

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

wenn Sie diese Ausgabe in Händen halten ist der Sommer (fast) vorbei. Ich hoffe, Sie konnten die Sonnentage genießen. In gesetzgeberischer Hinsicht hat sich nach Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes nichts Nennenswertes getan. Eine Gesetzesvorlage zum Whistleblowerschutz der Fraktion der Grünen ist kurz vor der Sommerpause (zum wiederholten Male) gescheitert.

Ich möchte mich bei allen Kolleginnen und Kollegen sehr herzlich für die äußerst zahlreichen interessanten Entscheidungen bedanken und Ihnen zuzufügen: Bitte weiter so!

Zwei interessante Entscheidungen möchte ich hier kurz erwähnen.

Als sehr lesenswerte Entscheidung ist mir eine Entscheidung des LAG Berlin Brandenburg aufgefallen, die sich mit der Frage der Weitergeltung tarifdynamischer Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen nach einem Betriebsübergang auseinandersetzt (Nr. 99). Seit der Entscheidung des EuGH vom 18.7.2013 (C-426/11 *Alemo-Herron*) wird diese Frage sehr kontrovers diskutiert. Das LAG Berlin Brandenburg setzt sich detailliert mit all diesen Argumenten auseinander und kommt zu dem Schluss, dass die Rechtsprechung des EuGH der Weitergeltung tarifdynamischer Klauseln nach dem Betriebsübergang nicht entgegensteht. Die Revision wurde zugelassen. Das BAG hat in zwei anderen Verfahren nun diese Frage am 17.6.2015 dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt (4 AZR 61/14 (A), Pressemitteilung 33/15).

Auch auf eine weitere Entscheidung möchte ich gerne Ihr Augenmerk lenken. Das LAG Rheinland-Pfalz hatte zu entscheiden, ob einem Arbeitnehmer in Altersteilzeit in der Freistellungsphase weiterhin der Dienstwagen zur privaten Nutzung überlassen werden muss und diese Frage mit dem Hinweis auf das Verbot der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten bejaht (Nr. 102). Damit liegt eine divergierende Entscheidung zu einer Entscheidung der 11. Kammer des LAG Rheinland-Pfalz vor. Die 11. Kammer geht davon aus, dass der Dienstwagen zur privaten Nutzung nur während der Aktivphase der Altersteilzeit zur Verfügung zu stellen ist. Die Revision wurde zugelassen und es bleibt spannend wie das BAG die Frage entscheiden wird.

Dies waren nur zwei der vielen interessanten Entscheidungen in dieser Ausgabe. Ich wünsche Ihnen spannende Lesestunden.

Ihre

Regina Steiner

im September 2015



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen	114
Entscheidungen	115
Rezensionen	181
Meine/Wagner (Hrsg.): Handbuch Arbeitszeit, Manteltarifverträge im Betrieb	181
Hümmerich/Reufels: Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände	181
Düwell/Schubert, Mindestlohngesetz – Handkommentar	182
Preis: Der Arbeitsvertrag – Handbuch der Vertragsgestaltung	182
Bubenzler/Noltin/Peetz/Mallach: Seearbeitsgesetz – Kommentar	182
Tschöpe: Arbeitsrecht Handbuch	183
Bauer/Diller: Wettbewerbsverbote	183
Schneider, N.: Fälle und Lösungen zum RVG – Praktische Anwendung und Abrechnungsbeispiele	184
Schaefer/Schaefer: Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht	185
Stichwortverzeichnis	186
Impressum	188

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

Bauer	Bertram	Ansbach	Mansholt	Werner	Darmstadt
Berrisch	Hansjörg	Gießen	Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg
Graumann	Ingo	Iserlohn	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
Höser, Dr.	Jürgen	Frechen			

Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Müller	Steffen	Iserlohn
Faecks	Friedhelm	Marburg	Neef, Prof. Dr.	Klaus	Hannover
Franzen	Klaus-Dieter	Bremen	Pauly, Dr.	Stefan	Köln
Gussen, Dr.	Heinz	Rheda-Wiedenbrück	Rütte	Klemens	Hamm
Heinemann	Bernd	Sankt Augustin	Schmitt	Jürgen	Stuttgart
Hilligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Seidemann, Dr.	Gisbert	Berlin
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh
Koch, Dr.	Friedemann	Berlin	Weberling, Prof. Dr.	Johannes	Berlin
Link	Jochen	Villingen	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin
Lodzik	Michael	Darmstadt			

Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Banse, Dr.	Thomas	Düren	Krügermeyer-		
Bauer	Dietmar	Wiehl	Kalthoff	Rolf	Köln
Behrens	Walter	Hamburg	Krutzki	Gottfried	Frankfurt a.M.
Chaudry	Ijaz	Frankfurt/M.	Lampe, Dr.	Christian	Berlin
Clausen	Dirk	Nürnberg	Matyssek	Rüdiger	Ratingen
Clemenz Dr.	Susanne	Gütersloh	Müller-Knapp	Klaus	Hamburg
Cornelius	Astrid	Darmstadt	Müller-Wiechards	Wolfram	Lübeck
Dribusch	Bernhard	Detmold	Peter	Michael	Bad Honnef
Geus	Franz	Schweinfurth	Schäder Dr.	Gerhard	München
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schaefer	Rolf	Hannover
Gosda	Ralf	Ahlen	Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen
Gravenhorst, Dr.	Wulf	Düsseldorf	Schramm	Joachim	Lübbecke
Greinert	Jaqueline	Kassel	Schulz, Dr.	Georg R.	München
Hertwig, Dr.	Volker	Bremen	Sparla	Franz	Aachen
Hesse, Dr.	Walter	Berlin	Straub, Dr.	Dieter	München
Hjort	Jens	Hamburg	Thiele	Volker	Düren
Jung	Nikolaus	Oberursel	Weber	Axel	Frankfurt/M.
Keller	Thomas	München	Zahn	Thomas	Berlin

Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Beckmann	Paul-Werner	Herford	Matissek	Reinhard	Kaiserslautern
Böse	Rainer	Essen	Pouyadou, Dr.	Richard M.	Augsburg
Brammertz, Dr.	Dieter	Aachen	Preßer	Wolfgang	Neunkirchen
Crämer	Eckart	Dortmund	Pütter, Dr.	Albrecht	Flensburg
Daniels	Wolfgang	Berlin	Richter	Klaus	Bremen
Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach	Richter, Dr.	Hanns-Uwe	Heidelberg
Fischer	Ulrich	Frankfurt/Main	Schäfer	Dieter	Essen
Fromlowitz	Horst	Essen	Schipp, Dr.	Johannes	Gütersloh
Gehrman	Dietrich	Aachen	Schneider-Bodien	Aachen	Düsseldorf
Grimm, Dr.	Detlev	Köln	Striegel	Bernhard	Kassel
Heimann	Marko	Cham	Struckhoff	Michael H.	München
Herbert, Dr.	Ulrich	Coburg	Sturm	Joachim	Bottrop
Howald, Dr.	Bert	Stuttgart	Theissen-Graf		
Karle	Gerd	Balingen	Schweinitz	Ingo	Hagen
Kern	Jan H.	Hamburg	Thieme	Hans	Frankfurt/M.
Kistner	Heinz	Hannover	Thon	Horst	Offenbach
Krafft	Alexander	Öhringen	Vrana-Zentgraf	Silke	Darmstadt
Kroll	Matthias W.	Hamburg	Wolf	Dr. Thomas	Büdingen
Kühn	Stefan	Karlsruhe	Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg
Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen			

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht			
91. Schadensersatz, arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Arbeitgebers, Mitverschulden des Arbeitnehmers, Wahrung von Ausschlussfristen aus einem Versicherungsvertrag	115	110. Kündigung, Betriebsübergang, Fortbestehensantrag	142
92. Diskriminierung wegen des Geschlechts, Entschädigung, Nachzahlung der Vergütung, Ausschlussfrist, Dauertatbestand	117	111. Massentlassungsanzeige, Konsultationsverfahren, Nachteilsausgleich, Betriebsratsanhörung	143
93. Diskriminierung, Schwerbehinderung, Abfindung Sozialplan	118	112. Kündigung, Massentlassungsanzeige, Interessenausgleich mit Namensliste	143
94. Mobbing, Schadensersatz	119	113. Kündigung, Interessenausgleich, Namensliste, Sozialauswahl	145
95. Altersdiskriminierung, Urlaub	120	114. Kündigung, Interessenausgleich, Namensliste, Insolvenz	147
96. Mittelbare Diskriminierung durch einen Tarifvertrag – Mindestgrößen für Pilotinnen und Piloten	123	115. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich, Teil-Namensliste, Vermutungswirkung	147
97. Abgeltungsklausel, Auslegung, Kosten des Verfahrens, Kostenerstattungsanspruch, Vollstreckungsgegenklage	123	116. Außerordentliche Kündigung, Vorbereitung von Konkurrenztaetigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses	149
98. Abfindung, Verzugszinsen. Fälligkeit der Abfindung	125	117. Spesenbetrug, Rechtfertigungsgrund, Abfindung, Darlegungs- und Beweislast, Bestreiten ins Blaue, Ausforschungsbeweis	151
99. Dynamische Bezugnahmeklausel – Betriebsübergang, Rechtsprechung des EuGH	126	118. Außerordentliche Kündigung, Presseartikel, Untreue, Schwerbehindertenvertretung, Personalrat	151
100. Aushändigung Arbeitsvertrag, Nachweisgesetz, Fixierung der Arbeitsbedingungen	133	119. Außerordentliche Kündigung, Urkundenfälschung	151
101. Equal Pay, Ausschlussfrist, unwirksamer Tarifvertrag	134	120. Voraussetzung einer Verdachtskündigung	152
102. Dienstwagen – Privatnutzung – Freistellungsphase Altersteilzeit	135	121. Personenbedingte Änderungskündigung, Minderleistung, Darlegungs- und Beweislast	152
103. Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers, Anspruch auf Versetzung an einen anderen Arbeitsort	136	122. Kündigung, Schriftform, Unterzeichnung mit Vornamen	154
104. Annahmeverzug, Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Vergütungsanspruch	137	123. Zustellung des Zustimmungsbesehids des Integrationsamts, Kündigung	154
105. Arbeitnehmereigenschaft, Darlegungslast zur Weisungsgebundenheit	139	124. Entgeltansprüche, Restitutionsklage, Ausschlussfristen, Verjährung	154
106. Arbeitnehmereigenschaft von Messehostessen	139	125. Befristungskontrolle, Sachgrund, Rechtsmissbrauch, Lehrer	157
107. Betriebliche Altersversorgung bei Pensionskassen, Einstandspflicht des Arbeitgebers	140	126. Befristung, Klagefrist, Präklusion, Betriebsübergang, dreiseitiger Vertrag, Verwirkung	159
108. Abfindung, Auslegung Sozialplan	140	127. Befristung, Auslegung § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG	159
Bestandsschutz		128. Sachgrundlose Befristung, Anschlussverbot, Rechtsmissbrauch	160
109. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Unterhaltspflichten	141	129. Arbeitspflicht nach Stellung eines Auflösungsantrags	160

	Seite		Seite
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht		142. Fristversäumnis, keine Wiedereinsetzung, Faxversuch um zehn vor zwölf, Voice over IP (VoIP), sip-gate	174
130. Mitbestimmung, Betriebsrat, Betreiben einer facebook-Seite durch den Arbeitgeber	160		
131. Betriebsrat, Anzahl der Freistellungen, Leiharbeitnehmer	165	Sonstiges	
132. Anfechtung der Betriebsratswahl, Größe des Gremiums	167	143. Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, Physiotherapeuten	174
133. Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit im Beschlussverfahren, Übergangsmandat, Restmandat	168	144. Abführen von Abgaben durch Arbeitgeber	175
134. Versetzung, Zustimmungsverweigerung, Vertrauensleuteschutzabkommen	169	145. Insolvenzanfechtung – Darlegungs- und Beweislast des anfechtenden Insolvenzverwalters – geringfügiges Beschäftigungsverhältnis – arbeitsvertragliche Ausschlussfrist	176
Tarifrecht		146. Zeitzuschläge als unpfändbare Erschwerungszuschläge	176
135. Freizügigkeit, Berufserfahrung, unterschiedliche Arbeitgeber, Eingruppierung	169	147. Nichtzahlung angeordneter Raten, Aufhebung der PKH setzt Verschulden voraus	178
136. Branchenzuschläge für Leiharbeitnehmer	169	Streitwert und Gebühren	
Prozessuales		148. Wirksamkeit eines Streitwert, Aufhebungsvertrag, Abfindung	178
137. Weiterbeschäftigungsanspruch, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund	169	149. Streitwert Zwischenzeugnis	179
138. Direktionsrecht, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund	170	150. Eingruppierung, Verfahrenswert	179
139. Einstweiliger Rechtsschutz, aufschiebende Wirkung, Integrationsamt, Zustimmung zur Kündigung	171	151. Streitwert, Streitwertkatalog, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzung, „Mengenrabatt“ bei selbstständigen Einzelverfahren	179
140. Feststellungsinteresse, Vergütung, Tarifvertrag	172	152. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzung, Eingruppierung, mehrere Fälle in einem Verfahren	179
141. Zulässige Aussetzung des Verfahrens, Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung, Zweifel am Erreichen des Quorums	173	153. Streitwert eines Verfahrens über die Besetzung der Einigungsstelle	180
		154. Streitwert, Änderungskündigung, anderer Arbeitsort	180
		155. Termingebühr durch Telefonat	181

Allgemeines Vertragsrecht

91. Schadensersatz, arbeitsvertragliche Pflichtverletzung des Arbeitgebers, Mitverschulden des Arbeitnehmers, Wahrung von Ausschlussfristen aus einem Versicherungsvertrag

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers gegenüber dem beklagten Land auf Zahlung von Schadensersatz wegen entgangener Invaliditätsleistungen aus einer zuguns-

ten des Klägers als Arbeitnehmer abgeschlossenen Gruppenunfallversicherung. (...)

Der Kläger erlitt am 6.1.2009 in Ausübung seiner Tätigkeit als Straßenwärter für das beklagte Land auf der A 4 Richtung Köln bei einer Baustelle an der Ausfahrt Eschweiler-Ost einen für ihn unvermeidbaren Verkehrsunfall, (...)

Am 3.3.2009 nahm der Kläger seine Arbeit wieder auf und unterzeichnete an demselben Tag mehrere von einer Sachbearbeiterin des beklagten Landes bereits für ihn ausgefüllte Formularvordrucke, u.a. eine Unfallanzeige zur privaten Unfallversicherung auf einem Vordruck der Provinzial Rheinland

Allgemeines Vertragsrecht

Versicherung AG (...). Der Verbleib der von dem Kläger unterzeichneten und der zuständigen Sachbearbeiterin des beklagten Landes wieder ausgehändigten Unfallanzeige zur privaten Unfallversicherung bei Provinzial Rheinland Versicherung vom 3.3.2009 ist ungeklärt; sie ging jedenfalls nicht bei der Versicherungsgesellschaft ein. (...)

[Das Land] wandte sich daraufhin an die Provinzial Rheinland Versicherung AG und meldete (erstmal) den Verkehrsunfall des Klägers am 6.1.2009 sowie Leistungsansprüche an. Die Provinzial Rheinland Versicherung AG teilte Folgendes mit:

„(...) Durch die verspätete Meldung ist die Frist zur Anmeldung eines Invaliditätsanspruchs seit dem 6.4.2010 abgelaufen. (...)“

Aus den Entscheidungsgründen:

a) Verletzt der Arbeitgeber rechtswidrig und schuldhaft eine ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegende Pflicht, so kann der Arbeitnehmer Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB. (...)

aa) Das beklagte Land (Versicherungsnehmerin) hat zugunsten der bei ihm im Straßenunterhaltungsbau beschäftigten Arbeitnehmer, zu denen auch der Kläger (Versicherter) gehört, bei der Provinzial Rheinland Versicherung AG (Versicherungsgeber) eine Gruppenunfallversicherung abgeschlossen. Bei dieser ausweislich des Versicherungsscheins bereits im Jahr 1969 abgeschlossenen Gruppenunfallversicherung handelt es sich nicht um eine sogenannte Eigenversicherung, sondern um eine Fremdversicherung (Versicherung für eine andere Person) im Sinne der §§ 179, 43 VVG. Nach § 44 Abs. 1 VVG stehen die Rechte aus dem Fremdversicherungsvertrag dem Versicherten zu, die Übermittlung des Versicherungsscheins kann hingegen nur der Versicherungsnehmer verlangen. Der Versicherungsnehmer kann zudem nach § 45 Abs. 1 VVG über die Rechte, die dem Versicherten aus dem Versicherungsvertrag zustehen, im eigenen Namen verfügen. Der Versicherte kann demgegenüber nur dann ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers über seine Rechte verfügen und diese gerichtlich geltend machen, wenn er im Besitz des Versicherungsscheins ist, § 44 Abs. 2 VVG. In Anbetracht dieser gesetzlichen Regelungen stehen dem Kläger als versicherter Person zwar grundsätzlich die Rechte aus dem Gruppenunfallversicherungsvertrag bei der Provinzial Rheinland Versicherung AG zu, das beklagte Land ist aber als Versicherungsnehmer nicht nur der formelle Träger der Versicherungsrechte. Ihm steht die Verfügungsbefugnis über die Rechte des Klägers aus der Gruppenunfallversicherung zu. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Versicherte im Besitz des Versicherungsscheins ist. Den Normen des VVG entsprechend ist in § 12 I AUB 88 geregelt, dass bei einer Fremdversicherung – wie hier – die Ausübung der Rechte aus dem Vertrag nicht dem Versicherten, sondern dem Versicherungsnehmer zusteht. Dieser ist ferner neben dem Versicherten für die Erfüllung der Obliegenheiten verantwortlich.

(1) Zu den Obliegenheiten aus dem Gruppenunfallversicherungsvertrag gehört nach § 30 Abs. 1 VVG sowie § 9 I AUB 88 die **unverzügliche Anzeige eines Unfallereignisses**, das voraussichtlich zu einer Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag führt, gegenüber dem Versicherungsgeber. Zur Anzeige eines Versicherungsfalls sind im Falle einer Fremdversicherung der Versicherungsnehmer als auch der Versicherte verpflichtet. Gemäß § 9 II AUB 88 ist die von dem Versicherer übersandte Unfallanzeige wahrheitsgemäß auszufüllen und umgehend an diesen zurückzusenden. Im Streitfall wurde die Unfallanzeige an die Provinzial Rheinland Versicherung AG zwar mit Datum vom 3.3.2009 von dem beklagten Land ausgefüllt, von dem Kläger unterzeichnet und an demselben Tag dem beklagten Land wieder zur Weiterleitung an die Versicherungsgeberin übergeben, diese ging der Versicherungsgeberin jedoch aus ungeklärten Gründen nicht zu. Das beklagte Land zeigte daher unstreitig erstmals im Mai 2012, mithin mehr als drei Jahre nach dem Arbeitsunfall des Klägers am 6.1.2009, das Unfallereignis gegenüber der Versicherungsgeberin an und machte Ansprüche auf Invaliditätsleistungen aus dem Gruppenunfallversicherungsvertrag zugunsten des Klägers geltend. Zu diesem Zeitpunkt waren die versicherungsvertraglich vereinbarten Anmeldefristen für entsprechende Ansprüche des Klägers aus der Gruppenunfallversicherung gemäß § 7 I AUB 88 bereits abgelaufen und demzufolge ein Leistungsanspruch wegen Invalidität zugunsten des Klägers ausgeschlossen.

(2) Selbst wenn man zugunsten des beklagten Landes unterstellt, dass die ursprüngliche Unfallanzeige gegenüber der Versicherungsgeberin vom 3.3.2009 ordnungsgemäß zur Post gegeben wurde und aus ungeklärten Gründen – mithin aus Gründen, die von dem beklagten Land nicht zu vertreten sind – die Versicherungsgeberin nicht erreicht hat, so hat das beklagte Land vorliegend im Hinblick auf die verspätete Unfallanzeige und die damit einhergehende verfristete Geltendmachung von Invaliditätsansprüchen des Klägers aus der Gruppenunfallversicherung seine ihm obliegende arbeitsvertragliche Nebenpflicht, den Kläger als Arbeitnehmer vor einer Verletzung seiner Vermögensinteressen zu bewahren, im zu entscheidenden Einzelfall verletzt. Da allein dem beklagten Land und gerade nicht dem Kläger als Versichertem die Ausübung der Rechte aus dem Gruppenunfallversicherungsvertrag nach Maßgabe der vertraglichen Bedingungen oblag (§ 12 I AUB 88), war nach Ansicht des erkennenden Gerichts unter Berücksichtigung der Maßstäbe der §§ 242 und 241 Abs. 2 BGB ausschließlich das beklagte Land und nicht der Kläger selbst gehalten, die fristgerechte Geltendmachung von Leistungsansprüchen aus der Gruppenunfallversicherung zugunsten des Klägers zu gewährleisten; hierzu gehört nach Ansicht des Gerichts in Anbetracht von versicherungsvertraglich vereinbarten Ausschlussfristen – deren Nichteinhaltung zum Erlöschen der Leistungsansprüche führt – insbesondere die Überwachung des Vorgangs und Kontrolle des jeweiligen Fristenregimes. Dies ist aber unstreitig nicht erfolgt, (...). Der Klä-

ger selbst hatte mit der Unterschriftsleistung auf der Unfallanzeige vom 3.3.2009 die ihm nach den gesetzlichen und versicherungsvertraglichen Anforderungen obliegende Verpflichtung zunächst erfüllt. Er war unstreitig nicht im Besitz des Versicherungsscheins mit der Folge, dass ihm ohne Zustimmung des beklagten Landes keinerlei Verfügungsbefugnis über seine Rechte aus der Gruppenunfallversicherung bei der Provinzial Rheinland Versicherung AG zustand – mit anderen Worten: er war zur *unmittelbaren* Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Versicherungsgeberin weder berechtigt noch verpflichtet. (...)

bb) **Die verspätete Anzeige und Geltendmachung von Invaliditätsleistungen** aus der Gruppenunfallversicherung durch das beklagte Land gegenüber der Versicherungsgeberin erfolgte auch rechtswidrig und schuldhaft im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB. (...) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen **handelte das beklagte Land fahrlässig**, da der/die Sachbearbeiter/in die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht ließ. Er/sie hat die gebotene Überwachung des Vorgangs und Kontrolle des Fristenregimes zur fristgerechten Geltendmachung von Invaliditätsansprüchen aus der Gruppenunfallversicherung zugunsten des Klägers unterlassen. Die Versäumung versicherungsvertraglicher Ausschlussfristen bei mangelnder Fristenkontrolle ist voraussehbar und vermeidbar. (...)

b) Dem Kläger ist durch das schuldhafte Fehlverhalten des beklagten Landes ein Schaden in Form entgangener Invaliditätsleistungen aus der bei der Provinzial Rheinland Versicherung AG bestehenden Gruppenunfallversicherung entstanden. (...)

d) Der Schadensersatzanspruch des Klägers gegenüber dem beklagten Land ist entgegen der vom beklagten Land vertretenden Ansicht weder durch ein Mitverschulden des Klägers ausgeschlossen noch gemindert nach § 254 Abs. 1 BGB. (...)

aa) Soweit das beklagte Land der Ansicht ist, dem Kläger habe eine **Erkundungspflicht nach dem Stand der Dinge** in Sachen Unfallversicherung obliegen, weil dies von einem durchschnittlichen sorgfältigen Arbeitnehmer in der Situation des Klägers erwartet werden könne und diese Erkundungspflicht habe der Kläger schuldhaft verletzt, konnte das Gericht den auf der Grundlage der von dem beklagte Land hierzu vorgebrachten Tatsachen nicht folgen. Allein der zuletzt unstreitig gewordene Umstand, dass der Kläger von der reinen Existenz einer Gruppenunfallversicherung zugunsten der Arbeitnehmer Kenntnis hatte und bei Unterschriftsleistung auf der Unfallanzeige vom 3.3.2009 ggfs. nochmals darauf hingewiesen wurde, dass diese zur Vorlage bei der Versicherungsgeberin der Gruppenunfallversicherung bestimmt sei, reicht zunächst zur Begründung einer Erkundungspflicht für den Kläger gegenüber dem beklagten Land jedenfalls nicht aus. Das beklagte Land trägt weder Tatsachen vor, dass es den Kläger zu einem wie auch immer gearteten Zeitpunkt über Art und Umfang von zu erwartenden Leistungen aus der Gruppenunfallversicherung, über deren Anspruchsvoraussetzungen noch

über Ausschlussfristen detailliert informiert hat. (...) Abschließend weist das Gericht darauf hin, dass nicht erkennbar ist, warum der Kläger sich – wie das beklagte Land meint – bereits nach wenigen Monaten nach dem Sachstand betreffend die Gruppenunfallversicherung hätte erkundigen müssen. Nach den im Rechtsstreit vorgelegten Unterlagen sind in versicherungsrechtlicher Hinsicht ärztliche Begutachtungen des Versicherten notwendig mit der Folge, dass die Auskehrung von Leistungen aus der Gruppenunfallversicherung mit erheblicher zeitlicher (u.U. erst nach ein bis zwei Jahren) Verzögerung an den Versicherten erfolgt. (...)

bb) Schließlich war der Kläger auch nicht gehalten – wie das beklagte Land meint – unter dem **Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht** das Angebot der Provinzial Rheinland Versicherung AG vom 31.8.2012 zur Zahlung eines einmaligen Abfindungsbetrags in Höhe von 1.000,00 EUR anzunehmen. Das Angebot der Versicherungsgeberin nebst Abfindungserklärung vom 31.8.2012 richtete sich auf der Grundlage der gesetzlichen und vor allen Dingen versicherungsvertraglichen Bestimmungen (AUB 88) einzig und allein an das beklagte Land als Versicherungsnehmerin, nicht aber den Kläger als Versicherten. Dieser konnte daher das Abfindungsangebot – soweit es ihm überhaupt in schriftlicher Form innerhalb der Annahmefrist vorlag – überhaupt nicht rechtswirksam gegenüber der Versicherungsgeberin annehmen, sondern dies konnte nur das beklagte Land. Es wäre mithin nach Ansicht des Gerichts vielmehr Sache des beklagten Landes gewesen, das Angebot der Provinzial Rheinland Versicherung AG anzunehmen, um einen Schadensersatzanspruch des Klägers gegen sich selbst zu minimieren. (...)

■ Arbeitsgericht Aachen
vom 29.7.2014, 5 Ca 4925/12 d
eingereicht von Rechtsanwalt Volker Thiele
Oberstraße 1, 52349 Düren
Tel.: 02421/13040, Fax: 02421/17469
info@fachanwalt-thiele.de, www.fachanwalt-thiele.de

92. Diskriminierung wegen des Geschlechts, Entschädigung, Nachzahlung der Vergütung, Ausschlussfrist, Dauertatbestand

Entscheidungsgründe:

Die zulässigen Berufungen der Klägerin und der Beklagten sind teilweise begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung von Vergütungsdifferenzen für die Zeit vom 1.1.2009 bis 31.12.2012 i.H.v. 11.016,47 EUR brutto nebst Zinsen. Darüber hinaus kann sie von der Beklagten eine Entschädigung i.H.v. 6.000,00 EUR wegen Geschlechtsdiskriminierung beanspruchen. Der Auskunftsantrag ist unzulässig. (...)

2. Das Arbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Klägerin ein Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG zusteht, weil sie von der Beklagten wegen ihres Geschlechts beim Entgelt benachteiligt worden ist. Auf die Berufung der Klägerin

Allgemeines Vertragsrecht

ist der vom Arbeitsgericht festgesetzte Entschädigungsbetrag auf 6.000,00 EUR heraufzusetzen. (...)

Bei Anwendung dieser Grundsätze hält die Berufungskammer unter Würdigung aller Umstände des vorliegenden Falles eine Entschädigung i.H.v. 6.000,00 EUR für angemessen. Die Beklagte hat die Klägerin und eine Vielzahl weiterer Frauen bis 31.12.2012 jahrelang bei gleicher Tätigkeit wegen ihres Geschlechts geringer vergütet als Männer. Art, Schwere und Dauer der vorliegenden Benachteiligung gebieten es, einen fühlbaren Entschädigungsbetrag festzusetzen, denn es handelte sich um eine unmittelbare Benachteiligung, die schwerer wiegt als eine bloß mittelbare (vgl. BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 1044/08 – Rn 43, NZA 2010, 1126). Ferner ist von einem vorsätzlichen und nicht nur fahrlässigen Verhalten der Beklagten bei der Benachteiligung der Frauen aufgrund ihres Geschlechts auszugehen. Entgegen ihrer Ansicht vermag es die Beklagte nicht zu entlasten, dass die unterschiedliche Entlohnung von Frauen und Männern in ihrem Produktionsbetrieb nicht verdeckt erfolgt, sondern jederzeit „offen kommuniziert“ worden sei. Die geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung beim Entgelt, die die Beklagte bis 31.12.2012 fortgesetzt hat, war eklatant rechtswidrig. Dass die Ungleichbehandlung der Frauen nach dem Vorbringen der Beklagten in ihrem Betrieb offen zu Tage getreten sein soll, schmälert den Unrechtsgehalt der Diskriminierung nicht.

Die Höhe des Bruttomonatsentgelts der Klägerin ist für die Höhe der Entschädigung im Streitfall unerheblich. Das Bruttomonatsentgelt kann ein geeigneter Maßstab bei der Festlegung der Entschädigungshöhe im Zusammenhang mit Neueinstellungen (vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 AGG) oder Entlassungen (vgl. § 10 KSchG) sein. Die vorliegende Diskriminierung erfolgte jedoch im bestehenden Arbeitsverhältnis, so dass die Vergütungshöhe nicht zwingend Einfluss auf die Höhe der Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG haben muss (vgl. BAG v. 22.1.2009 – 8 AZR 906/07 – Rn 84, AP AGG § 15 Nr. 1).

Nach der Wertung des Gesetzgebers stellen Benachteiligungen wegen des Geschlechts regelmäßig eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar (BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – Rn 33 m.w.N. NZA 2014, 372; KR/Treber, 10. Aufl. § 15 AGG Rn 27 m.w.N.). Die Sanktion des § 15 Abs. 2 AGG soll im Kern gerade vor solchen Persönlichkeitsrechtsverletzungen schützen. Die im diskriminierenden Verhalten liegende Persönlichkeitsrechtsverletzung soll als solche unabhängig von den materiellen Ansprüchen sanktioniert werden. Im vorliegenden Fall ist es sachgerecht, die Höhe der Entschädigung vom durchschnittlichen Bruttomonatsentgelt der Klägerin abzukoppeln. Die Beklagte hat in ihrem Betrieb alle weiblichen Produktionsbeschäftigten mit einfacher Tätigkeit jahrelang wegen ihres Geschlechts geringer vergütet als die männlichen. Wenn auch die Vergütungsdifferenzen, u.a. wegen der Arbeitszeiten, für jede Frau unterschiedlich hoch ausfallen, ist doch die mit der geschlechtsbezogenen Ungleichbehandlung verbundene Persönlichkeitsverletzung für jede im Produktionsbetrieb der Beklagten betroffene Frau gleich schlimm.

Deshalb hält die Berufungskammer die Festsetzung eines einheitlichen Entschädigungsbetrags von 6.000,00 EUR für angemessen. (...)

c) Die Klägerin hat den Entschädigungsanspruch mit Schreiben vom 9.11.2012 rechtzeitig innerhalb der zweimonatigen Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG geltend gemacht. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. Vorliegend hat die Beklagte der Klägerin aufgrund ihres Geschlechts bis zum 31.12.2012 für gleiche Arbeit eine geringere Vergütung gezahlt als den männlichen Produktionsmitarbeitern. Damit lag ein Dauertatbestand vor, so dass die Ausschlussfrist erst mit dessen Beseitigung ab Jahresanfang 2013 begann. Wenn ein noch nicht abgeschlossener, länger währender Zustand vorliegt, beginnt die Ausschlussfrist nicht vor dessen Beendigung zu laufen (vgl. BAG v. 24.9.2009 – 8 AZR 705/08 – Rn 60 m.w.N., AP AGG § 3 AGG Nr. 2). (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 14.8.2014, 5 Sa 511/13 eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter Rechtsanwälte Dr. Anders & Peter Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef Tel.: 02224/2638, Fax: 02224/78544 mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

93. Diskriminierung, Schwerbehinderung, Abfindung Sozialplan

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Höhe (...) eines Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von Abfindungen (...).

Die Klägerin ist schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 90.

Zum Ablauf des 31.3.2013 stellte die Beklagte ihre gesamten Außendienstaktivitäten ein (...). In diesem Zusammenhang schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen „Sozialplan Vertriebsaußendienst“ (...). In diesem Sozialplan heißt es unter anderem:

„III. Abfindung rentennahe Beschäftigte

Beschäftigte, die spätestens 24 Monate nach Ablauf der Kündigungsfrist ungekürztes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen können, erhalten keine Abfindung nach Ziff. II, sondern eine Abfindung in Höhe von 40 % des Bruttomonatsentgelts für den Monat zwischen dem Ausscheiden und dem möglichen ungekürztem Altersruhegeldbezug...“ (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

bb) Die Klägerin wird durch die Regelungen in Nr. III. SP mittelbar benachteiligt. Schwerbehinderte Arbeitnehmer, die nach § 236a Abs. 1 S. 1 SGB VI eine vorgezogene ungekürzte Altersrente mit 63 Jahren – ggf. zuzüglich der entsprechenden Anhebung nach § 236a Abs. 2 SGB VI – in Anspruch nehmen können, werden durch die Abfindungsregelung in Nr. III. SP weniger günstig behandelt als andere Arbeitnehmer, die zu

diesem Zeitpunkt noch keine Altersrente bzw. nur eine solche mit Abschlägen (§ 77 SGB VI) in Anspruch nehmen können und daher unter Nr. II. SP fallen. Denn unter Nr. III. SP fallen nur Beschäftigte, die spätestens 24 Monate nach Ablauf der Kündigungsfrist ungekürztes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beziehen können. Ausgangspunkt für die Bestimmungen in Nr. III. SP ist das Erreichen der gesetzlichen Regelaltersrente, die bei schwerbehinderten Menschen von 65 Jahren (§ 235 SGB VI) auf 63 Jahre abgesenkt ist (§ 236a Abs. 1 Nr. 1 SGB VI). Hätten die Betriebsparteien jedwede Möglichkeit des Bezugs von Altersrente – also auch eine solche mit Abschlägen – ausreichen lassen wollen, um den Anwendungsbereich der Nr. III. SP zu eröffnen, hätten sie nur „Altersruhegeld“ formulieren können (und müssen), nicht dagegen das Begriffspaar „ungekürztes Altersruhegeld“ verwenden dürfen (so auch LAG Baden-Württemberg v. 19.11.2014 – 13 Sa 58/14). Die Klägerin kann dagegen eine ungekürzte gesetzliche Altersrente aufgrund ihrer Schwerbehinderung beziehen. Die Kürzung der „Normalfallabfindung“ nach II. SP gemäß der Regelungen in III. SP trifft die Klägerin daher allein aufgrund ihrer Schwerbehinderung. Nur aufgrund dieses Merkmals i.S.d. § 1 AGG ist ihr ein Bezug von ungekürztem gesetzlichem Altersruhegeld i.S.d. Nr. III SP möglich.

c) Die Betriebsparteien haben diesen durch die Schwerbehinderung der Klägerin eintretenden Nachteil auch nicht durch andere Leistungen ausgeglichen, so dass von einer Benachteiligung i.S.d. § 7 Abs. 2 AGG nicht mehr gesprochen werden könnte. Die von der Beklagten insofern angeführte betriebliche Altersrente ist bereits kein objektiver Faktor, der nichts mit der Diskriminierung zu tun hat (EuGH v. 6.12.2012 – C-152/11 – Rn 67 m.w.N., a.a.O.). Vielmehr wird sie gerade aufgrund des Umstandes gezahlt, dass die Klägerin als Schwerbehinderte früher als nicht schwerbehinderte Arbeitnehmer Altersruhegeld und damit auch die betriebliche Altersrente beziehen kann. Das Arbeitsgericht hat zudem zutreffend ausgeführt, es sei nicht Sinn und Zweck der vorgezogenen betrieblichen Altersrente einen Nachteil bei der Bemessung der Abfindungshöhe auszugleichen. Der Hinweis der Beklagten, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung seien finanzielle Aufwendungen, auf die kein allgemeiner Anspruch bestehe und die deshalb eine geringere Abfindung rechtfertigen, führt zu keinem anderen Ergebnis. (...)

Die Betriebsparteien können die vorgezogene betriebliche Altersrente für schwerbehinderte Menschen nicht nachträglich „umwidmen“. Diese soll entsprechend der gesetzlichen Altersrente für schwerbehinderte Menschen den Schwierigkeiten und besonderen Risiken Rechnung tragen, mit denen schwerbehinderte Arbeitnehmer generell konfrontiert sind. Dazu gehören das – erhöhte Risiko – schwerbehinderter Menschen, sich wieder in den Arbeitsmarkt einzugliedern, und der Umstand, dass dieses Risiko steigt, je mehr sie sich dem Rentenalter nähern. Hinzukommen finanzielle Auswirkungen im Zusammenhang mit der Behinderung und auch deren Erhöhung mit zunehmendem Alter (EuGH v. 6.12.2012 – C-152/11 –

Rn 67, 69, a.a.O.). Werden die Rentenleistungen, die diesen Schwierigkeiten Rechnung tragen, auf anderweitige Zahlungen „angerechnet“, die wie die Abfindung nach dem SP der Überbrückung nach dem Verlust des Arbeitsplatzes dienen, wird ihnen der besondere Charakter der Hilfestellung für schwerbehinderte Menschen genommen. Denn der Vorteil des vorgezogenen Rentenbezugs kehrt sich in den Nachteil einer wesentlich geringeren Abfindung um, ohne dass den schwerbehinderten Menschen im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern mit einem Anspruch auf eine Altersrente ein anderer Vorteil als bloß derjenige des früheren Rentenbezugs zuteilwürde. (...)

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg,
Kammern Mannheim
vom 16.12.2014, 16 Sa 9/14
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Gnann
Gnann, Thauer & Kollegen
Bertoldstraße 48, 79098 Freiburg
Tel.: 0761/704090, Fax: 0761/70460916
info@arbeitsrecht24.com, www.arbeitsrecht24.com

94. Mobbing, Schadensersatz

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Frage, ob der Kläger im Betrieb der Beklagten Mobbing-Handlungen ausgesetzt ist. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Dem Kläger steht weder ein Anspruch auf Schmerzensgeld noch ein Anspruch auf Entschädigung wegen einer Persönlichkeitsverletzung zu. (...)

