten rechtskräftigen Entscheidung, Urteil vom 17.07.2006 – 14 Sa 334/06 – (I. Instanz Arbeitsgericht Düsseldorf – 5 Ca 5956/05) anders entschieden.

Im zugrunde liegenden Fall bestand ein Arbeitsverhältnis mit einem gemeinschaftlichen Arbeitgeber, der aus drei selbständigen Aktiengesellschaften bestand. Diese Arbeitgeber hatten sich zur Beschäftigung von Pförtnern in einer GbR zusammengeschlossen. Diese Arbeitgeber hatten das Arbeitsverhältnis unter dem Briefkopf einer der Gesellschaften gekündigt. Lediglich unter der Unterschrift des Prokuristen, der für alle drei Aktiengesellschaften tätig war, befand sich ein Hinweis auf die drei Gesellschaften. In der Kündigungsschutzklage war ursprünglich nur die im Briefkopf ausdrücklich bezeichnete Aktiengesellschaft verklagt worden. Nach Ablauf der Klagefrist des § 4 Abs. 1 KSchG wurde mit einem Rubrumsberichtigungsantrag der Versuch unternommen, diese unrichtige Bezeichnung des als GbR organisierten gemeinschaftlichen Arbeitgebers zu korrigieren. Der Arbeitgeber war unter Hinweis auf umfangreiche Rechtsprechung der Auffassung, dass es sich um eine Klageerweiterung handelt und die Klage als zulässig

abzuweisen sei. Sowohl das Arbeitsgericht Düsseldorf – 5 Ca 5956/05 – als auch das Landesarbeitsgericht Düsseldorf – 14 Sa 334/06 – haben deshalb zu Recht dem entsprechenden

Rubrumberichtigungsantrag stattgegeben und die GbR als materielle Rechtsinhaberin bzw. richtige Partei des Rechtsstreits aufgenommen und in der Sache entschieden.

Never Ending Story:

Örtliche Zuständigkeit bei Außendienstmitarbeitern

Dr. Volker Hertwig, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bremen

Bei dem für jeden Fachanwalt gebotenen sorgfältigen Studium der Arbeitsrechtlichen Entscheidungen fällt der Beschluss des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 21.07.2006 (AE-Nr. 485 in der Ausgabe 04/2006) ins Auge. Das Arbeitsgericht Karlsruhe verneint die örtliche Zuständigkeit am Wohnsitz des Außendienstmitarbeiters. Es begründet seine Entscheidung damit, abweichende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei nicht übertragbar, weil diese entwickelt wurde anhand von Sachverhalten mit Auslandsbezug. Die Begründung des Bundesarbeitsgerichtes sei im Wesentlichen getragen von Erwägungen, der Arbeitnehmer solle nicht gezwungen sein, gegen seinen Arbeitgeber im Ausland vorgehen zu müssen.

Gleichlautende Entscheidungen ergehen – stereotyp – beispielsweise auch durch das Arbeitsgericht Oldenburg in Niedersachsen.

Alle diese Entscheidungen übersehen jedoch, dass das Bundesarbeitsgericht die Frage der örtlichen Zuständigkeit bei Außendienstmitarbeitern auch für rein innerstaatliche Sachverhalte hinreichend geklärt hat. Die Grundsatzentscheidung des **BAG vom 03.11.1993 (NZA 1994, 479/480)** wird selbst in den Fällen in den Entscheidungsbegründungen schlichtweg übergangen, in denen sie vom Außendienstmitarbeiter explizit vorgetragen wird.

Das BAG hatte einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem der Arbeitnehmer im Bereich des Arbeitsgerichts Stuttgart wohnte und der Arbeitgeber seinen Geschäftssitz im Bereich

des Arbeitsgerichts Bonn hatte. Unter Zurückstellung gewisser landsmannschaftlicher Gepflogenheiten dürfte es sich weder aus Sicht des Arbeitsgerichts Karlsruhe noch aus Sicht des Arbeitsgerichts Oldenburg bei Stuttgart oder Bonn um einen Sachverhalt mit Auslandsbezug handeln!

Nach dieser Grundsatzentscheidung des BAG ist „Erfüllungsort für die Arbeitsleistung eines für die Bearbeitung eines größeren Bezirks angestellten Reisenden ... aber dessen Wohnsitz, wenn er von dort aus seine Reisetätigkeit ausübt. Dies gilt unabhängig davon, ob er täglich nach Hause zurückkehrt und in welchem Umfang er vom Betrieb Anweisungen für die Gestaltung seiner Reisetätigkeit erhält.“

Diejenigen Kollegen, die regelmäßig Außendienstmitarbeiter anwaltlich vertreten, sollten diese Entscheidung dringend regelmäßig zitieren. Vielleicht vermag steter Tropfen den Stein tatsächlich auszuhöhlen. Letztlich sind es auch Gesichtspunkte der sozialen Schutzbedürftigkeit, ob ein Außendienstmitarbeiter mit dem Anwalt seines Vertrauens vor dem örtlichen Gericht auftreten darf oder – mangels Deckungsschutz durch Rechtsschutzversicherer – einen ihm meist unbekanntem Anwalt am Gerichtsort des Arbeitgebers beauftragen muss. Im konkreten aktuellen Fall des Arbeitsgerichts Oldenburg drohte die Interessenwahrnehmung des Arbeitnehmers letztlich daran zu scheitern, dass er nach einer – unberechtigten – fristlosen Kündigung nicht in der Lage war, die Reisekosten seines örtlichen Anwalts nach München zu finanzieren.

Nachruf

Wir haben einen Menschen verloren: **Prof. Dr. Klaus Hümmerich** ist von uns gegangen – zu früh für sein Leben, zu früh für uns, zu früh für sein Werk.

Prof. Hümmerich wurde 1949 in Bergheim geboren, studierte und promovierte an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Bonn. Seine berufliche Laufbahn führte ihn zunächst an die Kath. Hochschule für Soziale Arbeit nach Saarbrücken. Auch wenn er als Verwaltungsrechtler ein gefragter Experte in Sachen Datenschutz- und Medienrecht war, galt seine Neigung dem Arbeitsrecht. Im Jahre 1984 gründete er die Kanzlei Prof. Dr. Hümmerich & Partner. Dieser verhalf er mit Ehrgeiz und Gradlinigkeit zu einem allseits anerkannten Platz in der ersten Liga. Wer mit Arbeitsrecht zu tun hatte, sollte und konnte nicht mehr an dem Namen Hümmerich vorbeikommen.

Neben seiner anwaltlichen Tätigkeit lag ihm stets auch die wissenschaftliche am Herzen. Zahlreiche heutige Fachanwälte für Arbeitsrecht haben von ihm im Rahmen seiner Tätigkeit an der DeutschenAnwaltAkademie das notwendige Rüstzeug bekommen; zahlreiche Studenten sollten es noch im Rahmen seiner Tätigkeit als Lehrbeauftragter der Universität Konstanz. Die Zahl der Aufsätze aus seiner Feder ist fast unüberschaubar. Mit seinem in 6. Auflage erschienenen Formularhandbuch „Arbeitsrecht“ hat er für die anwaltliche Fachwelt einen nicht mehr wegzudenkenden Standard gesetzt.

Prof. Hümmerich liebte und lebte das Leben – er war Mensch. Umso unfassbarer ist es, dass er von uns gegangen ist. Wir verneigen uns vor seinem Leben; wir trauern mit seinen Angehörigen.



Rechtsanwalt Dr. Ivo Natzel

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht			
276. AGB-Kontrolle, mehrfache Verwendungsabsicht einer vorformulierten Vertragsklausel, Aushandeln, (unzulässiges) Bestreiten mit Nichtwissen	209	292. Dienstwagen, Privatnutzung, Ende des Anspruchs bei Auslaufen des Entgeltfortzahlungszeitraumes, Direktionsrecht, Versetzung vom Außen- in den Innendienst	221
277. AGB-Kontrolle, doppelte Schriftformklausel in Formularverträgen in der Regel unwirksam	209	293. Dienstwagen, Herausgabeanspruch des Arbeitgebers	223
278. AGB-Kontrolle, Unklarheitenregel, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schuldrechtsreform, geltungserhaltende Reduktion, Abrechnungsklausel in Vergleich	211	294. Direktionsrecht, Arbeitszeit, Konkretisierung der Arbeitsbedingungen, Feststellungsklage	223
279. AGB-Kontrolle, vorformulierte Versetzungsklausel, Unwirksamkeit, Bestimmtheit der Versetzungsanordnung	211	295. Gleichbehandlung, Gehaltserhöhung, Standardarbeitsvertrag, Vergütungssystem	224
280. Änderungsvereinbarung, vorbehaltlose Annahme, Treu und Glauben	211	296. Schwerbehinderter, Anspruch auf bevorzugte Behandlung, Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung	224
281. Annahmeverzug, böswilliges Unterlassen, Änderung der Rechtsprechung	212	297. Stock options bezogen auf ausländische Muttergesellschaft, Verschaffungspflicht des Arbeitgebers, Auskunftspflicht hinsichtlich Gleichbehandlung	226
282. Arbeitgeberhaftung, Diebstahl aus Garderobenspind, Darlegungs- und Beweislast	212	298. Vergütung, variable, unterlassene Zielvorgabe	229
283. Arbeitnehmerhaftung, Beschränkung auch bei grober Fahrlässigkeit, Haftungsobergrenze	212	299. Vergütung, Überzahlung, Ausschlussfrist für die Rückforderung, treuwidrige Berufung auf die Ausschlussfrist?	229
284. Arbeitnehmerstatus, Übungsleiter (Turnen)	213	300. Vergütung, Zielvereinbarung, ergänzende Vertragsauslegung, Initiativlast	230
285. Arbeitszeit, Reduzierungsanspruch nach TzBfG, organisatorisches Konzept, unverhältnismäßige Kosten	215	301. Versetzung, einstweilige Verfügung, dringende betriebliche Gründe	231
286. Ausschlussfrist, Verhältnis von (unwirksamer) arbeitsvertraglicher zu tariflicher Frist, Anerkenntnis durch Abrechnung?	216	Kündigungsschutzrecht	
287. Befristung des Arbeitsverhältnisses, erhöhte Anforderungen an den Sachgrund bei langer Beschäftigungsdauer	217	302. Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung, Voraussetzungen	231
288. Betriebliche Altersversorgung, § 13 VTV Deutsche Welle, Hinterbliebenenrente, eingetragener Lebenspartner, Regelungslücke, Diskriminierung wegen des Geschlechts	218	303. Aufhebungsvereinbarung, Befristungskontrolle, auflösende oder aufschiebende Bedingungen	233
289. Betriebliche Übung (gegenläufige), bezahlte Pausen, Widerspruch des Betriebsrats unzureichend	218	304. Aufhebungsvereinbarung, Klageverzicht, Inhaltskontrolle, unangemessene Benachteiligung ohne allgemeine Geschäftsbedingung	233
290. Betriebliche Übung, erforderliche Zahl der Wiederholungen	219	305. Außerordentliche Kündigung wegen unberechtigter Privatnutzung des zur dienstlichen Nutzung überlassenen Mobiltelefons	234
291. Betriebsübergang, Unterrichtung, Verwirkung des Widerspruchsrechts	220	306. Außerordentliche Kündigung, Anforderungen an einen dringenden Verdacht	234
		307. Betriebsbedingte Kündigung, soziale Auswahl, Altersgruppen, Altersdiskriminierung	235
		308. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Leistungsverdichtung	235

	Seite		Seite
309. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Konkretisierung	235	324. Betriebsratswahl, Anfechtung, falsche Angaben im Wahlausschreiben	248
310. Betriebsbedingte Kündigung, Substantiierungspflicht des Arbeitgebers, Anhörungsgebot im betriebsratslosen Betrieb (Sonderweg eines Richters)	236	325. Betriebsratswahl, nichtige	249
311. Geschlechtsdiskriminierung, Beförderung, Anknüpfungstatsachen	236	326. Einigungsstelle, Beschwerde nach § 85 BetrVG, Rechtsanspruch	249
312. Klagefrist bei Schwangerschaft, § 4 Abs. 4 KSchG; (konkludente) nachträgliche Klagezulassung, Wirkung der Erklärung des Arbeitgebers über die Unwirksamkeit der Kündigung, Annahmefrist auf Fortsetzungsangebot, Substantiierungsgebot bei Bestreiten; Verlust des Abfindungsanspruchs nach § 1a KSchG bei verspäteter Klageerhebung, Berufungsfrist- und Begründung bei Urteil ohne Gründe	236	327. Jugendvertreter, Auflösung des nach § 78a Abs. 2 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses, Ausschreibungsbeschränkungen, Überstunden, Leiharbeitnehmer (gegen LAG Nürnberg)	250
313. Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung	239	328. Betriebliches Eingliederungsmanagement, Mitbestimmung des Betriebsrates, Offensichtlichkeitsprüfung	252
314. Kündigung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH durch die Mitgeschäftsführer bei Abschluss des Anstellungsvertrages mit der KG zulässig	241	329. Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 II, 93 SGB IX), Mitbestimmung des Personalrats	252
315. Kündigung in der Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes, Verzicht auf Probezeit, unter Umständen Kündigungsschutz von Vertragsbeginn an.	241	330. Versetzung, Tendenzträgerschaft einer Erzieherin in einem Wohnheim	253
316. Kündigung in der Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes bei Verzicht auf Probezeit, kein Kündigungshindernis wegen Abwerbung	241		
317. Kündigung, Schwerbehinderter, Ermessensspielraum des Integrationsamtes, Umfang des Prüfungsrechts hinsichtlich der Kündigungsgründe?	242	Tarifrecht	
318. Kündigung gegenüber Mitglied der Mitarbeitervertretung, kirchliches Arbeitsrecht, Verhinderung der Amtsausübung durch Interessenkollision	243	331. Abfindung, Rückzahlung, Verfallklausel (hier: erfasst nur während des Arbeitsverhältnisses entstandene Ansprüche), Bereicherungsrecht, kein Entreicherungsseinwand bei Vorbehalt der Neuberechnung	253
319. Kündigung, Schriftform, Anforderungen an die Unterschrift, Kündigungsfrist, zulässige Länge der Probezeit	243	332. Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) Caritas, rückwirkende Streichung einer Weihnachtsspendung	254
320. Verdachtskündigung, Diebstahl, Kundendienstmonteur, typische Schutzbehauptung	244	333. Auslegung einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Rückwirkung	254
		334. Ausschlussfrist, Geltungsbereich, Schadensersatz	255
Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht		335. Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildendenvertreters, §§ 1, 3, 4, 9 TV Mitbestimmung TTC Deutsche Telekom AG, Auflösungsantrag; wichtiger Grund; Konzern	255
321. Beschlussverfahren, internationale Zuständigkeit, Europäischer Betriebsrat, Vertreterwahl	244	336. Eingruppierung, Bewährungsaufstieg, Anerkennung von Zeiten vor Inkrafttreten des MTV Pro Seniore-Altenpflegerin	255
322. Betriebsänderung, einstweilige Verfügung auf Unterlassung, wesentlicher Betriebsteil	244	337. Eingruppierung eines Gebäudereinigers, § 7 Rahmentarifvertrag Gebäudereinigerhandwerk	255
323. Betriebsratsmitglied, Anspruch auf betriebsübliche berufliche Entwicklung, Benachteiligungsverbot	246	338. Eingruppierung, Lehrer, muttersprachlicher Unterricht, Eingruppierungserlasse des Kultusministers des Landes NRW vom 20.11.1981 über die Eingruppierung der Lehrerinnen und Lehrer	256
		339. Jahressonderzahlung nach Tarifbindung, Gewerkschaftsbeitritt, § 18 BRTV für Apothekenmitarbeiter	256
		340. Kirchliche Arbeitsvertragsordnung Hessen und Nassau, Billigkeitskontrolle, Ausforschungsbeweisantrag, Darlegungs- und Beweislast bei Rückgruppierung	256

	Seite		Seite
341. Ortszuschlag für Kind einer Lebenspartnerin, § 29 Abschnitt B Abs. 3 BAT-O	257	359. Rubrum, Pflichtangabe Anschrift des Klägers, Nichtangabe führt zur Unzulässigkeit der Klageerhebung, Heilung, andere Anforderungen in der Berufungsinstanz; Arzt, Weiterbildungszeugnis, Passivlegitimation (A.); keine Entscheidung über Unzulässigkeit der Klage bei fehlender Begründetheit; Arbeitnehmerstatus eines Stipendiaten (B.)	268
342. Tarifbindung, einzelvertragliche Einbeziehung eines Tarifvertrags, abträgliche Regelungen	257	360. Schmerzensgeld, Darlegungs- und Beweislast zum Kausalverlauf einer Verletzung, Mitverschulden	270
343. Tarifliche Sonderzahlung, Elektrohandwerk Rheinland-Pfalz	257	361. Sozialversicherungsrechtlicher Status eines Veranstaltungstechnikers im Rahmen des § 7a SGB IV	271
344. Vergütungstarifvertrag Bau, Geltungsdauer, Freigabe eines Gewerbebetriebes durch den Insolvenzverwalter	257	362. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unrichtiger Rechtsmittelbelehrung im erstinstanzlichen Urteil, Verfallfrist, Wahrung durch Kündigungsschutzklage	271
345. Wegezeit, Gebäudereinigung RTV, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Entgelt für beschäftigungslose Zeit, geteilter Dienst	257		
Sonstiges			
346. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter	257	Streitwert und Gebühren	
347. Beamtenrechtliche Beurteilung, Überbeurteilung	258	363. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Maßnahme, Zustimmungsersetzungs- und Eilverfahren	271
348. Berufung wegen Fristversäumnis unzulässig, Anwaltsverschulden wegen nicht wirksam organisierter Ausgangskontrolle	260	364. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 i.V.m. § 100 BetrVG	272
349. Insolvenzverwalter, Haftung, Betriebsübergang, Haftung des Betriebserwerbers	260	365. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahme (befristete), mehrere gleichartige, Einstellung Leiharbeitnehmer, Aufhebungsantrag § 101 BetrVG	272
350. Parteifähigkeit einer GbR, Gemeinschaftsbetrieb im Versicherungswesen, weiterer Beklagter, Klageänderung oder Rubrumsberichtigung	261	366. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Betriebsratswahl	274
351. Prozessbevollmächtigter, Ausschluss, sofortige Beschwerde	262	367. Streitwert in personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren, Wahlanfechtung	275
352. Prozessvergleich, Auslegung, Ausgleichsklausel, Abrechnungspflicht als Zahlungspflicht	263	368. Streitwert, Herausgabe von Schlüsseln einer Schließanlage	275
353. Rechtsschutzversicherung, Deckung für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages	264	369. Streitwert – Änderungskündigung – Arbeitszeit	276
354. Rechtsschutzversicherung, Schleppnetz- und Weiterbeschäftigungsantrag, Obliegenheitsverletzung	265	370. Streitwert einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in der Probezeit	276
355. Rechtsschutzversicherung, ARAG, Deckungszusage für vorgerichtliche Tätigkeit im Kündigungsschutzverfahren	265	371. Streitwert, mehrere Kündigungen, hilfsweise Anträge auf Abfindung, Zeugnis und Vergütung	276
356. Rechtsweg, Herausgabe von Quellcodes, Urheberrechtsstreit	266	372. Streitwert, negative Feststellungsklage	277
357. Rechtsweg, Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsführer, rügelose Einlassung, Streitwert der Beschwerde	266	373. Termingebühr ohne Prozesshängigkeit	277
358. Reisekosten des Prozessbevollmächtigten, Erstattungsfähigkeit	266		

Allgemeines Vertragsrecht

276. AGB-Kontrolle, mehrfache Verwendungsabsicht einer vorformulierten Vertragsklausel, Aushandeln, (unzulässiges) Bestreiten mit Nichtwissen

Entscheidungsgründe: ...

I. Nach § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Nach Maßgabe des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 25.05.2005 (5 AZR 572/04) kommt es darauf an, ob der Text nur für den einzelnen Vertrag oder für mindestens drei Fälle aufgestellt worden ist.

Dieses entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der es auf eine mindestens dreimalige Verwendungsabsicht ankommt. Nicht ist Voraussetzung – wie der Beklagte offensichtlich meint – dass die Klausel für mindestens drei weitere Fälle verwandt werden sollte.

Nach des Beklagten eigenen Vortrag hat er sie für mindestens drei Fälle tatsächlich verwandt, nämlich außer im Falle der Klägerin für weitere zwei Verträge. Diese Feststellung würde ausreichen, von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszugehen.

II. Allerdings liegen nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Voraussetzung dafür ist, dass – wie das Bundesarbeitsgericht es für die Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB verlangt hat – der Verwender die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner Interessen eingeräumt hat. Das Bundesarbeitsgericht hat unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des BGH in seiner Entscheidung vom 27.07.2005 (7 AZR 486/04 –) die Voraussetzungen für ein „Aushandeln“ im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB noch präzisiert: Es genügt nicht, dass der Vertragsinhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. „Ausgehandelt“ ist eine Vertragsbedingung nur, wenn der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingung zu beeinflussen. Das setzt voraus, dass sich der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung bereit erklärt.

In diesem Sinne hat der Beklagte zum Zustandekommen der Klausel schlüssig die Voraussetzungen eines Aushandelns vorgetragen: Er hat vorgetragen, dass die Klägerin die einzige Bewerberin auf die Stelle war und er, der Beklagte, dringend auf die Mitarbeit und Hilfe der Klägerin angewiesen gewesen sei, dass dieses der Klägerin bekannt gewesen sei und dass ins-

besondere die Ausschlussklausel verhandelbar gewesen sei. Er hat weiter vorgetragen, dass er diesen Standpunkt gegenüber der Klägerin auch hinreichend deutlich gemacht habe, dass die Klägerin den Arbeitsvertrag dann in Ruhe studiert und, nachdem sie ihn für in Ordnung befunden habe, mit der Erklärung gegengezeichnet habe, es sei kein unüblicher Inhalt enthalten.

Die Klägerin hat sich auf diesen Vortrag weder innerhalb der ihr gesetzten Fristen noch sonst bis zur mündlichen Verhandlung in irgendeiner Weise eingelassen. Soweit sich ihr pauschales Bestreiten mit Nichtwissen auch auf diesen Vortrag beziehen sollte, handelte es sich um ein unzulässiges Bestreiten. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Dieses war bei der Vertragsverhandlung offensichtlich nicht der Fall. Damit gilt der Vortrag des Beklagten nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

III. Da die Ausschlussklausel mithin wirksam ist, sind die Klageansprüche verfallen. ...

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 20. Januar 2006, 4 Sa 178/04

277. AGB-Kontrolle, doppelte Schriftformklausel in Formularverträgen in der Regel unwirksam

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren nur noch darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die Miete für eine von ihm in China angemietete Wohnung für die Monate Juli 2005 bis März 2006 zu erstatten. ...

Der Kläger übersandte der Beklagten monatlich eine Excel-Tabelle mit einer Aufstellung des monatlichen Budgets. Darin waren auch die Kosten für die Miete für die vom Kläger ... genutzte Wohnung sowie die Kosten für Mieten anderer Mitarbeiter enthalten. Die Beklagte erstattete diese Aufwendungen monatlich. ...

Im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits ist zwischen den Parteien unstreitig geworden, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der ... fristgerechten Kündigung vom 12.08.2005 am 31.03.2006 geendet hat. ...

Die Beklagte verweigert die Erstattung der Kosten für die Miete unter Berufung auf § 13 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages der Parteien vom 02.05.2002. Darin heißt es:

„Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“ Der Kläger hat geltend gemacht, nach § 305b BGB habe die Vereinbarung zwischen den Parteien, dass die Kosten für die Miete erstattet werden, Vorrang vor der Schriftformklausel in § 13 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages. ...

Entscheidungsgründe: ...

Die Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger die diesem für die

Allgemeines Vertragsrecht

Monate Juli 2005 bis März 2006 für die Miete der Wohnung in China entstandenen Aufwendungen ... zu ersetzen. Die in § 13 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages der Parteien vom 02.05.2002 vereinbarte Schriftformklausel steht dem Zahlungsanspruch nicht entgegen, da sie unwirksam ist.

1. Der Kläger hat aufgrund einer betrieblichen Übung Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für die Miete. Gegenstand einer betrieblichen Übung kann jede Leistung oder Vergünstigung sein, die arbeitsvertraglich in einer allgemeinen Form geregelt werden kann

2. Die Schriftformklausel in § 13 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages ist unwirksam. Da der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien im Jahr 2002 geschlossen wurde, gelten für ihn die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 21.11.2001. Bei den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen der Parteien handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von §§ 305 ff. BGB. Das hat die Beklagte nicht bestritten. Liegen keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, handelt es sich bei dem Anstellungsvertrag jedenfalls um einen Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB, der von der Beklagten vorformuliert wurde, so dass in diesem Fall gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ebenfalls u. a. §§ 306, 307 BGB Anwendung finden (BAG, Urteil vom 25.05.2005, AP Nr. 1 zu § 310 BGB).

a) Zwar hat der Kläger nicht nach § 305b BGB ungeachtet der Schriftformklausel in § 13 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages Anspruch auf Ersatz der Miete für die Wohnung in China. Nach dieser Bestimmung haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Aus den Darlegungen des Klägers ergibt sich nicht, dass die Parteien vereinbart haben, die Beklagte sei verpflichtet, ihm während des Bestandes des Arbeitsverhältnisses die Miete für die in China angemietete Wohnung zu erstatten. Auch zu einer Vereinbarung aufgrund schlüssigen Verhaltens der Parteien (§ 151 BGB) ist es nicht gekommen. Denn die Beklagte hat die Mieten für die Mitarbeiter lediglich jeden Monat aufgrund der monatlichen Budgetanforderung durch den Kläger gezahlt. Dagegen ist nicht ersichtlich, dass sie in irgendeiner Form zum Ausdruck gebracht hat, sie wolle auch weiterhin die Mietkosten tragen. Tatsachen für entsprechende Erklärungen oder in diesem Sinn auszulegende Verhaltensweisen der Beklagten hat der Kläger nicht vorgetragen.

Für den Fall einer betrieblichen Übung, die hier vorliegt, findet nach der Entscheidung des BAG vom 24.06.2003 (AP Nr. 63 zu § 242 BGB Betriebliche Übung) § 305b BGB keine Anwendung.

b) Die Schriftformklausel ist jedoch nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 9 AGBG waren Schriftformklauseln zwar nicht schlechthin gemäß § 9 AGBG unzulässig. Für unwirksam hat der BGH jedoch Schriftformklauseln jedenfalls dann gehalten, wenn nach ihnen auch nach dem Vertragsabschluss getroffene mündliche Abmachungen zwischen dem

Kunden und umfassend zur Vertretung des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen berechtigten Personen ohne schriftliche Bestätigung keine Gültigkeit haben (BGH, Urteil vom 26.03.1986, NJW 1986, S. 1809; BGH, Urteil vom 28.04.1983, NJW 1983; S. 1853).

Da es kein schutzwürdiges Interesse des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen dafür gibt, dass sich dieser vor der Wirksamkeit von nach dem Vertragsabschluss abgegebenen mündlichen Zusagen seines umfassend vertretungsberechtigten Personals schützt, liegt auch nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners entgegen den Geboten von Treu und Glauben vor, wenn eine Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen solchen mündlichen Abmachungen die Gültigkeit versagt (ebenso *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Aufl., 2006, § 305b BGB Rn 32 f.; *Lakies*, AGB im Arbeitsrecht, Rn 110 ff.; *Ullrich*, BB 2005, S. 1902; *Roloff*, NZA 1004, S. 1191; a. A. wohl BAG, Urteil vom 24.06.2003, a.a.O.). Das trifft für die von den Parteien vereinbarte Schriftformklausel zu. Denn danach sind jegliche Änderungen oder Ergänzungen des Anstellungsvertrages nur wirksam, wenn sie schriftlich getroffen wurden. Für nachträgliche mündliche Vereinbarungen zwischen den Parteien ist nichts anderes geregelt. Die Klausel erstreckt sich daher auf Vereinbarungen, für die ein schutzwertes Interesse der Beklagten an der Einhaltung der Schriftform nicht besteht.

Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 BGB), die dazu führen, dass eine Schriftformklausel, nach der nach Abschluss des Arbeitsvertrages geschlossene mündliche Vereinbarungen zwischen einem umfassend vertretungsberechtigten Vertreter des Arbeitgebers und dem Arbeitnehmer unwirksam sind, wenn sie nicht schriftlich niedergelegt wurden, keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen, sind nicht vorhanden. Auch im Arbeitsrecht sind vernünftige Gründe dafür nicht erkennbar, dass der Arbeitgeber selbst oder seine umfassend vertretungsberechtigten Vertreter an nachträgliche mündliche Zusagen oder Absprachen nicht gebunden sind, wenn es nicht zu einer schriftlichen Niederlegung kommt.

Ist damit die Vereinbarung in § 13 Ziff. 1 Satz 1 des Arbeitsvertrages, die die uneingeschränkte schriftliche Festlegung mündlicher Änderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrages verlangt, unwirksam, führt der Umstand, dass nach § 13 Ziff. 1 Satz 2 i. V. m. Satz 1 auch der Verzicht auf das Schriftformerfordernis nur wirksam ist, wenn er schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet ist, nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn die Verwendung einer sog. doppelten Schriftformklausel erschwert dem Vertragspartner des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu einer einfachen Schriftformklausel die Berufung auf mündliche Vereinbarungen, so dass in diesen Fällen erst recht eine unangemessene Benachteiligung vorliegt.

c) Die Unangemessenheit der Klausel führt nach § 307 Abs. 1 BGB zu deren Unwirksamkeit. Eine geltungserhaltende

Reduktion ist nach § 306 Abs. 2 BGB nicht vorgesehen, weil es nicht Ziel des Gesetzes ist, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das vollständige Risiko einer Klauselunwirksamkeit tragen (BAG, Urteil vom 04.03.2004, AP Nr. 3 zu § 309 BGB; BGH, Urteil vom 17.05.1982, BGHZ 84, S. 109). Deshalb kann die Schriftformklausel nicht mit dem Inhalt aufrechterhalten werden, dass sie Ansprüche, die aufgrund einer betriebliche Übung entstanden sind, ausschließt, sofern die betriebliche Übung nicht schriftlich festgelegt wurde. ...

4. ... Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung entscheidungserheblicher Rechtsfragen nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, aber auch wegen einer möglichen Divergenz zu der Entscheidung des BAG vom 24.06.2003 gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 13. April 2007, 9 Sa 143/07

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/94848-0, Fax: 9484820 info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

278. AGB-Kontrolle, Unklarheitenregel, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schuldrechtsreform, geltungserhaltende Reduktion, Abrechnungsklausel in Vergleich

1. Unabhängig von der Geltung der durch die Schuldrechtsreform reformierten Normen über Allgemeine Geschäftsbedingungen war allgemein anerkannt, dass Unklarheiten in Regelungen, die ein intellektuell oder wirtschaftlich überlegener Vertragspartner in einem von ihm vorformulierten Vertragswerk seinem Vertragspartner vorgegeben hat, zu Lasten des Verwenders gehen.

Die Voraussetzung des wirtschaftlich überlegenen Vertragspartners findet sich regelmäßig in Arbeitsverhältnissen wieder, bei denen, wie hier, die Arbeitsverträge vom Arbeitgeber vorformuliert sind.

2. Gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB sind die aufgrund der Schuldrechtsreform vom 26.11.2001 geltenden Regelungen des BGB im Rahmen des Dauerschuldrechtsverhältnisses „Arbeitsvertrag“ auf alle diejenigen Ansprüche anzuwenden, die am 01.01.2003 noch nicht verfallen waren.

3. Würde die Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechenden arbeitsvertraglichen Verfallklausel die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im konkreten Fall verbessern, so ist die Unklarheitenregel des § 305c BGB „umgekehrt“ anzuwenden, d. h. es ist zu prüfen, ob die Arbeitsvertragsklausel bei der scheinbar arbeitnehmerfeindlichsten Auslegung wegen Verstoßes gegen ein Klauselverbot unwirksam wäre.

4. Wenn sich die Beklagte in einem Vergleich dem Arbeitnehmer A gegenüber verpflichtet, das Arbeitsverhältnis nicht

nur vertragsgemäß abzuwickeln, sondern auch abzurechnen, so schließt dies auf Grund der Umstände des vorliegenden Einzelfalls die Annahme aus, den gemeinsamen Vorstellungen der vergleichsschließenden Parteien könne es entsprechen haben, dass in Wirklichkeit gar nichts mehr abzurechnen sei. Dabei ist zu bedenken, dass von der wirtschaftlichen Bedeutung her die Vereinbarung des Vergleichs entscheidendes Gewicht für die Parteien haben musste. Die in Ziffer 3 des Vergleichs vereinbarte Abfindung in Höhe von 2.000,00 € machte im Ergebnis nicht einmal 10 % der in Rede stehenden Annahmeverzugsansprüche aus. Hätte die Beklagte unter der im Vergleich enthaltenen Regelung auch verstehen wollen, dass ggf. nichts mehr abzurechnen sei, so hätte dies in Anbetracht der Umstände des Einzelfalls eindeutig klargestellt werden müssen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 26. Oktober 2005, 7 Sa 298/05

279. AGB-Kontrolle, vorformulierte Versetzungsklausel, Unwirksamkeit, Bestimmtheit der Versetzungsanordnung

1. Eine vorformulierte Vertragsklausel, wonach die Arbeitgeberin berechtigt ist, einer Filialleiterin eine andere Tätigkeit im Betrieb zuzuweisen, die ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entspricht, ist unwirksam, wenn sie keine Einschränkung dahin enthält, dass es sich um eine gleichwertige Tätigkeit handeln muss. Sie benachteiligt die Arbeitnehmerin unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

2. Zur wirksamen Ausübung des gesetzlichen Versetzungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO gehört es, dass hinreichend bestimmt ist, welche Aufgaben die Arbeitnehmerin künftig wahrnehmen soll.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 9. Januar 2007, 9 Sa 1099/06

280. Änderungsvereinbarung, vorbehaltlose Annahme, Treu und Glauben

Bietet der Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung zu veränderten Bedingungen (Lehrtätigkeit mit reduzierter Stundenzahl) in Form eines Formulararbeitsvertrags 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.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 29. Mai 2006, 5 Sa 511/05 E, Revision eingelegt zum AZ 9 AZR 588/06

Allgemeines Vertragsrecht

281. Annahmeverzug, böswilliges Unterlassen, Änderung der Rechtsprechung

Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unter Überschreitung des Direktionsrechts eine Tätigkeit zu, darf der Arbeitnehmer zwar kündigungsschutzrechtlich die Arbeit verweigern, verliert jedoch seinen Vergütungsanspruch, sofern nicht weitergehende Umstände des Einzelfalls für die Unzumutbarkeit der abgeforderten Leistung sprechen (bereits angekündigte Aufgabe der Rechtsprechung des 5. Senats vom 3. Dezember 1980 (5 AZR 477/78 – AP BGB § 615 Böswilligkeit Nr. 4, II 3 der Gründe).

■ Bundesarbeitsgericht

vom 7. Februar 2007, 5 AZR 422/06

eingereicht von Rechtsanwalt Matthias Böhling, Hallenbadstraße 35, 34346 Hann. Münden, Tel.: 05541/980829, Fax: 05541/2850

kanzlei@anwaltboehling.de; www.anwaltboehling.de

282. Arbeitgeberhaftung, Diebstahl aus Garderobenspind, Darlegungs- und Beweislast

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Verlustes von Gegenständen, die er in seinem Spind deponiert haben will.

Der Kläger war ... bei der Beklagten ... beschäftigt. ... Ihm stand ... ein Spind zur Verfügung, das er mit einem eigenen Schloss gesichert hatte.

Der Kläger wurde ... fristlos gekündigt. ... Im Berufungsverfahren ... verglichen sich die Parteien auf eine fristgemäße Beendigung. ...

Der Kläger war bei Übergabe der fristlosen Kündigung des Hauses verwiesen worden und hatte nach seiner Behauptung keine Gelegenheit, seinen Spind zu räumen. ...

Die Beklagte hatte wegen anstehender Umbauarbeiten ... auch den Spind des Klägers in Gegenwart ... des Spindverwalters ... und des Vertrauensmannes geöffnet. ... Der Inhalt des Spindes wurde in einen Beutel mit der Registriernummer 105 gesteckt (und) verplombt. Während des vorliegenden Berufungsverfahrens wurde der verplombte Beutel in Gegenwart des Klägers und seines Prozessbevollmächtigten geöffnet. In ihm befanden sich (keine Wertsachen).

Mit seiner .. Klage hat der Kläger .. Schadensersatz wegen des Verlustes der in seinem Spind deponierten Gegenstände verlangt und behauptet, er habe dort deponiert gehabt ein Goldarmband im Werte von 2.800,00 €, eine Junghansuhr im Werte von 8.700,00 €, seinen Ehering im Werte von 390,00 €. ...

Die Beklagte hat bestritten, dass die vom Kläger behaupteten Gegenstände sich in seinem Spind befunden haben. ...

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist unbegründet.

Ein Schadensersatzanspruch wegen des Verlustes von im Spind deponierter Gegenstände, sei es auf Grund der Verlet-

zung einer Obhutspflicht der Beklagten (§§ 241 Abs. 2, 242, 280 Abs. 1 BGB) oder auf Grund einer Eigentumsverletzung im Wege verbotener Eigenmacht bei der gewaltsamen Öffnung des Spindes (§§ 858 Abs. 1, 992 BGB i.V.m. §§ 823 Abs. 1, 831 Abs. 1 Satz 1, 848 BGB), setzt den Nachweis voraus, dass der Kläger die als verlustig behaupteten Gegenstände in seinem Spind deponiert hatte. Der Kläger hat jedoch kein geeignetes Beweismittel angeboten, ist also wie bereits in erster Instanz beweisfällig geblieben.

Der Kläger hat lediglich in das Zeugnis seiner Ehefrau gestellt, dass er während der langjährigen Tätigkeit bei der Beklagten täglich die Wertgegenstände mit zur Arbeit genommen habe, diese jedoch nach der fristlosen Kündigung nicht mehr in seinem Besitz gewesen seien. Dieses als zutreffend unterstellt, ermöglicht jedoch nicht die Feststellung, dass der Kläger diese auch in seinem Spind deponiert hatte, als er aus dem Betrieb gewiesen wurde. Der Kläger kann sie genauso gut anderswo deponiert haben, zum Beispiel in seinem Auto, falls er damit zur Arbeit gefahren ist. Genauso gut ist es möglich und naheliegend, dass er sie in seiner Arbeitskleidung am Körper verwahrt hat, wie zum Beispiel seine Geldbörse, da das Deponieren von Wertgegenständen in einem Spind äußert leichtsinnig gewesen wäre.

Soweit der Kläger meint, die Beklagte müsste nachweisen, dass die Wertgegenstände sich nicht in seinem Spind befunden haben, weil sie den Spind unbefugt geöffnet habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Eine solche Beweislastumkehr könnte allenfalls für solche Gegenstände angenommen werden, die ein Arbeitnehmer üblicher- und berechtigterweise in den Betrieb mitbringt und in seinem Spind deponiert. Das sind jedoch keine Wertgegenstände wie teure Uhren und teurer Schmuck (vgl. Koch, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 11. Auflage, § 108, Rn 27, 28 m.w.N.). ...

Nach allem ist seiner Klage auch im Berufungsverfahren kein Erfolg beschieden, unabhängig davon, dass er auch weiterhin keine nachvollziehbare Darstellung zum Wert des Armbandes und der Uhr gehalten noch ausreichend unter Beweis gestellt hat.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 9. Mai 2007, 15 Sa 150/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover,

Tel.: 0511/215 55 63–33, Fax: 215 55 63–43

www.neef-schrader.de

283. Arbeitnehmerhaftung, Beschränkung auch bei grober Fahrlässigkeit, Haftungsobergrenze

Tatbestand:

Die Parteien streiten um auf die Klägerin übergegangenen Regressansprüche anlässlich eines vom Beklagten verursachten Verkehrsunfalls vom 27.02.2005.

Der Beklagte war im Taxiunternehmen W. (künftig: Arbeitge-

ber) als Taxifahrer zu einem durchschnittlichen Bruttomonats-einkommen vom 1.200,00 € beschäftigt.

Am 27.02.2005 verschuldete der Beklagte mit dem ihm von seinem Arbeitgeber überlassenen, bei der Klägerin vollkaskoversicherten PKW einen Verkehrsunfall, in dem er um 4.00 Uhr morgens in Stuttgart in den Kreuzungsbereich einfuhr und dort mit einem fremden Fahrzeug kollidierte, obwohl die für ihn maßgebliche Ampelanlage schon mindestens 3,5 Sekunden Rotlicht zeigte. Durch den Verkehrsunfall entstand ein Sachschaden am Fahrzeug des Arbeitgebers in Höhe von 4.358,41 €, den die Klägerin aufgrund des bestehenden Versicherungsvertrages durch Zahlung an den Arbeitgeber regulierte.

Mit vorstehender Klage macht die Klägerin den gem. § 67 Versicherungsvertragsgesetz auf sie übergegangenen Anspruch geltend.

Entscheidungsgründe:

I. ... 1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG vom 12.10.1989 – 8 AZR 276/88 = AP Nr. 97 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, BAG vom 12.11.1998 – 8 AZR 221/97 = AP Nr. 117 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers) haftet ein Berufskraftfahrer, der wegen Nichtbeachtung einer auf rot geschalteten Lichtzeichenanlage einen Verkehrsunfall verursacht, in aller Regel dem Arbeitgeber wegen grob fahrlässig begangener positiver Vertragsverletzung für den dadurch verursachten Schaden. Dieser Auffassung schließt sich die Kammer im vorliegenden Fall an. ...

b) In der Person des Beklagten sind Gründe, die angesichts der besonderen Gefährlichkeit seiner Handlung geeignet wären, den Schuldvorwurf unter den Verschuldensgrad der groben Fahrlässigkeit zu mindern, weder vorgetragen noch ersichtlich.

Im Gegenteil: Der Beklagte hätte aufgrund seiner Berufserfahrung als Taxifahrer erkennen müssen, dass seine Fähigkeit, das Fahrzeug im Straßenverkehr sicher zu bewegen, angesichts des bereits durchgeführten achtstündigen Nachtdienstes und der damit zwangsläufig eintretenden Müdigkeit beeinträchtigt sein kann. Gerade deswegen hätte er besondere Aufmerksamkeit beim Heranfahren an die durch Ampelanlage geregelte Kreuzung walten lassen müssen. Daher hat der Kläger den Verkehrsunfall grob fahrlässig herbeigeführt.

2. Allerdings haftet der Kläger nicht für den gesamten Schaden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind auch bei grober Fahrlässigkeit Haftungserleichterungen zugunsten des Arbeitnehmers nicht ausgeschlossen, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zum verwirklichten Schadensrisiko der Tätigkeit steht und der zu ersetzende Schaden erheblich über einem Bruttomonatseinkommen des Arbeitnehmers liegt (BAG vom 12.10.1989 und 12.11.1998 a.a.O.).

Das Bundesarbeitsgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass gegenüber grober Fahrlässigkeit das Betriebsrisiko des Arbeitgebers eine untergeordnete Rolle spielen wird,

solange der zu ersetzende Schaden eine Größenordnung nicht übersteigt, die den Arbeitnehmer in seiner Existenz nicht gefährdet. Anders ist es aber, wenn der Schaden bei Ausüben einer Tätigkeit entsteht, deren Schadensrisiko so hoch ist, dass der Arbeitnehmer typischerweise schon von seinem Arbeitsentgelt her nicht in der Lage ist, Risikoversorge zu betreiben oder einen eingetretenen Schaden zu ersetzen. Hier drückt sich das zu Lasten des Arbeitgebers ins Gewicht fallende Betriebsrisiko unter anderem darin aus, dass der im Schadensfall zu erwartende Vermögensverlust des Arbeitgebers in einem groben Missverhältnis zu dem als Grundlage der Ersatzleistung in Betracht kommenden Arbeitslohn steht, in diesen Fällen, die häufig gegeben sind, wenn der Arbeitnehmer teure Fahrzeuge des Arbeitgebers zu führen hat, kann es im Einzelfall geboten sein, die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers auch bei grober Fahrlässigkeit nicht unerheblich herabzusetzen, wobei neben der Höhe des Arbeitentgelts und weiteren mit seiner Leistungsfähigkeit zusammenhängenden Umständen (z. B. Familienverhältnisse) auch der Grad des Verschuldens eine Rolle spielen. (BAG, a.a.O. unter I 2b der Gründe).

b) Unter Berücksichtigung dieser Umstände, denen sich die Kammer im vorliegenden Fall anschließt, war vorliegend der Schaden auf 2.400,00 € zu beschränken. Hierbei war zum einen die Höhe des Arbeitsentgelts des Beklagten mit 1.200,00 € ebenso zu berücksichtigen wie die Tatsache, dass der Kläger seiner Ehefrau und 4 Kindern gegenüber unterhaltsverpflichtet ist. Zu berücksichtigen war auch, dass der Beklagte als Taxifahrer gerade bei Nachtfahrten einem hohen Unfallrisiko ausgesetzt ist. Schließlich war auch zugunsten des Beklagten zu werten, dass der eingetretene Schaden dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers schon deshalb zuzurechnen ist, weil er mit seinem Ersatz durch den Arbeitnehmer mit Rücksicht auf dessen durch seinen Verdienst begrenzte Leistungsfähigkeit in der Regel nicht rechnen kann (vgl. BAG vom 12.10.1989 unter II 2b) der Gründe).

Nach alledem hat die Kammer die Haftungsobergrenze im vorliegenden Fall bei zwei Bruttomonatseinkommen des Klägers angesetzt.

■ Arbeitsgericht Reutlingen

vom 20. März 2007, 4 Ca 298/06

eingereicht von Rechtsanwalt Jochen Link,

Niedere Straße 63, 78050 Villingen-Schwenningen,

Tel.: 07721/33166, Fax: 07721/33197

info@law4u.de, www.law4u.de

284. Arbeitnehmerstatus, Übungsleiter (Turnen)

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Arbeitsgericht bat zutreffend erkannt, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien um ein Arbeitsverhältnis handelt. ...

I. ...

Allgemeines Vertragsrecht

2. Das Arbeitsgericht hat auch den vorliegenden Sachverhalt rechtsfehlerfrei unter die Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs subsumiert und dabei insbesondere die vom Bundesarbeitsgericht geforderte Gesamtwürdigung (BAG, v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82 – BAGE 41, 247, 255 = NJW 95, 1985) vorgenommen. Die von der Berufung erhobenen Einwände rechtfertigen keine abweichende Beurteilung:

a) Zutreffend ist das Arbeitsgericht von einer gewissen Einbindung der Klägerin in die Organisation der Beklagten ausgegangen.

aa) Den Weisungen der Beklagten im Hinblick auf Ort und Zeit der Dienstleistung hat das Arbeitsgericht insoweit zu Recht nur eine schwache Indizwirkung zugemessen. Unstreitig ist der Beklagte bei der Planung seiner Kurse nicht frei, sondern auf die ihm nur für bestimmte Zeiten zur Verfügung stehenden Übungsräume angewiesen. Die darauf beruhenden Vorgaben für die von der Klägerin geleiteten Kurse liegen damit in der Natur der Sache und wären für sich genommen zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft nicht ausreichend (ebenso: LAG Düsseldorf, 26.03.1992, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 25).

bb) Gleichwohl ist festzustellen, dass die Klägerin zur Erbringung ihrer Leistung darauf angewiesen war, dass aufgrund des vom Beklagten publizierten Angebots Teilnehmer zu den Kursen erschienen und diesen Teilnehmern zur vereinbarten Zeit Übungsräume zur Verfügung standen. Um diese Organisation der Kurse muss sich die Klägerin nicht kümmern; sie wird vom Beklagten gewährleistet.

b) Das Arbeitsgericht hat auch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Klägerin aus dem Kursangebot der Beklagten Kurse zugeteilt worden sind. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgebracht, sie sei aufgrund ihrer Übungsleiterlizenz berechtigt, sämtliche Kurse mit Teilnehmern unter 18 Jahren einschließlich der sog. Eltern/Kind-Kurse zu leiten. Dass die Beklagte für diesen Personenkreis eine Vielzahl von Kursen anbietet, sich das Angebot der Beklagten für diesen Personenkreis also nicht auf die von der Klägerin geleiteten Kurse beschränkt, ist ebenfalls unstreitig. Ihre Behauptung, die Klägerin habe sich aus dem Kursangebot der Beklagten Kurse aussuchen dürfen, hat die Beklagte nicht näher konkretisiert. Sie hätte dazu vortragen müssen, wann und von wem der Klägerin welche Kurse zur Auswahl angeboten worden sind. Ein solcher Sachvortrag fehlt. Dass der Klägerin keine Kurse gegen ihren erklärten Willen übertragen worden sind, was zwischen den Parteien ebenfalls unstreitig ist, ist unerheblich.

c) Zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die persönliche Abhängigkeit nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Klägerin hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung ihrer Kurse keinen Weisungen unterlag. Die Rechtsauffassung des Arbeitsgerichts entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG, wonach ein fachliches Weisungsrecht ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist, dessen Fehlen jedoch die Arbeitnehmereigenschaft nicht ausschließt (BAG v. 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 – BAGE 30, 163,

168 f. = DB 78, 1035; Urt. v. 13.01.1983 – 5 AZR 149/82 – BAGE 41, 247, 253 f. = NJW 84, 1985; Urt. v. 20.07.1994 – 5 AZR 627/93 – BAGE 77, 226 = NZA95, 161, 162).

d) Dass die Klägerin zusätzliche Kurse, die sie in den Ferien leitete, auch inhaltlich selbst plante, ist ohne Bedeutung, denn zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Ferienkurse zusätzlich vergütet wurden. Sie gehörten also nicht zu der von der Klägerin aus dem Vertragsverhältnis der Parteien geschuldeten Leistung.

e) Nicht zu beanstanden sind auch die Ausführungen des Arbeitsgerichts zur Vertretungsregelung. Zwar ist die Möglichkeit der Leistungserbringung durch Dritte ein wesentliches Merkmal selbständigen Tätigwerdens, das mit dem Status eines Arbeitnehmers grundsätzlich nicht zu vereinbaren ist (BAG v. 04.12.2002 – 5 AZR 667/01 – AP 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Im vorliegenden Fall war die Klägerin jedoch gerade nicht berechtigt, beliebige von ihr ausgewählte Dritte als Vertreter einzusetzen. Der Vorsitzende der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ausdrücklich bestätigt, dass die von der Klägerin herangezogenen Vertreter aus dem Kreis der für die Beklagten tätigen Übungsleiter kommen und über die entsprechende Lizenz verfügen mussten. Es handelte sich somit lediglich um eine selbständige Organisation der Vertretung im Kollegenkreis, die mit der Substitutionsbefugnis eines freien Mitarbeiters nicht zu vergleichen ist.

f) Als Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft hat das Arbeitsgericht zu Recht auch die Übernahme der Kosten für die Fortbildungsveranstaltungen gewertet, an denen die Klägerin zum Erhalt ihrer Übungsleiterlizenz teilnehmen musste. Zwar ist die Übernahme von Fortbildungskosten, wie der Beklagte zu Recht ausführt, auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses denkbar. Bei einem freien Mitarbeiter gehören Schaffung und Erhalt der für die übernommenen Tätigkeit notwendigen Qualifikation jedoch typischerweise zum eigenen Verantwortungsbereich, während im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeber die Kosten der Fortbildung zu tragen hat. Zumindest die regelmäßige Übernahme von Fortbildungskosten, wie sie im vorliegenden Fall durch den Beklagten erfolgt ist, spricht folglich dafür, dass der Auftraggeber die Fortbildung seinem Verantwortungsbereich zuordnet und stellt deshalb ein Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar.

g) Dem Umstand, dass die Klägerin das Entgelt für die von ihr regelmäßig in 40 Wochen des Jahres erteilten Kurse in Form einer monatlichen Pauschale erhielt, kommt hingegen nach Auffassung der Berufungskammer keine Indizwirkung für ein Arbeitsverhältnis zu.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern die Umstände von Bedeutung, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, und nicht die Modalitäten der Zahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder die Überbürdung vertraglicher Risiken

(BAG v. 04.12.2002 – 5 AZR 667/01 – AP 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Der Beklagte hat im Aktenvermerk seines Schatzmeisters vom 25.10.2002 (Anl. K5, Bl. 24 d. A.) nachvollziehbar dargestellt, dass Anknüpfungspunkt für die Vergütung der Kursleiter der Umfang ihrer tatsächlichen Tätigkeit ist. Allein die Tatsache, dass die Auszahlung des von der Klägerin bei 4 Stunden pro Woche à € 12,50 in 40 Wochen verdienten Betrages von € 2.000,- in zwölf monatlichen Raten zu je € 168,- erfolgt, ändert nichts daran, dass es sich im Sinne der Gegenüberstellung der Begriffe Einzelhonorar oder Monatsentgelt (ErfK-Preis, § 611 BGB Rz 59) um ein Einzelhonorar handelt.

h) Ohne Bedeutung ist schließlich der Umstand, dass der Beklagte die Klägerin bei der Bundesknappschaft zur Sozialversicherung angemeldet hat. Zwar ist dies ein Indiz dafür, dass der Beklagte die Möglichkeit, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien um ein Arbeitsverhältnis handeln könnte, zumindest ernsthaft in Betracht gezogen hat. Die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, hängen von der sozialversicherungsrechtlichen Abwicklung jedoch nicht ab.

i) Ein weiteres Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist hingegen, dass das Entgelt der Klägerin im Krankheitsfall nicht gekürzt wurde. Der Beklagte hat eingeräumt, dass eine Kürzung unabhängig davon unterblieb, ob die Klägerin im konkreten Fall eine Vertretung für ihren Kurs organisieren konnte oder nicht. Er hat damit ein Risiko übernommen, welches im freien Mitarbeiterverhältnis typischerweise dem Auftragnehmer obliegt. Zwar ist der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EntgFG Rechtsfolge des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. Gleichwohl ist die Übernahme des Krankheitsrisikos ohne ausdrückliche Vereinbarung ein Indiz dafür, dass der Auftraggeber krankheitsbedingte Ausfälle seiner Risikosphäre zuordnet und damit Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft.

j) Zu Recht hat das Arbeitsgericht dem nur von der Klägerin unterzeichneten Vertragsentwurf keinerlei Indizwirkung beimessen. Da der Beklagte den Vertrag nicht unterzeichnet hat, kann nicht festgestellt werden, dass die Regelungen des Entwurfs auch nach dem Willen des Beklagten auf das Vertragsverhältnis der Parteien Anwendung finden sollten. Eine Indizwirkung der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien, von der das LAG Düsseldorf im Urteil vom 26.03.1992 (a a.O.) ausgegangen ist, kommt somit im vorliegenden Fall schon aus tatsächlichen Gründen nicht in Betracht.

k) Unerheblich sind die Einwände des Beklagten, die Tätigkeit der Klägerin habe nur einen geringen zeitlichen Umfang gehabt und sei für die Klägerin neben den Einkünften aus ihrer Haupttätigkeit wirtschaftlich nicht von Bedeutung gewesen. Dass eine Tätigkeit nebenberuflich und in geringem zeitlichem Umfang ausgeübt wird, ist für die Einordnung als Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung (BAG v. 30.10.1991 – 7ABR 19/91 – NZA 92, 407). Auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von den erzielten Einkünften kommt es nicht an (BAG v.

20.07.1994 – 5AZR 627/93 – NZA 95, 161, 162), was sich bereits aus einem Umkehrschluss aus § 12a I TVG ergibt.

l) Auch ohne Berücksichtigung der Art der Entgeltzahlung und der Anmeldung zur Sozialversicherung überwiegen nach Auffassung der Berufungskammer die für die persönliche Abhängigkeit der Klägerin sprechenden Umstände. Dafür sprechen die organisatorische Einbindung und die Orientierung der von der Klägerin zu erbringenden Leistungen an dem Kursangebot des Beklagten, die regelmäßige Übernahme der Fortbildungskosten durch den Beklagten und der Umstand, dass das Entgelt der Klägerin bei krankheitsbedingten Ausfällen unabhängig von der Stellung einer Vertretung nicht gekürzt wurde. Umstände, die der persönlichen Abhängigkeit entgegenstehen, können hingegen nicht festgestellt werden. Insbesondere war die Klägerin nicht berechtigt, im Verhinderungsfall Vertretungen einzusetzen, die nicht ohnehin zum Kreis des von der Beklagten eingesetzten Personals gehörten.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 7. September 2006, 8 Sa 19/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Alexander Scharf, Fuhlsbüttler Straße 118, 22305 Hamburg, Tel.: 040/61169962,

Fax: 040/611699-72

mail@schwarz-und-wolter.de; www.scharf-und-wolter.de

285. Arbeitszeit, Reduzierungsanspruch nach TzBfG, organisatorisches Konzept, unverhältnismäßige Kosten

Entscheidungsgründe: ...

2. ... Der Arbeitgeber ist frei bei der Festlegung der Kontingents an Arbeitsstunden, die er für die Erreichung seiner unternehmerischen Ziele für erforderlich hält. Die von der Beklagten gewonnene pauschalisierte Einschätzung, dass für die sachgerechte Betreuung des Verkaufsgebiets der Klägerin eine 40-stündige Betreuungstätigkeit erforderlich ist, ist grundsätzlich durch die unternehmerische Organisationsfreiheit gedeckt. Ansatzpunkte dafür, dass diese von der Beklagten dargelegte Personaleinsatzplanung sich als offensichtlich unsachlich darstellt, sind nicht ersichtlich. Sie sind insbesondere nicht der Tatsache zu entnehmen, dass die Beklagte in einem einzigen Ausnahmefall, nämlich im Falle der Teilzeittätigkeit ihrer Pharmareferenten, die sich in Elternzeit befinden, deren Teilzeittätigkeit gestattet und hinnimmt. Hierfür hat die Beklagte wirtschaftlich nachvollziehbare und plausible Gründe dargelegt, die insbesondere aus dem Umstand herrühren, dass – jedenfalls bisher – die Elternzeit auf 3 Jahre befristet war und es sich angesichts der langen Einarbeitungsdauer der Pharmareferenten einschließlich der Ausschreibungs- u. Bewerbungszeiten von insgesamt 16-18 Monaten nicht rechnet, für den verbleibenden Zeitraum eine Teilzeiteratzkraft einzustellen, insoweit nimmt die Beklagte – und dies ist ihre freie unternehmerische Entscheidung – bewusst einen Betreuungsrückstand im jeweils betroffenen Verkaufsgebiet in Kauf um sich die einmal eingearbeitete aber in Elternzeit befindliche geschulte Arbeitskraft des vor-

Allgemeines Vertragsrecht

übergehend in Teilzeit tätigen Pharmareferenten zu erhalten. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte außer in den Fällen der Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit von ihrem ansonsten praktizierten Arbeitszeitmodell im Vertriebsaußendienst nämlich der ausschließlichen Beschäftigung der Pharmareferenten in Vollzeit, nicht abweicht.