Der Arbeitgeber hat gegenüber seinem Arbeitnehmer bestimmte Fürsorge- und Schutzpflichten wahrzunehmen. Jeder Vertragspartei erwachsen aus einem Schuldverhältnis nicht nur Leistungs-, sondern auch Verhaltenspflichten zur Rücksichtnahme und zum Schutz der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils (§ 241 Abs. 2 BGB). Dies verbietet auch die Herabwürdigung oder Missachtung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Dieser hat daher Anspruch darauf, dass auf sein Wohl und seine berechtigten Interessen Rücksicht genommen wird, dass er vor Gesundheitsgefahren, auch psychischer Art, geschützt wird, und dass er keinem Verhalten ausgesetzt wird, das bezweckt oder bewirkt, dass seine Würde verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Der Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch zum Schutz der Gesundheit und der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verpflichtet (BAG, Urt. v. 24.4.2008 – 8 AZR 347/07, NZA 2009, 38, 40 f.).

Macht ein Arbeitnehmer konkrete Ansprüche aufgrund „Mobbing“ geltend, muss jeweils geprüft werden, ob der in Anspruch Genommene in den vom Kläger genannten Einzelfällen arbeitsrechtliche Pflichten, ein absolutes Recht des Arbeitnehmers im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB oder ein Schutzgesetz

Allgemeines Vertragsrecht

im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt oder eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB begangen hat. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es Fälle gibt, in welchen die einzelnen vom Arbeitnehmer dargelegten Handlungen oder Verhaltensweisen seiner Arbeitskollegen, Vorgesetzten oder seines Arbeitgebers für sich allein betrachtet noch keine Rechtsverletzungen darstellen, jedoch die Gesamtschau der einzelnen Handlungen oder Verhaltensweisen zu einer Vertrags- oder Rechtsgutsverletzung führt, weil deren Zusammenfassung aufgrund der ihnen zugrunde liegenden Systematik und Zielrichtung zu einer Beeinträchtigung eines geschützten Rechtes des Arbeitnehmers führt. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde des Arbeitnehmers verletzt und ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Dies entspricht der in § 3 Abs. 3 AGG erfolgten Definition des Begriffes „Belästigung“, die eine Benachteiligung im Sinne des § 1 AGG darstellt. Da ein Umfeld grundsätzlich nicht durch ein einmaliges, sondern durch ein fortdauerndes Verhalten geschaffen wird, sind alle Handlungen beziehungsweise Verhaltensweisen, die dem systematischen Prozess der Schaffung eines bestimmten Umfeldes zuzuordnen sind, in die Betrachtung mit einzubeziehen. Demzufolge dürfen einzelne zurückliegende Handlungen/Verhaltensweisen bei der Beurteilung nicht unberücksichtigt gelassen werden (BAG, Urt. v. 24.4.2008 – 8 AZR 347/07, NZA 2009, 38,40). (...)

Es kann auch offen bleiben, ob der Kläger am 14.6.2013 des Betriebsgeländes verwiesen wurde und ob der Geschäftsführer M. J. dem Kläger am 11.7.2013 sagte, dass er in dem Unternehmen nicht willkommen sei, dass er keine Chance mehr erhalten werde und so kaputt im Kopf sei, dass man von ihm nichts mehr zu erwarten habe. Die Beklagte hat diese Behauptungen bestritten und der für das Vorliegen von entwürdigenden und erniedrigenden Handlungen beweispflichtige Kläger (BAG, Urt. v. 14.11.2013 – 8 AZR 813/12, BeckRS 2014, 66815) hat für seine Behauptungen keine Beweismittel angeboten.

Auch der Umstand, dass der Kläger – wie er auf den Seiten 4 ff. seines Schriftsatzes vom 29.4.2014 dargelegt hat – mehrmals anwaltliche beziehungsweise gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen musste, um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durchzusetzen, bedeutet nicht, dass die Beklagte bewusst die Erfüllung dieser Ansprüche verweigert hätte, um den Kläger zu demütigen.

■ Arbeitsgericht Köln
vom 11.2.2015, 20 Ca 9847/13

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Höser
HD&P. Rechtsanwälte
Kölner Straße 2, 50226 Frechen
Tel.: 02234/18200, Fax: 02234/182010
office@hdup.de, www.hdup.de

95. Altersdiskriminierung, Urlaub

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Höhe des jährlichen Urlaubsanspruchs. (...)

Die Beklagte gewährt allen Arbeitnehmers, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, 36 Arbeitstage Jahresurlaub.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Urlaubsregelung sei altersdiskriminierend. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

II. Die Klage ist unbegründet. Der Klägerin stehen vor Vollendung ihres 58. Lebensjahres nicht (...) zwei weitere Urlaubstage zu. Die Urlaubsregelung ist nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam und führt somit bezüglich der Dauer des Urlaubs der Klägerin nicht zu einer „Anpassung nach oben“. (...)

cc) Dem Arbeitgeber steht bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen – wozu auch die Gewährung von übergesetzlichem Mehrurlaub gehört – ein von den Gerichten zu respektierender Gestaltungs- und Ermessensspielraum zu (vgl. zu Leistungen der betrieblichen Altersversorgung: BAG v. 12.11.2013 – 3 AZR 356/12 – Rn 28; 12.2.2013 – 3 AZR 100/11 – Rn 31 m.w.N., BAGE 144, 231). Auch in der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass die Mitgliedstaaten und gegebenenfalls die Sozialpartner auf nationaler Ebene beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts nicht nur bei der Entscheidung, welches konkrete Ziel von mehreren im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik sie verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügen (EuGH v. 16.10.2007 – C-411/05 [Palacios de la Villa] Rn 68, Slg. 2007, I-8531). Diese Erwägungen gelten nach dem EuGH auch für Ziele, die der Arbeitgeber mit einer vertraglichen Regelung verfolgt (vgl. EuGH 26.9.2013 – C-476/11 [HK Danmark] Rn 61).

dd) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Benachteiligung der Arbeitnehmer der Beklagten, die das 58. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gerechtfertigt.

(1) Die Beklagte gewährt den Arbeitnehmern in ihrem Produktionsbetrieb nach der Vollendung des 58. Lebensjahres aufgrund ihres gesteigerten Erholungsbedürfnisses zwei weitere Urlaubstage im Kalenderjahr und bezweckt damit die Sicherstellung des Schutzes älterer Beschäftigter i.S.v. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG. Da dieser Schutz die Festlegung besonderer Arbeitsbedingungen einschließt (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 20, BAGE 141, 73), unterfallen ihm auch zusätzliche Urlaubstage.

(a) Das AGG definiert in § 10 S. 3 Nr. 1 – ebenso wie Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG – nicht, wann ein Beschäftigter „älter“ im Sinne der Norm ist (vgl. zum herkömmlichen Verständnis: BAG v. 18.9.2014 – 6 AZR 636/13 – Rn 44). Nach dem Sinn und Zweck des Benachteiligungsverbots reicht es ohne das Vorliegen anderer Differenzierungsgründe nicht aus, dass das Alter der begünstigten Arbeitnehmer höher ist als das Alter der nicht begünstigten. Dementsprechend hat der Senat angenommen, ein Arbeit-

nehmer sei nach der Vollendung seines 31. Lebensjahres offensichtlich noch kein älterer Beschäftigter i.S.v. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG (BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 – Rn 55, BAGE 132, 210). Aus dem systematischen Zusammenhang mit § 10 S. 1 AGG und aus dem Regelungszweck folgt, dass die begünstigten Arbeitnehmer aufgrund ihres Alters der Förderung bei der beruflichen Eingliederung oder des Schutzes bedürfen müssen.

(aa) Der Senat ist in seiner Entscheidung vom 20.3.2012 nicht davon ausgegangen, dass mit zunehmendem Alter das Erholungsbedürfnis von Arbeitnehmern steige. Er hat allerdings ab einem bestimmten Alter – konkret: bei über 50- oder über 60-jährigen Beschäftigten – ein altersbedingt gesteigertes Erholungsbedürfnis für „eher nachvollziehbar“ gehalten (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 24 f., BAGE 141, 73).

(bb) Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit der überwiegenden Auffassung im Schrifttum als Erfahrungssatz angenommen, dass mit zunehmendem Alter das Erholungsbedürfnis von Arbeitnehmern steigt (so auch *Tempelmann/Stenslik*, DStR 2011, 1183, 1185 f.; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 666; *Kamanabrou*, NZA Beilage 3/2006, 138, 143 f.; *Waltermann*, NZA 2005, 1265, 1269; *Over*, Das Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz S. 231; *Küttner/Kania*, Personalbuch 2014 Diskriminierung Rn 90; vgl. auch Hessisches LAG 17.1.2014 – 14 Sa 646/13 – zu II 2 b cc (3) (a) der Gründe m.w.N.). Diese Ansicht ist allerdings nicht unumstritten. So wird auf die Individualität der Alterungsprozesse und den fehlenden Nachweis von Altersklassen mit spezifischem Erholungsbedarf hingewiesen (*Löwisch/Rieble*, TVG 3. Aufl. § 1 Rn 822). Die Aufstellung eines generellen Erfahrungssatzes soll dem traditionellen Bild vom „alten Arbeitnehmer“ entsprechen (*Däubler/Bertzbach/Brors*, 3. Aufl. § 10 Rn 43). Auch wird hervorgehoben, dass der Gesetzgeber in § 3 BUrlG bezüglich der Dauer des Urlaubs nicht nach dem Lebensalter der Arbeitnehmer unterscheide und demnach nicht von einem unterschiedlichen Erholungsbedürfnis ausgehe (*Bertelsmann*, in: *Rust/Falke*, AGG, § 10 Rn 93). Auch auf europäischer Ebene sehe Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG vier Wochen Urlaub einheitlich für alle Berufsgruppen altersunabhängig vor (v. *Roeteken*, AGG, Stand September 2014 § 10 Rn 262). Verlangt wird zumindest die Darlegung eines empirischen Befunds zum steigenden Erholungsbedarf unter Beachtung der Tätigkeit bevorzugter Arbeitnehmer (*Däubler/Bertzbach/Brors*, a.a.O.; aA *Kasprzyk*, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht S. 185).

(b) **Erfahrungssätze** sind Hilfsmittel. Die Feststellung von allgemein anerkannten Erfahrungssätzen ist als Tatfrage den Tatsachengerichten vorbehalten. Dabei ist es diesen nicht verwehrt, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Erfahrungssatzes zu beurteilen, wenn sie dazu über ausreichende Sachkunde und Lebenserfahrung verfügen. Andernfalls haben sie sich der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen. Die Zuziehung eines Sachverständigen zur Unterstützung des Gerichts

ist gemäß § 144 Abs. 1 ZPO durch die Tatsachengerichte stets nach pflichtgemäßen Ermessen zu prüfen (BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 – Rn 65 m.w.N., BAGE 132, 210; vgl. allg. zu Erfahrungssätzen: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 73. Aufl., Einf. § 284 Rn 22).

(c) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das Landesarbeitsgericht von der Zuziehung eines Sachverständigen abgesehen hat. Dieses durfte aufgrund der von ihm festgestellten körperlich anstrengenden Tätigkeiten im Produktionsbetrieb der Beklagten auch ohne Sachverständigengutachten annehmen, dass das Erholungsbedürfnis der dort beschäftigten Arbeitnehmer mit zunehmendem Alter steigt. Ob es einen tätigkeitsunabhängigen generellen Zusammenhang zwischen dem Erholungsbedarf und dem Alter gibt (so etwa *Kamanabrou* a.a.O.), kann dahinstehen.

(aa) Die Annahme eines Erfahrungssatzes dahingehend, dass bei körperlich belastenden Berufen das Erholungsbedürfnis im höheren Alter steigt, begegnet keinen Bedenken. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt (etwa BAG v. 13.10.2009 – 9 AZR 722/08 – Rn 67 m.w.N., BAGE 132, 210; Bayerischer VGH v. 24.10.2011 – 3 ZB 08.721 – zu II 1 b der Gründe). Dieser Erfahrungssatz betrifft auch den Wirkungszusammenhang von erreichtem Lebensalter und Krankheitsanfälligkeit (Hessisches LAG v. 17.1.2014 – 14 Sa 646/13 – zu II 2 b cc (3) (a) der Gründe m.w.N.). Alle bekannten privaten und öffentlichen Systeme der Kranken-, Renten- und Lebensversicherung beruhen auf dieser Erwartung (BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07 – Rn 54, BAGE 128, 238). Entgegen der Ansicht der Klägerin kommen auch nicht lediglich Studien älteren Datums – wie etwa die ILO-Empfehlung Nr. 162 vom 23.6.1980 oder der WHO Technical Report Series 835 „Aging and Working Capacity“ (dt. Übersetzung: „Altern und Arbeit“ 1994) – zu diesem Ergebnis. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen werden bestätigt z.B. durch den „Fortschrittsreport Altersgerechte Arbeitswelt“, Ausgabe 3 des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (Stand September 2013). Nach diesem hat sich zwar die körperliche Konstitution besonders für die Altersgruppe der 45- bis 64-Jährigen verbessert (Ziff. 3.1). Dennoch zeigt die Studie weiterhin ein Ansteigen der Anzahl der krankheitsbedingten Fehltag sowie eine Verschlechterung des Gesundheitszustands mit fortschreitendem Lebensalter (Ziff. 4.2, Tabelle 2). Insbesondere bei belastenden Berufen nimmt die Anzahl krankheitsbedingter Fehltag im Alter überproportional zu und der Gesundheitszustand verschlechtert sich überproportional (vgl. Ziff. 4.2). Auch bei einfachen Dienstleistungen und einfachen manuellen Berufen verschlechtert sich der „selbstberichtete Gesundheitszustand in der Altersgruppe 55 bis 64 Jahre im Vergleich zum Durchschnitt“ immer noch deutlich (Ziff. 3.4). Zumindest hinsichtlich dieser Berufe erscheint die Annahme eines größeren Erholungsbedarfs im erhöhten Alter als nicht fehlerhaft (ebenso *Reinhard*, ArbRB 2012, 342, 343). Auch Gegner eines allgemeinen Erfahrungssatzes gestehen zu, dass bei gesundheitlich

Allgemeines Vertragsrecht

besonders belastenden Tätigkeiten ein gesteigerter Erholungsbedarf mit zunehmendem Alter angenommen werden kann (v. Roetteken, a.a.O.; Däubler/Bertzach/Brors, a.a.O.; Löwisch/Rieble, § 1 Rn 823).

Soweit das Landesarbeitsgericht auf die teilweise geforderte Darlegung spezifischer empirischer Untersuchungen bezogen auf die Tätigkeiten im Produktionsbetrieb der Beklagten verzichtet hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Durchführung derartiger Untersuchungen wäre praktisch aufwändig und schwierig (weitergehend Kasprzyk a.a.O.: „unmöglich“). **Eine übersteigerte Darlegungslast würde die Einführung freiwilliger Leistungen unzumutbar erschweren.** Die Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht, dass die Beschäftigten der Beklagten bei der Schuhfertigung körperlich ermüdende und teils schwere Arbeiten leisten, verstärkt durch einen besonderen, prämienbezogenen Zeit- und Qualitätsdruck im Sinne eines Teamakkords, genügt danach als Tatsachenbasis für die Bejahung des dargestellten Erfahrungssatzes.

(bb) Der Hinweis auf die fehlende Altersstaffelung in § 3 BUrlG und Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG hilft der Klägerin für die Frage der Legitimität des Zwecks nicht weiter. Die Vorschriften regeln nur die Dauer des Mindesturlaubs und damit das unterste Maß dessen, was nach deutschem und europäischem Urlaubsrecht unabhängig von individuellen Besonderheiten zur Erholung erforderlich ist. Spezifische Charakteristika – wie das Alter oder der physische oder psychische Gesundheitszustand – bleiben bei der Setzung eines einheitlichen Minimalstandards naturgemäß außer Betracht. Auf nationaler Ebene kommt hinzu, dass der Gesetzgeber durchaus gesehen hat, dass es altersabhängig einen unterschiedlichen Erholungsbedarf geben kann, wie etwa § 57 Abs. 2 SeeArbG und § 19 Abs. 2 JArbSchG zeigen (siehe dazu v. Roetteken, § 10 Rn 263).

(d) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte die Sicherstellung des Schutzes ihrer Arbeitnehmer nach Vollendung des 58. Lebensjahres als Zweck der zwei weiteren Urlaubstage vorgeschoben hat.

(aa) Allerdings ist dieser Zweck nicht unmittelbar der – nicht schriftlich fixierten – Regelung zu entnehmen. Nennt eine Regelung oder Maßnahme kein Ziel, müssen zumindest aus dem Kontext abgeleitete Anhaltspunkte die Feststellung des hinter der Regelung oder der Maßnahme stehenden Ziels ermöglichen, um die Legitimität des Ziels sowie die Angemessenheit und die Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel gerichtlich überprüfen zu können (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 19 m.w.N., BAGE 141, 73; vgl. zur Richtlinie 2000/78/EG: EuGH v. 21.7.2011 – C-159/10, C-160/10 – [Fuchs und Köhler] Rn 39 m.w.N., Slg. 2011, I-6919).

(bb) Wenn eine Tarifregelung die Urlaubsdauer nach dem Lebensalter staffelt, liegt die Annahme nahe, die Tarifvertragsparteien hätten einem mit zunehmendem Alter gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigter Rechnung tragen wollen (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 23, BAGE 141,

73). Diese Annahme darf freilich nicht durch die konkrete Wahl der Altersgrenze(n) widerlegt werden, wie dies bei § 26 TVöD a.F., der zusätzliche Urlaubstage bereits ab dem 30. Lebensjahr vorsah, der Fall war (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 24 ff., a.a.O.).

(cc) Es ist kein Grund ersichtlich, bei einer individualrechtlichen Regelung nicht ebenfalls grundsätzlich davon auszugehen, dass mit einer Altersgrenze für die Gewährung zusätzlichen Urlaubs einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Arbeitnehmer Rechnung getragen werden soll. Diese Annahme erscheint umso mehr gerechtfertigt, wenn sie wie hier mit der Anerkennung eines Erfahrungssatzes bezüglich des gesteigerten Erholungsbedarfs bei körperlich belastenden Berufen korreliert. Hinzu kommt, dass die ständige Übung der Beklagten inhaltlich einer einschlägigen tarifvertraglichen Regelung entspricht. So sah der persönlich, fachlich und räumlich einschlägige Manteltarifvertrag vom 23.4.1997, abgeschlossen zwischen dem Hauptverband der Deutschen Schuhindustrie e.V. und der Gewerkschaft Leder sowie der IG BCE, für gewerbliche Arbeitnehmer in § 17 Ziff. 4 Buchst. a ab dem 58. Lebensjahr ebenfalls zwei zusätzliche Urlaubstage vor. Diese Regelung war im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht durch eine neue Bestimmung abgeändert.

(dd) Schließlich widerlegt die Altersgrenze von 58 Lebensjahren nicht den Zweck, mit zwei weiteren Urlaubstagen im Kalenderjahr dem gesteigerten Erholungsbedürfnis Rechnung zu tragen. Dabei kann dahinstehen, ab welchem Alter die Annahme, der zusätzliche Urlaub diene dem höheren Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigter i.S.v. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG, nicht mehr ohne Weiteres aufrechterhalten bzw. als widerlegt erachtet werden kann. Der Senat hat in der Entscheidung vom 20.3.2012 gemäß dem Rechtsgedanken aus § 417 Abs. 1 SGB III eine Altersgrenze von 50 Lebensjahren für die Einordnung als älterer Beschäftigter i.S.v. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG in Betracht gezogen (BAG v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10 – Rn 20, BAGE 141, 73; vgl. zu einer solchen Altersgrenze für die Gewährung zusätzlicher Urlaubstage: Hessisches LAG v. 17.1.2014 – 14 Sa 646/13). Das Landesarbeitsgericht hat ergänzend darauf verwiesen, dass Leitlinie 17 der Entscheidung des Rates vom 12.7.2005 über Leitlinien für beschäftigungspolitische Maßnahmen der Mitgliedstaaten (2005/600/EG) Arbeitskräfte ab Vollendung des 55. Lebensjahres als ältere Arbeitnehmer erachtet und die WHO-Studiengruppe „Altern und Arbeit“ aus arbeitsmedizinischer Sicht wegen auftretender Schwierigkeiten in Arbeit und Beruf eine Grenze ab dem 45. Lebensjahr angenommen hat (zu A II 15 b bb (3) (b) der Gründe). Das Berufungsgericht hat damit nachvollziehbar begründet, warum es davon ausgeht, dass die Urlaubsregelung einem legitimen Zweck i.S.v. § 10 S. 3 Nr. 1 AGG diene und es diesen Zweck nicht lediglich als von der Beklagten vorgeschoben erachtet.

(2) Die Regelung ist geeignet, den in § 10 S. 3 Nr. 1 AGG beschriebenen Zweck zu fördern. Insbesondere kann die Kläge-

rin nicht mit dem Argument gehört werden, dass die Gewährung von lediglich zwei Urlaubstagen ungeeignet sei, einen altersbedingt erhöhten Erholungsbedarf auszugleichen. Die Geeignetheit ist nicht deshalb zu verneinen, weil ein gesteigerter Erholungsbedarf unter Umständen nicht vollständig, sondern nur partiell ausgeglichen wird. Gerade angesichts des vom Arbeitgeber bei einer freiwilligen Leistung selbst gesetzten Dotierungsrahmens wäre die Beschränkung auf einen Teilausgleich nachvollziehbar und zulässig. Zudem haben auch die Tarifvertragsparteien angesichts der Tätigkeit eines Produktionsmitarbeiters in der Schuhbranche zwei Tage Urlaub für geeignet und ausreichend erachtet. Dass die Beklagte sich die von den Sozialpartnern ausgehandelte Regelung zu eigen macht und im Rahmen ihres Ermessensspielraums eine entsprechende Regelung trifft, ist unter dem Aspekt der Geeignetheit der Regelung nicht zu beanstanden.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 21.10.2014, 9 AZR 956/12

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter

Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef

Tel.: 02224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544

mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

96. Mittelbare Diskriminierung durch einen Tarifvertrag – Mindestgrößen für Pilotinnen und Piloten

Leitsatz:

1. Ein Tarifvertrag, der für den Zugang zur Pilotenausbildung eine Mindestgröße von 165 cm verlangt, benachteiligt Frauen mittelbar wegen ihres Geschlechts. Die Regelung ist nicht gerechtfertigt. Sie ist nicht erforderlich, um die Sicherheit des Flugverkehrs zu gewährleisten.

2. Für die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG ist der potentielle Arbeitgeber nach § 6 Abs. 2 S. 1 AGG, der die Stelle ausgeschrieben und Bewerbungen dafür erbeten hat, der richtige Anspruchsgegner. Danach ist eine Fluggesellschaft, die das Auswahlverfahren für die Pilotenausbildung durchführt, für Ansprüche aus dem AGG nicht passiv legitimiert, wenn der Schulungsvertrag bei einer erfolgreichen Bewerbung mit ihrer Tochtergesellschaft abgeschlossen wird.

3. Außerhalb des Anwendungsbereichs des AGG kommen bei einer mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung deliktische Ansprüche wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht.

4. Ein Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts setzt nicht voraus, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt. Allerdings sind nur solche materielle Schäden zu ersetzen, die in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallen. Dies setzt einen Eingriff in die vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts voraus.

5. Die schuldhaftige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet einen Anspruch auf eine Geldentschädigung, wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff handelt und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend aufgefangen werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 25.6.2014, 5 Sa 75/14

97. Abgeltungsklausel, Auslegung, Kosten des Verfahrens, Kostenerstattungsanspruch, Vollstreckungsgegenklage

Aus den Gründen:

Die Parteien stritten in der Hauptsache über die Wirksamkeit von ordentlichen/hilfsweise außerordentlichen Kündigungen mit sozialer Auslauffrist.

Das Verfahren erster Instanz endete durch klagestattgebendes Urteil (...), gegen das die Beklagte (...) Berufung eingelegt hatte (...) und das durch letztendlich unanfechtbaren und rechtskräftigen Beschluss des Sächsischen Landesarbeitsgerichts (...), mit dem die Berufung der Beklagten auf ihre Kosten als unzulässig verworfen wurde, sein Ende fand. (...) Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom (...) hat die Rechtspflegerin des Arbeitsgerichts Leipzig die von der Beklagten an den Kläger aufgrund des Kostenfestsetzungsgesuchs des Antragstellers/Klägers (...) zu erstattenden Kosten auf 949,14 EUR festgesetzt. (...)

2. Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die von der Beklagten/Antragsgegnerin/Beteiligten zu 1. an den Kläger/Beteiligten zu 3. zu erstattenden Kosten zu Recht auf 949,14 EUR festgesetzt.

Die von der Beklagten/Antragsgegnerin/Beteiligten zu 1. mit ihrer Beschwerde vorgebrachten Einwendungen sind nicht geeignet, den Kostenfestsetzungsbeschluss des Arbeitsgerichts Leipzig vom 7.7.2014 zu Fall zu bringen.

Der Durchsetzung des festgesetzten Kostenerstattungsanspruches steht die hier getroffene „vollumfängliche Abgeltungsklausel“ nicht entgegen.

Die Klausel unter Ziff. 4. im Vergleich vom 17.6.2014 hat folgenden Wortlaut:

„Mit Erfüllung dieses Vergleiches sind alle wechselseitigen finanziellen Ansprüche der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis und aus Anlass seiner Beendigung, gleich ob bekannt oder unbekannt, abgegolten und erledigt. Erledigt ist auch der vorliegende Rechtsstreit.“

a) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Einwendung der Beklagten, dem Kostenerstattungsanspruch des Klägers stehe die „vollumfängliche Abgeltungsklausel“ im Vergleich vom 17.6.2014 im Verfahren 5 Ca 1821/14 entgegen, um eine materiell-rechtliche Einwendung handelt, die außerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens geltend zu machen ist. Denn dieses Verfahren, das mit dem Erlass eines Kostenfestsetzungsbeschlusses endet, ist eine Umsetzung der zwischen den Parteien ergangenen Kostengrundentschei-

Allgemeines Vertragsrecht

dung im Verfahren 9 Sa 203/13; es hat allein die Frage zum Gegenstand, welcher Betrag nach der Kostengrundscheidungsentscheidung zu erstatten ist. Deshalb ist das Kostenfestsetzungsverfahren auf eine formale Prüfung der Kostentatbestände und auf die Klärung einfacher Fragen des Kostenrechts zugeschnitten und aus diesem Grund auf den Rechtspfleger übertragen. Die Klärung von zwischen den Parteien streitigen Tatsachen und von komplizierteren Rechtsfragen ist in diesem Verfahren nicht vorgesehen und mangels der dafür notwendigen verfahrensrechtlichen Instrumente auch nicht sinnvoll möglich (BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 79/06 – NJW-RR 2010, 718 Rn 9; BGH Beschl. v. 23.3.2006 – V ZB 189/05 – FamRZ 2006, 854 f. und v. 22.11.2006 – IV ZB 18/06 – NJW-RR 2007, 422 Rn 8). **Materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch sind daher grundsätzlich nicht zu berücksichtigen; vielmehr sind diese vorrangig mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen** (BGH, Beschl. v. 22.11.2006 – IV ZB 18/06 – NJW-RR 2007, 422 Rn 8).

aa) Im vorliegenden Fall ist es jedoch aus **verfahrensökonomischen Gründen** angezeigt, den Kostenerstattungsschuldner nicht auf die – einen ungleich höheren Aufwand erfordernde – Vollstreckungsgegenklage zu verweisen, wenn es um materiell-rechtliche Einwendungen geht, die keine Tatsachenaufklärung erfordern und sich mit den im Kostenfestsetzungsverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln ohne Weiteres klären lassen. Das kann etwa der Fall sein, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen feststehen, weil sie unstrittig sind oder vom Rechtspfleger im Festsetzungsverfahren ohne Schwierigkeiten aus den Akten ermittelt werden können. Solche Einwendungen können deshalb ausnahmsweise auch im Kostenfestsetzungsverfahren erhoben und beschieden werden (BGH, Beschl. v. 9.12.2009, a.a.O.; BGH, Beschl. v. 23.3.2006, a.a.O. und v. 22.11.2006, a.a.O.; BAG v. 14.5.2014 – XII ZB 548/11 – zitiert in juris).

bb) Ein solcher **Ausnahmefall** ist hier gegeben. Die Frage, ob sich die Beklagte im Rahmen des Streitgegenständlichen Kostenfestsetzungsverfahrens auf die Ausgleichsklausel im Vergleich vom 17.6.2014 berufen kann, erfordert im Hinblick auf die Ausgleichsklausel weder eine weitere Tatsachenaufklärung noch lässt sich die Frage des Umfangs der Ausgleichsklausel mit den im Kostenfestsetzungsverfahren zur Verfügung stehenden Mitteln nicht klären.

b) Der Durchsetzung des festgesetzten Kostenerstattungsanspruchs steht die hier getroffene „volumfängliche Abgeltungsklausel“ nicht entgegen.

Der Kostenerstattungsanspruch des Klägers ist vorliegend nicht untergegangen.

Entgegen der Ansicht der Beklagtenseite kann Ziffer 4. des Vergleichs vom 17.6.2014 auch nicht im Wege der Auslegung als Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien darüber verstanden werden, dass der Kläger hiermit auf den oben genannten Kostenerstattungsanspruch nachträglich verzichten

wollte. Der hierfür erforderliche Verzichtswille des Klägers, dass auch der hier verfahrensgegenständliche Kostenerstattungsanspruch von der arbeitsgerichtlichen Abgeltungsklausel erfasst sein sollte, ist nicht feststellbar.

aa) Welche Rechtsqualität und welchen Umfang die in der konkreten arbeitsgerichtlichen Vergleichsklausel abgegebenen Erklärungen haben, ist nach den Regeln der §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. (...)

(1) Nach ihrem Wortlaut erfasst die Ausgleichsklausel alle beiderseitigen Ansprüche „aus dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung“. Zu Ersteren gehören alle Ansprüche, welche die Arbeitsvertragsparteien aufgrund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehung gegeneinander haben (BAG v. 17.11.2009 – 9 AZR 745/08). Maßgeblich ist dabei der Entstehungsbereich des Anspruchs, nicht aber die materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage. Entscheidend dafür, ob ein Anspruch dem Geltungsbereich einer solchen Ausgleichsklausel unterfällt, ist die **enge Verknüpfung eines Lebensvorgangs mit dem Arbeitsverhältnis**. Hat also ein Anspruch seinen Grund in der arbeitsvertraglichen Beziehung der Parteien, ist er ein „Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“. Dazu können auch der Rückzahlungsanspruch aus einem Arbeitgeberdarlehen und die Ansprüche auf Einhaltung des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots und auf Zahlung der Karenzentschädigung gehören (Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl., § 72 Rn 20). In der Regel sind mit Ansprüchen „aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ diejenigen gemeint, die auf einen möglichen Streit über den Beendigungstatbestand selbst abzielen, wie Kündigung oder Aufhebung des Vertrags, deren Anfechtung oder Ansprüche die erst durch die Beendigung entstehen, wie z.B. eine Urlaubsabgeltung (BAG v. 22.10.2008 DB 2009, 182-184 = NJW 2009, 618-620 = NZA 2009, 139-142).

Bei den hier geltend gemachten Kostenerstattungsansprüchen handelt es sich nicht um Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, sondern um solche aus dem **Prozessrechtsverhältnis der Parteien**. Derartige prozessuale Kostenerstattungsansprüche bestehen nicht aus dem Arbeitsverhältnis, sondern aus dem prozessualen Verhältnis zwischen den Prozessparteien.

(2) In Ziff. 4. des Vergleichs vom 17.6.2014 ist auch weder ein **Erlassvertrag** (§ 397 Abs. 1 BGB) noch ein konstitutives bzw. deklaratorisches Schuldanerkenntnis hinsichtlich des Streitgegenständlichen Anspruchs zu sehen. Nach der Rechtsprechung des BAG v. 7.11.2007 – BAGE 14, 349 bis 355) sind zwar einerseits Ausgleichs- und Abgeltungsklauseln in Aufhebungsvereinbarungen grundsätzlich weit auszulegen. Dies betrifft bspw. die Frage, ob hiermit auch ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot aufgehoben wurde (BAG v. 19.11.2008 NJW 2009, 1019-1022 = DB 2009, 686-687 = NZA 2009, 318-322). Andererseits sind jedoch gerade an die Feststellung eines Verzichtswillens hinsichtlich einer bereits bestehenden Forderung hohe Anforderungen zu stellen (BGH v. 15.1.2002 NJW 2002, 1044-1046 m.w.N.; BAG v. 7.11.2007 BAGE 124, 349-

355). Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier – fraglich ist, ob eine Prozesspartei im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Vergleichs zugleich auch auf einen aus einem anderen (arbeitsgerichtlichen) Verfahren resultierenden Kostenerstattungsanspruch wirksam verzichtet hat. Dass die Vergleichsklausel einen entsprechenden Verzichtswillen des Klägers hinsichtlich des streitgegenständlichen Kostenerstattungsanspruches enthält, ist auch im Wege der Auslegung nicht festzustellen. Dies ergibt sich aufgrund folgender Überlegung: Es kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob der streitgegenständliche Kostenerstattungsanspruch im weitesten Sinne überhaupt als Anspruch „aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ angesehen werden kann.

Selbst wenn man dies zugunsten der Beklagten unterstellt, fehlt es hier gleichwohl an der erforderlichen Eindeutigkeit, dass auch dieser Anspruch von der Vergleichsklausel erfasst sein sollte. Es wäre vielmehr erforderlich gewesen aufzunehmen, dass sich die arbeitsgerichtliche Vergleichsklausel auch auf den prozessrechtlichen Kostenerstattungsanspruch in einem anderen Verfahren erstrecken soll.

(3) Der streitgegenständliche Kostenerstattungsanspruch war bereits vor Abschluss des arbeitsgerichtlichen Vergleichs vom 17.6.2014 dem Grunde nach entstanden (vgl. Beschluss des Sächsischen LAG v. 26.3.2014) und insoweit den Beteiligten seit der Zustellung des Verwerfungsbeschlusses vom 25.3.2014 bekannt. Gemäß der zitierten Rechtsprechung verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben. Ein Erlass liegt im Zweifel gerade nicht vor (BAG v. 7.11.2007 BAGE 124, 349-355; BGH v. 15.1.2002 NJW 2002, 1044-1046). Um ausnahmsweise einen entsprechenden Verzichtswillen des Klägers annehmen zu können, wäre es deshalb erforderlich gewesen, dass dessen Verzicht auf den – vor Vergleichabschluss aus dem arbeitsgerichtlichen Verfahren 9 Sa 2036/13, 2 Ca 3972/12 entstandenen – Kostenerstattungsanspruch in die Vergleichsklausel ausdrücklich aufgenommen wird, woran es hier fehlt.

Dies gilt umso mehr, als auch die übrigen Begleitumstände gegen die von der Beklagten geltend gemachte Auslegung sprechen: Die für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch relevanten Ansprüche wurden in dem Vergleich gesondert geregelt. Ziffer 2. regelt die Gehaltszahlung, Ziffer 3. die Zeugniserteilung. Schließlich hat der Kläger unmittelbar nach Erlass des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 7.7.2014 und der Beschwerde der Beklagten dagegen weiterhin an der Kostenerstattung festgehalten. Auch dieses Verhalten der Klägerseite nach Abschluss des Vergleichs vom 27.6.2014 spricht dafür, dass mit dem arbeitsgerichtlichen Vergleich vom 17.6.2014 im Verfahren 5 Ca 1821/14 seitens des Klägers ein Verzicht auf den verfahrensgegenständlichen Kostenerstattungsanspruch tatsächlich nicht beabsichtigt war.

Unabhängig davon kann für den von der Beklagten behaupteten Verzicht auf den Kostenerstattungsanspruch aus dem arbeitsgerichtlichen Verfahren 9 Sa 203/13, 2 Ca 3972/12

nichts anderes gelten als für den Verzicht eines Arbeitnehmers auf den besonderen Kündigungsschutz. Auch in solch einem Fall ist es erforderlich, dass dieser Verzicht in der Erklärung deutlich zum Ausdruck kommt (*Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl., § 72 Rn 20).

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht
vom 23.3.2015, 4 Ta 290/14 (2)
eingereicht durch Rechtsanwalt Roland Gross
gross.rechtsanwaelte
Neumarkt 16-18, 04109 Leipzig
Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224
leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

98. Abfindung, Verzugszinsen. Fälligkeit der Abfindung

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Zahlung von Verzugszinsen. Im Verfahren vor dem Arbeitsgericht Bonn (...) schlossen die Parteien einen Vergleich (...) mit folgendem Inhalt:

„1. Die Parteien sind sich einig, dass das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher, arbeitgeberseitiger Kündigung vom 5.6.2013 auf Veranlassung der Arbeitgeberseite aus dringenden betrieblichen Gründen mit Ablauf des 31.1.2014 sein Ende finden wird. Die zwischen den Parteien bestehende Nutzungsvereinbarung wird ebenfalls zum Ablauf des 31.1.2014 beendet. (...)

3. Die Beklagte zahlt für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung (...). Die Abfindung wird fällig mit dem 31.1.2014.

4. Der Klägerin wird das Recht eingeräumt, mit einer Ankündigungsfrist von einer Woche das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist auch im Interesse der Arbeitgeberseite, die hiermit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustimmt. Im Falle der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhöht sich die Abfindung um die eingesparten Bruttovergütungsansprüche der Klägerin (Arbeitnehmerbrutto) wie folgt: 15.000,00 EUR (in Worten: fünfzehntausend EUR wie nebenstehend) brutto für jeden vollen Kalendermonat (Monatsvergütung) und bei anteiligen Kalendermonaten 1/30 der Monatsvergütung pro Tag.

Mit Schreiben vom 15.11.2013 übte die Beklagte ihr Recht zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Wirkung zum 30.11.2016 aus. Zugleich machte die Beklagte die Abrechnung des Arbeitsverhältnisses einschließlich der vereinbarten erhöhten Abfindung mit Ablauf des Monats November 2013 geltend. Das Zahlungsbegehren hinsichtlich des erhöhten Abfindungsbetrages verfolgte die Beklagte (...) weiter und drohte die Zwangsvollstreckung an.

Daraufhin hat die Klägerin Vollstreckungsgegenklage nebst Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung vom 11.12.2013 eingelegt, (...).

Mit ihrer Widerklage vom 16.12.2013 machte die Beklagte die Leistung von Zinsen auf die Ausgangsforderung von 340.000,00 EUR ab dem 1.12.2013 bis zum Tag der Auszah-

Allgemeines Vertragsrecht

lung des sich aus der Ausgangsforderung ergebenden Nettobetrags geltend.

Aus den Entscheidungsgründen:

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet, da die Beklagte und Widerklägerin keinen Anspruch auf Leistung von Verzugszinsen wegen der Leistung der Abfindung gemäß dem Vergleich vom 25.6.2013 ab dem 1.12.2014 gegenüber der Klägerin und Widerbeklagten besitzt.

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Verzugszinsen gemäß den §§ 288, 286 BGB sind nicht erfüllt, da die Fälligkeit der Abfindungsleistung nicht vor dem 31.1.2014 eingetreten ist.

1. Es ist von einer ausdrücklichen Bestimmung der Fälligkeit gemäß § 271 BGB in Ziffer 3 S. 3 des Vergleichs vom 25.6.2013 – 6 Ca 3027/12 – auszugehen. Die dort getroffene Fälligkeitsbestimmung mit dem 31.1.2014 gilt nicht nur für die in Ziffer 3 S. 1 des Vergleichs geregelte Abfindung in Höhe von 310.000,00 EUR für den Fall des Ausscheidens zum 31.1.2014, sondern auch für die erhöhte Gesamtabfindung gemäß Ziffer 4 S. 3 des Vergleichs für den Fall der Inanspruchnahme des Rechtes der Klägerin auf vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2. Dies ergibt sich aus der gebotenen Auslegung des Vergleichs gemäß §§ 133, 157 BGB.

a) Ziffer 3 S. 3 des Vergleichs vom 25.6.2013 regelt mit eindeutigen Wortlaut die Fälligkeit der Abfindung zum 31.1.2014. Ziffer 4 S. 3 des Vergleichs regelt dem Wortlaut nach keine eigene – gesonderte – Abfindung, sondern knüpft an die in Ziffer 3 geregelte Abfindung an. Ziffer 4 S. 3 des Vergleichs spricht nämlich von einer Erhöhung der Abfindung, womit nur gemeint sein kann die Abfindung gemäß Ziffer 3 S. 1, an die auch betragsmäßig angeknüpft wird.

b) Auch die Systematik des Vergleichs vom 25.6.2013 spricht für die Anwendung der Fälligkeitsregelung in Ziffer 3 S. 3 auf die erhöhte Abfindung gemäß Ziffer 4 S. 3, 3 S. 1 des Vergleichs. Ziffer 3 trifft in Satz 2 und 3 grundlegende Regeln für die Abfindungsleistung. Während Ziffer 3 S. 2 des Vergleichs die Vererbbarkeit und das Entstehen der Abfindung mit Rechtskraft des Vergleichs regelt, ist in Ziffer 3 S. 3 die Fälligkeit mit dem 31.1.2014 geregelt. An diese grundlegenden – losgelöst von dem Beendigungszeitpunkt – wirkenden Maßgaben knüpft Ziffer 4 S. 3 an und nimmt an diesen grundsätzlichen Regeln teil, indem zum einen die Grundabfindung aus Ziffer 3 S. 1 bei vorzeitiger Beendigung nicht gänzlich neu berechnet, sondern aufgestockt wird und zudem die Vererbbarkeit und das Entstehen des Abfindungsanspruchs mit Rechtskraft des Vergleichs geregelt wird und weiterhin die Fälligkeit auf den 31.1.2014 festgelegt ist.

c) Sinn und Zweck der Abfindungsregelung in den Ziffern 3 und 4 des Vergleichs führen zu keiner anderweitigen Auslegung.

Es liegt zwar in aller Regel nah, die in einem Abfindungsvergleich vorgesehene Verbindung zwischen Abfindung und Be-

endigung des Arbeitsverhältnisses auch in der Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes zu berücksichtigen (vgl. hierzu BAG, Urt. v. 15.7.2004 – 2 AZR 630/03, zitiert nach juris Rn 22 f.). Dies schließt aber eine ausdrücklich anderweitige Bestimmung nicht aus, insbesondere wenn bei Ausübung des Rechts zur vorzeitigen Beendigung von einer wirtschaftlichen Absicherung über den Beendigungszeitpunkt hinaus gleichermaßen wie bei Ablauf der regulären Kündigungsfrist auszugehen ist, wie dies aus der Wahrnehmung eines selbstbestimmten Optionsrechts des Arbeitnehmers – für die Klägerin in Ziffer 4 S. 1 des Vergleichs – herzuleiten ist.

Hinzu kommt insbesondere mit Rücksicht auf die kurze Ankündigungsfrist von einer Woche für die von der Klägerin herbeizuführende vorzeitige Beendigung der Regelungsbedarf auf Klägerseite wegen des Abrechnungs- und Verwaltungsaufwandes hinsichtlich der nicht unerheblichen Abfindungssumme und der sich hieraus ergebenden Notwendigkeit einer Kostenplanung.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14.11.2014, 10 Sa 487/14
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Stephan Pauly
Rechtsanwälte Pauly & Partner
Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn
Tel.: 0228/62090-00, Fax: 0228/62090-91
pauly@paulypartner.de, www.paulypartner.de

99. Dynamische Bezugnahme Klausel – Betriebsübergang, Rechtsprechung des EuGH

Leitsatz:

Das Urteil des EuGH in Sachen A. H. steht der Rechtsprechung des BAG zum Übergang einer unbedingten zeitdynamischen Bezugnahme Klausel nicht entgegen.

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob – wie der Kläger meint – der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) in der jeweils gültigen Fassung oder – wie die Beklagte meint – der von ihr abgeschlossene Haustarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. (...)

Am 15.10.2006 übernahm die Beklagte drei Kliniken des Landes Br., u.a. auch die Landesklinik Br., in der der Kläger beschäftigt ist. (...)

Am 5.3.2013 schloss die Beklagte mit der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di diverse Haustarifverträge. Die Beklagte berechnet die Vergütung des Klägers seitdem nach Maßgabe dieser Haustarifverträge. (...)

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, auf sein Arbeitsverhältnis fände aufgrund der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel der TV-L in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Die Haustarifverträge hätten den TV-L nicht abgelöst. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

d) Eine kollektivrechtliche Ablösung der in Bezug genommenen Normen des TV-L durch die Haustarifverträge der Beklagten hat nicht nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB stattgefunden.

aa) Nach dieser Vorschrift tritt die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB – Transformation der Rechtsnormen in das Arbeitsverhältnis – nicht ein, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags geregelt werden. Zur Ablösung nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB schuldrechtlich weitergeltender tariflicher Normen durch einen anderen Tarifvertrag nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB ist nach der Rechtsprechung des BAG die (kongruente) Tarifgebundenheit sowohl des neuen Inhabers als auch des Arbeitnehmers erforderlich (BAG v. 30.8.2000 – 4 AZR 581/99 – BAGE 95, 296 = NZA 2001, 510; v. 21.2.2001 – 4 AZR 18/00 – BAGE 97, 107 = NZA 2001, 1318).

bb) Mangels Bindung des Klägers an das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes findet im Entscheidungsfall § 613a Abs. 1 S. 2 BGB keine Anwendung, so dass sich die Frage einer kollektivrechtlichen Ablösung der transformierten Tarifnormen durch die Haustarifverträge nicht stellt. Etwa transformierte Tarifnormen könnten zudem mangels Bindung des Klägers an die Haustarifverträge durch diese nicht abgelöst werden.

3. Diese Beurteilung der Rechtslage in Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist mit Unionsrecht vereinbar. Das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 8.7.2013 (C – 426/11 – AP Nr. 10 zu Richtlinie 2001/23/EG – A.-H. –) steht dem nicht entgegen.

a) In dieser Sache stellte der Supreme Court des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland dem EuGH u.a. die Frage, ob Artikel 3 der Richtlinie 2001/23 dahin ausulegen sei, dass er es einem Mitgliedsstaat verwehre, vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs eine Arbeitsvertragsklausel, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelte und geschlossene Kollektivverträge verweise, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sei. Diese Frage hat der EuGH dahingehend beantwortet, dass es einem Mitgliedsstaat verwehrt sei, zu bestimmen, dass eine dynamische Bezugnahme Klausel nach einem Betriebsübergang für den Erwerber verbindlich sei, wenn dieser nicht die Möglichkeit habe, an den Verhandlungen über nach dem Übergang geschlossene Kollektivverträge teilzunehmen. Dies hat der Gerichtshof unter Hinweis auf seine Entscheidung in der Rechtssache W. (9.3.2006 – C-499/04, Slg. 2006, I-2397) damit begründet, dass die Richtlinie zwar nicht die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten einschränke, für Arbeitnehmer günstigere Rechtsvorschriften zu erlassen, die Richtlinie 2001/23 jedoch nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen diene, sondern klarstelle, dass ein Betriebserwerber in der Lage sein müsse, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Eine Bindung eines Betriebserwerbers an eine zeit- und inhaltliche dynamische Bezugnahme Klausel könne jedoch den Handlungsspielraum eines privaten Erwerbers bei erforderlichen Anpassungsmaßnahmen erheblich einschränken. Eine derartige Auslegung gebiete auch das in Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantierte Grundrecht der unternehmerischen Freiheit. Dieses umfasse insbesondere die Vertrags-

freiheit. Daraus folge, dass es dem Erwerber möglich sein müsse, die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner arbeitnehmerbestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln. Wenn es einem Erwerber verwehrt sei, in dem zuständigen Tarifverhandlungsorgan mitzuwirken, sei die Vertragsfreiheit des Erwerbers so erheblich reduziert, dass dies den Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen könne. Der Wesensgehalt des Rechts des Erwerbers auf unternehmerische Freiheit dürfe daher auch nicht durch Maßnahmen eines Mitgliedsstaates, die für Arbeitnehmer günstiger seien, beeinträchtigt werden.

b) Die tragenden Erwägungen des Gerichtshofs – Schutz der Erwerberinteressen durch die Richtlinie und Berücksichtigung der Vertragsfreiheit als Element der Unternehmerfreiheit im Sinne des Artikels 16 der Grundrechte Charta – stehen der weiteren Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Auslegung unbedingter zeitdynamischer Bezugnahme Klauseln auch im Falle eines Betriebsübergangs auf einen nichttarifgebundenen Arbeitgeber nicht entgegen (so auch BeckOK TV-L/Bepeler, TV-L Anh. zu § 1 Exkurs: Tarifbindung und Tarifgeltung Rn 57a; Forst, DB 2013, 1847, 1849 f; zweifelnd ErfK/Preis, BGB, § 613a Rn 127a; HWK-Willemsen/M.-Bonanni, BGB § 613a Rn 280a; Meyer, Anm. zu EuGH AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10; a.A. Latzel, RdA 2014, 110, 117; Lobinger, NZA 2013, 945, 947 f.; Willemsen/Grau, NJW 2014, 12).

aa) Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urt. v. 23.9.2009 (4 AZR 333/08 – BAGE 132, 169) ausführlich dargelegt, dass die Bindung des nichttarifgebundenen Erwerbers eines Betriebes an die vom Arbeitnehmer mit dem Veräußerer arbeitsvertraglich vereinbarte Dynamik einer Verweisungsklausel auf einen Tarifvertrag weder dessen negative Koalitionsfreiheit verletze noch sonst verfassungs- oder unionsrechtlichen Bedenken begegne. Das BAG führt in seinem Urteil zutreffend aus, dass die W.-Entscheidung des EuGH nur von seiner Vorlagefrage ausgehend verstanden werden könne und der EuGH keine abschließende gemeinschaftsrechtliche Bewertung vorgenommen habe, dass das Verständnis einer Bezugnahme Klausel als unbedingt zeitdynamisch auch gegenüber einem Betriebserwerber mit höherrangigem Recht kollidiere. Anders formuliert: In dem W.-Urteil findet sich nichts, das es verböte, den Betriebserwerber durch nationales Recht an eine dynamische Bezugnahme Klausel zu binden (so zutreffend Prassl, Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law, Industrial Law Journal, Vol. 42, No. 4, December 2013, 434, 440).

bb) Dieses Verständnis bestätigt der EuGH in der Rechtssache A.-H. zunächst, indem er in diesem Urteil (Rn 22 und 23) darauf verweist, dass die Betriebsübergangsrichtlinie von einem Mitgliedsstaat zwar nicht verlange, dass sie den Erwerber an Kollektivverträge binde, die dem zum Zeitpunkt des Unternehmensübergangs geltenden nachfolgen, jedoch Artikel 8

Allgemeines Vertragsrecht

dieser Richtlinie den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffne, für Arbeitnehmer günstigere Rechtsvorschriften zu erlassen.

cc) Soweit der EuGH in diesem Urteil bei Rn 25 darauf verweist, dass die Richtlinie einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten wolle, steht dies – unabhängig davon, ob und wieweit diese Äußerung mit früheren und späteren Erkenntnissen des EuGH vereinbar ist, wonach die Betriebsübergangsrichtlinie die von einem Unternehmensübergang betroffenen Arbeitnehmer schützen und insbesondere die Aufrechterhaltung ihrer Rechte sicherstellen wolle (vgl. EuGH v. 6.9.2011 – C-108/10 – Slg 2011, I-7491 = NZA 2011, 1077 – Scattolon, Rn 75; 11.9.2014 – C-328/13 – NZA 2014, 1092 – Österreichischer Gewerkschaftsbund, Rn 27) – dem bisherigen Verständnis des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB nicht entgegen. Die die Betriebsübergangsrichtlinie umsetzende Vorschrift des § 613a BGB lässt in der Bundesrepublik Deutschland einem Betriebserwerber in der im Entscheidungsfall vorliegenden Konstellation die Möglichkeit, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.

(1) Das Schicksal der arbeitsvertraglich vereinbarten Bedingungen im Falle eines Betriebsüberganges ist in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Diese Vorschrift enthält keinerlei zeitliche oder inhaltliche Beschränkungen hinsichtlich der Abänderbarkeit von Arbeitsbedingungen nach dem Betriebsübergang durch den Betriebserwerber mit den dafür im System des Arbeitsrechts bzw. des allgemeinen Vertragsrechts der Bundesrepublik Deutschland zur Verfügung stehenden Mitteln. **Die arbeitsvertragliche Vereinbarung über die dynamische Anwendung eines bestimmten Tarifwerks kann daher von den Parteien jederzeit auch zulasten des Arbeitnehmers einvernehmlich abgeändert werden** (vgl. BAG v. 23.9.2009 – 4 AZR 331/08 – R. 23 ff., BAGE 132, 169 = AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 71). Deshalb trägt die Argumentation des EuGH, die sich allein auf Art. 3 Abs. 3 (Übergang in einem Kollektivvertrag vereinbarter Arbeitsbedingungen) der Richtlinie bezieht, während sich das Schicksal der Rechte und Pflichten aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrags nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie richtet, nicht einer nationalen Rechtslage Rechnung, nach der ein Kollektivvertrag sowohl normativ wie individualrechtlich gelten kann und je nach seinem Geltungsgrund der Parteidisposition unterliegt oder nicht. Da der EuGH in seinem Urt. v. 11.9.2014 (C-328/13 – österreichischer Gewerkschaftsbund – Rn 22) unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung betont, dass „die Richtlinie 2001/23 nur eine teilweise Harmonisierung auf dem geregelten Gebiet vornimmt, indem sie hauptsächlich den Schutz, der den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährt wird, auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. Sie will kein für die gesamte Union aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen“, besteht

Raum für die Berücksichtigung nationaler Besonderheiten, sofern der „effet utile“ der Richtlinie nicht beeinträchtigt wird.

Dem steht nicht entgegen, dass der EuGH in diesem Urteil ausführt, kollektivvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen fielen unabhängig davon, mit welcher Technik ihre Geltung für die Beteiligten erreicht werde, grundsätzlich unter Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie. Diese Äußerung steht im Zusammenhang mit der vom vorlegenden Gericht gestellten Frage der Aufrechterhaltung nachwirkender Kollektivverträge, die der Gerichtshof bejaht, weil es auf den spezifischen Ursprung ihrer Geltung nicht ankomme.

(2) Zudem erlaubt die deutsche Rechtsordnung dem Betriebserwerber die einseitige Änderung von Arbeitsvertragsbedingungen, insbesondere die für die Fortsetzung der unternehmerischen Tätigkeiten erforderlichen Anpassungen, durch Ausübung des Gestaltungsrechts „Änderungskündigung“. Dass im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes das in einer Änderungskündigung enthaltene Änderungsangebot sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sein muss, ist mit der vom EuGH in der Sache A.-H. vorgenommenen Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie vereinbar, da der EuGH nur fordert, dass der Erwerber in der Lage sein müsse, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit „erforderlichen“ Anpassungen vorzunehmen. § 2 i.V.m. § 1 Abs. 2 KSchG verlangt von einem Betriebserwerber substantiell nicht mehr, als dass er sich darauf beschränkt, allein die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen (vgl. BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07 – BAGE 132, 78 = NZA 2010, 333). Wenn das bloße Anpassungs- oder Vereinheitlichungsinteresse des Erwerbers für die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung nicht ausreicht, stellt eine Entdynamisierung einer Bezugnahmeklausel weder eine unionsrechtlich gebotene „erforderliche“ Anpassung noch einen „gerechten“ Ausgleich der Interessen dar. Zum „effet utile“ des Unionsrechts gehört es weder, mangelhaften Sachvortrag des Erwerbers im Änderungsschutzprozess auszugleichen, noch ohne eine im Einzelfall bestehende wirkliche Notwendigkeit der Vertragsanpassung einer frei vereinbarten Vertragsklausel die Wirksamkeit zu versagen. Die hiergegen in der Literatur teilweise geltend gemachten Bedenken wegen „praktischer Umsetzungsschwierigkeiten“ (vgl. Meyer, Anm. zu EuGH AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 10) greifen nicht durch. Das BAG verlangt im Wesentlichen nur die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn es fordert, dass der Arbeitgeber die betriebliche Unabweisbarkeit seiner für den Arbeitnehmer nachteiligen, einseitig in das vertragliche Gefüge von Leistung und Gegenleistung eingreifenden Entscheidung nachprüfbar darlegt und die Änderungen geeignet und erforderlich sind, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Die angebotenen Änderungen dürfen sich deshalb nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich entfernen (vgl. BAG v. 10.9.2009 – 2 AZR 822/07 – BAGE 132, 78 = NZA 2010, 333). Ob aus unionsrechtlichen

Gründen im Falle einer Änderungskündigung zur Anpassung der Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer an die Verhältnisse beim Erwerber die Grundsätze des deutschen Kündigungsschutzrechtes zu nuancieren sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

dd) Dafür, dass eine Vertragsanpassung mit den Gestaltungsrechten des nationalen Vertragsrechts den unionsrechtlichen Vorgaben genügen kann, spricht auch das Urteil des EuGH vom 11.9.2014 (C-328/13 – österreichischer Gewerkschaftsbund – Rn 30), wonach die Möglichkeit, mit den betroffenen Arbeitnehmern neue Einzelvereinbarungen zur Beendigung der Nachwirkung von Kollektivverträgen nach einem Betriebsübergang abzuschließen, das Interesse des Erwerbers hinreichend schütze, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Zwar ging es im Falle des österreichischen Gewerkschaftsbundes um die Beendigung der statischen Nachwirkung von Kollektivverträgen, nicht um deren Entdynamisierung. Das nach Auffassung des EuGH berechnete Interesse des Betriebserwerbers, die Arbeitsbedingungen den Verhältnissen nach dem Betriebsübergang anzupassen, ist jedoch nach deutschem Recht durch die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten gleichermaßen ausreichend geschützt.

ee) Sollten die Ausführungen des EuGH in der Sache A. H., eine dynamische Bezugnahmeklausel „könnte den Handlungsspielraum, den ein privater Erwerber benötigt, um diese Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen, erheblich einschränken“, so zu verstehen sein, dass es im konkreten Fall der Feststellung nicht mit anderen von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln durchführbarer erforderlicher Anpassungen bedürfe (hierfür könnte sprechen, dass der EuGH im Vorlagefall einen „beträchtlichen“ Anpassungsbedarf unterstellt), so könnte die Beklagte im Entscheidungsfall sich auf das Urteil des EuGH nicht berufen, weil sie weder einen konkreten Anpassungsbedarf behauptet noch dargetan hat, dass sie erforderliche Anpassungen nicht im Wege der Änderungskündigung erreichen könne.

4. Die Kammer hat **geprüft**, ob die Entscheidung in der Sache A. H. entgegen den vorstehenden Erwägungen auch so verstanden werden kann, dass trotz der für den Betriebserwerber bestehenden Anpassungsmöglichkeiten nach deutschem Recht die nach einem Betriebsübergang zunächst bestehende vertragliche Bindung des Erwerbers an die zwischen Arbeitnehmer und Betriebsveräußerer vereinbarte unbedingte Zeitdynamik der **Bezugnahmeklausel mit der Richtlinie 2001/23 nicht vereinbar** sei. Sie hat diese Frage verneint, weil sie sich an einem solchen Verständnis der Rechtsprechung des EuGH aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert sieht. Anderenfalls hätte sie dem Gerichtshof im Wege des Verfahrens nach Art. 267 AEUV erneut und unter Darlegung der bestehenden Bedenken die Frage vorlegen müssen, ob das Unionsrecht einer Auslegung des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB entgegenstehe, nach der dynamische Bezugnahmeklauseln auf den Erwerber übergehen, weil es der Kammer wegen

des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (grundlegend EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1251 Rn 12), der der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 GG entspricht, wonach Hoheitsrechte auf die Europäische Union übertragen werden können (vgl. BVerfGE 31, 145 <174>; 123, 267 <402>), nicht freistand, unter offener Abweichung von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entscheiden,

a) Die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland gebundene Kammer darf dieser Entscheidung des EuGH keine Lesart unterlegen, nach der diese offensichtlich als Ultra-Vires-Akt zu beurteilen wäre oder Schutz und Durchsetzung der mitgliedstaatlichen Grundrechte in einer Weise gefährdete (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), dass dies die Identität der durch das Grundgesetz errichteten Verfassungsordnung infrage stellte (vgl. BVerfG v. 24.4.2013 – 1 BVR 1215/07 – BVerfGE 133, 277, Rn 91 m.w.N.). Der Auftrag, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge das Recht zu wahren (Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV), beschränkt den Gerichtshof zwar nicht darauf, über die Einhaltung der Vertragsbestimmungen zu wachen. Dem Gerichtshof ist auch die Rechtsfortbildung im Wege methodisch gebundener Rechtsprechung nicht verwehrt. Rechtsfortbildung ist allerdings keine Rechtsetzung mit politischen Gestaltungsfreiräumen, sondern folgt den gesetzlich oder völkervertraglich festgelegten Vorgaben. Sie findet hier Gründe und Grenzen. Rechtsfortbildung überschreitet diese Grenzen, wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte (vertrags-)gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft. Dies ist vor allem dort unzulässig, wo Rechtsprechung über den Einzelfall hinaus politische Grundentscheidungen trifft oder durch die Rechtsfortbildung strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung stattfinden (BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 = NZA 2010, 995 [Honeywell], Rn 62 ff.).

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze hätte die Kammer Zweifel, ob bei einem Verständnis des Urteils A. H., dass § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in der Auslegung des Bundesarbeitsgerichts mit der Betriebsübergangsrichtlinie unvereinbar sei, der EuGH die Grenzen der unionsrechtlich zulässigen Rechtsfortbildung eingehalten hätte.

aa) Der EuGH selbst hat in seinem Urt. v. 11.9.2014 (österreichischer Gewerkschaftsbund, a.a.O.) in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung vor dem Urteil A. H. (vgl. Rechtssache Scattolon, Urt. v. 6.9.2011 – C-108/10, Slg 2011, I-7491 = NZA 2011, 1077, Rn 75) ausgeführt, dass es das Ziel der Richtlinie 2001/23 sei, zu verhindern, dass sich die Lage der übergegangenen Arbeitnehmer allein aufgrund dieses Übergangs verschlechtere. Eine solche Verschlechterung allein aufgrund des Betriebsüberganges träte jedoch ein, wenn ein Betriebserwerber ohne einen gemäß §§ 1, 2 KSchG im Wege der Änderungskündigung realisierbaren Änderungsbedarf, also

Allgemeines Vertragsrecht

ohne soziale Rechtfertigung, allein aufgrund des Betriebsüberganges von der von seinem Rechtsvorgänger arbeitsvertraglich eingegangenen Pflicht frei würde, auf das Arbeitsverhältnis die zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges geltenden Tarifverträge nicht nur statisch, sondern in der jeweils gültigen Fassung anzuwenden.

bb) Allein diese vom EuGH beschriebene Zielsetzung entspricht den in der Richtlinie selbst enthaltenen Begründungserwägungen. In Ziffer 3 verweist der Richtliniengeber darauf, dass Bestimmungen notwendig seien, die die Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche gewährleisten. Von einem Schutz des Betriebserwerbers in der Weise, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, allein aufgrund des Betriebsüberganges die Arbeitsbedingungen der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer zu verschlechtern, ist in den Begründungserwägungen nicht die Rede.

cc) Soweit der EuGH in der Rechtssache A.-H. sich auf die Erwägungen in der Sache W. (Rn 31 a.a.O.) bezieht, „die Interessen des Erwerbers (dürfen) nicht unberücksichtigt bleiben, der in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen“, hat er diese Äußerung aus dem Zusammenhang gelöst. In der Sache W. hat der EuGH diese Formulierung nämlich im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Vereinigungsfreiheit, insbesondere in Gestalt der negativen Koalitionsfreiheit, verwendet und darauf verwiesen, dass die statische Transformation von Tarifnormen gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB vermeide, dass der Erwerber eines Betriebes, der dem Kollektivvertrag nicht angehöre, durch künftige Entwicklungen dieses Vertrages gebunden werde und damit sein Recht auf negative Vereinigungsfreiheit umfassend gewährleistet sei. Die negative Koalitionsfreiheit ist jedoch durch § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in der Auslegung durch das Bundesarbeitsgericht nicht berührt.

dd) Selbst wenn die Betriebsübergangsrichtlinie entgegen den bisherigen Erkenntnissen des Gerichtshofs und entgegen den Begründungserwägungen so verstanden werden müsste, dass ihr eine innere Balance zwischen den Interessen und Rechtspositionen des Erwerbers und der übergehenden Arbeitnehmer inhärent ist („soll auch einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten“, Rn 25 des Urteils A. H.), so hielte sich der Gerichtshof in seinen nachfolgenden Ausführungen desselben Urteils nicht an diese Prämisse.

(1) Soweit man darauf abstellt, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen, ist darauf zu verweisen, dass es Sache des Käufers ist, sich vor einem Vertragsschluss darüber zu informieren, welche möglichen Belastungen mit dem Erwerb des Kaufgegenstandes verbunden sind („caveat emptor“). Eine Due-Diligence-Prüfung, in der Stärken und Schwächen des Objekts sowie die entsprechenden Risiken analysiert werden, gehört zum Verfahrensstandard beim Unternehmenskauf. Die mit einer zeitdynamischen Bezugnah-

meklausel möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen Belastungen bzw. Risiken finden regelmäßig in den Verhandlungen über die Höhe des Kaufpreises Berücksichtigung. Einem Unternehmenskäufer, der eine solche Due-Diligence-Prüfung unterlässt oder nach Prüfung das Unternehmen kauft und dann geltend macht, er könne aufgrund der Arbeitsvertragsgestaltung die Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer nicht so schnell oder nicht so einfach oder nicht in dem Ausmaß ändern, wie er dies wünsche, wird regelmäßig entgegengehalten werden können, er habe grob fahrlässig gehandelt. Ist er vom Verkäufer getäuscht worden, so ist der Ausgleich in diesem Verhältnis vorzunehmen. Hat er hingegen die finanziellen Belastungen einer zeitdynamischen Bezugnahmeklausel „eingepreist“ oder wegen der sonstigen Vorteile des Unternehmenserwerbs hingenommen, so bedarf es keines („gerechten“) Ausgleichs durch eine Verschlechterung der Beschäftigungsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer.

(2) Die Interessen der Arbeitnehmer sowie der Umstand, dass die dynamische Bezugnahmeklausel nicht durch Hoheitsakt, sondern in Ausübung der Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers und des Betriebsveräußerers in den Arbeitsvertrag gelangt ist, werden in den Ausführungen des Gerichtshofs in der Sache A. H. nicht einmal erwähnt. Für den Gerichtshof erheblich ist allein der von ihm ausgemachte Umstand, dass die große Disparität der Arbeitsbedingungen zwischen öffentlichem Dienst und Privatwirtschaft zu einem erheblichen Anpassungsbedarf beim Betriebserwerber führe. Hier ist schon die für den Vorlagefall unterstellte (konkrete Feststellungen sind der Vorlageentscheidung nicht zu entnehmen) Diskrepanz bzw. der daraus abgeleitete Anpassungsbedarf nicht verallgemeinerungsfähig. Wiewohl plausibel ist, dass eine „Privatisierung“ staatlicher oder kommunaler Dienstleistungen häufig davon motiviert sein wird, Personalkosten zu sparen, ist es im Bereich der gewerblichen Wirtschaft keineswegs zwingend, dass eine zeitdynamische Bezugnahmeklausel per se eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für den Betriebserwerber darstellt. Im Übrigen wäre dieses Argument auch deshalb paradox, weil es bedeutete, dass sich der Schutz der betroffenen Arbeitnehmer in dem Maße verringerte, in dem die Arbeitsbedingungen zwischen Veräußerer und Erwerber auseinanderfallen (vgl. *Prassl*, a.a.O., S. 440).

c) Ein anderes Verständnis ist auch nicht durch Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) geboten. Insbesondere wird die Vertragsfreiheit, die der EuGH in der Sache A.-H. durch Artikel 16 GRCh als Bestandteil der geschützten Unternehmerfreiheit ansieht, durch die Bindung an eine von dem Betriebsveräußerer mit dem Arbeitnehmer vereinbarte unbedingte zeitdynamische Bezugnahmeklausel nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

aa) Die unternehmerische Freiheit, wie sie in dem angeführten Artikel niedergelegt ist, wirkt – wie der Generalanwalt in der Sache A. H. in seinem Schlussantrag vom 19.2.2013 unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs

überzeugend ausgeführt hat – als Gewährleistung der wirtschaftlichen Initiative und Tätigkeit, die natürlich Beschränkungen unterliegt, aber jedenfalls Mindestvoraussetzungen für wirtschaftliche Tätigkeit im Binnenmarkt sicherstellt. Die unternehmerische Freiheit stellt so eine Grenze für die Tätigkeit der Union im Rahmen ihrer legislativen und exekutiven Funktion sowie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Unionsrechts dar. Sie schützt die wirtschaftliche Initiative und die Handlungsfähigkeit auf einem Markt, nicht aber die konkreten Gewinne, die sich in einem auf diesem Markt erlangten Vermögen äußern. Sie stellt ein Grundrecht dar, das stark nach einer Abwägung verlangt. Da es sich um kein absolutes Recht handelt, erfolgt seine Anwendung sehr häufig in Gegenüberstellung zu anderen Grundrechten (Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón vom 19.2.2013 in der Rechtssache C-426/11, EUR-Lex – 62011CC0426 – DE, Rn 50 ff.). In früheren Entscheidungen verweist der EuGH darauf, dass die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht nicht absolut gewährleistet werden, sondern im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen sind (vgl. Urt. v. 6.9.2012, Deutsches Weintor, C-544/10, Celex-Nr. 62010CJ0544 = NVwZ-RR 2012, 896, und v. 31.1.2013, Ryanair, C-12/11, NJW 2013, 921). Ferner lässt Art. 52 Abs. 1 der Grundrechtscharta Einschränkungen der Ausübung der in der Grundrechtscharta verankerten Rechte zu, sofern diese Einschränkungen gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Bei dieser Beurteilung ist schließlich, wenn sich mehrere durch die Unionsrechtsordnung geschützte Rechte gegenüber stehen, darauf zu achten, dass die Erfordernisse des Schutzes dieser verschiedenen Rechte miteinander in Einklang gebracht werden müssen und dass ein angemessenes Gleichgewicht zwischen ihnen besteht (vgl. Urteile v. 29.1.2008, Promusicae, C-275/06, Slg. 2008, I-271 = NJW 2008, 743, Rn 65 f., und Deutsches Weintor, a.a.O., Rn 47).

Nach Auffassung des Generalanwalts folgt hieraus, dass das Unionsrecht und insbesondere Art. 16 GRCh einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die den Erwerber eines Unternehmens dazu verpflichtet, die gegenwärtigen und künftigen im Rahmen eines Kollektivverhandlungsorgans vereinbarten Bedingungen zu akzeptieren, sofern diese Verpflichtung nicht unbedingt und unabänderlich ist. Der Umstand, dass der Unternehmer im Zusammenhang mit einem Unternehmensübergang auf unbestimmte Zeit an Arbeitsbedingungen gebunden sei, die er nicht vereinbart habe, könne in der Praxis vom Erwerb von Unternehmen stark abschrecken; dies könne eine Beschränkung der Vertragsfreiheit sein als einer der Aspekte, die, wie sich aus den Erläuterungen zu Art. 16 der Charta ergebe, von der unternehmerischen Freiheit umfasst seien. Allerdings führe die bloße Bindung an die im Ar-

beitsvertrag in Bezug genommenen tariflichen Bedingungen nicht zu einer automatischen Verletzung der unternehmerischen Freiheit. Vielmehr seien für die Klärung der Frage, ob das nationale Recht gegen Art. 16 der Charta verstoße, die rechtlichen und tatsächlichen Umstände der Rechtsache zu prüfen. Könnten die dynamischen Verweisklauseln, obwohl sie Gegenstand des Übergangs sind, während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses von beiden Parteien jederzeit neu ausgehandelt und geändert werden, seien die Einwände, die gegen eine zeitdynamische Bezugnahme aus der Sicht des Art. 16 der Charta geltend gemacht würden, gegenstandslos.

bb) Dem folgt die Berufungskammer. Der Gerichtshof würde mit seinen früheren Erkenntnissen brechen, wenn er zum einen die Vertragsfreiheit (nur des Erwerbers) zu einem Hauptaspekt des Art. 16 GRCh erhöbe und zum anderen ihr mit Hilfe der Wesentlichkeitstheorie einen absoluten Wert beimäße, der den vom Gerichtshof entwickelten Prinzipien der Verfassungsinterpretation widerspräche.

(1) Bei näherer Betrachtung der einschlägigen Materialien und früherer Judikate ergibt sich, dass die vom EuGH herangezogenen Erläuterungen zur Grundrechtecharta für seine Auslegung unergiebig sind. In der Erläuterung zu Art. 16 heißt es: „Dieser Artikel stützt sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, (...) und die Vertragsfreiheit (siehe u.a. die Urteile „Sukkerfabriken Nykøbing“, Rechtssache 151/78, Slg. 1979, 1, Rn 19; und v. 5.10.1999, Rechtssache C-240/97, Spanien gegen Kommission, Slg. 1999, I-6571, Rn 99) anerkannt hat (...). Dieses Recht wird natürlich unter Einhaltung des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ausgeübt. Es kann nach Artikel 52 Abs. 1 der Charta beschränkt werden.“ In der Sache „Sukkerfabriken“ ist allerdings nur die Rede von der Freiheit, einen Vertrag zu schließen, während andere Erkenntnisse des Gerichtshofs vorwiegend die Grenzen dieses Grundrechtes hervorheben (vgl. Urt. v. 22.1.2013, Sky Österreich, C-283/11, Celex-Nr. 62011CJ0283 = EuZW 2013, 347: Die unternehmerische Freiheit könne „einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden, die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken können“. Sie sei „nicht schrankenlos, sondern (...) im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen“).

Eine gem. Art. 52 GRCh grundsätzlich zulässige Beschränkung der unternehmerischen Freiheit ist die Betriebsübergangsrichtlinie. Soweit der EuGH durch den Übergang einer dynamischen Bezugnahme auf den Erwerber die Vertragsfreiheit dieses Erwerbers als so erheblich reduziert ansieht, dass dadurch der Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigt sei, steht dies in starkem Kontrast zu den Ausführungen des Gerichtshofs in der Sache Sky Österreich, wonach der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit so lange nicht angetastet werde, wie der Unterneh-

Allgemeines Vertragsrecht

mer an der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit als solcher nicht gehindert sei (Urt. v. 22.1.2013, a.a.O. Rn 49).

(2) Keinerlei Berücksichtigung in den Ausführungen des EuGH in der Sache A.-H. zu den für die Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie maßgeblichen Bestimmungen der Grundrechte Charta finden die **Grundrechtspositionen der betroffenen Arbeitnehmer**.

(aa) Nach Art. 52 Abs. 1 GRCh muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein, deren Wesensgehalt achten und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. In früheren Entscheidungen hat der EuGH hierzu den Grundsatz der Verfassungsinterpretation entwickelt, dass die Erfordernisse des Schutzes mehrerer sich gegenüberstehender, durch die Unionsrechtsordnung geschützter miteinander in Einklang zu bringen seien und dass ein angemessenes Gleichgewicht zwischen ihnen bestehen müsse (Urteile v. 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, Slg. 2008, I-271 = NJW 2008, 743, Rn 65 f., und *Deutsches Weintor*, a.a.O., Rn 47). Dies beinhaltet, dass die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen sind, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Diese von der deutschen Verfassungsdogmatik (vgl. BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BVL 15/87 – NZA 1998, 470 [Kleinbetriebsklausel]; 30.7.2003 – 1 BVR 792/03 – NZA 2003, 959 [Kopftuch am Arbeitsplatz]) entwickelten Methode der praktischen Konkordanz zur Auslegung von Grundrechten und insbesondere zur Lösung von Kollisionen zwischen widerstrebenden Grundrechtspositionen findet nach der Rechtsprechung des EuGH auch im Unionsrecht Anwendung (vgl. EuGH v. 10.4.2012 – C-83/12 PPU – NJW 2012, 1641).

(bb) Hieraus ergibt sich, dass der EuGH den von ihm angenommenen Gehalt des Art. 16 GRCh und seine Bedeutung für die Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie nicht ohne jeden Bezug zu der kollidierenden Grundrechtsposition der betroffenen Arbeitnehmer hätte bestimmen dürfen. Zudem hätte er sich in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Frage befassen müssen, warum der Betriebserwerber die aus Sicht des Gerichtshofs erforderliche Anpassung der Arbeitsverhältnisse ohne eine einschränkende Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie nach nationalem Recht nicht hätte vornehmen können.

Danach hätte der EuGH die in Art. 15 GRCh geschützte Freiheit eines Arbeitnehmers, den Inhalt seines Arbeitsvertrages auszuhandeln und die sich daraus ergebende Verpflichtung des Staates bzw. der Organe der Union (und damit auch des EuGH), das Resultat frei geführter Verhandlungen grundsätzlich zu akzeptieren, erkennen und der von ihm herangezogenen Unternehmerfreiheit gegenüberstellen müssen. In einem zweiten Schritt hätte sodann unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein beide Grundrechtspositionen

möglichst schonender Ausgleich vorgenommen werden müssen.