Durch organisatorische Änderungen könnte die von der Klägerin gewünschte Änderung der Arbeitszeit zwar erreicht werden, zu diesen Änderungen ist die Beklagte aber nicht verpflichtet, soweit damit gewichtige Beeinträchtigungen ihrer Organisationsfreiheit verbunden sind. Zu denken ist etwa an eine Umstrukturierung des Verkaufsgebiets der Klägerin, insbesondere dessen Verkleinerung oder die Verringerung des Betreuungsaufwandes durch Herausnahme von Kunden, um so dem Teilzeitbegehren der Klägerin gerecht zu werden. Dahingehende Vorstellungen hat die Klägerin auch nicht geltend gemacht.

Grundsätzlich wäre zwar ohne Beeinträchtigung der Organisationsfreiheit der Beklagten die Einstellung einer Ersatzteilkraft möglich, die das der Klägerin zugewiesene Verkaufsgebiet gemeinsam mit ihr betreut; auch hierauf hat die Klägerin indes keinen Anspruch, weil hierdurch unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht würden. ...

Wann durch die Arbeitszeitverringerung unverhältnismäßige Kosten entstehen, hängt von einem Vergleich der bisherigen mit den erwarteten Kosten ab.

Dies vorausgestellt verursacht der Arbeitszeitwunsch der Klägerin für die Beklagte unverhältnismäßige Kosten. Diese beruhen darauf, dass die Beklagte für jeden Pharmareferenten – gleich ob er in Vollzeit oder Teilzeit beschäftigt ist – einen Dienstwagen finanziert, die Kosten für die Einrichtung eines Homo-Office trägt und jeden Pharmareferenten in gleich hohem Umfang auf ihre Kosten fortbildet. Allein diese unabhängig von allgemeinen Personalkosten anfallenden Zusatzkosten sind außergewöhnliche Kosten, die die Beklagte trägt um einmal den Besonderheiten des Außendienstes gerecht zu werden und andererseits ihre unternehmerischen Ziele optimal erreichen zu können. Sie übersteigen die – hinzunehmenden – höheren Personalkosten um das Dreifache. ...

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 22. Februar 2007, 4 Ca 2784/06 G

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Norbert Windeln, LL.M., Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln, Tel.: 0221/650 65 – 0, Fax: 650 65 110

norbert.windeln@loschelder.de; www.loschelder.de

286. Ausschlussfrist, Verhältnis von (unwirksamer) arbeitsvertraglicher zu tariflicher Frist, Anerkenntnis durch Abrechnung?

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger noch Urlaubsabgeltungsansprüche für Urlaub aus den Jahren 2005 und 2006 aus einem beendeten Arbeitsverhältnis zustehen.

Der Kläger, war vom 05.02.2001 bis zum 31.05.2006 als Wach-

mann bei der Beklagten angestellt. Er wurde im Bewachungsdienst auf den ... eingesetzt.

Der Beschäftigung lag der schriftliche Arbeitsvertrag vom 05.02.2001 zu Grunde. In dessen Ziffer 24 befindet sich folgende Regelung über Ausschlussfristen:

„Alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis können rückwirkend nur für einen Zeitraum von drei Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses können die beiderseitigen Ansprüche nur noch bis spätestens 6 Wochen nach dem Ausscheiden bzw. einen Monat nach Erhalt der Arbeitspapiere schriftlich geltend gemacht werden.“

Des Weiteren ist in Ziffer 3 folgende Regelung getroffen:

„Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach den am Beschäftigungs-ort mit den Gewerkschaften abgeschlossenen, geltenden Lohn- und Manteltarifverträgen für das Bewachungsgewerbe ...“

Entscheidungsgründe:

I. ... 1. ...

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von Urlaubsabgeltung nach § 611 BGB i.V.m. § 7 Abs. 5 MTV. Sowohl der Urlaubsanspruch aus dem Jahre 2005 als auch derjenige aus dem Jahre 2006 sind verfallen.

a) Die Geltendmachung der Urlaubsabgeltung ist jedoch nicht nach Ziffer 24 des Arbeitsvertrags ausgeschlossen. Die dortige Regelung einer Ausschlussfrist ist unwirksam.

Eine einzelvertragliche Regelung in einen Formularvertrag, die die schriftliche Geltendmachung aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit verlangt, benachteiligt unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Sie ist mit dem wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Gleiches gilt, für eine Klausel, die für den Beginn der Ausschlussfrist nicht die Fälligkeit der Ansprüche berücksichtigt, sondern allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt; diese benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist deshalb gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Dies hat zur Folge, dass die einzelvertragliche Ausschlussklausel insgesamt unwirksam ist. Sie fällt bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen ersatzlos weg (§ 306 Abs. 1 und 2 BGB) (vgl. BAG Urteil vom 28.09.2005 – Az.: 5 AZR 52/05 – in NZA 2006, 149 ff; Urteil vom 01.03.2006 – Az.: 5 AZR 511/05- in NZA 2006, 783 f.). ...

b) Die Geltendmachung der Urlaubsabgeltung ist jedoch nach § 10 MTV ausgeschlossen.

Ist eine einzelvertragliche Ausschlussfrist unwirksam, so tritt an deren Stelle die geltende gesetzliche, tarifvertragliche oder richterrechtliche Regelung (vgl. BAG Urteil vom 28.09.2005 am Ende) Hier gilt auf Grund der Bezugnahme in Ziffer 3 des Arbeitsvertrags die Regelung des MTV Niedersachsen.

(1) Nach § 10 Abs. 1 MTV erlöschen sämtliche gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht binnen drei Monate nach Fälligkeit, von oder gegen ausgeschiedene Arbeitnehmer einen Monat nach Beendigung des Arbeits-

verhältnisses unter Angabe der Gründe bei der Gegenpartei schriftlich geltend gemacht wurden. Der Kläger hat seine Urlaubsabgeltung insgesamt nicht binnen letzterer Frist geltend gemacht. Er ist am 31.05.2006 bei der Beklagten ausgeschieden und hat die Urlaubsabgeltung sodann mit Schreiben vom 24.07.2006, also weit über einen Monat nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten geltend gemacht.

Die Ausschussklausel in § 10 MTV ist wirksam. Bei tarifvertraglichen Regelungen findet gemäß § 310 Abs. 4 BGB keine Kontrolle auf ihre Wirksamkeit nach dem Recht für Allgemeine Geschäftsbedingungen statt. Der Grund hierfür ist, dass sich bei Tarifverträgen im Gegensatz zu Arbeitsverträgen gleich starke Verhandlungspartner gegenüber sitzen, die durch Verhandeln ein ausgewogenes Gesamtwerk vereinbaren.

Obwohl durch Inbezugnahme in Ziffer 3 des Arbeitsvertrags der gesamte MTV und damit auch dessen § 10 MTV zum Inhalt des Arbeitsvertrags wurde, hat die Kammer trotz der Einmonatsfrist keine Bedenken gegen die weitere Wirksamkeit des § 10 MTV. Bei der Frage, ob eine tarifliche Ausschlussfrist wirksam vereinbart ist, wenn sie auf Grund einzelvertraglicher Bezugnahme gelten, sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden.

(a) Wird nur die Klausel allein vereinbart, quasi aus dem Gesamtwerk des Tarifvertrages „herausgepickt“, so stellt sie eine isolierte einzelvertragliche Klausel dar, die der Inhaltskontrolle unterliegt. Nur in diesem Fall kann überhaupt eine Inhaltskontrolle nach den Grundsätzen der zitierten Rechtsprechung des BAG erfolgen, da eine Ausgewogenheit der Gesamtsregelung nicht geprüft werden muss.

(b) Wird hingegen der gesamte Manteltarifvertrag in Bezug genommen, so findet eine isolierte Inhaltskontrolle der Ausschlussklausel nicht statt. In diesem Fall müsste eine Gesamtwürdigung des Regelungswerkes des Tarifvertrages erfolgen, um feststellen zu können, ob hier eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers nach § 307 Abs. 1 BGB vorliegt. Diese Kontrolle des Gesamtwerkes eines Tarifvertrages soll durch die Regelung in § 310 Abs. 4 BGB gerade verhindert werden. Vielmehr ist auch in diesem Fall weiter davon auszugehen, dass der MTV ein ausgewogenes Gesamtwerk ist, das keine unangemessene Benachteiligung der Arbeitnehmer im Sinne von § 307 BGB enthält.

In Ziffer 3 des Arbeitsvertrags wird der gesamte MTV in Bezug genommen und nicht lediglich einzelne Regelungen, insbesondere nicht isoliert die Ausschlussklausel in § 10 Abs. 1 MTV.

(3) Die Ausschlussklausel nach Ziffer 3 des Arbeitsvertrags in Verbindung mit § 10 Abs. 1 MTV ist auch nicht nach § 305c BGB unwirksam, weil sie in Zusammenschau mit Ziffer 24 des Arbeitsvertrags widersprüchlich wäre, wie der Kläger meint. Ein Widerspruch ist nicht eingetreten, da der wirksame § 10 MTV durch die Regelung in Ziffer 3 des Arbeitsvertrags an die Stelle der unwirksamen Ziffer 24 des Arbeitsvertrags tritt (siehe BAG, a.a.O., Urteil vom 28.09.2005 am Ende). Die Unwirksamkeit der Ziffer 24 betrifft ausdrücklich nicht die Wirk-

samkeit des Arbeitsvertrags im Übrigen, der aufrechterhalten wird.

c) Es ist auch nicht treuwidrig, wenn die Beklagte sich gegenüber den Urlaubsabgeltungsansprüchen des Klägers auf die Ausschlussfrist beruft. Sie hat diese nicht, wie der Kläger meint, auch über die Ausschlussfrist hinaus anerkannt. In der Schlussabrechnung für Mai 2006 wurde lediglich der noch offene Urlaubsanspruch festgehalten. Zu diesem Zeitpunkt fing die Ausschlussfrist erst an.

■ Arbeitsgericht Flensburg

vom 19. Oktober 2006, 2 Ca 980/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Albrecht Pütter, Ballastkai 5, 24937 Flensburg, Tel.: 0461/144 33 – 0, Fax: 144 33–44
flensburg@bmz-recht.de; www.bmz-recht.de

287. Befristung des Arbeitsverhältnisses, erhöhte Anforderungen an den Sachgrund bei langer Beschäftigungsdauer

Entscheidungsgründe: ...

Grund für die Befristung dieses Arbeitsvertrags war der Umstand, dass Frau K. ihren Sonderurlaub bis zum 02.09.2006 verlängert bekam. Im Regelfall ist eine auf einen solchen Urlaubszeitraum abgestellte Befristung des Arbeitsvertrages der Vertretungskraft sachlich gerechtfertigt. Der Streitfall weist jedoch Besonderheiten auf. Die Klägerin war beim Abschluss des letzten Arbeitsvertrags bei dem Beklagten bereits sechs Jahre beschäftigt. Nach der Rechtsprechung des BAG steigen mit zunehmender Dauer der Beschäftigung bei dem selben Arbeitgeber auch die Anforderungen an den Sachgrund der Befristung (BAG, NZA 88, 280). Dies bedeutet, dass die Prognose des Arbeitgebers, nach Ablauf der Befristung werde an der Arbeitsleistung des befristet eingestellten Arbeitnehmers kein Bedarf mehr bestehen, mit erhöhter Sorgfalt zu stellen ist. Eine Befristung aus Vertretungsgründen kann dann nur noch sachlich gerechtfertigt sein, wenn beim Abschluss des befristeten Vertrages hinreichend sichere konkrete Anhaltspunkte für den endgültigen Wegfall des Vertretungsbedarfs vorliegt. Gemessen an diesen Voraussetzungen erweist sich die Befristung des letzten Arbeitsvertrags der Parteien als unwirksam. Mit dem zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrag sollte das Arbeitsverhältnis um weitere 4 1/2 Jahre verlängert werden, so dass die Klägern insgesamt von Mai 1996 bis zum 05.03.2002, mithin über einen Zeitraum von 10 Jahren lediglich in befristeten Arbeitsverhältnissen gestanden hat. Dieser erhebliche Zeitraum genügt, um an den Sachgrund der Befristung des letzten Arbeitsvertrags erhöhte Anforderungen zu stellen. Diese Anforderungen sind jedoch nicht erfüllt. Aufgrund der Umstände, die beim Abschluss des der Befristungskontrolle unterliegende Arbeitsvertrag der Parteien vorgelegen haben, konnte der Beklagte nicht mit hinreichender Sicherheit erwarten. Frau K. werde ihre Tätigkeit auf jeden Fall in vollem Umfang nach der Beurlaubung wieder aufnehmen und dadurch werde der Bedarf der Beschäftigung der Klägerin entfallen.

Allgemeines Vertragsrecht

Nach dem objektiven Geschehensablauf mussten sich dem beklagten Land erhebliche Zweifel aufdrängen, ob Frau K. hierzu tatsächlich bereit sein würde. Dies folgt zum einen aus der wiederholten Beurlaubung über letztlich insgesamt sechs Jahren. Des Weiteren bestanden Zweifel daran, ob Frau K. überhaupt in vollem Umfang ihre Tätigkeit wieder aufnehmen würde. So hat sie mit Schreiben vom 01.04.2001 um Teilzeitbeschäftigung gebeten. Auf eine bestimmte Wochenstundenzahl wollte sie sich noch nicht festlegen. Nach Auffassung der Kammer konnte der Beklagte unter diesen Umständen nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgehen, dass Frau K. werde auf jeden Fall ihre Tätigkeit nach der Beurlaubung in vollem Umfang wieder aufnehmen. Die Befristung des letzten Vertrages war deshalb nicht mehr gerechtfertigt.

■ Arbeitsgericht Kaiserslautern

vom 7. Dezember 2006, 2 Ca 1293/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Luppert, Landauer Straße 23, 76870 Kandel, Tel.: 07275/9882-0, Fax: 9882-50
info@luppert.de; www.luppert.de

288. Betriebliche Altersversorgung, § 13 VTV Deutsche Welle, Hinterbliebenenrente, eingetragener Lebenspartner, Regelungslücke, Diskriminierung wegen des Geschlechts

1. § 13 des Versorgungstarifvertrags der Deutschen Welle (VTV), welcher im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung dem „überlebenden Ehegatten“ eine „Witwen- und Witwerrente“ zubilligt, ist auf eingetragene Lebenspartner nicht entsprechend anwendbar.

2. Ein Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG (Diskriminierung wegen der sexuellen Identität) liegt insoweit nicht vor.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 19. Juli 2006, 7 Sa 139/06,

Rev. eingelegt zum AZ 3 AZR 20/07

289. Betriebliche Übung (gegenläufige), bezahlte Pausen, Widerspruch des Betriebsrats unzureichend

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 betriebliche Übung ist bei monatlicher Gewährung bzw. Nichtgewährung der Leistungen jedenfalls nicht mehr rechtzeitig, wenn er erst mehr als ein Jahr nach der Änderung erhoben wird.

Zu Gunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass ursprünglich eine betriebliche Übung bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten entstanden war, die zum Inhalt hatte, Pausenzeiten zu bezahlen. Eine solche betriebliche Übung ist jedenfalls durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder außer Kraft gesetzt worden.

Dabei sind die Grundsätze zur gegenläufigen betrieblichen Übung nur auf solche Fälle anwendbar, in denen der An-

spruch ebenfalls durch eine betriebliche Übung entstanden ist. Voraussetzung für das Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung ist des Weiteren, dass sich die Veränderung unmittelbar auswirkt und der Arbeitnehmer in Kenntnis dieser Auswirkungen weiterarbeitet, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre (siehe BAG, Urteil vom 14.11.2004 – 10 AZR 202/04). Diese von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt.

a) Der Anspruch beruhte ursprünglich auf einer betrieblichen Übung. Diese betriebliche Übung, die Pausenzeiten zu bezahlen, hat in verschiedenen Betrieben der Rechtsvorgängerin der Beklagten bestanden und hat zu einem entsprechenden Anspruch der Beschäftigten geführt. Soweit sich die Klägerseite zudem auf individuelle Zusagen der jeweiligen Theaterleiter der Rechtsvorgänger der Beklagten beruft, ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers, dass diese nicht näher substantiierten Zusagen jedenfalls auf die betriebliche Übung Bezug nahmen und deshalb keinen eigenständigen individuellen Charakter hatten. Da Rechtsgrundlage der ursprünglichen Pausenbezahlung damit eine betriebliche Übung war, konnte diese betriebliche Übung durch eine gegenläufige betriebliche Übung abgeändert werden.

b) Erfüllt ist ferner die Voraussetzung, dass sich die Veränderung auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar ausgewirkt hat. Denn durch die Nichtbezahlung der Pausenzeiten erhielten die Arbeitnehmer eine geringere Vergütung gegenüber der vorherigen Situation. Selbst wenn der Umfang der Vergütungsreduzierung nicht im Detail festgestanden haben mag, war doch für die Arbeitnehmer eindeutig, dass sie gegenüber dem vorherigen Rechtszustand eine geringere Vergütung erhielten.

c) In Kenntnis dieser Veränderung hat der Kläger weitergearbeitet, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher frühzeitiger Widerspruch zu erwarten gewesen wäre.

d) Der Widerspruch des Klägers ist als nicht mehr rechtzeitig anzusehen. Denn zu diesem Zeitpunkt waren bereits mehr als 30 Monate seit der vom Kläger behaupteten Einstellung der betrieblichen Übung vergangen. Für das Entstehen einer betrieblichen Übung wie auch einer gegenläufigen betrieblichen Übung ist jedenfalls bei jährlich gewährten Leistungen eine dreimalige Gewährung bzw. Nichtgewährung Voraussetzung. Hier handelt es sich jedoch um monatlich abgerechnete und gewährte Leistungen, sodass ein entsprechend kürzerer Zeitraum anzusetzen ist. Denn anhand der Lohnabrechnungen war für den Kläger Monat für Monat ersichtlich, dass die Pausenzeiten nicht mehr vergütet wurden. Selbst wenn die genaue Höhe der dadurch entgangenen Vergütung nicht feststand, resultierte aus den monatlichen Abrechnungen jedenfalls, dass die Beklagte die Pausenzeiten nicht mehr vergütete. Dabei ist dem Kläger zuzubilligen, dass die gegenläufige betriebliche Übung nicht bereits mit dem Ablauf von 3 Mona-

ten, für die die Pausenvergütung nicht mehr bezahlt wurde, entstanden war, sondern, dass hier zu Gunsten des Klägers ein zusätzlicher Prüfungs- und Widerspruchszeitraum anzusetzen war. Nach Auffassung der Kammer kann angesichts der Umstände des Einzelfalls jedoch nicht von einem längeren Zeitraum als einem Jahr ausgegangen werden, innerhalb dessen ein Widerspruch hätte erfolgen müssen. Jedenfalls nachdem die neue Praxis, Pausenvergütungen nicht mehr zu zahlen, mehr als ein Jahr widerspruchslos hingenommen worden war, konnte von dem Entstehen einer gegenläufigen betrieblichen Übung ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte die ursprüngliche betriebliche Übung, Pausenzeiten zu bezahlen, nicht selbst begründet hatte und diese ursprüngliche betriebliche Übung auf jeden Fall deutlich vor dem Betriebsübergang – nämlich fast ein Jahr vor Eintritt des Betriebsübergangs – noch durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten beendet wurde. Angesichts dessen konnte die Beklagte davon ausgehen, dass die Hinnahme der neuen Praxis für mehr als ein weiteres Jahr nach Betriebsübergang eine gegenläufige betriebliche Übung entstehen ließ.

e) Ein rechtzeitiger Widerspruch des Klägers ist auch nicht durch die E-Mail des Vorsitzenden des Gesamtbetriebsrats der Rechtsvorgängerin der Beklagten von April 2002 erfolgt. Denn bei den Ansprüchen aus betrieblicher Übung handelt es sich letztlich um solche, die zu individuellen Rechten führen und deshalb auch individualrechtlich geltend gemacht werden müssen. Die Geltendmachung von Individualansprüchen gehört nicht zum Aufgabenkreis der Betriebsratsmitglieder; hierfür liegt auch keine Bevollmächtigung vor.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29. Mai 2006, 14 (12) Sa 56/06

eingereicht und ausgewertet von Rechtsanwalt Dr. Martin Kock, Kliemt & Vollstädt, Georg-Glock-Str. 8, 40474 Düsseldorf, Tel.: 0211/88288-215, Fax.: 0211/88288-200, martin.kock@kliemt.de; www.kliemt.de

290. Betriebliche Übung, erforderliche Zahl der Wiederholungen

Einleitung:

Hintergrund des Rechtsstreits ist es, dass das BAG in einer Entscheidung vom 21.01.2003 für Tarifverträge im Bereich der betrieblichen Altersversorgung entschieden hat, dass kein Leistungsanspruch dann besteht, wenn eine zusätzliche Rente aus einem Zusatzversorgungssystem der DDR gezahlt wird. Vorliegend erhielten zahlreiche Mitarbeiter von Energieversorgungsunternehmen seit der Entscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Jahr 1989 eine zusätzliche Rente nach dem AAÜG, da sie auch ohne formelle Versorgungszusage nach Ansicht des BSG der AO 1954 zuzuordnen waren.

Trotz des Urteils im Jahre 2003 zahlte die Beklagte in diesem Verfahren die zusätzliche betriebliche Altersversorgung noch bis zum Mai 2005 weiter und stellte dann die Zahlung gegenüber den Betriebsrentnern ein, die nach ihrer Ansicht unter

die AO 1954 gefallen sind. Die Kläger stützen unter anderem ihre Begründung auf Weiterzahlung der betrieblichen Altersversorgung auf die Grundsätze der betrieblichen Übung.

Beide Instanzen hatten die hierauf gestützte Klage zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe: ...

Soweit sich der Kläger darauf beruft, den Anspruch aus dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung zu besitzen, vermag die Kammer dieser Ansicht nicht zu folgen.

Nach der überzeugenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. etwa BAG vom 28.06.2006 – 10 AZR 385/05) wird unter einer betrieblichen Übung die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. ...

Eine allgemeinverbindliche Regel, ab welcher Anzahl von Leistungen der Arbeitnehmer erwarten darf, dass auch er die Leistung erhält, sobald er die Voraussetzungen erfüllt, gibt es nicht. Die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt, ist für jährlich an die gesamte Belegschaft geleistete Gratifikationen aufgestellt worden. Bei anderen Sozialleistungen ist auf Art, Dauer und Intensität der Leistungen abzustellen. Wie lange die Übung bestehen muss, damit die Arbeitnehmer berechtigt erwarten können, dass sie fortgesetzt werde, hängt davon ab, wie häufig die Leistungen erbracht worden sind. Dabei kommt es auf die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaftsstärke an. Ferner sind in die Bewertung der Relation von Anzahl der Wiederholungen und Dauer der Übungen auch Art und Inhalt der Leistungen einzubeziehen. Bei für den Arbeitnehmer weniger wichtigen Leistungen sind an die Zahl der Wiederholungen höhere Anforderungen zu stellen, als bei bedeutsameren Leistungsinhalten, (BAG, a.a.O.).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze vermag die Kammer hiernach selbst nach Kenntnis der Beklagten von der BAG-Entscheidung vom 21.01.2003 (3 AZR 35/02) keinen Anspruch aus betrieblicher Übung zu erkennen. Die Beklagte ist unstreitig zunächst davon ausgegangen, aufgrund einer tarifvertraglichen Verpflichtung Zahlungen leisten zu müssen. Allein aus der Zahlung über das Jahr 2003 kann aber kein rechtsgeschäftlicher Wille entnommen werden, dass die betriebliche Rente auch ohne die Voraussetzungen des Tarifvertrages gezahlt werden sollte. Dass sie zur Überprüfung der Ansprüche zunächst sämtliche Akten gesichtet hatte, um die betriebliche Gleichbehandlung zu gewähren und hierfür einen Zeitraum von zwei Jahren benötigt hatte, kann ihr vorliegend nicht zum Nachteil gereichen.

■ Thüringer Landesarbeitsgericht vom 1. März 2007, 2 Sa 29/06

eingereicht von Rechtsanwalt Axel Banike, Carl-Zeiss-Platz 12, 07743 Jena, Tel.: 03641/44 01 00

Allgemeines Vertragsrecht

291. Betriebsübergang, Unterrichtung, Verwirkung des Widerspruchsrechts

Aus den Gründen:

I. ... II. ...

Einem Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die F. steht schließlich der Widerspruch des Klägers im Schriftsatz vom 13.02.2005 nicht entgegen. Dabei kann zu Gunsten des Klägers davon ausgegangen werden, dass er im Schreiben der Beklagten zu 1) vom 20.04.2004 nicht ausreichend gemäß § 613a Abs. 5 BGB über den Betriebsübergang informiert wurde und damit die Widerspruchsfrist des § 613a Abs. 6 BGB nicht begann, denn jedenfalls war das Widerspruchsrecht des Klägers Ende Januar 2005 verwirkt.

Es spricht viel dafür, dass der Kläger nicht ausreichend über den Übergang informiert wurde und damit die Widerspruchsfrist nicht in Lauf gesetzt wurde. Das Bundesarbeitsgericht verlangt nämlich unter anderem eine Unterrichtung über die Adresse des Erwerbers (Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 305/05), damit der Arbeitnehmer Klarheit über den Erwerber hat und ergänzende Erkundigungen einholen kann, was insbesondere bei ausländischen Erwerbern von erheblicher Bedeutung sein kann. Daran fehlt es hier. Der Sitz der Firma F. befand sich zur Zeit des Betriebsübergang und des Unterrichtungsschreibens in G.. Er ist in dem notariellen Kaufvertrag angegeben. Die Mitteilung in dem Schreiben vom 20.04.2004, die Erwerberin übernehme die Räumlichkeiten in O., betrifft nicht ihren Sitz und ihre maßgebliche Anschrift. Die Frage einer ausreichenden Unterrichtung des Klägers kann aber letztlich offen bleiben, denn der Kläger hat sein Widerspruchsrecht verwirkt. Beginnt die Monatsfrist des § 613a Abs. 6 S. 1 BGB nicht zu laufen, weil keine Unterrichtung erfolgt ist oder diese nicht vollständig war, besteht keine gesetzlich festgelegte zeitliche Grenze für die Erklärung des Widerspruchs, in Betracht kommt allerdings eine Verwirkung (§ 242 BGB; *APS-Stephan*, Rn 222 zu § 613a BGB; *ErfK/Preis*, Rn 97 zu § 613a BGB; *LAG Schleswig-Holstein v. 30.10.2002 – 5 Sa 206c/02 – zitiert nach juris*). Wie jedes Recht und ebenso wie die Geltendmachung eines Betriebsübergangs durch den Arbeitnehmer kann auch das Widerspruchsrecht verirken. Ein Anspruch ist verwirkt, wenn der Anspruchsberechtigte erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums den Anspruch erhebt (Zeitmoment) und dadurch beim Verpflichteten einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, er werde nicht mehr in Anspruch genommen (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zugemutet werden kann. Der für das Zeitmoment maßgebliche Zeitraum beginnt nicht erst mit der umfassenden und zutreffenden Unterrichtung des Arbeitnehmers über den Betriebsübergang und seine Folgen, sondern schon mit der positiven Kenntnis des Arbeitnehmers von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen (*BAG, v. 27.1.2000 – 8 AZR 106/99*). Andernfalls könnte auch bei kleinen Mängeln im Un-

terrichtungsschreiben, von denen der Arbeitnehmer von Anfang an weiß oder später Kenntnis erlangt, keine Verwirkung eintreten.

Hier hatte der Kläger spätestens Ende Mai 2004 Kenntnis von den tatsächlichen Umständen, aus denen sich der Betriebsübergang ergibt. Er war nicht nur von der Beklagten über die Veräußerung des Geschäftsbereichs Telematik an die F. informiert worden, sondern auch von der Erwerberin darüber, dass sie die Anstellungsverträge auf die F. D. GmbH übertragen habe. Nur der Erwerber und Arbeitgeber kann Arbeitsverhältnisse auf eine andere Gesellschaft übertragen. Außerdem erhielt der Kläger sein Gehalt von der Beklagten zu 2) und trägt selbst nicht vor, dass die Beklagte zu 1) in dem Zeitraum bis Oktober 2004 irgendwelche Arbeitgeberfunktionen ausgeübt hätte.

Zur Bestimmung der Dauer des Zeitmoments ist nicht auf eine starre Höchst- oder Regelfrist abzustellen, sondern auf die konkreten Umstände des Einzelfalls (*BAG, v. 27.01.2000 a.a.O.*). Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, dass eine hier vorliegende, lediglich unvollständige Unterrichtung eher zu einer Verwirkung führen kann als eine völlig unterbliebene Unterrichtung (*APS-Stephan, a.a.O.*). Weiter spielt die Erklärung der Beklagten zu 1) in dem Unterrichtungsschreiben eine Rolle, bei weiterem Klärungsbedarf stünden sowohl die Geschäftsführung der Beklagten zu 1) als auch die der F. für Rückfragen zur Verfügung. Fehlende Rückfragen des Klägers konnte die Beklagte zu 1) dahingehend verstehen, dass es keinen weiteren Klärungsbedarf gebe. Schließlich ist in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass es in einem vergleichbaren Fall eine Höchstfrist von sechs Monaten gibt, nämlich die Frist, innerhalb derer ein Antrag auf nachträgliche Klagezulassung gestellt werden kann (§ 5 Abs. 3 S. 2 KSchG; *Worzalla, NZA 2002, 353, 357*). Auch wenn man diese Frist nicht als starre Höchstfrist ansieht, ist hier das Zeitmoment erfüllt. Der Kläger hat erst im Schriftsatz vom 30.01.2005/13.02.2005 dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen, also mindestens acht Monate nach Kenntnis von den maßgeblichen Umständen.

Bei Erklärung des Widerspruchs durch den Kläger durfte die Beklagte zu 1) bereits darauf vertrauen, dass der Kläger sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben werde (Umstandsmoment). Er hatte mindestens sechs Monate lang seine Arbeitsleistung nicht mehr für die Beklagte zu 1) erbracht. Seine Kündigungsschutzklage hat er zwar vorsorglich auch gegen die Beklagte zu 1) erhoben, aber in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, dass er nicht ausreichend über den Betriebsübergang informiert worden sei und dem Betriebsübergang noch widersprechen werde. Vielmehr hat er vorgetragen, er sei ab 15.04.2004 bei der Beklagten zu 2) beschäftigt. Durch den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils gegenüber der Beklagten zu 2) hat er bekräftigt, dass er diese als Arbeitgeberin ansieht. Auch wenn damit aus den vom Arbeitsgericht angeführten Gründen gegenüber der Beklagten zu 1. nicht rechtskräftig feststeht, dass zu ihr kein Arbeitsverhältnis besteht,

verhält sich der Kläger jedenfalls widersprüchlich und damit treuwidrig (§ 242 BGB) wenn er in einem Rechtsstreit zunächst einen Antrag stellt, der die Arbeitgeberstellung der Beklagten zu 2) voraussetzt, und nach Rechtskraft des entsprechenden Versäumnisurteils dann die Beklagte zu 1) als Arbeitgeberin in Anspruch nimmt. Wer durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und verlassen hat, darf den anderen Teil nicht in seinem Vertrauen enttäuschen. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen und das Vertrauen im Rechtverkehr untergraben, wenn es erlaubt wäre, sich nach Belieben mit seinen früheren Erklärungen und seinem früheren Verhalten derart in Widerspruch zu setzen (BAG, v. 04.12.2002 – 5 AZR 556/01 – NZA 03, 341). Schließlich hat der Kläger durch seine unbestrittene Tätigkeit für die Firma E. zum Ausdruck gebracht, dass er bei der Beklagten jedenfalls nicht mehr in seinem bisherigen Bereich weiterbeschäftigt werden möchte.

Auf Grund dieser Umstände konnte die Beklagte zu 1) Ende Januar 2005 nicht nur darauf vertrauen, der Kläger werde dem Betriebsübergang nicht mehr widersprechen, sondern sie hat auch Dispositionen getroffen, auf Grund derer ihr eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger unzumutbar ist. Zum einen hat sie den Telematikbereich unstreitig nach Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts nicht mehr weiter geführt, sondern die Vermögensgegenstände, die hierzu erforderlich waren, veräußert. Zum anderen hat die Beklagte zu 1) erstmals am 20.12.2004 eine vorsorgliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger erklärt, obwohl sie schon davor keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger in seinem bisherigen Bereich hatte. Bei einem früheren Widerspruch des Klägers hätte sie auch früher reagieren können. ...

■ Landesarbeitsgericht München
vom 12. Oktober 2006, 2 Sa 990/05

292. Dienstwagen, Privatnutzung, Ende des Anspruchs bei Auslaufen des Entgeltfortzahlungszeitraumes, Direktionsrecht, Versetzung vom Außen- in den Innendienst

Tatbestand:

Die Parteien streiten zuletzt noch über die Verpflichtungen der Beklagten, den Kläger weiterhin als AT-Angestellten im Außendienst zu beschäftigen, dem Kläger weiterhin einen Dienstwagen der Marke Mercedes C 220 CDI T Avantgarde 110 KW zur Verfügung zu stellen, um den Anspruch des Klägers auf Überlassung einer Tankkarte sowie um Ansprüche des Klägers auf Erstattung von ihm verauslagter Benzinkosten. ... Ausweislich des letzten schriftlichen Anstellungsvertrages ... wurde der Kläger als außertariflicher Angestellter bezeichnet und im Außendienst beschäftigt. § 1 Abs. 4 und § 4 des Arbeitsvertrags ... lauten wie folgt:

„(4) Die Gesellschaft behält sich vor, den Mitarbeiter auch eine andere zumutbare Tätigkeit zu übertragen, sofern dies

betrieblich notwendig ist. Dabei werden die Belange des Mitarbeiters berücksichtigt.

§ 4 Nebenleistungen

(1) ... (2) Die Gesellschaft stellt dem Mitarbeiter für die Dauer des Anstellungsvertrages einen angemessenen Dienstwagen zur Verfügung, der auch zu Privatfahrten benutzt werden kann. Betriebs- und Unterhaltskosten trägt die Gesellschaft. Die Versteuerung des geldwerten Vorteils für die private Nutzung trägt der Mitarbeiter. Es gilt die Dienstwagenregelung in der jeweils aktuellen Version. ... “ ... Nachdem die Beklagte sich entschieden hatte, den Vertriebsbereich Sportmedizin, in dem der Kläger bisher beschäftigt war, wegen Unrentabilität aufzulösen und den dort bisher beschäftigten Mitarbeitern neue Aufgabengebiete zuzuweisen, ... entschloss sich die Beklagte, den Kläger in den Innendienst zu versetzen. Nach Zustimmung des Betriebsrates ... teilte die Beklagte dem Kläger unter dem 31.10.2006 mit, er sei ab dem 01.11.2006 im Innendienst im Bereich Marketing eingesetzt. ... zum Ausgleich für den nach Auffassung der Beklagten während einer Tätigkeit im Innendienst nicht mehr zur Verfügung zu stellenden Firmenwagen sollte der Kläger eine außertarifliche Zulage in Höhe des geldwerten Vorteils ... erhalten. ...

Mit Schreiben vom 08.11.2006 forderte die Beklagte den Kläger zur Herausgabe des ihm überlassenen Leasingfahrzeugs auf. Am 08.12.2006 kündigte die Beklagte den Leasingvertrag für das Fahrzeug des Klägers gegenüber dem Leasinggeber

Auf Grund eines zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits geführten einstweiligen Verfügungsverfahrens umgekehrten Rubrums wurde der hiesige Kläger durch Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 19.02.2007 verurteilt, den Dienstwagen ... herauszugeben. Am 20.02.2007 erfolgte die Fahrzeugrückgabe.

In der Zeit vom 01.10.2006 bis zum 12.11.2006 war der Kläger arbeitsunfähig erkrankt. Nachdem er am 13. November 2006 einen Tag gearbeitet hatte, erkrankte er erneut. Sein Anspruch auf Entgeltfortzahlung endete am 26.12.2006. Auch im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 01.03.2007 war der Kläger ausweislich eines von seinem Prozessbevollmächtigten eingereichten ärztlichen Attests handlungsunfähig erkrankt. ...

Der Kläger vertritt die Auffassung, ... da die Beklagte ihm die zur Verfügung gestellte Tankkarte, mit der er Tankrechnungen für den ihm zur Verfügung gestellten Dienstwagen bezahlen konnte, mit Wirkung vom 27.11.2006 gesperrt habe, müsse sie ihm ... die von ihm am 27.11.2006, 11.12.2006, 22.12.2006, 29.12.2006 und 05.01.2007 beim Tanken verauslagten Beträge ... erstatten. ...

Entscheidungsgründe: ...

I. Der Kläger kann von der Beklagten derzeit nicht beanspruchen, gemäß dem Arbeitsvertrag vom 01.08.2005 als außertariflicher Angestellter im Außendienst beschäftigt zu werden. In diesem Zusammenhang bedurfte es an dieser

Allgemeines Vertragsrecht

Stelle noch keiner Entscheidung, ob die von der Beklagten zum 01.11.2006 initiierte Versetzung des Klägers in den Innendienst rechtlich wirksam ist.

Denn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung war der Kläger bereits seit dem 13.11.2006 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt, und es war ihm durch seinen behandelnden Hausarzt sogar Verhandlungsunfähigkeit für den 01.03.2007 bescheinigt worden. Auf ausdrückliche Nachfrage seitens des Gerichts konnte der Klägerevertreter keine Angaben dazu machen, wann mit der Arbeitsfähigkeit des Klägers zu rechnen ist. Bereits dies führte dazu, dass der vom Kläger mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachte Beschäftigungsanspruch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht als begründet angesehen werden konnte.

... Die gerichtliche Geltendmachung eines Beschäftigungsanspruchs setzt ... voraus, dass der klagende Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage (und nicht nur vorübergehend gehindert) ist, die vertraglich geschuldeten Arbeiten, deren Zuweisung er begehrt, zu verrichten. Denn im letzteren Fall gilt die Einrede des § 275 BGB auch für die dem Arbeitgeber obliegende Beschäftigungspflicht. Eine objektive Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers macht es dem Arbeitgeber grundsätzlich unmöglich, diesem eine Beschäftigung zuzuordnen. So lag es im vorliegenden Fall.

Da der Kläger ausweislich des von ihm eingereichten ärztlichen Attestes im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz sogar derart gravierend erkrankt war, dass ihm die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, die in der Regel nicht länger als eine Dreiviertelstunde andauert und keine besondere körperliche Anstrengung erfordert, unmöglich war, war auch ein möglicher Anspruch des Klägers auf leidensgerechte Beschäftigung gegenüber der Beklagten nicht zu erörtern.

II. Auch ein Anspruch des Klägers auf Zur-Verfügung-Stellung eines Dienstwagens, der auch zu Privatfahrten benutzt werden kann, scheidet wegen der noch für ungewisse Dauer bestehenden derzeitigen Arbeitsunfähigkeit des Klägers.

Ein auf § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag gestützter Anspruch auf Weitergewährung des Besitzes am Firmenfahrzeug während der Krankheitszeiträume, in denen eine Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung nicht mehr besteht, scheidet aus.

Die Überlassung eines Firmenwagens auch zur privaten Nutzung stellt einen geldwerten Vorteil und Sachbezug dar. Sie ist steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts und steht im Synallagma des Arbeitsvertrags (vgl. nur BAG, Urt. v. 11.10.2000, 5 AZR 240/99, unter Hinweis auf BAG, Urt. v. 27.05.1999; 8 AZR 415/98, AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 12 m.w.N.; BAG, Urt. v. 16.11.1995, 8 AZR 240/95). Als Teil der Arbeitsvergütung wiederum ist die Gebrauchsüberlassung nur solange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt schuldet, und sei es – wie im Fall

von Krankheit innerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums – ohne Erhalt einer Gegenleistung.

Die Parteien haben vorliegend keine Vereinbarung getroffen, die eine Abweichung von diesem Grundsatz rechtfertigen würde. Vielmehr verweist § 4 Abs. 2 des Arbeitsvertrags vom 01.08.2005 auf die Dienstwagenregelung in der jeweils aktuellen Version. Sowohl die Dienstwagen-Regelung der Beklagten in der Fassung vom 07.09.2005 (Kopien Bl. 46 ff. d.A.) als auch die Dienstwagen-Regelung der Beklagten vom 01.02.2007 sehen jedoch vor, dass bei ruhenden Arbeitsverhältnissen (z.B. Mutterschutz, Elternzeit) das Fahrzeug mit Eintritt des ruhenden Arbeitsverhältnisses zurückgegeben werden muss. Da unter einem „ruhenden Arbeitsverhältnis“ ein Arbeitsverhältnis zu verstehen ist, dessen beiderseitige Hauptpflichten suspendiert sind, kann der Kläger somit mit Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraumes nicht mehr die Zur-Verfügung-Stellung eines Firmenwagens zur privaten Nutzung beanspruchen, unabhängig davon, ob die Beklagte ihn nun zu Recht oder zu Unrecht in den Innendienst versetzt hat. ...

V. Stattzugeben war der Klage jedoch, soweit der Kläger 41,79 EUR für Kraftstoff beansprucht, mit dem er am 27.11.2006 das ihm von der Beklagten seinerzeit noch zur Verfügung gestellte Dienstfahrzeug betankt hat. ...

Da der Kläger am 27.11.2006 erst seit dem 13.11.2006 auf Grund einer neu eingetretenen Arbeitsunfähigkeitsursache erkrankt war, so dass am 27.11.2006 der Entgeltfortzahlungszeitraum noch nicht abgelaufen war, war die Beklagte weiterhin zur Übernahme der Betriebskosten des Fahrzeugs und damit auch zur Erstattung der Kosten für die Betankung des Fahrzeugs am 27.11.2006 verpflichtet.

Diesem Anspruch des Klägers steht nicht entgegen, dass die Beklagte ihn mit Wirkung vom 01.11.2006 in den Innendienst versetzt hat. Unabhängig davon, ob der schriftliche Arbeitsvertrag in Verbindung der gültigen Dienstwagenregelung dahingehend auszulegen ist, dass dem Kläger auch bei wirksamer Versetzung in den Innendienst weiterhin der Anspruch auf Zur-Verfügung-Stellung eines Dienstfahrzeuges auch zur privaten Nutzung in der bisherigen Fahrzeugklasse zur Seite steht, konnte der Kläger Ende November 2006 noch die Zur-Verfügung-Stellung eines Fahrzeugs und damit auch die Übernahme von dessen Betriebskosten beanspruchen, weil sich die ohne Ausspruch einer Änderungskündigung vorgenommene Versetzung des Klägers vom Außen- in den Innendienst als nicht mit § 106 GewO vereinbar darstellt.

Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder andere Vorschriften festgelegt sind. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind (siehe zuletzt BAG, Urt. v. 11.04.2006, 9 AZR 557/05).

Unabhängig davon, ob die im Arbeitsvertrag der Parteien enthaltene Versetzungsklausel der AGB-Kontrolle entspricht (siehe hierzu BAG, a.a.O, sowie BAG, Urt. v. 09.05.2006, 9 AZR 424/05) deckt nach Auffassung der erkennenden Kammer die im Arbeitsvertrag enthaltene Versetzungsklausel allein die Zuweisung einer Vertriebstätigkeit, die sich auf eine andere Produktgruppe im Außendienst bezieht, wie sie dem Kläger in der Vergangenheit auch mehrfach zuteil wurde, nicht jedoch die Versetzung vom Außendienst in den Innendienst. Denn die weitgehend selbstbestimmte und sehr vom individuellen Arbeitseinsatz des Mitarbeiters abhängige Tätigkeit im Außendienst ist inhaltlich von der weitgehend fremdbestimmten, mit einer festen Vergütung ausgestatteten Tätigkeit im Innendienst soweit verschieden, dass sie von der arbeitsvertraglichen Versetzungsklausel nicht mehr gedeckt ist. Es hätte somit des Ausspruchs einer Änderungskündigung – unter Berücksichtigung des dem Kläger eingeräumten betriebsverfassungsrechtlichen Sonderkündigungsschutzes – bedurft, um den Inhalt des Arbeitsvertrags so zu ändern, wie von der Beklagten beabsichtigt.

VI. Abzuweisen war die Klage jedoch, soweit der Kläger Erstattung für von ihm aufgewandte Benzinkosten für die Tankbelege vom 11.12.2006, 22.12.2006, 29.12.2006 und 05.01.2007 beansprucht. Denn auf Grund der Kündigung des Leasingvertrages für das Fahrzeug des Klägers am 08.12.2006 konnte die Beklagte nach § 8 der Dienstwagen-Regelung in der Fassung vom 07.09.2005 das Fahrzeug vom Kläger herausverlangen. Nach diesem Zeitpunkt war der Kläger objektiv nicht mehr berechtigt, das Fahrzeug zu nutzen. Ein Anspruch auf Erstattung der von ihm in diesem Zeitraum aufgewandten Betriebsmittelkosten besteht somit nicht mehr.

Jedenfalls aber besitzt die Beklagte wegen der Verzögerung der Herausgabe des Fahrzeugs Schadensersatzansprüche gegenüber dem Kläger, die insoweit ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB) der Beklagten begründen.

Für die Zeit nach dem 26.12.2006 gilt darüber hinaus, dass der Kläger auf Grund des Ablaufs des Entgeltfortzahlungszeitraums nach den obigen Ausführungen, auf die verwiesen wird, keinen Anspruch auf den Dienstwagen mehr besaß, so dass auch insoweit kein Anspruch auf Erstattung der Betriebsmittelkosten für ihn abzuleiten war,

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 1. März 2007, 18 Ca 20244/06/18 Ca 21345/06

Anmerkung:

Vorausgegangen war die Entscheidung Nr. 292.

Vgl. ergänzend und gegensätzlich zur Privatnutzung nach dem Entgeltfortzahlungszeitraum, *Fischer*, FFA 2003, 105, 107 und *Meier*, NZA 1997, 298-300. (me)

293. Dienstwagen, Herausgabeanspruch des Arbeitgebers

Entscheidungsgründe: ...

1. Ob das Herausgabeverlangen der Verfügungsklägerin

dennoch allein deshalb schon gerechtfertigt ist, weil ihre Entgeltfortzahlungspflicht gegenüber dem Verfügungsbeklagten derzeit beendet ist, bedarf in diesem einstweiligen Verfügungsverfahren keiner abschließenden Entscheidung.

2. Allerdings hat der Verfügungsbeklagte das Fahrzeug herauszugeben, weil die Verfügungsklägerin den Leasingvertrag gekündigt hat. ...

Denn nach § 8 der Dienstwagenregelung führt die vorzeitige Beendigung des Leasing-Vertrages zur vorzeitigen Beendigung des Nutzervertrages. Gerade aus § 8 Ziffer 1 Satz 2 der Dienstwagen-Regelung, wonach die Verfügungsklägerin in einem solchen Fall „alle finanziellen Konsequenzen“ gegenüber dem Leasinggeber trägt, ergibt sich, dass die Kündigung des Leasing-Vertrages allein ausreichend für eine Beendigung des Nutzervertrages ist. Auf eine rechtliche Beständigkeit dieser Beendigung kommt es nicht an.

Bei dieser Regelung handelt es sich auch nicht um eine unangemessene Benachteiligung des Verfügungsbeklagten. Denn der Anspruch auf (erneute) Fahrzeugüberlassung ist von dieser Regelung unberührt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 19. Februar 2007, 10 Sa 2171/06
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel.: 030/254591-0, Fax: 254591-66, w.hesse@advocati.de, www.advocati.de

294. Direktionsrecht, Arbeitszeit, Konkretisierung der Arbeitsbedingungen, Feststellungsklage

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Die Feststellungsklage ist gemäß § 256 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG zulässig. Auch der Streit um einzelne rechtliche Pflichten aus einer bestehenden Rechtsbeziehung ist ein Streit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO und kann deshalb Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Das Feststellungsinteresse folgt aus der eingetretenen Ungewissheit über den Gegenstand der Arbeitspflicht, nämlich der Pflicht, die Arbeitsleistung auch an Samstagen, Sonn- und Feiertagen zu erbringen. Die vorliegende Feststellungsklage ist geeignet, den Streit der Parteien hierüber beizulegen.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet, da nicht festgestellt werden kann, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, ihre Arbeitsleistung auch an Samstagen, Sonn- und Feiertagen zu erbringen. Die Festlegung der Lage der Arbeitszeit unterliegt dem Direktionsrecht der Beklagten und umfasst auch einen möglichen Einsatz der Klägerin an Samstagen, Sonn- und Feiertagen.

Gemäß § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.

Allgemeines Vertragsrecht

Die Zeit der Arbeitsleistung der Klägerin ist nicht auf die Wochentage montags bis freitags festgelegt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Eine etwaige mündliche Vereinbarung der Parteien dahin, dass die Klägerin ausschließlich montags bis freitags eingesetzt wird, hat die Klägerin nicht dargelegt. Die Lage der Arbeitszeit der Klägerin ist auch weder tarifvertraglich noch gesetzlich festgelegt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist auch eine Konkretisierung des Arbeitsvertrags auf einen einseitig nicht veränderbaren Vertragsinhalt nicht eingetreten. Eine solche Konkretisierung tritt nicht allein dadurch ein, dass der Arbeitnehmer längere Zeit in derselben Weise eingesetzt wird. Vielmehr müssen zum reinen Zeitablauf besondere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer nur noch verpflichtet sein soll, seine Arbeit ohne Änderung so wie bisher zu erbringen (BAG, Urteil vom 11.06.1958 – 4 AZR 514/55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG, Urteil vom 27.04.1988 – 4 AZR 691/87, AP Nr. 4 zu § 10 TV Arbeiter Bundespost). Vorliegend mag zwar das sog. Zeitmoment erfüllt sein, da die Klägerin bisher in ihrer mehr als 20-jährigen Tätigkeit für die Beklagte nicht zur Arbeit an Samstagen, Sonn- und Feiertagen herangezogen worden ist. Es fehlt jedoch an dem sog. Umstandsmoment. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass neben den langen Zeitraum, in dem sie nicht zur Arbeit an Samstagen, Sonn- und Feiertagen herangezogen wurde, weitere Umstände hinzugetreten sind, aus denen sie schließen konnte, dass die Beklagte sie auch künftig ausschließlich montags bis freitags beschäftigen werde.

Da das Direktionsrecht der Beklagten damit auch nicht durch eine Konkretisierung auf bestimmte Arbeitszeiten eingeschränkt ist, kann die Beklagte der Klägerin gemäß § 106 S. 1 GewO – in den Grenzen des billigen Ermessens – Arbeit auch an Samstagen, Sonn- und Feiertagen zuweisen.

■ Arbeitsgericht Köln

vom 15. Mai 2007, 14 (13) Ca 9167/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Jürgen Höser, Kölner Straße 2, 50226 Frechen, Tel.: 02234/1820-0, Fax: 182010 pohl@hdup.de; www.hdup.de

295. Gleichbehandlung, Gehaltserhöhung, Standardarbeitsvertrag, Vergütungssystem

1. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gilt grundsätzlich auch im Bereich der Vergütung. Er greift immer dann ein, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewährt.

2. Bietet ein Arbeitgeber sämtlichen Arbeitnehmern einen neuen sogenannten Standardarbeitsvertrag (mit teilweise geänderten Vertragsbedingungen) an, kann ein Arbeitnehmer, der dieses Angebot abgelehnt hat, unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht die Gewährung einzelner, für ihn vorteilhafter Bestimmungen des Vertrags verlangen. Eine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern, die den neuen

Arbeitsvertrag vereinbart und solchen, die am bisherigen Arbeitsvertrag festgehalten haben, ist sachgerecht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 13. September 2006, 3 Sa 475/06, Rev. zugl.

296. Schwerbehinderter, Anspruch auf bevorzugte Behandlung, Entschädigungsanspruch wegen Benachteiligung

Entscheidungsgründe:

1. Alle drei Kandidaten hatten bei der Gesamtbeurteilung einen Durchschnitt von mindestens 90 Punkten erreicht, der Punktbeste, der Mitarbeiter A, 114 Punkte.

Die Beklagte war auch berechtigt, den Punktbesten zur Beförderung vorzuschlagen. Hieran ändern auch die zwingenden Schutzvorschriften des § 81 SGB IX nichts. Selbst wenn gegen das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 SGB IX verstoßen worden sein sollte, führt das nicht zu einem Anspruch auf Aufstieg nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX. Dieser ist vielmehr ausgeschlossen (vgl. *Neumann*, in: *Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen*, SGB IX, 11. Aufl., Rn 16 u. 20). Ferner ist anerkannt, dass der schwerbehinderte Mensch nicht gegenüber anderen nicht behinderten Arbeitnehmern zu bevorzugen ist, wenn die Leistungen, Kenntnisse oder Erfahrungen der anderen Mitarbeiter besser bzw. größer sind. Das Leistungsprinzip bleibt dem Grunde nach bestehen. Nur bei etwa gleichen Voraussetzungen nach Kenntnissen und Leistung ist der schwerbehinderte Mensch zunächst zu fördern (vgl. *Neumann*, a.a.O. Rn 27). Selbst wenn man die Ansicht vertreten würde, die zwingenden Bestimmungen des § 81 SGB IX überlagerten in gewisser Weise die Bestimmungen der Betriebsvereinbarung über Beurteilungen und Beförderungen, so wird der Beurteilungsspielraum bei Auswahl des zu befördernden Mitarbeiters gemäß der Betriebsvereinbarung im Rahmen der Vorauswahl durch das Gremium, der anschließenden Beurteilung und der zu treffenden Auswahl nach Vorliegen der Beurteilungen doch nicht dahingehend eingeschränkt, dass es sich dahin reduziert, unbedingt dem schwerbehinderten Mitarbeiter; sobald dieser die erforderliche Zahl von durchschnittlich 90 Punkten bei der Gesamtbeurteilung erreicht, zu befördern. Vielmehr war die Beklagte berechtigt, nach Vorliegen aller Beurteilungen den punktbesten Mitarbeiter auszuwählen. ...

2. Der dem Kläger zuerkannte Zahlungsanspruch ist jedoch begründet als Entschädigungsanspruch gem. § 81 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 5 SGB IX.

Nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 SGB IX darf ein schwerbehinderter Beschäftigter bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung nicht wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Das Benachteiligungsverbot gilt also auch bei Beförderungen, d.h. beim beruflichen Aufstieg. Gem. § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass

nicht auf die Behinderung bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen, wenn im Streitfall der schwerbehinderte Beschäftigte Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen. Verstößt der Arbeitgeber gegen eine Informationspflicht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX, so wird eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung vermutet (vgl. LAG Hessen, Urteil vom 07.11.2005, 7 Sa 473105). Dasselbe gilt auch, wenn die Schwerbehindertenvertretung nicht nach § 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX beteiligt wurde. Nach der genannten Bestimmung hat der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und vor einer Entscheidung anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen.

Der Kläger hat nach Ansicht der Kammer genügend Tatsachen im Hinblick auf Informations- und Erörterungsrechte nach §§ 95 Abs. 2 Satz 1, 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX glaubhaft gemacht, die eine Benachteiligung wegen der Behinderung vermuten lassen. ...

Bereits relativ kurze Zeit nach seiner Bewerbung hat der Kläger ... Schadensersatzansprüche geltend gemacht und eine Diskriminierung seiner Person als einem schwerbehinderten Menschen Gleichgestellter gerügt. Insofern konnte die Beklagte bereits erkennen, dass die Geltendmachung von Ansprüchen durch einen Gleichgestellten, hier den Kläger, auf sie zukam. Wenn sie gerade für diesen Fall, um sicher zu gehen, dass das Verfahren ordnungsgemäß abgelaufen war, und um dies nachweisen zu können, die Beurteilungen der schwerbehinderten Mitarbeiter vorgenommen hat, so hätte sie dies der Beförderungskommission auf seine Nachfrage hin nicht verschweigen dürfen, sondern sämtliche vorgenommenen Beurteilungen – einschließlich derjenigen des Klägers – offen legen müssen. ...

Die Beweisaufnahme hat ferner ergeben, dass der Kläger wiederholt den Zeugen X aufgefordert hatte, mit ihm die Beurteilung zu erörtern. Insofern hat der Kläger sein Recht nach § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX geltend gemacht. Diese Vorschrift ist nach Ansicht der Kammer nicht nur bei Bewerbungen im Rahmen von Neueinstellungen, sondern auch bei Beförderungen heranzuziehen, bei denen es um eine ähnliche für den betroffenen schwerbehinderten Beschäftigten weittragende Entscheidung geht. Das Auswahlverfahren soll sowohl bei der Bewerbung auf eine ganz neue Stelle im Rahmen einer Einstellung als auch bei der Beförderung für den schwerbehinderten Mitarbeiter transparent gemacht werden. Der Zeuge X hat ausgesagt, der Zeuge X habe die Erörterung der Beurteilung mit dem Kläger abgelehnt. Eine direkte Begründung dafür habe er nicht gegeben, sondern nur betont, alles sei korrekt durchgeführt worden, damit wäre alles erledigt. Insofern wurde keine genügende Begründung für die Nichtberücksichtigung des Klägers gegeben. ...

Wenn der Kläger unter Berufung auf die Entscheidung des

LAG Hessen vom 07.11.2005 meint, der Beklagten sei es im vorliegenden Rechtsstreit verwehrt, sich auf die nicht dem Kläger mitgeteilten Ablehnungsgründe zu berufen, d.h. auf die durchgeführten Beurteilungen nach dem Leistungsprinzip, so teilt die Kammer diese Auffassung nicht. Diese Folgerung steht im Widerspruch zu § 81 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 und Nr. 3 SGB IX, wonach ausdrücklich vorgesehen ist, dass der Arbeitgeber die Vermutung, die Benachteiligung sei wegen der Schwerbehinderteneigenschaft erfolgt, widerlegen kann. Wenn aber ein Verstoß gegen § 81 Abs. 1 Satz 9 SGB IX einen Unterfall einer solchen Benachteiligung darstellt, muss auch hier dem Arbeitgeber die Möglichkeit erhalten bleiben, darzulegen und zu beweisen, dass die Benachteiligung tatsächlich aus sachlichen Gründen erfolgt ist, die nichts mit der Behinderung zu tun haben. Anderenfalls würde auch die Entschädigungsregelung in den genannten Fällen völlig leer laufen, was das Gesetz aber nicht vorsieht. ...