(3) Eine Berücksichtigung der Grundrechtsposition der betroffenen Arbeitnehmer dürfte nicht deshalb unterbleiben, weil – wie der EuGH möglicherweise meint – jede andere Auslegung der Betriebsübergangsrichtlinie die Unternehmerfreiheit in ihrem „Wesensgehalt“ verletzte.

(aa) Die in Art. 52 Abs. 1 GRCh normierte Wesensgehaltsgarantie, die bereits vor dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta vom EuGH als „Schrankenschanke“ für die Normsetzung der EG ausdrücklich anerkannt war (vgl. EuGH v. 13.3.2000 – C 292/97 – Sammlung 2000, I-2737 m.w.N., Rn 45), wird vom EuGH – ebenso wie die Wesensgehaltsgarantie in Art. 19 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfG v. 14.9.1989 – 2 BVR 1062/87 – BVerfGE 80, 367; v. 18.7.1967 – 2 BVF 3/62 u.a. – BVerfGE 22, 180, Rn 128, wobei das Bundesverfassungsgericht betont, dass der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden müsse; siehe hierzu auch *Dreier*, GG, Rn 14 ff. zu Art. 19 Abs. 2 m.w.N.) – nicht absolut, sondern als Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsgebot verstanden. Dies kommt in der vom EuGH verwendeten Formel, wonach die Ausübung eines Rechtes nur solchen Beschränkungen unterworfen werden dürfe, die tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen entsprächen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellten (EuGH v. 13.4.2000, a.a.O., Rn 45), zum Ausdruck.

(bb) Eine nach diesen Grundsätzen vorgenommene Definition des Wesensgehalts der Unternehmerfreiheit findet sich im Urteil A. H. ebenso wenig wie Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsgebot und zur Abwägung mit Rechtspositionen anderer Grundrechtsträger. Soweit der EuGH möglicherweise eine Beeinträchtigung des Wesensgehalts der Vertragsfreiheit des Erwerbers im Vorlagefall darin sieht, dass es ihm verwehrt ist, in dem betreffenden Tarifverhandlungsorgan mitzuwirken und er daher weder im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens seine Interessen wirksam geltend machen kann noch die Möglichkeit hat, die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln, ist darauf zu verweisen, dass ein Erwerber – wie dargestellt – nach deutschem Recht andere Gestaltungsmöglichkeiten hat, erforderliche Anpassungen (ggf. nach Maßgabe des §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG inhärenten Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitsgebots) vorzunehmen.

(cc) Bei Anwendung des Verfassungsgrundsatzes der praktischen Konkordanz ist im vorliegenden Fall die Beklagte als Betriebserwerberin auch unter Berücksichtigung ihrer Vertragsfreiheit als weniger schutzwürdig anzusehen als der Kläger. Der Betriebsübergang beruht auf der privatautonomen Entscheidung der Beklagten. Sie hat den Betrieb übernommen, obwohl sie wusste oder wissen konnte, welchen Inhalt die Ar-

beitsverträge hatten. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falls sei ihre Vertragsfreiheit „so erheblich reduziert, dass eine solche Einschränkung den Wesensgehalt des Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigen“ könne. Soweit der EuGH darauf abstellt, dass es dem Arbeitgeber möglich sein muss, die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit mitzubestimmen, ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte ggfs. Änderungskündigungen aussprechen kann und die Möglichkeit hat, den übernommenen Mitarbeitern die vertragliche Bezugnahme auf die von ihr abgeschlossenen Haustarifverträge anzubieten. Damit ist dem Schutzbedürfnis der Beklagten hinreichend Rechnung getragen, so dass eine erheblich Reduzierung der Vertragsfreiheit nicht zu erkennen ist. Die dem EuGH vorzulegende Frage wäre daher entscheidungserheblich.

d) Ein Verständnis des Urteils A. H., dass die nach deutschem Recht nach einem Betriebsübergang zunächst bestehende vertragliche Bindung des Erwerbers an die zwischen Arbeitnehmer und Betriebsveräußerer vereinbarte unbedingte Zeitdynamik der Bezugnahmeklausel mit der Richtlinie 2001/23 nicht vereinbar sei, würde schließlich dieser Entscheidung eine Lesart unterlegen, nach der diese möglicherweise als Ultra-Vires-Akt beurteilt werden könnte.

aa) Die Auffassung, Art. 3 der Richtlinie 2001/23 in Verbindung mit Art. 8 dieser Richtlinie dürfe nicht dahin ausgelegt werden, dass er die Mitgliedstaaten zum Erlass von Maßnahmen ermächtigt, die zwar für die Arbeitnehmer günstiger seien, aber Erwerber belasteten, indem sie an arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln gebunden würden, hätte zur Folge, dass die Vorschriften der Richtlinie nicht mehr Mindestbedingungen des Arbeitnehmerschutzes im Interesse eines fairen Binnenmarktwettbewerbs darstellten, sondern Höchstbedingungen, die den Mitgliedsstaaten die ihnen nach Art. 8 der Richtlinie verbleibenden Kompetenzen entzögen. Zudem würde entgegen der Erkenntnis des Gerichtshofs an anderer Stelle, dass die Betriebsübergangsrichtlinie nur eine teilweise Harmonisierung auf dem geregelten Gebiet vornehme, indem sie hauptsächlich den Schutz, der den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährt werde, auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehne (Urteil Österreichischer Gewerkschaftsbund, 11.9.2014, C-328/13, a.a.O., Rn 22), und dass kein für die gesamte Union einheitliches Schutzniveau geschaffen werden solle, genau dieser Effekt erzielt, wenn man unabhängig von den Anpassungsmöglichkeiten des nationalen Arbeitsrechts jeden Übergang einer dynamischen Bezugnahmeklausel als Verletzung des Wesensgehaltes der Unternehmerfreiheit ansähe.

bb) Eine solche Rechtsfortbildung könnte die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Grenzen überschreiten, da sie deutlich erkennbare, sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte (vertrags-)gesetzliche Entscheidungen abänderte

bzw. ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schaffte. Es fänden dann durch die Rechtsfortbildung strukturelle Verschiebungen im System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung der Union statt. (...)

IV. Die Revision war für die Beklagte gemäß § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG zuzulassen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 3.12.2014, 24 Sa 1126/14

100. Aushändigung Arbeitsvertrag, Nachweisgesetz, Fixierung der Arbeitsbedingungen

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Bedingung ihres Arbeitsverhältnisses. Darüber hinaus begehrt der Kläger von der Beklagten eine Niederschrift der Arbeitsbedingungen nach dem Nachweisgesetz.

Der am 1.8.1972 geborene Kläger, der aus Eisleben stammt, schloss mit der Beklagten am 5.8.1991 einen Arbeitsvertrag als Zerspanungsmechaniker. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht geschlossen. (...)

Der Kläger beantragt,

(...) 2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger eine von ihr unterzeichnete Niederschrift auszuhändigen, die die wesentlichen Vertragsbedingungen zwischen den Parteien zum 5.8.1991 niederlegt, ersatzweise dem Kläger einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit dem genannten Inhalt auszuhändigen. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Erteilung eines Arbeitsvertrages entsprechend seinen Vorgaben. Ein derartiger Anspruch ergibt sich nicht aus § 2 des Nachweisgesetzes (NachwG).

Zum Zeitpunkt des Arbeitsvertragsschlusses gab es das Nachweisgesetz noch nicht, allerdings ergibt sich aus § 3 NachwG ein Anspruch auf schriftliche Fixierung der Änderungen des Arbeitsvertrages. Aber das will der Kläger gerade nicht. Der Kläger will einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der die Vereinbarungen bei Vertragsschluss wiedergibt, wobei er der Meinung ist, dass diese – mit Ausnahme der Bezahlung – nicht verändert werden können.

Diese Auffassung ist doppelt falsch: Zum einen gibt das Nachweisgesetz keinen Anspruch auf Erstellung eines historischen Arbeitsvertrages, der die zwischenzeitlich vereinbarten und gelebten Veränderungen ignoriert. Zum anderen ist die Auffassung des Klägers falsch, dass Veränderungen des Vertrages nachträglich unzulässig wären. Warum er meint, dann ein anderes Arbeitsentgelt beanspruchen zu können als das ursprünglich vereinbarte, konnte der Kläger nicht erklären. Letztlich läuft seine Rechtsauffassung auf eine völlige Abschaffung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts hinaus. Auch die unmittelbare und zwingende Wirkung von Betriebsvereinbarungen gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG werden von ihm

Allgemeines Vertragsrecht

ignoriert. Im Ergebnis möchte der Kläger eine historische Dokumentation der Verhältnisse, die zum Zeitpunkt des Arbeitsbeginnes bestanden haben. Ein derartiger Anspruch besteht jedoch nicht.

Das Gericht brauchte sich deshalb nicht mit den Vertragsbedingungen zu befassen, die zwischenzeitlich von den Parteien gelebt worden sind, da das Ziel des Klägers ist, ausschließlich historische Vertragsbedingungen fixieren zu lassen. Für einen derartigen Anspruch fehlt es an einer Anspruchsgrundlage. Die Klage war daher abzuweisen. (...)

■ Arbeitsgericht Bielefeld

vom 5.5.2015, 1 Ca 2490/14

eingereicht durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Gussen
Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück
Tel.: 05242/920432, Fax: 05242/920449
info@drgussen.de, www.gussen-arbeitsrecht.de

101. Equal Pay, Ausschlussfrist, unwirksamer Tarifvertrag

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten – soweit für die Revision von Belang – über die Differenzvergütung unter dem Gesichtspunkt des equal pay. (...)

Dem Arbeitsverhältnis lag zunächst ein Formulararbeitsvertrag (...) zugrunde, in dem es u.a. heißt:

„Anwendbare Tarifverträge

Auf das Arbeitsverhältnis finden die zwischen dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) einerseits und der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP), der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM), der DHV – Die Berufsgewerkschaft e.V. (DHV), dem Beschäftigtenverband Industrie, Gewerbe, Dienstleistung (BIGD), dem Arbeitnehmerverband land- und ernährungswirtschaftlicher Berufe (ALEB), medsonet. Die Gesundheitsgewerkschaft (medsonet) andererseits abgeschlossenen Tarifverträge, derzeit bestehend aus Manteltarifvertrag, Manteltarifvertrag für die Auszubildenden, Entgelttarifvertrag, Entgelttarifverträge West und Ost sowie Beschäftigungssicherungstarifvertrag, in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.

Soweit die Regelungen dieses Vertrages den in Bezug genommenen Tarifverträgen derzeit oder zukünftig widersprechen sollten, gelten vorrangig die jeweils tariflichen Bestimmungen. Dies gilt nicht, soweit die Tarifverträge eine Abweichung ausdrücklich zulassen oder sich aus den Regelungen dieses Arbeitsvertrages eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung ergibt. (...)

19.2 Tarifliche Ausschlussfrist

Beide Arbeitsvertragsparteien können sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nur schriftlich innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Monaten ab Fälligkeit geltend machen (Ziffer 19.2 MTV). (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision des Klägers ist begründet. (...)

I. Der Kläger hat für die streitgegenständliche Zeit der Überlassung an die O GmbH Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG. Eine nach § 9 Nr. 2 AÜG zur Abweichung vom Gebot der Gleichbehandlung berechtigende Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Die Bezugnahme des Arbeitsvertrags 2010, mit der die Geltung der vom Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP), der CGZP und einer Reihe von christlichen Arbeitnehmervereinigungen geschlossenen Tarifverträge vom 15.3.2010 (AMP-TV 2010) vereinbart werden sollte, ist mangels Kollisionsregelung intransparent und nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam (vgl. BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 – Rn 26 ff., BAGE 144, 306). Ob die Bezugnahme auf von DGB-Gewerkschaften geschlossene Tarifverträge im Arbeitsvertrag 2011 die Beklagte von dem Gebot der Gleichbehandlung entbinden konnte, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Diese Vereinbarung galt – wie im Arbeitsvertrag 2011 und im Schreiben vom 14.3.2011 auch ausdrücklich festgehalten – erst ab dem 1.4.2011 und damit nach dem streitgegenständlichen Zeitraum.

II. Der Anspruch des Klägers auf gleiches Arbeitsentgelt ist nicht verfallen.

1. Der Kläger war nicht gehalten, Ausschlussfristen aus unwirksamen Tarifverträgen der CGZP oder aus dem nicht wirksam in das Arbeitsverhältnis einbezogenen AMP-TV 2010 einzuhalten. Derartige „tarifliche“ Ausschlussfristenregelungen sind auch nicht kraft Bezugnahme als Allgemeine Geschäftsbedingung Bestandteil des Arbeitsvertrags geworden (vgl. BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 – Rn 34 f., BAGE 144, 306; 19.2.2014 – 5 AZR 1046/12 – Rn 19). (...)

a) Zwar kann – trotz der Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, der eine Ausschlussfristenregelung enthält – eine eigenständige arbeitsvertragliche Ausschlussfristenregelung vereinbart werden. Das folgt aus dem grundsätzlichen Vorrang einer ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Klausel vor einer nur durch die pauschale Bezugnahme auf einen Tarifvertrag anwendbaren Regelung (BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 – Rn 40, BAGE 144, 306; 25.9.2013 – 5 AZR 778/12 – Rn 14). Belassen es nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien nicht dabei, ihr Arbeitsverhältnis pauschal einem bestimmten Tarifregime zu unterwerfen, sondern vereinbaren zu einzelnen Gegenständen darüber hinaus im Arbeitsvertrag ausformulierte Regelungen, bringen sie damit typischerweise zum Ausdruck, dass unabhängig von dem in Bezug genommenen Tarifwerk, jedenfalls die in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Bestimmungen für das Arbeitsverhältnis gelten sollen (BAG v. 23.10.2013 – 5 AZR 556/12 – Rn 14).

Davon können die Arbeitsvertragsparteien abweichen, indem sie etwa einer ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommenen Klausel eine nur „deklaratorische“, den Wortlaut des in Bezug genommenen Tarifwerks wiedergebende Bedeutung beimessen und damit gleichsam die Bezugnahme „ausformulieren“ (BAG v. 25.9.2013 – 5 AZR 778/12 – Rn 15).

b) Ausgehend von der vorzunehmenden objektiven Auslegung haben die Parteien im Streitfall keine eigenständige Ausschlussfrist geregelt.

Ausgehend vom Wortlaut der Nr. 19.2 Arbeitsvertrag 2010, der identisch mit dem Text der Nr. 19.2 bis Nr. 19.4 AMP-TV 2010 ist, darf der durchschnittliche Vertragspartner des Verwenders die Klausel als bloße Ausformulierung der nach der Bezugnahmeklausel anwendbar sein sollenden tariflichen Ausschlussfristenregelung verstehen. Die fehlende Eigenständigkeit der Regelung wird unterstrichen durch die Überschrift der Klausel – „Tarifliche Ausschlussfrist“ – und die dem Klauseltext in der Art eines Fundstellennachweises beigefügten Klammerzusätze mit den entsprechenden Nummern des AMP-TV 2010. Auch der Vergleich mit der Klausel der Nr. 19.1 Arbeitsvertrag 2010 bestätigt dem durchschnittlichen Vertragspartner des Verwenders dieses Verständnis. Dort ist ohne Hinweis auf den Tarifvertrag eine gegenüber diesem eigenständige Regelung getroffen, die sich in Nr. 19.1 AMP-TV 2010 nicht findet.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 28.1.2015, 5 AZR 122/13

eingereicht von Rechtsanwalt Karl Piereth

Rechtsanwälte Piereth Bauer Wawarta

Martin-Luther-Platz 6-8, 91522 Ansbach

Tel.: 0981/9712700, Fax: 0981/97127030

info@rae-pbw.de, www.rae-pbw.de

102. Dienstwagen – Privatnutzung – Freistellungsphase Altersteilzeit

Leitsatz:

Vereinbaren die Vertragsparteien die Privatnutzung eines Dienstwagens, ohne einen Widerrufsvorbehalt oder eine andere Rücknahmemöglichkeit zu regeln, um den Vertrag an die Teilzeitsituation anzupassen, so gilt die Dienstwagenvereinbarung auch in der Freistellungsphase der Altersteilzeit (entgegen LAG Rheinland-Pfalz v. 14.4.2005, 11 Sa 745/14).

Aus dem Tatbestand:

Für die Zeit vom 16.12.2009 bis zum 31.5.2015 schloss der Kläger mit der Beklagten zu 1) einen schriftlichen Altersteilzeitarbeitsvertrag im Blockmodell. Die Arbeitsphase endete am 7.9.2012.

Dem Kläger wurde der Dienstwagen während der Arbeitsphase auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt. In der Freistellungsphase durfte er den Pkw noch bis zum 31.12.2012 privat nutzen, zum 1.1.2013 musste er ihn herausgeben. (...)

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urt. v. 11.9.2014 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe nach der Rechtsprechung des LAG Rheinland-Pfalz (14.4.2005 – 11 Sa 745/04 – juris) in der Freistellungsphase der Altersteilzeit im Blockmodell keinen Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens, denn die Beklagte habe ihm in der Arbeitsphase den Entgeltbestandteil „Privatnutzung“ – anders als die

übrigen Vergütungsbestandteile – nicht nur anteilig, sondern in vollem Umfang gewährt.

Aus den Entscheidungsgründen:

a) Der Kläger hat dem Grunde nach gem. § 280 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 283 S. 1 BGB einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit vom 1.1.2013 bis 28.2.2015 und zukünftig bis zum Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses am 31.5.2015. (...)

Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 1.1.1986 ist in § 3 Abs. 2 ein Anspruch des Klägers auf Benutzung eines gesellschaftseigenen Kraftwagens angemessenen Typs vereinbart worden. Zusätzlich wurde vereinbart, dass der Kläger den Dienstwagen auch für private Zwecke nutzen darf. Einen gesonderten Dienstwagenvertrag haben die Parteien nicht geschlossen. Im schriftlichen Altersteilzeitarbeitsvertrag findet sich keine Regelung zum Dienstwagen, insbesondere ist dort nicht geregelt worden, dass der Kläger den Dienstwagen in der Freistellungsphase der Altersteilzeit herausgeben muss. Ein Widerrufsrecht findet sich weder im ursprünglichen Arbeitsvertrag noch im Altersteilzeitarbeitsvertrag.

Die Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung stellt einen geldwerten Vorteil und Sachbezug dar. Sie ist steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts und damit Teil der Arbeitsvergütung. Die Gebrauchsüberlassung ist regelmäßig zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung. Sie ist so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber Arbeitsentgelt leisten muss, und sei es – wie im Fall von Krankheit und Beschäftigungsverboten nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 MuSchG – ohne Erhalt einer Gegenleistung (BAG v. 21.3.2012 – 5 AZR 651/10 – Rn 15 m.w.N., NZA 2012, 616).

Daraus, dass der Arbeitnehmer in der Freistellungsphase der Altersteilzeit nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, folgt nicht notwendig, dass der Arbeitgeber ihm keinen Dienstwagen mehr zum privaten Gebrauch überlassen muss. Auch aus dem Umstand, dass dem Arbeitnehmer in der Aktivphase der Altersteilzeit der Dienstwagen in vollem Umfang zur Verfügung stand, obwohl ihm der Arbeitgeber während der Gesamtdauer der Altersteilzeit nur die Hälfte seiner Arbeitsvergütung schuldet, folgt nicht notwendig, dass ihm die Privatnutzung in der Freistellungsphase entzogen werden darf (entgegen LAG Rheinland-Pfalz v. 14.4.2005 – 11 Sa 745/04 – Rn 110-113, juris).

Im Blockmodell der Altersteilzeit tritt der Arbeitnehmer während der Arbeitsphase mit seiner vollen Arbeitsleistung im Hinblick auf die anschließende Freistellungsphase in Vorleistung und erarbeitet hierdurch Entgelte, die nicht im Monat der Arbeitsphase ausgezahlt, sondern für die spätere Freistellungsphase zeitversetzt angespart werden. Die Vorleistung führt zu einem Zeitguthaben.

Nach § 4 Abs. 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit „nicht schlechter“ behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitneh-

Allgemeines Vertragsrecht

mer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG ist einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Die Teilzeitarbeit ist proportional entsprechend der Teilzeitquote zu vergüten.

Die Gestellung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung ist eine unteilbare geldwerte Leistung, so dass sie bei Teilzeitbeschäftigten im Grundsatz voll zu erbringen ist. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass es der Gleichbehandlungsgrundsatz erlaube, den „überhöhten“ Vergütungssatz anderweitig zu kompensieren (MüKo-BGB/Müller-Glöge, 12. Aufl., TzBfG § 4 Rn 8 m.w.N.). Eine derartige Regelung, bspw. einen Widerrufsvorbehalt, haben die Parteien im Streitfall jedoch nicht getroffen. Vereinbaren die Parteien die Privatnutzung des Dienstwagens, ohne – wie hier – einen Widerrufsvorbehalt oder eine anderweitige Rücknahmemöglichkeit zu regeln, um den Vertrag an die Teilzeitsituation anzupassen, so gilt die Dienstwagenvereinbarung grundsätzlich bis zur Beendigung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Ob die Reduzierung der Arbeitszeit bei einer Dienstwagenvereinbarung einen Widerrufsgrund darstellt, kann vorliegend dahinstehen. (...)

III. (...) Die Kammer hat gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 12.3.2015, 5 Sa 565/14

103. Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers, Anspruch auf Versetzung an einen anderen Arbeitsort

Leitsatz:

Aus der in § 241 Abs. 2 BGB normierten Rücksichtnahmepflicht erwächst auch unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie bzw. Pflege und Erziehung der Kinder (Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG) kein Anspruch auf einen befristeten Halbtagsarbeitsplatz an einem anderen Arbeitsort oder in einem Home-Office.

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin vorübergehend auf einem Teilzeitarbeitsplatz am Standort Saarbrücken, hilfsweise auf einem Heimarbeitsplatz, zu beschäftigen. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Wie das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann die Klägerin ihr Klagebegehren auf befristete Einrichtung eines Halbtagsarbeitsplatzes an einem anderen Arbeitsort nicht auf die Vorschriften des TzBfG (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge) oder den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen. Das wird von der Berufung auch nicht in Abrede gestellt.

Aus § 8 TzBfG folgt kein Anspruch auf vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit, wie sich aus einem Vergleich mit § 9 TzBfG ergibt, der anders als bei der Elternzeit (§ 15 Abs. 5 BEEG) keinen bedingungslosen Anspruch auf Rückkehr zur Vollzeitarbeit regelt. Darüber hinaus regelt § 8 TzBfG lediglich einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit, nicht jedoch auf Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses nach Inhalt und Ort der Arbeitsleistung.

2. Aus der in § 241 Abs. 2 BGB normierten Rücksichtnahmepflicht erwächst auch unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie bzw. Pflege und Erziehung der Kinder (Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG) der begehrte Anspruch der Klägerin auf einen Halbtagsarbeitsplatz am Standort Saarbrücken oder in einem Home-Office ebenfalls nicht. Das Interesse der Beklagten, die Klägerin – wie vereinbart – am Standort Mainz mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit einzusetzen, überwiegt gegenüber dem Interesse der Klägerin, nicht nach Mainz pendeln zu müssen.

a) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Ausübung des Versetzungsrechts, der letztlich in eine Versetzungspflicht vom Standort Mainz zum Standort Saarbrücken, hilfsweise in ein Home-Office, münden soll, ergibt sich nicht unmittelbar aus § 106 GewO. Nach dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Aus der gewählten Formulierung „kann“ ergibt sich, dass es sich hierbei um ein Gestaltungsrecht des Arbeitgebers handelt. Wenn der Arbeitgeber sein Gestaltungsrecht ausübt, hat er bei der Ermessensentscheidung die Grundsätze der Billigkeit zu beachten. Aus § 106 GewO lässt sich unmittelbar keine Pflicht des Arbeitgebers zur Ausübung des Direktionsrechts in gewünschter Weise herleiten. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht ist nach § 106 S. 1 GewO Sache des Arbeitgebers.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Berufungskammer folgt, kann es allerdings die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht Gebrauch macht und die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens anderweitig derart konkretisiert, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird, wenn er aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage ist, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen (vgl. BAG v. 19.5.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn 26-27 m.w.N., NZA 2010, 1119; MüKo BGB/Müller-Glöge, 12. Aufl., BGB § 611 Rn 988-990 m.w.N.).

Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner deshalb zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwir-

ken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen. Im Rahmen der Mitwirkungspflicht kann es auch geboten sein, auf den Wunsch nach Vertragsanpassung als Reaktion auf unerwartete Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einzugehen, insb. wenn anderenfalls in Dauerschuldverhältnissen Unvermögen des Schuldners droht (vgl. BAG v. 13.8.2009 – 6 AZR 330/08 – Rn 31 m.w.N., AP BGB § 241 Nr. 4).

c) Nach diesen Grundsätzen war die Beklagte aufgrund ihrer Rücksichtnahmepflicht gehalten, den Antrag der Klägerin auf eine Änderung der vertraglichen Beziehungen zu prüfen und darüber nach Treu und Glauben zu befinden (vgl. auch BAG v. 16.7.1997 – 5 AZR 309/96 – NZA 1998, 104, zur Einwilligung in die vorzeitige Beendigung eines Sonderurlaubs; BAG v. 19.5.2010 – 5 AZR 162/09 – Rn 27-28, a.a.O., zur Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz; BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 790/09 – Rn 26 – NZA 2011, 1084 zur Mitwirkung bei der Erlangung des Freigängerstatus).

d) Entgegen der Berufung ist die Ermessensentscheidung der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Parteien haben den Dienort der Klägerin, der aufgrund einer unternehmensweiten Umstrukturierung ab 1.10.2007 nach Mainz verlagert worden ist, arbeitsvertraglich einvernehmlich festgelegt. Das Interesse der Beklagten, die Klägerin – auch mit einer verringerten Arbeitszeit von 20 Wochenstunden, womit sie einverstanden ist – am Standort Mainz zu beschäftigen, überwiegt gegenüber dem Interesse der Klägerin, ihren Arbeitsplatz – befristet bis zum 30.9.2016 – nach Saarbrücken oder in ein Home-Office zu verlagern. Auch dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

aa) Zwar sind die familiären und erzieherischen Belange der Klägerin, die eine durch Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG geschützte Rechtsposition hat, beachtlich. Ihr im April 2010 geborener Sohn leidet (nach dem Inhalt des ärztlichen Attestes vom 16.12.2013) an einer emotionalen Störung mit Überängstlichkeit im Kindesalter. In diesem Rahmen zeigt sich eine ausgeprägte Trennungsangst von der Mutter bzgl. des Kindergartenbesuchs. Der Sohn besucht den Kindergarten nur vormittags. Eine längere Betreuung in der Einrichtung ist aus Sicht der Kinderärztin derzeit nicht vertretbar. Die Klägerin kann nur halbtags arbeiten, weil sie den Kindergartenbesuch des Sohnes nicht auf volle Tage ausdehnen kann. Es ist unmittelbar nachvollziehbar, dass die Klägerin bei einer Teilzeitbeschäftigung mit einer verkürzten täglichen Arbeitszeit von vier Stunden an fünf Arbeitstagen nicht von Saarbrücken nach Mainz pendeln kann, weil sonst die medizinisch erforderliche Betreuung des Sohnes durch die Mutter nach dem Kindergartenbesuch nicht sichergestellt ist.

bb) Aber auch auf Seiten der Beklagten streiten Grundrechte. Die Gestaltung des Betriebs, die Antwort auf die Frage, ob und in welcher Weise sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigen will, sind Bestandteil der durch Art. 12, Art. 14 und Art. 2

Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit. Zum wesentlichen Inhalt der freien unternehmerischen Entscheidung gehört die Gestaltungsfreiheit bezüglich der betrieblichen Organisation. Sie umfasst auch die Festlegung, an welchem Standort welche arbeitstechnischen Ziele verfolgt werden (vgl. BAG v. 29.3.2007 – 2 AZR 31/06 – Rn 23 m.w.N., NZA 2007, 855; BAG v. 27.9.2001 – 2 AZR 246/00 – Rn 20, EzA KSchG § 2 Nr. 41).

Dem widerspräche eine Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin einen Arbeitsplatz am Standort Saarbrücken oder ein Home-Office einzurichten. Die Beklagte hat ihren Betrieb – unstreitig – so umstrukturiert, dass der Bereich HUS-Schaden (Haftpflicht-, Unfall-, Sachschaden), in dem die Klägerin vor der Elternzeit beschäftigt wurde, nur noch an den Standorten Mainz, Köln und Hannover bearbeitet wird. Im Zuge dieser (interessenausgleichspflichtigen) Umstrukturierung haben sich die Parteien mit Wirkung ab 1.10.2007 vertraglich darauf geeinigt, dass die Klägerin am Standort Mainz arbeitet. Die Klägerin hat sich damals entschieden, zwar den Arbeitsort zu wechseln, jedoch ihren Wohnort in der Nähe von Saarbrücken beizubehalten. Wie das Arbeitsgericht bereits zutreffend herausgestellt hat, ist die von der Klägerin behauptete Unmöglichkeit, ihre Arbeitsleistung am Standort Mainz zu erbringen, auf ihre bewusste Entscheidung zurückzuführen, ihren Wohnort ab 2007 nicht nach Mainz zu verlegen. Das Vereinbarkeitsproblem zwischen Mobilität und aktiver Elternschaft wäre durch einen Umzug zu lösen, den die Klägerin kategorisch ablehnt.

cc) Die Klägerin kann von der Beklagten nicht verlangen, von ihr nicht gewollte Organisationsentscheidungen zu treffen. Die Klägerin muss akzeptieren, dass die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, die Schadenssachbearbeitung, zu der eine umfangreiche Telefontätigkeit gehört, auf wenige Standorte – u.a. Mainz – zu konzentrieren. Die Beklagte ist deshalb nicht verpflichtet, ihren Betrieb nach den Vorstellungen und Wünschen der Klägerin umzuorganisieren. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 18.12.2014, 5 Sa 378/14

104. Annahmeverzug, Unmöglichkeit der Arbeitsleistung, Vergütungsanspruch

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Vergütungszahlungsansprüche des Klägers aus den Monaten Februar bis April 2013 (...).

Der Kläger ist (...) als gewerblicher Arbeitnehmer mit der Tätigkeit einer Servicekraft im Dienstleistungsbereich Gepäckaufbewahrung/Gepäckwagenmanagement am Flughafen Frankfurt am Main bei der Beklagten beschäftigt. (...)

Nach dem Inhalt des schriftlichen Arbeitsvertrages ist der Kläger verpflichtet, den Flughafenausweis ständig im Dienst mitzuführen und auf Verlangen der Polizei bzw. den Beauftragten von Aufsichtsbehörden vorzuzeigen. Weiterhin ist dort be-

Allgemeines Vertragsrecht

stimmt, dass der Kläger keinen Anspruch auf einen bestimmten Dienstposten hat und der Arbeitgeber ihn jederzeit zu anderen Dienstplätzen innerhalb und außerhalb des ihm zugewiesenen Beschäftigungsortes versetzen kann.

Mit Schreiben vom 10.1.2013 teilte die Bundespolizeidirektion Kriminalitätsbekämpfung Flughafen Frankfurt am Main der Beklagten mit, dass gegen den Kläger ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Einschleusung von Ausländern auf dem Landwege geführt werde. (...) Wegen des eingeleiteten Ermittlungsverfahrens stellte die Beklagte den Kläger am 14.1.2013 unbezahlt von der Arbeitsleistung frei. Seither war dem Kläger der Zugang zum Sicherheitsbereich des Flughafens unter Verwendung des Ausweises nicht mehr möglich, weil dieser „gesperrt“ worden war. (...)

Mit Verfügung vom 18.10.2013 stellte die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen den Kläger gemäß § 170 Abs. 2 StPO ein. Seither beschäftigt die Beklagte den Kläger wieder vertragsgemäß.

Aus den Entscheidungsgründen:

B) Die Berufung bleibt jedoch ohne Erfolg. Der Kläger hat gegen die Beklagte aus keinem rechtlichen Grund Anspruch auf Zahlung der Vergütung für die Monate Februar bis einschließlich April 2013.

I. Ein Anspruch des Klägers folgt nicht aus den Regeln des Annahmeverzuges. Zu Recht hat das Arbeitsgericht angenommen, dass der Kläger im streitigen Zeitraum nicht leistungsfähig war. Ihm war die Erbringung der Arbeitsleistung eines Servicemitarbeiters im Dienstleistungsbereich Gepäckaufbewahrung/Gepäckwagenmanagement unmöglich. Unmöglichkeit und Annahmeverzug schließen sich aus. Die Kammer folgt den Entscheidungsgründen insoweit in vollem Umfang und stellt dies fest, § 69 Abs. 2 ArbGG.

II. Ergänzend gilt Folgendes:

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte den Kläger berechtigt oder unberechtigt von der Leistung freigestellt hat. Sowohl mit einer berechtigten als auch mit einer unberechtigten Freistellung werden – wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat – die Voraussetzungen des Annahmeverzuges zunächst erfüllt. Auch darauf, ob der Kläger seinen Dienstaussweis nach wie vor bei sich trug und die Beklagte den Ausweis als Zugangsausweis lediglich gesperrt hatte oder hatte sperren lassen, kommt es nicht an. Die Kammer sieht keinen qualitativ für das vorliegende Verfahren entscheidenden Unterschied darin, ob dem Kläger der Besitz an dem Flughafenausweis entzogen worden war oder er ihn nach wie vor im Besitz hatte, denn es ist zwischen den Parteien jedenfalls unstreitig, dass der Kläger wegen der Sperrung der Zugangsberechtigung des ihm überlassenen Flughafenausweises keinen uneingeschränkten Zugang mehr zu den bisher für ihn zugänglichen Bereichen des Flughafens hatte, an denen er seine vertragsgemäße Arbeitsleistung zu erbringen hatte.

Unzutreffend ist die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe die Zugangssperrung jederzeit wieder aufheben kön-

nen. Denn Flughafenausweise werden allein von der Fraport AG erteilt. Dies ergibt sich aus den Regelungen in Abschnitt I „Grundsätzliches“ der Ausweisordnung.

Der Kläger hat im Rahmen des Rechtsstreits auch keine tatsächlichen Umstände dargelegt, aus denen sich ergeben könnte, dass die von der Beklagten nach Abschnitt 12 der Ausweisordnung offenbar veranlagte Sperrung der Nutzungsmöglichkeit des dem Kläger erteilten Flughafenausweises offensichtlich rechtswidrig war. Sein Hinweis auf die Einleitung des Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts der Einschleusung von Ausländern auf dem Landweg verfährt insofern nicht. Denn auch ein wegen dieses Verdachts eingeleitetes Ermittlungsverfahren schließt jedenfalls den für den Entzug des Flughafenausweises gemäß Ziffer 12 der Ausweisordnung ausreichenden Verdacht des Missbrauchs des Flughafenausweises nicht aus. Der Missbrauchsverdacht hingegen berechtigt zur Sperrung des Ausweises nach der Flughafenausweisordnung. Es ist demnach davon auszugehen, dass die von der Beklagten veranlasste Sperrung der Nutzungsmöglichkeit des dem Kläger erteilten Flughafenausweises nicht rechtswidrig war. Eine Rechtswidrigkeit der Sperrung des Flughafenausweises ergibt sich auch nicht rückwirkend aus der Einstellung des gegen den Kläger geführten Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO, denn auch dann, wenn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren nach § 70 Abs. 2 StPO eingestellt wird, kann der Tatverdacht gegen den Beschuldigten fortbestehen (vgl. OVG Sachsen-Anhalt v. 29.8.2014 – 3 O 322/13 – Bayerischer Verwaltungsgerichtshof v. 29.7.2014 – 10 C 14.478 –; zitiert nach juris). Dann aber konnte die Beklagte den Kläger in der Zeit von Februar bis April 2013 nicht als Servicemitarbeiter im Dienstleistungsbereich Gepäckaufbewahrung/Gepäckwagenmanagement beschäftigen.

Gegen die Annahme des Arbeitsgerichts, der Beklagten sei es nicht möglich gewesen, ihm vorübergehend eine andere zumutbare Tätigkeit zuzuweisen, wendet sich der Kläger im Berufungsrechtszug nicht.

Entgegen der Auffassung des Klägers ergibt sich auch aus der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 29.10.2014 – 17 Sa 285/14 – nichts anderes. Zum einen hat es – anders als im der herangezogenen Entscheidung zugrunde liegenden Fall – vorliegend keine polizeibehördliche Beschäftigungsuntersagung gegenüber der Beklagten bezogen auf den Kläger gegeben. Zum anderen hat das Landesarbeitsgericht dort seine Auffassung, wonach es die unternehmerische Tätigkeit der Arbeitgeberin mit sich bringe, dass die von ihr beschäftigten Sicherheitsmitarbeiter einer behördlichen Aufsicht unterlägen und es daher zum arbeitgeberseitigen unternehmerischen Risiko gehöre, dass die Behörde einen ihrer Mitarbeiter auf seine Zuverlässigkeit hin überprüfen wolle und dessen Einsatz bis zum Abschluss der Überprüfung untersage, unter anderem auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Arbeitnehmer nichts zu der entstandenen Situation beigetragen habe. Vorliegend ist hingegen davon auszugehen, dass der Kläger zu der eingetretenen Situation beige-

tragen hat. Die Beklagte hat insoweit unwidersprochen vorgebracht (§ 138 Abs. 2 ZPO), das Ermittlungsverfahren gegen den Kläger sei aufgrund einer Telekommunikationsüberwachung und einer Äußerung des Klägers erfolgt. Diesem im Kammertermin erörterten Umstand ist der Kläger nicht entgegengetreten. (...)

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 20.1.2015, 15 Sa 910/14

eingereicht von Rechtsanwalt Ijaz Chaudhry
Mainzer Landstraße 107, 60329 Frankfurt am Main
Tel. 069/25627137, Fax: 069/25627138
info@ra-chaudhry.de, www.ra-chaudhry.de

105. Arbeitnehmereigenschaft, Darlegungslast zur Weisungsgebundenheit

Leitsätze:

1. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB enthält insoweit eine über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinausgehende gesetzliche Wertung.