Der Kläger wurde aus sachlichen Gründen für die konkrete Beförderung auf die zum ... rückwirkend zu besetzende ... nicht berücksichtigt, weil der Kollege ... 18 Punkte im Durchschnitt der Gesamtbeurteilung mehr erreicht hatte als der Kläger. Damit hatte die Beklagte einen ausreichenden sachlichen Grund, sich für den Kollegen ... zu entscheiden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass im Rahmen der Einzelbeurteilungen der Beurteilungsspielraum zum Nachteil des Klägers überschritten worden wäre. Jede Beurteilung durch jedes einzelne Mitglied des Beurteilungsgremiums kann nicht allein auf ihren rein objektiven Gehalt reduziert werden. Vielmehr ist es dienstlichen Beurteilungen immanent, dass diese auch von subjektiven Erwägungen und Eindrücken getragen werden. Der Beurteilende hat einen relativ weiten Beurteilungsspielraum, der im Rahmen der Vorgaben der Betriebsvereinbarung vom ... auszuüben ist. Dem Gericht ist es verwehrt, seine eigenen Erwägungen an die Stelle der Beurteilungskommission zu setzen. Insofern war auch kein Sachverständiger hinzuzuziehen, der etwa theoretisch eine bessere oder gleiche Eignung des Klägers hätte feststellen sollen. Nach alledem wäre der Kläger im Sinne des § 81 Abs. 2 Ziffer 3 Satz 1 i.V.m. Ziffer 5 SGB IX auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht befördert worden. Aus diesem Grunde stand ihm nur ein Entschädigungsanspruch zu, der sich auf 3 Monatsdifferenzbeträge zwischen der bisherigen Vergütung und der .. als Ersatz für den immateriellen Schaden beläuft. Eine Monatsdifferenz betrug zu Beginn 167,13 € brutto. ...

■ Arbeitsgericht Oldenburg

vom 14. Februar 2007, 2 Ca 140/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielski-
straße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/215 55 63-33,

Fax: 215 55 63-43

www.neef-schrader.de

Allgemeines Vertragsrecht

297. Stock options bezogen auf ausländische Muttergesellschaft, Verschaffungspflicht des Arbeitgebers, Auskunftspflicht hinsichtlich Gleichbehandlung

Tatbestand: ...

II. ... 1) ... a) Die Beklagte ist auf der Grundlage der zwischen ihr und dem Kläger zustande gekommenen vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet, dem Kläger die streitigen Stock Options für das Jahr 2003 zu verschaffen. Insbesondere ist die Beklagte passivlegitimiert.

(1) Ungeachtet der Frage, ob und in welcher Konstellation Mitarbeitern von Tochtergesellschaften in einem Konzernverbund Ansprüche aus einem Aktienoptionsplan der Konzernmutter unmittelbar von dieser und damit außerhalb der vertraglich geschuldeten Vergütung gewährt werden, nämlich auf Grund Vereinbarung mit einem anderen konzernverbundenen Unternehmen oder der Muttergesellschaft, sind Fallkonstellationen denkbar, in denen Aktienoptionen arbeitsvertraglich als Teil der geschuldeten Vergütung zugesagt werden. Auch wenn im ersteren Fall Ansprüche grundsätzlich nur gegenüber dem vertragsschließenden Konzernunternehmen geltend gemacht werden können und nicht Bestandteil des Arbeitsverhältnisses mit einer Tochtergesellschaft sind und auch wenn für eine Vertragsgestaltung der zweiten Fallkonstellation eine rechtliche Verpflichtung oder eine tatsächliche Vermutung nicht besteht, steht außer Streit, dass der Vertragsarbeitgeber selbst Adressat arbeitsrechtlicher Ansprüche im Zusammenhang mit einem von der Konzernmutter aufgelegten Aktienoptionsplan sein kann (vgl. ausdrücklich BAG, 12.02.2003 – 10 AZR 299/02 – AP Nr. 243 zu § 613a BGB unter II 2c, II 2d bb; vgl. auch Hess. LAG, v. 19.11.2001 – 16 Sa 971/01 – DB 2002, 794; LAG Düsseldorf, v. 03.03.1998 – 3 Sa 1452/97 – NZA 1999, 981).

(2) Eine Einstandspflicht des Vertragsarbeitgebers für von der Konzernobergesellschaft gewährte Aktienoptionen gegenüber dem Arbeitnehmer kommt nur in Betracht, sofern im Arbeitsverhältnis eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers herbeigeführt worden ist. Maßgeblich sind stets die konkreten vertraglichen Vereinbarungen.

Die zwischen dem Kläger und der Beklagten geschlossenen Verträge verpflichten die Beklagte eigenständig, dem Kläger die in Streit stehenden Aktienoptionen zu verschaffen. Dies ergibt die Auslegung der einschlägigen vertraglichen Regelungen.

(a) Gem. § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (BAG, v. 03.05.2006 – 10 AZR 310/05 – DB 2006, 1499 mit weit. Hinw. auf die Rspr.).

Maßgeblich sind nach allem Wortlaut, wirtschaftlicher Zweck, die beiderseitige Interessenlage sowie sonstige Einzelfallumstände. Notwendig ist im Hinblick auf Aktienoptionen, dass die Tochtergesellschaft als Arbeitgeberin eine Willenserklärung abgegeben hat, die nach allgemeinen Auslegungsregeln als Zusage der Arbeitgeberin anzusehen ist, Aktienoptionen der Konzernmutter an den Arbeitnehmer als Vergütungsbestandteil zu leisten oder sie zumindest zu verschaffen (vgl. zu allem auch *Annuß/Lembke*, Aktienoptionspläne der Konzernmutter und arbeitsrechtliche Bindungen, BB 2003, 2230; *Lingemann/Diller/Mengel*, Aktienoptionen im internationalen Konzern – ein arbeitsrechtsfreier Raum?, NZA 2000, 1191).

(b) In Berücksichtigung der vorstehenden Rechtsgrundsätze ergibt die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen, dass die Beklagte sich eigenständig verpflichtet hat, dem Kläger Aktienoptionen der Konzernmutter EADS N.V. zu verschaffen.

Dass die Konzernmutter sich selbst gegenüber dem Kläger verpflichtet hätte, ist nach den vorliegenden Unterlagen zu den Aktienoptionsplänen und auch dem diesbezüglichen Parteivorbringen von vornherein nicht ersichtlich. Gegenteilig regelt Art. 13 (i) des Stock Option Plans 2003 der EADS N.V. ausdrücklich, dass die Grundsätze und Regelungen oder die Bezugsrechtsvereinbarung weder Teil des Arbeitsvertrags sind noch irgendwelche Rechte hinsichtlich der EADS N.V. oder einer Konzernobergesellschaft verleihen. Die vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten stehen insoweit selbstständig neben dem Stock Option Plan.

Aus dem Vertragswerk der Parteien ist bei Berücksichtigung aller maßgeblichen Auslegungskriterien zu entnehmen, dass die Beklagte sich selbst und unabhängig von der Konzernmutter EADS N.V. verpflichtet hat und verpflichten wollte, dem Kläger Aktienoptionen zu verschaffen. Dieses hat sie in den nachfolgend zu diskutierenden Arbeitsvertragsregelungen selbst und nicht durch gesondertes konstitutives Schuldversprechen bzw. einen entsprechenden Schuldbeitritt getan, sodass es auf die Frage, ob hierbei ein „auf die Begründung einer vom Grundgeschäft losgelösten Verpflichtung“ gerichteter Parteiwille feststellbar ist, vorliegend nicht ankommt (anders in der Entscheidung LAG Düsseldorf, v. 03.03.1998 – 3 Sa 1452/97 – NZA 1999, 981). Entgegen der Auffassung der Beklagten gibt es für einen unabhängigen Leistungswillen zur Verschaffung für von der Muttergesellschaft gewährte Aktienoptionen im streitgegenständlichen Vertragswerk selbst eindeutige Anhaltspunkte. Demgemäß bedurfte es einer von den vertraglichen Vereinbarungen losgelösten Verpflichtung nicht.

Eine eigenständige Einstandspflicht für die Verschaffung von von der Muttergesellschaft gewährten Aktienoptionen folgt sowohl gesondert aus der Ergänzungsvereinbarung vom 05./12. Februar 2001 als auch im Zusammenhang mit den nachfolgenden Verträgen aus diesen selbst. Die Beklagte ist in der Ergänzungsvereinbarung vom 05./12. Februar 2001 eine selbstständige Verpflichtung gegenüber dem Kläger

zur Verschaffung der streitgegenständlichen Stock Options eingegangen.

„4. Status

Herr R. bleibt unabhängig von einer Stellenbewertung o.ä. der Status eines Mitgliedes des Oberen Führungskreises (OFK) erhalten. Bei Neuordnung/Veränderung der Bezeichnungen bzw. Zuordnungen wird er dem Hierarchiekreis zugeordnet, zu dem der heute „oberste“ Obere Führungskreis (C+) zugeordnet werden wird. Die mit der Zuordnung zu diesem Führungskreis verbundenen Sonderleistungen werden auch Herrn R. gewährt (Stock options, Dienstfahrzeug, Ruhekapi- tal zur Wahl, Reiseregulungen, Unfallversicherung, reservierter Parkplatz, freie Gestaltung der Arbeitszeit, etc.). Sofern die Leistungen innerhalb dieser Gruppe individuell unterschiedlich sind, erhält Herr R. mindestens die durchschnittliche Leistung aller Begünstigten. ...“

... Diese Verpflichtung wurde durch den ATZ-Vertrag vom 10. Oktober 2002 sowie durch den weiteren Änderungsvertrag vom 28. April 2003 nicht aufgehoben, sondern bestätigt. Insbesondere führt die Regelung in Nummer 1. der Vereinbarung vom 28. April 2003 nicht dazu, dass die Verpflichtung zur Verschaffung von Aktienoptionen aufgehoben worden wäre. Gerade gegenteilig bekräftigt Nummer 2. b. dieser Vereinbarung die Einstandspflicht für Stock Options.

„1. Die Ergänzungsvereinbarung vom 12.02.2001 wird zum 1. November 2003 aufgehoben.

2. Ab dem 1. November gelten die Bestimmungen des Altersteilzeitvertrags vom 10.10.2002 mit der Sonderregelung, dass

a) ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf den variablen Anteil der Vergütung entfällt;

b) Stock Options letztmalig in 2004 gewährt werden. ...“

(aa) Es steht außer Streit, dass der Anstellungsvertrag vom 22. Januar 1996 keine Regelung hinsichtlich der Gewährung von Aktienoptionen enthält.

(bb) Mit Ergänzungsvertrag vom 05./12. Februar 2001 zum Anstellungsvertrag vom 22. Januar 1996 hat die Beklagte dem Kläger hingegen verbindlich zugesagt, ihm Aktienoptionen der EADS N.V. eigenständig zu verschaffen. Ausweislich des Einleitungssatzes wurden in Ergänzung des Arbeitsvertrags vom 22. Januar 1996 diverse von den Parteien ersichtlich als wichtig erachtete „Eckpunkte“ vereinbart, die insbesondere mit der Nummer 4. mit der Überschrift „Status“, einen selbstständigen Leistungswillen zum Entstehen für Aktienoptionen der Muttergesellschaft mit hinreichender Deutlichkeit aufzeigen.

Nach Nummer 4. der Ergänzungsvereinbarung sollte dem Kläger unabhängig von einer Stellenbewertung o.ä. der Status eines Mitgliedes des Oberen Führungskreises (OFK) erhalten bleiben und er sollte bei Neuordnung/Veränderung der Bezeichnungen bzw. Zuordnungen dem Hierarchiekreis zugeordnet werden, zu dem der damalige „oberste“ Obere Führungskreis (C+) zugeordnet werden würde. Wörtlich heißt es sodann: „Die mit der Zuordnung zu diesem Führungskreis ver-

bundenen Sonderleistungen werden auch Herrn R. gewährt (Stock options, Dienstfahrzeug, Ruhekapi- tal zur Wahl, Reiseregulungen, Unfallversicherung, reservierter Parkplatz, freie Gestaltung der Arbeitszeit, etc.). Sofern die Leistungen innerhalb dieser Gruppe individuell unterschiedlich sind, erhält Herr R. mindestens die durchschnittliche Leistung aller Begünstigten. ...“

Bereits der Wortlaut dieses Passus weist aus, dass die Beklagte eigenständig eine Verschaffungspflicht eingegangen ist. Die in der Klammer genannten Sonderleistungen werden dem Kläger „gewährt“ und nicht lediglich unverbindlich in Aussicht gestellt. Mit dem Wort „gewährt“ wird nicht nur auf ein mögliches Vorschlagsrecht der Beklagten im Rahmen der Vergabe der Stock Options durch die Muttergesellschaft verwiesen. Ersichtlich sollen von der Beklagten hinsichtlich der Stock Options Verpflichtungen übernommen werden, die sie – was ihr bekannt sein musste – vorher nicht trafen. Bei den mit der Zuordnung zum OFK neben den Stock Options aufgeführten Sonderleistungen handelt es sich sämtlich um solche, die zweifellos von der Beklagten selbst und nicht von der Muttergesellschaft zu übernehmen sind und auch nur allein von ihr erfüllt werden können. So ist Adressat von Sonderleistungen wie Dienstfahrzeug, Reiseregulungen, reservierter Parkplatz oder freie Gestaltung der Arbeitszeit allein die Beklagte. Für die EADS N.V. wären derartige Leistungen von vornherein nicht einlösbar. Werden in eine solche Aufzählung die Stock Options aufgenommen, kann aus Empfängersicht daraus nur zu folgern sein, dass die Beklagte auch für diese rechtsverbindlich einstehen will.

Für das Auslegungsergebnis des Klägers ist auch die Regelung, nach welcher er mindestens die durchschnittliche Leistung aller Begünstigten erhalten sollte, sofern die Leistungen innerhalb der Gruppe des OFK individuell unterschiedlich sind, für eine eigenständig eingegangene Pflicht zur Verschaffung von Aktienoptionen heranzuziehen. Wenn bestimmte Durchschnittswerte als Mindestleistungsinhalt geregelt sind, spricht dieses zugleich für den Willen, auch dem Kläger diese Sonderleistungen wie u.a. Stock Options in dem Umfang zu verschaffen, wie er im Durchschnitt den anderen Mitgliedern des OFK gewährt wird. Damit sind nicht allein bestehende Ansprüche rein deklaratorisch aufgezählt, sondern mit dem Satz: „Sofern die Leistungen innerhalb dieser Gruppe individuell unterschiedlich sind, erhält Herr R. mindestens die durchschnittliche Leistung aller Begünstigten“ hat sich die Beklagte ersichtlich zur Gewährung von im Einzelnen bezeichneten Sonderleistungen verpflichten wollen und überdies sogar deren Anpassung an veränderte Umstände zugesagt. Mit der Zusage der durchschnittlichen Leistung aller Begünstigten wird dem Grunde und der Höhe nach ein konkreter Anspruch auf Stock Options erkennbar eigenständig begründet, der unabhängig von der individuellen Leistung des Klägers und unabhängig von einer Vergabe durch die Muttergesellschaft bestehen soll.

Entgegen der Auffassung der Beklagten belegen damit bereits

Allgemeines Vertragsrecht

Wortlaut und Wortsinn der Nummer 4. der Ergänzungsvereinbarung eine eigenständige gegen die Beklagte gerichtete Anspruchsgrundlage auf Verschaffung von Stockoptionen. ...

b) Die vertragliche Pflicht der Beklagten, dem Kläger Stock Options für das Jahr 2003 zu verschaffen, ist nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Weder war sie ursprünglich unmöglich noch ist sie durch Zeitablauf unmöglich geworden. Der Beklagten ist es möglich, auch wenn sie selbst Aktienoptionen nicht von der Muttergesellschaft erwerben könnte, die Aktien jedenfalls noch derzeit an der Börse zu beschaffen und dem Kläger alsdann die Bezugsrechte einzuräumen. Auch wenn die Beklagte als Tochtergesellschaft nach dem Aktienoptionsplan der E.N.V. nicht zu den Aktienbezugsberechtigten gehörte, wäre ihr der Erwerb an der Börse eröffnet.

Dem Kläger wäre die Verwendung von Bezugsrechten aus der 5. Tranche per 10. Oktober 2003 auch möglich. Der Kläger kann die durch den Aktienoptionsplan eröffneten Aktienbezugsrechte, nämlich Aktien später, nach der Sperrfrist von zwei Jahren und vier Wochen nach dem Gewährungsdatum, zu einem vorher festgelegten Preis zu erwerben, derzeit nutzen. Da alle nicht ausgeübten Bezugsrechte nach dem Aktienoptionsplan der E. N.V. grundsätzlich erst zehn Jahre nach dem Gewährungsdatum verfallen und die Ausübung der Bezugsrechte für den Fall der vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bis zum letzten Geltungstag des Beschäftigungsverhältnisses (hier der 31. Oktober 2008) beschränkt ist, ist das Ausübungsrecht nicht beendet. Die Zusatzregelung in § 12 ATZ-Vertrag, nach welcher erworbene Wandlungsrechte fünf Jahre nach Ende der Freistellungsphase (31. Oktober 2008) auslaufen, soweit die Pläne nichts Abweichendes vorsehen, wirkt sich auf die vorliegende Frage einer etwaigen Unmöglichkeit nicht aus. ...

2. Der Klagantrag zu 2. ist zulässig und begründet. Die Beklagte ist zur Erteilung der verlangten Auskünfte verpflichtet. Der Kläger ist nach § 242 BGB berechtigt, von der Beklagten Auskunft zu verlangen, in welchem Umfang ihren Mitarbeitern des OFK im Jahre 2003 und 2004 Stock Options gewährt wurden. ...

a) Nach § 254 ZPO kann mit der Klage auf Rechnungslegung eine Zahlungsklage verbunden werden, wobei der Begriff der Rechnungslegung in § 254 ZPO nicht auf die im bürgerlichen Recht ausdrücklich geregelten Rechenschaftspflichten beschränkt ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts besteht außerhalb der gesetzlich oder vertraglich besonders geregelten Rechnungslegung ein Auskunftsrecht dann, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen tatsächlichen Angaben unschwer machen kann (BAG in st. Rspr.: 22.04.1967 – 3 AZR 347/66 – AP Nr. 12 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; 21.11.2000 – 9 AZR 665/99 – AP Nr. 35 zu § 242 BGB Auskunftspflicht). Der besondere Rechtsgrund für die Anerkennung einer Auskunftspflicht besteht darin, dass mit der Auskunftsklage der Bestand eines

Leistungsanspruchs geklärt werden soll, sofern der Berechtigte die Wahrscheinlichkeit seines Anspruchs dem Grunde nach dargelegt hat (BGH, v. 27.07.2000 – III ZR 279/99 – NZM 2000, 1069).

Da das Informationsbedürfnis allein für die Anerkennung einer Auskunftspflicht nicht ausreicht, bedarf es noch eines besonderen Rechtsgrundes. Außerhalb von Vertragsverhältnissen fordert die Rechtsprechung einen dem Grunde nach bereits feststehenden Leistungsanspruch (BGH, v. 18.01.1978 – VIII ZR 262/76 – NJW 1978, 1002; v. 07.12.1988 – IV a ZR 290/87 – FamRZ 1989, 377). Besteht zwischen den Parteien eine Sonderverbindung, insbesondere ein Vertragsverhältnis, reicht es aus, dass mit der Auskunftsklage auch der Bestand eines Leistungsanspruchs geklärt werden soll, sofern der Berechtigte die Wahrscheinlichkeit seines Anspruchs dargelegt hat (BAG, v. 21.10.1970 – 3 AZR 479/69 – AP Nr. 13 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; v. 12.05.1972 – 3 AZR 401/71 – AP Nr. 6 zu § 60 HGB; v. 27.09.1988 – 3 AZR 59/87 – AP Nr. 35 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; v. 21.11.2000 – 9 AZR 665/99 – AP Nr. 35 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; BGH, v. 07.12.1988 – IVa ZR 290/87 – FamRZ 1989, 377).

Ein Auskunftsanspruch ist allerdings gegenstandslos, wenn feststeht, dass der Gläubiger aufgrund der Auskunft keinesfalls etwas fordern könnte. Denn der Auskunftsanspruch ist im Verhältnis zum Hauptanspruch nur ein Hilfsanspruch, weil er dessen Durchsetzung ermöglichen soll (BAG, v. 05.09.1995 – 9 AZR 660/94 – AP Nr. 16 zu § 196 BGB; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 261 Rz 25).

b) ... Ohne die begehrte Auskunft ist der Kläger vorliegend nicht in der Lage festzustellen, ob und in welchem Umfang die Beklagte ihn bei der Verschaffung von Aktienoptionen benachteiligt hat. Von diesem Ergebnis hängen wiederum das Bestehen und die Höhe seines Anspruchs auf Verschaffung von Aktienoptionen für die Jahre 2003 und 2004 ab.

Da der Kläger entsprechend den Ausführungen zum Klagantrag zu 1. einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte auf Verschaffung von Aktienoptionen für das Jahr 2003 hat, hat ihm die Beklagte Auskunft zu erteilen darüber, ob anderen Mitarbeitern des OFK mehr als die unstreitig von der Muttergesellschaft gewährten 2800 Stock Options gewährt wurden. Hierüber kann die Beklagte, auch wenn sie die Aktienoptionen nicht selbst gewährt, auch Auskunft geben, denn nach eigenem Vortrag erhält sie von der Airbus SAS Rückmeldung über die von dieser erstellten und mitgeteilten Verteilungslisten mit den den jeweiligen Gehaltsbandbreiten zugeordneten Namen und der Anzahl der Aktienoptionen. ...

Nach der Ergänzungsvereinbarung vom 05./12. Februar 2001 hat der Kläger bei individuell unterschiedlichen Leistungen für den OFK-Kreis Anspruch auf mindestens die durchschnittliche Leistung aller Begünstigten.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 13. Dezember 2006, 4 Sa 5/06 (Teilurteil)

eingereicht von Rechtsanwalt Walther Behrens, Jungfernstieg 41, 20354 Hamburg, Tel.: 040/355167-0, Fax: 040/355167-22

behrens@behrens-arbeitsrecht.de;
www.behrens-arbeitsrecht.de

298. Vergütung, variable, unterlassene Zielvorgabe

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf den vollen Bonus, wenn es der Arbeitgeber vertragswidrig unterlässt, Ziele vorzugeben.

Werden im Bezugszeitraum abredewidrig keine Ziele vom Arbeitgeber vorgegeben, muss sich der Arbeitgeber so behandeln lassen, als wenn der Arbeitnehmer die fiktiv vom Arbeitgeber vorgegebenen Ziele erreicht hätte. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB, wonach der Bedingungseintritt, nämlich die Zielerreichung durch den Arbeitnehmer, fingiert wird, so dass dem Arbeitnehmer der Erfüllungsanspruch auf Zahlung der vollen erreichbaren Bonusleistung zusteht. Demgegenüber kann der Arbeitgeber mit dem Einwand, der Arbeitnehmer hätte auch bei erfolgter Zielvorgabe die Ziele nicht erreicht, nicht gehört werden. Dies ist ohne konkreten Tatsachenvortrag pure Spekulation. Sinn und Zweck von Bonusabreden ist es zudem, Leistungsanreize und damit eine Motivation für den Arbeitnehmer zu schaffen. Daran fehlt es bei unterlassener Vorgabe von Zielen. Deshalb kann im Nachhinein oft nicht mehr sicher beurteilt werden, ob ein Arbeitnehmer bei (unterstellt) erfolgter Zielfestlegung die Ziele auch erreicht hätte, da das Gericht retrospektiv den Motivationseffekt der Zielvorgabe ermitteln müsste, wofür es zumeist an einer ausreichenden Tatsachengrundlage fehlt.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 28. Juli 2006, 17 Sa 465/06
eingereicht und ausgewertet von Rechtsanwalt Dr. Martin Kock, Kliemt & Vollstädt, Georg-Glock-Str. 8, 40474 Düsseldorf, Tel.: 0211/88288-215, Fax: 0211/88288-200, martin.kock@kliemt.de; www.kliemt.de

Anmerkung des Einreichers:

Demgegenüber gibt es Arbeitsgerichte, die einen Anspruch auf die Bonuszahlung nur anerkennen, wenn der Arbeitnehmer darlegen und beweisen kann, welche Ziele ihm vom Arbeitgeber billigerweise hätten vorgegeben werden müssen (§ 315 BGB), und dass er diese Ziele auch erreicht hätte. Ein deutlich höherer Maßstab für den Arbeitnehmer, um an seinen Bonus zu kommen. Eine höchstrichterliche Klärung durch das BAG steht noch aus. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind folglich gut beraten, Bonusabreden zu konkretisieren und vorsorglich eine vertragliche Regelung für den Fall der Nichtvorgabe zu treffen.

299. Vergütung, Überzahlung, Ausschlussfrist für die Rückforderung, treuwidrige Berufung auf die Ausschlussfrist?

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rückzahlung einer auf das Konto des Beklagten überwiesenen Bonuszahlung. ...

Unter § 15 des Anstellungsvertrags ist unter der Überschrift „Ausschlussfristen“ geregelt:

„(1) Alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis und solche, die mit diesem in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich erhoben werden.

(2) Lehnt die Gegenpartei einen Anspruch ab oder erklärt sie sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs, so verfällt dieser, wenn er nicht innerhalb von zwei Monaten nach der Ablehnung oder nach Fristablauf gerichtlich geltend gemacht wird.“ Im Januar 2006 zahlte die Klägerin den sich aus 38.941,56 EUR brutto ergebenden Nettobetrag auf das Konto des Beklagten. Sie erteilte eine Verdienstabrechnung, in der der Bruttobetrag als „Tantieme lfd. Jahr“ bezeichnet wird. ...

Am 15.2.2006 zahlte die Klägerin einen weiteren Betrag in Höhe von 38.941,56 EUR auf das Konto des Beklagten. Sie erteilte erneut eine Verdienstabrechnung, aus der sich ergibt, dass auf den Betrag keine Steuern oder Sozialabgaben abgeführt wurden. ...

Die Klägerin erstellte unter dem 10.4.2006 ein Schreiben, mit dem sie den Beklagten bat, den offen stehenden Betrag von 38.941,56 EUR auf ihr Konto zurück zu überweisen. ... Zwischen den Parteien ist streitig geblieben, ob dieses Schreiben dem Kläger jemals zugegangen ist.

Mit Schreiben vom 7.7.2006 ... forderte die Klägerin den Beklagten nochmals zur Rückzahlung des Betrags auf. Nachdem die Klägerin auch auf dieses Schreiben keine Reaktion des Beklagten erhielt, setzte sie dem Beklagten mit Schreiben vom 10.8.2006 eine letzte Frist zur Zahlung bis zum 18.8.2006. Dieses letzte Schreiben ... (holte) der Beklagte am 18.8.2006 bei der zuständigen Postfiliale ab. ... Eine Rückzahlung des eingeforderten Betrags durch den Beklagten erfolgte nicht.

Mit der am 2.11.2006 bei Gericht eingegangenen ... Klage verlangt die Beklagte die Rückzahlung der 38.941,56 EUR. Sie behauptet, dieser Betrag sei an den Beklagten ohne Rechtsgrund gezahlt worden. ...

Entscheidungsgründe:

I. 1) ...

Der Zahlungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB wäre am 15.2.2006 fällig gewesen. Der Anspruch des Arbeitgebers auf Rückzahlung überzahlter Vergütungsbeträge wird in der Regel bereits im Zeitpunkt der Überzahlung fällig, wenn die Vergütung fehlerhaft berechnet worden ist, obwohl die maßgebenden Umstände bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen. Die zu viel gezahlte Summe kann sofort zurückverlangt werden. Auf die Kenntnis des Arbeitgebers von seinem Rückzahlungsanspruch kommt es nicht an. Fehler bei der Berechnung der Löhne fallen im Normalfall in seine Sphäre und können von ihm eher durch Kontrollmaßnahmen entdeckt werden als vom Empfänger der Leistung (ständige Rechtsprechung, BAG, v. 16.11.1989 – 6 AZR 114/88, AP BAT § 29 Nr. 8; BAG v. 19.2.2004 – 6 AZR 664/02, AP BAT-0 § 70

Allgemeines Vertragsrecht

Nr. 3). Eine Ausnahme vom Grundsatz der sofortigen Fälligkeit soll nur in Betracht kommen, wenn es dem Gläubiger des Rückzahlungsanspruchs praktisch unmöglich ist, den Anspruch mit seinem Entstehen geltend zu machen. Das soll insbesondere der Fall sein, wenn die rechtsbegründenden Tatsachen in der Sphäre des Schuldners liegen und der Gläubiger es nicht durch schuldhaftes Zögern versäumt hat, sich Kenntnis von den Voraussetzungen zu verschaffen, die er für die Geltendmachung benötigt (BAG, v. 19.2.2004 – 6 AZR 664/02, AP BAT-0 § 70 Nr. 3). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Die Gründe für die geltend gemachte Überzahlung liegen allein in der Sphäre der Klägerin. Mithin hätte dem Beklagten bis zum 15.5.2006 eine schriftliche Geltendmachung zugehen müssen. Die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat bereits nicht dargetan, wann und wie genau dem Beklagten das Schreiben vom 10.4.2006 zugegangen sein soll. Darüber hinaus ist sie für die streitige Tatsache des Zugangs beweisfällig geblieben, so dass das Gericht davon auszugehen hat, dass das Schreiben dem Beklagten nicht zugegangen ist. Eine Geltendmachung innerhalb der Verfallsfrist des § 15 Abs. 1 des Vertrages ist damit nicht erfolgt.

2. Dem Beklagten ist es nicht nach Treu und Glauben, § 242 BGB, verwehrt, sich auf die Nichteinhaltung der Verfallfristen zu berufen. Die Voraussetzungen einer unzulässigen Rechtsausübung sind nicht erfüllt. Hat der Arbeitnehmer die Vergütungsüberzahlung erkannt und es pflichtwidrig unterlassen, diese dem Arbeitgeber anzuzeigen, kann der Arbeitgeber dem Ablauf einer tariflichen Ausschlussfrist solange mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB begegnen, wie er auf Grund der vom Arbeitnehmer unterlassenen Mitteilung von der Geltendmachung seines Rückzahlungsanspruchs abgehalten wird. Erhält der Arbeitgeber anderweitig vom Überzahlungstatbestand Kenntnis, beginnt nicht eine neue Ausschlussfrist. Der Arbeitgeber muss dann seinen Rückzahlungsanspruch innerhalb einer kurzen, nach den Umständen des Falles sowie Treu und Glauben zu bestimmenden Frist in der nach dem Tarifvertrag gebotenen Form geltend machen (BAG, v. 10.3.2005 – 6 AZR 217/04, AP BAT § 70 Nr. 38). Erkennt der Arbeitnehmer, dass der Arbeitgeber ihm irrtümlich eine zu hohe Vergütung zahlt, beruht der Vorwurf einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf den Verfall des Rückzahlungsanspruchs darauf, dass der Arbeitnehmer in Kenntnis des Irrtums des Arbeitgebers diesem Informationen vorenthalten hat, die zu einer Entdeckung des Irrtums geführt und dem Arbeitgeber die Wahrung der Ausschlussfrist bei der Rückforderung der überzahlten Vergütung ermöglicht hätten (BAG, v. 23. 5. 2001 – 5 AZR 374I99, AP BGB § 812 Nr. 25). Die Berücksichtigung eines solchen Rechtsmissbrauchs durch den Arbeitnehmer setzt damit voraus, dass das pflichtwidrige Unterlassen des Arbeitnehmers für das Untätigbleiben des Arbeitgebers kausal ist. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Ablauf einer Ausschlussfrist steht dem Verfall des Rückzahlungsanspruchs daher nur solange entgegen, wie der Arbeitgeber auf Grund des rechtsmissbräuchlichen

Verhaltens des Arbeitnehmers von der Einhaltung der Ausschlussfrist abgehalten wird (BAG, v. 13.2.2003 – 8 AZR 236/02, AP BGB § 613a Nr. 244). Hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber pflichtwidrig Vergütungsüberzahlungen nicht angezeigt und der Arbeitgeber deshalb seinen Rückzahlungsanspruch nicht innerhalb einer Ausschlussfrist geltend gemacht, fällt der Einwand des Rechtsmissbrauchs weg, wenn der Arbeitgeber anderweitig vom Überzahlungstatbestand Kenntnis erhält (BAG, v. v. 10.3.2005 – 6 AZR 217/04, AP BAT § 70 Nr. 38).

Nach ihrem eigenen Vortrag hatte die Klägerin spätestens am 10.4.2006 Kenntnis von der Überzahlung, da sie nach ihren eigenen Behauptungen an diesem Tage das erste Geltendmachungsschreiben verfasste. Hält man die Klägerin an ihrem eigenen Sachvortrag fest, dass dem Beklagten das Schreiben vom 10.4.2006 zugegangen ist, so begann mit diesem Zeitpunkt der Lauf der zweiten Stufe der Ausschlussfrist nach § 15 Abs. 2 des Arbeitsvertrags. Die Klägerin hätte mithin bis zum 24.6.2006 die Forderung gerichtlich geltend machen müssen. Die Klage ging aber erst am 2.11.2006 bei Gericht ein.

Geht man zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass die zweite Stufe nicht bereits ab dem 10.4.2006 lief, weil die Geltendmachung dem Beklagten nicht zugegangen und – was zweifelhaft erscheint – der Zugang Voraussetzung für den Lauf der Frist des § 15 Abs. 2 des Arbeitsvertrags ist, so ist die Forderung dennoch verfallen. Sie hätte gem. § 15 Abs. 1 spätestens am Montag, 10.7.2006, gegenüber dem Beklagten geltend gemacht werden müssen. Die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat bereits nicht dargelegt, dass das zweite Geltendmachungsschreiben vom 7.7.2006 dem Beklagten tatsächlich noch am 10.7.2006 zugegangen ist. Die Wahrung der Frist des § 15 Abs. 1 des Arbeitsvertrags ist damit nicht dargetan.

Selbst wenn man aber zu Gunsten der Klägerin von einem Zugang am 10.7.2006 ausgehen würde, so hätte die Forderung spätestens bis zum Ablauf des 24.9.2006 gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Die Klage ging jedoch erst am 2.11.2006 bei Gericht ein. Die Forderung ist damit auf jeden Fall verfallen.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf

vom 7. Februar 2007, 15 Ca 6939/06

eingereicht von Rechtsanwalt Karsten Haase, Schäferstraße 1, 40479 Düsseldorf, Tel.: 0211/1645733, Fax: 1645734

info@raehalieb.de; www.raehalieb.de

300. Vergütung, Zielvereinbarung, ergänzende Vertragsauslegung, Initiativlast

1. Ist eine Zielvereinbarung über einen variablen Vergütungsbestandteil einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festzulegen, dann führt das Nichtvorliegen einer Zielvereinbarung für das jeweilige Kalenderjahr nicht schon dazu, dass der Anspruch auf die variable Vergütung entfällt (BSG, v. 23.03.2006 – ZIP 2006, 1414). 2.

2. Ist der entsprechende Zeitabschnitt abgelaufen, dann ist die Vergütungshöhe nach § 287 ZPO zu schätzen. Hierbei ist

regelmäßig von der Vergütung gem. der zuletzt abgeschlossenen Zielvereinbarung auszugehen.

3. Jedenfalls obliegt regelmäßig dem Arbeitgeber die Initiativlast dafür, einen Vorschlag für den Abschluss einer Zielvereinbarung zu unterbreiten.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 13. Dezember 2006, 15 Sa 1135/06

301. Versetzung, einstweilige Verfügung, dringende betriebliche Gründe

Aus den Entscheidungsgründen:

Da nach ... § 3 des Arbeitsvertrags die Antragsgegnerin bei dringendem betrieblichen Bedarf berechtigt ist, den Antragsteller in einem anderen Stadtbüro oder einem anderen Flughafen in der Bundesrepublik Deutschland einzusetzen, wäre ein Verfügungsanspruch des Antragstellers auf seine weitere Beschäftigung am Standort Hamburg nur gegeben, wenn die von der Antragsgegnerin vorgenommene Versetzung des Antragstellers nach Berlin nicht durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt wäre, sei es, dass keine dringenden betrieblichen Gründe für die Maßnahme vorhanden wären, sei es, dass besonders wichtige, von der Antragsgegnerin vorrangig zu beachtende Interessen des Antragstellers der Maßnahme der Antragsgegnerin entgegenstünden, die Interessen des Antragstellers also für die Maßnahme der Antragsgegnerin sprechenden dringenden betrieblichen Gründen überwiegen würden.

Der Antragsteller hat zwar gegen die endgültige Versetzung nach Berlin und die damit verbundene praktische Notwendigkeit, mit seiner Familie von Hamburg nach Berlin umzuziehen, sprechende persönliche Gründe vorgebracht, aber keine solchen Gründe, die die vorläufige Durchführung der Maßnahme, nämlich für die Schwebezeit bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens im Sinne von § 940 ZPO als nicht hinnehmbar erscheinen lassen würden. Sowohl hinsichtlich der dem Antragsteller entstehenden Fahrtkosten als auch hinsichtlich der von ihm aufzuwendenden Fahrzeiten steht dem Antragsteller, wenn sich im Hauptsacheverfahren die Versetzung als rechtswidrig erweisen sollte, ein Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB zu.

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 13. Dezember 2006, 26 Ga 8/06

ingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Dr. Benjamin Heider, Rechtsanwälte Ruge Krömer, Hans-Henny-Jahn-Weg 9, 22085 Hamburg, Tel: 040-270 75 50, Fax: 040-270 75 555 benjaminheider@rugekroemer.de; www.rugekroemer.de

Kündigungsschutzrecht

302. Änderungskündigung zur Lohnkostensenkung, Voraussetzungen

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer betriebsbedingten außerordentlichen Änderungskündigung.

Die ... Klägerin ist bei der beklagten Gewerkschaft bzw. ihrer Rechtsvorgängerin ... als Verwaltungsangestellte beschäftigt. Sie ist Mitglied des bei der Beklagten gebildeten Betriebsrats. ... (Es) gelten für das Beschäftigungsverhältnis die Allgemeinen Anstellungsbedingungen für die Beschäftigten. ... Nach § 8 der in Bezug genommenen Anstellungsbedingungen enthält jede Beschäftigte eine Jahressonderzahlung, die dem 1,5-fachen einer Bruttomonatsvergütung entspricht.

Mit Zustimmung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ... außerordentlich unter Gewährung einer Auslauffrist (mit dem Ziel einer Senkung der Lohnkosten nach Maßgabe einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat).

Entscheidungsgründe:

I. ... II. .. 1. ... a) Eine Angleichung der Arbeitsbedingungen der nach § 15 KSchG geschützten Klägerin an die anderen 1.011 Mitarbeiter, die einer Änderung ihrer Arbeitsbedingungen zugestimmt haben, kann durch eine außerordentliche Kündigung erreicht werden, wenn hierfür ein wichtiger Grund nach § 626 Abs. 1 BGB vorliegt und der Betriebsrat zuvor zugestimmt hat oder die Zustimmung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ersetzt worden ist. Zwar ist der wichtige Grund einer außerordentlichen Kündigung nicht unabhängig vom Änderungsangebot, aber – auf Seiten des Arbeitgebers – im ersten Prüfungsabschnitt zunächst unabhängig von den Auswirkungen der Änderungen für den Arbeitnehmer zu prüfen (BAG, Urt. v. 21.06.1995 – 2 ABR 28/94 – AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969). Danach liegt für die außerordentliche Änderungskündigung ein wichtiger Grund dann vor, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen für den Arbeitgeber unabweisbar notwendig ist.

b) Die Beklagte will mit der vorgeschlagenen Vertragsänderung nicht den Erfordernissen einer geänderten Betriebsorganisation Rechnung tragen, sondern durch die Bezugnahme auf die Betriebsvereinbarungen „Allgemeine Anstellungsbedingungen“ und „Beschäftigungssicherung 2005/2006“ die betrieblichen Lohnkosten senken. Die Anforderungen an einen wichtigen Grund i.S. von §§ 15 Abs. 1 KSchG, 626 Abs. 1 BGB hierfür können jedenfalls dann nicht erfüllt sein, wenn keine dringenden betrieblichen Erfordernisse für die beabsichtigte Änderung der Arbeitsbedingungen i.S. von § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen.

Zur Verschlechterung arbeitsvertraglicher Vergütungsregelungen mittels ordentlicher Änderungskündigung aus betrieblichen Gründen hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung erkannt, die Änderung könne sozial gerechtfertigt sein, wenn die Unrentabilität des Betriebs einer

Kündigungsschutzrecht

Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen, wenn also durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden könne und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken seien (vgl. BAG, Urt. v. 23.06.2005 – 2 AZR 642/04 – AP Nr. 81 zu § 2 KSchG 1969). Eine betriebsbedingte Änderungskündigung, die eine aus wirtschaftlichen Gründen sonst erforderlich werdende Beendigungskündigung vermeide, sei danach grundsätzlich zulässig. Sie sei oft das Einzige dem Arbeitgeber zur Verfügung stehende Mittel. Das bedeute allerdings nicht, dass die dringenden betrieblichen Erfordernisse schon im Zeitpunkt der Kündigung einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb dergestalt entgegenstehen müssen, dass ohne den Ausspruch einer Änderungskündigung der Ruin unmittelbar bevorstehe. Prüfungsmaßstab sei, ob die schlechte Geschäftslage einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehe. Stets müssten die betrieblichen Erfordernisse dringend sein. Bei der betriebsbedingten Änderungskündigung zur Entgeltsenkung sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eingreife, wenn er die vereinbarte Vergütung reduziere. Grundsätzlich seien einmal geschlossene Verträge einzuhaften. Es sei allgemein anerkannt, dass Geldmangel den Schuldner nicht entlaste. Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungs-/Lohngefüge, wie es die Änderungskündigung zur Durchsetzung einer erheblichen Lohnsenkung darstelle, sei deshalb nur dann begründet, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führten. Regelmäßig setze deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpfe. Vom Arbeitgeber sei in diesem Zusammenhang zu verlangen, dass er die Finanzlage des Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstelle und ferner darlege, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.

2. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch für den vorliegenden Fall von den zur Vergütungsreduzierung mittels Änderungskündigung entwickelten Grundsätzen auszugehen. Die Beklagte meint, die vorgeschlagene Änderung betreffe keine wesentlichen Bestandteile, sondern lediglich einen nachgeordneten Anspruch auf eine Jahressonderzahlung. Der Kernbereich des Arbeitsverhältnisses werde dadurch nicht tangiert. Sie übersieht mit ihrem Vorbringen, dass es sich bei der in § 8 der Anstellungsbedingungen geregelten Jahressonderzahlung um einen Vergütungsbestandteil handelt, der in das vertragliche Austauschverhältnis von Vergütung und Dienstleistung eingebunden ist. ...

a) Allein mit dem Hinweis auf die abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen und Gleichbehandlungsgesichtspunkte lässt sich die Änderungskündigung nicht rechtfertigen. Was die Betriebsvereinbarungen angeht, folg dies schon aus dem Günstigkeitsprinzip (BAG, Urt. v. 20.01.2000 – a.a.O.). Würde die Betriebsvereinbarung gem. § 77 BetrVG trotz günstigerer arbeitsvertraglicher Regelung unmittelbar und zwingend gelten, bedürfte es schon keiner Änderungskündigung, die jedoch auch die Beklagte zutreffend für notwendig erachtet hat. Soweit es um unterschiedliche Vereinbarungen über die Höhe der Jahressonderzahlung geht, greift der Gleichbehandlungsgrundsatz weder in seiner allgemeinen Ausprägung noch in der speziellen Ausprägung des § 78 Satz 2 BetrVG. Insoweit gehen die Vertragsfreiheit und § 15 Abs. 1 KSchG vor (vgl., hierzu *Preis*, Anmerkung zu BAG AP Nr. 40 zu § 103 BetrVG).

b) Auch der Hinweis der Beklagten, die Alternative zum Abschluss der Betriebsvereinbarungen und deren Umsetzung, wenn nötig durch Änderungskündigung, sei ein Personalabbau gewesen, führt nicht weiter. Zwar kann ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Entgeltreduzierung durch ordentliche Änderungskündigung unter Umständen auch dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber die gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Unternehmerentscheidung getroffen hat, den Personalbestand auf Dauer zu reduzieren, und sich erst später – etwa auf Initiative des Betriebsrats – entschließt, als milderes Mittel eine Senkung der Personalkosten notfalls durch Änderungskündigung vorzunehmen. Die Anforderungen an eine derartige Änderungskündigung sind jedenfalls nicht geringer anzusetzen als die Anforderungen an eine Beendigungskündigung wegen der ursprünglich durch den Arbeitgeber beabsichtigten Personalreduzierung. Es ist deshalb in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Umsetzung der ursprünglich vom Arbeitgeber getroffenen Unternehmerentscheidung nach § 1 Abs. 2 KSchG eine Beendigungskündigung sozial gerechtfertigt hätte, was bei der Klägerin wegen ihres besonderen Kündigungsschutzes nach § 15 KSchG zu verneinen gewesen wäre. Zum anderen müsste wegen der Nähe der Entscheidung über eine dauerhafte Personalreduzierung ohne Änderung der Betriebsorganisation zum bloßen Kündigungsentschluss vom Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlicht werden wie die Unternehmerentscheidung durchgeführt werden soll. Dazu fehlt vorliegend jeglicher Vortrag.

c) Die angebotene Vertragsänderung war schließlich auch nicht zur Vermeidung einer Reduzierung der Belegschaft unabweisbar notwendig. Es war Sache der Beklagten darzulegen, dass die Sanierung mit den Eingriffen in die Arbeitsverträge steht oder fällt und alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel erschöpft sind. Dies hat die Beklagte vorliegend nicht ausreichend vorgetragen. Dabei kann offen bleiben, ob sich die entsprechenden Darlegungen gerade auf den Sanierungsbeitrag der Klägerin beziehen müssten oder ob es genügen würde, schlüssig darzulegen, dass die Sanierung jedenfalls ohne einen Beitrag alle Arbeitneh-

Kündigungsschutzrecht

mer nicht gelingen könnte. Auch bei einer solchen kollektiven Betrachtung wäre das Vorbringen der Beklagten unzureichend. Denn die Beklagte hat keine näheren Anhaltspunkte für einen Sanierungsplan dargetan, in dem die erwarteten Kosteneinsparungen in irgendein erkennbares Verhältnis zu dem der Klägerin und den übrigen Arbeitnehmern unterbreiteten Vertragsinhalt, insbesondere der abgesenkten Vergütung, gestellt wurde.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 16. November 2006, 4 Sa 596/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/215 55 63–33,

Fax: 215 55 63–43

www.neef-schrader.de

303. Aufhebungsvereinbarung, Befristungskontrolle, auflösende oder aufschiebende Bedingungen

I. Es trifft zu, dass das Bundesarbeitsgericht Aufhebungsverträge, die ihrem Regelungsgehalt nach nicht auf alsbaldige Beendigung, sondern auf eine befristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gerichtet sind, einer Befristungskontrolle unterzieht.

Im Grundsatz geht das BAG jedoch davon aus, dass ein auf eine alsbaldige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen gerichteter Aufhebungsvertrag wirksam ist. Der Abschluss eines solchen Aufhebungsvertrages sei nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zulässig. Gesetzliche Vorgaben bestünden dafür nicht. Weder müsse der Arbeitgeber einen Grund für sein Angebot auf vorzeitige Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen benennen, noch sei die Wirksamkeit der daraufhin getroffenen Vereinbarung vom Vorliegen eines Sachgrundes im Sinne des Befristungsrechts abhängig.

Das BAG wendet allerdings auch bei Aufhebungsverträgen den allgemeinen Grundsatz an, wonach es nicht auf die Bezeichnung eines Vertrages ankommt, sondern auf den Regelungsgehalt der getroffenen Vereinbarung. Bestehe dieser in der befristeten Fortsetzung eines Dauerarbeitsverhältnisses, könne eine funktionswidrige Verwendung der im Arbeitsrecht gegebenen Befristungsmöglichkeiten vorliegen. Dies gelte vor allem dann, wenn der von den Parteien gewählte Beendigungszeitpunkt die jeweilige Kündigungsfrist um ein Vielfaches überschreite (BAG, Urteil vom 12.01.2000 – Az 7 AZR 48/99 – AP Nr.] 6 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag).

...

Der Arbeitsvertrag ... sieht eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartalsende vor. Dies entspricht dem im Aufhebungsvertrag vereinbarten Zeitpunkt, an dem das Arbeitsverhältnis beendet werden sollte.

2. Eine Vereinbarung über die nur noch befristete Fortsetzung eines bisher unbefristeten Arbeitsverhältnisses mit der Regelung:

„Die Fortsetzung erfolgt zu folgenden Bedingungen:

1. Urlaubsansprüche, die nach dem 30. Juni 2005 entstehen, werden durch die A-GmbH wirtschaftlich getragen.
2. Ab dem 1. Juli 2005 erfolgen die Leistungsabrechnungen monatlich – bis zum 15. des Folgemonats.
3. Krankheitstage oder sonstige Fehlzeiten werden im Verhältnis der Arbeitsleistung der A-GmbH belastet.
4. Zur Abgrenzung der Leistungen für die W-GmbH oder A-GmbH wird eine vollständige Leistungserfassung geführt. Ursächlich für die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses ist die Absicht, die A-GmbH räumlich zu trennen.“ ist nicht unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung im Sinne des § 158 BGB getroffen worden. Bei den in der Vereinbarung genannten „Bedingungen“ handele es sich nicht um derartige Bedingungen, sondern dem Wortlaut und Inhalt nach lediglich um Regelungen, wie das Arbeitsverhältnis im Einzelnen abzuwickeln sei.

■ Landesarbeitsgericht Bremen

vom 11. Oktober 2006, 2 Sa 134/06,

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Krügermeyer-Kalthoff, Rösrather Straße 568, 51107 Köln, Tel.: 0221/88 04 06-0,

Fax: 88 04 06 29,

eisenbeis-koeln@etl.de; www.eisenbeis-rechtsanwaelte.de

304. Aufhebungsvereinbarung, Klageverzicht, Inhaltskontrolle, unangemessene Benachteiligung ohne allgemeine Geschäftsbedingung

Entscheidungsgründe: ...

3. Der Kläger hat auch nicht auf den Kündigungsschutz verzichtet. Die Vereinbarung vom 28.06.2006 ist unwirksam, da der Klageverzicht eine unangemessene Benachteiligung des Klägers i.S.d. § 307 i.V.m. § 310 BGB n.F. darstellt.

a) Der Kläger ist als Arbeitnehmer Verbraucher i.S.d. § 13 BGB und findet daher § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB Anwendung (vgl. *Preis*, Erfurter Kommentar, 6. Aufl., Rz 26 zu §§ 305-310). Es kann daher dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Vereinbarung um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, da die Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 Ziffer 2 BGB erfüllt sind. Danach findet § 307 BGB selbst dann Anwendung, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Unstreitig ist die Vereinbarung von der Beklagten vorformuliert worden. In der Kammerverhandlung erklärte der Kläger, dass er nach Erhalt der Vereinbarung mit der Geschäftsführerin sprechen wollte, diese jedoch das Gespräch beendete. Dieser Vortrag wurde nicht bestritten. Der Kläger hatte danach auch keine Möglichkeit auf den Inhalt der Vereinbarung Einfluss zu nehmen, und es sind die Voraussetzungen des § 310 Abs. 3 Ziffer 2 BGB gegeben.

b) Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist gegeben, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartner durchzusetzen versucht, ohne von

Kündigungsschutzrecht

vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Der unentgeltliche Verzicht ohne kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers indiziert bereits die unangemessene Benachteiligung (*Preis*, Erfurter Kommentar, 6. Aufl., Rz 74b und 96 zu §§ 305-310). Der Kläger hat auf sein Recht, gegen die Kündigung Kündigungsschutzklage zu erheben, verzichtet, ohne das die Beklagte sich zu einer Gegenleistung verpflichtet hat. Danach ist die Vereinbarung wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. ...

■ Arbeitsgericht Lübeck

vom 30. November 2006, 2 Ca 1875/06

eingereicht von Rechtsanwalt Kurt-Jörg Hilligus, Lienastraße 1, 23730 Neustadt i.H., Tel.: 04561/5127-0, Fax: 5127-20
info@anwaelte-neustadt.de; www.anwaelte-neustadt.de

305. Außerordentliche Kündigung wegen unberechtigter Privatnutzung des zur dienstlichen Nutzung überlassenen Mobiltelefons

Die Beklagte Arbeitgeberin kündigte das seit 1 1/2 Jahren zu dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, weil der Kläger das ihm zur dienstlichen Nutzung überlassene Mobiltelefon wiederholt privat genutzt hatte. Zuvor hatte die Beklagte vor dem Hintergrund einer festgestellten Privatnutzung eine Abmahnung folgenden Inhalts erteilt:

„Wie ihnen bewusst ist – dies wurde Ihnen bei Aushändigung des Handys mitgeteilt – steht Ihnen unser Firmenhandy grundsätzlich und ausschließlich für dienstliche Gespräche zur Verfügung. Im Einzelfall und ggf. in einer Notsituation kann auch einmal eine private Nutzung erfolgen. Dies ist dann aber der Geschäftsleitung umgehend zu melden und unaufgefordert hat die Bezahlung eines solchen Gesprächs zu erfolgen.“ Zwei Tage nach der Abmahnung unterschrieb der Kläger die Kenntnisnahme einer „Mitarbeiterinformation“ des gleichen Inhalts. Weitere drei Monate später stellte die Beklagte fest, dass der Kläger trotzdem in dem folgenden Umfang weiterhin Privattelefonate geführt hatte:

Mai 2005: 31 Privattelefonate von insgesamt 76 Telefonaten

Juni 2005: 26 Privattelefonate von insgesamt 78 Telefonaten

Juli 2005: 18 Privattelefonate von insgesamt 67 Telefonaten

Das Arbeitsgericht sah die außerordentliche fristlose Kündigung als rechtmäßig an, da ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB vorlag.

1. Nach der Rechtsprechung des BAG sind umfangreiche, unerlaubte und heimlich geführte Privattelefonate auf Kosten des Arbeitgebers grundsätzlich an sich geeignet, einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu bilden (vgl. BAG, v. 04.03.2004 – 2 AZR 147/03; BAG 05.12.2002 – 2 AZR 478/01).

2. Das Verhalten des Klägers stellt daher einen Verstoß gegen die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen dar, der an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund gem. § 626 Abs. 2 BGB darzustellen. Aufgrund der Anzahl der geführten Privatgesprä-

che und der vorherigen Abmahnung musste dem Kläger klar sein, dass die Beklagte dieses Verhalten nicht weiter tolerieren würde

3. Der Kläger konnte sich auch nicht auf das pauschal vortragene Vorliegen von Einzelfällen und familiären Notsituationen berufen, da er sich nicht näher zu den von der Beklagten vorgelegten Abrechnungen eingelassen hat und zu den im einzelnen gekennzeichneten Verbindungen nicht vortragen hat, dass diese anlässlich derartiger Probleme geführt wurden.

4. Auch die Interessenabwägung fiel zu Lasten des Klägers aus. Vor dem Hintergrund der trotz Abmahnung beharrlich fortgesetzten Privatnutzung des Mobiltelefons war es der Beklagten nicht zumutbar, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Die private Inanspruchnahme des überlassenen Telefons auf Kosten des Arbeitgebers führte zu einer gravierenden Erschütterung des Vertrauensverhältnisses. Hinzu kam, dass das Arbeitsverhältnis in der kurzen Zeit seines Bestehens auch sonst nicht beanstandungsfrei geblieben war.

■ Arbeitsgericht Kassel

vom 14. Juni 2006, 5 Ca 349/05, rechtskräftig.

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

306. Außerordentliche Kündigung, Anforderungen an einen dringenden Verdacht

Entscheidungsgründe: ...

II. ... 2) ... b) ... cc) Der gegen den Kläger bestehende Verdacht, Herrn X verbal und tätlich bedroht zu haben, vermag die Kündigung ... nicht nach Maßgabe des § 626 BGB zu rechtfertigen.

Dabei ist der Beklagten zuzugeben, dass sie den Kläger nach der Aussage des Herrn X zu Recht verdächtigen konnte, diesen ... massiv bedroht zu haben. Dabei handelt es sich aber keineswegs um einen dringenden Verdacht im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Vielmehr widersprechen sich die Angaben der allein beteiligten Personen, nämlich die des Klägers und die des Herrn X zu den Vorgängen in der Nachtschicht. Der Umstand, dass beim Kläger vom Werksschutz entsprechend den Angaben des Herrn X ein Messer vorgefunden wurde, belastet den Kläger nicht entscheidend. Einerseits hat der Kläger von Anfang an nicht bestritten, ein solches während der Arbeit bei sich geführt zu haben. Andererseits mag es zwar unüblich oder nicht geboten sein, ein privates Messer bei der Arbeit bei sich zu führen. Dass der Kläger dieses Messer, wie von ihm behauptet, als Hilfsmittel im Rahmen der Verrichtung seiner Arbeit benutzt hat, hat die Beklagte dem Kläger nicht widerlegen können. Dass es nicht unerhebliche Spannungen im Verhältnis zueinander gab, haben der Kläger und Herr X bestätigt. Es liegen über die Aussage von Herrn

X hinaus keinerlei begründeten Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger diese Spannungen zum Anlass dafür genommen hat, Herrn X massiv zu bedrohen. Aus dem Vortrag der Beklagten ergeben sich des Weiteren keine Hinweise darauf, dass der Kläger in der Vergangenheit bei Auseinandersetzungen innerhalb des Teams oder allgemein am Arbeitsplatz bzw. im privaten Bereich durch verbale Entgleisungen oder sonstige Unbeherrschtheiten aufgefallen ist.

Letztendlich steht schlicht Aussage gegen Aussage. Eine fristlose Verdachtskündigung dem Kläger gegenüber ist bei dieser Sachlage nicht auf § 626 BGB zu stützen. ...

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 12. Februar 2007, 6 Sa 388/06,
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielskistraße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/215 55 63–33, Fax: 215 55 63–43
www.neef-schrader.de

307. Betriebsbedingte Kündigung, soziale Auswahl, Altersgruppen, Altersdiskriminierung

Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur durch Altersgruppen bei der Sozialauswahl stellt eine Rechtfertigung einer möglichen Benachteiligung wegen des Alters im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG dar.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 13. April 2007, 13 Sa 2208/06

308. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Leistungsverdichtung

Entscheidungsgründe: ...

II. 1. ... c) ...

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich sowohl das Arbeitsvolumen (Menge der zu erledigenden Arbeit) als auch das diesem zugeordnete Arbeitskraftvolumen (Arbeitnehmerstunden) und damit auch das Verhältnis der beiden Größen zueinander festlegen. Von den Arbeitsgerichten nachzuprüfen ist, ob eine unternehmerische Entscheidung überhaupt getroffen wurde und ob sie sich betrieblich dahingehend auswirkt, dass der Beschäftigungsbedarf für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen ist. Die Organisationsentscheidung muss ursächlich für den vom Arbeitgeber behaupteten Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses sein.

Erschöpft sich die Entscheidung des Arbeitgebers im Wesentlichen darin, Personal einzusparen, so rückt sie nahe an den Kündigungsentschluss heran. In solchen Fällen muss der Arbeitgeber seine Entscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und hinsichtlich ihrer Nachhaltigkeit („Dauer“) verdeutlichen, damit das Gericht prüfen kann, ob sie im Sinne der oben gekennzeichneten Rechtsprechung offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich, also missbräuchlich ausgesprochen worden ist (BAG, v. 22.05.2003, AP Nr. 129 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung). Dies heißt, dass der Arbeitgeber darlegen muss, in welchem

Umfang die fraglichen Arbeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand noch anfallen und wie diese Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können (BAG, Urteil vom 17.06.1999, DB 1999, 1910).

Diesen Grundsätzen genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Die Beklagte hat letztlich beschlossen, die Arbeiten, die ursprünglich in ihren Betriebsstätten in Köln und Stuttgart erledigt wurden, nunmehr ausschließlich in Stuttgart erledigen zu lassen. Dies bedeutet, dass die Arbeitnehmer der Stuttgarter Betriebsstätte die bislang von Köln aus erledigten Arbeiten zusätzlich übernehmen müssen. Die Beklagte hätte daher im Einzelnen dartun müssen, dass dies ohne überobligatorische Leistungen, d. h. Überstunden, überhaupt möglich ist. Zwar hat sie dargelegt, dass sie in der zurückliegenden Zeit Kurzarbeit machen müssen und welche Auswirkungen diese Kurzarbeit auf den Arbeitsplatz des Klägers gehabt hat. Ohne Hinzuziehung der anderen Arbeitnehmer und Betrachtung der Auftragslage im Zeitpunkt der Kündigungsentscheidung lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten, inwieweit der Arbeitsplatz des Klägers entfallen kann. Insoweit hat es schon einer Darstellung bedurft, wie groß das derzeitige Arbeitsvolumen ist und wie es von den verbliebenen Arbeitnehmern abgearbeitet werden kann. Derzeit kann daher eine sozial rechtfertigende Kündigung nicht festgestellt werden.

■ Arbeitsgericht Siegburg
vom 25. Oktober 2006, 2 Ca 2241/06
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Helser, Seehofstraße 76, 53721 Siegburg,
Tel.: 02241/97599-4, Fax: 02241/97599-6
info@rechtsanwalt-helser.de; www.kanzlei-helser.de

309. Betriebsbedingte Kündigung, unternehmerische Entscheidung, Konkretisierung

1. Läuft bei einer betriebsbedingten Kündigung die unternehmerische Entscheidung nur auf den Abbau einer Hierarchieebene hinaus, verbunden mit einer Neuverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, bedarf es der Konkretisierung dieser Entscheidung, damit geprüft werden kann, ob der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers tatsächlich weggefallen ist und die Entscheidung nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist.

2. Nur wenn das Gericht zumindest den ungefähren zeitlichen Anteil der einzelnen Tätigkeiten des Arbeitnehmers an seiner Gesamttätigkeit kennt, ist es möglich nachzuprüfen, in welchem zeitlichen Umfang Arbeiten, die der Arbeitnehmer bisher ausgeübt hat, entfallen sind und in welchem zeitlichen Umfang eine Verlagerung auf die anderen Mitarbeiter stattgefunden hat.

■ Landesarbeitsgericht München
vom 11. Oktober 2006 – 5 Sa 411/06 –
Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 2 AZR 1041/06

Kündigungsschutzrecht

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Georg-R. Schulz, Josephspitalstraße 15/X, 80331 München, Tel.: 089/545981-0, Fax: 553450
info@kanz-hans-schulz.de

310. Betriebsbedingte Kündigung, Substantiierungspflicht des Arbeitgebers, Anhörungsgebot im betriebsratslosen Betrieb (Sonderweg eines Richters)

Entscheidungsgründe: (eigene Ordnungszahlen)

1. Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Es steht nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen.

Die Beklagte ist als Arbeitgeber zwar weitgehend frei, eine bestimmte Unternehmerentscheidung, hier die Vergabe von Karosseriearbeiten an die Firma D. GmbH, zu treffen. Die Arbeitsgerichte haben aber in vollem Umfang zu prüfen, ob durch die Umsetzung einer solchen Entscheidung die Beschäftigungsmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers, hier des Klägers, gänzlich entfällt (s. BAG, v. 29.03.1990 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung).

Ein solcher Wegfall des Beschäftigungsbedarfs ist von Seiten der Beklagten trotz entsprechender Darlegungslast nicht hinreichend substantiiert vorgetragen worden. Auf den Einwand des Klägers, er habe schon vor dem Beschluss zur Fremdvergabe von Karosseriearbeiten im Wesentlichen nur noch „kleinere“ Karosseriearbeiten erbracht (so z.B. das Auswechseln von lediglich geschraubten Fahrzeugteilen), die nicht fremd vergeben werden sollen, sondern während seiner Abwesenheit von den Mitarbeitern B. und H. ausgeführt würden, hat die Beklagte demgegenüber lediglich vorgetragen, dass so genannte kleinere Reparaturarbeiten schon immer von den Mechanikern ausgeführt worden seien und der Kläger „fast ausschließlich“ Tätigkeiten ausgeübt habe, die das Fachwissen eines Karosseriebauers und entsprechende Schweißkenntnisse dringend erfordern. Der Beklagten hätte es obliegen, zunächst an dieser Stelle die genauen zeitlichen Anteile derartiger qualifizierter Tätigkeiten des Klägers darzulegen und alsdann auch vorzutragen, mit welchen restlichen Tätigkeiten der Kläger in welchem genauen zeitlichen Umfang ansonsten (nach ihrem Vortrag) beschäftigt gewesen seien soll und wie diese letzteren Arbeitsaufgaben bei einem Ausscheiden des Klägers angesichts der Auslastung anderer Mitarbeiter hätte erledigt werden sollen. Ohne eine derartige Substantiierung der Behauptung eines gänzlichen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers aufgrund der Fremdvergabe von Karosseriearbeiten stellt die von den Parteien beantragte Vernehmung mehrerer Zeugen eine unzulässige Ausforschung dar. Mithin reichen die Behauptungen der Beklagten nicht aus, die Kündigung zu rechtfertigen und verschließen sich einer erforderlichen Feststellung durch das Gericht.

2. Die Kündigung entfaltet daher keine Wirkung. Die Frage,

ob dieses Ergebnis auch aus dem Umstand folgt, dass der Kläger vor der Kündigung nicht angehört wurde, braucht nicht vertieft zu werden. Das erkennende Arbeitsgericht hat das Erfordernis einer Anhörung des Arbeitnehmers vor einer Kündigung in betriebsratslosen Betrieben in seiner Entscheidung vom 20.06.1998 (EZA § 242 Nr. 41) generell bejaht. An diesem Grundsatz hält die Kammer fest.

■ Arbeitsgericht Gelsenkirchen
vom 18. Januar 2007, 5 Ca 1689/06

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

Anmerkung des Einreichers zu Nr. 2 der Urteilsgründe:

Der erkennende Richter hatte bereits vor etlichen Jahren, insoweit verweist er zurecht auf seine Entscheidung aus dem Jahre 1998, für Aufsehen gesorgt und war dann einige Jahre nicht beim Arbeitsgericht in Gelsenkirchen tätig und zwar außerhalb der Gerichtsbarkeit. Nunmehr ist er zurückgekehrt und hält offensichtlich an seinem alten Grundsatz wieder fest.

311. Geschlechtsdiskriminierung, Beförderung, Anknüpfungstatsachen

1. Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung muss die Arbeitnehmerin gegebenenfalls Hilfstatsachen darlegen und unter Beweis stellen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen.

2. Alleine das Vorliegen einer Schwangerschaft bei der gegenüber einem männlichen Mitbewerber nicht berücksichtigten Bewerberin um eine Beförderungsstelle reicht hierzu nicht aus.

3. Unstreitige oder erwiesene Äußerungen des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten mit geschlechtsspezifischem Gehalt im Zusammenhang mit dem Besetzungsverfahren können solche Hilfstatsachen darstellen; dies war im Streitfall allerdings nicht gegeben, weil sich die Äußerungen über die „familiäre Situation“ der Bewerberin nicht auf die Beförderungsentscheidung selbst bezogen haben. (Leitsätze des Gerichts)

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 19. Oktober 2006, 2 Sa 1776/06

312. Klagefrist bei Schwangerschaft, § 4 Abs. 4 KSchG; (konkludente) nachträgliche Klagezulassung, Wirkung der Erklärung des Arbeitgebers über die Unwirksamkeit der Kündigung, Annahmefrist auf Fortsetzungsangebot, Substantiierungsgebot bei Bestreiten; Verlust des Abfindungsanspruchs nach § 1a KSchG bei verspäteter Klageerhebung, Berufungsfrist- und Begründung bei Urteil ohne Gründe

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen

betriebsbedingten Kündigung. Hilfsweise begehrt die Klägerin die Zahlung einer Abfindung in Höhe von 17.385,04 €. ... Im Frühjahr 2005 trat bei der Klägerin eine Schwangerschaft ein, die sie der Beklagten zunächst nicht mitteilte. Mit Schreiben vom 30.06.2005, über dessen Zugang die Parteien streiten, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31.10.2005. ...

Das Kündigungsschreiben enthielt ein Abfindungsangebot nach § 1a KSchG.

Unter dem vom 07.07.2005 schrieb der damalige Bevollmächtigte der Klägerin, sie sei bei Zugang der Kündigung schwanger gewesen und bot die Beendigung gegen eine höhere Abfindung an. ... Dieses Angebot lehnte die Beklagte am 12.07.2005 ... ab und erklärte zusätzlich folgendes:

„Da Frau A. zum Zeitpunkt des Zugangs unserer Kündigung am 30.06.2005 um 9:20 Uhr bereits, wie von Ihnen nachgewiesen, schwanger war, verstößt unsere Kündigung gegen § 9 MuSchG, so dass sie nichtig ist.

Nur rein vorsorglich teilen wir Ihnen daher mit, dass wir aus der Kündigung vom 30.06.2005 keine Rechte gegenüber Frau A. mehr herleiten und somit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen anbieten.

Wir fordern Frau A. auf, nach dem Ende der derzeit bestehenden Arbeitsunfähigkeit ihre Arbeit zu den ihr bekannten Arbeitszeiten im Hotel P. wieder aufzunehmen.“ ...

In einem Telefonat am 19.07.2005 ... reduzierte der Prozessbevollmächtigte die Abfindungsforderung auf 25.000,00 € und erklärte, er müsse bis Donnerstag Klage erheben, falls man sich heute nicht einige. Die Beklagte lehnte ab. ...

Am 05.08.2005 hat die Klägerin Kündigungsschutzklage erhoben und hilfsweise die Zahlung einer Abfindung in Höhe von 17.385,04 € verlangt. ...

Das Arbeitsgericht hat die Klage ... abgewiesen.

Das Urteil vom 17.11.2005 ist der Klägerin am 30.06.2006 zugestellt worden. Dagegen richtet sich ihre Berufung vom 18.04.2006. Am 15.05.2006 hat die Klägerin gerügt, dass das Urteil nicht innerhalb der 5-Monats-Frist abgefasst sei. Nach Zustellung des Urteils hat sie die Berufung mit Schriftsatz vom 31.07.2006 ergänzend begründet.

Entscheidungsgründe:

I. Die bezüglich des Feststellungsantrags zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet.

1. Soweit die Klägerin ihren Kündigungsschutzantrag weiter verfolgt, ist die Berufung zulässig.

a) Entgegen der Rechtslage vor der ZPO-Reform ist die 12-Monats-Frist des § 9 Abs. 5 ArbGG bei nicht erfolgter Zustellung des arbeitsgerichtlichen Urteils im Rahmen der Berufungsfrist nicht mehr anwendbar. § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, wonach die Fristen für Berufung und Begründung mit Zustellung des abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten seit der Verkündung zu laufen beginnen, stellt eine Spezialvorschrift zu § 9 Abs. 5 ArbGG dar. Fehlt es an der Zustellung eines vollständig abgefassten Urteils

eines Arbeitsgerichts, endet die Berufungsfrist folglich sechs Monate und die Berufungsbegründungsfrist sieben Monate nach Verkündung.

Grundsätzlich bedarf es auch keiner Zustellung der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe, um die Berufung ordnungsgemäß zu begründen. Es reicht die Auseinandersetzung mit den hypothetischen Entscheidungsgründen aus, um den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO zu genügen. Nur wenn dies nicht möglich ist, kann mit der Berufung angegriffen werden, dass das arbeitsgerichtliche Urteil nicht mit Gründen versehen ist (GmS OGB 27.04.1993 – GmS-OGB 1/92 – AP ZPO § 551 Nr. 21 = EzA ZPO § 551 Nr. 1; BAG, v. 28.10.2004 – 8 AZR 492/03 – AP Nr. 29 zu § 66 ArbGG 1979 = EzA § 66 ArbGG 1979 Nr 38).

b) Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze sieht das Gericht die am 18.04.2006 (Dienstag nach Ostern) rechtzeitig binnen 6 Monaten eingelegte Berufung der Klägerin als zulässig an, selbst wenn diese erst am 31.07.2006 und damit über 8 Monate nach der Verkündung begründet ist. Das Urteil vom 17.11.2005 ist der Klägerin erst am 30.06.2006 zugestellt worden, also über 7 Monate nachdem es vom Arbeitsgericht verkündet worden ist.

Es genügt im vorliegenden Fall allerdings ausnahmsweise, dass die Klägerin am 15.05.2006 gerügt hat, dass das Urteil nicht innerhalb der 5-Monats-Frist abgefasst sei. Eine den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO entsprechende hypothetische Auseinandersetzung mit den Gründen war angesichts der ungeklärten Rechtsfrage der Dreiwochen-Frist bei Schwangerschaft und der verschiedenen Erklärungen der Parteien zu der Kündigung vom 30.06.2005 nicht möglich. Das Protokoll über die Güteverhandlung kennzeichnet nur das entscheidungserhebliche Rechtsproblem. Es enthält aber keinen Hinweis auf den Lösungsweg des Gerichts. Das Urteil ist ausweislich der Sitzungsniederschrift in Abwesenheit der Parteien verkündet worden. Die Klägerin wäre darauf verwiesen, ihre erstinstanzliche Argumentation zu wiederholen, ohne diese auf die rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts zuschneiden zu können. Eine hypothetische Berufung hätte damit ihren Zweck nicht erreichen können. Sie kann deshalb nicht gefordert werden.

2. Die Berufung ist jedoch nicht begründet.

a) Die Kündigung vom 30.06.2005 gilt von Anfang an als wirksam, § 7 KSchG. Die Klägerin hat nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht, eine rechtswirksame Kündigung liege nicht vor. Die Kündigungsschutzklage ist beim Arbeitsgericht am 05.08.2005 eingegangen und damit über drei Wochen nach Zugang der Kündigung, und zwar gleich, ob dieser am 30.06.2005 oder erst am darauf folgenden Tage erfolgt ist.

Nach der ab dem 01.01.2004 geltenden Rechtslage genügt es nicht mehr, dass die Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft dem Arbeitgeber nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitteilt. Sie muss vielmehr nach neuem Recht zusätzlich innerhalb von

Kündigungsschutzrecht

drei Wochen Kündigungsschutzklage erheben (LAG Baden-Württemberg 15.08.2006 – 12 Ta 6/06). § 4 Satz 4 KSchG hebt die Klagefrist nicht auf. Soweit die Kündigung der Zustimmung der Behörde bedarf, läuft die Frist nach dem Wortlaut dieser Vorschrift zwar erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer (bzw. an die schwangere Arbeitnehmerin). Diese Norm ist allerdings teleologisch zu reduzieren für den Fall, dass die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber ihre Schwangerschaft vor Ausspruch der Kündigung nicht mitteilt. Hier besteht kein Schutzbedarf, weil der schwangeren Arbeitnehmerin klar war, dass der Arbeitgeber kein Zustimmungsverfahren in Gang setzen konnte (ErfK/Kiel, 7. Aufl., § 4 Rn 16c; Schmidt, NZA 2004, 79, 80).

Um die schwangere Frau dennoch hinreichend zu schützen, sieht § 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der ab dem 01.01.2004 geltenden Fassung des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (Bundes-Gesetzblatt I/3002f) einen besonderen Grund für die nachträgliche Zulassung der Klage vor, wenn eine Frau von ihrer Schwangerschaft aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist Kenntnis erlangt hat. Diese Vorschrift steht im inhaltlichen Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 MuSchG, wonach eine schwangere Frau binnen zwei Wochen ab Zugang der Kündigung eine ihr bekannte Schwangerschaft dem Arbeitgeber offenbaren muss, wenn sie sich auf den besonderen Kündigungsschutz des Mutterschutzgesetzes berufen will. Diese Vorschrift privilegiert die schwangere Arbeitnehmerin, der die tatsächlichen Umstände für den besonderen Kündigungsschutz unbekannt ist. Sie findet ihre Rechtfertigung in Art. 6 Abs. 4 des Grundgesetzes: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“ (LAG Baden-Württemberg 15.08.2006 – 12 Ta 6/06).

§ 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG wäre indes überflüssig, wenn sich die schwangere Arbeitnehmerin nach § 4 Satz 4 KSchG bis zur Grenze der Verwirkung auf eine ihr fehlende Kenntnis von den Umständen des Sonderkündigungsschutzes berufen könnte.

Dass diese Auslegung der Intention des Gesetzes entspricht, hat das BAG im Urteil vom 12.01.2006 (2 AZR 539/05 – NZA 2006, 1035 = EzA § 85 SGB IX Nr. 5) angedeutet: „Ein Arbeitnehmer, der demgegenüber dem Arbeitgeber einen Monat nach Zugang der Kündigung seine Schwerbehinderung mitteilt und zugleich Klage erhebt, hätte zwar die Monatsfrist eingehalten; die Kündigung wäre aber trotzdem wegen Versäumung der Frist des § 4 KSchG wirksam (so zutreffend *Etzel*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein 2006, S. 241, 254). Sinnvoll wäre es, wenn der Gesetzgeber möglichst gleichlautende Fristen für die Mitteilung der Schwangerschaft nach dem MuSchG als auch für die Mitteilung der Schwerbehinderung regeln würde.“ In allen Fällen muss also Klage binnen drei Wochen erhoben werden.

b) Die Kündigungsschutzklage ist nicht nachträglich zuzulassen.

Die Klägerin hat einen Antrag auf nachträgliche Zulassung

erstmalig mit der Berufungsbegründung am 31.07.2006 gestellt, und damit weit außerhalb der Zweiwochen-Frist des § 5 Abs. 3 KSchG.

Das Hindernis war mit ihrer eigenen Mitteilung der Schwangerschaft im Schreiben vom 07.07.2005 behoben.

Selbst wenn man aber den Antrag auf nachträgliche Zulassung in dem Schreiben vom 27.07.2005 sieht, mit dem die Beklagte ihr Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zurücknimmt, ist der Antrag bei Weitem verfristet. Denn in der verspäteten Klageerhebung liegt kein konkludenter Antrag auf nachträgliche Zulassung. An den Antrag sind zwar keine hohen Anforderungen zu stellen. Zumindest muss aber das Begehren der nachträglichen Zulassung deutlich werden, z.B. indem Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird oder sich in der Begründung entsprechende Ausführungen finden (vgl. ErfK/Kiel, § 5 KSchG Rn 18 m.w.N.). Hierfür besteht im vorliegenden Fall jedoch kein Anhaltspunkt. Im Gegenteil hat die Klägerin ursprünglich die (unzutreffende) Rechtsauffassung vertreten, wonach die Klage nach § 4 Satz 4 KSchG rechtzeitig erhoben sei und damit gerade nicht die Zulassung einer verfristeten Klage beantragt.

c) Die Parteien haben die Kündigung vom 30.06.2005 auch nicht einverständlich aufgehoben.

Soweit die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 12.07.2005 mitgeteilt hat, sie leite aus der Kündigung keine Rechte mehr her, liegt darin das Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitgeber kann eine zugegangene Kündigung nicht einseitig zurücknehmen (BAG, v. 17.04.1986 – 2 AZR 308/95 – AP BGB § 615 Nr. 40; ErfK/Müller-Glöge, § 620 BGB Rn 69; APS/Ascheid, 2. Aufl., § 4 KSchG Rn 126). Die Rücknahme ist selbst dann nicht einseitig möglich, wenn der Arbeitgeber zugleich erklärt, er halte die Kündigung für unwirksam (ErfK/Kiel, § 4 KSchG Rn 73). Die Klägerin hatte damit zu diesem Zeitpunkt die Wahl: Sie konnte einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zustimmen oder die Kündigungsfrist verstreichen lassen und von der Abfindungsoption nach § 1a KSchG Gebrauch machen.

Ein Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten annehmen (weitergehend APS/Ascheid, § 4 KSchG Rn 127: auch stillschweigend). Erklärt er sich aber nicht und erhebt er auch keine Klage nach § 4 KSchG, gilt die Kündigung in jedem Fall nach § 7 KSchG als wirksam (ErfK/Kiel, § 4 KSchG Rn 74 m.w.N.; APS/Ascheid, § 4 KSchG Rn 129). Das schriftliche Angebot auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kann nach § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Der Antrag erlischt nach § 146 BGB, wenn er abgelehnt oder nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird. Mit dem Erlöschen verliert der Antrag seine rechtliche Bindung.

Die Klägerin hat auf das Angebot der Beklagten, das Ar-

beitsverhältnis fortzusetzen, vom 12.07.2007 (Schreiben unter Datum vom Vortage) nicht reagiert. Sie hat stattdessen um eine höhere Abfindung verhandelt. Noch am 19.07.2005 hat ihr Prozessbevollmächtigter von der Beklagten eine Abfindung von 25.000,00 € gefordert. Die Forderung einer erhöhten Abfindung beinhaltet die Ablehnung des Angebotes auf Fortsetzung des Vertrages. Zudem konnte die Klägerin nicht damit rechnen, dass die Beklagte ihr Angebot über die Dreiwochen-Frist, also über den 27. bzw. 28.07.2006 hinaus, aufrechterhält. Die Ankündigung einer Klage für den Fall der Nichteinigung über die Abfindung führt nicht zum Abschluss eines Fortsetzungsvertrages für den Fall der Nichteinigung über eine Abfindung. Dies nämlich hatte die Beklagte nicht angeboten.

d) Das Arbeitsverhältnis hat mit Ablauf des 31.10.2005 geendet.

aa) Die Fiktionswirkung des § 7 KSchG erstreckt sich zwar nicht auf die Geltendmachung der zutreffenden Kündigungsfrist. Die unzutreffende Berechnung der Frist macht die ordentliche Kündigung nicht insgesamt unwirksam (BAG, v. 15.12.2005, NZA 2006, 791; v. 09. 02. 2006, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 56). Die Klägerin konnte sich folglich auch noch nach Ablauf der Dreiwochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG auf die Nichteinhaltung der nach ihrem Vortrag zutreffenden Frist berufen.

bb) Allerdings hat die Beklagte die Kündigungsfrist eingehalten. ...

Das Gericht muss davon ausgehen, dass das Kündigungsschreiben der Klägerin bereits am 30.06.2005 durch Einwurf in den Briefkasten ihrer Wohnung zugegangen ist (§ 130 BGB). Die Beklagte hat ihre Behauptung, das Kündigungsschreiben sei am 30.06.2006 um 9:20 Uhr durch den Boten P. in den Hausbriefkasten geworfen worden, durch Vorlage einer entsprechenden schriftlichen Zustellbestätigung substantiiert behauptet. Dabei hat der Bote auf Seite 2 einer Kopie des Kündigungsschreibens vermerkt: „Original gelesen und vermerkt“. Zusätzlich hat die Beklagte eine Rechnung der Fa. C. über eine Zustellung am 30.06.2005 überreicht. Vor diesem Hintergrund hätte die Klägerin konkret vortragen müssen, auf welche Weise ihr wann das Kündigungsschreiben zugegangen ist. Das ist unterblieben.

3. Die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des Abfindungsanspruchs ist ebenfalls unbegründet, wobei dahinstehen kann, ob sie überhaupt zulässig ist. Zweifel daran bestehen, weil die Klägerin im Berufungsverfahren die Auffassung vertritt, die Klage sei nachträglich zuzulassen; auf eine Begründung des Abfindungsanspruchs verzichtet sie vollständig.

a) Der Anspruch auf eine Abfindung nach § 1a Abs. 1 Satz 1 KSchG setzt voraus, dass der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG kündigt und der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG keine Klage auf Feststellung erhebt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.

Die einseitige Erklärung des Arbeitgebers ist rechtsgeschäftlicher Natur und bedarf keiner Annahme durch den Arbeitnehmer. Der Anspruch entsteht damit nicht durch Vertrag zwischen der Arbeitsvertragsparteien, sondern durch eine mit der Kündigung verbundene Erklärung des Arbeitgebers (§ 1a Abs. 1 Satz 2 KSchG) und dem anschließenden prozessualen Verhalten des Arbeitnehmers, nämlich dem Verstreichenlassen der Klagefrist. Nach dem Sinn und Zweck des § 1a KSchG ist der Anspruch auf Zahlung der Abfindung nicht bleibend entstanden, wenn die Klagefrist verstrichen ist, der Arbeitnehmer aber einen Antrag auf nachträgliche Zulassung stellt, und zwar unabhängig davon, ob der Antrag ohne Erfolg bleibt (ErfK/Ascheid/Oetker, § 1a KSchG Rn 7; Raab, RdA 2005, 1, 9). Dasselbe gilt, wenn nachträglich doch noch um den dauerhaften Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gestritten wird. Der Tatbestand des § 1a Abs. 1 KSchG ist für diese Fälle teleologisch zu reduzieren. Die durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt mit Wirkung ab 01.01.2004 geltende Regelung sollte angesichts der Tatsache, dass es in Kündigungsschutzprozessen häufig zu vergleichweisen Regelungen mit Abfindungsvereinbarungen kommt, eine „einfach zu handhabende, moderne und unbürokratische Alternative zum Kündigungsschutzprozess“ schaffen (Begründung zum Regierungsentwurf BT-Drucksache 15/1204).

b) Die Klägerin kann folglich die ihr zugesagte Abfindung nicht mehr beanspruchen, nachdem sie Kündigungsschutzklage erhoben hat, obwohl die Dreiwochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG bereits abgelaufen ist und sich ihre Rechtsauffassung, die Klage sei nach § 4 Satz 4 KSchG rechtzeitig erhoben worden, nach den Feststellungen unter I. der Gründe als fehlerhaft erwiesen hat.

II. Die Zulassung der Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung erfolgt.

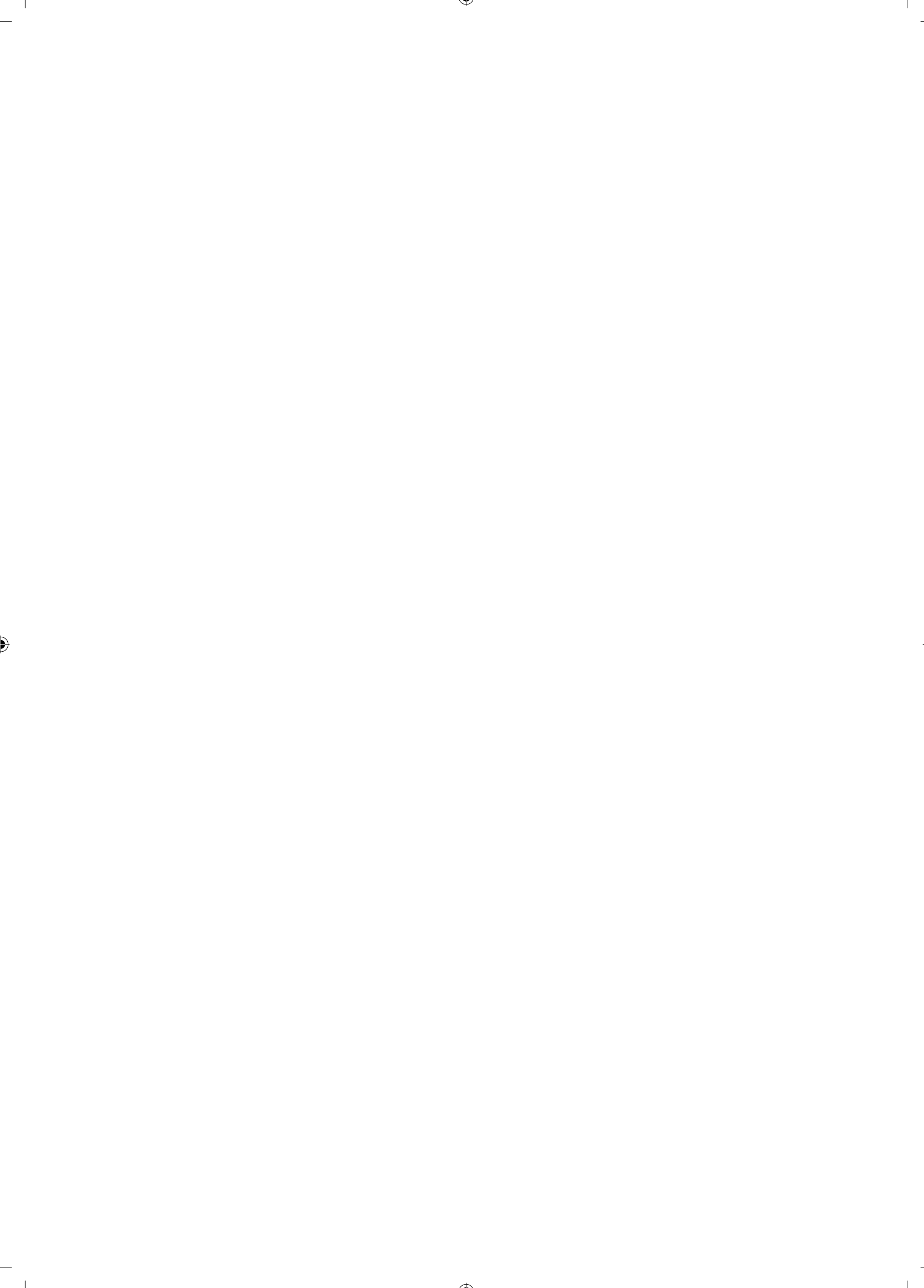
■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 22. Januar 2007, 5 Sa 626/06

eingereicht von Rechtsanwalt Heinz Kistner, Königstraße 50 A, 30175 Hannover, Tel.: 0511/99077-0, Fax: 99077-77
ra.kistner@kistnerkorb.de

313. Krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung

1. Bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung aufgrund tarifvertraglicher Vorschriften kann nur im Ausnahmefall auch eine krankheitsbedingte außerordentliche Kündigung in Betracht kommen. An eine Kündigung wegen Erkrankung des Arbeitnehmers ist allerdings schon bei einer ordentlichen Kündigung ein strenger Maßstab anzulegen, so dass nur in eng zu begrenzenden Ausnahmefällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem kranken Arbeitnehmer für den Arbeitgeber unzumutbar sein kann (BAG, v. 9.07.98, Az.: 2 AZR 201/98). Die Prüfung einer krankheitsbedingten Kündigung in drei Stufen, negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes, erhebliche Beeinträchtigungen der betrieblichen Interessen durch die



prognostizierten Fehlzeiten und Interessenabwägung muss den hohen Anforderungen Rechnung tragen, die an eine außerordentliche Kündigung zu stellen sind.

2. Ein wichtiger Grund für den Ausspruch einer krankheitsbedingten, außerordentlichen Kündigung ist dann gegeben, wenn ein Fall der krankheitsbedingten dauernden Unfähigkeit des Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, vorliegt. Auch erhebliche Fehlzeiten in der Vergangenheit reichen wegen der erhöhten Anforderungen bei Vorliegen einer außerordentlichen, krankheitsbedingten Kündigung für die Annahme nicht aus, dass der Arbeitnehmer auch künftig in erheblichem Ausmaße wegen Krankheit fehlen wird. Diese Indizwirkung, wie sie es bei der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung gibt, fällt bei der außerordentlichen aufgrund der erhöhten Anforderungen weg.

■ Arbeitsgericht Freiburg – Kammern Offenburg

vom 6. April .2006, 15 Ca 233/05

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

314. Kündigung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH durch die Mitgeschäftsführer bei Abschluss des Anstellungsvertrages mit der KG zulässig.

Aus den Gründen: ...

II. ... 2) ... a) ... Zwar ist für die Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers nach § 46 Nr. 5 GmbHG allein die Gesellschafterversammlung zuständig (dazu LAG Köln, Urt. v. 21.04.2001, 8 (13) Sa 136/03, Ls. 2 und Rz 88). Vorliegend ist der Anstellungsvertrag jedoch nicht zwischen dem Kläger und der früheren Beklagten zu 2., also der GmbH, geschlossen worden, sondern mit der Beklagten und damit der KG. Deswegen findet § 46 Nr. 5 GmbHG keine Anwendung. Da es für die KG keine entsprechende Regelung im HGB gibt, finden die allgemeinen Grundsätze über die Vertretung in einer KG Anwendung. In der KG obliegt die Vertretung nach § 161 II, 170, 125 HGB dem persönlich haftenden Gesellschafter. Die Zustimmung der Kommanditisten zur Geschäftsführung ist nach § 164 S. 1 HGB nur dann erforderlich, wenn es sich um Handlungen handelt, die über den gewöhnlichen Betrieb eines Handelsgewerbes hinausgehen (*Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 164 Rz 6). Außergewöhnlich sind in diesem Sinn die nach Gegenstand, Umfang, Bedingungen oder Dauer aus dem Rahmen fallende, potentiell gefährliche Geschäfte (*Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 31. Auflage 2003 Rz 2). Darunter fällt nicht die Kündigung eines von mehreren Geschäftsführern. Dies ergibt ein Vergleich mit der für die oHG geltende Regelung des § 116 III HGB, der lediglich für die Bestellung eines Prokuristen eine Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter vorsieht, nicht jedoch für den Widerruf der Prokura.

Da eine Zustimmung der Kommanditisten hiernach nicht er-

forderlich ist und diese zur Vertretung der KG nicht berufen sind, war die Komplementärin, vertreten durch ihre Geschäftsführer, dazu berufen, über die Kündigung eines Geschäftsführers zu entscheiden. Nur wenn es sich bei dem zu kündigenden Geschäftsführer um den einzigen Geschäftsführer der Komplementärin gehandelt hätte, was hier nicht der Fall ist, wäre auf die Gesellschafter der Komplementär GmbH zurückzugreifen gewesen (*Breitfeld*, in: Sudhoff, GmbH & Co KG, 2000, § 15 Rz 101).

■ Oberlandesgericht Düsseldorf

vom 28. September 2005, I-15 U 158/04

315. Kündigung in der Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes, Verzicht auf Probezeit, unter Umständen Kündigungsschutz von Vertragsbeginn an.

Wird ein Arbeitnehmer auf besonderen Wunsch eines Kunden des Arbeitgebers eingestellt und verzichten die Arbeitsvertragsparteien ausdrücklich auf die Vereinbarung einer Probezeit, weil der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber auch aufgrund einer früheren Beschäftigung bekannt ist, so kann darin eine stillschweigende Übereinstimmung liegen, dass der Arbeitnehmer auch in den ersten 6 Monaten nur aus solchen Gründen gekündigt werden darf, die im Sinne von § 1 KSchG anzuerkennen sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 15. Dezember 2006, 9 Ta 467/06

316. Kündigung in der Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes bei Verzicht auf Probezeit, kein Kündigungshindernis wegen Abwerbung

Entscheidungsgründe: ...

Das Arbeitsgericht hat insbesondere zu Recht darauf abgestellt, dass auch dann, wenn ein Abwerben durch die Beklagte erfolgt sein sollte, allein durch diesen Umstand noch kein erhöhter Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis zustande kommt. Gerade in dieser Situation hat der Arbeitnehmer, an dem der neue Arbeitgeber ein so hohes Interesse hat, eine bessere Verhandlungsmöglichkeit, Vorstellungen im Vertragsinhalt wirksam werden zu lassen, während das Interesse des Arbeitgebers gerade nicht so hoch ist. Wenn als Ergebnis der Verhandlung erreicht wird, dass eine Probezeit entfällt, so hat dies für den Kläger bereits einen weitergehenden Bestandsschutz dadurch bewirkt, dass der Arbeitgeber auf verkürzte Kündigungsfristen nicht zurückgreifen kann, sondern die dem Kläger eingeräumte Kündigungsfrist, die die gesetzlichen Vorgaben deutlich überschreitet, zu beachten. Eine weitergehende Bedeutung wird diesem Verzicht auf die Probezeit auf Seiten der Berufungskammer nicht beigemessen. ...

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 18. Mai 2006, 6 Sa 962/05

Kündigungsschutzrecht

317. Kündigung, Schwerbehinderter, Ermessensspielraum des Integrationsamtes, Umfang des Prüfungsrechts hinsichtlich der Kündigungsgründe?

Entscheidungsgründe: ... Wie das Bundesverwaltungsgericht mehrfach hervorgehoben hat, gewinnt im Rahmen der Ermessensentscheidung der Schwerbehindertenschutz dann an Gewicht, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Gründe gestützt wird, die in der Behinderung selbst ihre Ursache haben, so dass an eine Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen zu stellen sind, um auch den im Schwerbehindertenrecht zum Ausdruck gekommenen Schutzgedanken der Rehabilitation verwirklichen zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.10.1995, 5 C 94.93, DÖV 1996, 830/831 m.w.N.), während die Belange des Schwerbehinderten um so geringer zu gewichten sind, je weniger ein Zusammenhang zwischen Behinderung und Kündigung besteht.

Ist der Schwerbehinderte krankheits- oder behinderungsbedingt nicht zur Fortsetzung der Arbeit am bisherigen Arbeitsplatz in der Lage, sind an die Zumutbarkeitsgrenze beim Arbeitgeber besonders hohe Anforderungen zu stellen, um auch den im Schwerbehindertengesetz zum Ausdruck gekommenen Schutzgedanken der Rehabilitation verwirklichen zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.10.1971, V C 78.70, BVerwGE 39, 36/38; Beschluss vom 18.9.1989, 5B 100.89, Buchholz 436.61, § 15 SchwbG 1986, Hr. 2). In diesem Fall sind insbesondere betriebliche Umsetzungsmöglichkeiten für den Schwerbehinderten zu prüfen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11.9.1990, 5 E 63.90, Buchholz 436.61, § 15 SchwbG, Nr. 4). Dabei ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, dem Schwerbehinderten einen Alternativarbeitsplatz freizukündigen, dass der Schwerbehinderte grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, dass der Arbeitgeber einen anderen Beschäftigten entlässt, um für den Schwerbehinderten einen Alternativarbeitsplatz zu schaffen (vgl. Beschluss vom 11.9.1990, 5 B 63.90, Buchholz 436.61, § 15 SchwbG 1986, Nr. 4; Beschluss vom 11.6.1992, 5 B 16.92, Buchholz 436.61, § 15 SchwbG 1986, Nr. 5). Zuzumuten ist dem Arbeitgeber, den Schwerbehinderten nach Möglichkeit umzusetzen, d.h. ihm im Rahmen der vorhandenen Arbeitsplätze einen geeigneten anderen Arbeitsplatz zuzuweisen, wobei das Bemühen um einen anderen geeigneten Arbeitsplatz von fürsorgerischem Denken und Fühlen getragen sein muss.

Diesen Grundsätzen werden die Entscheidungen des Integrationsamtes nicht gerecht. Die Bescheide gehen zum Teil von einem unrichtigen Sachverhalt aus, berücksichtigen einseitig die Interessen der Beigeladenen bzw. stellen im Hinblick auf Umsetzungsmöglichkeiten überhaupt keine Überlegungen an, so dass insoweit ein vollständiger Ermessensausfall vorliegt.

Das Integrationsamt führt entsprechend der Antragstellung durch die Beigeladene in den angefochtenen Bescheiden aus,

dass der neuerliche Rückfall im Jahr 2005 für die Beigeladene letztendlich den Grund für die Kündigung darstellt und diese deshalb in der Behinderung selbst ihre Grundlage findet. Ein dauerndes Unvermögen, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, wird aber weder aus den Akten erkennbar noch wird dies konkret durch die Beigeladene dargelegt. Insbesondere liegen keine erheblichen krankheitsbedingten Ausfallzeiten vor, die eine Kündigung aus behinderungsbedingten Gründen rechtfertigen würde. Denn geschuldete Arbeitsleistung ist nicht, wovon offenbar sowohl Integrationsamt als auch Beigeladene ausgehen, die Tätigkeit als Schwimmmeister im Hallenbad ... im Rahmen der Badeaufsicht, sondern diejenige, wie sie durch Änderungsvertrag des Arbeitsvertrags vom 13. März 1979 und vom 24. Februar 2004 ihren Niederschlag gefunden hat. Darin wird auf Grund des entsprechenden Stadtratsbeschlusses vom 19. Februar 2004 der Kläger von seiner Funktion als stellvertretender Betriebsleiter und der Badeaufsicht entbunden und nach Vergütungsgruppe VI b BAT herabgruppiert. Dass er diese nunmehr arbeitsvertraglich geschuldete Leistung, wobei er in der Technik Beschäftigung gefunden hat, nicht erbringen könnte bzw. erbracht hat, wird weder substantiiert vorgetragen noch sonst erkennbar. Wenn die Beigeladene nunmehr vorträgt, dass diese Maßnahme auf zwei Jahre befristet gewesen sein sollte, so mag dies wohl Motivation für die Beigeladene gewesen sein, wie sich aus einem Aktenvermerk vom 12. Februar 2004 entnehmen lässt, ist dies jedoch nicht Vertragsbestandteil geworden, der von beiden Vertragsparteien unterzeichnet worden wäre. Darüber hinaus befremdet in diesem Zusammenhang, wenn die Beigeladene entgegen ihrer eigenen Absicht, diesen Zeitrahmen von zwei Jahren nicht eingehalten hat. Dass der Kläger auf dem zuletzt innegehabten Arbeitsplatz keine konkrete Beschäftigung gehabt hätte bzw. die Beigeladene ihn quasi nur „durchgeschleppt“ hätte, wird nicht ersichtlich. Für eine behinderungs- bzw. krankheitsbedingte Kündigung wäre aber die Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung mit negativer Zukunftsprognose erforderlich.

Es liegt auf der Hand, dass ein Verstoß gegen das Alkoholverbot am Arbeitsplatz durchaus eine Kündigung rechtfertigen kann. Dies aber wird dem Kläger konkret so nicht zum Vorwurf gemacht, sondern vielmehr die Alkoholkrankheit an sich, die er trotz mehrerer Versuche und trotz Aufforderung seitens der Beklagten offenbar bisher nicht in den Griff bekommen konnte, so dass es zum Rückfall gekommen ist. In diesem Zusammenhang hätte es die erforderliche Interessenabwägung geboten, auf die Möglichkeiten der Suchttherapie einzugehen, wie sie in der betriebsärztlichen Stellungnahme aufgezeigt und in dieser Form offenbar seitens des Klägers noch nicht durchgeführt wurden. Die Vorgehensweise der Beigeladenen lässt fürsorgerisches Denken und Fühlen, was Grundlage des Schwerbehindertengesetzes (jetzt SGB IX) ist, vermissen. Auch auf Grund der langjährigen Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen wäre es geboten gewesen, dem fürsorgerischen Gedanken des SGB IX in ausreichendem

Maße Rechnung zu tragen und nicht in dem Zeitpunkt die Kündigung auszusprechen, als – auf eigenen Wunsch des Klägers – die Ergebnisse der Blutalkoholbestimmung auf einen Rückfall hindeuteten, ohne dass der von der Beigeladenen angedachte zweijährige Versuch überhaupt abgeschlossen gewesen wäre. Es ist dem Arbeitgeber grundsätzlich zuzumuten, gewisse Einschränkungen im betrieblichen Ablauf wegen behinderungsbedingter Gründe hinzunehmen. Dass erhebliche Einschränkungen im Betrieb der Beigeladenen aufgetreten wären, wurde substantiiert nicht vorgetragen. Insgesamt ist festzustellen, dass insoweit das Integrationsamt einseitig die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt hat und die Belange des schwer behinderten Arbeitnehmers nicht in ausreichendem Maß Berücksichtigung gefunden haben.

Im Hinblick auf Umsetzungsmöglichkeiten für den Kläger liegt ein vollständiger Ermessensnichtgebrauch vor. Das Integrationsamt hat offenbar auf Grund der durch den AMD TÜV festgestellten negativen Gesundheitsprognose verkannt, dass Umsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der Abwägung hätten überprüft werden müssen. Denn eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit zusätzlicher negativer Gesundheitsprognose, ist, wie ausgeführt, gerade vorliegend nicht gegeben.

Nach alledem steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass die angefochtenen Bescheide ermessensfehlerhaft (§ 114 VwGO) sind, weil sie einseitig die Interessen der Beigeladenen und die Belange des Klägers nicht hinreichend berücksichtigen. Die Entscheidung des Integrationsamtes, die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslauffrist des mit dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnisses zu erteilen, wird den Zielsetzungen des Schwerbehindertengesetzes nicht gerecht. Die angefochtenen Bescheide sind deshalb rechtswidrig und daher aufzuheben.

■ Bayerisches Verwaltungsgericht Ansbach

vom 8. Februar 2007, AN 14 K 06.02713

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Reitbahn 3, 91522 Ansbach, Tel.: 0981/971270-0, Fax: 0981/971270-30 harprecht@t-online.de; www.rechtsanwaelte-harprecht.de

318. Kündigung gegenüber Mitglied der Mitarbeitervertretung, kirchliches Arbeitsrecht, Verhinderung der Amtsausübung durch Interessenkollision

1. Ein Mitglied einer kirchlichen Mitarbeitervertretung (MAV) ist sowohl von der Teilnahme an der Sitzung der MAV als auch von der Abstimmung ausgeschlossen, wenn die MAV über eine beabsichtigte Maßnahme des Dienstgebers zu entscheiden hat, durch die es selbst unmittelbar betroffen ist.

2. Das von der Beratung und Abstimmung ausgeschlossene Mitglied der Mitarbeitervertretung gilt in einem solchen Fall als verhindert im Sinne von § 13b Abs. 2 MAVO, so dass an seine Stelle ein Ersatzmitglied als Vertreter/in tritt.

3. Besteht die Mitarbeitervertretung nur aus einer Person, so muss, wenn diese als verhindert gilt, der Dienstgeber das Verfahren zur Anhörung und Mitberatung der Mitarbeiterver-

tretung anlässlich der beabsichtigten Kündigung gegenüber dem nächstberechtigten Ersatzmitglied einleiten und diesem schriftlich die Kündigungsabsicht und die Gründe hierfür mitteilen.

4. Fehlen auf der von einer katholischen Kirchengemeinde ausgesprochenen Kündigung entgegen § 14 NWVermVerwG sowohl die Unterschrift des Kirchenvorstandsvorsitzenden oder seines Stellvertreters als auch die Beidrückung des Amtssiegels, ist die Kündigung nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

■ Arbeitsgericht Essen

vom 15. Dezember 2006, 2 Ca 3652/05

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/94848-0, Fax: 9484820 info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

Anmerkung zum Verfahrensgang:

In dem vor dem LAG Düsseldorf unter dem Az. – 5 Sa 368/07 – anhängigen Berufungsverfahren haben sich die Parteien durch Vergleich gem. § 278 VI ZPO auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Wege einer ordentlichen, arbeitgeberseitigen Kündigung gegen Abfindungszahlung etc. geeinigt.

319. Kündigung, Schriftform, Anforderungen an die Unterschrift, Kündigungsfrist, zulässige Länge der Probezeit

Tatbestand:

Mit der Klage wendet sich der Kläger gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses.

... Der Kläger war ... als gewerblicher Arbeitnehmer ... beschäftigt. ...

Der Arbeitsvertrag ... war befristet ... und enthielt die Vereinbarung einer sechsmonatigen Probezeit mit einer Kündigungsfrist während der Probezeit von 2 Wochen. Mit Schreiben vom 27.06.06 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 13.07.06. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Kündigung vom 27.06. wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 623 BGB unwirksam sei. Das Kündigungsschreiben enthalte nicht eine Unterschrift gem. § 126 BGB. Das Kündigungsschreiben sei nicht durch einen ausgeschriebenen Namen unterzeichnet. Es würde lediglich eine Paraphe enthalten. ... Der Kläger ist ... der Auffassung, dass die Beklagte nicht mit der Kündigungsfrist von zwei Wochen während einer Probezeit das Arbeitsverhältnis beenden konnte, sondern nur aufgrund der gesetzlichen Kündigungsfrist von vier Wochen zum Wochenende gem. § 622 Abs. 1 BGB. Eine Probezeitvereinbarung von 6 Monaten bei der einfachen Tätigkeit des Klägers als gewerblicher Arbeitnehmer sei unzulässig und deshalb sei das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nur beendet worden aufgrund der gesetzlichen Frist, d. h. zum 31.08.06. ...

Entscheidungsgründe: (eigene Ordnungszahlen) ...

1. Nach Auffassung der Kammer enthält das Schreiben vom 27.06.06 keine wirksame Unterschrift, die den Anforderungen des § 126 BGB und der entsprechenden Rechtsprechung

Betriebsverfassungsrecht

entspricht. Wegen dieses Formmangels ist deshalb die Kündigung gem. § 126 rechtsunwirksam. Bei der Unterschrift kommt es nach der Rechtsprechung nicht auf die Lesbarkeit des Namens an. Der Schriftzug muss aber Andeutungen von Buchstaben erkennen lassen (vgl. BGH v. 29.10.1987, NJW 1987, 1333 u. BGH v. 22.10.1993, NJW 1994, 55). Die Unterschrift unter dem Kündigungsschreiben muss nach dieser Rechtsprechung einen kennzeichnenden individuellen Schriftzug aufweisen, der einmalig ist und entsprechende charakteristische Merkmale aufweist. Es müssen zumindestens einzelne Buchstaben erkennbar sein, die für eine Namensunterschrift und nicht für eine Paraphe sprechen.

Nach Auffassung der Kammer ist das unter Berücksichtigung der Unterzeichnung des Kündigungsschreibens vom 27.06.06 nicht der Fall. Aus diesem Schriftzug lassen sich keineswegs deutlich einzelne Buchstaben erkennen, wenn überhaupt ist der Anfang der Unterzeichnung ein Bruchstückhaftes „S“, weitere Buchstaben in Bezug auf den Namen sind aus diesem Schriftzug nach Auffassung der Kammer nicht erkennbar. Aus diesen Gründen liegt keine wirksamer Namenszug vor und die Kündigungserklärung ist nach § 126 BGB rechtsunwirksam.

2. Das Arbeitsverhältnis ist jedoch rechtswirksam durch die zweite Kündigung vom 28.07.06 aufgelöst worden. ... Das Arbeitsverhältnis ist jedoch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht durch eine zweiwöchige Kündigungsfrist während der vereinbarten Probezeit aufgelöst worden. Vielmehr ist das Arbeitsverhältnis aufgrund der gesetzlichen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende, d. h. zum 31.08.06 aufgelöst worden.

Nach Auffassung der Kammer ist die Vereinbarung einer 6-monatigen Probezeit für die relativ einfache Tätigkeit des Klägers als Transportmitarbeiter unwirksam. Die Dauer der Probezeit unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Probezeit und öle Anforderungen an den Arbeitsplatz müssen in einem entsprechenden Verhältnis stehen (vgl. *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., Anm. 13 zu § 40).

Im Zeitpunkt der Kündigung vom 28.07.06 war der Kläger mehr als 5 Monate bereits für die Beklagte tätig. Eine derartige Probezeit ist in jedem Fall nach Auffassung der Kammer zu lang und damit nicht wirksam. Aus diesem Grunde muss die Beklagte die gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Monatsende einhalten. Aus diesen Gründen ist gemäß dem gestellten Antrag die Klage im vollem Umfang begründet.

■ Arbeitsgericht Bielefeld

vom 8. Februar 2007, 1 Ca 1781/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Heinrich Gossen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück,

Tel.: 05242/9204-0, Fax: 05242/9204-48

rechtsanwaelte@societaet-phg.de; www.societaet-phg.de

320. Verdachtskündigung, Diebstahl, Kundendienstmonteur, typische Schutzbehauptung

1. Lässt sich ein Kundendienstmonteur dahin ein, er habe die von ihm über das Internetauktionshaus eBay verkauften Telekommunikationsartikel der gleichen Art, wie er sie bei seiner dienstlichen Tätigkeit zu verwenden hat, von unbekannt Personen auf Flohmärkten erworben und in öffentlichen Müllbehältern gefunden, so handelt es sich um eine in solchen Fällen typische Schutzbehauptung.

2. Das Anpreisen der angebotenen Telekommunikationsartikel als „neu“ und „originalverpackt“, das Einstellen der Artikel mit sehr niedrigen Startpreisen, die fehlende Vorlage von Verkaufsbelegen sowie das Erzielen einer sehr hohen Anzahl von positiven Urteilen in der Bewertungsplattform des Internetauktionshauses eBay sind Indizien für einen dringenden Diebstahlsverdacht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 16. Januar 2007, 9 Sa 1033/06, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ: 2 AZN 541/07

Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

321. Beschlussverfahren, internationale Zuständigkeit, Europäischer Betriebsrat, Vertreterwahl

1. In einem Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 3b ArbGG kann die abgesonderte Verhandlung über die Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit gemäß § 280 Abs. 1 ZPO angeordnet werden.

2. Für die Überprüfung der ordnungsgemäßen Wahl der inländischen Vertreter eines in einem außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Europäischen Betriebsrats sind gemäß § 82 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 2 Abs. 4 EBRG die deutschen Arbeitsgerichte international zuständig.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 15. Dezember 2005, 11 TaBV 47/05, Rechtsbeschwerde zugel.

322. Betriebsänderung, einstweilige Verfügung auf Unterlassung, wesentlicher Betriebsteil

Aus den Gründen: ... II. ...

1. Der Antrag des Beteiligten zu 1. ist zulässig.

Der Betriebsrat kann ihm nach § 111 S. 1 BetrVG materiell-rechtlich zustehende Ansprüche auf Beratung und Unterrichtung, sofern das Verhalten des Arbeitgebers diese zu vereiteln droht, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgen (s. nur *Fitting*, u.a., BetrVG, 23. Aufl., § 111 Rn 138). ...

§ 938 Abs. 2 ZPO eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, zur Sicherung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats vorübergehend die Maßnahmen zu untersagen, die bereits die Betriebsänderung ausmachen, wie etwa den Abtransport von

Maschinen oder den Ausspruch von Kündigungen (*Fitting* u.a., a.a.O.; LAG Hamburg, v. 27.6.1997, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 15; ArbG Hamburg, v. 6.1.2005, Az.: 25 GaBV 2/04). Im Falle einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG besteht gegenüber dem Betriebsrat eine Rechtspflicht, mit der Betriebsänderung zu warten, bis alle Einigungsmöglichkeiten erschöpft sind. Das Beteiligungsverfahren soll dem Betriebsrat nämlich die Möglichkeit sichern, bis ggf. in die Einigungsstelle Argumente vorzutragen zu können. Der Betriebsrat kann verlangen, dass betriebsändernde Maßnahmen unterbleiben, bis die Einigung endgültig gescheitert ist. Unterlassungsansprüche sind nur dann ausgeschlossen, wenn das BetrVG besondere Verfahren zur Verfügung stellt, die so weitreichend und wirksam sind, dass sie als abschließende Regelung angesehen werden müssen. Daran fehlt es jedoch vorliegend. Denn der Betriebsrat kann seine Vorstellungen über die Durchführung der Betriebsänderung dann nicht mehr anbringen, wenn der Arbeitgeber einseitig vollendete Tatsachen schafft. Insoweit stellt auch § 113 BetrVG keine ausreichende Sicherung dar, weil diese Vorschrift nicht als ausreichendes Äquivalent für die durch einen Interessenausgleich möglicherweise zu vermeidenden Nachteile anzusehen ist. Insoweit ist die von der Beteiligten zu 2. vertretene Gegenauffassung unzutreffend (s. auch LAG Hamburg, v. 26.6.1997, a.a.O.).

Der Beteiligte zu 1. hat seinen Vortrag durch eine eidesstattliche Versicherung seines Mitglieds X unter dem Datum des 19. Januar 2007 (Bl. 20 ff. d. A.) glaubhaft gemacht.

Der Antrag ist begründet.

a) Ein Verfügungsanspruch ist gegeben. ...

Unter Einschränkung des Betriebes ist eine Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Betriebes zu verstehen, die sowohl durch eine Verringerung der sächlichen Betriebsmittel als auch durch eine Einschränkung der Zahl der Arbeitnehmer bedingt sein kann (BAG, v. 28.4.1993, AP Nr. 32 zu § 111 BetrVG 1972). Erfasst sind dabei nicht nur Maßnahmen des Personalabbaus, sondern auch z. B. das Ausrangieren von Arbeitsmitteln wie z. B. der Verkauf oder die Verschrottung von Lkw's (*Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, 10. Aufl., § 111 Rn 40). Eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG liegt aber nur dann vor, wenn die Einschränkung einen wesentlichen Teil des Betriebes betrifft. Das BAG stellt dabei sowohl auf eine quantitative als auch auf eine qualitative Betrachtungsweise ab. In der primär quantitativen Betrachtung hebt das BAG darauf ab, ob in dem Betriebsteil ein erheblicher Teil der Arbeitnehmer des Gesamtbetriebs beschäftigt ist. Dafür zieht das Gericht die Zahlen- und Prozentangaben in § 17 Abs. 1 KSchG als Maßstab heran. Dies bedeutet in quantitativer Hinsicht, dass in Betrieben mit 60 bis 499 Arbeitnehmern mindestens 10 % der Arbeitnehmer von der Betriebsänderung betroffen sein müssen (BAG, v. 7. August 1990, AP Nr. 34 zu § 111 BetrVG 1972). Unabhängig von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer hat das BAG einen wesentlichen Betriebsteil dann angenommen, wenn dieser wirtschaftlich gesehen für den Gesamtbetrieb von

erheblicher Bedeutung ist oder er erhebliche Bedeutung für den Gesamtbetrieb und die Erfüllung seiner arbeitstechnischen Zwecke hat (BAG, v. 26.12.1888, AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972; BAG, v. 7.8.1990 a.a.O.). Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur dahingehend, dass es sich bei dem wesentlichen Betriebsteil nicht um einen in sich abgeschlossenen und relativ selbständig organisierten Teil des Betriebes handeln muss (s. nur *Richardi (-Annuß)*, BetrVG, 10. Aufl., § 111 Rn 82).

Werden bestimmte Funktionen – wie vorliegend – auf eine Fremdfirma ausgelagert, so kommt es darauf an, ob es sich nur um schlichte Hilfsfunktionen, wie z. B. Reinigung oder Kantinenbetrieb handelt, oder ob primäre Funktionen tangiert sind (*Däubler* u.a., a.a.O., § 111 Rn 42a; ArbG München, v. 22.2.2000, AiB 2000, S. 766).