2. Schlüssiger Vortrag zum Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist nur vorhanden, wenn konkret mit allen erforderlichen Einzelheiten u.a. dazu vorgetragen wird, wer zur Erteilung von bindenden Weisungen befugt war, warum bindende Weisungen erteilt werden konnten, welche Weisungen tatsächlich erfolgten und befolgt worden sind. Ein Sachvortrag zum Arbeitnehmerstatus, der in Wahrheit nur Wertungen enthält („musste“, „abhängig“, „feste“ Arbeitszeiten, „Weisungen“ u.Ä.), ohne die dazu berechtigende Faktenbasis anzugeben, ist nicht hinreichend bestimmt (so auch LAG Köln v. 1.8.2001 – 11 Ta 130/01, NZA-RR 2002, 156 ff.).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 18.12.2014, 5 Ta 582/14

Leitsätze eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann
Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz
Tel.: 06131/618156; Fax: 06131/618157
post@kanzlei-broetzmann.de, www.kanzlei-broetzmann.de

106. Arbeitnehmereigenschaft von Messehostessen

Gründe:

ll. 1. Der Beklagte betreibt erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung, (...)

§ 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verlangt, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der behördli-

chen Erlaubnis bedürfen. Eine Verletzung dieser Vorschrift ist bußgeldbewehrt (§ 16 AÜG).

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit von einem anderen (Arbeitgeber) zur fremdbestimmten Arbeitsleistung gegen Vergütung verpflichtet ist (Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 74. Aufl., Rn 7 vor § 611 BGB). Bei der Beschäftigung in einem fremden Betrieb wird das angenommen, wenn der Beschäftigte dort eingegliedert ist und dabei einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das sich auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung bezieht (vgl. LSG Hessen v. 20.10.2005 – Anlage K 10, Tz. 18).

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass den Auftragnehmern/innen in § 1 seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgegeben wird, dass „... der Vertrag eine selbstständige Dienstleistung beinhaltet, die in keiner Weise ein Arbeitsverhältnis begründet, nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt und ihn/sie verpflichtet, seine/ihre steuerlichen Belange (Einkommens-, Gewerbe-, Umsatzsteuer selbst zu regeln.“ (Anlage K 6).

Für die rechtliche Bewertung des Vertragsverhältnisses kommt es nämlich nicht darauf an, wie die Mitarbeiter im Vertrag bezeichnet werden, sondern wie die vertraglichen Beziehungen ausgestaltet sind und wie sie tatsächlich umgesetzt werden (Palandt/*Weidenkaff*, a.a.O., Rn 10 vor § 611 BGB).

Aus den in Anlage K 5 vorformulierten Vertragsbestimmungen zum sog. „Outfit“ der Hostessen und aus den Ziffern 2), 4 – 5) sowie 8) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten (Anlage K 6) ergibt sich, dass sich das von ihm vermittelte Messepersonal in Bezug auf Ort und Zeit des Arbeitsesatzes, in Bezug auf dessen Abrechnung und auf die Rahmenbedingungen der Tätigkeit (äußeres Erscheinungsbild, Auftreten, Verhalten etc.) ausschließlich nach den generellen Weisungen des Beklagten richten muss. In Bezug auf die konkrete Tätigkeit auf den Messeständen ist das Weisungsrecht an den Vertragspartner des Beklagten delegiert. Ähnlich wie in dem vom Landessozialgericht Hessen entschiedenen Fall müssen die Hostessen auch hier keine selbstbestimmte, sondern eine persönlich undifferenzierte, fremdbestimmte Tätigkeit verrichten, was sie als „entlehene“ Arbeitnehmerinnen qualifiziert (LSG Hessen v. 20.10.2005 – Anlage K 10, Tz. 21).

Es spielt keine Rolle, ob das vom Beklagten vermittelte Messepersonal aufgrund der Geringfügigkeit der Beschäftigung sozialversicherungspflichtig ist oder nicht, denn dies kann die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis nicht beeinflussen. (...)

■ Oberlandesgericht Frankfurt am Main

vom 29.1.2015, 6 U 63/14

eingereicht von Rechtsanwalt Helmut Newrzella
Homburger Landstraße 223, 60435 Frankfurt am Main
Tel.: 069/6605693; Fax: 069/66056940
newrzella@newrzella-online.de, www.newrzella-online.de

Allgemeines Vertragsrecht

107. Betriebliche Altersversorgung bei Pensionskassen, Einstandspflicht des Arbeitgebers

Leitsätze:

1. Die Einstandspflicht des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG führt nicht lediglich zu verschuldensabhängigem Schadensersatz, sondern zu verschuldensunabhängigen Erfüllungsansprüchen der versorgungsberechtigten Arbeitnehmer.

2. Das Gesetz verdeutlicht, dass der Arbeitgeber sich seiner Verpflichtungen aus der Versorgungszusage nicht dadurch entledigen kann, dass er die betriebliche Altersversorgung über einen externen Versorgungsträger durchführt. Ihn trifft insoweit vielmehr eine Einstandspflicht, nach der er dem Arbeitnehmer im Versorgungsfall die zugesagten Leistungen ggf. zu verschaffen hat.

3. Der Verschaffungsanspruch richtet sich darauf, eine Lücke zu schließen, die sich zwischen der Versorgungszusage einerseits und der Ausgestaltung des Durchführungsweges andererseits ergeben kann. Er betrifft also Fälle, in denen die für die Durchführung der Versorgungszusage getroffenen Regelungen hinter den Verpflichtungen des Arbeitgebers zurückbleiben oder der externe Versorgungsträger die Betriebsrentenansprüche aus anderen Gründen nicht erfüllt.

4. Mit der dynamischen Verweisung auf die Satzung und die Leistungsbedingungen einer Pensionskasse hat der Arbeitgeber die für das arbeitsrechtliche Grundverhältnis maßgeblichen Versorgungsbedingungen festgelegt. Für die Erfüllung der hieraus resultierenden Verpflichtungen hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG einzustehen: Die dynamische Verweisung auf die Satzung und die Leistungsbedingung der Pensionskasse kann auch nicht als Widerrufsvorbehalt ausgelegt werden, mit dem sich der Arbeitgeber für den Fall, dass die Pensionskasse die Leistung herabsetzt, ein akzessorisches Recht zur Leistungskürzung vorbehalten hätte. Ein alleiniger Vorbehalt wäre zudem mit zwingenden betriebsrentenrechtlichen Wertungen unvereinbar.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 30.9.2014, 3 AZR 618/12 (vgl. auch AE 2013, 88)

Leitsätze eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann
Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz

Tel.: 06131/618156; Fax: 06131/618157

post@kanzlei-broetzmann.de; www.kanzlei-broetzmann.de

108. Abfindung, Auslegung Sozialplan

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Höhe einer von der Beklagten zu zahlenden Sozialplanabfindung. (...)

Dieser Sozialplan enthält u.a. folgende Vereinbarungen:

„2. Begriffsbestimmung (...)

2.4 Die Betriebszugehörigkeit wird monatsgenau zum Stichtag 1.7.2013 berechnet und auf den nächsten vollendeten Kalendarmonat aufgerundet. (...)

14. Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund betriebsbedingter Kündigung

14.1 Soweit das Arbeitsverhältnis aufgrund betriebsbedingter Kündigung endet, erhält der Mitarbeiter eine Abfindung, die sich nach folgender Formel berechnet:

Abfindung = 1 x (Betriebszugehörigkeit) x (Bruttomonatsentgelt) (...)

Der Kläger ist der Auffassung, (...) für die Berechnung der Abfindung sei ausgehend von den Regelungen im Sozialplan nicht die Maßeinheit Jahre, sondern Monate im Sozialplan vereinbart. Dies ergäbe sich aus dessen Ziffer 2.4, die eine „monatsgenaue“ Berechnung vorsieht. (...)

Entscheidungsgründe:

(...) 1. Der Kläger hat zwar unstreitig einen Anspruch auf Zahlung einer Abfindung i.H.v. 26.811,88 EUR brutto aus dem Aufhebungsvertrag. (...)

2. Einen darüber hinausgehenden Anspruch auf Zahlung einer Abfindung hat der Kläger hingegen nicht. Denn entgegen seiner Auffassung berechnet sich die Abfindung nach Ziffer 4.2 der „Betriebsvereinbarung Freiwilliges Turboprogramm“ i.V.m. Ziffer 14. des Sozialplans vom 30.7.2013 nicht nach der Formel:

Abfindung = 1,25 x (Betriebszugehörigkeit in Monaten) x (Bruttomonatsgehalt) + Sockelbetrag,

sondern nach der Formel:

Abfindung = 1 x (Betriebszugehörigkeit in Jahren) x (Bruttomonatsgehalt) + Sockelbetrag. (...)

b) Ausgehend davon ist die Ziffer 14. des Sozialplans vom 30.7.2013 dahingehend auszulegen, dass die Maßeinheit für den Berechnungsfaktor „Betriebszugehörigkeit“ Jahre und nicht Monate ist. Dieser Sozialplan enthält insoweit – entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung – keine ausdrückliche Bestimmung. Insbesondere ergibt sich aus dessen Ziffer 2.4, die eine „monatsgenaue“ Berechnung der Betriebszugehörigkeit zum Stichtag 1.7.2013 sowie eine Rundungsregel für Bruchteile von Monaten enthält, nicht, dass die Berechnung der Betriebszugehörigkeit „in Monaten“ erfolgt. Sie definiert lediglich, mit welcher Genauigkeit zu rechnen ist und nicht, in welcher Maßeinheit. Ganz im Gegenteil: Hätten die Betriebsparteien – entgegen der in der arbeitsrechtlichen Praxis üblichen Berechnung in Jahren – eine Berechnung „in Monaten“ vereinbaren wollen, so hätte es nahe gelegen, eben dies auch so zu vereinbaren. Die explizite Vereinbarung einer „monatsgenauen“ Berechnung deutet vielmehr darauf hin, dass die Betriebsparteien entsprechend den Gepflogenheiten im Arbeitsrecht von einer Berechnung in der Maßeinheit „Jahre“ ausgingen und zum Ausdruck bringen wollten, dass nicht nur volle Jahre berücksichtigt werden sollen, sondern auch Bruchteile von Jahren. Ein solches Verständnis führt auch zu einem sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Ergebnis, das auch den Gepflogenheiten im Arbeitsleben entspricht. Die Abfindung von einem Bruttomonatsentgelt pro Beschäftigungsjahr (hier zzgl. des Sockelbetrages) entspricht

Bestandsschutz

109. Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl, Unterhaltspflichten

Leitsatz:

1. Ist dem Arbeitgeber bekannt, dass der Arbeitnehmer Vater von zwei Kindern im Kindergarten- und Grundschulalter ist, lässt sich dessen Unterhaltspflicht im Rahmen der Sozialauswahl nicht mit der Erwägung verneinen, dass die Großeltern ihren Enkeln womöglich Zuwendungen gewähren.

2. Der Arbeitgeber kann nicht abweichend von § 1 Abs. 3 KSchG ohne ausreichende sachliche Kriterien die subsidiäre Enkelhaftung der Großeltern nach § 1606 BGB in seine Überlegungen zum Sozialindikator „Unterhaltspflichten“ einfließen lassen.

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist ledig und hat zwei minderjährige Kinder. Die Beklagte berücksichtigte nur ein Kind, weil auf der Lohnsteuerkarte des Klägers ein Kinderfreibetrag von 0,5 eingetragen war. Da der Kläger für beide Kinder, die in den Jahren 2005 und 2008 geboren sind, jeweils Elternzeit beantragt hatte, die ihm bewilligt worden ist, war der Beklagten dessen zweifache Vaterschaft bekannt.

Die Beklagte macht zur Begründung der Berufung – soweit hier von Interesse – geltend, ihre Sozialauswahl sei nicht zu beanstanden. Sie habe sich bei ihrer Auswahlentscheidung auf die Eintragung eines Kinderfreibetrags von 0,5 auf der Lohnsteuerkarte des Klägers gestützt. Sie bestreite nicht, dass der Kläger Vater zweier Kinder sei. Diese Tatsache sei für die Information über bestehende Unterhaltspflichten jedoch nicht ausreichend, denn unterhaltsberechtigt sei gem. § 1602 BGB nur, wer bedürftig sei. Dies gelte im Grundsatz auch für minderjährige Kinder (§ 1602 Abs. 2 BGB). Aus der Vaterschaft des Klägers und aus der Inanspruchnahme von zwei Elternzeiten könne nicht auf die Unterhaltsbedürftigkeit seiner Kinder geschlossen werden. Es sei durchaus nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung, dass bspw. Großeltern den Enkelkindern entsprechende Zuwendungen zukommen lassen, die deren Bedürftigkeit ausschließen, sei es durch einmalige Schenkungen mit laufenden Folgeerträgen oder durch eine dauerhafte Unterhaltsgewährung mit dem Zweck, den Unterhaltsverpflichteten zu entlassen. Von solchen oder anderen unterhaltsrechtlich relevanten Umständen könne der Arbeitgeber ohne entsprechende Mitteilung durch den Arbeitnehmer keine Kenntnis haben.

Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...) Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 2.12.2013 zum 30.6.2014 aufgelöst worden. Es liegt zwar ein dringender betrieblicher Kündigungsgrund i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG vor. Die Beklagte hat jedoch bei der Auswahl des Klägers soziale Gesichtspunkte gem. § 1 Abs. 3 KSchG nicht ausreichend berücksichtigt. (...)

einer sich im Rahmen des Üblichen bewegenden Sozialplanabfindung. Gänzlich unüblich – sowohl bezogen auf die typischerweise bei betriebsbedingten Beendigungen von Arbeitsverhältnissen gezahlten Abfindungen (siehe dazu REGAM-Studie in BB 2004, 102; *Hümmerich*, in: NZA 1999, 342) als auch bezogen auf den mit einem Sozialplan typischerweise verfolgten Zweck – wären hingegen die vom Kläger beanspruchten Verzwölffachungen der Abfindung (ohne den Sockelbetrag). Die vom Kläger gewünschte Auslegung des Sozialplans würde vorliegend – unter Berücksichtigung der „Betriebsvereinbarung Freiwilliges Turboprogramm“ – zu einem gänzlich praxisfernen und durchaus schon als abwegig zu bezeichnenden Ergebnis führen. Ein solches Ergebnis entspräche auch nicht dem Zweck eines Sozialplanes, der grundsätzlich darin liegt, eine geplante und nach den Interessen des Arbeitgebers notwendige Betriebsänderung so zu gestalten, dass für die betroffenen Arbeitnehmer keine unverhältnismäßige Belastung eintritt, indem die durch eine Betriebsänderung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile ausgeglichen oder gemildert werden (vgl. *Annuß*, in: Richardi, 14. Aufl. 2014, § 112 Rn 51 BetrVG). Offenkundig würde aber die vom Kläger beanspruchte Abfindung nicht lediglich wirtschaftliche Nachteile ausgleichen oder gar nur mildern, sondern weit überkompensieren. Selbst wenn man berücksichtigt, dass die Betriebsparteien zusätzlich zu dem o.g. Zweck wohl auch – dies zeigt die Anknüpfung an die Betriebszugehörigkeit – die bisherigen Leistungen für den Betrieb honorieren wollten, so ist es doch fernliegend, dass dafür ein größerer Betrag als das insgesamt in der Vergangenheit an den ausscheidenden Mitarbeiter gezahlte Entgelt dafür verwendet werden sollte. Denn ausweislich der Vorbemerkung zum Interessensausgleich vom 30.7.2013 sollte die Betriebsänderung durch Personalabbaumaßnahmen gerade auch wegen eines Umsatzrückganges von ca. 50 % erfolgen. Hätten die Betriebsparteien tatsächlich entgegen der Gepflogenheiten im Arbeitsleben die Betriebszugehörigkeit in Monaten statt in Jahren als Berechnungsfaktor bestimmen wollen und damit eine Abfindungsregelung schaffen wollen, welche die typischerweise bei betriebsbedingten Beendigungen von Arbeitsverhältnissen gezahlten Abfindungen um ein Vielfaches übersteigt, so hätten sie eben diesen Willen im Sozialplan zum Ausdruck gebracht und auch bringen müssen. Dafür ist nun aber nichts ersichtlich. Vielmehr haben die Betriebsparteien mit der Protokollnotiz vom 12.2.2014 ausdrücklich „klargestellt“, dass sich die Betriebszugehörigkeit in der Maßeinheit „Jahren“ berechnen soll und diese Regelung in allen übrigen Fällen auch so angewandt. (...)

■ Arbeitsgericht Kassel
vom 25.4.2014, 5 Ca 24/14
eingereicht von Rechtsanwältin Jacqueline Greinert
Kanzlei Jacqueline Greinert – Die Arbeitgeberkanzlei
Querallee 38, 34119 Kassel
Tel.: 0561/6028580, Fax: 0561/60285818
www.arbeitgeberkanzlei.net

Bestandsschutz

2. Die Beklagte hat für den Kläger bei der Auswahlentscheidung nach ihrem Punkteschema zu Unrecht nur Unterhaltspflichten für ein Kind berücksichtigt. Der Kläger ist zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet, so dass er 94 statt 84 Sozialpunkte erzielt hat (Alter 42, Betriebszugehörigkeit 32, Kinder 20 Punkte). Zwar ist auf seiner Lohnsteuerkarte ein Kinderfreibetrag von 0,5 aufgeführt, der Kläger ist jedoch – unstreitig – Vater von zwei Kindern. Die in den Jahren 2005 und 2008 geborenen Kinder waren bei Zugang der Kündigungserklärung im Dezember 2013 erst 8 und 5 Jahre alt. Eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Klägers i.S.d. §§ 1601, 1602 BGB für seine minderjährigen Kinder kann die Beklagte nicht ernsthaft bestreiten.

Die für die Sozialauswahl maßgeblichen familienrechtlichen Unterhaltspflichten lassen sich der Lohnsteuerkarte nicht zuverlässig entnehmen. Ob der Arbeitgeber auf die aus der Lohnsteuerkarte ersichtlichen Angaben vertrauen und danach die Sozialauswahl treffen darf, ist streitig (hierzu ausführlich BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 682/10 – Rn 47 m.w.N., NZA 2012, 1090). Das Gesetz spricht in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ausschließlich von „Unterhaltspflichten“, die ausreichend zu berücksichtigen sind. Darunter sind die familienrechtlichen Unterhaltspflichten zu verstehen. Da die kinderbezogenen Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte nur begrenzt etwas über das Bestehen dieser familienrechtlichen Verhältnisse aussagen, dürfte sich der Schluss aufdrängen, dass § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG an sich nicht auf die in die Lohnsteuerkarte eingetragenen Kinderfreibeträge abhebt, so dass es auf die tatsächlichen, nicht aber auf die in die Lohnsteuerkarte eingetragenen Daten ankommen dürfte. Den Bedürfnissen der Praxis ist ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass der Arbeitgeber auf die ihm bekannten Daten vertrauen kann, wenn er keinen Anlass zu der Annahme hat, sie könnten nicht zutreffen (so ausdrücklich BAG v. 17.1.2008 – 2 AZR 405/06 – Rn 23, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 96).

Die Beklagte hatte vorliegend aufgrund der Beantragung von zwei Elternzeiten Anlass zu der Annahme, dass der Kläger familienrechtlich zwei minderjährigen Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist. Der Kläger hatte mit Schreiben vom 29.8.2005 der Beklagten mitgeteilt, dass sein Sohn am 28.7.2005 geboren sei und mit ihm und seiner Lebenspartnerin in einem gemeinsamen Haushalt lebe. Er beantragte ab Oktober 2005 für zwei Jahre Elternzeit, die ihm die Beklagte am 29.9.2005 schriftlich bewilligte. Mit Schreiben vom 3.11.2008 beantragte der Kläger für die Zeit nach der Geburt seines zweiten Sohnes (20.11.2008) erneut Elternzeit für zunächst zwei Jahre im Anschluss an die Mutterschutzfrist. Die Beklagte bewilligte diese Elternzeit mit Schreiben vom 6.11.2008 und eine Verlängerung auf insgesamt drei Jahre mit Schreiben vom 2.8.2010. Die Beklagte durfte sich bei dieser Faktenlage nicht auf die Eintragung in der Lohnsteuerkarte verlassen.

Entgegen der Ansicht der Berufung musste der Kläger die Beklagte neben seiner Vaterschaft nicht zusätzlich noch über seine familienrechtlichen Unterhaltspflichten informieren. An-

gesichts des Lebensalters der in den Jahren 2005 und 2008 geborenen Kinder liegt deren Unterhaltsbedürftigkeit i.S.d. §§ 1601, 1602 BGB auf der Hand. Die von der Berufung ange stellte Überlegung, dass ein Unterhaltsbedarf der beiden Kinder des Klägers ausgeschlossen sein könnte, wenn sie Zuwendungen ihrer Großeltern erhielten, verkennt, dass die Großeltern keine Unterhaltspflichten ggü. ihren Enkeln treffen, solange die Eltern leistungsfähig sind (§ 1606 BGB).

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, bei der Sozialauswahl die Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer zu berücksichtigen, soll Eltern das Arbeitsverhältnis als Existenzgrundlage sichern, weil mit der Anzahl ihrer Unterhaltsverpflichtungen ggü. ihren Kindern deren Abhängigkeit vom Arbeitsplatz steigt. Entgegen der Ansicht der Berufung vertritt in Rechtsprechung und Literatur niemand die Auffassung, dass ein Arbeitnehmer, der – wie der Kläger – mit zwei Kindern, die im Kindergarten- und Grundschulalter sind, in häuslicher Gemeinschaft lebt, seinem Arbeitgeber neben der Vaterschaft noch weitere Informationen zu seinen familienrechtlichen Unterhaltspflichten liefern müsste. Insb. lässt sich die Unterhaltspflicht des Kindesvaters im Rahmen der Sozialauswahl nicht mit der Erwägung verneinen, dass die Großeltern ihren Enkeln womöglich Zuwendungen gewähren. Ob die Beklagte die praktisch denkbare Unterstützung der Kinder ihrer Arbeitnehmer durch deren Großeltern allgemein – oder nur beim Kläger – in ihren Sozialauswahlüberlegungen unterstellt hat, kann dahinstehen. Der Arbeitgeber kann die gesetzlichen Anforderungen an die Sozialauswahl nicht abweichend von § 1 Abs. 3 KSchG festlegen und ohne ausreichende sachliche Kriterien die subsidiäre Enkelhaftung der Großeltern nach § 1606 BGB in seine Überlegungen zum Sozialindikator „Unterhaltspflichten“ einfließen lassen.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 29.1.2015, 5 Sa 390/14

110. Kündigung, Betriebsübergang, Fortbestehensantrag

Leitsatz:

1. Geht ein Betrieb oder Betriebsteil nach dem Ausspruch einer Kündigung durch den Insolvenzverwalter auf einen anderen Inhaber über, kann die Kündigungsschutzklage auch dann gegen den Insolvenzverwalter gerichtet werden, wenn der Übergang schon vor Klageerhebung stattgefunden hat.
2. In einem solchen Fall würde – unterstellt, es läge ein Betriebsübergang vor – der neue Inhaber das Arbeitsverhältnis in gekündigtem Zustand übernehmen und müsste sich das Ergebnis der Kündigungsschutzklage zurechnen lassen.
3. Es kann dahinstehen, ob der Arbeitnehmer die Kündigungsklage auch gegen den neuen Inhaber richten kann. Jedenfalls dann, wenn er sich mit dem bisherigen Inhaber auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung einigt, bleibt es bei den Kündigungswirkungen selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis inzwischen zum Betriebserwerber besteht.

4. Wird innerhalb dieser Einigung mit dem bisherigen Betriebsinhaber gleichzeitig klargestellt, dass kein Betriebsübergang stattgefunden hat, so wirkt dies auch im Verhältnis des Klägers zum Betriebserwerber. Eine solche Einigung kommt nämlich einem Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB gleich mit der Folge, dass ein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber nunmehr rechtsmissbräuchlich wäre.

5. Ob dies auch gelten würde, wenn der Kläger gegen den neuen Inhaber Antrag auf Wiedereinstellung gestellt hätte, kann dahinstehen. Vorliegend fehlt es an einem solchen Begehren. (...)

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 9.12.2014, 6 Sa 550/14

111. Massentlassungsanzeige, Konsultationsverfahren, Nachteilsausgleich, Betriebsratsanhörung

Leitsatz:

1. Bestreitet der Arbeitnehmer, dass die Massentlassungsanzeige ordnungsgemäß vor Ausspruch der Kündigung erfolgt ist, und behauptet der Arbeitgeber, die Anzeige ordnungsgemäß erstattet zu haben, ist zur Vorbereitung der streitigen Verhandlung die Einholung einer amtlichen Auskunft bei der zuständigen Agentur für Arbeit über Inhalt und Zeitpunkt der Massentlassungsanzeige nach § 56 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG zulässig und naheliegend.

2. Erklärt der Betriebsrat das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG vor Ablauf von zwei Wochen nach seiner Unterrichtung für abgeschlossen, steht der Massentlassungsanzeige das Erfordernis einer rechtzeitigen Unterrichtung nicht entgegen (wie BAG v. 13.12.2012 – 6 AZR 752/11). Ebenso wie im Verfahren nach § 102 BetrVG kommt es hierbei nicht darauf an, ob dem Betriebsrat bei seiner internen Willensbildung Fehler unterlaufen sind.

3. Unterzeichnen die Betriebsparteien einen Interessenausgleich, dem kein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde liegt, so hat der Arbeitgeber dennoch einen Interessenausgleich versucht im Sinne von § 113 Abs. 3 BetrVG.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 10.12.2014, 2 Sa 379/14

112. Kündigung, Massentlassungsanzeige, Interessenausgleich mit Namensliste

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um Kündigungsschutz und Weiterbeschäftigung. (...)

In einem weiteren Treffen vom 20.11.2013 wurde in Anwesenheit des gesamten Betriebsrats sowie des Geschäftsführers der Beklagten und Herrn ...die Endfassung des Interessenausgleichs und des Sozialplans beraten. Die endgültigen Entwürfe wurden dem Betriebsrat mit Mail vom 20.11.2013 mit Datum 21.11.2013 übersandt (Anlage B12 Bl. 178d.A.) und von diesem am 21.11.2013 unterzeichnet. In dem Interessenausgleich ist der Kläger unter der Ziffer 1.2 namentlich benannt.

Mit Mail vom 22.11.2013 unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat über die beabsichtigte „ordentliche betriebsbedingte Kündigung gem. § 102 BetrVG“ des Klägers. (...)

Die Massentlassungsanzeige an die Agentur für Arbeit wurde am 28.11.2013 von der Personalabteilung in Frankfurt erstellt und am 29.11.2013 vorab an die Agentur für Arbeit in Herford gefaxt und sodann per Post nachgesandt. Jeweils beigefügt waren der unterschriebene Interessenausgleich und der unterschriebene Sozialplan sowie die Ablichtung der Liste der zur Entlassung vorgesehenen Arbeitnehmer. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

I. (...) Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB rechtsunwirksam, weil zuvor kein Konsultationsverfahren nach § 17 KSchG durchgeführt wurde. (...)

1.) (...) b) Jedenfalls dann, wenn wie im vorliegenden Fall das Konsultationsverfahren überhaupt nicht durchgeführt worden ist, führt die Verletzung der dem Arbeitgeber nach § 17 KSchG obliegenden Pflichten zu einer Unwirksamkeit der Massentlassungsanzeige. (...) Dem Verdikt der Nichtigkeit steht auch nicht entgegen, dass die Agentur für Arbeit die Massentlassungsanzeige – wie hier – als ausreichend angesehen hat. Die Fehler, die der Beklagten im Rahmen des Konsultationsverfahrens unterlaufen sind, sind nicht dadurch geheilt worden, dass die Arbeitsverwaltung diese Fehler nicht bemerkt, jedenfalls in den Schreiben vom 2.12.2013 nicht beanstandet hat. (...)

aa) Das Konsultationsverfahren war hier nicht entbehrlich, weil die Abteilung im Betrieb der Beklagten, in der der Kläger arbeitet, stillgelegt worden ist und alle Arbeitnehmer der Abteilung entlassen werden sollen.

(1) Die Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung soll es dieser ermöglichen, konstruktive Vorschläge zur Vermeidung oder Einschränkung der Massentlassungen zu unterbreiten (BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11 – Rn 60 m.w.N., ZIP 2012, 2412). Die Beratungen mit der Arbeitnehmervertretung müssen sich dabei nicht auf die Vermeidung oder Beschränkung der Massentlassungen beziehen. Sie können auch die Möglichkeit betreffen, die Folgen solcher Entlassungen durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern. Dabei kann es sich insbesondere um Hilfen für eine anderweitige Verwendung oder Umschulungen der entlassenen Arbeitnehmer handeln (EuGH v. 3.3.2011 – C-235/10 u.a. – [Claes] Rn 56, NZA 2011, 337).

(2) Solche Beratungen, die vor allem auf die Zahlung von Abfindungen oder die Einrichtung einer Transfergesellschaft zielen, sind zwar auch Gegenstand der Sozialplanverhandlungen. Unabhängig davon handelt es sich dabei um unterschiedliche Verfahren, die nicht vollständig deckungsgleich sind. Auch bei einer geplanten Massentlassung muss deshalb bei Vorliegen der jeweiligen gesetzlichen Voraussetzungen nicht nur das Verfahren nach den §§ 111 ff. BetrVG, sondern auch das nach § 17 Abs. 2 KSchG durchgeführt werden. Die verschiedenen Beteiligungsverfahren können lediglich,

Bestandsschutz

soweit die Pflichten nach den unterschiedlichen Verfahren übereinstimmen, miteinander verbunden und damit vom Arbeitgeber gleichzeitig erfüllt werden. Eine solche Verbindung verletzt keine unionsrechtlichen Vorgaben (vgl. BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11 – Rn 47 ff., ZIP 2012, 2412), Das Konsultationsverfahren ist nur dann entbehrlich, wenn kein Arbeitgeber mehr vorhanden ist, der als Ansprechpartner für Verhandlungen dienen könnte.

bb) Im vorliegenden Fall wurde die Unterrichtung nicht rechtzeitig durchgeführt. Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache *Akavan Eryityisalojen Keskusliitto* (EuGH v. 10.9.2009 in NZA 2010 Rn 80) einen sehr frühen Zeitpunkt zur Durchführung des Konsultationsverfahrens definiert. Die Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (MERL) stellt allerdings derartige Anforderungen an den Zeitpunkt der Unterrichtung nicht. Nach Art. 2 IV RL 98/59 ist nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber die Entscheidung selbst trifft. Schon eine Entscheidung der Konzernmutter kann dafür genügen. Die Absicht muss nur so konkret sein, dass ein Konsultationsverfahren erfolgreich durchgeführt werden kann. Die Pflicht zur Konsultation besteht dann daher nur solange nicht, wie die Massenentlassung nach den Planungen eher unwahrscheinlich und die einschlägigen Faktoren nicht bekannt sind. Das Verfahren muss aber eröffnet werden, sobald der Arbeitgeber eine strategische betriebswirtschaftliche Entscheidung getroffen hat, die ihn zwingt, Massenentlassungen ins Auge zu fassen. Im Konzern ist der Unterrichtungszeitpunkt erreicht, wenn feststeht, welches Tochterunternehmen von den Beschlüssen der Konzernmutter betroffen ist (EuGH a.a.O., Rn 63). Zwar entsteht die Verpflichtung zur Konsultation, sobald der Arbeitgeber erwägt, Massenentlassungen vorzunehmen oder einen Plan für solche Entlassungen aufstellt. Art. 2 Abs. 3 S. 1 MERL fordert aber lediglich eine rechtzeitige Unterrichtung „im Verlauf der Konsultationen“. Die Auskünfte müssen also nicht unbedingt schon zu Beginn der Konsultationen erteilt werden. Vielmehr reicht es aus, dass die erforderlichen Auskünfte im Verlauf des Konsultationsverfahrens erteilt werden. Erforderlich soll lediglich sein, dass die einschlägigen Informationen bis zum Abschluss des Konsultationsverfahrens erteilt worden sind (EuGH v. 10.9.2009 – C-44/08 – [*Akavan Eryityisalojen Keskusliitto*] Rn 41, 52 f., Slg. 2009. I-8163). Dieser Prozess kann gegenüber dem Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat noch unmittelbar vor Schluss der Konsultation nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG schriftlich dokumentiert werden (BAG v. 20.9.012 – 6 AZR 155/11 – Rn 53, ZIP 2012, 2412). Dies hält die Kammer für zweifelhaft, weil ohne Information keine Konsultation stattfinden kann. § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG verlangt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat „rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte erteilt“.

Im Unterschied zur MERL fordern § 17 Abs. 3 S. 2 und S. 3 KSchG außerdem, dass der Betriebsrat eine Stellungnahme abgibt und diese der Anzeige beigefügt wird bzw. – bei Feh-

len einer solchen Stellungnahme – der Arbeitgeber glaubhaft macht, dass er den Betriebsrat mindestens zwei Wochen vor der Anzeige ordnungsgemäß unterrichtet hat, und den Stand der Beratungen darlegt. Will der Arbeitgeber nicht das Risiko eingehen, dass die Massenentlassungsanzeige bei Erstattung zum geplanten Zeitpunkt mangels Stellungnahme des Betriebsrats unwirksam ist und er die Massenentlassung deshalb erst später als beabsichtigt wirksam anzeigen kann, muss er nach dem nationalen Recht das Konsultationsverfahren deshalb grundsätzlich mindestens zwei Wochen vor dem Zeitpunkt einleiten, zu dem er die Massenentlassungsanzeige zu erstatten beabsichtigt (ErfK/*Kiel*, 13. Aufl., § 17 KSchG Rn 32; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG 14 Aufl. § 17 Rn 60; *KR/Weigand*, 10. Aufl., § 17 KSchG Rn 57; *APS/Moll*, 4. Aufl., § 17 KSchG Rn 71,117; *Fitting*, 26. Aufl., § 102 Rn 134a). Leitet nämlich der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren weniger als zwei Wochen vor der beabsichtigten Anzeige ein und gibt der Betriebsrat keine abschließende Stellungnahme ab oder genügt diese den gesetzlichen Anforderungen nicht (vgl. dazu BAG v. 28.6.2012 – 6 AZR 780/10 – Rn 53, ZIP 2012, 1822), ist dem Arbeitgeber die Erstattung einer wirksamen Massenentlassungsanzeige unmöglich, weil die Voraussetzungen für eine Ersetzung der Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG jedenfalls noch nicht vorliegen. Nur dann, wenn der Betriebsrat bei einer solchen kurzfristigen Konsultation eine ausreichende und abschließende Stellungnahme abgegeben hat, kann der Arbeitgeber zum geplanten Zeitpunkt eine wirksame Massenentlassungsanzeige erstatten. In diesem Fall muss die Stellungnahme des Betriebsrats erkennen lassen, dass er sich für ausreichend unterrichtet hält, keine (weiteren) Vorschläge unterbreiten kann oder will und die Zweiwochenfrist des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG nicht ausschöpfen will (vgl. BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11 – Rn 60, ZIP 2012, 2412). Eine derartige Stellungnahme des Betriebsrats liegt hier nicht vor. Die Beklagte hat den Betriebsrat nicht schriftlich gem. § 17 Abs. 2 KSchG unterrichtet. Eine schriftliche Unterrichtung vor dem 20.11.2013 vermag die Kammer nicht zu erkennen. Erst zu diesem Tag sind dem Betriebsrat die Entwürfe über Interessenausgleich bzw. Sozialplan in schriftlicher Form übersandt worden. Dabei kann die Frage, ob schriftlich i.S.d. § 17 Abs. 2 KSchG mit Schriftform i.S.v. § 126 BGB identisch ist, dahinstehen. Aus den dem Betriebsrat allenfalls zuvor übersandten E-Mails ergibt sich eine Unterrichtung des Betriebsrats mit den Pflichtangaben des § 17 Abs. 2 Ziffern 1 – 5 KSchG nicht. Der Arbeitgeber, der beabsichtigt, nach § 17 Abs. 1 KSchG anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat den Betriebsrat gem. § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG schriftlich insbesondere zu unterrichten über die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, die Zahl und die Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, den Zeitraum, in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen, und die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer sowie für die Berechnung etwaiger Abfindungen.

Soweit die dem Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat gem. § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG obliegenden Pflichten mit denen aus § 102 Abs. 1 BetrVG und § 111 BetrVG übereinstimmen, kann er sie gleichzeitig erfüllen (BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11 – Rn 47; 21.3.2012 – 6 AZR 596/10 – Rn 23) Er muss in diesem Fall hinreichend klarstellen, dass und welchen Pflichten er gleichzeitig nachkommen will (BAG v. 20.9.2012 – 6 AZR 155/11 – a.a.O.; 16.1.012 – 6 AZR 407/10 – Rn 34 m.w.N.; APS/Moll, 4. Aufl., vor § 17 KSchG Rn 20). Es bedarf keiner Entscheidung, inwiefern eine gleichzeitige Erfüllung der Pflichten aus § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG und aus § 102 Abs. 1 BetrVG praktisch durchführbar ist (kritisch APS/Moll, 4. Aufl., vor § 17 KSchG Rn 20; ErfK/Kiel, 13. Aufl., § 17 KSchG Rn 26).

cc) Im Streitfall muss nicht entschieden werden, ob der Betriebsrat dem Schreiben der Beklagten vom 20.11.2013 die nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 – 6 KSchG erforderlichen Angaben entnehmen konnte. Die Beklagte hat mit ihm entgegen § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG jedenfalls nicht die Möglichkeiten beraten, die Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken und ihre Folgen zu mildern, oder ihm zumindest Gelegenheit hierzu gegeben. Die Beklagte hat die Kündigungen auch nicht mit dem Betriebsrat beraten.

Im Streitfall ist dem Schreiben an den Betriebsrat vom 20.11.2013 schon nicht zu entnehmen, dass die Beklagte mit seiner Übermittlung zugleich ihre Pflichten nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG erfüllen und dem Betriebsrat Gelegenheit zur Beratung gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG geben wollte.

Ist der Betriebsrat in gebotener Weise unterrichtet, hat der Arbeitgeber nach § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG mit ihm oder mit dem entsprechenden Ausschuss (§§ 27, 28 BetrVG) die Möglichkeit zu beraten, Entlassungen zu vermeiden oder einzuschränken oder ihre Folgen zu mindern. Die Pflicht zur Beratung gem. § 17 Abs. 2 S. 2 KSchG geht dabei über eine bloße Anhörung deutlich hinaus (APS/Moll, a.a.O. Rn 74). Der Arbeitgeber muss mit dem Betriebsrat über die Entlassungen bzw. die Möglichkeiten ihrer Vermeidung verhandeln oder ihm dies zumindest anbieten (vgl. BAG v. 28.5.2009 – 8 AZR 273/08 – Rn 58). Die Beratung mit dem Betriebsrat nach ordnungsgemäßer Unterrichtung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Massenentlassung. Eine Anzeige bei der Agentur für Arbeit nach nicht pflichtgemäßer Beratung führt zur Unwirksamkeit der Kündigung (ErfK/Kiel, 13. Aufl., § 17 KSchG Rn 24 m.w.N.). Der Zweck des Beteiligungsrechts kann nur erreicht werden, wenn die Betriebsparteien über die Sachverhalte der Massenentlassungsanzeige mit dem ernsthaften Einigungswillen verhandeln. Die Beratung erfordert deshalb mehr als Auskunftserteilung und Unterrichtung und mehr als eine schlichte Anhörung. Dies setzt regelmäßig ein Zeitfenster von mindestens zwei Wochen voraus (Argumentum 17 Abs. 3 S. 3 KSchG). Die Beklagte hat auch nicht behauptet, mit dem Betriebsrat tatsächlich über die geplante Massenentlassung und deren Folgen beraten zu haben. Da die Beklagte den Betriebsrat weder richtig unterrichtet noch mit ernsthaftem Einigungswillen mit

ihm verhandelt hat, scheidet die streitbefangene Kündigung vorliegend an § 17 Abs. 2 KSchG.