Im Streitfall ist die Auslieferung, die in der Betriebsstätte A. der Beteiligten zu 2. angesiedelt ist, als wesentlicher Betriebsteil anzusehen. Dies ergibt sich zwar nicht aus einer quantitativen Betrachtungsweise, da lediglich 15 Auslieferungsmitarbeiter von der Betriebsänderung betroffen und insoweit die Zahlenstaffeln des § 17 KSchG nicht erreicht sind, jedoch aus einer qualitativen Betrachtung. Bei der Beteiligten zu 2. handelt es sich um ein Unternehmen des Möbeleinzelhandels, das direkt zum Endverbraucher liefert. Die Auslieferung hat insoweit unter Dienstleistungsgesichtspunkten Primärfunktion und nicht lediglich unterstützende Funktion. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Beteiligte zu 2. als Auslieferungsfahrer überwiegend ausgebildete Tischler beschäftigt, nämlich 10 von 15 Auslieferungsmitarbeitern. Der Beteiligten zu 2. geht es – gerade in dem relativ hochpreisigen Segment, in dem sie agiert – um in jeder Hinsicht zufriedene Kunden. Sie setzt deshalb nicht einfache Kraftfahrer ein, sondern bietet Serviceleistungen unmittelbar beim Endverbraucher an, die auch das Aufstellen und die Montage der Möbel mit erfassen können. Zudem sind von der Fremdvergabe der Auslieferung auch die 7 Auslieferungsfahrzeuge der Beteiligten zu 2. betroffen. Auch wenn das Schicksal der Auslieferungsfahrzeuge noch nicht geklärt ist – wie die Beteiligte zu 2. vorträgt –, ist dem Betriebsrat im Rahmen von Interessenausgleichsverhandlungen die Möglichkeit zu geben, seine Vorschläge zur Gestaltung der Betriebsänderung zu unterbreiten. Jedenfalls ist die Auslieferung nicht als bloßes Anhängsel des operativen Geschäfts anzusehen.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich auch, dass die Fremdvergabe der Auslieferung als grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG anzusehen ist. Auch hier ist darauf abzustellen, ob eine Primärfunktion des Unternehmens betroffen ist oder lediglich eine weniger zentrale Tätigkeit (*Däubler* u.a., a.a.O., § 111 Rn 82; ArbG München, v. 22.2.2000, a.a.O.). So hat das Arbeitsgericht München in der vorgenannten Entscheidung die Ausgliederung der Reinigungsleistungen in einem Hotelbetrieb an Dritte als den Kernbereich der Betriebsorganisation betreffend verstanden. Selbst wenn die Zahlengrenzen

Betriebsverfassungsrecht

für einen Personalabbau, der eine Betriebsänderung darstelle, noch nicht erreicht seien, liege in der Ausgliederung der Zimmerreinigung in einem Hotelbetrieb eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 Satz 2 Nr. 4 BetrVG. Zwar habe das BAG in der Entscheidung vom 6. Dezember 1988 (a.a.O.) entschieden, dass eine Reinigungsabteilung in einem Druckbetrieb keinen wesentlichen Betriebsteil darstelle, doch liege diese Aufgabe in einem Hotelbetrieb auf einer anderen Ebene. Dementsprechend ist auch die Fremdvergabe der Auslieferung in einem Möbeleinzelhandelsbetrieb wie dem der Beteiligten zu 2. als eine Primärfunktion betreffend anzusehen. Auf die vorstehenden Ausführungen kann insoweit verwiesen werden. ...

■ Arbeitsgericht Hamburg

vom 25. Januar 2007, AZ 25 GaBV 1/07

eingereicht von Rechtsanwalt Wolfgang Brinkmeier, Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/696 57 63, Fax: 280 74 93
kanzlei@anwaelte-mkhhb.de; www.anwaelte-mkhhb.de

323. Betriebsratsmitglied, Anspruch auf betriebsübliche berufliche Entwicklung, Benachteiligungsverbot

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die zutreffende Eingruppierung des Klägers seit dem 01. Januar 2002.

Der Kläger ist seit 01. Oktober 1986 bei dem Beklagten ... als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig. Auf das Arbeitsverhältnis finden jedenfalls kraft einzelvertraglicher Bezugnahme die Regelungen des Tarifvertrags für die Angestellten des Beklagten Anwendung, der im Wesentlichen auf die im öffentlichen Dienst des Bundes geltenden tariflichen Regelungen verweist. Die Eingruppierung des Klägers erfolgte zunächst in die Vergütungsgruppe II a Fallgruppe 1a BAT. Seit 1. Januar 1989 wurde der Kläger als Leiter der Instituts-Fachgruppe X beschäftigt und erhielt entsprechend dieser Aufgabestellung Vergütung nach Vergütungsgruppe 1b Fallgruppe 6 der Anlage 1a Teil I BAT. Im Juli 1992 wurde dem Kläger nach einer Umstrukturierung des Instituts die Leitung der deutlich größeren Fachgruppe Y übertragen. An seiner Vergütung änderte sich nichts.

Der Kläger ist seit dem Jahr 1994 Mitglied des Betriebsrats und wurde auch zum Betriebsratsvorsitzenden gewählt. Seit Mai 1998 ist der Kläger freigestellt. Er erhält weiterhin Vergütung nach Vergütungsgruppe 1b Fallgruppe 6.

Mit der Klage verfolgt der Kläger seine Auffassung, er müsse seit 01. Januar 2002 Vergütung nach Vergütungsgruppe 1a BAT erhalten. Seine Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT 1b entspreche nicht dem beruflichen Werdegang, den er beim Beklagten ohne seine Tätigkeit als Betriebsrat, insbesondere ohne die Freistellung, hätte nehmen können. ...

Der Beklagte trägt vor, entgegen dem Vortrag des Klägers bestehe keine betriebsübliche Praxis des Beklagten, Arbeitnehmer, welche mit dem Kläger vergleichbar seien, im Rahmen eines ohne die Betriebsratstätigkeit zu unterstellenden

beruflichen Werdeganges in die höhere Vergütungsgruppe BAT 1a einzugruppieren. ...

Entscheidungsgründe: ...

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. z.B. Urteil vom 17. August 2005 – 7 AZR 528/04 – AP Nr. 142 zu § 37 BetrVG 1972) kann sich der Anspruch entweder aus § 611 BGB in Verbindung mit § 37 Abs. 4 BetrVG oder aus § 611 BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG ergeben. Diese beiden möglichen Anspruchsgrundlagen unterscheidet der Kläger nicht.

1. Nach dem vorgenannten Urteil des Bundesarbeitsgerichts, das seiner ständigen Rechtsprechung entspricht, darf im Hinblick auf § 37 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BetrVG das Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Dadurch soll sichergestellt werden, dass Mitglieder des Betriebsrats weder in wirtschaftlicher noch in beruflicher Hinsicht gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung Nachteile erleiden. Dabei ist nicht auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds abzustellen, sondern auf die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. § 37 Abs. 4 BetrVG garantiert dem Betriebsratsmitglied allerdings nicht die der Höhe nach absolut gleiche Vergütung, die vergleichbare Arbeitnehmer erhalten. Nach dem Zweck der Vorschrift, das Betriebsratsmitglied vor finanziellen Nachteilen wegen der Ausübung der Betriebsratstätigkeit zu schützen, kommt es vielmehr darauf an, ob die Gehaltsentwicklung des Betriebsratsmitglieds während der Dauer seiner Betriebsratstätigkeit in Relation zu derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückgeblieben ist. Andernfalls würde das Betriebsratsmitglied wegen seines Amtes begünstigt, was nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässig ist. Das Betriebsratsmitglied hat daher während der Dauer seiner Amtszeit Anspruch auf Gehaltserhöhungen in dem Umfang, in dem die Gehälter vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung erhöht werden.

Eine betriebsübliche Entwicklung wäre insoweit nur anzunehmen, wenn nach dem üblichen Verlauf die Arbeitnehmer von der Qualifikation des Klägers im Laufe der auch vom Kläger in der im Rahmen des Arbeitsverhältnisses mit dem Beklagten zugebrachten Zeit Vergütung nach Vergütungsgruppe I a BAT erhielten. Dies lässt sich dem Vortrag des Klägers nicht zwingend entnehmen. Er hebt insoweit auf einen Arbeitnehmer ab, der ihm nach der Wahl des Klägers in den Betriebsrat auf dieser Stelle nachgefolgt ist. Dies ist schon deshalb un schlüssig, weil nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts solche Arbeitnehmer vergleichbar sind, die zum Zeitpunkt der Wahl, also nicht später, ähnliche Tätigkeiten wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben und dafür in ähnlicher Art und Weise wie das Mitglied selbst fachlich und persönlich qualifiziert waren (vgl. BAG, Urteil vom 11. Dezember 1991 – 7 AZR 75/91 – NZA 1993, 909 f.). Zur Frage der Qualifikation,

die sich nicht allein nach formalen Kriterien wie Examen oder Promotion bestimmt, hat der Kläger nichts Substanzielles im Vergleich ausgeführt. Der beklagte Arbeitgeber hat in diesem Zusammenhang auf die herausragende wissenschaftliche Reputation und Eignung des vom Kläger genannten Arbeitnehmers Bezug genommen. Der Kläger hat aber nicht einmal dargelegt, nach welcher Fallgruppe der betreffende Arbeitnehmer in die Vergütungsgruppe I a gelangt ist. Er stellt insoweit nur auf die Leitungsfunktion ab, was für sich allein nichts besagt, wenn nicht die Fallgruppe 1b der Vergütungsgruppe I a erfüllt ist (dem Angestellten müssen mindestens fünf Angestellte mindestens der Vergütungsgruppe II a durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sein). Dem Vortrag des Klägers ist nicht zu entnehmen, dass dies der Fall ist. Soweit dieser deshalb nach Vergütungsgruppe I a Entgelt erhält, weil es auf die Qualifikation ankommt, mit der die Merkmale der Fallgruppe 2 der Vergütungsgruppe I a auszufüllen wären (Angestellte mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit in der Forschung, deren Tätigkeit sich dadurch aus der Vergütungsgruppe I b Fallgruppe 6 heraushebt, dass sie bei schwierigen Forschungsaufgaben hochwertige Leistungen erfordern), ist dies in einem Maße auf die individuellen Anforderungen der Aufgabe wie auch der erforderlichen Qualifikation bezogen, das der Betriebsüblichkeit einer Entwicklung im Hinblick auf das individuelle Leistungsprofil entgegensteht. Solche Einschätzungen stehen einer Einheitlichkeit in der Verfahrensweise entgegen. Schon das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass andere Fallgruppen für das Anliegen des Klägers nicht in Betracht kommen.

Es wäre auch verfehlt, anzunehmen, das Betriebsratsmitglied müsse so gestellt werden, wie es stünde, wenn es dieses Amt nicht bekleidete. Dies fordert § 37 Abs. 4 BetrVG auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht, sondern das Betriebsratsmitglied darf nur nicht von einer betriebsüblichen Entwicklung abgeschnitten werden. Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung eine Aufstellung der Zahl der Arbeitnehmer in unterschiedlichen Vergütungsgruppen aufführt, besagt dies für sein Anliegen nichts, da hierin keine Entwicklung, sondern nur ein Zustand zum Ausdruck gebracht wird. Dass diese Aufstellung vom Beklagten auch inhaltlich bestritten wird, sodass sie auch als Grundlage für eine dem Kläger günstige Entscheidung schon aus diesem Grund nicht geeignet ist, denn der Kläger hat hierfür weder weiteren Sachvortrag geleistet noch Beweis für seine Behauptung angeboten, kommt noch hinzu. Allein von diesem Umstand hängt die Beurteilung, dass der Anspruch unbegründet ist, aber nicht ab. Wäre der Kläger ohne erforderliche Beurteilung eines Vorgesetzten und ohne konkrete Prüfung seines Tätigkeitsgebiets, das ihm übertragen wäre, wenn er nicht

Betriebsratsmitglied wäre, nach einer höheren Vergütungsgruppe zu vergüten, erhielte er ungerechtfertigte Vorteile gegenüber den anderen Arbeitnehmern, weil er den Aufstieg

mit-machte, ohne dass seine konkrete Eignung und Fähigkeit eine Rolle spielten. Dass ihn einzelne Arbeitnehmer individuell und unabhängig von einem gleichförmigen Verfahren des Arbeitgebers in ihrer beruflichen Entwicklung überholen, muss der Kläger hinnehmen. Dagegen wird er durch § 37 Abs. 4 BetrVG nicht geschützt. Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung meint, die Anwendung dieser Grundsätze werde seiner Situation nicht gerecht, hat dies nichts mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu tun, sondern beruht auf dem entsprechenden gesetzlichen Tatbestandsmerkmal.

2. Auch einen Anspruch nach § 611 BGB in Verbindung mit § 78 Satz 2 BetrVG hat der Kläger nicht schlüssig dargelegt. Nach dem oben zitierten Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17. August 2005 enthält § 78 BetrVG ein an den Arbeitgeber gerichtetes allgemeines Verbot, ein Betriebsratsmitglied wegen der Amtstätigkeit in seiner beruflichen Laufbahn zu benachteiligen. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Von dem Benachteiligungsverbot erfasst wird nicht nur die berufliche Tätigkeit, sondern auch das sich aus ihr ergebende Entgelt. Der Arbeitgeber muss den Mitgliedern der in § 78 Satz 1 BetrVG genannten Arbeitnehmervertretungen eine berufliche Entwicklung gewährleisten, die derjenigen entspricht, die sie ohne ihre Amtstätigkeit durchlaufen hätten. Ein Betriebsratsmitglied, das nur infolge der Amtsübernahme nicht in eine Position mit höherer Vergütung aufgestiegen ist, kann daher den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der höheren Vergütung in Anspruch nehmen. Der Anspruch aus § 78 Satz 2 BetrVG setzt allerdings voraus, dass dem Betriebsratsmitglied der Nachweis gelingt, dass es ohne seine Tätigkeit als Mitglied der Betriebsvertretung inzwischen mit einer Aufgabe betraut wäre, die ihm den Anspruch auf das begehrte Arbeitsentgelt geben würde.

Ohne dass dies der Kläger explizit ausgeführt hätte, wird diese Anspruchsgrundlage seinem Anliegen dem Grunde nach gerecht. Der vom Bundesarbeitsgericht geforderte Nachweis fehlt aber. Der Vortrag des Klägers in der Berufungsbegründung enthält nur unter dem Aspekt einen relevanten Hinweis, als er behauptet, dem Kläger sei es aufgrund seiner Tätigkeit für den Betriebsrat nicht möglich gewesen, in gleicher Weise wie der von ihm genannte Arbeitnehmer wissenschaftliche Beiträge zu veröffentlichen. Es fehlt aber jeder Umstand dafür, der die Annahme rechtfertigen könnte, der Kläger hätte solche Beiträge von vergleichbarem Niveau veröffentlicht, wenn er kein Betriebsratsmitglied gewesen wäre. Außerdem kann unter diesem Aspekt ohne vergleichende Darstellung der beiderseitigen Qualifikationen unter Berücksichtigung dessen, dass dem Kläger die Teilnahme an etwa erforderlichen Maßnahmen zu Erhaltung und Steigerung seiner beruflichen Qualifikation wegen seines Betriebsratsmandats nicht möglich war, keine schlüssige Darlegung dafür liefern, dass er

Betriebsverfassungsrecht

ebenfalls eine entsprechende berufliche Entwicklung, möglicherweise anstelle des betreffenden Arbeitnehmers, möglicherweise an anderer Stelle, erreicht hätte. Der Kläger hat solches nur behauptet, aber nicht nachgewiesen. ...

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 30. November 2006, 3 Sa 38/06

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Henn, Theodor-Heuss-Straße 11, 70174 Stuttgart, Tel.: 0711/30 58 93-0, Fax: 30 58 93-11

stuttgart@drgaupp.de; www.drgaupp.de

324. Betriebsratswahl, Anfechtung, falsche Angaben im Wahlausschreiben

Gründe: ...

II. ... Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Es liegt ein wesentlicher Fehler im Wahlverfahren im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG vor, bei dem nicht auszuschließen ist, dass er sich auf das Wahlergebnis ausgewirkt hat.

Der Wahlvorstand hat entgegen § 14 Abs. 4 BetrVG in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Ziff. 6 WO im ursprünglichen, am 13. März 2006, erlassenen Wahlausschreiben die Mindestzahl der für einen Wahlvorschlag erforderlichen Stützunterschriften falsch angegeben, indem dort die Unterzeichnung eines Wahlvorschlags von mindestens 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern verlangt wird. Das ist knapp ein Fünftel der 97 wahlberechtigten Arbeitnehmer statt ein Zwanzigstel, nämlich fünf. Es kann dahinstehen, ob auch die korrigierte Angabe von mindestens einem Zwanzigstel ohne Angabe der Mindestzahl die Anfechtung der Wahl begründet. Das Arbeitsgericht hat in seinen Beschlüssen vom 19. April 2006 – 6 BVGa 4/06 und 7/06 – zutreffend darauf hingewiesen, dass § 3 Abs. 2 Ziff. 6 WO eine Zahlangabe („Mindestzahl“) verlangt. Es kommt darauf nicht an, weil das ursprüngliche, einen schwerwiegenden Verstoß gegen §§ 14 Abs. 4 BetrVG, 3 Abs. 2 Ziff. 6 WO enthaltende Wahlausschreiben acht Tage aushing und ausgetauscht worden ist, ohne dass die Belegschaft hierauf hingewiesen worden ist. Nach dem Aktenvermerk des Wahlvorstandsvorsitzenden H wurde dieser am Vormittag des 21. März 2006 von Herrn D auf den Fehler im Wahlausschreiben hingewiesen und das ursprüngliche Wahlausschreiben sofort korrigiert und ausgetauscht. Die hohe Hürde von 20 Stützunterschriften konnte Arbeitnehmer davon abhalten, eigene Wahlvorschläge einzureichen. Demgegenüber war die Korrektur nicht geeignet, überhaupt wahrgenommen zu werden. Der Wahlvorstandsvorsitzende hat das Wahlausschreiben ohne irgendeinen Hinweis nach acht Tagen ausgetauscht. Es bestand indessen für Interessierte, die das Wahlausschreiben bereits gelesen haben, ohne einen Hinweis auf Änderungen keine Veranlassung, das Wahlausschreiben nochmals zu lesen.

Der Verstoß war auch geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BetrVG berechneten Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften nur dann nicht zur Anfechtung der Wahl, wenn ein solcher Ver-

stoß das Wahlergebnis objektiv weder ändern noch beeinflussen konnte. Dafür ist entscheidend, ob bei einer hypothetischen Betrachtungsweise eine Wahl ohne Verstoß gegen wesentliche Vorschriften unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte (BAG, Beschluss vom 25. Mai 2005 – 7 ABR 39/04 – EzA § 14 BetrVG 2001 Nr. 1; BAG, Beschluss vom 13. Okt. 2004 – 7 ABR 5/04 – EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 1; BAG, Beschluss vom 31. Mai 2000 – 7 ABR 78/98 – EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 39; BAG, Beschluss vom 14. September 1988 – 7 ABR 93/87 – BAGE 59, 328 = AP BetrVG 1972 § 16 Nr. 1; Hess. LAG, Beschluss vom 31. Aug. 2006 – 9 TaBV 16/06 –; Hess. LAG, Beschluss vom 6. Febr. 2003 – 9 TaBV 96/02 –). Eine verfahrensfehlerhafte Betriebsratswahl muss nur dann nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen lässt, dass auch bei Einhaltung der Wahlvorschriften kein anderes Ergebnis erzielt worden wäre. Kann diese Feststellung nicht getroffen werden, bleibt es bei der Unwirksamkeit der Wahl. Im Streitfall kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Wahlergebnis ohne den Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Ziff. 6 WO anders ausgefallen wäre. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Arbeitnehmer durch die falsche Mindestzahl von Stützunterschriften davon abgehalten worden sind, eigene Wahlvorschläge einzureichen. Dies gilt auch dann, wenn der Ausnahmefall der fehlenden Auswirkung auf das Wahlergebnis, nach § 19 Abs. 1 BetrVG nicht nur bei jeder theoretisch denkbaren Möglichkeit der Änderung oder Beeinflussung des Wahlergebnisses angenommen wird, sondern erst dann, wenn die Möglichkeit eines Einflusses, gemessen an der allgemeinen Lebenserfahrung und den konkreten Umständen des Falles nicht ganz unwahrscheinlich ist (vgl. LAG Brandenburg, Beschluss vom 27. November 1998 – 5 TaBV 18/98 – NZA-RR 1999, 418).

Es trifft zwar zu, dass die Liste „G ...“ ausweislich der Wahlakten 46 Stützunterschriften aufwies und auch die Liste „H ...“ – wenn auch zunächst ohne Namensangabe – mehr als fünf. Ferner hat der Wahlvorstand den Außendienstmitarbeitern das geänderte Wahlausschreiben gemailt oder gefaxt, allerdings nur mit der Bitte, die Termine zu beachten und ohne Hinweis auf die geänderte Mindestzahl von Stützunterschriften. Das Vorbringen des Betriebsrats, es seien über die Mindestzahl von fünf im Betrieb viele Gespräche geführt worden, ist jedoch zu pauschal, als dass darüber Beweis erhoben werden könnte. Es ist auch keinesfalls zwingend, dass allen 46 Unterstützern der Liste „G ...“ die Mindestzahl bekannt sein musste, denn nach Überschreiten der Mindestzahl gab es insoweit keine Probleme mehr und keine Veranlassung, die Mindestzahl zu problematisieren. Auch die Unterstützer der Liste „G ...“ können die Vorstellung, einen eigenen Wahlvorschlag einzureichen, angesichts der hohen Mindestzahl im ersten Wahlausschreiben verworfen und einen anderen Wahlvorschlag unterstützt haben. Da der Sachverhalt die Feststellung, dass das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte, mithin nicht zulässt, bleibt es bei der Unwirksamkeit der Wahl.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 22. März 2007, 9 TaBV 199/06
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße
30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/262 64, Fax: 254 61

325. Betriebsratswahl, nichtige

Entscheidungsgründe: ...

3) ... a) Die Wahl des Wahlvorstandes in einer Betriebsversammlung ist nach der Rechtsprechung des BAG nicht nur anfechtbar, sondern nichtig, wenn gewisse Mindestanforderungen an die Einladung nicht erfüllt sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Einladung entweder nicht alle Arbeitnehmer des Betriebes tatsächlich erreicht hat oder so bekannt gemacht worden ist, dass dieser Personenkreis die Möglichkeit hatte, Ort, Zeit und Zweck der Betriebsversammlung zu erfahren und der Wahlversammlung teilzunehmen. Die Wahl wegen eines Mangels bei der Einladung ist jedenfalls dann nichtig, wenn dadurch das Wahlergebnis beeinflusst werden konnte (vgl. BAG, Urteil vom 24.03.1988 – 2 AZR 629/87 –). Voraussetzung für die Annahme einer ordnungsgemäßen Einladung zur Wahl ist mithin eine Einladung, die sämtlichen Mitarbeitern bekannt gemacht worden ist und sie über Zeit, Ort und Zweck der Versammlung informiert.

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

b) Das Einladungsschreiben vom 27.04.2006 unterrichtet die Arbeitnehmer nicht über den Zweck der Betriebsversammlung. Während im Einladungsschreiben der Zweck der Betriebsversammlung als „Gründung eines Betriebsrates“ angegeben worden ist, ist nach Vortrag des Klägers Zweck der Betriebsversammlung nicht die „Gründung eines Betriebsrates“ sondern die „Wahl eines Wahlvorstandes“ vorgesehen gewesen. Ausweislich des Inhalts des vom Kläger vorgelegten Einladungsschreibens mussten die angesprochenen und erreichten Arbeitnehmer des Betriebes mithin davon ausgehen, dass am 28.04.2006 ein Betriebsrat gegründet wird, nicht aber ein Wahlvorstand zur Wahl eines Betriebsrates bestellt werden sollte. Der Kläger hat zwar behauptet, die das Einladungsschreiben unterzeichnenden Arbeitnehmer hätten die übrigen 5 Arbeitnehmer am gleichen Tage noch telefonisch über die Einladung informiert; dass diese zur Einladung für eine Wahlversammlung zur Bestellung des Wahlvorstandes informiert wurden, hat er indes nicht dargetan. Tatsächlich soll aber nach seinem Vorbringen am 28.04.2006 ein Wahlvorstand gewählt worden sein. Festzuhalten ist damit, dass die Einladung zur Wahlversammlung keine Angaben dazu enthält, zu welchem Zweck die Einladung erfolgt ist.

Bereits hieraus folgt die Nichtigkeit der Wahl des Wahlvorstandes, denn nach der Rechtsprechung des BAG (a.a.O.) ist eine Mindestanforderung an die Einladung zu einer Wahlversammlung neben der Tatsache, dass die Einladung alle Arbeitnehmer erreicht hat und die weitere Tatsache, dass dieser Personenkreis die Möglichkeit hatte, Ort, Zeit und Zweck der Betriebsversammlung zu erfahren. Daran fehlt es im Streitfall.

c) Unabhängig davon, dass die 10 Mitarbeiter der Tankstation G über Ort und Zeitpunkt der Betriebsversammlung informiert worden sind nicht aber deren Zweck, verletzt die Einladung vom 27.04.2006 weitere wesentliche Verfahrensvorschriften.

aa) Da es sich bei dem Betrieb, für den ein Betriebsrat gewählt werden sollte, selbst unter Hinzurechnung der Mitarbeiter der Betriebsstätte L um einen Betrieb handelt, der mit in der Regel 5-50 wahlberechtigten Arbeitnehmern, ein Kleinbetrieb ist, war gem. § 14a Abs. 1 BetrVG das sog. vereinfachte Wahlverfahren und zwar in Form eines zweistufigen Verfahrens für die Wahl eines Betriebsrats einzuhalten. Dies beinhaltet – vereinfacht ausgedrückt –, dass die Initiatoren für eine Betriebsratswahl einmal zu einer ersten Wahlversammlung einladen mussten, in der nicht nur der Wahlvorstand gewählt sondern auch die Wahlvorschläge für den Betriebsrat abzugeben waren und zum anderen die Wahlversammlung zur Wahl des Betriebsrats eine Woche nach der Wahlversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes stattzufinden hatte. Ganz offensichtlich hat der Kläger als Initiator der Wahlversammlung vom 28.04.2006 diese für die Wahl von Betriebsräten in Kleinbetrieben zwingenden Vorschriften nicht eingehalten.

bb) Da es sich um einen Kleinbetrieb i.S.v. § 14a Abs. 1 BetrVG handelt und bislang ein Betriebsrat nicht installiert war, konnte ein Betriebsrat nur im vereinfachten Verfahren allerdings zweistufig gem. § 14a BetrVG gewählt werden. Dies hätte nach näherer Maßgabe von § 28 der ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung) vom 11. Dezember 2001 vorausgesetzt, dass die Einladung zur Wahlversammlung zur Bestellung des Wahlvorstandes mindestens 7 Tage vor dem Tag der Wahlversammlung erfolgen muss und die Einladung u.a. den Hinweis enthalten musste, dass Wahlvorschläge zur Wahl des Betriebsrats bis zum Ende der Wahlversammlung zur Wahl des Wahlvorstandes gemacht werden können. Auch an diesem zwingend vorgeschriebenen Verfahrensvorschriften fehlt es im Streitfall. Stattdessen wurden die wahlberechtigten Mitarbeiter telefonisch zu einer Wahlversammlung innerhalb einer Frist von maximal 24 Stunden geladen, dies ohne Angabe des Versammlungszwecks und ohne den Hinweis, dass bis zum Abschluss der Wahlversammlung bereits Wahlvorschläge für die Wahl des Betriebsrats einzureichen waren.

■ Arbeitsgericht Siegburg
vom 21. September 2006, 4 Ca 1563/06 G,
eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Krügermeyer-Kalthoff, Rös-
rather Straße 568, 51107 Köln, Tel.: 0221/88 04 06–0,
Fax: 88 04 06 29,
eisenbeis-koeln@etl.de; www. eisenbeis-rechtsanwaelte.de

326. Einigungsstelle, Beschwerde nach § 85 BetrVG, Rechtsanspruch

Aus den Beschlussgründen:

II. ... 2. Über die Definition des Begriffes „Rechtsanspruch“

Betriebsverfassungsrecht

besteht in Rechtsprechung und Literatur keine Übereinstimmung (vgl. den Überblick in der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, v. 13. März 2000, 15 TaBV 4/99, AiB 2000, 760). Eindeutig zuständig ist die Einigungsstelle, wenn es sich um rein tatsächliche Beschwerdegegenstände handelt, eindeutig unzuständig ist sie, wenn der Arbeitnehmer festgeschriebene Ansprüche und Rechte geltend macht (vgl. *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2006, § 85 BetrVG Rn 5 m.w.N.). Beschwerdegegenstände, die zwar möglicherweise unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht Nebenpflichten des Arbeitgebers und damit eventuell Rechtsansprüche des Arbeitnehmers begründen können, bei denen es aber bislang an einer rechtlichen Konkretisierung und Absicherung fehlt, sollen ebenfalls in die Zuständigkeit der Einigungsstelle fallen (*Kania*, a.a.O., m.w.N.).

Ein Rechtsanspruch ist aber auch dann Gegenstand der Beschwerde, wenn der Arbeitnehmer geltend macht, ihm gegenüber werde das Recht verletzt, beispielsweise durch einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz oder durch Ausübung eines Gestaltungsrechts (*Thüsing*, a.a.O. Rn 20 m.w.Nw.). Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Rechtsanspruch materiellrechtlich besteht, es genügt, dass der Arbeitnehmer sich eines solchen berührt (BAG v. 28. Juni 1984, AP Nr. 1 zu § 85 BetrVG 1972; *Thüsing*, a.a.O.). Ob die Einigungsstelle auch dann einzusetzen ist, wenn die Beschwerde tatsächlich einen Rechtsanspruch zum Gegenstand hat, der Arbeitnehmer sich jedoch auf einen solchen Anspruch nicht beruft, es also maßgeblich auf das Vorbringen des Arbeitnehmers ankommt (so *Thüsing*, a.a.O. Rn 21 m.w.N. zum Streitstand), oder ob es maßgebend darauf ankommt, ob und in welcher Art der Betriebsrat sich der Beschwerde eines Arbeitnehmers annimmt (vgl. BAG, v. 28. Juni 1984, 6 ABR 5/83, a.a.O.), kann hier dahinstehen. Denn die Beschwerde betrifft einen Rechtsanspruch, der Mitarbeiter Q. hat sich auf einen solchen berufen und der Betriebsrat macht einen solchen für den Mitarbeiter Q. geltend.

Gegenstand der Beschwerde ist die Zuweisung einer besonderen Funktion, die nicht zwingend an die Tätigkeit eines Saalchefs gebunden ist und die der Arbeitgeber in Ausübung seines Direktionsrechts vornimmt. Der Mitarbeiter Q. hat in seiner Beschwerde ausgeführt, er fühle sich benachteiligt und ungerecht behandelt und ihm gebühre die Position aufgrund seiner besseren Qualifikation. Damit rügt der Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Ausübung des Direktionsrechts und einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in § 75 BetrVG seinen Ausdruck gefunden hat. Gemäß § 106 GewO hat der Arbeitgeber bei der inhaltlichen Bestimmung der Arbeitsleistung billiges Ermessen zu wahren. Das bedeutet; dass der Arbeitgeber bei der Bestimmung der Arbeitsleistung nicht nur eigene, sondern auch berechnete Interessen des Arbeitnehmers angemessen zu berücksichtigen hat. Ungerechte und benachteiligende Entscheidungen sind damit objektiv ausgeschlossen, auch wenn der Arbeitnehmer sie subjektiv so empfinden mag.

Der Betriebsrat verfolgt mit der Behandlung der Beschwerde auch einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers Q. Er hat die Beschwerde für berechtigt erachtet und gemeint, dem Arbeitnehmer Q. dürfe die Tätigkeit der Dienstplangestaltung nicht entzogen werden. Damit verlangt der Betriebsrat die Zuweisung bestimmter Tätigkeiten in Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts, womit er einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers geltend macht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Arbeitgeberin bei der Festlegung der Zuständigkeiten für die Dienstplangestaltung die Grenzen billigen Ermessens gewahrt hat und der Arbeitnehmer Q. deshalb keinen Rechtsanspruch durchsetzen könnte. Denn Aufgabe der Einigungsstelle ist es nicht, im Verfahren nach § 85 BetrVG als Gutachter darüber zu befinden, ob die Voraussetzungen für einen Rechtsanspruch gegeben sind (BAG, v. 28. Juni 1984, 6 ABR 5/83, a.a.O.).

Dass es sich bei der streitigen Beschwerde um einen Rechtsanspruch handelt, zeigt sich letztlich auch daran, dass der Einigungsstelle die Befugnis zuerkannt würde, den Arbeitgeber zu einer bestimmten Ausübung seines Weisungsrechts anzuhalten. Zwar kann der Spruch der Einigungsstelle nicht verbindlich vorschreiben, wie der Beschwerde abzuwehren ist, sie kann sich nur darauf beziehen, ob sie berechtigt ist oder nicht. Erachtet die Einigungsstelle die Beschwerde für berechtigt, so wird jedoch der Arbeitgeber verpflichtet, der Beschwerde abzuwehren, der Arbeitnehmer erlangt einen ggfs. im Klagewege durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Abhilfe (vgl. *Kania*, a.a.O. Rn 6; *Thüsing*, a.a.O., Rn 31, jew.m.w.N.). Auch wenn die Art und Weise der Abhilfe durch den Arbeitgeber bestimmt wird, so könnte sie im vorliegenden Fall nur darin liegen, dem Mitarbeiter Q. die Befugnis zur Dienstplangestaltung zuzuweisen, sei es als Hauptverantwortlichem, sei es als „gleichberechtigtem Mitglied im Team“. Andere Möglichkeiten der Abhilfe sind nicht erkennbar. Damit würde letztlich die Einigungsstelle selbst das arbeitgeberseitige Weisungsrecht allein aufgrund einer Beschwerde des Arbeitnehmers ausüben. Dies liegt ganz offensichtlich nicht in ihrer Zuständigkeit.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 3. Juli 2007, 12 TaBV 1166/07 eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gisbert Seidemann, Budapeststraße 40, 10787 Berlin, Tel.: 030/254 591-0, Fax: 030/254 591-66 g.seidemann@advocati.de; www.advocati.de

327. Jugendvertreter, Auflösung des nach § 78a Abs. 2 BetrVG begründeten Arbeitsverhältnisses, Ausschreibungsbeschränkungen, Überstunden, Leiharbeiter (gegen LAG Nürnberg)

Aus den Gründen: ...

II. ... Der Arbeitgeberin war, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat und auf dessen Begründung ergänzend verwiesen wird, die Weiterbeschäftigung des Beteiligten

zu 2) nicht zumutbar. Die Beschwerden führen zu keiner anderen Beurteilung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Ein Arbeitsverhältnis zwischen der Arbeitgeberin und dem Beteiligten zu 2) ist im Anschluss an dessen Berufsausbildungsverhältnis aufgrund des rechtzeitigen Weiterbeschäftigungsverlangens gemäß § 78a Abs. 2 BetrVG zustande gekommen. Dieses ist jedoch aufzulösen, weil der Arbeitgeberin die Weiterbeschäftigung nicht zumutbar im Sinne des § 78a Abs. 4 BetrVG war. Zum maßgeblichen Zeitpunkt waren im Ausbildungsbetrieb keine freien Arbeitsplätze vorhanden, auf denen der Beteiligte zu 2) mit seiner durch die Ausbildung erworbenen Qualifikation beschäftigt werden konnte (BAG in st. Rspr., zuletzt Beschluss vom 15. Nov. 2006 – 7 ABR 15/06 – juris). ... Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG, Beschluss vom 12. November 1997 – 7 ABR 63/96 – EzA § 78a BetrVG 1972 Nr. 25), von der abzuweichen der Streitfall keine Veranlassung gibt, ist für die Feststellung der Unzumutbarkeit einer Weiterbeschäftigung im Sinne des § 78a Abs. 4 BetrVG auf den Zeitpunkt der Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt war kein Arbeitsplatz frei. Der Arbeitgeber muss zwar gemäß § 78a Abs. 2 BetrVG ein mögliches Übernahmeverlangen und damit das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes berücksichtigen. Das gilt regelmäßig bei einer Besetzung, die innerhalb von drei Monaten vor dem vereinbarten Ende des Ausbildungsverhältnisses vorgenommen wird (BAG, Beschluss vom 12. November 1997 – 7 ABR 63/96 – EzA § 78a BetrVG 1972 Nr. 25), sofern dem keine zwingenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Auf die vorgelegten Ausschreibungen kann der Beteiligte zu 2) sich jedoch nicht mit Erfolg berufen. Für die Ausschreibung als ... , erstellt am 13. Nov. 2006, liefen die Ausschreibungsfristen bis zum 20. Nov. 2006 ab, für die Stelle als ... , erstellt am 29. Nov. 2006, lief die Frist am 21. Dez. 2006 ab. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, bezüglich des Übernahmeverlangens unter Umständen elf Monate später freiwerdende Stellen zu berücksichtigen (BAG, Beschluss vom 12. November 1997 – 7 ABR 73/96 – EzA § 78a BetrVG 1972 Nr. 26). Außerdem enthielten diese Ausschreibungen den Vermerk: „Einschränkungen: Nur zur Besetzung innerhalb der Mitarbeitergruppe“. Es handelte sich mithin um interne Ausschreibungen und nicht um zusätzliche Stellen durch externe Einstellungen und auch insoweit nicht um freie Arbeitsplätze. Wenn sich zwar die Zuordnung der Stellen, nicht aber deren Anzahl ändert, und der Arbeitgeber die Organisationsentscheidung getroffen hat, diese Stellen mit den bisherigen Beschäftigten zu besetzen, gibt es keine freie Stelle (BAG, Beschluss vom 28. Juni 2000 – 7 ABR 57/98 – juris).

Eine Weiterbeschäftigungspflicht der Beteiligten zu 1) lässt sich auch nicht aus den im ersten Quartal 2006 in der Abteilung 5.687 abgeleisteten Überstunden herleiten. Das Vorhandensein eines Arbeitsplatzes bestimmt sich nicht allein danach, ob Arbeitsaufgaben vorhanden sind. Entscheidet sich der Arbeitgeber, keine Arbeiten durch zusätzliche Arbeitneh-

mer verrichten zu lassen und hat er mithin keinen Einstellungsbedarf, so ist ein freier Arbeitsplatz nicht vorhanden (BAG, Beschluss vom 28. Juni 2000 – 7 ABR 57/98 – juris; BAG, Beschluss vom 6. Nov. 1996 – 7 ABR 54/95 – EzA § 78a BetrVG 1972 Nr. 24). Das gilt auch hinsichtlich der Entscheidung, ob durch den Abbau von Überstunden zusätzliche Einstellungsmöglichkeiten geschaffen werden könnten (BAG a.a.O.). Für einen Missbrauchsfall besteht angesichts der durchgeführten umfangreichen Personalreduzierung kein Anhaltspunkt. Abgesehen von Einzelfällen innerbetrieblich nicht abdeckbaren Einstellungsbedarfs werden im gesamten Betrieb und nicht nur in der Abteilung des Beteiligten zu 2) keine Einstellungen vorgenommen.

Freie Arbeitsplätze in der Abteilung des Beteiligten zu 2) ergeben sich schließlich nicht daraus, dass die Arbeitgeberin während der Jahre 2006 und 2007 durchgängig mindestens zwei Leiharbeiternehmer auf Arbeitsplätzen einsetzt, die auch für den Beteiligten zu 2) in Frage kommen. Es wird zwar teilweise angenommen (etwa LAG Nürnberg, Beschluss vom 21. Dez. 2006 – 5 TaBV 61/05 – DB 2007, 980; [BAG 7 ABR 13/07]), dass dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eines Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung nicht unzumutbar sei, wenn ein dauerhafter Bedarf an seiner Beschäftigung bestünde. Maßgeblich sei der Beschäftigungsbedarf, nicht das Rechtsverhältnis von auf diesen Arbeitsplätzen eingesetzten Beschäftigten zum Arbeitgeber. Die vom Arbeitgeber getroffene Entscheidung, kein eigenes Personal einzustellen, sondern Leiharbeiternehmer zu beschäftigen, stünde dem Beschäftigungsbedarf deshalb nicht entgegen. Wie der Beschäftigungsbedarf umgesetzt wird, unterliegt jedoch bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs der Entscheidung des Arbeitgebers. Es ist Teil der Unternehmensfreiheit, ob der Beschäftigungsbedarf mit eigenem oder Fremdpersonal abgedeckt wird (ebenso LAG Hamm, Beschluss vom 3. Nov. 2006 – 10 TaBV 42/06 – juris). Dies darf zwar nicht dazu führen, die Beschäftigungspflicht des § 78a BetrVG zu umgehen, etwa wenn nur in Einzelfällen Leiharbeiternehmer gerade auf den Arbeitsplätzen eingesetzt werden, die für das Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung in Frage kommen. Dafür bestehen hier jedoch angesichts des flächendeckenden Personalabbaus und der grundsätzlichen Entscheidung, keine Neueinstellungen vorzunehmen, sondern den Personalbedarf durch internen Personalüberhang abzudecken, keine Anhaltspunkte.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 26. April 2007, 9 TaBV 182/06
eingereicht von Rechtsanwalt Werner Mansholt, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/262 64, Fax: 254 61
www.mansholt-Lodzick.de

Betriebsverfassungsrecht

328. Betriebliches Eingliederungsmanagement, Mitbestimmung des Betriebsrates, Offensichtlichkeitsprüfung

Aus den Gründen: ...

II. ... 1. Zu Recht hat das Arbeitsgericht aufgeführt, dass ein Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung der betrieblichen Eingliederungsmaßnahmen sowohl nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG in Betracht kommt. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden. Zwischen den Beteiligten herrscht Streit, ob dem Betriebsrat über die in § 84 Abs. 2 S. 1, 6 und 7 SGB IX genannten Beteiligtenrechte noch weitergehende Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nrn. 1 und 7 BetrVG zustehen. Der Wortlaut des § 84 Abs. 2 SGB IX könnte dafür sprechen, dass insoweit die im konkreten Einzelfall untergeordneten Beteiligungsrechte des Betriebsrats umfassend und abschließend geregelt sind, wie die Antragsgegnerin meint. § 84 Abs. 2 SGB IX verpflichtet den Arbeitgeber nicht zu einem generellen präventiven Gesundheitsschutz, sondern nur bezogen auf konkrete Arbeitnehmer. Ziel des Eingliederungsmanagements ist es, durch rechtzeitige initiale Indikatoren zu erkennen, die für lang andauernde Arbeitsunfähigkeitszeiten verantwortlich sind und die wiederum häufig ein Indiz sind für Krankheitsverläufe, die schließlich zu bleibenden Gesundheitsschäden und vor allem zu chronisch degenerativen Erkrankungen und Behinderungen führen (*Hauck/Noftz*, SGB IX, Stand: 2006, K § 84 Rn 8). Sofern in dessen der Arbeitgeber zur Erhebung der betroffenen Arbeitnehmer und zur Durchführung der Eingliederungsgespräche ein formalisiertes Verfahren einführt, könnten darüber hinaus Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 BetrVG tangiert sein. Denn § 84 Abs. 2 SGB IX schreibt gerade keine konkreten Maßnahmen vor, sondern verpflichtet den Arbeitgeber – unabhängig vom jeweiligen Einzelfall – ein System mit strukturierten Abläufen zu entwickeln, das sowohl ein Frühwarnsystem, als auch ein konkretes Maßnahmespektrum enthält, welches sämtliche Strategien für den Erhalt der Arbeits- und Beschäftigungsfähigkeit beinhaltet. An dieser Stelle könnten die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG betroffen sein.

b) Soweit ersichtlich ist diese Rechtsfrage höchstrichterlich noch nicht geklärt. Mit Ausnahme des Arbeitsgerichts Dortmund (Beschl. v. 20.06.2005 – 5 BV 48/05 –, zit. n. juris) sowie des Arbeitsgerichts Neumünster in der angefochtenen Entscheidung haben sich die Gerichte mit der etwaigen Mitbestimmungspflichtigkeit eines Verfahrens nach § 84 Abs. 2 SGB IX – soweit ersichtlich – noch nicht befasst. Gegenteilige Beschlüsse sind zumindest in der einschlägigen Fachliteratur nicht veröffentlicht. Das Arbeitsgericht Dortmund ist – ebenso wie das Arbeitsgericht Neumünster in dem angefochtenen Beschluss – davon ausgegangen, dass das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht von vornherein ausscheidet, so dass die Einigungsstelle einzusetzen ist. In der Litera-

tur stößt diese Rechtsprechung sowohl auf Zustimmung als auch auf Widerstand. Für ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und/oder 7 BetrVG sprechen sich *Gagel*, NZA 2004, 1359 ff.; *Gaul/Süßbrich/Kulejewski*, ArbRB 2004, 308 ff.; *Steinau-Steinrück/Hagemeyer*, NJW-Spezial 2005, 129; *Britschgi*, AiB 2005, 284 ff.; *Feldes*, AiB 2005, 546 ff. aus. Demgegenüber verneinen ein Mitbestimmungsrecht *Balders/Lepping*, NZA 2005, 854 ff. und *Namendorf/Natzel*, DB 2005, 1794 ff. Es wird mithin nicht nur von einer unbeachtlichen Mindermeinung ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX bejaht, sondern von der h. M. in der Literatur sowie von der bisherigen instanzgerichtlichen Rechtsprechung. Angesichts dieses höchst strittigen Meinungsstands zur Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit bei Maßnahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements braucht die Berufungskammer nicht zu klären, ob tatsächlich ein Mitbestimmungsrecht besteht.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

vom 19. Dezember 2006, 6 TaBV 14/06

eingereicht von Rechtsanwalt Jens Peter Hjort, Kaemmerer-
ufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/696 57 63, Fax: 280 74 93
kanzlei@anwaelte-mkhh.de; www.anwaelte-mkhh.de

329. Betriebliches Eingliederungsmanagement (§ 84 II, 93 SGB IX), Mitbestimmung des Personalrats

„1. Das Antragsrecht eines Personalrats in Beschlussverfahren nach dem PersVG Berlin (§ 91 I Nr. 3) besteht nicht allein in Bezug auf Beteiligungsrechte nach dem PersVG, sondern auch in Bezug auf Zuständigkeiten, die sich aus anderen Gesetzen (hier: §§ 84 II 6, 7, 93 SGB IX) ergeben.

2. Die Dienststelle ist verpflichtet, dem Personalrat unverzüglich, ohne vorherige Zustimmung der Betroffenen, mitzuteilen, welche Beschäftigten innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig waren. Dieser Informationsanspruch erfasst auch die Krankenstände aller „länger Erkrankten“ (i.S.d. § 84 SGB IX), das konkrete Anschreiben an jeden einzelnen Betroffenen sowie alle deren Antworten. Eine bloße Mitteilung/ein Musterschreiben/eine Namensliste genügen nicht. Die dem Personalrat obliegende Überwachungsaufgabe (§ 84 II 6, 7 SGB IX) kann dieser nur mit den genannten Informationen erfüllen. Der Personalrat muss überwachen (können), dass alle entsprechend arbeitsunfähigen Beschäftigten – nicht mehr, aber auch nicht weniger – so angeschrieben werden, wie es das Gesetz vorschreibt (mit den Zielen des betrieblichen Wiedereingliederungsmanagements sowie Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten).

3. Die Dienststelle verletzt das Beteiligungsrecht des Personalrats nach § 84 Abs. 2 i.V.m. § 93 des Sozialgesetzbuches IX, wenn sie Beschäftigte auffordert, mitzuteilen, ob sie einem betrieblichen Eingliederungsmanagement zustimmen würden, ohne dass der Personalrat vorher beteiligt worden ist.

■ Verwaltungsgericht Berlin
vom 4. April 2007, VG 61 A 28.06
eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Wolfgang Daniels, Fritschestraße 62, 10627 Berlin, Tel.: 030/465 20 71,
Fax: 461 21 79

330. Versetzung, Tendenzträgerschaft einer Erzieherin in einem Wohnheim

Die Umsetzung der Mitarbeiterin Frau F. vom Wohnheim K., T.-Straße, in das Wohnheim K., F.-Straße, stellt eine Versetzung im Sinne von § 95 Abs. 3 BetrVG dar. ...

Dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG steht § 118 BetrVG nicht entgegen, obwohl die Antragsgegnerin ein Tendenzunternehmen ist, da Frau F. als Erzieherin vorliegend nicht Tendenzträgerin ist. ...

In Übereinstimmung mit den Beteiligten ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin unmittelbar und überwiegend karitativen Zwecken dient. ...

Frau F. als Erzieherin ist aber keine Tendenzträgerin in diesem karitativen Unternehmen im Sinne von § 118 Abs. 1 BetrVG. Als solche kommen nur Arbeitnehmer in Betracht, die unmittelbar und maßgeblich an der Tendenzverwirklichung beteiligt sind. Die Tendenzbestimmungen müssen für die Tätigkeit des betreffenden Personenkreises prägend sein (BAG, AP Nr. 47 zu § 118 BetrVG). ...

Einen solch prägenden Einfluss hat die Tätigkeit von Frau F. aber nicht. Es fehlt der Gestaltungsspielraum bezüglich der karitativen Tendenz des Unternehmens.

Ihre Tätigkeiten ergeben sich im Wesentlichen aus der Stellenbeschreibung für Erzieher und Teilerziehungspfleger (Bl. 35 d.A.). Sie betreut die behinderten Bewohner des Wohnheimes, die tagsüber in der Werkstatt tätig sind und in der übrigen Zeit im Wohnheim leben. Nach der vorgelegten Stellenbeschreibung ist sie dabei in der Gesundheitsvorsorge, mit der Verwaltung und der Organisation und mit hauswirtschaftlichen Aufgaben beschäftigt. Insoweit handelt es sich um Tätigkeiten, die im Wesentlichen vorgegeben sind und keinen Raum für eigene Gestaltung und prägende Tätigkeiten bilden. ...

Aus dem vorgegebenen Arbeitsablauf ergibt sich vorliegend, dass bei den pädagogischen Tätigkeiten von Frau F. nicht genügend Raum für eigene Gestaltung verbleibt, sondern dass hier eher reagierende Tätigkeiten ausgeübt werden. Nach dem gesamten täglichen Ablauf machen die unter diesen Bereich fallenden Tätigkeiten nur einen kleinen Teil der Tätigkeiten aus und unterstehen darüber hinaus noch der Weisungsgebundenheit des Teamleiters, so dass ein eigener prägender Gestaltungsspielraum zur Tendenzverwirklichung nicht gegeben ist. Die Tätigkeit von Frau F. unterscheidet sich nicht wesentlich von der Tätigkeit eines Pflegers oder einer Krankenschwester, die zwar mitverantwortlich sind dafür, dass die karitativen Zwecke umgesetzt werden können, die aber keinen ausreichenden prägenden Einfluss auf die Ten-

denz des Unternehmens haben. Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, die Erzieherin müsse permanent ihr Fachwissen reflektieren und Erziehungsüberlegungen in die Tat umsetzen, ist klarzustellen, dass die bloße Tatsache, dass es sich um eine Fachkraft mit anspruchsvoller Ausbildung handelt, kein Kriterium für die Tendenzträgereigenschaft. Auch die Tatsache, dass Außenkontakte zu Eltern und Krankenkassen oder Ärzten gepflegt werden, ist kein Kriterium für die Tendenzträgereigenschaft, ebenso wenig wie die Tatsache, dass Frau F. Praktikanten bei ihrer Tätigkeit anzuleiten hat.

Da die Erzieher an allgemeine Vorgaben aus einem von Vorgesetzten entwickelten Tätigkeitsplan gebunden sind, wirken sie zwar an der Tendenzverwirklichung durch die Umsetzung dieser Tätigkeiten im Einzelfall mit, es fehlt aber der prägende Einfluss der Erzieher für die Erfüllung der gesetzlichen Zwecke des Tendenzunternehmens.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 19. Januar 2007, 8 TaBV 30/06
eingereicht von Rechtsanwalt Matthias Heese, Julius-Echter-Straße 8, 97084 Würzburg-Heidingsfeld, Tel.: 0931/658 02,
Fax: 647 11
RAe HeeseNied@t-online.de; www.Heese-Nied.de

Tarifrecht

331. Abfindung, Rückzahlung, Verfallklausel (hier: erfasst nur während des Arbeitsverhältnisses entstandene Ansprüche), Bereicherungsrecht, kein Entreicherungsanspruch bei Vorbehalt der Neuberechnung

Entscheidungsgründe: ...

1. Die Parteien haben im Aufhebungsvertrag die Höhe der Abfindung u.a. von der Dauer und der Höhe eines evtl. Arbeitslosengeldes, das erst mit den entsprechenden Bescheiden des Arbeitsamtes feststeht, abhängig gemacht. Dabei ging es den Parteien durch die ausdrückliche Verweisung auf Ziff. 7.2.1 des Sozialplans um die Vereinbarung eines Abfindungsanspruchs in Höhe der Differenz zwischen dem Arbeitslosengeld und 90 % des Nettobezugs des letzten Monats. Da für die Klägerin erst nach dem Ausscheidungsstermin Arbeitslosengeld in Betracht kam und erst dann Bescheide über den Bezug von Arbeitslosengeld vorgelegt werden konnten, stand die Höhe der zunächst vereinbarten Abfindung unter dem Vorbehalt der Neuberechnung. In diesem Zusammenhang haben die Parteien im Aufhebungsvertrag ausdrücklich festgehalten, dass bei der Neuberechnung „Minderungen oder Nachzahlungen“ auftreten können. Diese Regelung konnten und durften die Parteien (§§ 133, 157 BGB) so verstehen, dass der Beklagten im Nachzahlungsfall ein vertraglicher Nachzahlungsanspruch und der Klägerin im Minderungsfall ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch eingeräumt werden sollte. ...

2. Das Berufungsgericht teilt nicht die Auffassung der Be-

Tarifrecht

klagen, eine Neuberechnung und Minderung der Abfindung der Höhe nach beziehe sich nicht auf den hier vorliegenden Sachverhalt einer Gesetzesänderung. Inhalt der Aufhebungsvereinbarung mit ihrer Bezugnahme auf den Sozialplan war die Sicherstellung der sog. 90%-Regelung. Diesem Sinn und Zweck dient die Vereinbarung einer Neuberechnung der Abfindung beim Vorliegen eines Arbeitslosengeldbescheides und die im Vertrag und im Sozialplan unter Ziff. 7.6 geregelte Mitwirkungspflicht der Abfindungsberechtigten. Dass die Höhe des Arbeitslosengeldes dann keine Rolle mehr spielen soll, wenn sie auf Gesetzesänderungen beruht, was im Übrigen die Regel ist, kann der Vereinbarung nicht entnommen werden. Veränderungen hätten sich auch zugunsten der Beklagten auswirken können. Vorliegend führten sie zu einer Besserstellung im Vergleich zum angestrebten Ziel der sog. 90%-Regelung, deren Einhaltung der Vorbehalt der Neuberechnung dient. ...

4. Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ist nicht nach § 24 des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe verfallen. ...

a) § 24 des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe (MTV) hat folgenden Wortlaut:

„Vertragliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, soweit sie nicht spätestens innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend gemacht werden. ...“

b) Der nach dem Ausscheiden der Beklagten aus dem Arbeitsverhältnis fällig gewordene Rückzahlungsanspruch wird von dem sachlichen Gegenstandsbereich der tariflichen Ausschlussfrist des § 24 S. 1 MTV nicht erfasst.

aa) Nach der tariflichen Regelung sollen nur vertragliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, soweit sie nicht rechtzeitig nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend gemacht werden. Damit haben die Tarifvertragsparteien Ansprüche befristet, die sich aus dem vertraglichen Austauschverhältnis ergeben (BAG, Urt. v. 23.02.1999 – 9 AZR 737/97). Die in der Aufhebungsvereinbarung vom 24.10.1997/11.12.1997 geregelte Auflösungsentschädigung ist keine Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung und unterlag daher auch nicht den kurzen Verjährungsfristen des § 196 I Nr. 8 und 9 BGB a.F. (vgl. BAG, Urt. v. 30.10.2001 – 1 AZR 65/01 – Zur Sozialplanabfindung). Es wird nicht verkannt, dass das Erfordernis des „vertraglichen Austauschverhältnisses“ in der Entscheidung vom 23.02.1999 im Kontext mit neben dem Arbeitsvertrag abgeschlossenen anderen bürgerlich-rechtlichen Verträgen steht und das BAG in seiner Entscheidung vom 19.01.1999 – 1 AZR 606/98 – grundsätzlich auch Sozialplanabfindungen unter Ausschlussfristen subsumiert, wenn sich diese allgemein auf „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ beziehen.

Im Streitfall sprechen die konkreten Umstände eher dafür, dass der vertragliche Rückzahlungsanspruch aus der Aufhebungsvereinbarung von der Verfallklausel des § 24 MTV nicht erfasst ist. Die Auflösungsentschädigung wurde zwar auf der

Grundlage des Sozialplans abgeschlossen. Mit Abschluss der Aufhebungsvereinbarung bildet diese jedoch selbst die Anspruchsgrundlage für die Auflösungsentschädigung, die nach Auffassung des Berufungsgerichts auch zugunsten der Beklagten nicht mehr der Verfallklausel des § 24 MTV unterliegt. Mit anderen Worten: Die Beklagte wäre nicht gehindert gewesen, auch noch sechs Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Auflösungsentschädigung aus der Aufhebungsvereinbarung mit Erfolg zu verlangen, wenn die Klägerin diese nicht vorher ausgezahlt hätte. Gleiches gilt für Nachzahlungs- und Rückzahlungsansprüche aus der Aufhebungsvereinbarung.

bb) Hinzu kommt, dass die Nachzahlungs- und Rückzahlungsansprüche im konkreten Fall überhaupt nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätten geltend gemacht werden können, da die Parteien übereinstimmend von der Auszahlung des Arbeitslosengeldes erst ab 01.05.1999 ausgegangen sind. Zu dieser Zeit war das Arbeitsverhältnis bereits seit 16 Monaten beendet. § 24 MTV passt nicht auf Ansprüche, die wie hier bei Abschluss des Vertrages von vornherein erst später als sechs Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen und fällig werden können. ...

II. ... (Dem) Einwand der Entreicherung (steht) § 818 IV i.V.m. § 820 I S. 2 BGB entgegen, denn die Beklagte musste auf Grund der Neuberechnungsklausel in der Aufhebungsvereinbarung es als möglich ansehen, dass es wegen Überzahlung zu Rückzahlungsansprüchen kommt.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12. Januar 2006, 10 (8) Sa 606/04, Rev. zugel.

332. Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) Caritas, rückwirkende Streichung einer Weihnachtswendung

1. Die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) Caritas unterliegen grundsätzlich, soweit sie nicht entsprechende tarifliche Regelungen des öffentlichen Dienstes oder andere Tarifverträge übernehmen, der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB (im Anschluss an BAG, Urteil vom 17.11.2005 – 6 AZR 160/05 – NZA 2006, 872 f.).

2. Die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) Caritas unterhalten keine Ermächtigungsgrundlage dafür, mit echter Rückwirkung in Ansprüche auf Weihnachtswendung einzugreifen.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 27. November 2006, 14 Sa 859/06, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum 4 AZN 55/07

333. Auslegung einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Rückwirkung

Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung vom 24.02.2006 (Banz. 2006, Nr. 71, S. 2729 ff.) bezüglich des Tarifvertrages über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe erstreckt sich für das Jahr 2005 auch dann nicht auf Abbruchbetriebe, wenn diese nicht Mitglied im Deutschen Abbruchverband e. V. waren.

Entscheidungsgründe: ...

II. 2. c) ... Denn eine Rückwirkung der AVE vom 24. Februar 2006 auf den 1. Januar 2005 würde sowohl den Grundsatz der Rechtssicherheit als auch den des Vertrauensschutzes verletzen.

aa) Zwar kann die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages mit Rückwirkung ergehen, wenn bereits der erneuerte oder geänderte Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt war. In diesem Fall werden durch die mit Rückwirkung ergebende AVE weder der Grundsatz der Rechtssicherheit noch derjenige des Vertrauensschutzes verletzt (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. nur BAG, v. 25. September 1996, EzA § 5 TVG Nr. 12 m.w.N. unter 2.3.2 der Gründe).

Dies gilt jedoch nicht, wenn erstmals eine Neuerung des Tarifvertrages bzw. des Antrages auf AVE erfolgt. In diesen Fallgestaltungen ist es den mit Rückwirkung Tarifunterworfenen regelmäßig nicht möglich, ihr Verhalten vor Abschluss des Tarifvertrages oder vor der AVE auf die neue Klausel einzurichten (vgl. BAG, v. 25. September 1996, a.a.O., zu 2.8. der Gründe; BAG, v. 3. November 1982, BAGE 40, 288, 293 f. = EzA § 5 TVG Nr. 8).

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 19. Januar 2007, 13 Sa 1912/06, rkr. eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Baumgarten, Budapester Straße 40, 10787 Berlin, Tel.: 030/254 591–60, Fax: 254 591–66 j.harnisch@advocati.de; www.advocati.de

334. Ausschlussfrist, Geltungsbereich, Schadensersatz

Ein Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer wegen Beschädigung eines Firmenwagens während eines erlaubten privaten Abstechers bei Rückkehr von einem auswärtigen Einsatz wird von einer tarifvertraglichen Verfallfrist für Ansprüche erfasst, die mit dem Arbeitsverhältnis in Verbindung stehen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 23. Februar 2007, 6 Sa 1998/06, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zu AZ 8 AZN 412/07

335. Weiterbeschäftigungsanspruch eines Auszubildendenvertreters, §§ 1, 3, 4, 9 TV Mitbestimmung TTC Deutsche Telekom AG, Auflösungsantrag; wichtiger Grund; Konzern

1. Die Auslegung der maßgebenden Vorschriften des TV Mitbestimmung TTC Deutsche Telekom AG ergibt, dass die Weiterbeschäftigung eines Auszubildendenvertreters nur dann entsprechend § 78 Abs. 4 Nr. 2 BetrVG aus betriebsbedingten Gründen unzumutbar ist, wenn im gesamten Konzern ein geeigneter Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht (Anschluss an LAG Köln, Beschluss vom 24.01.2006 – 9 (2) TaBV 28/05 –).

2. Konkurrieren ein fachlich geeigneter Auszubildendenvertreter und ein sonstiger Mitarbeiter, ggf. auch ein solcher des Qualifizierungs- und Vermittlungsbetriebes „Vivento“, um einen in der Jobbörse des Konzerns ausgeschriebenen Arbeitsplatz, so kommt dem Weiterbeschäftigungsinteresse des Auszubildendenvertreters aufgrund des Schutzzweckes des § 78a Abs. 2 BetrVG regelmäßig der Vorrang zu.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 14. Juni 2006, 7 TaBV 3/06, Rechtsbeschwerde zugel.

336. Eingruppierung, Bewährungsaufstieg, Anerkennung von Zeiten vor Inkrafttreten des MTV Pro Seniore-Altenpflegerin

1. Führt ein Tarifvertrag erstmals Bewährungsaufstiege neu ein, dann können regelmäßig die Zeiten, die vor Inkrafttreten des Tarifvertrages liegen, bei der Zurücklegung der Bewährungszeiten mitberücksichtigt werden.

2. Wollen die Tarifvertragsparteien von dieser Regel ausnahmsweise abweichen, dann müssen sie dies deutlich zum Ausdruck bringen (im Anschluss an BAG, v. 29.09.1993 – 4 AZR 693/92 – NZA 1994, 761). Dies ist beim MTV Pro S. nicht der Fall.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 28. Februar 2007, 15 Sa 1951/06, Rev. eingelegt zum AZ 4 AZR 300/07

Hinweis: Die Entscheidung weicht ab von Urteilen der Kammern 4, 6, 8, 13, 16, 17 des Landesarbeitsgerichts Berlin und einer Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, v. 10.11.2006 – 18 Sa 35/06. In allen Fällen sind Revisionen beim 4. Senat des Bundesarbeitsgerichts und in einem Fall beim 10. Senat anhängig.

337. Eingruppierung eines Gebäudereinigers, § 7 Rahmentarifvertrag Gebäudereinigerhandwerk

Nach § 7 Ziff 3.1.1. des am 04.10.2003 geschlossenen und ab 01.04.2004 geltenden Rahmentarifvertrages für das Gebäudereinigerhandwerk (RTV 2003) ist für die Eingruppierung maßgeblich auf die überwiegend tatsächlich ausgeübte Tätigkeit abzustellen. Auch ein Gebäudereiniger mit abgeschlossener Berufsausbildung hat keinen Anspruch auf Vergütung nach Lohngruppe 7, wenn die von ihm überwiegend ausgeübten Tätigkeiten (hier: Glasreinigung) nicht Fähigkeiten und Kenntnisse erfordern, die durch eine mindestens dreijährige Berufsausbildung vermittelt werden.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 17. Juli 2006, 11 Sa 1114/05, Rev. zugel.

Tarifrecht

338. Eingruppierung, Lehrer, muttersprachlicher Unterricht, Eingruppierungserlasse des Kultusministers des Landes NRW vom 20.11.1981 über die Eingruppierung der Lehrerinnen und Lehrer

Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat ein Lehrer griechischer Herkunft, der in seinem Heimatland die volle Lehrbefähigung u.a. für die Muttersprache Griechisch erworben hat, später in Nordrhein-Westfalen auch die Erste Staatsprüfung für das Lehramt abgelegt hat und hier muttersprachlichen Unterricht in Griechisch erteilt, Anspruch auf die Vergütung, die Lehrer mit Lehramtsbefähigung für die Primarstufe erhalten. Eine Einstufung in eine niedrigere Vergütungsgruppe kann weder mit der vorausgesetzten Ausbildung und Lehrbefähigung, noch mit unterschiedlichen Unterrichtsanforderungen gerechtfertigt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 6. Februar 2007, 9 Sa 1168/06, Rev. eingelegt zum AZ 4 AZR 299/07

339. Jahressonderzahlung nach Tarifbindung, Gewerkschaftsbeitritt, § 18 BRTV für Apothekenmitarbeiter

1. Tarifvertraglich begründete Ansprüche werden nur dann von der Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien erfasst, wenn diese Tarifbindung im Zeitpunkt des Entstehens der Ansprüche bereits vorliegt.

2. Der Anspruch auf die Sonderzahlung nach § 18 BRTV Apothekenmitarbeiter entsteht nicht erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit, sondern sukzessive in Höhe von jeweils 1/12 für jeden vollen Kalendermonat, für den er geleistet wird.

3. Eine Apothekenmitarbeiterin, die erst drei Wochen vor dem Ende ihres Arbeitsvertrags der Gewerkschaft beitrifft, kann dadurch auch keinen anteiligen Anspruch auf die Sonderzahlung nach § 18 BRTV mehr erwerben.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 6. Dezember 2006, 7 Sa 999/06, Rev. eingelegt zum AZ 10 AZR 258/07

340. Kirchliche Arbeitsvertragsordnung Hessen und Nassau, Billigkeitskontrolle, Ausforschungsbeweisantrag, Darlegungs- und Beweislast bei Rückgruppierung

Entscheidungsgründe:

I. ... Die AngAVO enthält ausschließlich Regelungen, die Ausnahmen, Ergänzungen und Abweichungen vom BAT und von anderen Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes regeln. Der BAT in der Fassung des diakonischen Werkes in Hessen und Nassau ist praktisch deckungsgleich mit der AngAVO. Änderungen der AngAVO sind Änderungen des BAT/DW und finden über § 2 des Arbeitsvertrags Eingang in das Arbeitsverhältnis der Parteien. Die Neuregelungen enthalten lediglich in letzter Konsequenz eine vollständige Abkoppelung von den Regelungen des BAT, die bereits zuvor nur in abgeänderter Form anwendbar waren.

Die Arbeitsrechtliche Kommission ist nicht daran gehindert,

die arbeitsrechtlichen Regelungen auf ein eigenes Fundament zu stellen und vom Bundesangestelltentarifvertrag abzukoppeln.

Am ordnungsgemäßen Zustandekommen der entsprechenden Beschlüsse der arbeitsrechtlichen Kommission bestehen keine Zweifel und wurden auch von der Klägerin nicht geäußert.

Die Änderungen sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden, es kann dahinstehen, ob die gerichtliche Kontrolle von kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen als eine Billigkeitskontrolle nach §§ 317, 319 BGB vorzunehmen ist, weil es sich bei der Arbeitsrechtlichen Kommission um eine zur Leistungsbestimmung berechtigten Dritten im Sinne des § 317 Abs. 1 BGB handelt, oder ob sie wie bei Tarifverträgen auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt sind. Die Änderungen sind nicht gem. § 319 BGB offenbar unbillig und lassen auch keinen Rechtsverstoß erkennen.

Die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (vgl. BAG, Urteil vom 15. November 2001 – Az. 6 AZR 88/01- in juris) hat keine Umstände vorgetragen, aus denen sich die offenbare Unbilligkeit der Änderungen ergibt. Die Beklagte hat ausgeführt, dass die Änderungen beschlossen wurden, um die Auslagerung von Arbeitsplätzen der Mitarbeiter mit einfachsten und einfachen Tätigkeiten zu vermeiden. Das Bundesarbeitsgericht hat wiederholt festgestellt, dass die Entscheidung, eine an der gewerblichen Wirtschaft orientierte Vergütungsstruktur zu schaffen, um der Auslagerung und Fremdvergabe von Wirtschaftsbereichen innerhalb Diakonischer Einrichtungen der Evangelischen Kirche entgegenzuwirken und damit Arbeitsplätze zu erhalten, eine an sich zweckmäßige und damit nicht offenbar unbillige Entscheidung darstellt. Es ist nicht unbillig für Arbeitnehmer, deren Tätigkeit auf Grund ihrer Hilfsfunktion in besonderem Maße dem Risiko einer Auslagerung ausgesetzt sind, das Gehaltsgefüge den Marktbedingungen anzupassen (vgl. BAG, Urteil vom 08. Juni 2005 – Az 4 AZR 427/04 – in juris; Urteil vom 26. Januar 2005 – Az 4 AZR 171/03 – in juris; Urteil vom 15. November 2001 – Az 6 AZR 88/01 – in juris). Dass die Beschlüsse der Kommission dennoch unbillig sind, wurde nicht dargelegt. Da auf das Arbeitsverhältnis die KDAVO anwendbar ist, kann die Eingruppierung auch nicht mehr nach den alten Gehaltsstufen erfolgen.

II. ... 2. ... Die Beklagte hätte die Umgruppierung nicht vornehmen dürfen, so dass die Klägerin ab dem 01. Dezember 2006 weiterhin in die Vergütungsgruppe E 3 Stufe 5 einzugruppieren ist.

Die Beklagte hat nicht konkret dargelegt, dass die Klägerin tatsächlich überwiegend patientenferne Tätigkeiten ausgeübt hat. Es wäre erforderlich gewesen darzulegen, mit welchen Zeitanteilen welche Arbeiten verrichtet werden, indem dies beispielhaft für einen gewissen Zeitraum dargestellt wird. Oder es hätte dargelegt werden müssen, wann die Klägerin welche Dienstanweisungen erhalten hat, bestimmte Aufgaben zu verrichten. Der Vortrag ist einer Beweisaufnahme nicht zugänglich, da der benannte Zeuge über genau diese

Vorgänge hätte befragt werden müssen. Da durch die Vernehmung des Zeugen zunächst Tatsachen hätten ermittelt werden müssen, würde eine dennoch durchgeführte Beweisaufnahme eine unzulässige Ausforschung des Sachverhaltes darstellen. Zudem ist unklar, welche Tatsachen der Zeuge bezeugen soll, da nicht vorgetragen wurde, wann er welche Beobachtungen gemacht hat. Der Verweis auf das Schlichtungsverfahren ersetzt die erforderliche Darlegung nicht, da das Gericht nicht an die Einschätzung der Schlichtungsstelle gebunden ist, sondern selbst die Frage der richtigen Gehaltsgruppe überprüfen muss. ...

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 24. April 2007, 3 Ca 353/06

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

341. Ortszuschlag für Kind einer Lebenspartnerin, § 29 Abschnitt B Abs. 3 BAT-O

Eine Angestellte, die in eingetragener Lebenspartnerschaft im gemeinsamen Haushalt mit ihrer Partnerin und deren leiblichen Kind lebt, hat für dieses Kind Anspruch auf den erhöhten Ortszuschlag analog § 29 Abschnitt B Abs. 3 BAT-O. Mit Einführung des LPartG ist insoweit nachträglich eine von den Tarifvertragsparteien nicht vorhersehbare Regelungslücke entstanden. Der Versorgungszweck des Ortszuschlags rechtfertigt es, diese Situation gleich zu behandeln mit der Situation der Aufnahme eines Kindes eines Ehegatten in den Haushalt durch die Angestellte, in welcher der erhöhte Anspruch auf den Ortszuschlag besteht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

vom 29. März 2007, 14 Sa 2007/06, Rev. eingelegt zum AZ 6 AZR 383/07

342. Tarifbindung, einzelvertragliche Einbeziehung eines Tarifvertrags, abträgliche Regelungen

Durch die vertragliche Vereinbarung der jeweils auf die Arbeitgeberin anwendbaren Tarifverträge können auch verschlechterte Arbeitsbedingungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden. Die absolute Vergütungshöhe kann sich auch zum Negativen ändern. Dies gilt insbesondere dann, wenn damit eine Beschäftigungssicherung verbunden ist. Eine Nichtigkeit des Vergütungssystems und der absoluten Vergütungshöhe des in der Beschäftigungseinheit Vivento geltenden TV Ratio 2004 ist nicht ersichtlich.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12. Februar 2007, 2 Sa 1039/06, Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 4 AZN 417/07

343. Tarifliche Sonderzahlung, Elektrohandwerk Rheinland-Pfalz

Die Regelungen des Tarifvertrages über betriebliche Sonderzahlungen im Elektrohandwerk Rheinland-Pfalz vom 14.03.2001 sind mit höherrangigem Recht (Art 3 Abs 1

GG) unvereinbar, sofern sie Arbeitnehmer, die im Übrigen die Anspruchsvoraussetzungen erfüllen, von Leistungen ausnehmen, wenn sie nach dem 30. Juni, aber vor dem Auszahlungstag aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 3. November 2006, 3 Sa 262/06

344. Vergütungstarifvertrag Bau, Geltungsdauer, Freigabe eines Gewerbebetriebes durch den Insolvenzverwalter

Auch nach einer Betriebseinstellung werden die Arbeitsverhältnisse bis zum Ende der jeweiligen Kündigungsfrist vom VTV Bau erfasst. Dem steht eine Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters nicht entgegen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

vom 15. März 2007, 5 Sa 1604/06,

Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt zum AZ 6 AZN 467/07

345. Wegezeit, Gebäudereinigung RTV, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Entgelt für beschäftigungslose Zeit, geteilter Dienst

1. Bei der Vereinbarung einer wöchentlichen Arbeitszeit ist vom Grundsatz her davon auszugehen, dass diese wöchentliche Arbeitszeit so aufgeteilt wird, dass vom Arbeitnehmer pro Arbeitstag nur eine zusammenhängende Anzahl von Stunden geleistet werden muss.

2. Will der Arbeitgeber hiervon abweichen und die wöchentliche Arbeitszeit so aufteilen, dass der Arbeitnehmer an einem Tag mehrere voneinander unabhängige und zeitlich auseinander liegende Einsätze zu leisten hat (geteilter Dienst), so bedarf es hierfür einer vertraglichen Regelung.

3. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen geteilten Dienst zu, obwohl eine vertragliche Grundlage hierfür fehlt, beginnt die tägliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers mit der Zuweisung des ersten Dienstes und endet mit Abschluss des letzten Dienstes.

4. Die zwischen den einzelnen Einsätzen aufgewendete Wegezeit gilt für Beschäftigte, die unter den Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung fallen, gemäß § 3 Ziffer 2.2 RTV als Arbeitszeit. Für die die Wegezeit übersteigende Zeit, die mangels Zuweisung eines bestimmten Arbeitsplatzes beschäftigungslos bleibt, gerät der Arbeitgeber gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 11. Januar 2007, 63 Ca 8651/05, Berufung eingelegt zum AZ 11 Sa 402/07

Sonstiges

346. Örtliche Zuständigkeit, Außendienstmitarbeiter

Für Außendienstmitarbeiter besteht kein einheitlicher Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 29 ZPO am Wohnsitz

Sonstiges

des Arbeitnehmers, soweit die vertragliche Hauptleistungspflicht bei den Kunden des Arbeitgebers zu erfüllen ist. Vorliegend besteht die charakteristische Verpflichtung des Klägers als Arbeitnehmer nicht darin, Dienstreisen vorzubereiten oder anzutreten, sondern darin, an den verschiedenen Orten des ihm zugewiesenen Gebietes Kunden zu besuchen, diese zu betreuen und Produkte anzubieten. Der Wohnsitz des Klägers bildet somit nicht den Schwerpunkt der von ihm erbrachten Arbeitsleistung.

Die Tätigkeit des Klägers, die seine vertragliche Arbeitsleistung prägt, war in einem größeren räumlichen Bezirk an einer Vielzahl von Orten zu leisten, die sich über den Bereich mehrerer Arbeitsgerichte erstrecken. Wegen der Reisetätigkeit des Klägers, die sich auf Bereiche erstreckt, in denen sich verschiedene Arbeitsgerichtsbezirke befinden, kann der Erfüllungsort nicht über einen dieser Arbeitsgerichte, sondern nur über den Ort definiert werden, von dem aus die Tätigkeit gelenkt und dem Kläger Weisungen erteilt werden. Dies ist der allgemeine Gerichtsstand der Beklagten gemäß §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 12, 17 ZPO, also der Sitz der Beklagten.

■ **Arbeitsgericht Trier**

vom 9. Januar 2007, 2 Ca 1524/06

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

347. Beamtenrechtliche Beurteilung, Überbeurteilung

Entscheidungsgründe (in eigenen Ordnungszahlen): ...

1. Dienstliche Beurteilungen sind verwaltungsgerichtlich nur beschränkt überprüfbar. Nur der Dienstherr bzw. der für diesen handelnde jeweilige Vorgesetzte sollen ein persönlichkeitsbedingtes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Beamte den – ebenfalls grundsätzlich vom Dienstherrn zu bestimmenden – zahlreichen fachlichen und persönlichen Anforderungen seines Amtes und seiner Laufbahn entspricht. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle hat sich gegenüber dieser Beurteilungsermächtigung darauf zu beschränken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, die anzuwendenden Begriffe oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (vgl. BVerfG, Beschluss vom 6. August 2002 – 2 BvR 2357/00 –, ZBR 2003, 31; Beschluss vom 29. Mai 2002 – 2 BvR 723/99 –, DÖD 2003, 82; BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2002 – 2 C 31.01 –, DÖD 2003, 200, m.w.N.; im Anschluss hieran die Rechtsprechung des Senats, vgl. Urteile vom 11. Juni 2003 – 1 A 482/01 –, DÖD 2003, 269, und vom 29. September 2005 – 1 A 4240/03 –, DÖD 2006, 39). Soweit der Dienstherr Richtlinien für die Abgabe dienstlicher Beurteilungen erlassen hat, ist vom Gericht auch zu prüfen, ob die Richtlinien eingehalten sind und ob diese mit den gesetzlichen Regelungen, speziell denen der Laufbahnverordnung

über die dienstliche Beurteilung, und auch sonst mit gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2002, a.a.O., m.w. N.; OVG NRW, Urteil vom 11. Februar 2004 – 1 A 2138/01 –, *Schütz/Maiwald*, Beamtenrecht, Entscheidungssammlung D I 2 Nr. 68).

In Anwendung der hier maßgeblichen Richtlinie war der Generalstaatsanwalt zur Abgabe der Überbeurteilung befugt. (wird ausgeführt). ...

2. Von der Beurteilung des unmittelbaren Dienstvorgesetzten darf der Überbeurteiler nur dann abweichen, wenn er dies im Interesse der Durchsetzung einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe für seinen gesamten Dienstbereich als geboten erachtet oder wenn er aufgrund eigener Wahrnehmungen und Eindrücke oder indirekter Erkenntnisquellen im Einzelfall selbst zu einer anderen Einschätzung des Beamten in der Lage ist (vgl. *Schnellenbach*, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, 3. Auflage (Loseblatt-Kommentar, Stand: Dezember 2005), Rn 270 m.w.N.; daran anschließend die Rechtsprechung des Senats, vgl. nur Beschlüsse vom 5. Mai 2006 – 1 B 41/06 – und vom 14. Februar 2007 – 1 A 3345/06 –). Dabei hat er seine Entscheidung plausibel zu machen. Der Senat hat bereits im Urteil vom 11. Februar 2004 – 1 A 2138/01 – a.a.O.- ausgeführt, dass der abschließende Beurteiler zur Plausibilisierung seines Werturteils in einer Weise verpflichtet ist, die über eine formelhafte Behauptung hinausgeht und die Gründe und Argumente des Dienstherrn für den Beamten einsichtig und für außenstehende Dritte nachvollziehbar macht. Den rechtlichen Anforderungen genügt die Plausibilisierung – jedenfalls im Ausgangspunkt – nur dann, wenn sie sich inhaltlich an den Gründen orientiert, die den abschließenden Beurteiler zu einer abweichenden Beurteilung veranlasst haben. Liegt der maßgebliche Grund in einer anders lautenden Bewertung des individuellen Leistungs- und Befähigungsprofils des Beamten, so muss der Dienstherr die entsprechenden Wertungen – wie bei einer im einstufigen Beurteilungsverfahren erstellten Beurteilung auch – durch Angabe von Tatsachen oder zumindest von weiteren (Teil-)Werturteilen plausibel machen, die sich auf die individuellen Besonderheiten des Einzelfalles beziehen. Erfolgt die abweichende Bewertung indes aus einzelfallübergreifenden Erwägungen, so muss die Plausibilisierung mit Blick auf diesen Aspekt erfolgen (vgl. auch OVG NRW, Beschlüsse vom 13. Dezember 1999 – 6 A 3593/98 –, ZBR 2001, 338, vom 5. Mai 2006 – 1 B 41/06 –, a.a.O., vom 10. Juli 2006 – 1 B 523/06 –, juris, sowie Urteil vom 13. Februar 2001 – 6 A 2966/00 –, NWVBl 2002,351).

Insofern trifft die im Verfahren wiederholt vorgebrachte Annahme des (GS) nicht zu, seine Überbeurteilung sei rechtlich selbstständig und unterliege (deswegen) keiner Bindung an die Beurteilung des unmittelbaren Dienstvorgesetzten. Zwar ist der Überbeurteiler in der Tat nicht an die Einzelfeststellungen oder Bewertungen aus der Ausgangsbeurteilung gebunden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 21. Februar 1980 – 2 B 95.78 –, a.a.O).

Er sieht sich aber gleichwohl – wie oben dargelegt – der Pflicht

zur Plausibilisierung seiner Werturteile ausgesetzt, wenn und soweit er von den Feststellungen und Bewertungen in der Ausgangsbeurteilung abweichen will.

Der Umfang der im Einzelfall gebotenen (nachgeschobenen) Begründung ist dabei von dem Umfang und der Substanz der gegen die Beurteilung erhobenen Einwendungen abhängig. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass das Werturteil des Beurteilers keine formelhafte Behauptung bleibt, sondern dass es für den Beamten einsichtig und für außenstehende Dritte nachvollziehbar wird. Der Beamte muss die Gründe und Argumente des Dienstherrn erfahren, und der Weg, der zu der Bewertung geführt hat, muss für ihn sichtbar werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. Juni 1980 – 2 C 8.78 –, BVerwGE 60, 245, Beschluss vom 17. März 1993 – 2 B 25.93 –, ZBR 1993, 245, und Urteil vom 11. November 1999 – 2 A 6.98 –, ZBR 2000, 269). ...

Die (vom GS) gegebene Begründung, mit der die Gesamtnote des Erstbeurteilers herabgesetzt worden ist, macht selbst unter Berücksichtigung der – zulässigerweise – nachträglich vorgebrachten Ergänzungen die Überbeurteilung weder für die Klägerin einsichtig noch für außenstehende Dritte nachvollziehbar. Die Begründung, die vom (GS) mehrfach vertieft und ergänzt worden ist, stellt im Ergebnis in rechtlich unzureichender Weise, d. h. nicht wirklich nachvollziehbar, im Wesentlichen auf das Verhältnis der von der Klägerin erbrachten Leistungen zu denen anderer Beamter ab.

Wiederholt hat der Überbeurteiler darauf verwiesen, er mache von seiner Beurteilungsermächtigung zur Durchsetzung einheitlicher Beurteilungsmaßstäbe und zur Sicherstellung der Bestenauslese Gebrauch. Er habe den größeren Überblick, die größere Erfahrung, die größeren Vergleichsmöglichkeiten und die bessere Kenntnis der Anforderungen der Ämter und Laufbahnen. Aus der Beurteilungspraxis seines Bezirks seien einheitliche Maßstäbe gewonnen worden. Beurteilungsmaßstab für die Klägerin seien vorliegend die Anforderungen, die der Dienstherr an einen durchschnittlichen Beamten im jeweiligen Statusamt der Laufbahn stelle und stellen könne, wobei die Bestimmung des Anforderungsprofils dem Beurteilungsspielraum des Dienstherrn unterliege. Bei der Bestimmung des Anforderungsprofils werde die gesamte Bandbreite der Tätigkeiten des Statusamtes berücksichtigt. Auch soweit er darauf verwiesen hat, das in der Personal- und Befähigungsnachweisung des Leitenden Oberstaatsanwalts vom 12. Mai 2003 in den Einzelbewertungen dargestellte und insoweit maßgebende Leistungsbild trage das Gesamturteil „vollbefriedigend (an der unteren Grenze)“ nicht, zielt dies nicht auf die Bewertung individueller Leistungen der Klägerin durch den Generalstaatsanwalt ab. Es stellt sich vielmehr im Kern als Element einer Begründung im Quervergleich dar. Auch für sich gesehen führen die in Rede stehenden Einzelbewertungen des Ausgangsbeurteilers ohne Widerspruch auf das Gesamturteil (vollbefriedigend – an der unteren Grenze). Dieser Verweis steht deswegen notwendig (und ist auch nur verständlich) in dem Zusammenhang, dass das Leistungsbild in seinem Gesamtaussagegehalt unter Berücksichtigung des

vorhergehenden Beurteilungsverlaufs sowie im Vergleich der amtsgleichen Kräfte des hiesigen Bezirks im oberen Bereich des Durchschnitts einzuordnen sei.

Den erstgenannten wie auch den zuletzt erwähnten Erwägungen ist allesamt gemein, dass sie im Grundsatz auf die Behauptung abzielen, Beurteilungen auf der Grundlage eines Quervergleichs stimmig gemacht zu haben. Beurteilungen erhalten ihre wesentliche Aussagekraft erst aufgrund ihrer Relation zu den Bewertungen in anderen dienstlichen Beurteilungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003 – 2 C 16.02 –, ZBR 2003, 420).

Die hierin zu sehende Berufung auf den an sich zulässigen, wenn nicht gar gebotenen Quervergleich betrifft im gegebenen Fall indes keinen rechtlich tragfähigen Grund für die erfolgte Herabsetzung. Hierzu gilt insoweit das Folgende:

Hinsichtlich der zu beurteilenden und ggf. später miteinander hinsichtlich ihrer Leistung zu vergleichenden Beamten muss der Dienstherr einen solchen Bezugspunkt wählen, sie also in einer solchen Vergleichsgruppe zusammenfassen, in der vergleichbare Leistungsanforderungen herrschen, in der also grundsätzlich ein und derselbe abstrakte, d.h. nicht nur auf die Anforderungen des Dienstpostens des einzelnen Beamten bezogene Maßstab auf alle zu beurteilenden Beamten Anwendung finden kann (vgl. OVG NRW, Urteil vom 11. Februar 2004 – 1 A 3031/01 –, IÖD 2004, 149 m.w.N.).

Der Dienstherr darf dabei an die Anforderungen des Statusamtes anknüpfen und die Leistung des Beamten im Vergleich zu den amtsgleichen Beamten seiner Laufbahn darstellen (vgl. OVG NRW, Urteil vom 20. November 2002 – 6 A 5645/00 –, DÖD 2003, 139 m. w. N.).

Da Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Beamten verschieden sind, müssen sie abgestuft bewertet werden, um die durch Leistungsprinzip und Gleichbehandlungsgrundsatz zwingend gebotene Vergleichbarkeit herzustellen. Die für eine sachgerechte Bewerberauslese unerlässlichen Abstufungen sind in geeigneter Weise in den dienstlichen Beurteilungen selbst zum Ausdruck zu bringen, wenn diese ihren vorgegebenen Zweck nicht verfehlen sollen. Hierbei an den Durchschnitt vergleichbarer Beamter als Maßstab für durchschnittliche, überdurchschnittliche und unterdurchschnittliche Beurteilungen anzuknüpfen, ist sachgerecht (vgl. für die Beurteilung des Richters OVG NRW, Urteil vom 28. August 1980 – 12 A 2169/78 –, a.a.O.).

Die Herausstellung des – realen – maßstabbildenden „Eckmanns“ oder „Spitzenmanns“ (vgl. hierzu Beschluss des Senats vom 25. Mai 2004 – 1 A 1732/03 –, *Schütz/Maiwald*, Beamtenrecht, Entscheidungssammlung D I 2 Nr. 70, Urteil vom 11. Februar 2004 – 1 A 2138/01 –, a.a.O. –) ist (möglicher) Beleg für eine solche Vorgehensweise.

Selbst wenn der Überbeurteiler – wie im vorliegenden Fall – die dargelegten Grundsätze richtig erkannt und sie im Sinne subsumtionsfähiger Obersätze seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, müssen sie jedoch, wenn und soweit sie durch den Beamten – wie hier – angezweifelt werden, mit Substanz gefüllt werden. Hieran fehlt es im gegebenen Fall. Die Ausfüh-

Sonstiges

rungen des Überbeurteilers lassen die für die Herabsetzung maßgeblichen Erwägungen nicht hinreichend nachvollziehbar werden und machen den Weg, der zu dieser Entscheidung geführt hat, nicht in ausreichender Weise sichtbar.

Soweit der Generalstaatsanwalt auf seinen größeren Überblick, seine größeren Erfahrungen und die besseren Vergleichsmöglichkeiten abhebt, ist dies vom gedanklichen Ansatz plausibel. Das Vorbringen bleibt gleichwohl ohne jede Substanz. Dies erhellt sich bereits daraus, dass es ohne Modifikation beliebig auf jeden anderen Quervergleichsfall übertragen werden könnte; der Bezug zum konkreten Überbeurteilungsfall, in dem es allein um die Leistung, Eignung und Befähigung eines bestimmten Beamten, die nach dem einheitlichen Beurteilungsmaßstab zu bewerten sind, geht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. August 2004 – 2 B 44.04 –, Juris) lässt sich nicht herstellen. Aus dem dargelegten Ansatz ergibt sich nicht, in welcher Weise der (GS) die aus der Beurteilungspraxis seines Bezirks gewonnenen einheitlichen Maßstäbe berücksichtigt haben will und welche Maßstäbe dies bezogen auf den konkreten Beurteilungsanlass gewesen sein sollen. Mit dem Hinweis auf die Berücksichtigung des statusbezogenen Anforderungsprofils, dessen Bestimmung im Ermessen des Überbeurteilers steht und wogegen die Klägerin auch nichts eingewendet hat, hat der Überbeurteiler lediglich abstrakt die unerlässliche Grundlage des Quervergleichs dargelegt.

Völlig offen ist weiterhin, wie dieses Anforderungsprofil entweder im Durchschnitt oder von einzelnen herausragenden Leistungsträgern durch die zahlreichen Beamten im Geschäftsbereich des (GS) ausgefüllt wird. Namentlich fehlt es an Angaben dazu, wie sichergestellt wird, dass ein bezirksweiter Leistungsabgleich die wahren Leistungen erfasst. Der lediglich „gedachte“ Durchschnittsbeamte im statusrechtlichen Amt steht in keinem Bezug zu den tatsächlich erbrachten Leistungen weder der Klägerin noch der anderen Beamten. Dass sich der (GS) auf den durchschnittlichen Beamten als „Eckmann“ berufen hat, verbleibt damit im Bereich des Floskelhaften. Auch diesbezüglich ist es erforderlich, zur Plausibilisierung des getroffenen Quervergleichs eine weitergehende Erläuterung, etwa der Bewertung der herangezogenen „Eckmänner“ bzw. des „Spitzenmanns“, abzugeben und die Bewertungsgrundlagen offenzulegen, wie z. B. bezirksweite Beurteilerkonferenzen (vgl. OVG NRW, Urteil vom 11. Februar 2004 – 1 A 2138/01 –, a.a.O.).

■ Oberverwaltungsgericht NRW

vom 31. Mai 2007, 1 A 2601/05

eingereicht von Rechtsanwalt Manfred Quast, Von-Geismar-Straße 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/91877-0, Fax: 9187777
info@sozietat-quast.de; www.sozietat-quast.de

348. Berufung wegen Fristversäumnis unzulässig, Anwaltsverschulden wegen nicht wirksam organisierter Ausgangskontrolle

Die Beklagte hat die Berufungsbegründungsfrist nicht eingehalten. Der zulässige Wiedereinsetzungsantrag ist unbegrün-

det, weil von einem der Beklagten zuzurechnenden Anwaltsverschulden auszugehen ist.

1. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten ausgeführt, er habe der absolut zuverlässigen Mitarbeiterin den Auftrag erteilt, die Berufungsbegründung an das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg in Stuttgart durchzufaxen und ihr die Anweisung erteilt, nach dem Faxvorgang den Sendebericht vollständig zu überprüfen. Bei der Kontrolle des Sendeberichts sei der Mitarbeiterin nicht aufgefallen, dass der Schriftsatz nicht an das Landesarbeitsgericht, sondern an die Beklagte gegangen ist.

2. Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg verneinte vorliegend eine wirksam organisierte Ausgangskontrolle. Der Rechtsanwalt ist gehalten durch entsprechende organisatorische Maßnahmen Fehlerquellen bei der Behandlung von Frist-sachen in größtmöglichem Umfang auszuschließen.

Ein Rechtsanwalt darf zwar einfache Verrichtungen seinem geschulten und zuverlässigen Büropersonal übertragen, dies entbindet ihn jedoch nicht von der Pflicht, insoweit eine wirksame Ausgangskontrolle zu organisieren.

Die Ausgangskontrolle muss sich auch darauf erstrecken, dass die Übermittlung an den richtigen Empfänger erfolgt ist, denn die Ausgangskontrolle setzt, wie bereits dem Begriff „Kontrolle“ zu entnehmen ist, eine nochmalige, selbständige Prüfung voraus.

Von einer wirksamen Ausgangskontrolle in Bezug auf die Faxübermittlung an den richtigen Empfänger kann nur dann ausgegangen werden, wenn die damit beauftragte Kanzlei-Angestellte einen Abgleich der eingegebenen Fax-Nummer mit der objektiv richtigen Fax-Nummer des Empfängers zum Beispiel anhand eines Verzeichnisses überprüft; denn nur dann können insoweit Fehler aufgedeckt werden.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 16. März 2007, 7 Sa 115/06

eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5 (Zeppelin Carre), 70174 Stuttgart, Tel.: 0711/22 41 99-0, Fax: 0711/22 41 99-79

kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de; www.shp-anwaltskanzlei.de

349. Insolvenzverwalter, Haftung, Betriebsübergang, Haftung des Betriebserwerbers

Entscheidungsgründe: ...

B. ... I. ... 1. ...

2. Gemäß § 60 Abs. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen, wobei er für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen hat. Er haftet nach § 60 InsO nur für die schuldhaft Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten. ...

3. Zwar würde die N. GmbH, sofern sie den Betrieb tatsächlich übernommen hätte, für rückständige Masseforderungen des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis haften (§ 613a BGB). Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht angenom-

men, eine Haftung des Beklagten sei gegenüber der Verpflichtung des Betriebserwerbers subsidiär.

a) Nach allgemeinen Grundsätzen des Schadenrechts wird ein Schadensersatzanspruch regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Geschädigte sich wegen des entstandenen Vermögensnachteils auch an einen Dritten halten kann (BGH, v. 17. Februar 1982 – IVa ZR 284/80 – NJW 1982, 1806; v. 24. Januar 1997 – VZR 294/95 – WM 1997, 1062; v. 26. Juni 1997 – IX ZR 233/96 – NJW 1997, 2946; v. 19. Juli 2001 – IX ZR 62/00 – WM 2001, 1605). Dies gilt nicht nur dann, wenn konkurrierende Schadensersatzansprüche bestehen, sondern auch, wenn neben dem Schadensersatzanspruch ein Primäranspruch auf Leistung aus Gesetz oder Vertrag besteht.

...

b) Eine Subsidiarität des Haftungsanspruchs gegen den Insolvenzverwalter ist gesetzlich nicht vorgesehen. Sie ist auch nach Sinn und Zweck seiner Haftung nicht geboten.

aa) Nach der ausdrücklichen Regelung des § 613a Abs. 2 BGB haftet der bisherige Arbeitgeber neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach Abs. 1, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Den Interessen der Arbeitnehmer würde es widersprechen, wenn der Betriebsveräußerer den Arbeitnehmern einen neuen – möglicherweise finanzschwachen – Arbeitgeber aufdrängen und gleichzeitig für sich eine völlige Haftungsbefreiung herbeiführen könnte (KR-Pfeiffer, 8. Aufl., § 613a BGB Rn 144; Dreher, in: Bernsau/Dreher/Hauck, Betriebsübergang § 613a BGB Rn 198). Der Arbeitnehmer darf sich in Bezug auf diese Ansprüche vielmehr an diejenigen halten, den er als Arbeitgeber frei gewählt hat. Betriebsübernehmer und Masse haften als Gesamtschuldner nach § 421 Satz 1 BGB. Danach liegt Gesamtschuld vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist ...

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist der Anspruch nach § 60 InsO unter Berücksichtigung seines Inhalts und seines Zwecks also nicht nur gegenüber dem Erfüllungsanspruch gegen die Masse, sondern auch gegenüber der Haftung eines Betriebserwerbers grundsätzlich gleichrangig.

II. Voraussetzung für einen Anspruch des Klägers aus § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO ist, dass der Beklagte durch Zahlungen an andere Gläubiger eine ihm gegenüber dem Kläger als Massegläubiger obliegende Pflicht verletzt und dadurch den geltend gemachten Schaden herbeigeführt hat. Zu Pflichtverletzungen des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Dies hat es nachzuholen.

1. Der Beklagte könnte eine insolvenzspezifische Pflicht verletzt haben, wenn die Forderung des Klägers gegenüber Zahlungen, die nach Fälligkeit des Urlaubsgeldes erfolgten, voroder gleichrangig war. Waren die beglichenen Forderungen nachrangig, hätte die Auszahlung gegen die sich aus § 53 InsO ergebende Pflicht des Verwalters zur vorrangigen Befriedigung von Masseverbindlichkeiten verstoßen. Wenn es

sich um mit der Forderung des Klägers gleichrangige Masseverbindlichkeiten handelte, würde der Beklagte haften, wenn er schuldhaft nicht erkannte, dass im Zeitpunkt der Zahlung Masseunzulänglichkeit bereits eingetreten war oder drohte mit der Folge, dass der Kläger als Massegläubiger mit seiner Forderung ganz oder teilweise ausfiel. Unabhängig davon könnte der Beklagte bereits deshalb haften, weil er fällige und einredefreie Forderungen anderer Gläubiger und des Klägers nicht gleichmäßig bedient und der Kläger deshalb einen Ausfall erlitten hat. Der Insolvenzverwalter hat Masseverbindlichkeiten zu begleichen, sobald Fälligkeit eingetreten ist. Er hat vor jeder Verteilung der Masse zu kontrollieren, ob die anderen Masseverbindlichkeiten rechtzeitig und vollständig aus der verbleibenden Insolvenzmasse bezahlt werden können. Sind mehrere Masseschulden fällig und einrededefrei, ist der Insolvenzverwalter angesichts des Gleichrangs der Massegläubiger verpflichtet, sie nur anteilig zu befriedigen, sofern er momentan zur vollständigen Bezahlung nicht in der Lage ist. Verstößt er hiergegen, haftet der Insolvenzverwalter einem benachteiligten Massegläubiger in Höhe des Betrages, der auf ihn bei anteiliger Befriedigung entfallen wäre. Der Insolvenzverwalter ist nicht befugt, einem von mehreren Massegläubigern das Risiko zuzuweisen, ob sich in Zukunft weitere Masseeingänge realisieren lassen (vgl. BGH, v. 6. Mai 2004 – IXZR 48/03 – BGHZ 159, 104).

...

5. Das Landesarbeitsgericht wird zu prüfen haben, ob und ggf. in welcher Höhe der Beklagte vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit andere nachrangige Forderungen oder gleichrangige Masseverbindlichkeiten beglichen hat. Soweit dies der Fall gewesen sein sollte, hätte das Landesarbeitsgericht den Ausfallschaden des Klägers zu ermitteln. Insoweit wird es darauf ankommen, ab wann der Beklagte als sorgfältiger Insolvenzverwalter drohende Masseunzulänglichkeit erkennen konnte. Fällige Ansprüche des Klägers hätte der Beklagte zuvor voll aus der Masse befriedigen müssen, sofern er sie bei sorgfältiger rechtlicher Prüfung nicht ernsthaft bestreiten durfte (vgl. zur Pflicht des Insolvenzverwalters zur richtigen rechtlichen Bewertung Weis, in: Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Aufl., Bd. 1 § 53 Rn 47). Das könnte insbesondere hinsichtlich des Urlaubsgeldanspruchs des Klägers auf Grund seiner Freistellung unter Anrechnung auf Urlaubsansprüche der Fall sein. ...

■ Bundesarbeitsgericht

vom 25. Januar 2007, 6 AZR 559/06

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Gosda, Von-Geismar-Straße 2, 59229 Ahlen, Tel.: 02382/91877-0, Fax: 918 77 77
info@sozietat-et-quast.de; www.sozietat-et-quast.de

350. Parteifähigkeit einer GbR, Gemeinschaftsbetrieb im Versicherungswesen, weiterer Beklagter, Klageänderung oder Rubrumsberichtigung

Entscheidungsgründe: ...

B. ... I. Die Klage ist zulässig. Es ergeben sich insbesondere keine Bedenken daraus, dass sich die Kündigungsschutzklage

Sonstiges

und der Weiterbeschäftigungsantrag gemäß der Erklärung des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung gegen die Beklagte zu 1) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) richten.

1. Arbeitgeber des Klägers ist die von den Beklagten zu 2) bis 4) gebildete GbR.

Die Beklagten zu 2) bis 4) betreiben mit der Direktion in Düsseldorf einen so genannten Gemeinschaftsbetrieb. Wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen, vollzieht sich die zugrunde liegende Vereinbarung der beteiligten Unternehmen in diesem Fall regelmäßig in Form einer GbR (vgl. BAG, Urteil vom 05.03.1987, AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; BAG, Urteil vom 24.01.1996, AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972). Deren Gesellschaftszweck ist die gemeinsame Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke durch einen einheitlichen Leitungsapparat. Nicht erforderlich ist, dass diese Gesellschaft Eigentümerin der jeweiligen Betriebsstätte oder der Betriebsmittel ist. Eine GbR muss nach den Vorschriften der §§ 705 ff. BGB weder Gesamthandsvermögen noch wenigstens wirtschaftlich gemeinsames Vermögen besitzen (vgl. BAG, Urteil vom 24.01.1996, a.a.O.; Palandt/*Sprau*, BGB, 65. Aufl., § 705 Rn 33 m.w.N.). Daraus folgt zwar nicht ohne weiteres, dass die GbR Arbeitgeber der in dem gemeinsamen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ist bzw. wird, da sich die Verbindung der Gesellschafter auf die Innenbeziehungen beschränken kann (vgl. *Bonnanni*, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, 2003, S. 55 m.w.N.). Die Beklagten zu 2) bis 4) haben hier jedoch darüber hinaus vereinbart, die in bestimmten Zentraleinheiten des Gemeinschaftsstribs tätigen Arbeitnehmer auch gemeinsam anzustellen. Damit tritt die von den Versicherungsgesellschaften gebildete GbR jedenfalls in Teilbereichen auch als einheitlicher Arbeitgeber nach außen hin in Erscheinung. Diesem Befund können versicherungsaufsichtsrechtliche Erwägungen nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Die Beklagten zu 2) bis 4) berufen sich zum einen selbst darauf, dass der gemeinsame Einsatz von Arbeitnehmern in den gesellschaftsübergreifenden Zentralfunktionen mit dem Grundsatz der Spartenentrennung vereinbar sei. Unabhängig davon ließe sich aus einem Verstoß gegen versicherungsaufsichtsrechtliche Vorschriften auch nicht herleiten, dass eine GbR im Streitfall nicht existiert. Eine Alternative hierzu haben die Beklagten zu 2) bis 4) im Übrigen nicht aufgezeigt. Der Begriff des „einheitlichen Arbeitsverhältnisses“, der vor Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der GbR berechtigt gewesen sein mag, führt hier nicht weiter.

2. Die Beklagte zu 1) ist rechtsfähig und damit auch parteifähig. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besitzt eine (Außen-)GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Das bedeutet, dass sie in der jeweiligen Zusammensetzung der Gesellschafter Vertragspartner werden kann und dass ihre Stellung als Vertragspartner durch einen Gesellschafterwechsel nicht berührt wird. In diesem Rahmen ist sie im Zivilprozess parteifähig, kann also als Gesellschaft klagen und verklagt werden (vgl. BGH, Urteil vom 29.01.2001, NJW 2001, 1056 ff.; BGH, Urteil vom 15.01.2003, NJW 2003,

1043 f.). Nach dem Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 02.09.2002, NJW 2003, 3533) und dem Bundesfinanzhof (Urteil vom 18.5.2004, DB 2004, 1705) hat sich auch das Bundesarbeitsgericht dieser Rechtsprechung angeschlossen (vgl. Urteil vom 01.12.2004, AP Nr. 14 zu § 50 ZPO). Auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist eine GbR somit aktiv und passiv parteifähig.

3. Es liegt keine Klageänderung vor, deren Zulässigkeit die Berufungskammer gesondert prüfen müsste. Der Kläger hat bereits im ersten Rechtszug ausdrücklich erklärt, dass er die Beklagten zu 2) bis 4) als GbR in Anspruch nehme. Das konnte nach Lage der Dinge nur den Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsantrag betreffen. Da dies im angefochtenen Urteil nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, ist das Rubrum auf Beklagtenseite durch die Berufungskammer zu berichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 17. Juli 2006, 14 Sa 334/06

eingereicht von Rechtsanwalt Marcus Schneider-Bodien, Königsallee 96, 40212 Düsseldorf, Tel.: 0211/32 01 53,

Fax: 32 78 15

kanzlei@kessel-rechtsanwaelte.de,

www.kessel-rechtsanwaelte.de

351. Prozessbevollmächtigter, Ausschluss, sofortige Beschwerde

Die sofortige Beschwerde der Beklagten ist unzulässig, denn gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist die sofortige Beschwerde nicht statthaft.

Nach den §§ 78 Satz 1 ArbGG, 567 Absatz 1 ZPO findet die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidungen der Arbeitsgerichte statt, wenn dies entweder im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist oder wenn es sich um eine mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidung handelt, mit der ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen wurde. Weder das eine noch das andere ist hier der Fall. Gegen eine Entscheidung des Arbeitsgerichts, mit der ein Bevollmächtigter wegen der Regelung in § 11 Absatz 3 Satz 1 ArbGG in der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen wurde, ist weder in § 11 Absatz 3 ArbGG noch an einer anderen Stelle im Gesetz die sofortige Beschwerde vorgesehen. ...

(In) der neueren arbeitsgerichtlichen Kommentarliteratur (wird) eine sofortige Beschwerde gegen eine solche Entscheidung des Arbeitsgerichts zu Recht als unzulässig angesehen und die Partei darauf verwiesen, die Richtigkeit der Entscheidung mit dem Rechtsmittel überprüfen zu lassen, das gegen die die Instanz abschließende Entscheidung des Arbeitsgerichts zur Verfügung steht (so *Germelmann*, in: *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage 2004, Rn 43 zu § 11 ArbGG; *Weth*, in: *Schwab/Weth*, ArbGG, 2004, Rn 38 zu § 11 ArbGG; *Koch*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 6. Aufl. 2006, Rn 4 zu § 11 ArbGG). Ein Recht zur Beschwerde wird dem Vertretenen zwar teilweise in der zivilprozessualen Kommentarliteratur zu dem gleichlautenden § 157 Absatz 1 ZPO zugestanden (*Greger*, in:

Zöller, Zivilprozessordnung, 25. Aufl. 2005, Rn 6 zu § 157 ZPO, und Hartmann, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 60. Aufl. 2002, Rn 17 zu § 157 ZPO). Begründet wird dies allerdings nicht. Bezug genommen wird vielmehr lediglich auf ältere gerichtliche Entscheidungen, in denen diese Auffassung teilweise noch vertreten wurde. So wurde eine Beschwerde gegen eine Entscheidung des Arbeitsgerichts nach § 11 Absatz 3 ArbGG zuletzt vom Landesarbeitsgericht München als zulässig angesehen, worauf sich die Beklagte auch bezieht (Beschluss vom 10. März 1989, 9 Ta 118/88, LAGE Nummer 7 zu § 11 ArbGG). ...

Denn jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt gibt es ein solches Gewohnheitsrecht nicht mehr. Seit der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts München aus dem Jahre 1989 wurde die Vorschrift des § 567 ZPO, in der die Statthaftigkeit der Beschwerde geregelt ist, mehrfach neu gefasst, und zwar in den Jahren 1990, 2001 und 2004.

Spätestens durch diese Regelungen ist ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht entfallen (ablehnend in Bezug auf das Vorliegen von Gewohnheitsrecht auch *Germelmann* bereits in der dritten Auflage des Kommentars *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, Arbeitsgerichtsgesetz*, 3. Aufl. 1999, Rn 43 zu § 11 ArbGG).

■ Landesarbeitsgericht Saarland
vom 19. Januar 2007, 2 Ta 38/06

eingereicht von Rechtsanwalt Richard Klein, Schillerstraße 40, 66482 Zweibrücken, Tel.: 06332/9286-0, Fax: 06332/928619
RA.Klein@Bornlaw.de; www.Bornlaw.de

352. Prozessvergleich, Auslegung, Ausgleichsklausel, Abrechnungspflicht als Zahlungspflicht

Tatbestand:

Die Parteien streiten über restliche Vergütungsansprüche. ... Mit Schreiben vom 31.10.2005 kündigte der Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis zum 30.11.2005. Wegen dieser Kündigung erhob der Kläger fristgerecht Kündigungsschutzklage. ...

Im Gütertermin vom 02.12.2005 schlossen die Parteien folgenden Vergleich:

1. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund fristgerechter arbeitgeberseitiger ordentlicher betrieblich veranlasster Kündigung vom 31.10.2005 mit Ablauf des 30.11.2005 sein Ende gefunden hat.
2. Die Beklagte zahlt an den Kläger zum Ausgleich für den Verlust seines sozialen Besitzstandes eine Abfindung entsprechend den §§ 9,10 KSchG in Höhe von 6.000,00 €.
3. Bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird dieses vertragsgemäß abgerechnet.
4. Damit sind alle finanziellen Ansprüche der Parteien aus dem beendeten Arbeitsverhältnis, seien sie bekannt oder unbekannt, gleich auf welchem Rechtsgrund und auf welchen Tatsachen sie beruhen mögen, ob sie Gegenstand dieses Rechtsstreits waren oder nicht, erledigt. ...

Mit Schreiben vom 05.01.2006 ... überreichte der Beklagte

durch seine Prozessbevollmächtigten die erstellte Abrechnung für November 2005 ... , eine Auszahlung des sich aus der Abrechnung ergebenden Nettogehaltes erfolgte jedoch nicht.

Der Kläger erhob daraufhin ... Klage, mit der er sein Arbeitsentgelt für November 2005 ... verlangte. ...

Der Beklagte ist der Auffassung, er habe durch Erteilung der Abrechnung für November 2005 den Vergleich erfüllt. Ein etwaiger Zahlungsanspruch sei durch die Ausgleichsklausel in Ziffer 4 des Vergleichs erledigt. ...

Entscheidungsgründe: ...

Der Zahlungsanspruch des Klägers ist nicht durch die im Vergleich vom 02.12.2005 enthaltene Ausgleichsklausel ausgeschlossen.

Zwar sind Ausgleichsklauseln, wie sie in Ziffer 4 des Vergleichs vom 02.12.2005 enthalten sind, im Interesse klarer Verhältnisse grundsätzlich weit auszulegen. Die Ausgleichsklausel in Ziffer 4 des Vergleichs vom 02.12.2005 enthält auch ein konstitutives negatives Schuldanerkenntnis im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB (BAG, Urteil vom 28.07.2004 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 177; BAG, Urteil vom 23.02.2005 – AP TVG § 1 Tarifverträge Druckindustrie Nr. 42). Danach erfasst die Ausgleichsklausel in Ziffer 4) des Vergleichs vom 02.12.2005 alle Ansprüche der Parteien untereinander mit Ausnahme derjenigen, die im Vergleich vom 02.12.2005 geregelt sind (BAG, Urteil vom 31.07.2002 – AP HGB § 74 Nr. 74).

Die Auslegung des Vergleichs vom 02.12.2005 nach den Regeln der §§ 133, 157 BGB ergibt jedoch, dass der Anspruch des Klägers auf Auszahlung des Arbeitsentgelts für November 2005 nicht von der Ausgleichsklausel in Ziffer 4. des Vergleichs vom 02.12.2005 erfasst wird.

... Richtig ist zwar, dass der Anspruch des Klägers auf Auszahlung des Arbeitsentgelts für November 2005 nicht ausdrücklich im Wortlaut des Vergleichs seinen Niederschlag gefunden hat. Nach Ziffer 3 des Vergleichs vom 02.12.2005 ist lediglich der Abrechnungsanspruch titulierte worden.

Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass der Kläger auf Auszahlung des Arbeitsentgelts für November 2005 im Vergleich vom 02.12.2005 verzichtet hätte. Das Arbeitsentgelt zwischen den Parteien für November 2005 war zu keinem Zeitpunkt streitig. Das Arbeitsverhältnis ist vom Beklagten selbst erst zum 30.11.2005 gekündigt worden. Soweit die Parteien in Ziffer 3 des Vergleichs vom 02.12.2005 vereinbart haben, dass das Arbeitsverhältnis bis zur Beendigung vertragsgemäß abgerechnet werden sollte, sollte ersichtlich auch vereinbart werden, dass der sich aus der Abrechnung ergebende Nettobetrag an den Kläger zur Auszahlung gelangen sollte. Zu keinem Zeitpunkt hat der Beklagte den Bestand der Forderung des Klägers auf Zahlung des Novemberentgeltes in Frage gestellt. Die durch Ziffer 3 des Vergleichs vom 02.12.2005 titulierte Abrechnung sollte den Anspruch des Klägers auf Zahlung des Arbeitsentgelts für November 2005 streitlos stellen (vgl. BAG, Urteil vom 20.10.1982 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 76; BAG, Urteil vom 21.04.1993 – AP TVG § 4 Ausschlussfristen Nr. 124; LAG Hamm, Urteil vom 07.12.2000 – NZA-RR 2002,

Sonstiges

15 m.w.N.). Der durch Ziffer 3 des Vergleichs vom 02.12.2005 titulierte Abrechnungsanspruch wäre wertlos, wenn der sich aus der Abrechnung ergebende Nettobetrag nicht an den Kläger zur Auszahlung gelangen würde.

Das Arbeitsgericht hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass das Arbeitsentgelt für November zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt, auch nicht während der Nachverhandlungen über die Ratenzahlung hinsichtlich der vereinbarten Abfindung, streitig gewesen ist. Zu keinem Zeitpunkt hat der Beklagte den Verdienst des Klägers bis zum 30.11.2005 bestritten.

■ Landesarbeitsgericht Hamm
vom 8. Dezember 2006, 10 Sa 1023/06
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Heinrich Gussen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück,
Tel.: 05242/9204-0, Fax: 9204-48
rechtsanwaelte@societaet.phg.de; www.societaet-phg.de

353. Rechtsschutzversicherung, Deckung für den Abschluss eines Aufhebungsvertrages

Entscheidungsgründe:

II. Die Berufung des Klägers ist begründet.

1. Die Beklagte ist verpflichtet, die für die Interessenwahrnehmung des Klägers im Rahmen des Abschlusses des Aufhebungsvertrages des Arbeitsvertrags erforderlichen Kosten zu tragen. Denn es liegt ein Versicherungsfall im Sinne von § 4 Abs. 1c) ARB, bei dem ein Anspruch auf Rechtsschutz besteht, vor. ...