2.) Die Beklagte ist außerdem ihrer Verpflichtung gem. § 17 Abs. 3 S. 2 KSchG, der Massenentlassungsanzeige eine Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen, nicht nachgekommen. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 S. 3 KSchG liegen nicht vor. Die Stellungnahme ist auch nicht nach § 125 Abs. 2 InsO ersetzt worden, weil kein Interessenausgleich mit Namensliste zustande gekommen ist. Die gesetzliche Fiktion des § 125 Abs. 2 InsO gilt nur für den Interessenausgleich mit Namensliste in der Insolvenz. Der Arbeitgeber muss eine Abschrift der schriftlichen Unterrichtung des Betriebsrats zu Abs. 3 S. 1 „gleichzeitig“, also grundsätzlich am gleichen Tag, der Agentur für Arbeit zuleiten.

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte die Agentur für Arbeit nicht über eine schriftliche Unterrichtung des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG unterrichtet. Damit ist die Massenentlassungsanzeige unwirksam. Das Fehlen einer wirksamen Massenentlassungsanzeige hat ebenfalls die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge. In der Erklärung der Kündigung ohne wirksame Massenentlassungsanzeige liegt ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB (BAG v. 22.11.2012 – 2 AZR 371/11 – Rn 31, 37).

■ Arbeitsgericht Herford
vom 14.11.2014, 1 Ca 27/14

113. Kündigung, Interessenausgleich, Namensliste, Sozialauswahl

Aus dem Tatbestand:

Die Beratungen mit dem Betriebsrat führten schließlich dazu, dass am 14.1.2014 eine, wie es heißt, Betriebsvereinbarung, die zugleich ein Interessenausgleich gemäß § 112 BetrVG in Verbindung mit § 1 Abs. 5 KSchG sowie ein Sozialplan ist, abgeschlossen wurde. In dieser Vereinbarung wurde vorgesehen, dass 110 Arbeitnehmer zu kündigen waren und ein Sozialplan vereinbart wurde. Als Bewertungskriterium wurde vereinbart, dass für jedes Lebensjahr ein Punkt (jedoch maximal 59 Punkte), für die Betriebszugehörigkeit zwei Punkte je vollendetem Beschäftigungsjahr, für Unterhaltungspflichten je Kind 10 Punkte und für den Ehepartner fünf Punkte und für die Schwerbehinderung ab 50 % 10 Punkte jeweils festgelegt werden sollten. Des Weiteren wurde eine Namensliste beigefügt, auf der auch der Name des Klägers verzeichnet war. Des Weiteren wurde der Betriebsvereinbarung eine Anlage 1.) beigefügt. Auf dieser Anlage waren verschiedene Ebenen aufgeführt worden, unter anderem eine Ebene 1638, die Mechaniker im Bereich der Schermaschinen betraf und von der zwei Arbeitnehmer entlassen werden sollten. Nach der Anlage 1.) sind auch noch in anderen Ebenen Mechaniker beschäftigt. (...)

Schließlich kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit einem Schreiben vom 16.1.2014 zum 31.5.2014. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit seiner am

Bestandsschutz

28.1.2014 bei dem Arbeitsgericht Bielefeld eingegangenen Klage(...).

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl ergibt, liegt grundsätzlich beim Arbeitnehmer. Sie ist jedoch abgestuft. Der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit ändert daran nichts (BAG v. 17.11.2005 – 2 AZR 107/05). Es ist zunächst Sache des Arbeitnehmers, die grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen, sofern er über die erforderlichen Informationen verfügt. Soweit er hierzu nicht in der Lage ist und deswegen den Arbeitgeber zur Mitteilung der Gründe auffordert, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben, hat dieser als Folge seiner materiellen Auskunftspflicht gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 Halbsatz 2 KSchG auch im Prozess substantiiert vorzutragen.

Gibt der Arbeitgeber keine oder keine vollständige Auskunft, so kann der Arbeitnehmer beim Fehlen eigener Kenntnis seiner aus § 1 Abs. 3 KSchG i.V.m. § 138 ZPO herzuleitenden Substantiierungspflicht, die Namen sozial stärkerer Arbeitnehmer zu nennen, nicht genügen. In diesen Fällen ist ein Vortrag, es seien stärkere Arbeitnehmer als er vorhanden, schlüssig und ausreichend (BAG v. 18.1.2007 – 2 AZR 796/05; BAG v. 21.7.1988 – 2 AZR 75/88).

Solche Erwägungen gelten entsprechend, wenn der Vortrag des Arbeitgebers Anhaltspunkte dafür bietet, er habe die Sozialauswahl – bei Berücksichtigung des Vortrags des Arbeitnehmers – grob fehlerhaft nicht auf vergleichbare Arbeitnehmer erstreckt und der Arbeitgeber es unterlässt, sein Vorbringen zu vervollständigen. Die aus § 1 Abs. 3 S. 1 letzter Halbsatz KSchG folgende, subjektiv determinierte materielle Mitteilungspflicht des Arbeitgebers wird in dieser Konstellation ergänzt durch die prozessuale Erklärungspflicht nach § 138 ZPO. Ergibt sich aus der Mitteilung des Arbeitgebers, dass er Tatsachen, die objektiv erheblich sein können, in seine subjektiven Erwägungen nicht einbezogen hat und trägt der gekündigte Arbeitnehmer nachvollziehbar vor, gerade aus diesen Tatsachen ergebe sich die grobe Fehlerhaftigkeit der sozialen Auswahl, so ist es eine Obliegenheit des Arbeitgebers, seinen Vortrag weiter zu substantiieren. Anderenfalls ist der Vortrag des Arbeitnehmers, soziale Gesichtspunkte seien in grob fehlerhafter Weise unberücksichtigt geblieben, als unstreitig anzusehen (BAG v. 18.1.2007 – 2 AZR 796/05).

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger sich darauf berufen, dass die anderen Mechaniker der anderen Ebenen mit ihm im Rahmen der Sozialauswahl vergleichbar gewesen seien und der Kreis der zu vergleichenden Arbeitnehmer durch die Beklagte unzulässig eingeschränkt worden sei. Insgesamt würden noch weitere sieben Arbeitnehmer weiterbeschäftigt.

Der Inhalt der Anlage 1.) zur Betriebsvereinbarung vom 14.1.2014 spricht zunächst dafür, dass die Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer von der Beklagten zu eng gezogen worden ist, da auch noch auf anderen Ebenen Mechaniker beschäftigt werden, so dass sich daraus nicht ergibt, inwiefern

andere Arbeitnehmer eventuell Spezialkenntnisse etc. haben, so dass sie entweder nicht mit dem Kläger verglichen werden konnten oder aus der Sozialauswahl herauszunehmen waren, da die Weiterbeschäftigung dieser Arbeitnehmer im berechtigten betrieblichen Interesse der Beklagten lag gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.

Die Frage der Vergleichbarkeit kann jedoch im vorliegenden Verfahren dahingestellt bleiben. Selbst wenn der Kläger im Rahmen der sozialen Auswahl mit weiteren Mechanikern verglichen worden wäre, würde sich keine grob fehlerhafte Sozialauswahl im Sinne des Gesetzes ergeben.

Stellt sich heraus, dass der Arbeitgeber den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer zu eng gezogen hat, hat er im Prozess darzulegen, weshalb er trotz der gegen § 1 Abs. 3 i.V.m. § 5 KSchG verstoßenden Überlegungen ausnahmsweise im Ergebnis soziale Gesichtspunkte ausreichend bzw. in nicht grob fehlerhafter Weise berücksichtigt hat (BAG v. 17.1.2002 – 2 AZR 15/01; BAG v. 3.4.2008 – 2 AZR 879/06 m.w.N.).

Im vorliegenden Verfahren ergibt sich aus der von der Beklagten vorgelegten Liste der Sozialdaten der anderen Mechaniker, dass der Kläger unter Berücksichtigung der zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat gebildeten Punkteliste, an deren Richtigkeit keine Zweifel bestehen, die mit Abstand wenigsten Punkte erhalten hat im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die nicht gekündigt worden sind. Der Kläger hat 49 Punkte erreicht. Die nächsthöhere Punktzahl haben die Arbeitnehmer X mit 92 Punkten und Y ebenfalls mit 92 Punkten. Danach ist davon auszugehen, dass auch dann, wenn die Beklagte den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer weiter gezogen hätte als lediglich auf die Ebene 1638, der Kläger zur Kündigung angestanden hätte.

Schließlich kann die von der Beklagten durchgeführte Sozialauswahl nicht aus dem Grund als grob fehlerhaft angesehen werden, weil die Sozialpunkte des Klägers nicht mit denen der Mitarbeiter aus den Bereichen Montage, Instandhaltung, technische Dienstleistungen verglichen worden sind. Der Kläger wurde von der Beklagten als Monteur im Bereich Schermaschinen beschäftigt. Wenn seine Sozialdaten demgemäß nicht verglichen worden sind mit den Arbeitnehmern aus den anderen Bereichen, kann dies zumindest nicht als grob fehlerhaft angesehen werden, indem der Kreis der auswahlrelevanten Personen evident verkannt worden ist. (...).

■ **Arbeitsgericht Bielefeld**

vom 3.3.2015, 7 Ca 204/14

eingereicht von Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Gussen

Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück

Tel.: 05242/920432, Fax: 05242/920449

info@drhgussen.de, www.gussen-arbeitsrecht.de

114. Kündigung, Interessenausgleich, Namensliste, Insolvenz

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach § 125 Insolvenzordnung wird das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse vermutet. Die Klägerin hat den Beweis des Gegenteils nicht erbracht. (...)

Eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG liegt zur Überzeugung der erkennenden Kammer vor. Es handelt sich um eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG und eine Einschränkung nach Nr. 1.

Ein wirksamer Interessenausgleich ist schriftlich niedergelegt worden. Die Kammer hat sich in der mündlichen Verhandlung davon überzeugt, dass die einzelnen Seiten des Interessenausgleichs fest mittels einer Heftmaschine verbunden sind. Außerdem sind die einzelnen Seiten von den Betriebsparteien abgezeichnet worden.

Damit greift die gesetzliche Vermutung nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 Insolvenzordnung, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse der bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Nach § 292 ZPO ist der Beweis des Gegenteils zulässig. Dieser Beweis des Gegenteils ist seiner Natur nach Hauptbeweis, also erst dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache voll bewiesen ist. Der Arbeitnehmer hat deshalb darzulegen und zu beweisen, dass der vermutete Rechtszustand (Betriebsbedingtheit der Kündigung) nicht besteht. Ein Anscheinsbeweis reicht nicht aus. Es muss ein substantiiertes Tatsachenvortrag unter Beweis gestellt werden, der den gesetzlich vermuteten Umstand nicht nur in Zweifel zieht, sondern ausschließt. (...)

Die Sozialauswahl ist nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen. Die Beschränkung der Überprüfbarkeit erfasst alle Aspekte der Sozialauswahl. Weiterhin ist aber auch die Bildung der auswahlrelevanten Gruppe nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen (BAG v. 7.5.1998 – AP Nr. 94 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 5.11.2009 – AP Nr. 183 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; von *Hoyningen-Huene/Linck/Krause*, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 KSchG Rn 1054). Die Sozialauswahl ist grob fehlerhaft, wenn sie evident unangemessen ist und jede Ausgewogenheit vermissen lässt.

Nach Auffassung der erkennenden Kammer kann eine grob fehlerhafte Sozialauswahl nicht festgestellt werden. Durch die gesetzliche Regelung in § 125 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung wird den Betriebsparteien ein weiter Auswahlspielraum zugestanden. Die Anknüpfung an eine Beschäftigung in der Telefonauskunft ... ist an sich nicht grob fehlerhaft. Vielmehr handelt es sich um ein sachliches Auswahlkriterium. Die Telefonauskunft ... fällt weg. Insofern ist es sachlich nachvollziehbar, wenn die Betriebsparteien diejenigen Beschäftigten auswählen, die im Kündigungszeitpunkt schwerpunktmäßig in der Telefonauskunft gearbeitet haben. Im Rahmen der Prüfung der groben Fehlerhaftigkeit kommt es zur Überzeugung der

erkennenden Kammer nicht darauf an, ob sich die Klägerin innerhalb von etwa 3 Wochen auch in ein anderes Arbeitsgebiet einarbeiten könnte. Es ist ebenfalls nicht entscheidend, ob die Klägerin zuvor bereits einmal in einem anderen Projektbereich eingesetzt war. Die Betriebsparteien haben einen weiten Bewertungsspielraum. Diesen haben sie nicht überschritten. Insofern wäre es Sache der Klägerin gewesen aufzuzeigen, dass die Auswahl jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Zwar hat die Klägerin Personen namentlich benannt, von denen sie behauptet, diese seien sozial weniger schutzwürdig. Die Klägerin hat aber nicht vorgetragen, über welche konkrete Beschäftigungszeit bzw. welches Lebensalter die benannten Personen verfügen. Nur wenn etwa ein Unterschied im Lebensalter oder der Betriebszugehörigkeit von 20 oder 25 Jahren bestehen würde, könnte von evidenter Unangemessenheit ausgegangen werden. (...)

■ Arbeitsgericht Magdeburg

vom 11.11.2014, 9 Ca 596/14

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader
Laborius – Die Fachanwälte für Arbeitsrecht
Podbielskistraße 33, 30163 Hannover
Tel.: 0511/2155563-32, Fax: 0511/2155563-43
rs@laborius.eu, www.laborius.eu

115. Betriebsbedingte Kündigung, Interessenausgleich, Teil-Namensliste, Vermutungswirkung

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte (...) schloss unter dem 18.7.2013 mit dem bei ihr gewählten Betriebsrat einen Interessenausgleich und als Anlage 2 zu diesem Interessenausgleich eine von den Betriebspartnern (...) unterzeichnete Namensliste. (...)

Alle Mitarbeiter aus der Vergleichsgruppe „Anlernfähigkeit“ sind auf der Namensliste aufgeführt gewesen. Insgesamt umfasste die Namensliste die Namen von 129 in der Produktion beschäftigten Arbeitnehmern aus den Bereichen „Frames“ und „Mechanism“. Der von den Betriebspartnern und vom Vorsitzenden der tarifvertraglichen Schlichtungsstelle unterzeichnete Interessenausgleich sah ebenfalls den Wegfall von 12 Arbeitsplätzen aus dem Bereich der „NESD Zentralfunktion“ vor. Auf Bl. 10 des Interessenausgleiches heißt es im vorletzten Absatz insoweit wörtlich:

„In dieser Namensliste sind Entlassungen, die den Bereich NESD Zentralfunktionen betreffen (siehe 13.III) nicht enthalten. Diese Entlassungen (12) sollen soweit als möglich über Auflösungsvereinbarungen erfolgen. Insoweit soll die Namensliste auch künftig nicht ergänzt werden.“ (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

A. (...) B. (...) I. (...) 1. (...)

2. Die Vermutungswirkung dieses Interessenausgleichs mit Namensliste entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Erfassung sämtlicher zu entlassender Arbeitnehmer auf der Namensliste.

Bestandsschutz

a) Ist in einem Interessenausgleich die Entlassung einer Vielzahl von Arbeitnehmern vorgesehen, enthält die Namensliste jedoch nicht die Namen sämtlicher der zur Entlassung anstehenden Arbeitnehmer, so wird unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der sogenannten Teil-Namensliste die Frage, ob eine solche Liste dem Tatbestand des § 1 Abs. 5 KSchG entspricht und zugunsten des kündigenden Arbeitgebers die dort vorgesehenen Kündigungserleichterungen auslöst, durchaus kontrovers erörtert.

aa) Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes hat sich ersichtlich noch nicht vollständig abschließend zum vorstehenden Problemkreis geäußert: Die Entscheidung vom 26.3.2009 (2 AZR 296/07 – AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste) enthielt keine grundlegende Klärung der Frage, ob eine „Teil-Namensliste“ eine ausreichende Grundlage für die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG darstellt. In diesem Zusammenhang hat das BAG ausgeführt, der Zweck des § 1 Abs. 5 KSchG bestehe vor allem darin, bei betriebsbedingten Kündigungen einer größeren Zahl von Arbeitnehmern die Sozialauswahl für alle Beteiligten rechtsicher zu gestalten. Der Wortlaut des § 1 Abs. 5 KSchG sei nicht eindeutig. Es komme auf den Sinn und Zweck dieser Vorschrift an. Es spreche einiges dafür, dass Grundlage der Namensliste eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG sei, der regelmäßig ein geschlossenes unternehmerisches Konzept zugrunde liege. Die Namensliste stelle die konkrete Umsetzung dieses unternehmerischen Konzeptes dar. Sie müsse deshalb, um in sich schlüssig zu sein, das unternehmerische Konzept vollständig erfassen und umsetzen. Im konkreten Streitfall hat das Bundesarbeitsgericht die generelle Klärung dieser Frage offen gelassen, weil die Betriebspartner bei ihrer Einigung Erwägungen hätten durchschlagen lassen, die außerhalb des Gesetzeszweckes lagen. Denn dort seien Arbeitnehmer nur deshalb in die Liste aufgenommen worden, um bei dem von diesen Mitarbeitern gewünschten freiwilligen Ausscheiden drohende Sperrzeiten gem. § 144 SGB III nach Möglichkeit auszuschließen. Auch in den Entscheidungen vom 19.7.2012 (2 AZR 352/11 – AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste) und vom 27.9.2012 (2 AZR 516/11 – EZA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 25) hat das Bundesarbeitsgericht die grundsätzliche Eignung einer Teil-Namensliste als Grundlage für die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG nicht geklärt.

bb) In der Literatur wird weit überwiegend eine Teil-Namensliste als Grundlage der Rechtswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG abgelehnt, weil es der Zweck dieser Norm gebiete, die Namen der zu kündigenden Arbeitnehmer vollständig aufzuführen; dem entspreche eine Teil-Namensliste nicht. Auch bestehe keine Gewähr, dass nach schlüssigen sozialen Kriterien entschieden werde. Der Zweck der Privilegierung verlange die abschließende Aufnahme der gekündigten Arbeitnehmer in die Namensliste (GK-Oetker, 10. Aufl., §§ 112, 112a, Rn 27; Richardi, 13. Aufl., § 112, Rn 22 b; Fitting, 27. Aufl., §§ 112, 112a Rn 55; H/B/K-Quecke, 5. Aufl., § 1 KSchG Rn 424; DKK-Däubler,

13. Aufl., §§ 112, 112a Rn 32; ErfK-Oetker, 14. Aufl., § 1 KSchG Rn 360a).

cc) Demgegenüber hält eine abweichende Literaturmeinung eine Teil-Namensliste für grundsätzlich geeignet, die Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG auszulösen (Richter/Riem: Ganz oder gar nicht? – Rechtsfolgen von Teil-Namenslisten in NZA 2011, 1254 ff.).

b) Die vorstehende Problematik der Teil-Namensliste als Grundlage für die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG ist auch entscheidungserheblich. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten lassen sich die konkreten, in dem Interessenausgleich vom 18.7.2013 vorgenommenen Regelungen als Teil-Namensliste charakterisieren: Die Entlassungen der Arbeitnehmer im Produktionsbereich und die Entlassungen der Angestellten im Bereich der NESD-Zentralfunktionen sind gegenständlich in ein und demselben Interessenausgleich als unternehmerische Maßnahme zusammengefasst worden. Sie bilden die Betriebsänderung gem. § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG ab, die Grundlage der Privilegierung des § 1 Abs. 5 KSchG ist. Darüber hinaus lassen sich die in III des Interessenausgleiches unter NESD-Zentralfunktionen beschriebenen unternehmerischen Maßnahmen unproblematisch als die in der Vorbemerkung zum Interessenausgleich genannten Restrukturierungsmaßnahmen verstehen. Schlussendlich entspricht es auch einem ganz allgemeinen, grundlegenden Verständnis, dass der Abbau von mehr als 100 Arbeitsplätzen im Produktionsbereich regelmäßig auch zu einer Verschlankung des administrativen Bereiches führt.

Der Einwand der Beklagten, betriebsbedingte Kündigungen seien im Bereich des Abbaus vorgenannter Arbeitsplätze nicht vorgesehen, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Denn der Interessenausgleich enthält keine verbindliche Festlegung, in welcher Weise die Entlassungen durchgeführt werden sollen. Soweit es dort vorrangig um Auflösungsvereinbarungen geht, sind betriebsbedingte Kündigungen nicht ausgeschlossen. Ohne Auflösungsvereinbarungen wären betriebsbedingte Entlassungen erforderlich gewesen. Die Prognose der Beklagten, zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interessenausgleiches sei absehbar gewesen, dass sämtliche Entlassungen im Wege von Auflösungsvereinbarungen hätten erfolgen können, war zum seinerzeitigen Zeitpunkt keineswegs zwingend. Allein positiv verlaufende Verhandlungen, die noch nicht zum Abschluss geführt haben, rechtfertigen eine solche Annahme nicht.

c) Obwohl durch die Herausnahme der Entlassungen im NESD-Zentralfunktionenbereich aus der Namensliste die mit dem Interessenausgleich verbundene Namensliste als sogenannte Teil-Namensliste zu qualifizieren ist, begründet sie die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 5 KSchG und ist die Grundlage für die Anwendung dieser Norm. Hierbei hält die Berufungskammer eine Teil-Namensliste nicht generell für eine taugliche Grundlage des § 1 Abs. 5 KSchG, sondern nur in einer eng umgrenzten Fallkonstellation, die vorliegend jedoch anzuerkennen ist: Diese Fallkonstellation ist zum einen da-

durch gekennzeichnet, dass der Bereich, in dem die Betriebspartner eine Namensliste erstellen, von dem Bereich, für den keine Namensliste existiert, so deutlich abgrenzbar ist, dass nicht die entfernte Möglichkeit besteht, die Sozialauswahl des einen Bereiches könnte die Sozialauswahl in dem anderen Bereich in irgendeiner Form beeinflussen. Mit anderen Worten: Es ist ausgeschlossen, dass die Arbeitnehmer der Namensliste mit den übrigen Arbeitnehmern aus dem Bereich der NESD-Zentralfunktion vergleichbar sein könnten.

Darüber hinaus muss auch ein wertendes Element vorhanden sein, um die unterschiedliche Handhabung der Entlassungen in dem einen wie in dem anderen Bereich zu rechtfertigen. Zu fordern ist ein quantitatives Element; der Bereich, der durch die Namensliste geregelt ist, muss von der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer den übrigen Bereich deutlich überwiegen, so dass das erkennbare Interesse der Betriebspartner, Rechtsklarheit durch eine Namensliste zu schaffen, gegenüber dem nicht durch Namenslisten geregelten Bereich hervorgehoben wird. All die Vorgaben hat die Beklagte zur Überzeugung der Berufungskammer erfüllt: Die Entlassungen in dem Bereich NESD-Zentralfunktionen sind absolut von den übrigen Produktionsbereichen zu unterscheiden, die Sozialauswahl in dem einen Bereich kann die Sozialauswahl des anderen Bereiches nicht berühren. Auch ist der Bereich der Entlassungen in den NESD-Zentralfunktionen so klein, dass problemlos individuelle Lösungen (sei es durch Auflösungsverträge oder auch durch betriebsbedingte Kündigungen) durchgeführt werden können und ein echtes Bedürfnis nach Rechtsklarheit durch eine Namensliste – anders als im Produktionsbereich, wo mehr als 100 Arbeitsplätze abgebaut werden – nicht besteht. (...)

C. (...) Gem. § 72 Abs. 2 ArbGG war die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Streitsache zuzulassen. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 22.1.2015, 5 Sa 1013/14

116. Außerordentliche Kündigung, Vorbereitung von Konkurrenzfähigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, verhaltensbedingten Kündigung der Beklagten (...)

Nach Angaben des Klägers fasste er gegen Jahresende 2012 im Beisein der Mitarbeiterin ... und von dieser unterstützt den spontanen Entschluss, die Beklagte im Laufe des Jahres 2013 zu verlassen und ein eigenes Unternehmen (...) zu gründen und über dieses konkurrierende Softwarelösungen anzubieten. Der nach Darstellung des Klägers aus eigenem Entschluss ebenfalls abwanderungswillige Programmierer ... nahm bereits um die Jahreswende 2012/2013 mit Arbeitsmitteln (...), die der Kläger erworben und ihm zur Verfügung gestellt hatte, in Absprache und wiederholter Rückkoppelung mit die-

sem ohne Kenntnis der Beklagten zumindest vorbereitende Arbeiten an dem Programm „...“ auf, welches die ... als Alternativprodukt zur Software „...“ auf den Markt bringen wollte. (...)

Noch unter dem 17.6.2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum 15.7.2013.

Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...) 1. (...) b. Als wichtiger Grund für eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung „an sich“ geeignet sind regelmäßig erhebliche Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit der Verletzung des Rücksichtnahmegebots aus § 241 Abs. 2 BGB durch Ausübung von Konkurrenzfähigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses.

Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist dem Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich jede Konkurrenzfähigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt (BAG, Urt. v. 28.1.2010 – 2 AZR 1008/08 – AP Nr. 227 zu § 626 BGB m.w.N.; BAG, Urt. v. 26.6.2008 – 2 AZR 190/07 – AP Nr. 213 zu § 626 BGB). Auch wenn dazu keine einschlägigen individual- oder kollektivrechtlichen Regelungen bestehen und der Arbeitnehmer nicht Handlungsgehilfe i.S.d. § 60 Abs. 1 HGB ist, der eine entsprechende Verhaltenspflicht für diesen Beschäftigtenkreis ausdrücklich begründet, folgt dies aus der nunmehr in § 241 Abs. 2 BGB normierten Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners (BAG, Urt. v. 24.3.2010 – 10 AZR 66/09 – AP Nr. 141 zu Art. 12 GG). Der Arbeitgeber ist danach vor Wettbewerbshandlungen seiner Arbeitnehmer geschützt. Die Arbeitnehmer dürfen Dritten im Marktbereich ihrer Arbeitgeber keine Dienste oder Leistungen anbieten, weil den Arbeitgebern dieser uneingeschränkt und ohne nachteilige Beeinflussung durch die eigenen Beschäftigten offenstehen soll (BAG, Urt. v. 28.1.2010, a.a.O.).

Dem Arbeitnehmer ist danach nicht nur die Konkurrenzfähigkeit im eigenen Namen untersagt, sondern ihm ist ebenso wenig gestattet, einen Wettbewerber des Arbeitgebers zu unterstützen. Zulässig sind hingegen – etwa im Zusammenhang mit der Vorbereitung einer späteren, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigten, selbstständigen Tätigkeit – solche Vorbereitungshandlungen, die nicht schon selbst als Teil der werbenden Tätigkeit aufzufassen sind und die in die Interessen des Arbeitgebers nicht unmittelbar eingreifen (BAG, Urt. v. 26.6.2008, a.a.O.). Diese Grundsätze gelten auch für die Ausübung von Nebentätigkeiten, etwa im Rahmen eines weiteren Arbeitsverhältnisses (BAG, Urt. v. 24.3.2010, a.a.O.). Etwas anderes kann dann gelten, wenn sich um eine einfache Tätigkeit handelt, die sich in einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenten – etwa durch die Ausübung nicht fachspezifisch qualifizierter Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug – erschöpft (BAG, a.a.O.). Daher ist unter Berücksichtigung der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit im Rahmen einer Gesamtwür-

Bestandsschutz

dig der Umstände festzustellen, ob eine konkrete Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliegt (BAG, a.a.O.).

c. Gemessen an diesen Maßstäben hat der Kläger vorliegend seine Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB durch die Ausübung einer qualifizierten Tätigkeit für eine in Gründung befindliche Wettbewerberin nachhaltig unter Einbindung des Mitarbeiters ... verletzt, womit ein die außerordentliche Kündigung vom 17.6.2013 an sich tragender, wichtiger Grund in seinem Verhalten begründet ist. Der Kläger hat dem bei der Beklagten für die Software „...“ zuständigen Programmierer ... um die Jahreswende 2012/2013 unstreitig Arbeitsmittel für die in Gründung befindliche ... zur Verfügung gestellt (Programmierzulassung, Laptop), damit dieser in enger Abstimmung mit ihm die Arbeiten an dem Programm „...“ noch im bestehenden Arbeitsverhältnis aufnehmen konnte, was zumindest im unstreitig gestellten Umfang von 60 bis 80 Stunden auch erfolgt ist. Die Tätigkeit bezog sich dabei auf die Entwicklung einer Software, die nach dem Willen des Klägers künftig mit den Produkten der Beklagten konkurrieren sollte. Er hat damit einer in Gründung befindlichen Wettbewerberin im Marktsegment der Beklagten erkennbar einen Zeitvorteil verschaffen wollen, um ebenso erkennbar gegen deren Interessen das Konkurrenzprodukt zum eigenen Vorteil vorzeitig marktfähig werden zu lassen. Denn der Beginn von Programmierarbeiten für Produkte der ... war – vom Willen des Klägers getragen – damit verbunden, dass sich die Beklagte dem Wettbewerb mit dem neuen Produkt würde früher stellen müssen, als dies bei pflichtgemäßer Aufnahme der Programmierarbeiten erst nach Beendigung des dortigen Arbeitsverhältnisses möglich gewesen wäre. Zu diesem Zweck hat der Kläger bewusst auf den Mitarbeiter ... zurückgegriffen, der als Kompetenzträger der Beklagten bei paralleler Arbeit an zwei konkurrierenden Produkten ungehinderten und unkontrollierbaren Transfer aktuellen Wissens vornehmen konnte.

Er hat damit einen Mitarbeiter der Beklagten zum Vertragsbruch bestimmt und mit diesem im bestehenden Arbeitsverhältnis an einem Konkurrenzprodukt gearbeitet. Die Versuche, dies unter Hinweis auf ein Testen und Probieren und eine Vornahme der wesentlichen Arbeiten erst zu einem späteren Zeitpunkt zu relativieren, sind untauglich. Der Kammer wie den Parteien ist bekannt, dass der Mitarbeiter selbst einräumen musste, in dieser Zeit schon „kleinere Funktionen“ fertiggestellt zu haben. Der Mitarbeiter ... hat auf diese Weise, nach dem Willen des Klägers und von diesem entsprechend ausgestattet, für die ... genau die qualifizierte Tätigkeit ausgeübt, deren Ableistung er aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis der Beklagten schuldete.

Der Kläger hat damit selbst und mittelbar durch den Mitarbeiter ... genau den Tatbestand verwirklicht, den das außerhalb des § 60 Abs. 1 HGB ungeschriebene, über § 241 Abs. 2 BGB in jedes Arbeitsverhältnis einstrahlende Verbot der Konkurrenzfähigkeit im Blick hat. Denn es entstand über die parallele

Arbeit an zwei (künftig) konkurrierenden Produkten zweier verschiedener Anbieter eben genau jene Situation des Interessenkonflikts in der Person des Arbeitnehmers und die Gefahr des Transfers aktuellen Wissens und aktuell erworbener Kenntnisse, den das Verbot im Interesse der wirtschaftlichen Belange des Vertragspartners ausschließen will. Die schutzwürdigen Interessen der Beklagten an der – durch ihre Arbeitnehmer – ungestörten Entfaltung in ihrem Marktsegment hat der Kläger auf diese Weise nachhaltig verletzt.

Dabei ist es nach der zitierten Rechtsprechung (BAG v. 24.3.2010, a.a.O.), welcher sich die Berufungskammer anschließt, unerheblich, in welchem Rechtsverhältnis genau der Kläger sowie der Mitarbeiter ... diese Nebentätigkeit ausübten, denn entscheidend für die Verletzung der geschützten Interessen des anderen Vertragsteils ist der Umstand der parallel ausgeübten Tätigkeit als solcher.

aa. Entgegen der Auffassung des Klägers kann insoweit nicht mehr von einer zulässigen Vorbereitungshandlung ausgegangen werden. Betrachtet man die zutreffenden rechtlichen Erwägungen des Bundesarbeitsgerichts, 2. Senat, in der Entscheidung vom 26.6.2008 (a.a.O.), denen sich die Berufungskammer ausdrücklich anschließt, so ist unter dem Gesichtspunkt der Vorbereitungstätigkeit primär der Arbeitnehmer angesprochen, der auf den beabsichtigten Schritt in die Selbstständigkeit hinarbeitet. Dieser darf zulässigerweise die notwendigen Maßnahmen für die Gründung des eigenen Unternehmens vornehmen, nicht aber bereits werbend tätig werden, wozu ausdrücklich auch die Vorbereitung von Konkurrenzgeschäften gehört. Der Arbeitnehmer, der sich selbstständig zu machen beabsichtigt, kann danach etwa bereits während der abhängigen Beschäftigung die formalen Voraussetzungen der Selbstständigkeit in gesellschafts-, gewerbel- oder steuerrechtlicher Hinsicht schaffen. Hat er den Wechsel zu einem anderen Arbeitgeber im Blick, sind als entsprechende Vorbereitungshandlungen etwa der Erwerb zusätzlicher benötigter Kenntnisse oder Qualifikationen oder das Kennenlernen von Arbeitsstätte und Mitarbeiterschaft denkbar.

bb. Die Aufnahme von Entwicklungsarbeiten an einem Konkurrenzprodukt stellt sich hingegen denkbare nicht als bloße Vorbereitungshandlung dar. Denn hierbei handelt es sich – unabhängig davon, ob der Wettbewerber bzw. der neue Arbeitgeber selbst bereits am Markt in Erscheinung getreten ist oder dies für die nahe Zukunft plant – um ein Verhalten, das in die wirtschaftlichen Interessen des bisherigen Vertragspartners unmittelbar eingreift, weil es auf die Vorbereitung des Konkurrenzgeschäfts selbst – hier Entwicklung und Vertrieb konkurrierender Software – gerichtet ist. Dass es dem Kläger in Kooperation mit dem Mitarbeiter ... genau um einen solchen Eingriff in die Wettbewerbsinteressen der Beklag-

ten ging, ist durch die Heimlichkeit des Vorgehens belegt. (...)

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 6.11.2014, 8 Sa 729/14

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Stephan Pauly

Pauly & Partner

Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn

Tel.: 0228/62090-0, Fax: 0228/62090-90

paulypauly@paulypartner.de, www.paulypartner.de

117. Spesenbetrug, Rechtfertigungsgrund, Abfindung, Darlegungs- und Beweislast, Bestreiten ins Blaue, Ausforschungsbeweis

Leitsatz:

1. Grundsätzlich ist derjenige, der eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen hat, darlegungs- und beweisbelastet für alle Umstände, die als wichtiger Grund geeignet sein können. Das gilt auch für die Entkräftung von Rechtfertigungsgründen, die der Arbeitnehmer seinerseits gegen die Kündigungsgründe einwendet.

2. Der Vortrag des gekündigten Arbeitnehmers, er habe mit der Firmenkreditkarte einen Einkaufsgutschein für einen Geschäftskunden erworben, stellt dabei einen ebenso hinreichend substantiierten Rechtfertigungseinwand dar, wie der Vortrag, bestimmten zulasten des Arbeitgebers beglichene Kundenrechnungen hätten konkrete Leistungen des Kunden gegenübergestanden, wenn diese Leistungen nebst weiteren Umständen der Vertragsabwicklung im Einzelnen geschildert werden.

3. Die Vernehmung eines „ins Blaue“ benannten Zeugen ohne konkreten Sachvortrag dahingehend, warum der Zeuge Kenntnis von den beweisheblichen Tatsachen hat, stellt einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 26.11.2014, 3 Sa 239/10

118. Außerordentliche Kündigung, Presseartikel, Untreue, Schwerbehindertenvertretung, Personalrat

Leitsatz:

1. Eine Rechtfertigung dafür, dass ein Arbeitnehmer Vorwürfe schwerwiegenden Fehlverhaltens gegen Vorgesetzte, Repräsentanten des Arbeitgebers oder den Arbeitgeber selber an die Presse bringt oder gegenüber der Presse veröffentlichungswirksam als richtig bestätigt, setzt unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer die Wahrheit der Vorwürfe entweder aus eigener Anschauung sicher kennt oder zumindest über so gewichtige, objektiv nachprüfbare Anhaltspunkte für die Wahrheit der Vorwürfe verfügt, dass ein Anlass zu irgendeinem Zweifel an deren Richtigkeit für ihn nicht bestehen kann.

2. Ein Rechtsgrundsatz, wonach zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers die Schwerbehindertenvertretung zwingend zeitlich vor dem zuständigen Personalrat angehört werden müsste, existiert nicht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 20.2.2014, 7 Sa 1155/09

119. Außerordentliche Kündigung, Urkundenfälschung

Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...) Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 15.11.2013 bat die Klägerin eine dritte Person, unter Verwendung einer ärztlichen Bescheinigung für den Bezug von Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes die Daten betreffend der Krankheitstage an die Abwesenheitszeiten der Klägerin vom 6./7.3.2013, 3.4.2013 sowie 17./18.9.2013 „anzupassen“. Diese reichte sie sodann bei der Personalabteilung der Beklagten ein.

Darauf, ob das Verhalten der Klägerin strafrechtlich als Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) anzusehen ist, kommt es nicht an. Für die kündigungsrechtliche Bewertung ist nicht die strafrechtliche Beurteilung maßgeblich, sondern die Schwere der Vertragspflichtverletzung (BAG v. 11.5.2010 – 2 AZR 845/08).