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versicherungsfall bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vorliegt, ist umstritten. So wird von der noch vorherrschenden Instanzrechtsprechung die Auffassung vertreten, dass das Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages keinen Rechtsverstoß darstellt und das bloße Aushandeln einer Abfindungsvereinbarung und die Einholung anwaltlichen Rates hierfür von der Rechtsschutzversicherung nicht umfasst sind (vgl. *Harbauer-Maier*, ARB, 7. Aufl., ARB 75 § 14, Rn 53, m.z.w.N.) (wird ausgeführt)

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Standpunkt, der Verstoß könne frühestens im Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung gesehen werden, wird dem Zweck des § 4 Abs. 1c) ARB nicht gerecht, dem Versicherungsnehmer umfassenden Rechtsschutz auch für sich bereits abzeichnende rechtliche Auseinandersetzungen, die bereits im Keim angelegt sind, zu gewähren.

Für den einen Rechtsschutzfall auslösenden Verstoß gegen § 4 Abs. 1c) ARB genügt nämlich jeder tatsächliche, objektiv feststellbare Vorgang, der die Anbahnung eines Rechtskonflikts in sich trägt; der Rechtsstreit ist dann jedenfalls latent vorhanden und damit gewissermaßen bereits „vorprogrammiert“ (BGH, Urt. v. 28.9.2005, IV ZR 106/04, VersR 2005, 1684, m.w.N.). Dies ist nicht nur bei der Androhung einer verhaltensbedingten, sondern auch bei der Androhung einer betriebsbedingten Kündigung zweifellos der Fall. Denn damit bringt der Arbeitgeber zum Ausdruck, dass er an den durch

den Vertrag begründeten Leistungspflichten, nämlich dem Versicherungsnehmer im Rahmen der Beschäftigungspflicht Arbeit bereit zu stellen (vgl. Palandt-*Weidenkaff*, BGB, 65. Aufl., § 611, Rn 118, m.w.N.; BAG Großer Senat, Urt. v. 27.2.1985, GS 1/84NJW 1985, 2968), nicht mehr festhalten, sondern das Vertragsverhältnis auf jeden Fall beenden will. Dies gilt erst Recht, wenn – wie hier – die betriebsbedingte Kündigung im Zusammenhang mit der Weigerung des Arbeitnehmers, einem Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zuzustimmen, erfolgt, und der Arbeitgeber ohnehin entschlossen ist, das Vertragsverhältnis zu beenden.

Rechtsgrundlage eines Beschäftigungsanspruchs und – der hiermit korrespondierenden Beschäftigungspflicht – ist der Arbeitsvertrag (§ 611 BGB). Der Anspruch beruht unmittelbar auf der sich für den Arbeitgeber aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG zum Schutz der Persönlichkeit ergebenden arbeitsvertraglichen Pflicht zur Förderung der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers. Das Bestreiten oder gar die Loslösung von diesen Leistungspflichten begründet folglich einen Verstoß gegen Rechtspflichten.

Im Streitfall bestehen keine Zweifel daran, dass die Arbeitgeberin des Klägers der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Beschäftigungspflicht unter keinen Umständen mehr nachkommen wollte. ... Die Androhung einer betriebsbedingten Kündigung und die Entschlossenheit des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden und notfalls eine solche deshalb auszusprechen, genügt für die Annahme eines den Rechtsschutzfall auslösenden Verstoßes im Sinne des § 4 Abs. 1c) ARB. ... Der Versicherungsnehmer und damit auch der Kläger hatte jetzt Anlass erhalten, für die Durchsetzung seiner Rechte auch kostenauslösende Maßnahmen, wie etwa die Konsultation eines Rechtsanwaltes, zu ergreifen. Dagegen hat er sich versichert (vgl. BGH, a.a.O.; siehe auch *Harbauer-Maier*, a.a.O., Rn 45, m.w.N.; LG Baden-Baden, NJW-RR 1997, 790; LG Stuttgart, VersR 1997, 446; LG Darmstadt, VersR 2000, 51).

Soweit die Instanzrechtsprechung darauf verweist, dass das Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages in Verbindung mit der Absicht, andernfalls eine Kündigung auszusprechen, Ausdruck der Privatautonomie sei und deshalb einen Rechtsverstoß nicht begründen könne, wird verkannt, dass sich für den Versicherungsnehmer in diesem Fall die Beeinträchtigung seiner Rechtsposition bereits verwirklicht hat. ... Der Versicherungsschutz ist, entgegen der in der Instanzrechtsprechung und auch vom OLG Nürnberg vertretenen Auffassung (vgl. *Harbauer-Maier*, a.a.O., m.w.N.; OLG Nürnberg, ZfS 1991, 200), nicht auf die Kosten beschränkt, die durch die angedrohte Kündigung ausgelöst werden, sondern umfasst auch diejenigen eines etwaigen Aufhebungsvertrages mit Abfindung.

■ Oberlandesgericht Saarbrücken
vom 19. Juli 2006, 5 U 719/05 – 107
eingereicht von Rechtsanwalt Wolfgang Preßer, Lutherstraße 14, 66538 Neunkirchen, Tel.: 06821/921 00, Fax: 921 030
info@halm-presser.de; www.halm-presser.de

354. Rechtsschutzversicherung, Schleppnetz- und Weiterbeschäftigungsantrag, Obliegenheitsverletzung

1. Ein Rechtsschutzversicherer kann sich für seine Leistungsverweigerung nur dann möglicherweise auf eine Obliegenheitsverletzung (§ 15 ARB 75) berufen, wenn die angeblich konkret nicht mitgeteilte Maßnahme tatsächlich auch kostenauslösend war.
2. Für den Schleppnetzantrag und den Weiterbeschäftigungsantrag war der Ansatz einer Bruttomonatsvergütung (Schleppnetzantrag) bzw. zweier Bruttomonatsvergütungen (Weiterbeschäftigungsantrag) richtig.
3. Dass ein Schleppnetzantrag als eigener Antrag – und nicht nur als „Appendix“ zum Hauptantrag – angekündigt, verhandelt und ggf. gestellt wird, ist zulässig, weil „durchaus gängig und rechtsprechungskonform“.

■ Amtsgericht Wedding

vom 19. März 2007, 22b C 4/07

eingereicht von Rechtsanwältin Daniels & Pätzelt, Rechtsfachwirtin D. Dralle, Fritschestraße 62, 10627 Berlin, Tel.: 465 20 71, Fax: 461 21 79

355. Rechtsschutzversicherung, ARAG, Deckungszusage für vorgerichtliche Tätigkeit im Kündigungsschutzverfahren

Entscheidungsgründe:

Das Amtsgericht München ist örtlich gemäß § 48 I WG und sachlich gemäß § 23 I Nr. 1 GVG zuständig.

Der Kläger hat aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag mit der Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Anwaltskosten unter Zugrundelegung einer 1,3 Gebühr nach 2400 RVG a.F. Die Beklagte wäre zur Erteilung einer Deckungszusage verpflichtet gewesen.

Die Beklagte beruft sich auf § 17 V c, cc der ARB 2000/2 wonach der Versicherungsnehmer nach dem Eintritt eines Rechtsschutzfalles, soweit seine Interessen nicht unbillig beeinträchtigt werden, alles zu vermeiden hat, was eine unnötige Erhöhung der Kosten verursachen könnte. Die Klägerin stützt sich hier auf mehrere von Instanzgerichten ausgesprochenen Entscheidungen welche bei einem zunächst auf die außergerichtliche Geltendmachung beschränkten Auftrag in Kündigungsschutzangelegenheiten eine Obliegenheitsverletzung annehmen. Diese verallgemeinernde Auffassung teilt das Gericht nicht.

1. In welcher Höhe Gebühren anfallen, steht zunächst bei Erteilung des Mandates nicht fest. Führt der Rechtsanwalt erfolgreiche vorprozessuale Verhandlungen ohne Klageauftrag, vielmehr nur aufgrund einer außergerichtlichen Vollmacht, kann theoretisch eine Geschäftsgebühr gemäß Nr. 2300 VV-RVG n.F. von 0,5 bis 2,5 – Mittel aller Versicherungsfälle eine Gebühr von 1,5 – und eine Einigungsgebühr gemäß Nr. 1000 VV-RVG von 1,5 zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer entstehen, mithin ein Honorarvolumen von 3,0.

Führt der Rechtsanwalt dagegen erfolgreiche vorprozessuale Verhandlungen mit Klageauftrag, entsteht nach Einführung des RVG immer eine 0,8 Verfahrensgebühr, eine 1,2 Termins-

gebühr und eine 1,5 Einigungsgebühr zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer, mithin zwingend in allen Fällen ein Honorarvolumen von 3,5.

Vor diesem Hintergrund ist auch die bisherige Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex aus der Zeit der Geltung der BRAGO nicht übertragbar. ...

2. Die Beklagte stützt sich vielmehr darauf, dass ihrer Behauptung nach, statistisch betrachtet die Wahrscheinlichkeit einer außergerichtlichen Einigung innerhalb der 3-wöchigen Kündigungsschutzfrist relativ gering und die Wahrscheinlichkeit eines anschließenden Gerichtsverfahrens relativ hoch sei. Demgegenüber ließ der Kläger über seinen Prozessbevollmächtigten vortragen, dass in der Mehrzahl der Kündigungsschutzfälle die Möglichkeiten einer außergerichtlichen Einigung gut seien. Die Richtigkeit der jeweils nicht weiter unter Beweis gestellten Behauptungen kann letztlich dahingestellt bleiben, da sich der Versicherungsnehmer unter Auslegung seines Versicherungsvertrages einschließlich der Regelungen des ARB keine Obliegenheiten zurechnen lassen muss, die lediglich auf internen statistischen Kalkulationen beruhen. Der Inhalt und Umfang von Versicherungsverträgen ist so auszulegen, wie ihn ein durchschnittlicher vernünftiger Versicherungsnehmer auffassen muss. Ein Versicherungsnehmer schließt üblicherweise einen Versicherungsvertrag ab, um unbelastet von Kostenerwägungen seine Interessen bestmöglichst durchzusetzen. Wie bereits unter 1. erläutert, steht zu Beginn des Mandates nicht fest, bei welcher der zwei möglichen Vorgehensweisen letztlich höhere Gebühren anfallen. Diese Prognose kann nur konkret für jeden Einzelfall gesondert beurteilt werden. Will die Beklagte demgegenüber im allgemeinen ihren Rechtsschutz in Kündigungsschutzfällen auf das gerichtliche Tätigwerden beschränken, ist es ihr unbenommen, dies auch ausdrücklich für den Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss verständlich in ihre Versicherungsbedingungen mit aufzunehmen. Weder die relative Kürze der Frist von 3 Wochen innerhalb derer die Kündigungsschutzklage nach § 4 Kündigungsschutzgesetz zu erheben ist, noch die pauschalisierte Wahrscheinlichkeitsberechnung der Beklagten allein rechtfertigt es, von vornherein den Deckungsschutz nur auf ein gerichtliches Tätigwerden zu beschränken.

3. Ob bei Erteilung des außergerichtlichen Mandates eine realistische Möglichkeit einer vorgerichtlichen Einigung besteht, ist zu diesem Zeitpunkt im Wege einer Prognoseentscheidung zu beurteilen, wobei der Ermessensspielraum hier nicht einseitig zu Lasten des Versicherungsnehmers und zu Gunsten des Versicherers eingeschränkt werden darf. Demzufolge hat in hiesiger Streitsache nach unbestrittenem klägerischen Vortrag der Arbeitgeber bereits vor Tätigwerden dem Kläger eine Abwicklungsvereinbarung vorgeschlagen. Hieraus lässt sich bei objektiver Betrachtung schließen, dass der Arbeitgeber zunächst durchaus gewillt war, eine gütliche Einigung der Streitsache herbeizuführen. Zum Zeitpunkt der Mandatserteilung war es somit für den Kläger gerade noch nicht ersichtlich, dass die laufenden vorgerichtlichen Verhand-

Sonstiges

lungen innerhalb der Frist des § 4 Kündigungsschutzgesetz nicht zum Abschluss kommen werden. ... Das Risiko des Fehlschlagens bzw. eine nicht näher konkretisierte prozentuale Wahrscheinlichkeit eines Misserfolges des vorgerichtlichen Tätigwerdens kann die Beklagte nicht im Wege der Berufung auf eine Obliegenheitsverletzung dem Versicherungsnehmer aufbürden. Vielmehr erscheint es ausreichend aber auch erforderlich, dass im konkreten Fall bei objektiver Würdigung der Umstände eine vorgerichtliche Einigung möglich erscheint und diese binnen der gegebenen 3-Wochenfrist durchsetzbar ist. Diese Voraussetzungen lagen nach dem unbestrittenem klägerischen Vortrag vor, sodass die Beklagte zur Erteilung der außergerichtlichen Deckungszusage aufgrund des bestehenden Versicherungsvertragsverhältnisses verpflichtet war.

■ Amtsgericht München

vom 27. April 2007, 223 C 27792/06

eingereicht von Rechtsanwalt Michael H. Struckhoff, Bavariaring 16, 80336 München, Tel.: 089/514699-0, Fax: 514699-18
struckhoff@falcon-rae.de; www.falcon-rae.de

356. Rechtsweg, Herausgabe von Quellcodes, Urheberrechtsstreit

Gründe:

I. ... II. ... 2. ... Unabhängig von der Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand, ist gemäß § 104 UrhG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

Gemäß § 104 Satz 1 UrhG ist der ordentliche Rechtsweg für alle Rechtsstreitigkeiten, durch die ein Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird, gegeben. Ein Ausschluss erfolgt lediglich bei Urheberrechtsstreitsachen eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses, die ausschließlich Ansprüche auf Leistung einer vereinbarten Vergütung zum Gegenstand haben (§ 104 Satz 2, UrhG § 2 Absatz 2b ArbGG).

Das Arbeitsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass auch dann eine Urheberrechtsstreitsache anzunehmen ist, wenn eine Vorschrift des Urhebergesetzes mit betroffen ist, unabhängig davon, ob die Antragstellerin sich auf Vorschriften aus dem Urhebergesetz beruft (Landgericht Stuttgart, 17 O 460/90, Urteil vom 27.09.1990, CR 1991, 158). Zu den urheberrechtlich geschützten Daten gehören auch Computer-Programme (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a ff. UrhG). Selbst wenn man zu Gunsten der Antragstellerin davon ausgeht, dass es sich vorliegend um ein Arbeitsverhältnis handelte, wäre für Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über die Nutzung von Computer-Programmen, die der Arbeitnehmer geschaffen hat, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben (BAG, Urteil vom 21.08.1996, AP Nr. 42 zu § 2 ArbGG 1969; BAG, Urteil vom 12.03.1997, AP Nr. 1 zu § 2, UrhG). Die Frage, wem die Rechte an den Anwendungen aus den Computer-Programmen zustehen, richtet sich bei Arbeitsverhältnissen nach § 69b UrhG. Da die Parteien vorliegend darüber streiten, wem die Nutzungsrechte aus den Quellcodes zustehen, ist – auch bei Unterstellung eines Arbeitsverhältnisses – diese Vorschrift des § 69b UrhG betroffen. Bei den Ansprüchen auf

Benennung und Herausgabe der Quellcodes handelt es sich auch nicht ausschließlich um Ansprüche auf Leistung einer vereinbarten Vergütung, so dass die Ausschlussregelung des § 104 Satz 2 UrhG nicht zur Anwendung kommt. ...

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

vom 22. August 2006, 18 Ta 9/06

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Reitbahn 3, 91522 Ansbach, Tel.: 0981/971270-0, Fax: 0981/971270-30
harprecht@t-online.de; www.rechtsanwaelte-harprecht.de

357. Rechtsweg, Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsführer, rügelose Einlassung, Streitwert der Beschwerde

Sachverhalt:

Eine Auszubildende machte gegen den Geschäftsführer des Ausbildungsbetriebes persönlich Schadensersatzansprüche vor dem Zivilgericht geltend. Der Rechtsstreit wurde an die Arbeitsgerichte verwiesen.

Gründe (eigene Ordnungszahlen):

1. Es handelt sich um einen Rechtsstreit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Klägerin war Arbeitnehmerin im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbGG, denn sie war zur Berufsausbildung bei der ... GmbH beschäftigt.

Arbeitgeberin der Klägerin ist zwar die genannte GmbH, eine juristische Person. Dennoch ist in analoger Anwendung des § 2 Nr. 3 ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben. Die für die juristische Person als Organ handelnde natürliche Person, der Beklagte als Geschäftsführer der GmbH, steht nämlich dem Arbeitgeber gleich (so auch Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 24.06.1996, 5 AZB 35/95, veröffentlicht NJW 1996, 2885).

2. Eine etwaige rügelose Einlassung des Beklagten kann die Zuständigkeit des Landgerichts nicht begründen, denn eine Vereinbarung über den Rechtsweg ist unzulässig (*Zöller-Vollkommer*, 26. Aufl., Rn 3 zu § 38 ZPO). Deshalb kann auch durch rügelose Einlassung die Zuständigkeit des Landgerichts nicht begründet werden (§ 40 Satz 2 ZPO).

3. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 3 ZPO. Zu Grunde gelegt wurden die voraussichtlichen erstinstanzlichen Anwaltskosten der Klägerin (*Zöller-Gummer*, 26. Aufl., Rn 20 zu § 17a GVG).

■ Oberlandesgericht Nürnberg

vom 11. Dezember 2006, 9 W 2459/06

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Reitbahn 3, 91522 Ansbach, Tel.: 0981/971270-0, Fax: 0981/971270-30
harprecht@t-online.de; www.rechtsanwaelte-harprecht.de

358. Reisekosten des Prozessbevollmächtigten, Erstattungsfähigkeit

Gründe:

I. Die Rechtspflegerin hat im angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss die geltend gemachten Terminsreisekosten des Prozessbevollmächtigten und des Patentanwalts der Antragstellerin zu den Terminen am 16.8.2005 und 29.11.2005

abgesetzt. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der sofortigen Beschwerde. Sie verlangt – nach Rücknahme ihres Antrags wegen der in den Reisekosten enthaltenen Umsatzsteuerbeträge – die Festsetzung der weiteren in ihrem Antrag vom 7.12.2005 bezifferten Beträge.

II. Das zulässige Rechtsmittel hat in dem nach der Rücknahme verbleibenden Umfang vollen Erfolg. Die Antragstellerin kann nach §§ 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Satz 1, VV Nr. 7003 – 7005 RVG sowie § 143 Abs. 3 PatG in Verbindung mit VV Nr. 7003 – 7005 RVG Erstattung der Reisekosten einschließlich Tage- und Abwesenheitsgeld ihres Prozessbevollmächtigten sowie des mitwirkenden Patentanwalts für die Termine am 16.8.2005 und am 29.11.2005 in der zutreffend errechneter und belegter Höhe verlangen.

1. Die Rechtspflegerin hat ausgeführt: Die Antragstellerin verfüge nach eigenen Angaben über eine eigene, mit der Angelegenheit auch befasste Rechtsabteilung. Es sei ihr daher zuzumuten gewesen, dass die Rechtsabteilung den Sachverhalt aufbereitet und einen am Prozessgericht ansässigen Rechtsanwalt und Patentanwalt fernmündlich beauftragt und informiert hätte. Die durch die Beauftragung der Rechtsanwälte und mitwirkenden Patentanwälte der Kanzlei in München entstandenen Reisekosten und Tage- und Abwesenheitsgelder zur Wahrnehmung der Termine in Berlin seien daher nicht erstattungsfähig.

2. Die Antragstellerin trägt vor: Sie verfüge über eine eigene Rechtsabteilung und habe ihre Prozessbevollmächtigten fernmündlich sowie schriftlich beauftragt. Auch die Informationserteilung sei auf diesen Wegen sowie persönlich anlässlich der Vor- und Nachbesprechung der mündlichen Verhandlung in Berlin erfolgt (die Reisekosten ihrer Mitarbeiter aus Produktmanagement und Patentabteilung zu beiden Terminen hat die Antragstellerin ebenfalls geltend gemacht). Sie habe die Kanzlei der Rechts- und Patentanwälte in München beauftragt, weil diese sie regelmäßig in allen Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes vertrete. Es sei ihr nicht zuzumuten, für jeden Gerichtsort eigene Rechtsanwälte und Patentanwälte vorzuhalten, sowie eine weitere Kanzlei zur Koordinierung der Verfahren.

3. Die Antragstellerin hat die Notwendigkeit der geltend gemachten Terminsreisekosten hinreichend glaubhaft gemacht (§ 104 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

a) Auf die Notwendigkeit eines persönlichen Informationsgesprächs ihrer Mitarbeiter mit den beauftragten Rechts- und Patentanwälten kommt es dabei nicht an. Dieses hat erst anlässlich der mündlichen Verhandlung stattgefunden. Die Frage, ob die Antragstellerin aus Gründen der Kostengeringshaltung für den Fall der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht Berlin eine dort ansässige Kanzlei von Rechts- und Patentanwälten beauftragen sollte, stellte sich bereits vor Einleitung des Verfahrens. Die dazu erforderliche Information ist den Münchner Anwälten auf fernmündlichem und schriftlichem Wege erteilt worden.

b) Die Notwendigkeit der Beauftragung der Münchner Kanzlei zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung ergab

sich jedoch aus der betriebsorganisatorischen Entscheidung der Antragstellerin, diese Kanzlei regelmäßig und bundesweit mit ihrer Vertretung in den Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes zu betrauen. Das sonst zur Herstellung des Vertrauensverhältnisses notwendige persönliche Mandantengespräch ist dann im Einzelfall nicht mehr erforderlich, da es der ständigen Geschäftsbeziehung zugrunde liegt; die Informationserteilung kann auf dem jeweils zweckmäßigen Wege auch ohne persönlichen Kontakt erfolgen. Der Bundesgerichtshof hat dies in dem – nach Erlass des vorliegenden Kostenfestsetzungsbeschlusses ergangenen – Beschluss vom 28.6.2006 – IV ZB 44/05 – (NJW 2006 S. 3008) für den „Hausanwalt“ eines bundesweit tätigen Versicherers entschieden und dazu ausgeführt, die gewählte Organisationsform werde von dem berechtigten Interesse des Mandanten getragen, sich durch den Rechtsanwalt seines Vertrauens auch vor auswärtigen Gerichten vertreten zu lassen; ein solcher Bedarf sei ebenso gewichtig wie ein etwaiger Bedarf an persönlichem Kontakt zwischen Partei und Anwalt (ebenso bereits BGH, Beschluss vom 11.3.2004 – VII ZB 27/03 –, NJW-RR 04, 858, zu II. 2. a); OLG Hamburg, MDR 05, 1317). Diese Erwägungen gelten erst recht für die Beauftragung des ständigen patentanwaltlichen Beraters (vgl. Senat, KG-Report Berlin 1996, 83). Auf die Vorbereitung des Rechtsstreits durch sachkundige Mitarbeiter der Rechts- und Patentabteilungen der Antragstellerin (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 18.12.2003 – I ZB 18/03 –, NJW-RR 04, 856 = JurBüro 04, 322; s.a. Beschl. v. 18.12.2003 – I ZB 21/03 –, JurBüro 04, 431, zu II. 2.) kommt es nicht an. Denn die Beauftragung der Münchner Kanzlei erfolgte unabhängig von der Vorbereitung und Begleitung des Rechtsstreits durch eigene Mitarbeiter aufgrund der sachlich begründeten Entscheidung der Antragstellerin, die Vertretung in anfallenden Patentstreitigkeiten einheitlich in die Hände der Rechts- und Patentanwälte der Münchner Kanzlei zu legen. Insofern ist eine andere Beurteilung geboten als etwa bei der Bearbeitung durchschnittlich schwieriger Wettbewerbsverstöße, die bis zur Terminvertretung durch das geschulte Personal eines Wettbewerbsverbandes erfolgen kann (BGH a.a.O. NJW-RR 04, 856).

c) Die geltend gemachten Kosten übersteigen die Reisekosten nicht, die bei Beauftragung einer am Geschäftssitz der Antragstellerin in dessen Nähe ansässigen Kanzlei durch Anreisen des Rechtsanwalts und Patentanwalts zu den Gerichtsterminen in Berlin entstanden wären. Das hat die Antragstellerin unbestritten dargelegt. Die vom Bundesgerichtshof (NJW-RR 04, 858; NJW 06, 3008) offen gelassene Frage, ob ausnahmsweise auch höhere Kosten aus der Beauftragung eines an einem dritten Ort ansässigen Prozessbevollmächtigten erstattungsfähig sind, bedarf auch hier keiner Entscheidung.

■ Kammergericht
vom 16.03.2007, 1 W 276/06

Sonstiges

359. Rubrum, Pflichtangabe Anschrift des Klägers, Nichtangabe führt zur Unzulässigkeit der Klageerhebung, Heilung, andere Anforderungen in der Berufungsinstanz; Arzt, Weiterbildungszeugnis, Passivlegitimation (A.); keine Entscheidung über Unzulässigkeit der Klage bei fehlender Begründetheit; Arbeitnehmerstatus eines Stipendiaten (B.)

A. Klageerhebung

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist bereits unzulässig.

Die Klage genügt nicht den sich aus § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergebenden Anforderungen. Danach muss die Klage den Kläger bezeichnen. Zur Bezeichnung des Klägers gehört auch die Angabe seines Wohnortes und die Mitteilung eines während des Gerichtsverfahrens vorgenommenen Wohnortwechsels (§ 173 VwGO i.V.m. §§ 253 Abs. 4, 130 Nr. 1 ZPO). Nach § 130 Nr. 1 ZPO sollen Schriftsätze im Prozess die Bezeichnung der Parteien nach „Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung“ enthalten. Diese Angaben müssen so eindeutig sein, dass Verwechslungen und Unklarheiten aller Voraussicht nach nicht auftreten können und auch Dritte aus den entsprechenden Angaben unschwer die Identität der Parteien feststellen können. Neben diesem Individualisierungszweck soll das Erfordernis der Angabe der Adresse die Möglichkeit von Zustellungen und Ladungen zu Terminen sicherstellen. Erforderlich ist die Kenntnis der aktuellen Anschrift auch, um dem Betreffenden gegenüber gegebenenfalls Kostenforderungen durchsetzen zu können bzw. im Falle der Anordnung des persönlichen Erscheinens nach § 95 Abs. 1 VwGO dem Kläger die auch bei bestehender Prozessvertretung gesetzlich geforderte Mitteilung hierüber zukommen lassen zu können (§ 173 VwGO i.V.m. § 141 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 ZPO). Auch dann, wenn der Kläger – wie vorliegend – durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten ist, kann auf die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers nicht verzichtet werden. Da mit dem Betreiben des Prozesses nachteilige Folgen verbunden sein können, insbesondere die Kostentragungspflicht im Falle des Unterliegens, wird durch die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers dokumentiert, dass er sich diesen Folgen stellen will. Die Angabe der ladungsfähigen Anschrift erfüllt somit auch einen Sicherheitszweck. Danach soll mit der Angabe der ladungsfähigen Anschrift ein Ort genannt werden, wo Vollstreckungsversuche hinsichtlich entstandener gerichtlicher und außergerichtlicher Kosten vorgenommen werden können. Insoweit kommt der Angabe der Anschrift zugleich die Bedeutung einer Art Sicherheitsleistung für Kosten zu, welche durch den Prozess verursacht werden. Dieser Sicherheitszweck ist rechtfertigender Grund für die Anschriftenangabe des Klägers nicht nur im Zivilprozess, sondern auch im Verwaltungsprozess. Denn auch im Verwaltungsprozess besteht ein Interesse des obsiegenden Beteiligten an der Angabe der Adresse des Kostenschuldners, damit etwaige Vollstreckungsversuche nicht erfolglos bleiben, ebenso wie ein Interesse der Gerichtskasse daran, entstandene Gerichtskosten vollstrecken zu können.

Die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers kann allenfalls dann kein zwingendes Erfordernis einer ordnungsgemäßen Klageerhebung sein, wenn einer solchen Angabe im Einzelfall rechtlich oder tatsächlich unüberwindliche oder nur schwer zu beseitigende Schwierigkeiten entgegenstehen, beispielsweise im Falle der Obdachlosigkeit, wo eine ladungsfähige Anschrift nicht besteht.

Nach vorstehenden Ausführungen ist die Klage unzulässig – geworden –. Zwar hat der Kläger in der an das Arbeitsgericht Gießen gerichteten Klageschrift vom 31.12.2004 seine ladungsfähige Anschrift mit Färbgasse 6, 35510 Butzbach angegeben, indes teilte die Gerichtskasse Gießen dem erkennenden Gericht unter dem 21.11.2005 mit, die Schriftstücke der Gerichtskasse im Kosteneinzugsverfahren seien von der Post als „nicht zustellbar“ zurückgesandt worden. Nachdem der Bevollmächtigte des Klägers im verwaltungsgerechtlichen Verfahren mitgeteilt hatte, der Kläger sei aufgrund Umzugs nur schwer zu erreichen, wurde der Bevollmächtigte mit Verfügung vom 26.09.2005 auf das Erfordernis der Mitteilung einer ladungsfähigen Anschrift nach § 82 Abs. 1 VwGO hingewiesen. Mit gerichtlicher Verfügung vom 30.11.2005 wurde der Bevollmächtigte des Klägers darauf hingewiesen, dass dem Gericht die aktuelle Anschrift des Klägers bis dato nicht mitgeteilt worden sei und deshalb an der korrekten Bezeichnung des Klägers im Sinne des § 82 Abs. 1 VwGO Zweifel bestünden. Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung hat der Kläger die Angabe seiner aktuellen ladungsfähigen Anschrift verweigert mit der Begründung, er sei von dem gesetzlichen Vertreter eines der Beklagten damit bedroht worden, dass er in Deutschland keinen Anwalt finde, der ihm helfen werde. Alle Zustellungen sollten deshalb über seinen Bevollmächtigten erfolgen. Dies genügt zur Begründung der Verweigerung der Angabe der aktuellen ladungsfähigen Anschrift nicht. Für das Gericht sind keine objektiv nachvollziehbaren und vernünftigen Gründe dafür vorgetragen, dass der Kläger berechtigt sein könnte, die Angabe seiner Anschrift zu verweigern. Der Kläger hat nämlich nicht dargelegt, dass ihm seitens des Verhaltens eines gesetzlichen Vertreters eines der Beklagten ein Verhalten entgegengebracht worden sein könnte, das die Verweigerung der Nennung der Anschrift rechtfertigt. Die von dem Kläger hierzu gemachten Angaben lassen nicht darauf schließen, dass es sich tatsächlich um eine „Drohung“ gehandelt haben könnte. Ebenso könnten die von dem Kläger dargelegten Äußerungen eine Einschätzung des Erfolgs des Begehrens sein, was der Kläger indes hinnehmen muss ohne dass hieraus zugleich eine Berechtigung abzuleiten wäre, dem Gericht die Anschrift vorzuenthalten. Nach vorstehenden Ausführungen ist die Klage dadurch gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 VwGO unzulässig geworden, weil der Kläger seinen Wohnortwechsel und seinen derzeitigen Aufenthalt dem Gericht nicht mitgeteilt hat bzw. auch auf Aufforderung und Nachfrage in der mündlichen Verhandlung nicht mitteilen wollte (vgl. zum Erfordernis der steten Angaben der ladungsfähigen Anschrift BVerwG, Urteil vom 13.04.1999, 1 C 24.97; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.03.1998, 18 A 4002/96; OVG Nordrhein-Westfalen, Ur-

teil vom 22.08.1996, 25 A 7536/95; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.10.2004, 11 S 1992/04; VGH Baden Württemberg, Urteil vom 11.03.1997, 9 S 2902/95; HessVGH, Urteil vom 15.05.1995, 7 UE 2052/94 jeweils m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur).

Dem Kläger steht der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Erteilung eines Weiterbildungszeugnisses für die Anerkennung als Facharzt der Erwachsenenpsychiatrie und -psychotherapie für den Zeitraum vom 02.06.1997 bis zum 31.01.2001 bzw. auf Erteilung eines gleichwertigen Weiterbildungszeugnisses gegenüber dem Beklagten nicht zu. Es fehlt insoweit an der erforderlichen Passivlegitimation. Sowohl nach der Weiterbildungsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Hessen vom 01.01.1995, zuletzt geändert am 08.03.1997, als auch nach der ab dem 01.11.2005 geltenden Weiterbildungsordnung für Ärztinnen und Ärzte in Hessen vom 02.07.2005 der Landesärztekammer Hessen (WBO 95 bzw. WBO 05) hat – ausschließlich – der weiterbildende Arzt ein derartiges Zeugnis auszustellen, nicht aber der Arbeitgeber bzw. die den Kläger beschäftigende Institution (§ 11 WBO 95 bzw. § 9 WBO 05). ...

Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch lässt sich schließlich nicht aus § 19 WBO 95 bzw. § 10 WBO 05 herleiten. Nach beiden Vorschriften kann zwar eine gleichwertige Weiterbildung anerkannt werden, gleichwohl fehlt es aber auch insoweit an der erforderlichen Passivlegitimation. Die Anerkennung einer gleichwertigen Weiterbildung ist allein im Kontext mit der in den Weiterbildungsordnungen geregelten Weiterbildung zu sehen. Danach erteilt allein der zur Weiterbildung ermächtigte bzw. befugte Arzt das Weiterbildungszeugnis. Etwas anderes kann daher auch bei der Absolvierung einer gleichwertigen Weiterbildung nicht gelten. Auch im Falle einer abweichenden, aber gleichwertigen Weiterbildung ist zu fordern, dass ein Zeugnis über die absolvierte Weiterbildung von dem weiterbildenden Arzt auszustellen ist. Alles andere liefe der Intention der Regelungen der Weiterbildungsordnung zuwider, die allein auf die Sicherung der Qualität ärztlicher Berufsausübung infolge der Weiterbildung abzielt. Von daher ist auch bei einer von der Weiterbildungsordnung abweichenden, jedoch gleichwertigen Weiterbildung zu fordern, dass ein Zeugnis ausschließlich von dem weiterbildenden Arzt erteilt und auch nur von diesem im Wege der Klage eingefordert werden kann.

...

■ Verwaltungsgericht Gießen

vom 5. Dezember 2005, 10 E 1778/05

B. Berufungsinstanz

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers gegen das am 27. April 2005 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Gießen ist zulässig. Das Rechtsmittel ist nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes statthaft (§§ 64 Abs. 2, 8 Abs. 2 ArbGG). Der Kläger hat es auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet (§§ 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 ArbGG).

Der ordnungsgemäßen Berufungseinlegung steht auch nicht

entgegen, dass der Kläger innerhalb der Berufungsfrist eine falsche Wohnanschrift angegeben hat, denn er hat – wie nunmehr unstreitig ist – nie an der erstinstanzlich und auch zunächst in der Berufungsschrift angegebenen Anschrift, die identisch mit der Kanzleiadresse seines vormaligen Prozessbevollmächtigten ist, gewohnt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH vom 11. Oktober 2005 – XI ZR 398/04 –, NJW2005, 3773) und des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG, v. 16. August 1986 – GS 4/85, AP nur 53 zu § 518 ZPO) ist eine Rechtsmittelschrift auch dann ordnungsgemäß, wenn sie die ladungsfähige Anschrift der gegnerischen Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten nicht enthält, obgleich dadurch die alsbaldige Zustellung nach § 521 ZPO erschwert wird. Entsprechendes gilt wenn in der Rechtsmittelschrift die ladungsfähige Anschrift des Berufungsklägers fehlt (vgl. BGH, v. 9. Dezember 1987 – IVb ZR 4/87 –, BGHZ 102, 332; Zöller, ZPO 25. Aufl., § 519 Rn 30a; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 64. Aufl., § 519 Rn 25). Der in § 519 Abs. 4 ZPO enthaltene Verweis auf die Sollvorschrift des § 130 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ändert an dieser Bewertung nichts. Auch wenn ohne Angabe der ladungsfähigen Anschrift eines Klägers grundsätzlich keine ordnungsgemäße Klageerhebung im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 i.V. mit § 130 Nr. 1 ZPO vorliegt (vgl. BGH, v. 9. Dezember 1987 a.a.O. und BGH, v. 17. März 2004 – VIII ZR 107/02, WM 2004, 2335), kann entsprechendes nicht für eine Berufung ohne Angabe der Anschrift des Berufungsklägers gelten (vgl. BGH, v. 11. Oktober 2005 a.a.O.). Denn bei einer Klage gibt der Kläger, wenn er nicht triftige Gründe für die Vorenthaltung seiner Adresse anführen kann, zu erkennen, dass er den Prozess aus dem Verborgenen führen will, um sich einer möglichen Kostenpflicht zu entziehen, was rechtsmissbräuchlich wäre. Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall der Berufungseinlegung jedoch nicht übertragen (vgl. BGH, v. 11. Oktober 2005 a.a.O.).

In Ansehung dieser Grundsätze ist die zunächst fehlende Angabe der tatsächlichen Wohnanschrift des Klägers unschädlich. Auch kann dahin gestellt bleiben, ob der Kläger – wie er meinte – ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse an seiner Anschrift hatte. Denn jedenfalls hat er seine tatsächliche Anschrift noch in der Berufungsinstanz – und damit noch innerhalb der Tatsacheninstanzen – mitgeteilt, so dass der Mangel der nicht ordnungsgemäßen Klageerhebung jedenfalls geheilt ist (vgl. BGH, v. 9. Dezember 1987 a.a.O.).

II. Die Berufung des Klägers hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

1. Bezogen auf den Antrag auf Feststellung, dass zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 1), 3) und 5) in der Zeit vom 2. Juni 1997 bis zum 31. Dezember 2001 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist der Antrag jedenfalls unbegründet, ohne dass es darauf ankommt, ob der diesbezügliche Klageantrag mangels Feststellungsinteresses unzulässig ist.

Steht für ein Gericht die Unbegründetheit der Klage fest, macht es grundsätzlich keinen Sinn, in die möglicherweise erheblichen Aufwand erfordernde Prüfung des Feststellungs-

Sonstiges

interesses für eine anhängig gemachte Feststellungsklage einzutreten. Eine solche Klage ist dann als unbegründet abzuweisen (vgl. BAG, vom 8. September 1999 – 4 AZR 545/98, veröffentlicht in juris; MünchKomm ZPO-Lücke § 256 Rn 36; Münch-KommZPO-Lücke § 256 Rn 36).

Die Unbegründetheit des Berufungsantrags zu 1) folgt aus dem Umstand, dass zwischen dem Kläger und den von ihm als Arbeitgeber in Anspruch genommenen Beklagten zu 1), 3) und 5) kein Arbeitsverhältnis, sondern ein als Stipendium einzuordnendes Rechtsverhältnis bestanden hat, in dessen Rahmen der Kläger in den von den Beklagten zu 3) und 5) betriebenen Kliniken tätig geworden ist.

Arbeitnehmer im Sinne von § 611 BGB ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. BAG, v. 9. Oktober 2002 – 5 AZR 405/01, AP Nr. 114 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG vom 16. Februar 2000 – 5 AZB 71/99, AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG; BAG vom 19. Januar 2000 – 5 AZR 644/98, AP Nr. 33 zu § 611 BGB Rundfunk). In einem Arbeitsverhältnis stehen die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung und die von dem Arbeitgeber gewährte Vergütung in einem Austauschverhältnis und sind von einander abhängig.

Die Arbeitsleistung eines Stipendiaten dient hingegen der Verwirklichung des Förderzwecks, für den das Stipendium gewährt wird (vgl. BAG, v. 24. Februar 1994 – 6 AZR 505/93, AO Nr. 15 zu § 62 BAT). Die Leistungen an den Stipendiaten von Seiten des Gebers des Stipendiums sollen diesem ermöglichen, den Förderzweck zu verfolgen. Sie sind – anders als die dem Arbeitnehmer gewährte Vergütung – keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Stipendiaten. Bei einer im Rahmen eines Stipendiums erbrachten Arbeitsleistung fehlt es an der Entgeltlichkeit der ausgeübten Tätigkeit (vgl. BAG, v. 24. Februar 1994 a.a.O.; BAG, v. 3. Dezember 1985 – 4 ABR 60/85 –, AP Nr. 2 zu § 74 BAT).

Unter Beachtung dieser Grundsätze bestand zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 1), 3) und 5) kein Arbeitsverhältnis. Der Kläger hat die Verpflichtung zur Untersuchung und Behandlung ... (von) Migranten, die sich als Patienten in den von der Beklagten zu 3) und dem Beklagten zu 5) betriebenen Kliniken aufhielten, im Rahmen des gemeinsam von den Beklagten zu 1), 3) und 5) betriebenen Projektes übernommen. Dort wurde er aufgrund des von dem Beklagten zu 1) gewährten Stipendiums eingesetzt, welches auf dieses Projekt bezogen war, dessen Ziel es war, die psychiatrische und psychische Versorgung von .. Migranten zu verbessern. Deshalb wurde der Kläger als ein bilingualer Arzt mit psychiatrischen Erfahrungen in dem Projekt eingesetzt und mit dem Stipendium gefördert. Der Kläger selbst führt auch aus, dass der Beklagten zu 2) – beherrscht von dem Beklagten zu 1) – das Fachpersonal für das Projekt organisierte, die öffentlichen Fördermittel beschaffte und über den Einsatz des Klägers in der Projektarbeit bestimmte. Der Beklagte zu 4) habe insoweit mit dem Beklagten zu 2) kooperiert als er die zur klinisch-psycho-somatische Diagnose geeigneten Patienten in seiner

Klinik zur Verfügung stellte und dem Kläger die allgemeinen ärztlichen Weisungen erteilte. Damit zeigt sich deutlich, dass der Kläger zwar als Arzt in den Kliniken des Beklagten zu 3) und 5) aufgetreten ist und die ... Migranten behandelt hat. Diese Tätigkeit aber wurde – auch wenn sie seiner persönlichen Weiterbildung dienen sollte – letztlich im Rahmen des von dem Beklagten zu 2) durchgeführten, von dem Beklagten zu 1) als Vorstandsvorsitzenden selbst gesteuerten Projekts, und nicht in einem den herkömmlichen Strukturen entsprechenden Arbeitsverhältnis mit Eingliederung in die Klinikbetriebe und Unterwerfung unter das Weisungsrecht der Betreiber bzw. ihrer Vertreter durchgeführt. ...

Der rechtlichen Einordnung der Tätigkeit des Klägers steht auch nicht entgegen, dass er im Rahmen des Projektes natürlich ärztliche Tätigkeiten erbracht hat und insoweit in den Betrieb der Kliniken eingebunden war. Denn das durchgeführte Projekt bedingte, dass der Kläger nicht außerhalb des Klinikbetriebs, sondern nur innerhalb der Kliniken an und mit den ... Patienten ärztlich tätig werden konnte.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 22. November 2006, 2/8 Sa 1450/05

eingereicht von Rechtsanwalt Hansjörg Berrisch, Frankfurter Straße 15, 35390 Gießen, Tel.: 0641/94848-0, Fax: 9484820 info@linder-berrisch.de; www.arbeitsrecht-giessen.de

360. Schmerzensgeld, Darlegungs- und Beweislast zum Kausalverlauf einer Verletzung, Mitverschulden

Tatbestand:

Der Kläger begehrt Schmerzensgeld aus einem Unfall vom 6. März 2006, bei dem er verletzt wurde. Am 6. März 2006 transportierte der Kläger mit seinem Lastzug Europalettenstapel auf das Betriebsgelände der Firma X. Die Entladung der Paletten ... wurde von dem Beklagten mittels eines Gabelstaplers durchgeführt. Der Kläger hatte den Lkw verlassen und beobachtete den Entladevorgang. Der Beklagte nahm jeweils zwei hintereinander befindliche Stapel Europaletten auf die Gabeln seines Gabelstaplers. ... Als er zum zweiten Mal an den Lkw heran fuhr, um den dritten und vierten Palettenstapel zu entladen, kippte der vordere der beiden Palettenstapel von den Gabeln des Gabelstaplers entlang der Seite des Lkws zu Boden. Der Kläger wurde von den herunter fallenden Paletten getroffen. ...

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Schmerzensgeld aus §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB zu. Ein Verschulden des Beklagten im Sinne eines Fahrfehlers beim Entladen der Palettenstapel hat der Kläger nicht dargelegt. Für eine entsprechende Sorgfaltspflichtverletzung seitens des Beklagten ist jedoch der Kläger vorliegend darlegungs- und beweispflichtig. Allein die Tatsache, dass ein Palettenstapel beim Entladevorgang ins Kippen geraten ist, streitet nicht im Sinne eines Beweises des ersten Anscheins für die Behauptung eines Fahrfehlers des Beklagten. Zu Recht weist der Beklagte insoweit darauf hin, dass das Umkippen des Palettenstapels beim Entladen

Streitwert und Gebühren

auch andere Ursachen haben kann, nämlich ein bereits nicht bündig erfolgtes Aufladen oder ein Verrutschen der Palettenstapel in sich während des Transports. ...

Jedenfalls würde den Kläger aber auch ein ganz überwiegendes, möglicherweise 100 % betragendes Mitverschulden an seiner Verletzung treffen, weil er sich bei dem Entladevorgang offensichtlich nicht aus der Gefahrenzone entfernt hat. Kenntnis der Gefahren bei der Entladung von Europaletten sind von dem Kläger, der ein erfahrener Fernfahrer ist, zu erwarten.

■ Landgericht Verden

vom 2. Februar 2007, 8 O. 354/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader, Podbielski-
straße 33, 30163 Hannover, Tel.: 0511/215 55 63–33,

Fax: 215 55 63–43

www.neef-schrader.de

361. Sozialversicherungsrechtlicher Status eines Veranstaltungstechnikers im Rahmen des § 7a SGB IV

Festzuhalten ist zunächst, dass der Kläger nicht vertraglich über einen längeren Zeitraum an die Beigeladene gebunden war. Er wurde auch nicht regelmäßig, d.h. wöchentlich oder monatlich in einen bestimmten Umfang von der Beigeladenen zu 3) beauftragt. Und der Kläger hat für die Kammer überzeugend dargelegt, dass bei seinen Aufträgen keine Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 3) auch im Sinne einer funktionsgerechten dienenden Teilhabe am Arbeitsplatz vorgelegen hat. Nach den Feststellungen in der mündlichen Verhandlung stellt es sich für die Kammer so dar, dass der Kläger von der Beigeladenen zu 3) für größere Veranstaltungen gebucht wird. Dabei sind die technischen Geräte und das Aufbaupersonal bei der Beigeladenen zu 3) bereits vorhanden. Der Kläger wird für die Organisation und Durchführung der Veranstaltungen benötigt. Wenn der Kläger einen Auftrag von der Beigeladenen erhält, findet zunächst eine Vorbesprechung mit dem Auftraggeber, der Beigeladenen und dem Kläger fest. In diesem Gespräch wird festgelegt, welche technischen Geräte benötigt werden. Hierbei wird besprochen, wie viele Kameras benötigt werden, welche Beleuchtung und welcher Hintergrund erforderlich ist. Anschließend kümmert sich der Kläger um die Durchführung der Veranstaltung, teilweise müssen noch Geräte dazu gemietet werden, die die Beigeladene nicht in ihrem Bestand führt. Die Vorbesprechungen können vom Kläger nicht in Rechnung gestellt werden. Der Kläger filmt gelegentlich selber, dies geschieht jedoch nicht immer. Demnach hat die Beigeladene kein Weisungsrecht hinsichtlich der benutzten Arbeitsmittel. Es liegt vielmehr in seinem Verantwortungs- und Organisationsbereich, die zur Erfüllung seines Auftrags erforderlichen Arbeitsmaterialien zu beschaffen. Die Kammer ist auch davon überzeugt, dass der Kläger im Sinne der Rechtsprechung programmgestaltend tätig war. Dies ergibt sich aus einer Würdigung des gesamten Vortrags aller Beteiligten. Es ist überzeugend, dass nicht nur die Beigeladene, sondern auch der Kläger durch die Auswahl der Bilder bzw. Motive sowie den Ablauf der Veranstaltungen zur Programmgestaltung gehört. Dem steht nicht entgegen,

dass der Kläger diese Gestaltung in Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Beigeladenen zu 3) vornimmt.

Unter Abwägung aller Merkmale sowohl für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung, wie auch für diejenigen einer selbständigen Tätigkeit, überwiegen nach Überzeugung der Kammer bei der gebotenen Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles diejenigen der Selbständigkeit. Dabei hat die Kammer insbesondere berücksichtigt, dass das unternehmerische Kostenrisiko des Klägers, der überwiegend die Arbeits- und Betriebsmittel der Beigeladenen zu 3) genutzt hat, zwar gering ist und der Kläger auch auf Ortszeit und Art der Produktion einen eher geringen Einfluss hatte. Dem stehen jedoch als Merkmale der Selbständigkeit entgegen, dass eine Eingliederung in den „fremden Betrieb“ schon angesichts der dargelegten eigenen künstlerischen Leistung und der Mitverantwortung für das Gelingen der Produktion, eher gering war. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Engagements des Klägers zeitlich eng begrenzt und unregelmäßig waren. Hinzu kommt das von ihm selbst zu tragende Risiko des Ausfalles wegen Erkrankung oder geänderter Disposition des Auftraggebers. Schließlich bleibt zu erwähnen, dass der Kläger nach eigenen Angaben von einer Vielzahl von Auftraggebern in Anspruch genommen wurde und wird und sich selbst privat kranken- und rentenversichert hat. Seine Tätigkeit hat er somit weit überwiegend in der Art eines Selbständigen ausgeübt.

■ Sozialgericht Hamburg

vom 10. Oktober 2006, S 49 RA 658/03

eingereicht von Rechtsanwalt Nikolaus Koch, Bahnhof 1,
38300 Wolfenbüttel, Tel.: 05331/99 69 80, Fax: 99 69 89
info@koch-ra.de

362. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unrichtiger Rechtsmittelbelehrung im erstinstanzlichen Urteil, Verfallfrist, Wahrung durch Kündigungsschutzklage

1. Besteht noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung zum Beginn der Berufungsfrist nach der gesetzlichen Neuregelung des § 66 Abs. 1 S. 2 ArbGG, so darf sich der Betroffene auf eine Rechtsmittelbelehrung, die von der Fristberechnung der bis dahin ständigen Rechtsprechung ausgeht, verlassen. Stellt sich die Berufungsfrist im Nachhinein als unrichtig dar, ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

2. Mit einer Kündigungsschutzklage werden während des Kündigungsrechtsstreits fällig gewordene Lohnansprüche rechtzeitig schriftlich geltend gemacht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. Februar 2005, 9 Sa 1085/04

Streitwert und Gebühren

363. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Maßnahme, Zustimmungsersetzungs- und Eilverfahren

Der Streitwert für das Verfahren über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung eines Mitarbeiters

Streitwert und Gebühren

gem. § 99 IV BetrVG ist – abweichend vom Regelstreitwert des § 23 III RVG – in Höhe von 2 Bruttomonatsgehältern angemessen und ausreichend festzusetzen.

Der Wert des Eilantrags gem. § 100 II BetrVG beträgt 1 Bruttomonatsgehalt.

■ Arbeitsgericht München

vom 9. Januar 2007, 19a BV 420/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Georg-R. Schulz, Josephspitalstraße 15/X, 80331 München, Tel.: 089/545981-0,

Fax: 553450

info@kanz-hans-schulz.de

364. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 i.V.m. § 100 BetrVG

Aus den Gründen: ...

1. Das Arbeitsgericht hat den Gegenstandswert für die Anträge nach § 99 IV sowie § 100 II 3 BetrVG in Orientierung an § 42 IV GVG insgesamt auf 3 Monatsgehälter des betroffenen Arbeitnehmers festgesetzt. Es ist damit der ständigen Rechtsprechung des LAG Hamburg gefolgt, wonach der Gegenstandswert für den Antrag nach § 99 IV BetrVG regelmäßig mit 2 Monatsgehältern und derjenige für den Antrag nach § 100 II 3 BetrVG regelmäßig mit einem weiteren Monatsgehalt anzusetzen ist (vgl. LAG Hamburg, v. 09.12.1996 – 3 Ta 21/95 – n. v.; v. 27.08.1998 – 3 Ta 14/99- n. v.; v. 02.12.2004 – 4 Ta 26/04 – NZA-RR 05, 209; v. 15.03.2000 – 5 Ta 2/00 – juris; ebenso LAG Düsseldorf, v. 11.05.1999 – 7 Ta 143/99 – LAGE § 8 BRAGO Nr. 41).

2. Es werden allerdings zahlreiche Gegenauffassungen vertreten. (wird ausgeführt).

Dabei wird jedoch zu wenig berücksichtigt, dass Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nicht um ihrer selbst willen bestehen. Sie dienen vielmehr dazu, den Arbeitgeber dazu zu veranlassen, neben den eigenen Interessen auch die Belange der durch den Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Bei einer Einstellung richtet sich das Interesse des Arbeitgebers darauf, den betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen und in den betrieblichen Ablauf zu integrieren. Das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Einstellung kommt deshalb in der Höhe der vereinbarten Vergütung zum Ausdruck (ausführlich bereits: LAG Hamburg, v. 09.12.1996 – 3 Ta 21/95 – n.v.). Die vereinbarte Vergütung ist deshalb auch als Anknüpfungspunkt für die Festsetzung des Gegenstandswerts der Mitwirkung des Betriebsrats geeignet, weil diese Mitwirkung – oder deren Ersetzung im gerichtlichen Verfahren – für die Einstellung zwingend erforderlich ist.

...

b) Die Kammer hält eine Herabsetzung des Gegenstandswerts im Hinblick auf weitere Verfahren zwischen den gleichen Beteiligten regelmäßig nicht für sachgerecht (kritisch auch: LAG Hamm, v. 13.05.2005 – 10 TaBV 41/05 – juris). Allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen kann die Festsetzung eines geringeren Gegenstandswerts angezeigt sein, um die anwaltliche Vergütung im Bereich des Angemesse-

nen zu halten. Das Vorliegen einer Mehrzahl von Fällen, die auf einer einheitlichen Unternehmerentscheidung beruhen, ist dafür nicht hinreichend. Erforderlich ist darüber hinaus, dass es sich auch tatsächlich um gleich gelagerte Fälle handelt. Das setzt bei Einstellungen voraus, dass keine Widerspruchsründe in Betracht kommen, die mit der Person des Einstellenden oder mit dessen besonderer Funktion zusammenhängen. Schließlich führte eine Vielzahl von Verfahren allenfalls dann zu einer Reduzierung des für den Einzelfall erforderlichen Aufwandes, wenn die Beteiligten in allen Fällen von den gleichen Prozessbevollmächtigten vertreten werden. Da das Vorliegen der beiden zuletzt genannten Voraussetzungen nicht festgestellt werden kann, kommt hier eine Herabsetzung des Gegenstandswerts *nicht* in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 20. November 2006, 8 Ta 14/06

eingereicht von Rechtsanwalt Jens Peter Hjort, Kaemmerer- ufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/696 57 63, Fax: 280 74 93

kanzlei@anwaelte-mkhh.de; www.anwaelte-mkhh.de

365. Streitwert, Beschlussverfahren, personelle Einzelmaßnahme (befristete), mehrere gleichartige, Einstellung Leiharbeiter, Aufhebungsantrag § 101 BetrVG

...

1. (Es ist) grundsätzlich sachgerecht, bei der Bewertung einer personellen Maßnahme gem. § 99 BetrVG an die Höhe der Vergütung des Arbeitnehmers anzuknüpfen, weil sich das wirtschaftliche Interesse regelmäßig in dem zu zahlenden Arbeitsverdienst i. S. des § 42 Abs. 4 GKG ausdrückt. Die Höhe des Einkommens des Arbeitnehmers spiegelt regelmäßig den Wert seiner Beschäftigung für den Arbeitgeber wider und ist deshalb ein sachgerechter Maßstab für die Bedeutung des Verfahrens für den Arbeitgeber. ...

2. Für die Bewertung der betriebsverfassungsrechtlichen Verfahren nach §§ 99, 100 BetrVG wegen einer Einstellung, Versetzung bzw. einer Eingruppierung oder bei Anträgen auf Aufhebung einer personellen Maßnahme gem. § 101 BetrVG sind unter Berücksichtigung der konkreten wirtschaftlichen Interessen von Betriebsrat und Arbeitgeber an der jeweiligen Maßnahme grundsätzlich die Streitwertregelungen des § 42 Abs. 4 GKG entsprechend anzuwenden, wobei in der Regel der volle Streitwertrahmen nicht auszuschöpfen sein dürfte (*Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 12 Rz 135). Zu berücksichtigen ist, dass Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern dazu dienen, den Arbeitgeber zur Beachtung nicht nur der eigenen Interessen, sondern auch der Belange der durch den Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer zu veranlassen (LAG Hamburg 20.11.2006 – 8 Ta 14/06 – NV). Bei Einstellungen ist zu beachten, dass im Bestandsschutzstreit mit Rechtskraftwirkung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit einem bestimmten Arbeitnehmer mit den sich hieraus ergebenden Vergütungs- und Beschäftigungspflichten entschieden wird, während bei einer positiven Entscheidung in einem Verfahren nach § 99 Abs. 4

BetrVG der Arbeitgeber immer noch entscheiden kann, ob er den entsprechenden Arbeitnehmer tatsächlich einstellen will. Hieraus folgt für die Bewertung eines Ersetzungsantrages auf Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung nach § 99 BetrVG grundsätzlich ein Gegenstandswert von zwei Monatsentgelten, sofern nicht besondere Fallgestaltungen und Umstände eine andere Festsetzung als richtig erscheinen lassen, und für den Antrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auf Feststellung, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, ein Monatsentgelt (vgl. LAG Hamburg, v. 02.12.2004 – 4 Ta 26/04 – NZA-RR 2005, 209 ff.).

3. Für die Aufhebung einer personellen Maßnahme gem. § 101 BetrVG ist unter Rückgriff auf die Wertmaßstäbe des § 42 Abs. 4 GKG im Sinne einer pauschalierenden Konkretisierung ebenfalls grundsätzlich ein Bruttomonatsverdienst des betroffenen Arbeitnehmers angemessen (LAG Hamburg, v. 06.10.2006 – 4 Ta 16/05 – NV). Für die Angemessenheit der Bewertung mit einem Monatsgehalt spricht auch, dass sie dem Wert einer Klage des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung entspricht (LAG Hamburg, v. 09.12.1996 – 3 Ta 21/95 – NV). Der Antrag des Betriebsrats, eine (vorläufige) personelle Maßnahme gem. §§ 101 BetrVG aufzuheben, stellt eine eigene nicht vermögensrechtliche Streitigkeit dar, die gesondert zu bewerten ist. Dies gilt vom Grundsatz her auch dann, wenn der Antrag in dem Beschlussverfahren gestellt wird, das den Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung zu der personellen Maßnahme bzw. auf Feststellung der Zulässigkeit der vorläufigen personellen Maßnahme zum Gegenstand hat (a.A. LAG Berlin 21.10.2002 – 17 Ta (Kost) 6085/02 – NZA-RR 2003, 383). Auch ein solcher Antrag ist, selbst wenn die Beteiligten um die gleiche Angelegenheit streiten mögen, nicht von vornherein vollständig auf den Antrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG anzurechnen. Es ist herrschende Meinung, dass der Betriebsrat bereits im Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung und Feststellung der Dringlichkeit nach § 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG seinen Abweisungsantrag mit dem Antrag verbinden kann, dass dem Arbeitgeber aufgegeben wird, die vorläufige personelle Maßnahme aufzuheben (*Fitting*, 23. Aufl. 2006, § 101 Rz 6 m.w.N. auf Rechtsprechung und Literatur). Auch wenn eine derartige Verbindung im Falle des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 BetrVG praktisch nicht in Betracht kommen mag (vgl. auch hierzu *Fitting*, a.a.O., § 101 Rz 6), ist dem Antrag dennoch nicht von vornherein jeglicher wirtschaftliche Wert abzusprechen. Letzterer Gesichtspunkt mag im Ausnahmefall durch einen angemessenen Wertabschlag gesondert berücksichtigt werden.

4. ... bei einem Leiharbeitnehmer (fehlt es) an einem ... Monatsverdienst i. S. des § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG, da der Leiharbeitnehmer nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Entleiherin, d. h. vorliegend zur Beteiligten zu 1 steht und von dieser naturgemäß auch keine Vergütung bezieht.

Nach Auffassung des Beschwerdegerichts drückt sich in diesen Fällen die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit am sinnfälligsten in dem Entgelt aus, welches die Entleiherin dem Verleiher für den Leiharbeitnehmer zahlt. Nicht rele-

vant sein kann die Vergütung, die das beauftragte Zeitarbeitsunternehmen an den ausgeliehenen Leiharbeitnehmer zahlt. Es geht im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nicht um die Einstellung des Mitarbeiters im Zeitarbeitsunternehmen, sondern um die Eingliederung eines „entliehenen“ Mitarbeiters, eines „Fremdarbeitnehmers“ in den Betrieb. Zur Bemessung der wirtschaftlichen Bedeutung für den Arbeitgeber muss der Rückgriff auf den Verdienst, den das Zeitarbeitsunternehmen dem entliehenen Mitarbeiter zahlt, damit fern liegen, da die Rechtsbeziehung des Verleihers zu dem Leiharbeitnehmer das Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG nicht prägt, sondern entgegengesetzt für dieses unerheblich ist. Die vom Zeitarbeitsunternehmen an den ausgeliehenen Arbeitnehmer gezahlte Vergütung erweist sich für den Streitgegenstand der §§ 99 Abs. 4, 100, 101 BetrVG damit als nicht aussagekräftig. Aus den vorstehenden Gründen erscheint gleichermaßen ein Rückgriff auf die Vergütung, die nach dem Tarifvertrag einem eigenen Arbeitnehmer in der Position des im vorliegenden Verfahren betroffenen Arbeitnehmers zu zahlen wäre, nicht gerechtfertigt. Gerade weil die Beteiligte zu 1 ersichtlich einen Arbeitnehmer nicht selbst einstellen wollte, sondern Arbeitskraft lediglich ausgeliehen hat, ist schwer begründbar, auf das im Betrieb geltende Vergütungsgefüge zurückzugreifen. Sachgerecht erscheint mithin, das wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Höhe der für den entliehenen Arbeitnehmer gezahlten Kosten zu bemessen.

Zwar weist die Beteiligte zu 1 in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass der an das Zeitarbeitsunternehmen geleistete und von diesem kalkulierte Stundensatz von € 17,40 sämtliche Kosten unter Einschluss der Umsatzsteuer beinhaltet und hiermit neben dem individuellen Stundenentgelt insbesondere die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung, die Verwaltungskosten und die Gewinnmarge für das Zeitarbeitsunternehmen kalkuliert sind. Dies mag im Vergleich zur Wertfestsetzung in Verfahren nach §§ 99 Abs. 4, 100, 101 BetrVG bei „eigenen“ beschäftigten Arbeitnehmern, bei denen allerdings in die Entgeltberechnung auch Steuern und Sozialversicherungsbeiträge einbezogen sind, höher sein, spiegelt indes zugleich realistisch die wirtschaftliche Bedeutung bei Einstellung von Leiharbeitnehmern wider. Soweit die Beteiligte den Beschluss der Beschwerdekammer vom 24. Juli 2006 (4 Ta 6/06 – NV) herangezogen hat, in welchem in Bezug auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern bei der Festsetzung des Gegenstandswertes für Anträge nach § 99 Abs. 4 und 100 Abs. 2 Satz 2 BetrVG von deren Verdienst ausgegangen sei, kommt dieser Entscheidung keine Aussagekraft zu, denn der damalige Streitstoff hat die vorliegende Frage nicht problematisiert und gab keinen Anlass zu einer differenzierten Betrachtung. Entsprechendes gilt für den Beschluss vom 08. März 2006 des Landesarbeitsgerichts Hamm (13 TaBV 187/05 – EzAÜG RVG Nr. 1), in welchem zwar für die Gegenstandswertfestsetzung ohne weitere rechtliche Auseinandersetzung von dem Monatsverdienst eines Leiharbeitnehmers ausgegangen wurde, jedoch nicht festgestellt worden ist, dass bei Leiharbeitneh-

Streitwert und Gebühren

mern *nicht* auf die vom Arbeitgeber aufzubringenden Kosten abgestellt werden dürfe.

b) ...

5. Mit dem Arbeitsgericht hat die angerufene Kammer eine Reduzierung der vorgenannten Ausgangswerte als *nicht* geboten angesehen:

5.1. Der Hinweis auf die nur befristete Einstellung von drei Monaten gibt keinen Anlass zur Kürzung. ... Auch wenn der wirtschaftliche Wert der personellen Maßnahme infolge der Befristung geringer ist als bei einer dauerhaften Einstellung, bleibt ... zu berücksichtigen, dass der Arbeitsaufwand der Verfahrensbevollmächtigten unabhängig vom Zeitraum der (vorläufigen) Einstellung ist. Die Tatsache einer Befristung wirkt sich nur bedingt auf die Anforderungen an die Prüfung des Mitbestimmungsrechts aus und hat auch nicht per se Auswirkungen auf den Schwierigkeitsgrad und den Umfang einer Rechtsangelegenheit.

5.2. Im Hinblick auf weitere Verfahren zwischen denselben Beteiligten – der genaue Umfang ist der angerufenen Kammer ohnehin nicht bekannt – ist eine Herabsetzung des Gegenstandswertes regelmäßig nicht sachgerecht (so ausdrücklich LAG Hamburg, v. 20.11.2006 – 8 Ta 14/06 – NV, entsprechend auch LAG Hamm, v. 13.05.2005 – 10 TaBV 41/05 – juris). Allenfalls unter sehr engen Voraussetzungen kann die Festsetzung eines geringeren Gegenstandswertes angezeigt sein, um die anwaltliche Vergütung im Bereich des Angemessenen zu halten (LAG Hamburg, v. 20.11.2006 – 8 Ta 14/06 – NV). Erforderlich wäre im Übrigen, dass es sich auch tatsächlich um gleich gelagerte Fälle handelt. Dies setzte für Einstellungen voraus, dass keine Widerspruchsgründe in Betracht kommen, die mit der Person des Einzustellenden oder mit dessen besonderer Funktion zusammenhängen. Selbst wenn hiervon vorliegend auszugehen wäre – ohne dass angesichts des zu entscheidenden Einzelfalls eine abschließende Beurteilung möglich ist – käme eine Reduzierung auch nur dann in Betracht, wenn die Beteiligten in allen Fällen von denselben Prozessbevollmächtigten vertreten waren. Auch dies ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht feststellbar. Ungeachtet dessen weichen der Umfang und die Schwierigkeit der Sache nicht derart von einem „normalen“ Verfahren nach § 99 BetrVG ab, als dass deshalb eine niedrigere Festsetzung geboten wäre. Auch wenn die Einstellung im Rahmen einer größeren Unternehmensumstrukturierung erfolgt ist, die eine Vielzahl von Maßnahmen nach § 99 BetrVG und entsprechender arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach sich gezogen hat, führt dies nicht zu einer derartigen Reduzierung des Umfangs und der Schwierigkeit der Sache, als dass von vornherein eine abweichende niedrigere Festsetzung begründet wäre, denn jede (vorläufige) Versetzung oder Einstellung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Besonderheiten nach Maßgabe der §§ 99, 100 BetrVG zu überprüfen.

Mit der vorgenommenen Wertfestsetzung sind nach allem sowohl Bedeutung und Folgen der Angelegenheit für die Beteiligten als auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der streitgegenständlichen Maßnahme hinreichend und angemessen erfasst. Während einerseits eine besondere tatsächliche oder

rechtliche Schwierigkeit, die eine höhere Wertfestsetzung erforderte, dem Akteninhalt nicht zu entnehmen ist, ist andererseits ebenfalls nicht erkennbar, dass es sich um eine besonders einfach gelagerte Fallgestaltung gehandelt hätte. Letztlich sind auch keine Gesichtspunkte ersichtlich, die ausnahmsweise einen Wertabschlag gesondert gefordert hätten. Dass die anwaltliche Vergütung sich außerhalb des Bereichs des Angemessenen verhält, kann ebenfalls nicht festgestellt werden.

■ Landesarbeitsgericht Hamburg

vom 18. April 2007, 4 Ta 4/07,

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Klaus Müller-Knapp, Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg, Tel.: 040/696 57 63,

Fax: 280 74 83

kanzlei@anwaelte-mkhh.de, www.arbeitnehmer-anwaelte.de

Anmerkung:

Die Entscheidungsgründe wurden in der Reihenfolge verändert und mit eigenen Ordnungszahlen versehen. Im Übrigen handelt es sich, wo nicht anders gekennzeichnet, um den Originaltext. (*me*)

366. Streitwert, Beschlussverfahren, Anfechtung Betriebsratswahl

Aus den Gründen: ...

II. ... Die Bemessung des Gegenstandswertes der anwaltlichen Tätigkeit richtet sich vorliegend nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG. Die Regelung des § 23 Abs. 1 RVG findet vorliegend schon deshalb keine Anwendung, weil im Beschlussverfahren nach § 2 Abs. 2 GKG i.V.m. §§ 2a, 80 ff. ArbGG keine Gerichtskosten erhoben werden. Auch die in § 23 Abs. 3 S. 1 RVG genannten Gebührentatbestände der Kostenordnung sind vorliegend nicht einschlägig (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 24.04.2007 – 1 Ta 50/07 –; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.04.2007 – 1 Ta 46/07 –). Da der Gegenstandswert des vorliegenden Verfahrens auch sonst nicht feststeht, richtet sich dessen Bestimmung nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG. Danach ist der Gegenstandswert nach billigem Ermessen zu bestimmen; in Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung und bei nichtvermögensrechtlichen Gegenständen ist der Gegenstandswert mit 4.000,00 Euro, nach Lage des Falles niedriger oder höher, jedoch nicht über 500.000,00 Euro anzunehmen.

Nach ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammer des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz (LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 24.04.2007 – 1 Ta 50/07; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 04.04.2007 – 1 Ta 46/07; LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 18.05.2006 – 2 Ta 79/06 –; vgl. auch Arbeitsrechtslexikon/Schwab: Streitwertgegenstandswert II 3) stellt der Wert von 4.000,00 Euro dabei keinen Regelwert dar, von dem nur unter bestimmten Umständen abgewichen werden kann, sondern einen Hilfwert, auf den nur zurückzugreifen ist, wenn alle Möglichkeiten für eine individuelle Bewertung ausgeschöpft sind. Solche Anhaltspunkte ergeben sich aus der wirtschaftlichen Interessenlage der Beteiligten, inwieweit

durch das Beschlussverfahren finanzielle Ansprüche einzelner Arbeitnehmer berührt werden, aus der Bedeutung, dem Umfang und der Schwierigkeit einer Sache. Unter Umständen ist auch der objektive Arbeitsaufwand des Rechtsanwalts im Einzelfall nicht ganz außer Acht zu lassen.

In breiten Bereichen der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte hat sich für den Fall der Anfechtung von Betriebsratswahlen eine typisierende Betrachtungsweise in Abhängigkeit von der nach § 9 BetrVG erforderlichen Zahl der Mitglieder des Betriebsrates bzw. der in § 9 BetrVG vorgesehenen Staffellung durchgesetzt, wobei die Einzelheiten umstritten sind (vgl. ausführlich *Meier*, Streitwerte im Arbeitsrecht, 2000, Rn 356 ff.). (wird näher ausgeführt). ... Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Beschluss vom 17.10.2001 – 7 ABR 42/99) zu § 8 Abs. 2 S. 2 BRAGO a.F. (so nunmehr zu § 23 Abs. 3 S. 2 auch LAG Bremen, Beschluss vom 16.02.2007 – 3 Ta 4/07) ist die Bedeutung der Angelegenheit in arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, in denen es um die Anfechtung oder um die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl geht, regelmäßig deutlich überdurchschnittlich. Denn es geht um die Existenz des Betriebsrats. Wenn die Antragsteller nicht nur die Anfechtbarkeit der Wahl nach § 19 BetrVG, sondern weitergehend deren Nichtigkeit geltend macht, ist die Bedeutung noch erhöht, denn die Feststellung der für die Vergangenheit wirkenden Nichtigkeit der Wahl geht noch über die lediglich für die Zukunft wirkende Ungültigerklärung hinaus. Daher ist es gerechtfertigt, bei einem Wahlanfechtungsverfahren zunächst vom zweifachen des Ausgangsstreitwerts und bei einem auf Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl gerichteten Antrag vom dreifachen des Ausgangsstreitwerts auszugehen. Mit wachsender Größe des Betriebs und des Betriebsrats steigt die Bedeutung der Angelegenheit für die Beteiligten. Dies zeigt sich u.a. an den Schwellenwerten bei Mitwirkungsrechten (vgl. etwa § 99 Abs. 1 S. 1, § 111 Abs. 1 S. 1, § 106 Abs. 1 S. 1, § 110 Abs. 1 S. 1 BetrVG) und an der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG. Das Bundesarbeitsgericht orientiert sich daher bei der mit wachsender Betriebsratsgröße gebotenen Erhöhung des Streitwerts an der Staffel des § 9 BetrVG und erhöht den Streitwert für jede Stufe der Staffel des § 9 BetrVG um den halben Ausgangswert.

Die Kammer schließt sich dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zuletzt mit Blick auf eine dringend notwendige Vereinheitlichung der Rechtsprechung zum Gegenstandswert ausdrücklich an.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 21. Mai 2007, 1 Ta 117/07
eingereicht von Rechtsanwalt Reinhard Matissek, Epplergasse 3, 67657 Kaiserslautern,
Tel.: 0631/366 52 – 0, Fax: 366 52 99

367. Streitwert in personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren, Wahlanfechtung

1. Weil für das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist, ist auf einen Rechtsgedanken in § 52 II GKG zurückzu-

greifen. Danach ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein Streitwert von € 5.000,00 anzunehmen, wenn der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet. Die Wertfestsetzung in personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren erfolgt im Ergebnis damit in der selben Höhe wie in (personalvertretungsrechtlichen) Rechtsstreitigkeiten, in welchen nach Landesrecht die VwGO gilt, und für die, auch in Übereinstimmung mit Nr. 31 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327), der „Auffangwert“ von € 5.000,00 festgesetzt zu werden pflegt.

2. Aus „Gründen der Rechtseinheit“ folgt der Senat in den Materien seines Zuständigkeitsbereichs den Empfehlungen des o.g. Streitwertkatalogs. Deshalb kommt eine Staffellung des Gegenstandswertes bei einem Wahlanfechtungsbegehren in Abhängigkeit der Größe des Personalrats, wie sie im Beschlussverfahren vor der Arbeitsgerichtsbarkeit üblich ist, nicht in Betracht.

■ Bundesverwaltungsgericht
vom 3. April 2007, BVerwG 6 PB 18.06
eingereicht von RAe Daniels & Pätzelt und formuliert von Rechtsfachwirtin u. Lehrbeauftragte (TFH), Dorothee Dralle, Fritschestraße 62, 10627 Berlin, Tel.: 465 20 71, Fax: 461 21 79

368. Streitwert, Herausgabe von Schlüsseln einer Schließanlage

Die Klägerin (Arbeitgeberin) hat ... Klage mit folgenden Anträgen erhoben:

1. Der Beklagte wird verurteilt, den in seinem Besitz befindlichen Generalschlüssel für die Schließanlage für das Pflege- und Betreuungsheim .. herauszugeben.
2. Dem Beklagten wird zur Herausgabe eine Frist von vier Wochen nach Rechtskraft des Urteils gesetzt, nach deren Ablauf die Klägerin die Leistung ablehnt.
3. Der Beklagte wird verurteilt, nach fruchtlosem Fristablauf 14.420,00 € nebst Zinsen ... zu zahlen. ...

Das Arbeitsgericht Elmshorn hat ... den für die Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren maßgeblichen Wert auf 500,00 EUR festgesetzt und dies wie folgt begründet:

Eine Entscheidung über den Antrag zu 3. sei erst dann zu treffen gewesen, wenn über die vorausgegangenen Anträge entschieden worden wäre, wenn die weitere Voraussetzung (Fristablauf) eingetreten wäre. Maßgeblich bleibe bei wirtschaftlicher Betrachtung das Nutzungsinteresse. Da anders, als zum Beispiel beim Dienstwagen ein Marktwert nicht existiere, sei das Interesse pauschal mit insgesamt 500,00 EUR angemessen berücksichtigt.

II. Die Beschwerde ist zulässig und in der Sache begründet. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts ist der Gegenstandswert für die Rechtsanwaltsgebühren nicht nach dem Substanz- oder Wiederbeschaffungswert des Schlüssels, sondern nach dem Wert der gesamten Schließanlage zu bemessen.

Das Beschwerdegericht folgt dem Arbeitsgericht zunächst darin, dass sich der Gegenstandswert bei einer Koppelung

Streitwert und Gebühren

der Herausgabeklage mit einem Schadensersatzanspruch für den Fall der Nichterfüllung nach dem Wert des Herausgabenspruchs richtet (Zöller/Herget, § 3 ZPO Rz 16 Schadensersatz). Das Arbeitsgericht hat aber den Wert des Herausgabenspruchs verkannt. Die Festsetzung wäre dann nicht zu beanstanden gewesen, wenn die Parteien nur um den Besitz des Schlüssels, mithin um den Substanz- oder Wiederbeschaffungswert des Schlüssels gestritten hätten. So liegt hier der Fall jedoch nicht. Im Hinblick auf den Schutz der Bewohner des Altenheimes musste die Beklagte für den Fall der Nichtherausgabe die gesamte Schließanlage auswechseln. Entsprechend war auch der Streitwert danach zu bemessen (vergleiche OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.12.1992 – 11 W 123/92 –; Zöller/Herget, § 3 ZPO Rz 16 Herausgabeklagen). Der Wert des Schlüssels entspricht damit den Kosten bei einer Erneuerung der Schließanlage. Diese sind in Höhe des festgesetzten Gegenstandswertes von dem Beschwerdeführer ausreichend glaubhaft gemacht.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 28. Dezember 2006, 1 Ta 109/06 eingereicht von Rechtsanwalt Götz von Glasenapp, Hohe Straße 1, 25524 Itzehoe, Tel.: 04821/50 81, Fax: 5897 kanzlei@rechtsanwalt-grundmann.de; www.rechtsanwalt-grundmann.de

369. Streitwert – Änderungskündigung – Arbeitszeit

Gründe:

II. ... 2) ... Nimmt der Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht unter Vorbehalt an, so bemisst sich der Streitwert wie bei jeder Beendigungskündigung nach dem Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts (§ 42 IV S. 1 GKG n. F. = § 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG a.F.).

Bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung, die mit einer Änderung der Leistungsbedingungen Arbeitsentgelt oder Arbeitszeitmenge einhergeht, ist dagegen grundsätzlich entsprechend § 42 III S. 1 GKG n. F. vom dreifachen Jahresbetrages des Wertes der Änderung auszugehen. Höchstbetrag ist jedoch die durch § 42 IV S. 1 GKG n. F. gezogene Grenze, also der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts. ...

Die Änderungskündigung hatte u.a. zum Ziel, die Arbeitszeit des Klägers von bislang 36 auf 40 Stunden, d. h. um 1/9 heraufzusetzen. Dementsprechend hätte sich der Lohn des Klägers ebenfalls um 1/9 erhöhen müssen, wenn das Verhältnis von Arbeitsleistung zum Arbeitsentgelt das gleiche hätte bleiben sollen. Auf einen Zeitraum von drei Jahren bezogen ergibt sich ein Betrag von $36 \times \frac{1}{9}$ eines Monatslohns, d. h. 4 Monatslöhne. Daher kommt die Höchstgrenze des § 42 IV S. 1 GKG n. F. zum Zuge (vgl. dazu: BAG, Beschluss vom 23. 3. 1989 – 7 AZR 527/85 B –).

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 22. März 2005, 9 Ta 100/05

370. Streitwert einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in der Probezeit

Der Streitwert einer Kündigungsschutzklage, mit der sich der Kläger gegen eine außerordentliche fristlose Kündigung in der Probezeit wehrt, die jedoch das Arbeitsverhältnis binnen der ordentlichen Kündigungsfrist von 2 Wochen gem. § 622 Abs. 3 BGB beendet, ist mit einem halben Bruttomonatsgehalt zu bewerten.

1. Das wirtschaftliche Interesse einer gegen eine Kündigung gerichteten Feststellungsklage, die sich nur auf einen begrenzten Zeitraum bezieht, ist regelmäßig in dem Betrag der Bruttovergütung ausgedrückt, die in dem Zeitraum zu zahlen wäre, für den nach dem Klageantrag die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses begehrt wird.

2. Von diesem Wert sind weder weitere Abschläge zu machen noch Zuschläge etwa im Hinblick auf ein besonderes Rehabilitierungsinteresse, die Bedeutung der Entscheidung beim Bezug von Arbeitslosengeld noch wegen sonstiger sozialer Interessen (vgl. Hessisches LAG, vom 21.01.1999 – 15/6 Ta 699/98 – NZA RR 1999, 159; vom 21.01.1999 – 15/6 Ta 680/98 – NZA RR 1999, 156).

■ Hessisches Landesarbeitsgericht, vom 28. April 2006, 13/17 Ta 142/06, rechtskräftig.

eingereicht und formuliert von Rechtsanwalt Bernhard Striegel, Christophstraße 18, 34123 Kassel, Tel.: 0561/570850, Fax: 5708511

mail@striegel-rechtsanwaelte.de;

www.striegel-rechtsanwaelte.de

Anmerkung des Einreichers:

Zu einem anderen Ergebnis kommt das LAG Mecklenburg-Vorpommern mit Beschluss vom 17.01.2005 – 1 Ta 68/04 – (AE 2005 Nr. 229). Unter Berücksichtigung eines so genannten „Makelzuschlages“ kommt dieses LAG zu einem Streitwert von einem Bruttomonatsgehalt.

371. Streitwert, mehrere Kündigungen, hilfsweise Anträge auf Abfindung, Zeugnis und Vergütung

Gründe:

I. Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger folgende Anträge gestellt: 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24. Mai 2006, zugegangen am 26. Mai 2006, zum 31. Dezember 2006 nicht beendet worden ist, sondern unverändert fortbesteht; 2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auch durch die Kündigung der Beklagten vom 21. Juni 2006, zugegangen am 22. Juni 2006, zum 31. Januar 2007 nicht beendet worden ist, sondern unverändert fortbesteht; 3. ...; 4. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Art, Dauer, Leistung und Führung im Arbeitsverhältnis erstreckt. Hilfsweise für den Fall der Abweisung des Feststellungsantrags zu Ziff. 1.: 5. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger als Abfindung aus dem Sozialplan ... zu bezahlen. ...

Im Termin vom 3. August 2006 haben die Parteien einen Ver-

gleich mit nachstehend wiedergegebenem Inhalt geschlossen: 1. Das Arbeitsverhältnis endet aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Arbeitgeberkündigung mit Ablauf des 31. Januar 2007. Die Beschäftigung des Klägers im Januar 2007 erfolgt vertragsgemäß. Der Dienstsitz bleibt München. Der Kläger kann durch schriftliche Erklärung mit einer 14-tägigen Ankündigungsfrist das Arbeitsverhältnis vorzeitig zum 31. Dezember 2006 beenden; 2. Die Beklagte zahlt an den Kläger € ... als Abfindung für den Verlust des Arbeitsplatzes gem. §§ 9, 10 KSchG. In dieser Abfindung ist die Sozialplanabfindung enthalten; 3. Die Beklagte zahlt an den Kläger die in Ziff. 2. des Arbeitsvertrags enthaltene jährliche Sonderzuwendung auch 2006 entsprechend der vertraglichen Regelung; 4. Die Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger ein wohlwollendes, qualifiziertes Zeugnis zu erstellen und zu übersenden; 5. Die Beklagte wird dem Kläger unverzüglich ein entsprechendes Zwischenzeugnis zur Verfügung stellen. ...

II. ...

Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist die zweite Kündigung vom 21. Juni 2006 gesondert, allerdings (nach ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammer wegen des kurzen zeitlichen Abstands zur ersten Kündigung) nur mit einem Monatsverdienst zu bewerten. Die mit der Klage hilfsweise – geltend gemachte Abfindung aus dem Sozialplan unterfällt nicht der Regelung des § 42 Abs. 4 GKG (insoweit schließt sich die Beschwerdekammer dem Landesarbeitsgericht Berlin in der Entscheidung vom 17. März 1995 – NZA 1995, 1072 – an) und war daher gesondert zu berücksichtigen. Die Bewertung der Erteilung eines Zwischenzeugnisses und – hilfsweise – eines Endzeugnisses mit einem Monatsverdienst ist angemessen, zumal über diese Ansprüche nicht gestritten worden ist.

Die Regelung der Zahlung einer Sonderzuwendung im Vergleich ist nach dem Werte dieser Regelung und mit dem ausgehandelten Betrag in Höhe von drei Monatsverdiensten anzunehmen.

■ Landesarbeitsgericht München vom 12. Dezember 2006, 7 Ta 378/06

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München, Tel.: 089/544 14 60, Fax: 554 14 666

schaeder@schaeder.de; www.schaeder.de

372. Streitwert, negative Feststellungsklage

Gründe:

I. ... II. ... Auch bei einer negativen Feststellungsklage bemisst sich der Streitwert nach § 48 Abs. 1 S. 1 GKG nach dem Interesse des Klägers an der Feststellung, wobei insbesondere von Bedeutung ist, wie groß die bekämpfte Gefahr der Inanspruchnahme durch die Beklagte ist (vgl. *Schneider/Herget*, Streitwertkommentar, Rz 2031). Bestimmend für die Höhe des Streitwertes ist die Berühmung des Beklagten, weil das Nichtbestehen des Anspruches in Höhe der Berühmung festgestellt werden soll (*Schneider/Herget* a.a.O. Rz 2036 m.w.N., insbesondere BGH NJW1997, 1787). ...

Für die Streitwertfestsetzung ist nicht von Bedeutung, ob

diese Klage Aussicht auf Erfolg hat oder begründet ist. Deshalb kann nicht streitwertmindernd berücksichtigt werden, dass der Kläger bereits in einem Teilzahlungsvergleich von Oktober 2005 eine Schuld anerkannt hat, bzw. dass der Kläger eine Grundschuld für die Beklagte bestellt hat. ...

Bei einer negativen Feststellungsklage ist nach herrschender Ansicht, der sich das Beschwerdegericht anschließt, kein Abschlag zu machen (vgl. *Schneider/Herget* a.a.O. Rz. 2032 bis 2035 mit einer Übersicht über Rechtsprechung und Literatur hierzu). Ein Abschlag verbietet sich, weil ein Urteil, das der negativen Feststellungsklage stattgibt, auch eine Erhebung einer entsprechenden Leistungsklage durch den vermeintlichen Anspruchsberechtigten ausschließt und den Streit über die Forderung gänzlich klärt (BGH WuM 2004, 352; Jur. Büro 1970,949).

■ Landesarbeitsgericht München

vom 16. Februar 2007, 9 Ta 43/07

eingereicht von Rechtsanwalt Marko Heimann, Schwanenstraße 2, 93413 Cham, Tel.: 09971/99 43 56, Fax: 99 43 57
info@anwalt-cham.de; www.anwalt-cham.de

373. Terminsgebühr ohne Prozesshängigkeit

Entscheidungsgründe:

1. Die Terminsgebühr entsteht gemäß § 2 Abs. 2 RVG, Vergütungsverzeichnis (fortan: VV) Teil 3 Vorbemerkung 3 Abs. 3, Nr. 3104 durch die Mitwirkung an einer auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichteten Besprechung ohne Beteiligung des Gerichts. ... 2. Entgegen der Ansicht der Revision (ebenso z.B. AG Frankfurt JurBüro 2005, 252) setzt der Gebührentatbestand der Nr. 3104 VV nicht voraus, dass der Anspruch, der Gegenstand der Besprechung ist, bereits bei Gericht anhängig gemacht worden ist (ebenso z.B. OLG Hamm OLG-Report 2006, 882, 883; OLG Koblenz JurBüro 2006, 23, 24; *Hansens*, JurBüro 2004, 249, 250; *Bischof*, JurBüro 2004, 296, 297; *Meyer*, DRiZ 2004, 291; *Schons*, NJW 2005, 3089, 3092; *Bonnen* MDR 2005, 1084, 1085; *Zöller/Herget*, ZPO 26. Aufl. § 104 Rn 21; *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., VV 3104 Rn 11 „Vermeidung“; *Göttlich/Mümmeler*, RVG, 2. Aufl., Terminsgebühr des Teils 3 Anm. 3.2; *Müller-Rabe*, in: Gerold/Schmidt, RVG, 17. Aufl., Vorbem. 3 VV Rn 90; *Riedel/Sußbauer/Keller*, RVG, 9. Aufl., VV Teil 3 Vorbem. 3 Rn 48).

a) Nach Absatz 3 der Vorbemerkung 3 zu Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses zu § 2 Abs. 2 RVG entsteht die Terminsgebühr (unter anderem) durch die Mitwirkung an Besprechungen ohne Beteiligung des Gerichts, die auf die Vermeidung oder Erledigung des Verfahrens gerichtet sind. Dass bereits eine Klage an- oder rechtshängig ist, wird dabei nicht vorausgesetzt. „Erledigt“ wird ein laufendes Verfahren; „vermeiden“ lässt sich demgegenüber nur ein Verfahren, das noch nicht begonnen hat. Entgegen der Meinung der Revision besagt der Wortlaut des Gesetzes nicht, dass es nur um die Vermeidung „weiterer“ Verfahren gehen solle; dies liegt auch nicht nahe.

■ Bundesgerichtshof

vom 8 Februar 2007, IX ZR 215/05

Rezeptionen

Alle Rezeptionen wurden verfasst von Dr. Hans-Georg Meier, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin.

Gaul (Hrsg.)

Aktuelles Arbeitsrecht, Band 2/2006

Bearbeiter: RA VorsRiLAG a.D. Dietrich Boewer / RA, FAArbR
Prof. Dr. Björn Gaul

325 Seiten, DIN A5, broschiert,

Jahresabonnement für 2 Bände inkl. Internet-Nutzung

EUR 69,80; Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

ISBN 978-3-504-42628-6

„Aktuell“, obwohl der Band 2/2006 im Januar 2007 erscheint? Die Irritation ist dem Titel geschuldet, nicht dem Inhalt!

Geschildert wird die Rechtsprechungsentwicklung des zweiten Halbjahres 2006, zugleich mit einer Vorschau für das erste Halbjahr 2007. Zur Zeit der Veröffentlichung dieser Besprechung dürfte also Band 1/2007 bereits seinen Weg in die Buchhandlungen finden.

Die (scheinbare) zeitliche Diskrepanz wird für den Nutzer endgültig beseitigt, wenn er ein Abonnement wählt und damit die Zugangsberechtigung zur Internetnutzung erlangt. Hier erfolgt eine fortlaufende Aktualisierung. Der Abonnent kann sich also vergewissern, dass das, was er in Buchform soeben bei *Gaul* recherchiert hat, noch der letzte Stand des Wissens ist.

Dabei erstreckt sich die Thematik vom Grundsätzlichen (gesetzliche Entwicklungen in Deutschland) über die gesamte Breite des Tagesgeschäfts (Einstellungen und Arbeitsvertrag, Vergütung und Urlaub, Abmahnung und Kündigung, Tarif- und Betriebsverfassungsrecht, Betriebsänderung und Betriebsübergang, bis zu den wichtigen Randbereichen des Steuer- und Sozialversicherungsrechts). Wer den *Gaul* erwirbt kann zu den zu bearbeitenden Themen schnell feststellen, ob seine Kenntnisse noch im Grundsatz up to date sind. Hat er sich dessen vergewissert, bietet der *Gaul* zugleich wesentliche Entscheidungshilfen an. Wer in die Tiefe gehen muss, wird sich mit dem *Gaul* nicht begnügen können, aber ohne den *Gaul* wird die Recherche deutlich zeitaufwendiger.

Balze/Rebel/Schuck

Outsourcing und arbeitsrechtliche Restrukturierung von Unternehmen

3., neu bearbeitete Auflage 2007, 330 Seiten, kartoniert,
EUR 52,00

C.F.Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH

ISBN: 978-3-8114-5505-4

Bearbeiter sind zwei Rechtsanwälte (*Dr. Rebel/Schuck*) und ein RiaArbG *Dr. Balze*, was für eine praxisorientierte Darstellung sorgt.

Neben der selbstverständlichen Einarbeitung der aktuellen Rechtsprechung, insbesondere des EuGH und des BAG, befassen sich die Autoren u.a. mit folgenden Themenkomplexen: arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln, sozial- und verfahrensrechtliche Fragestellungen, Altersteilzeit und betriebliche Altersvorsorge sowie share-options bei arbeitsrechtlichen Restrukturierungen, Verlagerung von Arbeitsplätzen ins Ausland (Offshoring).

Hier eine Auswahl der bearbeiteten Stichpunkte: kleine und große dynamische Verweisung, das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften, Sperrzeiten (der Hinweis, im Falle einer höheren Abfindung als in § 1a KSchG vorgesehen, empfehle sich eine vorherige Abstimmung mit der Agentur für Arbeit, entspricht in seiner Realisierbarkeit allerdings nicht der Erfahrung des Rezensenten), die Mitbestimmungsbeibehaltung nach § 325 UmwG, Outsourcing und Tendenzschutz, Kündigung aufgrund Erwerberkonzept und der Wiedereinstellungsanspruch.

Besonders hilfreich sind die in den Anhang aufgenommenen acht Checklisten für die arbeitsrechtliche Abwicklung und acht Musterschriftstücke. Die Checklisten erleichtern die Feststellung, ob überhaupt ein Betriebsübergang vorliegt, stellen die wesentlichen Rechtsfolgen fest, bereiten einen Interessenausgleich und Sozialplan vor, ordnen die Arbeitnehmer dem Betriebsübergang zu oder nicht, erleichtern ein Vorabentscheidungsverfahren zum EuGH, die Feststellung des Outsourcings nach dem Umwandlungsgesetz, systematisieren eine arbeitsrechtliche „due diligence“ und sichern die Randbedingungen des Offshorings. Mit den Mustern gibt es ein Informationsschreiben an die Mitarbeiter in zwei Variationen, Interessenausgleich und Sozialplan mit insgesamt vier Mustern, eine Schutzschrift im einstweiligen Rechtsschutz gegen Betriebsänderungen und einen Verschmelzungsbericht für das Registergericht.

Auch für den, der Ähnliches schon einmal bearbeitet hat, bietet der Abgleich mit den angebotenen Mustern Sicherheit oder neue Erkenntnis. Ein umfangreiches Literaturverzeichnis hilft bei der tiefergehenden Recherche, das Stichwortverzeichnis ist vollständig und erleichtert den Zugang zu den bearbeiteten Themen.

Dr. Ulrich Tschöpe

Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht

5., neu bearbeitete Auflage 2007, 3.212 Seiten, Lexikonformat, geb., inkl. CD, EUR 129,00

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

ISBN 978-3-504-42037-6

Es liegt nunmehr bereits die fünfte Auflage des von *Tschöpe* herausgegebenen Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht vor. Herausgeber und Autoren haben diese Neuauflage zum Anlass genommen, die grundsätzlich bewährte Struktur des Handbuchs noch einmal zu überprüfen und in einigen Bereichen Neuerungen vorzunehmen. So hat beispielsweise die AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen ihrer zunehmenden Bedeutung entsprechend eine eigenständige Darstellung erhalten. Auch die Kapitel zur Teilzeit und zur Befristung wurden systematisch neu geordnet. Kleinere Umstellungen und eine vollständige Neubearbeitung des allgemeinen Kündigungsschutzrechts finden sich im Abschnitt zum Kündigungsrecht.

Im Übrigen wurde an der bisherigen, durchweg praxisorientierten Darstellungsweise festgehalten, mit besonders hervorgehobenen Beispielen, Hinweisen für die Praxis, Checklisten und Formulierungsmustern.

Die fünfte Auflage bringt das Handbuch auf den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Zwei neue Kapitel zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sowie zur Anhörungsrüge berücksichtigen die jüngsten gesetzgeberischen Aktivitäten. Auch das RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz wurde im Entwurfstadium bereits umfassend eingearbeitet, so dass das Kapitel zum Rentenrecht aufgrund seiner Aktualität für den Praktiker von höchstem Nutzen ist.

Dem Werk beigelegt ist wiederum eine CD, die nicht nur den Text des Handbuchs wiedergibt, sondern darüber hinaus eine Rechtsprechungsdatenbank mit gut 6000 Urteilen im Volltext sowie den Bestand der wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze enthält. Auf Gerichtsurteile und Gesetzestexte kann sowohl direkt als auch per Link aus dem Handbuchttext zugegriffen werden.

Schaffeld/Hörle

Das Arbeitsrecht der Presse

2. Auflage 2007, 246 S., Lexikonformat, geb., EUR 54,80

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

ISBN 972-3-504-67103-7

Wer nach der Voraufgabe bis zur Neuauflage 18 Jahre verstreichen lässt, weiß die eingegrenzte Bedeutung seines Spezialanliegens einzuschätzen, hat andererseits aber viel Neues zu bieten, wie die Autoren dieses Werkes, der Justitiar des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger e.V. und ein Rechtsanwalt, der langjähriger Berater von Presseunternehmen ist. Natürlich steht das Arbeitsrecht der Presse

nicht außerhalb des sonstigen Arbeitsrechts. Dennoch gibt es etliche Besonderheiten, die es in anderen Branchen nicht oder nicht in dieser Ausprägung zu bearbeiten gibt. Diese Besonderheiten darzustellen ist das besondere Verdienst des Buches.

Die Probleme zwischen der Differenzierung freier Mitarbeiter zu Arbeitnehmern gibt es in jeder Branche. Bei der Presse spielt jedoch das Grundrecht der Meinungsfreiheit hinein und verleiht der Prüfung dieser Frage eine besondere Schwierigkeit.

Diese Meinungsfreiheit nehmen die Beschäftigten allerdings auch gerne in Anspruch, weshalb sich die Frage stellt, wo die Grenze zwischen Wettbewerb und journalistischer Freiheit liegt, d.h. die berechtigten Interessen des Verlags berührt sind. Dabei sind die besonderen Regelungen des in der Regel anzuwendenden Manteltarifvertrags für die Zeitungsredakteure bzw. Zeitschriftenredakteure zu beachten, die besonders in dem Buch erläutert werden. Natürlich spielt der Tendenzschutz im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung eine große Rolle in den Darlegungen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet ihren Niederschlag in gut verständlichen Erläuterungen.

Hilfreich ist die Zusammenstellung im Anhang, beginnend mit dem Tarifvertrag über die Altersversorgung für Redakteure, eine gute Darstellung der Einflüsse des Urhebervertragsrechts einschließlich der daraus folgenden Vergütungspflichten und des Schlichtungsverfahrens sowie die einschlägigen und Gehaltstarifverträge für Redakteure/innen an Tageszeitungen. Insgesamt kann man nur dringend empfehlen, sich dieses Werk anzusehen, bevor man sich einem arbeitsvertraglichen Problem im Bereich der Presse zuwendet.

Schulze Froning/Simon

Betriebsbedingte Kündigungen in caritativen und kirchlichen Einrichtungen

336 Seiten, broschiert, EUR 23,00

Lambertus-Verlag 2006

ISBN 3-7841-1598-5

Dr. Wilma Schulze Froning ist Justitiarin des Caritas Verbandes für das Bistum Essen e.V. *Martin Simon* war Justitiar des Erzbistums Berlin und leitet jetzt die Abteilung Personal und Finanzen für das Bistum Essen e.V. Er ist Mitglied der arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritas Verbandes. Beide haben eine Anwaltszulassung.

In ihrem Vorwort weisen sie zu Recht darauf hin, dass betriebsbedingte Kündigungen bis vor einiger Zeit im caritativen und kirchlichen Bereich seltene Ausnahmen waren, aufgrund der Finanzkrisen mancher Bistümer, aufgrund von Kirchensteuerausfällen und unter anderem der Auswirkungen der Gesundheitsreform aber nunmehr durchaus ein, wenn auch zurückhaltend genutzter, Lösungsweg aus Problemlagen auch im Bereich der Kirche und der caritativen Einrichtungen ist.

Adressat des Buches sind daher in erster Linie kirchliche Ins-

titutionen (sowohl Dienstgeber als auch Mitarbeitervertreter), die sich mit diesem Thema verstärkt zu befassen haben. Ihnen werden die damit zusammenhängenden Probleme grundlegend erläutert. Das sind Kapitel, die den praktizierenden Rechtsanwalt in ihrer Allgemeinheit nicht zu interessieren scheinen. Die Besonderheit des Buches liegt aber darin, die allgemeinen Grundsätze speziell auf die Organisationsformen der betroffenen Einrichtungen anzuwenden und hier insbesondere auf Rechtsprechung und Literatur zu verweisen, die sich ganz speziell mit den kirchlichen Einrichtungen befasst haben. Dazu gehört z.B. die Frage, ob ein Ortsverband des Sozialdienstes mit dem Dachverband einen einheitlichen Betrieb im Sinne des § 23 KSchG darstellt. Ohne dieses Buch würde der Sachbearbeiter vermutlich die besondere Verpflichtung der Dienstgeber und Trägerverantwortlichen nicht kennen, bei betriebsbedingten Kündigungen die Unterbringung der zu kündigenden Mitarbeiter bei anderen kirchlichen/caritativen Trägern zu prüfen (Beschluss der Kommission zur Ordnung des Arbeitsvertragsrechts vom 5. November 2002) und wer hat sich schon einmal mit den besonderen Regeln der Mitarbeitervertretungsordnung befasst oder mit der Konkurrenz von Unkündbarkeit nach AVR und besonderem gesetzlichen Kündigungsschutz?

Insgesamt ist das Verfahren der Beteiligung der Mitarbeitervertretung zwar nicht grundsätzlich abweichend von anderen Beteiligungsrechten, aber doch besser zu verstehen, wenn man sich eines Buches bedient, das speziell auf dieses Thema ausgerichtet ist und auch noch Hinweise auf einschlägige Dienstvereinbarungen enthält.

Insbesondere empfiehlt sich die Verwendung dieses Buches für all diejenigen, die kirchliche/caritative Einrichtungen betreuen, um mit den Sachbearbeitern in der Einrichtung auf dem gleichen Sprachstand zu stehen. Hierin liegt der besondere Vorteil des Werkes.

Roland Köstler/Ulrich Zachert/Matthias Müller

Aufsichtspraxis – Handbuch für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

8. Auflage 2006, geb., 759 Seiten, EUR 79,90

Bund-Verlag

ISBN -3-7663-3709-2

Wenn es sich lohnt, ein derartig umfangreiches Werk über die Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern aus der Sicht der Arbeitnehmervertreter zu verfassen und nunmehr bereits in der 8. Auflage auf den Markt zu bringen, dann zeigt das, wie zahlreich Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten tätig sind, also wie viele Unternehmen dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen. Zugleich ergibt sich daraus die Wichtigkeit des Buches, denn nicht nur die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat müssen wissen, wo ihre Rechte und Pflichten liegen, sondern auch ihre Gegenspieler/Partner im Aufsichtsrat müssen wissen, was sie von Arbeitnehmervertretern zu erwarten haben im Sinne von, was dürfen diese und was dürfen sie nicht.

Auch die Frage, habe ich mit einer solchen Mitbestimmung zu rechnen, lässt sich diesem Buch in hervorragender Weise entnehmen. Schließlich hat das Buch auch Bedeutung, weil Arbeitnehmervertreter zunächst einmal Aufsichtsratsmitglieder wie andere auch sind, weshalb die in dem Werk beschriebenen Rechte und Pflichten auch für Aufsichtsratsmitglieder anderer Provenienz von Interesse sind und es kaum eine andere zusammenfassende und auch nur annähernd so detaillierte Darstellung der Aufgaben eines Aufsichtsratsmitgliedes gibt. Nach einer allgemein interessierenden Darstellung der geschichtlichen Etappen der Mitbestimmung erläutern die Autoren die Bedeutung der Regeln von Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle (Corporate Governments) und geben dann einen Überblick über die Effektivität der Unternehmensmitbestimmung. Das zweite Kapitel befasst sich mit dem Geltungs- und Anwendungsbereich der Gesetze über eine Vertretung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten von Unternehmen. Im dritten Kapitel werden Mitbestimmungsverträge übersichtlich dargestellt.

Das Werk wird in Teil B fortgesetzt mit den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder. Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden und der Ausschüsse wird erläutert, die Informations-, Kontroll- und Gestaltungsrechte des Aufsichtsrates dargestellt und die Einzelrechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder. Es folgt eine spezifische Darstellung der Position der Arbeitnehmervertreter von der Vergütung über das Recht auf Freistellung bis zum Kündigungsschutz und sonstigem Schutz der Aufsichtsrats-tätigkeit. Die schwierige Position des Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat beim Arbeitskampf wird diskutiert, die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder und schließlich die ihnen drohenden Gefahren bei Pflichtverletzungen. Der Anhang enthält alle für die Aufsichtsratsmitglieder wesentlichen Gesetzestexte.

Insgesamt ist der größte Teil der Darstellung gleichermaßen von hohem Interesse für Arbeitnehmer- wie Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat aber auch für alle jene, die Aufsichtsräte und Aufsichtsratsmitglieder gleich welcher Provenienz zu beraten haben.

Georg Annuß/Eduard Picker/Hellmut Wissmann (Hrsg.)

Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag

Verlag C.H. Beck, 2007, XV, 1186 Seiten, in Leinen, EUR 185,00

ISBN 978-3-406-55464-3

Am 21.03.2007 vollendete *Reinhard Richardi* seinen 70. Geburtstag. Die Festschrift, die ihm Freunde, Schüler und Kollegen zu diesem Tag überreichten, enthält Beiträge von 74 hochrangigen und bekannten Autoren aus Wissenschaft und Praxis zu:

- Grundfragen
- Kollektivgewalt und Individualwille
- Individualarbeitsrecht und Verfahrensrecht
- Kollektives Arbeitsrecht
- Arbeitsrecht in der Kirche

- Internationales und europäisches Arbeitsrecht
- Allgemeines Zivilrecht

Auf ausgewählte Autoren und Beitragsthemen hinzuweisen in diesem Werk, bedeutet in keiner Weise eine Wertung, es kann nicht einmal die Themenbreite annähernd beschrieben werden; der Rezensent muss sich auf Beispiele beschränken. Musterschüler *Annuss* stellt das Grundrecht auf Eigentum als Zentralgewährleistung der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung in den Mittelpunkt seines Beitrages, *Rudolf Buschmann* setzt sich mit der Frage auseinander, ob der gesetzliche Arbeitnehmerschutz durch kollektives Arbeitsrecht abgebaut wird, *Hanau* erinnert an den Entwurf eines Arbeitsvertragesgesetzes des Arbeitskreises „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“, dem wohl durch die Untätigkeit des gegenwärtigen Arbeitsministers der Arbeitsvertragsentwurf der Bertelsmann Stiftung

als eine weitere Historie folgen wird, *Konzen* legt Gedanken zur Tarifzuständigkeit nach der Gründung von ver.di nieder und *Fischermeier* setzt sich mit der Frage nach einem Widerspruch zwischen dem europäischen Antidiskriminierungsrecht und den kirchlichen Loyalitätsanforderungen auseinander. *Polat Soyer* schließlich gibt eine kritische Stellungnahme zu den neuen kündigungsschutzrechtlichen Regelungen und der Gerichtspraxis in der Türkei. Wer sich einen umfassenden Überblick verschaffen will, der informiere sich im Netz unter www.beck-shop.de.

Alle die in Wissenschaft und Praxis mit dem Arbeitsrecht zu tun haben, werden in dem Werk praktische Hilfe ebenso finden wie intellektuellen Überbau, Rückblick wie Zukunftsperspektive. Einem großen Rechtswissenschaftler wurde ein angemessenes Werk gewidmet.

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Herausgeber, Chefredaktion- und Anschrift:

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. Katharina Freytag
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 98-0
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)

Abfindungsanspruch § 1a KSchG

verspätete Klage – 312

AGB-Kontrolle

Aushandeln – 276
 doppelte Schriftformklausel – 277
 Mehrfachverwendung – 276
 umgekehrte Unklarheitenregelung – 278
 Versetzungsklausel – 279

Abrechnungspflicht

Bedeutung des Begriffs – 352

Allgemeinverbindlichkeit

Rückwirkung – 333

Änderungskündigung

zur Kosteneinsparung – 302

Änderungsvereinbarung

vorbehaltlose – 280

Anerkenntnis

Vergütungsabrechnung – 286

Annahmefrist

Fortsetzungsangebot – 312

Annahmeverzug

böswilliges Unterlassen – 281

Arbeitgeberhaftung

Diebstahl eingebrachter Gegenstände – 282

Arbeitnehmerhaftung

Haftungsobergrenze – 283
 Verschuldensmaß – 283

Arbeitnehmerstatus

Stipendiat – 359
 Veranstaltungstechniker – 361

Arbeitsvertrag

vorformulierte Vertragsbedingung – 304

Arbeitsvertragsordnung, kirchliche

Billigkeitskontrolle – 332, 340

Arbeitszeit

Arbeitszeitverkürzung – 285
 Direktionsrecht – 294, 345
 geteilter Dienst – 345
 Wegezeit – 345

Arbeitszeitreduzierung

betriebliche Gründe – 285
 Kosten – 285

Arzt

Weiterbildungszeugnis – 359

Aufhebungsvertrag

Befristungskontrolle – 303
 Rechtsschutzversicherung – 353
 unangemessene Benachteiligung – 304

Ausgleichsklausel

Wirkungsbereich – 352

Auslegung

des Arbeitsvertrags – 300

Ausschluss des Prozessbevollmächtigten

Beschwerde – 351

Ausschlussfrist

Geltendmachung – 362
 Geltungsbereich – 331, 334

Kündigungsschutzklage – 362

Rechtsmissbrauch – 299

Vereinbarung, tarifliche – 286

vertragliche Verfallklausel – 286

Außerordentliche Kündigung

krankheitsbedingte – 313
 Privatnutzung Telefon – 305
 Verdacht – 306

AVR Caritas

Rückwirkung – 332

Beamtenrecht

Beurteilung – 347

Befristung des Arbeitsverhältnisses

auflösende, aufschiebende Bedingung – 303
 Beschäftigungsdauer – 287
 Sachgrund – 287

Bereicherungsrecht

Entreicherung – 331
 Vorbehalt der Neuberechnung – 331

Berufung

Urteil ohne Gründe – 312

Beschlussverfahren

internationale Zuständigkeit – 321

Bestreiten

Nichtwissen – 276
 Substantiierungsgebot – 312

Betriebliche Altersversorgung

Lebenspartner – 288

Betriebliche Übung

gegenläufige – 289
 Wiederholungen – 290

Betriebsänderung

wesentlicher Betriebsteil – 322

Betriebsbedingte Kündigung

Anhörungsgebot – 310
 Leistungsverdichtung – 308, 309
 Sozialauswahl – 307
 unternehmerische Entscheidung – 308, 309, 310

Betriebsrat

Individualansprüche – 289

Betriebsratsmitglied

Benachteiligungsverbot – 323
 betriebsübliche Entwicklung – 232
 Interessenkollision – 318

Betriebsratswahl

Anfechtung – 314
 Nichtigkeit – 325
 Wahlausschreiben – 324

Betriebsübergang

Haftung des Betriebserwerbers – 349
 Unterrichtung – 291
 Widerspruch, Verwirkung – 291

Beurteilung, beamtenrechtliche

Überbeurteilung – 347

Bewährungsaufstieg

Pro Seniore TV – 336

Beweisantritt

Ausforschungsbeweis – 340

Darlegungs- und Beweislast

Arbeitgeberhaftung – 282

Kausalverlauf – 360

Rückgruppierung – 340

Unterrichtung – 291

Widerspruch, Verwirkung – 291

Dienst-Pkw

Herausgabeanspruch – 293

Widerruf der Privatnutzung – 293

Direktionsrecht

Arbeitsort – 301

Arbeitszeit – 294

böswilliges Unterlassen – 281

einstweilige Verfügung – 301

Konkretisierung der Tätigkeit – 294

Versetzungsanordnung – 279

vertragswidrige Beschäftigung – 292

Eingruppierung

Altenpflegerin Pro Seniore – 336

Bewährungsaufstieg – 336

Gebäudereiniger – 337

Lehrer mit ausländischem Abschluss – 338

Rückgruppierung – 340

Einigungsstelle

Beschwerde nach § 85 BetrVG – 326

betriebliches Eingliederungsmanagement – 328

offensichtliche Unzuständigkeit – 328

Einstweilige Verfügung

Betriebsänderung – 322

Direktionsrecht – 301

Entzug der Privatnutzung eines Dienst-Pkw

Arbeitsunfähigkeit – 292

Versetzung – 292

Europäischer Betriebsrat

Vertreterwahl – 321

Feststellungsinteresse

Arbeitszeit – 294

Feststellungsklage

Arbeitsbedingung – 294

Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Parteifähigkeit – 350

Gemeinschaftsbetrieb

Versicherungswesen – 350

Geschäftsführer

Kündigung – 314

Geschlechtsdiskriminierung

Anknüpfungstatsachen – 311

Lebenspartner – 288

Gleichbehandlung

Auskunftsanspruch – 297

Gehaltserhöhung – 295

Insolvenz

Tariffindung – 344

Insolvenzverwalter

Haftung – 349

Integrationsamt

Prüfung der Kündigungsgründe – 317

Jahressonderzahlung

rätierliche Entstehung – 339

Jugend- und Auszubildendenvertretung

Auflösung des Arbeitsverhältnisses – 327, 335

Klage

notwendige Angaben – 359

Klageänderung

Klageerweiterung – 350

Komplementär

Kündigung des Geschäftsführers – 314

Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren

Reisekosten – 358

Kündigung

gegen GmbH-Geschäftsführer – 314

in der Wartezeit – 315, 316

Schwerbehinderte – 317

siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte-, außerordentliche- und personenbedingte –

Kündigungserklärung

Erklärung der Unwirksamkeit – 312

Schriftform – 318, 319

Kündigungsfrist

Probezeit – 319

Kündigungsschutz

in der Wartezeit – 315, 316

Kündigungsschutzklage

nachträgliche Zulassung – 312

Schwangerschaft – 312

Lebenspartner

Betriebliche Altersversorgung – 288

Ortszuschläge – 341

Mitarbeitervertretung Katholische Kirche

Interessenkollision – 318

Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten

betriebliches Eingliederungsmanagement – 328, 329

Tendenzträger – 330

Versetzung – 330

Örtliche Zuständigkeit

Außendienstmitarbeiter – 346

Personalrat

betriebliches Eingliederungsmanagement – 329

Probezeit

Dauer – 319

Prozessbevollmächtigter

Ausschluss – 351

Rechtsmittelbelehrung

Wiedereinsetzung – 362

Rechtsschutzversicherung

Aufhebungsvertrag – 353

Obliegenheitsverletzung – 353

vorigergerichtliche Tätigkeit – 355

Rechtsweg

Schadensersatz gegen Organ – 357

Urheberrecht – 356

Rubrum

notwendige Angaben – 359

Rubrumsberichtigung

gewillkürter Parteiwechsel – 350

Schmerzensgeld

Darlegungs- und Beweislast – 360

Körperverletzung – 360

Schriftform

Amtssiegel – 318

Katholische Kirche – 318

Kündigungserklärung – 318, 319

Schwerbehinderte

- bevorzugte Behandlung – 296
- Entschädigung – 296
- Kündigung – 317

Sozialauswahl

- Altersgruppen – 307

Sozialversicherungsrechtlicher Status

- Veranstaltungstechniker – 361

Stock Options

- Verschaffungspflicht – 297

Streitwert

- Änderungskündigungsschutzklage – 369
- Beschlussverfahren – siehe dort
- Herausgabeanspruch – 368
- Kündigungsschutzverfahren – siehe dort
- negative Feststellungsklage – 372
- Rechtswegbeschwerde – 357
- Zeugnis – 371
- Zwischenzeugnis – 371

Streitwert im Beschlussverfahren

- Anfechtung einer Betriebsratswahl – 366
- Anfechtung Personalratswahl – 367
- Aufhebungsantrag § 101 BetrVG – 365
- personelle Einzelmaßnahme – 363, 364, 365

Streitwert im Kündigungsschutzverfahren

- Abfindung – 371
- allgemeiner Feststellungsantrag – 354
- Änderungskündigung – 369
- kurze Vertragsdauer – 370
- mehrere Kündigungen – 371
- Vergütungsansprüche neben – 371
- Weiterbeschäftigungsantrag – 354

Tariffindung

- Bezugnahme auf Tarifvertrag – 342
- Gewerkschaftsbeitritt – 339
- Insolvenz – 334

Tarifliche Sonderzahlung

- Apotheken – 339
- Elektrohandwerk – 343

Tendenzträger

- Erzieherin – 330

Terminsgebühr

- ohne Prozessstätigkeit – 373

Treu und Glauben

- Ausschlussfrist – 299
- Vertragsabschluss – 280
- Widerspruch gegen Betriebsübergang – 291

Überzahlung

- Ausschlussfrist – 299

Urteil

- Begründung vor/nach Zulässigkeit – 359
- ohne Gründe – 312

Verdachtskündigung

- Anforderungen – 306, 320

Vergleich

- Abrechnungspflicht – 278, 352

Vergütungsanspruch

- variable Vergütung – 297, 298
- Zielvorgabe, unterlassene – 297, 298, 300

Verhaltensbedingte Kündigung

- Diebstahl – 320
- Privattelefonate – 305
- Schutzbehauptung – 320
- Verdacht – 306, 320

Verwirkung

- sonstige Rechte – 291

Weiterbildungszeugnis

- Passivlegitimation – 359

Wiedereinsetzung

- Anwaltsverschulden – 348
- Rechtsmittelbelehrung falsch – 362

Zielvereinbarung

- unterlassene – 297, 298, 300