Im Hinblick auf die Schwere der Vertragspflichtverletzung kann der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch nur bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht zugemutet werden. Die Klägerin hat der Beklagten von einem Dritten hergestellte – nicht von dem als Aussteller angegebenen Arzt verfasste – Bescheinigungen über die Erkrankungen ihres Kindes vorgelegt. Sie handelte vorsätzlich, denn ihr war bekannt, dass diese Bescheinigungen nicht von ihrem Kinderarzt stammten. Ihr Verhalten erscheint nicht deshalb in einem milderen Licht, weil die Beklagte sie zuvor zur Vorlage der Bescheinigungen wiederholt eindringlich aufgefordert hat. Selbst wenn sich die Klägerin hierdurch unter Druck gesetzt fühlte, rechtfertigt oder entschuldigt dies ihr Verhalten nicht, noch lässt es dieses auch nur verständlich oder nachvollziehbar erscheinen. Wenn die Klägerin über die Originalbescheinigungen nicht oder nicht mehr verfügte, hätte sie sich diese entweder von dem Arzt nochmals ausstellen lassen oder gegenüber der Beklagten einräumen müssen, diese nicht vorlegen zu können. Die Vorlage manipulierter Bescheinigungen ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt hinnehmbar. Das Verhalten der Klägerin erscheint auch nicht deshalb in einem milderen Licht, weil sie nicht die Erlangung eines Vermögensvorteils erstrebte. Dies wäre vielmehr gegebenenfalls zusätzlich als belastender Umstand zu berücksichtigen. Bereits die Vorlage der manipulierten Bescheinigungen wiegt so schwer, dass der Beklagten eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Zulasten

Bestandsschutz

der Klägerin ist ferner zu berücksichtigen, dass ihr Verhalten auf Heimlichkeit angelegt war. (...)

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 23.3.2015, 16 Sa 646/14

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader
Laborius – Die Fachanwälte für Arbeitsrecht
Podbielskistraße 33, 30163 Hannover
Tel.: 0511/2155563-32, Fax: 0511/2155563-43
rs@laborius.eu, www.laborius.eu

120. Voraussetzung einer Verdachtskündigung

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, (...) Das Arbeitsgericht hat mit Urte. v. 14.1.2014 der Kündigungsschutzklage stattgegeben.

Aus Sicht der Beklagten bleibe der Kläger verdächtig, die Vorteile aus den Parkettlegearbeiten und des Einbaus der Duschkabinen gefordert und/oder angenommen zu haben, um die Firma S. bei dem Bezug von Waren und gewerblichen Dienstleistungen durch die Beklagte unlauter zu bevorzugen.

Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...) 1. (...) a) Mit der Beklagten ist zunächst davon auszugehen, dass die vorsätzliche Annahme eigener Vorteile zu Lasten des Arbeitgebers unter Verstoß gegen die Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB an sich geeignet ist, einen wichtigen Grund für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses darzustellen, wenn das gezeigte Verhalten das Vertrauen in die Redlichkeit, Zuverlässigkeit und Loyalität zerstört.

Auch der Verdacht einer schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Verfehlung kann zum Ausspruch einer Kündigung genügen, wobei der Verdacht sich auf konkrete Tatsachen gründen und dringend sein muss. Dabei sind an die Darlegung und Qualität der schwerwiegenden Verdachtsmomente besonders strenge Anforderungen zu stellen, weil bei einer Verdachtskündigung immer die Gefahr besteht, dass ein „Unschuldiger“ betroffen ist (BAG v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 – m.w.N.). Es muss eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Verdacht zutrifft. Die Umstände, die ihn begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöchte. Bloße auf mehr oder weniger haltbare Vermutungen gestützte Verdächtigungen reichen zur Rechtfertigung eines dringenden Tatverdachts nicht aus (BAG v. 24.5.2012 – 2 AZR 206/11 – m.w.N.). Auch als ordentliche Kündigung ist eine Verdachtskündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dies gilt auch für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts als solchen. In dieser Hinsicht bestehen keine Unterschiede zwischen außerordentlicher und ordentlicher Kündigung. Für beide Kündigungsarten

muss der Verdacht gleichermaßen erdrückend sein (BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11 – m.w.N.).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 19.11.2014, 11 Sa 214/14

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. jur. Jürgen Höser
HD&P. Rechtsanwälte
Kölner Straße 2, 50226 Frechen
Tel.: 02234/1820-0, Fax: 02234/1820-10
office@hdup.de, www.hdup.de

121. Personenbedingte Änderungskündigung, Minderleistung, Darlegungs- und Beweislast

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von personenbedingten Änderungskündigungen der Beklagten (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

II. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. (...)

3. (...) b) Die Beklagte hat zur Begründung der Änderungen der Arbeitsbedingungen aus personenbedingten Gründen vorgetragen, der Klägerin fehlten die strategischen Fähigkeiten sowie die Führungseigenschaften, um die vertraglich vereinbarte Tätigkeit in der von der Beklagten erwarteten Qualität zu erbringen. Das hat die Beklagte jedoch nicht ausreichend substantiiert.

aa) Als personenbedingte Gründe, die eine ordentliche Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen können, sind nur solche Umstände anzuerkennen, die auf einer in den persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers liegenden „Störquelle“ beruhen. Eine personenbedingte Kündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Sphäre liegen, jedoch nicht von ihm verschuldet sein müssen, zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage ist. In diesen Fällen liegt in der Regel eine schwere und dauerhafte Störung des Austauschverhältnisses vor, ohne dass dem Arbeitnehmer eine Vertragsverletzung vorzuhalten wäre: Die konkrete Vertragspflicht zur Arbeit ist individuell zu bestimmen. Der Arbeitnehmer, der trotz angemessener Bemühung die Normalleistung unterschreitet oder nicht erbringt, verstößt nicht gegen den Vertrag, sondern unterschreitet die nicht zur Vertragsbedingung erhobene berechnete Erwartung des Arbeitgebers von einem ausgewogenen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 – Rn 105 ff. m.w.N., AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 48). Auf derartige Störungen stehen einem Arbeitgeber im Wesentlichen die Vorschriften über die personenbedingte Änderungs- und Beendigungskündigung zu Gebote. Eine personenbedingte Kündigung wegen Minderleistungen setzt deshalb nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers in einem Maße unterschreitet, dass ihm ein Fest-

halten an dem (unveränderten) Arbeitsvertrag unzumutbar wird. Darüber hinaus setzt die Kündigung aus personenbedingten Gründen stets voraus, dass auch für die Zukunft nicht mit einer Wiederherstellung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zu rechnen ist und kein milderes Mittel zur Wiederherstellung eines Vertragsgleichgewichts zur Verfügung steht (BAG v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02 – Rn 108, a.a.O.; LAG Rheinland-Pfalz v. 25.3.2014 – 6 Sa 357/13 – zu A. I. 2.4.2 a) aa) der Entscheidungsgründe, LAGE § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 27).

Im Prozess hat der Arbeitgeber im Rahmen der abgestuften Darlegungslast zunächst nur die Minderleistung vorzutragen. Ist dies geschehen, so muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz unterschiedlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft bzw. woran die Störung des Leistungsgleichgewichts liegen könnte und ob in Zukunft eine Besserung zu erwarten ist (BAG v. 3.6.2004 – 2 AZR 386/03 – Rn 41, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 33; LAG Rheinland-Pfalz v. 25.3.2014 – 6 Sa 357/13 – zu A. I. 2.4.2 a) aa) der Entscheidungsgründe, a.a.O.).

bb) Diesen Grundsätzen, die auch das Arbeitsgericht zutreffend angewandt hat, folgt das Berufungsgericht. Die hiergegen von der Beklagten in der Berufung vorgebrachten Bedenken überzeugen nicht.

Richtig ist zwar, dass es sich beim Aufgabenfeld der Klägerin nicht um einfach messbare Vorgänge handelt, indem z.B. eine bestimmte pro Stunde herstellbare Stückzahl eines Produkts verglichen wird. Ebenso kann der Beklagten in ihrer Einschätzung gefolgt werden, dass die Darstellung von Tatsachen, die unzureichende Arbeitsergebnisse belegen sollen, umso schwieriger ist, je höher die Stellung eines Mitarbeiters ist. Das liegt bereits darin begründet, dass es oft um Arbeitsplätze geht, die mit dem konkreten Aufgabenzuschnitt nur einmal im Unternehmen vorgehalten werden. Allerdings erwartet ein Arbeitgeber auch vom Inhaber dieses Arbeitsplatzes ein bestimmtes Ergebnis, selbst wenn es keine detaillierte Tätigkeitsbeschreibung gibt, sondern der Arbeitsplatzinhaber ein großes Maß an Entscheidungsfreiheit genießt, wie er den Arbeitsplatz mit „Leben füllt“. Entsprechend hat die Beklagte in Bezug auf die Klägerin auch behauptet, sie genüge nicht den Vorstellungen der Beklagten an das Vorhandensein von strategischen und führungsbezogenen persönlichen Eigenschaften. Insofern fällt es im gerichtlichen Verfahren in die Darlegungslast der Beklagten, diese Vorstellungen zu artikulieren, damit überprüft werden kann, welchen Anforderungen die Klägerin genügen sollte. Sodann ist weiter vorzutragen, wie weit die Klägerin von diesen Vorstellungen abgewichen ist, um überprüfen zu können, ob diese Abweichung von solcher Erheblichkeit ist, dass sie die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers bzgl. des Verhältnisses von Vergütung und Arbeitsleistung in einem Maße unterschreitet, dass ein Festhalten am unveränderten Arbeitsvertrag nicht mehr zumutbar ist. Ohne einen Vortrag zum Anforderungsprofil einerseits und zur Erfüllung dieses Anforderungsprofils ander-

erseits ist es einem Gericht nicht möglich zu entscheiden, ob das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für den Arbeitgeber unzumutbar beeinträchtigt ist. Dass die Beklagte dabei nicht mit Tabellen – möglichst aus der elektronischen Datenverarbeitung – aufwarten kann, die noch dazu die Leistungsdaten anderer Mitarbeiter als Vergleich beinhalten, darf dabei nicht zu ihrem Nachteil gereichen. Allerdings darf es auch nicht genügen, allgemeine, abstrakte Forderungen an die Fähigkeiten der Klägerin zu formulieren, auf die die Klägerin sich nicht mit Tatsachenvortrag einlassen kann. Auch eine Arbeitnehmerin, deren Weisungsgebundenheit (§ 106 GewO) angesichts ihrer beruflichen Qualifikation, der Vielseitigkeit ihres Aufgabengebiets sowie der Varianz in den Möglichkeiten, wie sie ihre Aufgaben bewältigt, gelockert ist, muss wissen, was von ihr erwartet wird. Dafür spricht auch das Vereinbaren von Zielen. Handelt es sich um Ziele, die nicht mit „harten“ Zahlen gemessen werden können, muss durch Umschreibung und Beispiele verdeutlicht werden, was die Beklagte als Arbeitgeberin sich vorgestellt hat. Dies ergibt ein einfacher Umkehrschluss: Wenn die Beklagte festgestellt hat, dass die Klägerin den erwarteten strategischen und führungsbezogenen persönlichen Eigenschaften nicht genügt hat, muss sie umgekehrt wissen, womit bzw. wie die Klägerin sie hätte erfüllen können.

cc) Gemessen hieran liegen die Voraussetzungen für eine soziale Rechtfertigung der Änderung der Arbeitsbedingungen der Klägerin aus personenbedingten Gründen nicht vor.

(1) Die Beklagte hat ausgeführt, es sei Aufgabe der Klägerin gewesen, die relativ grobe Aufgabenbeschreibung mit Leben zu füllen. In der Folge schildert die Beklagte sodann sowohl die vorgegebenen Aufgaben als auch die persönlichen Eigenschaften, über die die Klägerin verfügen müsste, um die vorgegebenen Ziele zu erreichen. Wenn zum Aufgabengebiet der Klägerin generell gehörte, „ehrgeizige und realistische Ziele für die anvertrauten Mitarbeiter zu definieren“, muss es möglich sein darzustellen, ob die Klägerin gar keine Ziele definierte oder ob die von ihr definierten Ziele nicht ehrgeizig genug und/oder nicht realistisch gewesen sind. Wenn die Beklagte sich bei der Aufgabenbeschreibung generalisierender Begriffe wie „ehrgeizig“ und „realistisch“ bedient, muss sie diese Begriffe spätestens im gerichtlichen Verfahren konkretisieren. Auch wenn die Klägerin bestimmte Aufgaben mit Leben füllen muss, obliegt es ihr nicht darzulegen, welche Ziele sie als ehrgeizig und realistisch angesehen hat, um damit der Beklagten eine Grundlage für den Vortrag zu liefern, warum sie diese Ziele nicht als ehrgeizig und/oder realistisch ansieht. Für ein Unternehmen kann ein Ziel ehrgeizig sein, das für ein anderes Unternehmen bereits in den Bereich der Waghalsigkeit fällt und den wirtschaftlichen Untergang bedeutet oder – umgekehrt – zu wenig ambitioniert ist, so dass Investitionen in die Zukunft verpasst werden und damit der Anschluss an die – zumeist weltweite – Entwicklung der Konkurrenz.

Wenn die Beklagte die Bedeutung der Prozessautomatisierung für 1.200 Mitarbeiter sowie einen jährlichen Umsatz von

Bestandsschutz

700 Mio. EUR betont, muss sie eine Ahnung haben, was die Klägerin hätte erreichen sollen. Auch wenn die Zahlen belegen, dass die Klägerin eine Aufgabe mit hoher wirtschaftlicher Bedeutung innehat, die zudem Auswirkungen auf das Bestehen sehr vieler Arbeitsplätze hat, arbeitete auch sie nicht im „luftleeren“ Raum. Im Gegenteil: Der Klägerin waren jedenfalls teilweise konkrete Ziele vorgegeben, wie die PMP/EFA-Bögen der Jahre 2011 bis 2013 belegen. Bereits der Bogen für das Jahr 2011 (Anlage B 6) weist sowohl unter „Financial“ als auch z.B. unter „Mitarbeiter“ (unter 1. „Implement at least two specific measurement/activities ...“) konkrete Vorgaben aus. Soweit das nicht der Fall war – z.B. „show excellent leadership and form a great team“, „increase productivity“ – hat die Beklagte offensichtlich dennoch konkrete Vorstellungen an die Leistung der Klägerin gehabt. Ansonsten hätte sie die Bewertung auf der Skala 1 bis 5 von „not achieved“ bis „permanent exceeded“ nicht vornehmen können. Das Aufgabenprofil der Klägerin ist daher fassbar. Es kann konkret beschrieben werden, auch wenn hierzu wesentlich mehr Aufwand betrieben werden muss als für die Darstellung eines einfachen Arbeitsplatzes in der Produktion oder in der Verwaltung. (...)

■ **Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg – Kammern Mannheim** – vom 17.3.2015, 16 Sa 35/14
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Gnann
Gnann, Thauer & Kollegen
Bertoldstraße 48, 79098 Freiburg
Tel.: 0761/704090, Fax: 0761/70460916
info@arbeitsrecht24.com, www.arbeitsrecht24.com

122. Kündigung, Schriftform, Unterzeichnung mit Vornamen

Aus dem Tatbestand:

Mit der am 12.9.2014 bei Gericht eingegangenen Klage macht der Kläger die Rechtsunwirksamkeit der erklärten Kündigung geltend. Er ist der Ansicht, die Kündigung entspreche nicht dem Schriftformerfordernis, da sie von dem Beklagten lediglich mit dessen Vornamen unterzeichnet sei. (...)

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet. Die Kündigung vom 25.8.2014 hat das Arbeitsverhältnis beendet, da sie dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB entspricht.

1. Ist durch Gesetz die schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet werden (§ 126 BGB). Die vom Beklagten unter dem Kündigungstext angebrachte handschriftliche Unterzeichnung mit seinem Vornamen „Nicolas“ erfüllt das Merkmal der Namensunterschrift im Sinne des § 623 i.V.m. § 126 BGB.

Die Namensunterschrift soll die Person des Ausstellers erkennbar machen und damit die Echtheit des Inhaltes zusichern. Daher ist eine Unterschrift erforderlich, die den Betref-

fenden ausreichend individualisiert. Zwar erfordert dies grundsätzlich die Unterschrift mit dem Familiennamen, während die Beifügung des Vornamens nicht notwendig ist. Hingegen ist die Unterzeichnung mit dem Vornamen alleine – mangels Individualisierung des Ausstellers – grundsätzlich nicht ausreichend. Anders ist dies allerdings, wenn die Betroffenen unter ihrem Vornamen bekannt sind (*Einsele*, Münchener Kommentar zum BGB, § 126 BGB, 6. Aufl. 2012, Rn 16). Unstreitig verwenden die Parteien auch im geschäftlichen Kontakt im Allgemeinen das „Du“ und sind daher unter ihrem Vornamen bekannt. Der Kläger hat auch nur einen Arbeitgeber mit dem Vornamen „Nicolas“, nämlich den Beklagten, weitere Mitarbeiter mit dem Vornamen „Nicolas“ sind im Betrieb des Beklagten nicht existent, so dass Verwechslungen ausgeschlossen sind. Die Person des Ausstellers ist daher eindeutig erkennbar, so dass auch die Echtheit des Inhalts der Kündigungserklärung als vom Beklagten abgegeben gewährleistet ist. (...)

■ **Arbeitsgericht Gießen**
vom 10.12.2014, 2 Ca 347/14
eingereicht von Rechtsanwalt Fridhelm Faecks
Rechtsanwälte Dr. Geilhof & Partner mbB
Wilhelmstraße 27, 35037 Marburg
Tel.: 06421/171110, Fax: 06421/21985
anwalt@kanzlei-geilhof.de, www.kanzlei-geilhof.de

123. Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamts, Kündigung

Leitsatz:

Nach § 4 Abs. 2 S. 1 VwZG genügt zum Nachweis der Zustellung der Rückschein.

Eine Kündigung, die nach Zustellung des Zustimmungsbescheides des Integrationsamtes gem. § 88 SGB IX per Einschreiben/Empfangsbekanntnis mit Rückschein aber vor dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post ausgesprochen wird, ist nach der vorherigen Zustimmung gem. § 85 Abs. 1 SGB IX und damit wirksam ausgesprochen.

■ **Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg**
vom 19.12.2014, 2 Sa 1846/14

124. Entgeltansprüche, Restitutionsklage, Ausschlussfristen, Verjährung

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs. (...) Mit Schreiben vom 30.4.2004 kündigte die Beklagte nach vorangegangener Zustimmung des Landeswohlfahrtsverbands Hessen – Integrationsamt – das Arbeitsverhältnis wegen häufiger krankheitsbedingter Fehlzeiten des Klägers personenbedingt ordentlich zum 31.8.2004. Mit der dagegen gerichteten, am 19.5.2004 beim Arbeitsgericht Kassel eingereichten Kündigungsschutzklage machte der Kläger zugleich Entgeltansprüche für den Fall des Annahmeverzugs geltend. Das Arbeitsgericht wies die Kündigungsschutzklage mit Ur. v.

1.4.2005 (6 Ca 233/04) ab. Die Berufung des Klägers wurde vom Hessischen Landesarbeitsgericht mit Urte. v. 16.2.2006 (9 Sa 896/05) zurückgewiesen.

Mit Urte. v. 5.12.2007 hob das Verwaltungsgericht Kassel (5 E 1382/06) den Zustimmungsbescheid und den Widerspruchsbescheid des Landeswohlfahrtsverbandes Hessen auf. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof lehnte den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts durch Beschl. v. 23.10.2008 (10 A 120/08.Z) ab.

Auf die vom Kläger erhobene Restitutionsklage hob das Hessische Landesarbeitsgericht mit Urte. v. 30.4.2009 (9 Sa 1949/08) das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 16.2.2006 (9 Sa 896/05) auf und änderte die Entscheidung des Arbeitsgerichts Kassel vom 1.4.2005 (6 Ca 233/04) auf die Berufung des Klägers ab. Es stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.4.2004 nicht aufgelöst wurde. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

I. (...) 1. (...) 2. (...) a) Der Kläger macht im Wege einer objektiven Klagehäufung (§ 260 ZPO) mehrere in einer Gesamtklage verbundene Ansprüche geltend, indem er in Jahresbeträgen zusammengefasst neben der monatlich zu leistenden Vergütung jährlich von der Beklagten zu zahlende Boni begehrt. Welche Teilbeträge dabei auf die einzelnen Monate und Vergütungsbestandteile entfallen, kann seinem Vortrag nicht entnommen werden. Die Klageforderungen sind nicht hinreichend individualisiert.

aa) Der Kläger hat nicht etwa – was zulässig wäre – feststehende, von der Beklagten im Monatsturnus zu leistende Vergütungszahlungen hochgerechnet und in Jahresbeträgen zusammengefasst. Vielmehr hat er die auf die einzelnen Kalendermonate entfallenden Beträge nicht genannt. Die ursprünglich vom Kläger in der Klageschrift für einzelne Monate angegebenen Forderungen stimmen – rechnete man sie auf die Kalenderjahre des Streitzeitraums hoch – mit den von ihm zuletzt beehrten Jahresbeträgen nicht überein. Auch ist nicht ersichtlich, in welcher Höhe Bonusforderungen in den geltend gemachten Gesamtbetrag eingeflossen sind. Dies lässt sich auch nicht im Wege der Auslegung des Klagebegehrens durch einen Rückgriff auf die ursprünglich in der Klageschrift angegebenen Beträge ermitteln. Der Kläger hat dort als Teilklage lediglich nach seinem Behaupten von der Beklagten zu leistende „Mindestbeträge“ angegeben. Für die Monate Oktober 2008 bis Februar 2009, auf die sich das Teilurteil vom 15.12.2011 (9 Sa 1910/10) bezieht, hat der Kläger – obwohl er am bisherigen, auf der Entgeltgruppe 11 basierenden Klageantrag festhält und diesen noch im Revisionsverfahren unter Berücksichtigung der bereits zugesprochenen Beträge stellte – nicht angegeben, welche Einzelforderungen sich in welcher Höhe über die durch Teilurteil zugesprochenen Beträge hinaus ergeben sollen. Wie und auf welche Einzelforderungen die zugesprochenen Beträge angerechnet werden

sollen, ist seinem Vortrag nicht zu entnehmen (vgl. zur Anrechnung von Teilzahlungen: BAG v. 24.3.2011 – 6 AZR 691/09 – Rn 21).

bb) Die jeweilige Höhe der streitgegenständlichen Einzelpositionen kann nicht anhand der in den „fiktiven Verdienstabrechnungen“ angegebenen Beträge ermittelt werden. Es ist nicht ersichtlich, welche Einzelpositionen in die angegebenen Jahresbeträge eingeflossen sind, insbesondere, in welcher Höhe Boni für die einzelnen Jahre in Ansatz gebracht und ob und ggf. in welcher Weise wegen Schichtarbeit zu leistende Zahlungen berücksichtigt werden. Eine Umrechnung in Monatsbeträge scheidet zudem deshalb aus, weil die Beklagte darin lediglich ein „mögliches“ Arbeitsentgelt angegeben hat.

b) Eine Aufschlüsselung in Einzelpositionen war auch nicht im Hinblick auf die bei der Anrechnung anderweitigen Verdienstes gemäß § 615 S. 2 BGB, § 11 Nr. 1 KSchG vorzunehmende Gesamtberechnung (st. Rspr., vgl. BAG v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – Rn 33, BAGE 120, 308; 16.5.2012 – 5 AZR 251/11 – Rn 29, BAGE 141, 340) entbehrlich. § 615 S. 1 BGB gewährt keinen eigenständigen Anspruch, sondern hält den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufrecht. Streitgegenstand der Annahmeverzugsforderung ist weiterhin der jeweils vereinbarte Vergütungsbestandteil (BAG v. 15.9.2011 – 8 AZR 846/09 – Rn 37). Macht der Arbeitnehmer mehrere Vergütungsansprüche mit einer Gesamtforderung geltend, sind diese, um den Anforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu genügen, individualisiert nach Einzelpositionen aufgeschlüsselt in bezifferter Höhe zu benennen.

II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist nach § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben und die Sache nach § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. (...)

III. Sollte der Kläger das Klagebegehren entsprechend § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO präzisieren, wäre im weiteren Verfahren Folgendes zu beachten:

1. Mögliche, vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens abhängige Annahmeverzugsansprüche des Klägers sind nicht verfallen. Die – für den Streitzeitraum Anwendung findenden – tariflichen Ausschlussfristen, die in ihrer zweiten Stufe eine gerichtliche Geltendmachung verlangen, sind verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass mit Erhebung einer Bestandsschutzklage (Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage) die erste und die zweite Stufe der tariflichen Ausschlussfrist gewahrt werden.

a) Der Arbeitnehmer wahrt mit einer Bestandsschutzklage, ohne dass es einer bezifferten Geltendmachung bedarf, die erste Stufe einer tariflichen Ausschlussfrist für alle vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche. Mit einer solchen Klage erstrebt der Arbeitnehmer nicht nur die Erhaltung seines Arbeitsplatzes, sondern bezweckt darüber hinaus, sich die Vergütungsansprüche wegen Annahmeverzugs zu erhalten. Die Ansprüche müssen weder ausdrücklich bezeichnet

Bestandsschutz

noch beziffert werden (st. Rspr., vgl. BAG v. 19.9.2012 – 5 AZR 627/11 – Rn 14 m.w.N., BAGE 143, 119).

Zugleich macht der Arbeitnehmer mit einer Bestandsschutzklage die vom Ausgang dieses Rechtsstreits abhängigen Ansprüche im Sinne der zweiten Stufe einer tarifvertraglich geregelten Ausschlussfrist „gerichtlich geltend“. Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet den Parteien im Zivilprozess effektiven Rechtsschutz. Danach darf den Prozessparteien der Zugang zu den Gerichten nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden (vgl. BVerfG v. 1.12.2010 – 1 BvR 1682/07 – Rn 21 ff.). Tarifvertragliche Ausschlussfristen, die eine rechtzeitige gerichtliche Geltendmachung vorsehen, sind verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die vom Erfolg einer Bestandsschutzstreitigkeit abhängigen Ansprüche bereits mit der Klage in der Bestandsstreitigkeit gerichtlich geltend gemacht sind. Dass die Ansprüche nicht in einer den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO entsprechenden Bestimmtheit geltend gemacht werden, ist – wie bei der Wahrung der ersten Stufe der Ausschlussfrist für Ansprüche, die vom Ausgang der Bestandsschutzstreitigkeit abhängen – aus verfassungsrechtlichen Gründen hinzunehmen (vgl. BAG v. 19.9.2012 – 5 AZR 627/11 – Rn 15, 18 ff., BAGE 143, 119).

b) Die fristwahrende Wirkung der Bestandsschutzklage ist nicht mit der formellen Rechtskraft des Urteils des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 16.2.2006 (9 Sa 896/05) entfallen.

aa) Die Rechtshängigkeit endet mit der in § 705 ZPO geregelten formellen Rechtskraft der Entscheidung (*Zöller/Greger*, ZPO 30. Aufl. § 261 Rn 7). Mit der Wiederaufnahme des Verfahrens hat der Gesetzgeber ein Mittel geschaffen, um die Durchbrechung der Rechtskraft zu ermöglichen (*Musielak/Musielak*, ZPO 11. Aufl. § 578 Rn 1). Ziel der Wiederaufnahmeklagen nach § 578 ZPO ist die rückwirkende Beseitigung des früheren Urteils (*Musielak/Musielak*, ZPO, 11. Aufl., § 578 Rn 4). Wird das alte Urteil aufgrund einer zulässigen und begründeten Wiederaufnahmeklage aufgehoben, muss der Rechtsstreit wieder aufgenommen und fortgesetzt werden, um ihn durch eine Entscheidung abzuschließen. Durch die Aufhebung des Urteils tritt eine Rechtslage ein, wie sie auch bestünde, wenn das angefochtene Urteil nie erlassen worden wäre (*Musielak/Musielak*, ZPO, 11. Aufl., § 590 Rn 4, 9). Das frühere Verfahren wird in die Lage vor Schluss der mündlichen Verhandlung zurückversetzt. Die Rechtslage des früheren Prozesses bleibt unverändert bestehen, sofern sie nicht von dem Anfechtungsgrund betroffen ist. Aufgrund dieser rückwirkenden Aufhebung des (alten) Urteils bleibt der (alte) Rechtsstreit unerledigt, so dass er erneut verhandelt und durch Urteil abgeschlossen werden muss. Der Streitgegenstand des (alten) Prozesses wird rückwirkend wieder rechtshängig (*Musielak/Musielak*, ZPO, 11. Aufl., § 578 Rn 1, 4 bis 6).

bb) Danach ist die die Ausschlussfristen wahrende Wirkung der Klageerhebung nicht durch das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 16.2.2006 (9 Sa 896/05), mit dem die Berufung des Klägers gegen die die Kündigungsschutzklage

abweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts Kassel vom 1.4.2005 (6 Ca 233/04) zurückgewiesen wurde, entfallen. Die Entscheidung hat das Hessische Landesarbeitsgericht mit Urt. v. 30.4.2009 (9 Sa 1949/08) auf die vom Kläger erhobene Restitutionsklage aufgehoben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 30.4.2004 nicht aufgelöst worden ist. Dies hat zur Folge, dass die Rechtshängigkeit der Kündigungsschutzklage erst mit Rechtskraft der letztgenannten Entscheidung endete.

2. Etwaige in den Jahren 2004 und 2005 fällig gewordene Ansprüche des Klägers auf Vergütung wegen Annahmeverzugs sind verjährt, §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.

a) Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug entsteht während des Annahmeverzugs sukzessive entsprechend den dem Vergütungsanspruch zugrundeliegenden Regelungen. Die Fälligkeit der Annahmeverzugsvergütung bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in dem die Vergütung bei tatsächlicher Beschäftigung in den einzelnen Abrechnungsperioden fällig geworden wäre (BAG v. 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – Rn 33, BAGE 120, 308; 7.11.2007 – 5 AZR 910/06, 16.5.2012 – 5 AZR 251/11 – Rn 31, BAGE 141, 340).

b) Für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist kommt es – neben dem Entstehen des Anspruchs – nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB darauf an, dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

aa) Die von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geforderte Kenntnis des Gläubigers ist vorhanden, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Klage, sei es auch nur eine Feststellungsklage, erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie dem Gläubiger zumutbar ist. Die erforderliche Kenntnis setzt keine zutreffende rechtliche Würdigung voraus. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Billigkeit genügt Kenntnis der den Anspruch begründenden tatsächlichen Umstände (BGH v. 26.9.2012 – VIII ZR 240/11 – zu B II 3 b bb (2) (b) der Gründe; BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 424/12 – Rn 24 m.w.N., BAGE 144, 322).

bb) Der Arbeitnehmer hat vom Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs ausreichende Kenntnis i.S.v. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wenn er Kenntnis von den Tatsachen hat, die den Anspruch begründen. Dagegen kommt es nicht auf eine zutreffende rechtliche Würdigung an. Etwas anderes gilt nur dann, wenn und solange dem Arbeitnehmer die Erhebung einer die Verjährung hemmenden Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) unzumutbar ist (BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 424/12 – Rn 25 m.w.N., BAGE 144, 322).

Dem Kläger waren die anspruchsbegründenden Tatsachen bekannt. Eine Klageerhebung war auch nicht unzumutbar. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zwei-

felhafte Rechtslage besteht, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag; denn in diesem Fall fehlt es an der Zumutbarkeit einer Klageerhebung (BGH v. 26.9.2012 – VIII ZR 240/11 – Rn 45). Der Ausnahmefall einer unzumutbaren Klageerhebung ist vorliegend nicht gegeben. Der Kläger selbst ging von der Unwirksamkeit der Zustimmung des Integrationsamts und der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung aus. Der ungewisse Ausgang des die Zustimmung des Integrationsamts betreffenden verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und, hiervon abhängig, die Ungewissheit des Entstehens eines Restitutionsgrundes führt nicht zur Unzumutbarkeit der Klageerhebung.

c) Die Verjährung wurde nicht nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch Erhebung der Kündigungsschutzklage gehemmt.

aa) Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung eines Anspruchs zwar auch durch die Erhebung einer Klage auf Feststellung des Anspruchs gehemmt. Erforderlich hierfür ist eine positive Feststellungsklage, deren Gegenstand das Bestehen des Anspruchs ist. Die Feststellung eines diesem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses reicht nicht aus (BGH v. 26.9.2012 – VIII ZR 240/11 – Rn 54). Die Kündigungsschutzklage umfasst nach ihrem Streitgegenstand nicht die Zahlungsansprüche des Arbeitnehmers. Damit wurde nicht – wie in § 204 Abs. 1 BGB vorausgesetzt – über den „Anspruch“ im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB, sondern nur über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als eine für das Bestehen von Annahmeverzugsansprüchen bedeutsame Vorfrage gestritten. Für die analoge Anwendung der §§ 203 ff. BGB ist mangels einer Regelungslücke kein Raum (vgl. BAG v. 7.11.2007 – 5 AZR 910/06 – Rn 14; v. 7.11.1991 – 2 AZR 159/91 – zu B der Gründe).

bb) Die Verjährung wurde auch nicht durch die vom Kläger erhobene Restitutionsklage gehemmt. Diese ist – wie bereits ausgeführt – darauf gerichtet, das frühere Verfahren in die Lage vor Schluss der mündlichen Verhandlung zurückzusetzen. Durch die Aufhebung des Urteils tritt die Rechtslage ein, wie sie auch bestünde, wenn das angefochtene Urteil nie erlassen worden wäre (*Musielak/Musielak*, ZPO, 11. Aufl., § 590 Rn 4, 9). Die Wirkungen der Restitutionsklage gehen damit im Hinblick auf eine Hemmung der Verjährung nicht über die des Ausgangsverfahrens hinaus.

d) Die Voraussetzungen einer Hemmung nach § 206 BGB liegen ebenfalls nicht vor. Der Kläger war nicht durch höhere Gewalt innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung gehindert (§ 206 BGB). Fehler amtlicher Stellen können sich als höhere Gewalt gegenüber einer rechtzeitigen Rechtsverfolgung darstellen (BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 297/01 – zu B I 4 b dd der Gründe, BAGE 103, 290). Voraussetzung ist jedoch, dass der Berechtigte ohne jedes Eigenverschulden an der Klage gehindert war, etwa weil er auf die Richtigkeit der gerichtlichen Sachbehandlung vertraute (BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 297/01 – zu B I 4 b ee der Gründe, a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Kläger hat die Abweisung der Kündigungsschutzklage durch das Ar-

beitsgericht und die Zurückweisung der Berufung nicht als unabwendbares Ereignis hingenommen und auf dessen Richtigkeit vertraut, sondern das verwaltungsgerichtliche Verfahren fortgeführt, ihm war damit auch die Erhebung einer Zahlungsklage möglich. Der Kläger hat auch ansonsten keine Umstände dargelegt, aus denen sich eine unverschuldete Versäumung der Verjährungsfrist ergäbe. Er hat keine Anstrengungen zur Wahrung der Verjährungsfrist unternommen (vgl. hierzu BAG v. 7.11.2002 – 2 AZR 297/01 – zu B I 4 b gg der Gründe, a.a.O.), obwohl er dazu in der Lage gewesen wäre.

e) Die Verjährungsfrist für Ansprüche auf Vergütung wegen Annahmeverzugs begann, soweit diese im Jahr 2004 fällig wurden, am 31.12.2004 und, soweit sie im Jahr 2005 fällig wurden, am 31.12.2005 zu laufen, § 199 Abs. 1 BGB. Bei Erhebung der Klage im Jahr 2009 war die Verjährungsfrist abgelaufen. Mit den Hauptansprüchen sind gemäß § 217 BGB auch die Ansprüche auf die von ihnen abhängenden Nebenforderungen verjährt. (...)

■ Bundesarbeitsgericht

vom 24.9.2014, 5 AZR 593/12

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader

Laborius – Die Fachanwälte für Arbeitsrecht

Podbielskistraße 33, 30163 Hannover

Tel.: 0511/2155563-32, Fax: 0511/2155563-43

rs@laborius.eu, www.laborius.eu

125. Befristungskontrolle, Sachgrund, Rechtsmissbrauch, Lehrer

Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...) Die Befristungskontrollklage ist unbegründet. (...)

3. Die im 1. Änderungsvertrag der Parteien vom 24./31.1.2013 vereinbarte Befristung über den 1.2.2013 hinaus bis zum Ablauf des 16.8.2013 ist rechtswirksam. Sie ist durch den Sachgrund der Vertretung nach § 14 Abs. 1 S. 1 und 2 Nr. 3 TzBfG sachlich gerechtfertigt. Dies hat das Arbeitsgericht Kassel im Ergebnis zutreffend erkannt.

Ein zur Befristung eines Arbeitsvertrages erforderlicher sachlicher Grund liegt nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 TzBfG vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Der Grund für die Befristung liegt in Vertretungsfällen darin, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehend ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis. Teil des Sachgrundes ist daher eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs nach Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Der Sachgrund der Vertretung setzt des Weiteren einen Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters voraus (BAG v. 6.10.2010 – 7 AZR 397/09 – Rn 19, zitiert nach juris). Erforder-

Bestandsschutz

lich ist eine Kausalitätskette (BAG v. 10.10.2012 – 7 AZR 462/11 – Rn 24, zitiert nach juris). Notwendig aber auch ausreichend ist, dass zwischen dem zeitweiligen Ausfall von Stamm- arbeitskräften und der befristeten Einstellung von Aushilfsar- beitnehmern ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Es muss sichergestellt sein, dass die Vertretungskraft gerade wegen des durch den zeitweiligen Ausfall des zu vertretenden Mitarbeiters entstandenen vorübergehenden Beschäftigungsbedarfs eingestellt worden ist (BAG v. 10.3.2004 – 7 AZR 402/03 – zu III 2 der Gründe, zitiert nach juris). Dabei hat der Arbeitgeber bei der im Streitfall allein in Betracht kommen- den mittelbaren Vertretung zur Darstellung des Kausalzusam- menhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. Auch ohne dass eine Vertretungskette vorliegt, kann die Kausalität bei der mit- telbaren Vertretung auch dann bestehen, wenn der Arbeitge- ber – was ihm auch im Vertretungsfalle unbenommen ist – die Aufgaben in seinem Betrieb oder seiner Dienststelle neu ver- teilt. Er hat dann zunächst die bisher dem vertretenen Mitar- beiter übertragenen Aufgaben darzustellen. Anschließend ist die Neuverteilung dieser Aufgaben auf einen oder mehrere Mitarbeiter zu schildern. Schlüssig ist darzulegen, dass sich die dem Vertreter zugewiesenen Tätigkeiten aus der geänderten Aufgabenzuweisung ergeben (BAG v. 10.10.2012 – 7 AZR 462/11 – Rn 18 und 6.10.2010 – 7 AZR 397/09 – Rn 22, jeweils zitiert nach juris). Hingegen reicht es – entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts – bei einer Vertretungsbefristung aus An- lass einer Abordnung regelmäßig nicht aus, wenn die Einstel- lung des befristet beschäftigten Arbeitnehmers lediglich wegen der „gedanklichen Zuordnung“ dem vorübergehend im Unternehmen anderweitig eingesetzten Beschäftigten zuge- ordnet werden kann (vgl. BAG v. 10.7.2013 – 7 AZR 761/11 – Rn 16, zitiert nach juris).

Gemessen an diesen vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Rechtsgrundsätzen zur Befristungskontrolle ergibt sich, dass die zuletzt im Arbeitsvertrag der Parteien vom 24./31.1.2013 vereinbarte und vom Kläger angegriffene Befristung zum 16.8.2013 durch den Sachgrund der Vertretung gerechtfertigt war. Hierzu hat das beklagte Land in der Berufungsinstanz un- widersprochen (§ 138 Abs. 3 ZPO) vorgetragen, der Kläger habe auch in der Zeit über den 1.2.2013 hinaus bis zum 16.8.2013 die sich seinerzeit im Umfang von 2 Stunden betref- fend die Lehrkraft des ... (Abordnung an die Bildungsverwal- tung), von weiteren 2 Stunden betreffend die Lehrkraft der ... (Mitarbeit in der Fachkommission Landesabitur für berufliche Gymnasien-Technik) und von 4 Stunden betreffend die Lehr- kraft der ... (Mitarbeit im Projekt QUABB) durch Erteilung von Unterricht an der ... in Kassel im Umfang von insgesamt 8 Pflichtstunden mittelbar vertreten. Zwar hat der Kläger zutref- fend darauf hingewiesen, dass keine der danach von ihm ver- tretenen Lehrkräfte seine Fächer „Kunst“ und „Französisch“ unterrichten würden und zudem die Lehrkräfte ... und ... auch noch an anderen Schulen eingesetzt seien. Dies ist im Fall der hier vorliegenden mittelbaren Vertretung allerdings

auch nicht erforderlich, denn das beklagte Land hat die zur Annahme der erforderlichen Kausalität – und insoweit ausrei- chende – Vertretungskette im Berufungsrechtszug im Einzel- nen unwidersprochen (§ 138 Abs. 3 ZPO) nachvollziehbar dar- gelegt. Ob der Kläger schließlich, wie von ihm behauptet, für das Schuljahr 2013/2014 wieder fest eingeplant gewesen sei, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Auch insoweit hat das beklagte Land unwidersprochen (§ 138 Abs. 3 ZPO) vorgetragen, alle vom Kläger mittelbar vertretenen Lehrkräfte seien zwischenzeitlich wieder im früheren Umfang an den bis- herigen Schulen tätig und der Vertretungsbedarf an der VHMM sei bereits zum Schuljahr 2013/2014 aufgrund einer Abordnung der Lehrkraft ... im Umfang von 14 Wochenstun- den von der ... aufgrund dortigen Personalüberhangs entfal- len.

4. Die Befristung zum 16.8.2013 im 1. Änderungsvertrag der Parteien vom 24./31.1.2013 ist auch unter Berücksichtigung der vom Bundesarbeitsgericht in Konkretisierung der nach dem Urteil des EuGH vom 26.1.2012 (C 586/10 – Kücük, NJW 2012, S. 989 ff.) unionsrechtlich gebotenen Missbrauchskontrolle in ersten Entscheidungen (vgl. BAG v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 und v. 10.7.2013 – 7 AZR 761/11, allesamt zitiert nach juris) entwickelten Rechtsgrundsätzen nicht rechtsunwirksam.

a) Die Frage, wann genau eine mehrfache Befristung rechts- missbräuchlich ist, und welche Umstände hierfür eine Rolle spielen, ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts danach abschließend noch nicht geklärt. Das Bundesarbeits- gericht hat zuletzt in seiner Entscheidung vom 10.7.2013 (vgl. BAG v. 10.7.2013 – 1 AZR 761/11, zitiert nach juris) noch ein- mal betont, dass eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles notwendig ist, und keine zeitlichen oder zahlen- mäßigen Grenzen statuiert, sondern lediglich grobe Orientie- rungshilfen gegeben. Danach kann das Überschreiten der ge- setzlichen Grenzwerte in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG den Schluss auf eine missbräuchliche Gestaltung zulassen, wenn diese Grenzen alternativ oder insbesondere kumulativ mehrfach überschritten werden. In diesem Fall ist eine umfassende Missbrauchskontrolle geboten, in deren Rahmen es zunächst Sache des Arbeitnehmers ist, noch weitere für einen Miss- brauch sprechende Umstände vorzutragen. Werden die in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ oder ins- besondere kumulativ in besonders gravierendem Ausmaß überschritten, kann eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert sein. In einem solchen Fall hat allerdings der Arbeitgeber regelmäßig die Möglichkeit, die Annahme des indizierten Ge- staltungsmisbrauchs durch den Vortrag besonderer Um- stände zu entkräften. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Bundesarbeitsgericht bei einer Dauer von insgesamt sie- ben Jahren und neun Monaten bei vier befristeten Arbeitsver- hältnissen sowie keinen weiteren – vom Arbeitnehmer vorzu- tragenden – Umständen keine Anhaltspunkte für einen Miss- brauch gesehen (vgl. BAG v. 18.7.2012 – 7 AZR 783/10, zitiert nach juris). Bei einer Gesamtdauer von mehr als elf Jahren und

einer Anzahl von 13 Befristungen sowie einer gleichbleibenden Beschäftigung zur Deckung eines ständigen Vertretungsbedarfs ist das Bundesarbeitsgericht demgegenüber davon ausgegangen, die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit der Vertretungsbefristung sei indiziert, könne aber vom Arbeitgeber noch widerlegt werden (vgl. BAG v. 18.7.2012 – 7 AZR 443/09, zitiert nach juris).

b) Ob im Streitfall die in § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG genannten Grenzen alternativ und kumulativ bereits in besonders gravierendem Ausmaß überschritten worden sind und eine missbräuchliche Ausnutzung der Sachgrundbefristung damit indiziert ist, muss aus Sicht der Berufungskammer abschließend nicht entschieden werden. Allerdings sind die in der Zeit vom 1.11.2002 bis 20.6.2008 abgeschlossenen befristeten Arbeitsverhältnisse in die Gesamtwürdigung einzubeziehen (BAG v. 10.7.2013 – 7 AZR 761/11 – Rn 30, zitiert nach juris). Dennoch ergibt sich selbst bei Annahme eines indizierten Rechtsmissbrauchs bei der gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls entgegen der Ansicht des Klägers keine missbräuchliche Ausnutzung der Vertretungsbefristung durch das beklagte Land. Hiergegen spricht zunächst die erhebliche Unterbrechungszeit zwischen den ersten, mindestens sieben in der Zeit vom 1.11.2002 bis zum 20.6.2008 zwischen den Parteien geschlossenen befristeten Arbeitsverträgen, zumal diese über zweijährige Unterbrechung zudem noch auf einer eigenen Entscheidung des Klägers beruhte. Weiter wurde der Kläger im Rahmen seiner befristeten Beschäftigungen beim beklagten Land an verschiedenen Schulen (allein ab August 2010: ... in ..., ... in ... und ... in ...) im Schulamtsbezirk für den Landkreis und die Stadt Kassel und dazu mit unterschiedlichen Stundenkontingenten (allein ab August 2010: 16, 19, 5 und schließlich 8 Wochenstunden) beschäftigt; gleiches gilt für die Zeit seiner Beschäftigung beim beklagten Land im Rahmen der befristeten Arbeitsverhältnisse vom 1.11.2002 bis 20.6.2008. Schließlich hat das Arbeitsgericht in der angegriffenen Entscheidung in diesem Zusammenhang weiter zutreffend auf die Besonderheiten des Schulbetriebs abgestellt. Diese sind auch für die Berufungskammer insbesondere anzunehmen im Hinblick auf den in jedem Schuljahr in nicht vorhersehbarem Umfang entstehenden Vertretungsbedarf bspw. aufgrund von Sonderurlaub, Elternzeit, Mutterschutz, längerfristigen Erkrankungen und Arbeitszeitreduzierungen für Lehrkräfte mit unterschiedlichen Fächerkombinationen in unterschiedlicher Stundenhöhe. Das beklagte Land ist in dieser Hinsicht nicht verpflichtet, eine Personalreserve vorzuhalten, sondern darf auch einen dauerhaft bestehenden Vertretungsbedarf durch befristet eingestellte Arbeitnehmer – wie in den zurückliegenden Jahren der Kläger – abdecken (vgl. auch LAG Düsseldorf v. 17.7.2013 – 7 Sa 450/13, zitiert nach juris). Demgegenüber hat der Kläger keine (weiteren) für einen Missbrauch sprechenden Umstände aufgezeigt. Sein Hinweis, es habe sich immer um gleichartige Aufgaben gehandelt, verfängt nicht. Dieser Umstand ist elementar für eine Tätigkeit als Lehrer in den von ihm

studierten Fächern und kann keinen Hinweis auf einen möglichen institutionellen Rechtsmissbrauch geben. Nach alledem ergibt sich bei der gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalls, insbesondere unter Berücksichtigung des nach der längeren Unterbrechung von über zwei Jahren – die auf Veranlassung des Klägers geschah –, noch verbleibenden Befristungszeitraums von rund drei Jahren bei 10 Befristungen und einer Stundenerhöhung, entgegen der Ansicht des Klägers keine missbräuchliche Ausnutzung der Vertretungsbefristung durch das beklagte Land. (...)

■ Hessisches Landesarbeitsgericht

vom 30.7.2014, 2 Sa 200/14

eingereicht von Rechtsanwältin Jacqueline Greinert
Kanzlei Jacqueline Greinert – Die Arbeitgeberkanzlei
Querallee 38, 34119 Kassel
Tel.: 0561/6028580, Fax: 0561/60285818
www.arbeitgeberkanzlei.net

126. Befristung, Klagefrist, Präklusion, Betriebsübergang, dreiseitiger Vertrag, Verwirkung

Leitsatz:

Für die Anwendbarkeit der Klagefrist des § 17 TzBfG ist es unerheblich, aus welchen Gründen die Vereinbarung der Befristung eines Arbeitsverhältnisses rechtsunwirksam sein soll. Eine Differenzierung danach, ob die Befristungsvereinbarung „nichtig“ oder nur „einfach“ rechtsunwirksam ist, kommt nicht in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 5.6.2014, 7 Sa 827/13

127. Befristung, Auslegung § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG

Aus den Entscheidungsgründen:

B. (...) II. (...) 1. Die Auslegung des § 14 Abs. 3 S. 2 TzBfG durch das Arbeitsgericht Osnabrück ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG v. 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – juris) überzeugend. Das Berufungsgericht teilt die Auslegung, der zufolge die Tarifvertragsparteien aufgrund der Ermächtigung des § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG sowohl die Gesamtdauer der Befristung als auch die Anzahl der Verlängerungen erhöhen können. Wenn auch der Wortlaut „oder“ regelmäßig Alternativen beschreibt, von denen nur eine zutreffen kann, ist dies nicht zwingend. In bestimmten sprachlogischen Zusammenhängen kann dieses Wort „oder“ auch eine Aufzählung beinhalten. Die vom Bundesarbeitsgericht gegebene Begründung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte (BT Drucksache 14/4374 Seite 20) ist überzeugend. Die Konjunktion „sowie“ meint ein „und“. Darüber hinaus teilt das Berufungsgericht auch nicht die Kritik der Berufungsbegründung an der bereits zitierten BAG-Entscheidung; diese sei bereits deswegen verfehlt, weil sie keine Obergrenzen bezüglich Dauer und Anzahl der Wiederholungen festgelegt habe.

Betriebsverfassungsrecht

Dies ist auch nicht Aufgabe des Bundesarbeitsgerichts gewesen. Das Bundesarbeitsgericht hatte in seiner Entscheidung eine konkrete Fallkonstellation zu entscheiden. Erforderlich aber auch genügend ist es gewesen, für diese eine Fallkonstellation zu entscheiden, ob die in einem Tarifvertrag konkret enthaltenen Vorgaben noch mit dem Gesetzeszweck unter besonderer Berücksichtigung einer europarechtskonformen Auslegung zulässig gewesen sind. Mit der Feststellung, dass dies so sei, konnte der Streitfall entschieden werden. Eine abstrakte Festlegung ohne Fallbezug, welches denn das Höchstmaß der Verlängerungsdauer oder (und?) der Anzahl der Wiederholungen gewesen ist, war nicht erforderlich. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 5.2.2015, 5 Sa 1076/14
eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Peter Schrader
Laborius – Die Fachanwälte für Arbeitsrecht
Podbielskistraße 33, 30163 Hannover
Tel.: 0511/2155563-32, Fax: 0511/2155563-43
rs@laborius.eu, www.laborius.eu

128. Sachgrundlose Befristung, Anschlussverbot, Rechtsmissbrauch

Leitsätze:

1. Erfährt eine schwerbehinderte Mitarbeiterin im Schreibbüro eines Krankenhausbetriebes ihre Beschäftigung über acht Jahre hinweg am selben – für sie eigens behinderungsgerecht ausgestatteten – Arbeitsplatz, während die jeweiligen Vertragsarbeitgeber (Personaldienstleister) bei jeweils sachgrundlos befristeten Zeitverträgen wechseln, so ist zwar dem sogenannten Anschlussverbot in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG äußerlich Genüge getan. Der wesentliche Sinn sachgrundloser Befristbarkeit von Arbeitsverhältnissen, den Betroffenen eine „Brücke“ in die Festanstellung zu bauen (s. BT-Drucks 13/4612 S. 11; 14/4374 S. 14; s. zuvor auch schon BT-Drucks 10/2102 S. 15-16), wird damit jedoch verfehlt. Der so geschaffene Dauerzustand indiziert vielmehr die missbräuchliche Verwendung befristungsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne der Rechtsprechung des Siebten Senats des Bundesarbeitsgerichts (s. BAG v. 15.5.2013 – 7 AZR 525/11 – NZA 2013, 1214 = MDR 2013, 1411; v. 4.12.2013 – 7 AZR 290/12 – NZA 2014, 426 = MDR 2014, 598; 19.3.2014 – 7 AZR 527/12 – NZA 2014, 840 = ZTR 2014, 491).

2. Kann sich in solcher Lage der letzte Arbeitgeber (hier: Träger des Krankenhausbetriebes) auf die jüngste Befristung nicht berufen (BAG v. 23.9.2014 – 9 AZR 1025/12 – juris), so steht die betreffende Schreibkraft danach zu ihm bis auf Weiteres im Dauerarbeitsverhältnis.

■ Arbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 13.3.2015, 28 Ca 741/15

129. Arbeitspflicht nach Stellung eines Auflösungsantrags

Aus den Leitsätzen:

1. Das Arbeitsverhältnis besteht auch dann fort, wenn der Arbeitnehmer einen Auflösungsantrag angekündigt hat, über den das Arbeitsgericht noch nicht entschieden hat. Auch wenn die Auflösung rückwirkend erfolgen kann, ändert dies nichts an dem Umstand, dass das Gericht die Auflösung nicht lediglich feststellt, sondern das Arbeitsverhältnis durch Urteil erst auflöst. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis und damit die sich aus ihm ergebenden wechselseitigen Pflichten bestehen, solange das Arbeitsverhältnis nicht durch (rechtskräftiges) gestaltendes Urteil des Arbeitsgerichts aufgelöst ist.

2. Daher ist ein Arbeitnehmer auch dann, wenn er einen Auflösungsantrag mit Tatsachenvortrag verknüpft hat, zur Arbeitsleistung verpflichtet, solange über den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein rechtskräftiges Urteil noch nicht vorliegt (entgegen LAG Rheinland-Pfalz v. 7.4.2005 – 4 Sa 955/04). (...)

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 12.11.2014, 5 Sa 419/14

Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

130. Mitbestimmung, Betriebsrat, Betreiben einer facebook-Seite durch den Arbeitgeber

Aus den Gründen:

Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Arbeitgeberin (Beteiligte zu 2.), eine von ihr betriebene facebook-Seite nicht weiter zu betreiben. (...)

Der Antragsteller ist der bei der Arbeitgeberin auf Konzernebene gebildete Konzernbetriebsrat. (...)

2. Der Hauptantrag ist aber unbegründet. Denn der Betrieb der facebook-Seite durch die Arbeitgeberin betrifft die Mitbestimmungsrechte des Antragstellers nicht. (...)

cc) Ein Mitbestimmungstatbestand nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG liegt nicht vor.

(1) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat u.a. mitzubestimmen bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. „Überwachung“ im Sinne der genannten Vorschrift ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, so dass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom Arbeitgeber herangezogen werden können (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris). Die Überwachung muss aber durch die technische Einrichtung selbst be-

wirkt werden. Dazu muss diese aufgrund ihrer technischen Natur unmittelbar, d.h. wenigstens in ihrem Kern die Überwachung vornehmen, indem sie das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer kontrolliert. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG setzt daher voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge verarbeitet (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94, juris). Ausreichend ist, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 15.12.1992 – 1 ABR 24/92, juris). Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie objektiv geeignet sind, Verhaltens- oder Leistungsdaten der Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris).

Sinn der Vorschrift ist es, Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich der Arbeitnehmer durch Verwendung anonymer technischer Kontrollleinrichtungen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris). Die auf technischem Weg erfolgte Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über den Arbeitnehmer bergen die Gefahr in sich, dass in dessen Persönlichkeitsbereiche eingedrungen wird, die einer nicht technischen Überwachung nicht zugänglich sind, und dass der Arbeitnehmer zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht wird, der er sich nicht entziehen kann (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 18.2.1986 – 1 ABR 21/84, juris). Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wird bei einer technisierten Ermittlung von Verhaltens- und Leistungsdaten wegen der – gegenüber einer Überwachung durch Menschen – ungleich größeren Möglichkeit zur durchgehenden Datenverarbeitung besonders gefährdet. Darüber hinaus sind die Abläufe der technikgestützten Datenermittlung für den Arbeitnehmer vielfach nicht wahrnehmbar, und es fehlt regelmäßig an einer Möglichkeit, sich ihr zu entziehen. Die Einbindung in eine von ihm nicht beeinflussbare Überwachungstechnik kann zu erhöhter Abhängigkeit führen und damit die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern (BAG v. 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, juris; BAG v. 8.11.1994 – 1 ABR 20/94, juris).

(2) Auf dieser Grundlage unterliegt der Betrieb der facebook-Seite des Arbeitgebers nicht der Mitbestimmung des Antragstellers aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

(i) Aus Sicht der Kammer besteht ein Mitbestimmungsrecht zunächst nicht, weil Mitarbeiter von einer negativen Bewertung auf der facebook-Seite durch Blutspender betroffen sein könnten. Allein dass Mitarbeiter auf der facebook-Seite negativ bewertet werden und dass der Arbeitgeber mit den facebook-eigenen Möglichkeiten gezielt nach negativen Einträgen suchen könnte, führt nicht dazu, dass er eine technische Einrichtung betreibt. Denn entscheidend ist aus Sicht der Kammer, dass es an der notwendigen Leistungs- oder Verhal-

tenskontrolle durch die technische Einrichtung selbst fehlt. Erforderlich ist nach Überzeugung der Kammer, dass ein Vorgang erfolgt, bei dem Informationen über Verhalten und die Leistung erhoben und aufgezeichnet werden, um sie späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Auch die Vergabe der Überwachungstätigkeit an einen Dritten schließt das Mitbestimmungsrecht nicht aus (BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris). Stets ist aber erforderlich, dass die Überwachung durch die technische Einrichtung selbst erfolgt, indem der Kern der Überwachung durch die Einrichtung selbst vorgenommen wird, d.h. aus ihrer technischen Natur heraus selbst und automatisch Daten über bestimmte Vorgänge erhoben und verarbeitet werden.

Insoweit ist aus Sicht der Kammer zunächst von Bedeutung, dass durch facebook seitens der Mitarbeiter, die etwaigen negativen Postings ausgesetzt sind, selbst nichts aufgezeichnet wird. Facebook bietet insoweit selbst keinerlei Überwachungstätigkeit. Die Mitarbeiter werden also selbst nicht durch eine technische Einrichtung von facebook in der Blutspendeeinrichtung überwacht. Es ist lediglich so, dass Blutspender auf der facebook-Seite Nachrichten mit diversen Inhalten hinterlassen können, etwa zustimmende Kommentare, allgemeine Kommentare oder eben auch negative Kommentare. Allein dass ein negativer personenbezogener Kommentar durch den Blutspender verfasst und auf der facebook-Seite gepostet wird, führt aber nicht dazu, dass eine technische Einrichtung einen Überwachungsvorgang auslöst. Denn insoweit gibt ein Blutspender nur seine Beobachtungen wieder und schreibt sie auf, ebenso, wie er auch eine E-Mail oder einen Brief über die Beklagte schreiben könnte. Das hat mit Überwachung durch eine technische Einrichtung aus Sicht der Kammer nichts zu tun. Denn facebook selbst erfasst die Tätigkeit der Mitarbeiter nicht. Es geht nicht um eine technisch ausgelöste Überwachung durch das Medium facebook. Facebook kennt den Mitarbeiter gar nicht.

Dieser Vorgang wird auch nicht dadurch zu einer technischen Überwachung, weil mit den facebook-eigenen „Bordmitteln“ eine Suche auf der facebook-Seite durch den Arbeitgeber möglich ist. Insoweit ist dem Antragsteller zwar zuzugeben, dass ein Auffinden oder eine Perpetuierung eines etwaigen negativen Postings durch Suchmöglichkeiten denkbar ist. Dabei spielt es aber keine Rolle, ob die Funktion „graph-Search“ bei facebook verfügbar ist oder nicht. Denn es besteht ohnehin die Möglichkeit, mit der allgemeinen Suchfunktion bei facebook sämtliche facebook-Seiten zu durchsuchen. Dies ist eine Besonderheit der Suchmaschine, weil sie eben – anders als etwa Google – nicht das gesamte Internet, sondern gezielt nur facebook durchsucht. Insoweit kann man bei facebook nach Beiträgen, Fotos, Orten, Seiten, Gruppen, Apps und Veranstaltungen suchen. Die Ergebnisse werden in eine Liste eingetragen. Deshalb kann jeder, der bei facebook angemeldet ist, auch Postings auf der Seite der Beteiligten zu 2. finden. In gleicher Weise könnte mit der allgemeinen Suchfunktion ein Mitarbeitername eingegeben werden, um zu prüfen, in wel-

Betriebsverfassungsrecht

chem anderen Zusammenhang (insbesondere auf welchen anderen facebook-Seiten) er auf facebook-Seiten Spuren hinterlassen hat. Allein das Vorhalten einer Suchfunktion, mit der man bei facebook nach Informationen (auch) über Mitarbeiter suchen kann, stellt aber weder eine Einführung noch eine Anwendung einer technischen Einrichtung zur Überwachung dar. Selbst wenn der Arbeitgeber hier tatsächlich nach Mitarbeitern suchen würde, fehlt es an der notwendigen Leistungs- und Verhaltenskontrolle durch eine technische Einrichtung. Die Überprüfung der Mitarbeiter wird dann nämlich nicht automatisiert durch facebook in Gang gesetzt, sondern ausschließlich durch menschliches Handeln. Ein mit der Überprüfung befasster Mitarbeiter müsste eigenständig über den Einsatz der Suchmaschine entscheiden und dann gezielt gepostete Informationen von Dritten in einen Zusammenhang bringen. Sodann müsste er gegebenenfalls weitere Schritte zur Aufklärung des Sachverhaltes einleiten, etwa Befragungen der übrigen am Blutspendetermin anwesenden Mitarbeiter durchführen. Es ist also so, dass keine automatisierte Leistungs- und Verhaltenskontrolle erfolgt, sondern der Einsatz von Suchmaschinen bei facebook durch menschliches Handeln ausgelöst wird und die Erkenntnisse und weiteren Schritte von der Reaktion der Person abhängen, die die Suche durchführt.

Nichts anderes ergibt sich aus den von facebook angebotenen statistischen Auswertungen. Denn diese betreffen gar nicht die Mitarbeiter. Es geht bei der Funktionalität „Messungen und Statistiken“ um die Auswertung der Kundenbelange. Dies gilt insbesondere für die „Seitenstatistiken“, die Tools für eine Analyse der eigenen facebook-Seite bereitstellen, indem sie Informationen aufzeigen, wer die Seite besucht und wie diese Personen auf die bereitgestellten Inhalte reagieren (z.B. Anzahl der „likes“). Ebenso wird die Reichweite der Beiträge ermittelt. All dies bezieht sich aber von vornherein nicht auf die Beschäftigten, sondern auf die Personen, die facebook nutzen, so dass schon keine Funktionalität für eine Kontrolle besteht, weil die Auswertungen in diesem Verhältnis gar keine Rolle spielen. Dies gilt in gleicher Weise für die bei facebook möglichen „Zielgruppenstatistiken“, die demografische Informationen über die Zielgruppe, etwa Alter oder Geschlecht bereitstellen. „Conversion Tracking“ beinhaltet ebenfalls nur die Möglichkeit, eigene Werbeanzeigen auf ihren Wirkungsgrad zu untersuchen. Zwar mögen hierbei auch Mitarbeiter erfasst werden. Dies geschieht aber nicht in ihrer Eigenschaft als Mitarbeiter, sondern weil diese Mitarbeiter einen eigenen facebook-Account unterhalten und Beiträge auf der Seite des Arbeitgebers z.B. „geliked“ haben können. Insofern handelt es sich aber ohnehin nur um anonyme statistische Auswertungen.

Auch eine etwaige Betroffenheit des Persönlichkeitsrechtes der Mitarbeiter begründet das Eingreifen des Mitbestimmungsrechtes nicht. Sinn und Zweck ist – wie bereits aufgezeigt – der Schutz des Persönlichkeitsrechtes vor anonymer Kontrolle durch die technische Aufzeichnung selbst. Hier

aber geht es nicht um die Gefahren durch die technische Kontrolle selbst, sondern um menschlich kontrolliertes Handeln. Dies beginnt schon mit dem Aufzeichnungsvorgang. Ein Blutspender, der vom Arbeitgeber weder beauftragt noch in sonstiger Weise instruiert ist, äußert sich frei und unabhängig im Rahmen seiner Meinungsfreiheit im vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Medium. Die Suche nach diesem Posting wird von menschlichem Handeln ausgelöst. Das „Ob und Wie“ der Suche und die Einleitung von Aufklärungsmaßnahmen stehen dann im Ermessen des „Suchenden“. Eine wie auch immer geartete Automatik der Suche und der Verknüpfung von Ergebnissen und Reaktionen besteht nicht.

(ii) Das Mitbestimmungsrecht des § 78 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht auch nicht hinsichtlich der Administratoren. Zuzugeben ist dem Antragsteller, dass Mitarbeiter mit der Pflege der Seite befasst sind. Dabei geht es zum einen um die Bearbeitung von Postings der Blutspender. Insofern ist es möglich und geschieht es auch, dass die Beklagte die von Blutspendern eingestellten Postings mit Kommentaren versieht. Zum anderen muss die Seite gepflegt werden, so dass es Mitarbeiter gibt, die Blutspendetermine oder sonstige Informationen auf der facebook-Seite veröffentlichen. Ebenso ist dem Antragsteller zuzugeben, dass bei der Einstellung von Informationen und Kommentaren nachvollzogen werden kann, wann diese Information veröffentlicht worden ist.

Auf Grundlage der aufgezeigten Rechtsprechung bestünde nach Auffassung der Kammer in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Arbeitsgerichtes ein Mitbestimmungsrecht, wenn nachvollzogen werden könnte, welcher Mitarbeiter wann welche Nachricht oder welchen Kommentar auf der facebook-Seite veröffentlicht hat. Denn dann erfolgte durch facebook selbst eine Datenerfassung über den Zugriff auf die facebook-Seite, die dem Arbeitgeber über die vergebenen Zugriffsrechte die Nachvollziehung des erfolgten Zugriffs ermöglichte. Es wäre also erkennbar, mit welchem Zugriffsrecht welcher Beitrag wann veröffentlicht worden ist. Hieraus könnten unmittelbar Erkenntnisse über das Arbeitsverhalten des betroffenen Mitarbeiters gewonnen werden (vgl. nur BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, Rn 179, juris; BAG v. 26.7.1994 – 1 ABR 6/94, juris).

Das Eingreifen des Mitbestimmungsrechtes hängt aber in jedem Fall davon ab, dass eine bestimmte Kennung mit einem konkreten Mitarbeiter in Verbindung gebracht werden kann. Dies ist nicht der Fall. Dazu muss man die Funktionsweise der vergebenen Kennungen berücksichtigen. Die Pflege der facebook-Seite erfolgt über Zugangskennungen, insofern kann man bei facebook „Administratoren-Kennungen“ vergeben. Diese Kennungen berechtigen zum Aufschalten auf den Account und damit zum Zugriff auf die Seite, um dort Nachrichten etc. einstellen zu können. Insofern unterhält die Beteiligte zu 2. unstreitig einen Pool von etwa zehn Mitarbeitern, die mit der Pflege der Seite befasst sind, also über Administratoren-Rechte verfügen. Dazu hatte die Beteiligte zu 2. bisher jedem der etwa zehn Administratoren ein eigenes Administratoren-

Zugriffsrecht eingerichtet, also eine individuelle Kennung. Daneben besteht aber ebenso auch eine allgemeine Administratoren-Zugriffskennung. Die Beteiligte zu 2. hat nun die mit der Pflege der Seite befassten Mitarbeiter im Laufe des Verfahrens angewiesen, nur noch das allgemeine Kennwort zu benutzen, so dass eine Individualisierung der Zugriffe aus Sicht der Kammer nicht mehr möglich ist.

Denn für ein Eingreifen des Mitbestimmungsrechtes reicht es nicht aus, dass Kontrolldaten nur einer Gruppe von Arbeitnehmern zugeordnet werden können, ohne dass eine weitere Identifizierung möglich ist und ohne dass ein Gruppendruck erzeugt wird.

Zunächst ist eine Identifizierung der Mitarbeiter aus Sicht der Kammer bei dem vom Arbeitgeber angewendeten Verfahren ausgeschlossen. Dies auch nicht durch die Zuhilfenahme weiterer Erkenntnisquellen. Zwar ist dem Antragsteller zuzugeben, dass die Berechtigung zur Nutzung des Passwortes in Listen festgehalten ist. Eine weitere Identifizierung könnte aber nur dann das Mitbestimmungsrecht auslösen, wenn – wie etwa bei der Nutzung eines Fahrtenschreibers – feststellbar wäre, welcher Mitarbeiter unmittelbar betroffen ist. So liegt der Sachverhalt hier aber nicht.

Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine Überwachung durch technische Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch voraussetzt, dass die ermittelten und aufgezeichneten Verhaltens- und Leistungsdaten auch einzelnen Arbeitnehmern zugeordnet werden können, der einzelne Arbeitnehmer also identifizierbar sein muss. Mitbestimmungspflichtig ist nicht die Erhebung von Verhaltens- und Leistungsdaten schlechthin, sondern die Erhebung solcher auf den Arbeitnehmer bezogener Daten, weil deren Persönlichkeitsbereich vor einer technisierten anonymen Überwachung geschützt werden soll. Das Erfassen der Leistung oder des Verhaltens einer ganzen Abteilung oder Gruppe reicht nicht aus (BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, Rn 179, juris). Eine Ausnahme sei nur dann denkbar, wenn erfasste Verhaltens- und Leistungsdaten nur einer Gruppe von Arbeitnehmern zugeordnet werden können, die als Gruppe auch für eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Verhalten gemeinschaftlich verantwortlich ist (BAG v. 26.7.1994 – 1 ABR 6/94, juris; BAG v. 18.2.1986 – 1 ABR 21/84, juris; BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, Rn 179, juris). In diesem Fall sind dann Größe und Organisation sowie die Art der Tätigkeit und die sich für das Gruppenmitglied ergebenden Anpassungszwänge zu berücksichtigen (BAG v. 26.7.1994 – 1 ABR 6/94, juris). Auf welche Weise erfasste Leistungs- und Verhaltensdaten bestimmten Arbeitnehmern zugeordnet werden können, diese Arbeitnehmer also identifizierbar sind, ist gleichgültig. Die Identifizierung muss nicht durch die technische Einrichtung selbst erfolgen. Es genügt, dass die erfassten Leistungs- und Verhaltensdaten auch in Verbindung mit anderen bekannten oder außerhalb der technischen Einrichtung gewonnenen Daten die Zuordnung zu einem bestimmten Arbeitnehmer erlauben. So werden etwa die durch einen Fahrten-

schreiber aufgezeichneten Daten einem Arbeitnehmer erst dadurch zugeordnet, dass festgestellt wird, welcher Arbeitnehmer das Fahrzeug während des Aufzeichnungszeitraumes gefahren hat (BAG v. 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, Rn 179, juris). Zunächst erfolgt die Identifikation nicht durch die technische Einrichtung selbst. Auch in Verbindung mit weiteren Erkenntnisquellen ist der konkrete Mitarbeiter nicht identifizierbar. Denn durch die Verwendung der identischen Kennung kommen alle Mitglieder der Gruppe für das Einstellen des Kommentars oder der Information in Betracht. Auch wenn man nachvollziehen könnte, dass bestimmte Mitarbeiter ausscheiden, weil sie sich in Urlaub befinden, verbleibt stets eine Gruppe von mehreren Arbeitnehmern, die aufgrund ihrer Aufgabenstellung für die Einstellung des Kommentars oder der Information in Betracht kommen. Es ist nicht ansatzweise ersichtlich, in welcher Weise aus der Gruppe der Administratoren eine konkrete Interaktion auf der facebook-Seite zugeordnet werden könnte. Denn auch wenn facebook den Zugriff zusätzlich noch mit einer IP-Nummer erfassen sollte – was nicht einmal behauptet worden ist – würden alle Zugriffe aus der Gruppe dieselbe IP-Nummer aufweisen. Auch aus der Tätigkeit der Administratoren ergibt sich keine Zuordnung als solche. Denn die Mitarbeiter sind allesamt zuständig für die Pflege der Seiten. Insoweit darf auch nicht übersehen werden, dass die Pflege der facebook-Seite nicht das „Hauptgeschäft“ dieser Mitarbeiter ist. Insbesondere sind sie nicht ständig „online“, um die Seite zu pflegen. Vielmehr erfolgt der Zugriff lediglich von „Zeit zu Zeit“. Dass aufgrund der Akten der Arbeitgeberin irgendwie nachvollziehbar wäre, welcher Mitarbeiter sich mit welcher Thematik befasst hat, ist nicht ersichtlich. Insbesondere können auch keine Rückschlüsse aus behandelten „Themen“ gezogen werden, weil es stets eine Gruppe ist, die sich mit der Pflege der Seite befasst. Dies vor allem auch deshalb, weil die Veröffentlichung des Beitrags auch gar nicht durch den Verfasser des Beitrags, sondern durch jeden der Mitarbeiter mit Administratorenrechten erfolgen kann. Darüber hinaus zeigt gerade das Aktivitätenprotokoll, dass die Zugangskennung gerade nicht ersichtlich ist, Anlage AG 2. Im Ergebnis ist also allein aus der Verwendung der allgemeinen Administratorenkennung kein Rückschluss auf einen bestimmten Mitarbeiter möglich. Eine Identifizierung ist auch nicht auf sonstige Weise möglich. Denn es handelt sich um eine Gruppe von etwa zehn Mitarbeitern, die für die jeweilige Veröffentlichung in Betracht kommen.

Nichts anderes ergibt sich aus der Größe der Gruppe. Es wird insbesondere kein Überwachungsdruck erzeugt, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit verhindert. Denn dazu ist die Gruppe zu groß, und die vorhandenen Informationen, die lediglich den Zeitpunkt der Einstellung eines Beitrags erkennen lassen, erzeugen ihn nicht. Es ist deshalb insbesondere nicht ersichtlich, dass allein durch die vorhandenen Daten bewirkt werden könnte, dass ein Mitarbeiter dazu bestimmt wird, sein eigenes Verhalten an dem der Gruppe auszurichten. Dies mag für kleine Akkordgruppen bis zu sechs Mitarbeiter zutreffen.

Betriebsverfassungsrecht

Hier wird aber weder im Akkord gearbeitet, noch ist die Gruppe nach der Anzahl der Mitarbeiter klein. Insoweit erzeugt allein die Aufzeichnung des Rahmendatums „Einstellung“ keinen Überwachungsdruck in der Weise, dass dies die Gruppe derart beeinflussen kann, das Verhalten hieran auszurichten. Die Kammer hält es für ausgeschlossen, dass sich infolge der Größe und der Organisation der Gruppe sowie der Art der Tätigkeit Anpassungszwänge ergeben. Auch hier ist wiederum zu beachten, dass die Pflege der facebook-Seite nur einen kleinen Teil der Tätigkeit der Arbeitnehmer ausmacht, was wiederum einen „Gruppendruck“ ausschließt.

dd) Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus einer Verletzung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Denn auch insoweit besteht kein Mitbestimmungsrecht.

(1) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Gegenstand dieses Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer (BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, juris; BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 8.6.1999 – 1 ABR 67/98, juris; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, juris; BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, juris). Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren (BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, juris). Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen (BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01). Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG hat der Betriebsrat dabei nur mitzubestimmen bei Maßnahmen, die das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen (BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, juris). Nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind dagegen Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen. Dies sind solche Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird (BAG v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, juris; BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01). Danach ist das außerbetriebliche Verhalten der Arbeitnehmer der Regelungskompetenz der Betriebsparteien entzogen. Dementsprechend berechtigt § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Betriebsparteien nicht, in die private Lebensführung der Arbeitnehmer einzugreifen (BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris). Der „Betrieb“ i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist allerdings nicht auf die Betriebsstätte beschränkt. Der Begriff des Betriebs ist nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts. Dieses betrifft nicht die Organisation der dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Sachmittel, sondern das Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Das Mitbestimmungsrecht soll immer dann ausgeübt werden können, wenn der Arbeitgeber das mit ihrer Tätigkeit verbundene Verhalten der Arbeitnehmer regelt. Daher besteht es auch

dann, wenn es um das Verhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte geht. Auch dann ist das „betriebliche“ Verhalten betroffen (vgl. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, juris; BAG v. 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, juris; BAG v. 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, juris; BAG v. 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, juris).

(2) Auch insoweit besteht kein Mitbestimmungsrecht. Die Eröffnung der facebook-Seite selbst betrifft offensichtlich nicht das „Ordnungsverhalten“ der Mitarbeiter in diesem Sinne. Auch die Anweisung der Administratoren zur Pflege der Seite stellt nur eine Anweisung betreffend das Arbeitsverhalten dar.

Denkbar wäre es aber, dass der vom Arbeitgeber erstellte und an die Mitarbeiter verteilte Leitfaden zum Umgang mit Social Media Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auslöst. Dieser Leitfaden erklärt zum einen das Medium facebook. Er gibt zum anderen aber auch Hinweise zur Nutzung des Mediums im privaten Bereich, soweit sich die Mitarbeiter auf facebook als Mitarbeiter (...) zu erkennen geben. So ist etwa der Hinweis enthalten, dass derjenige, der sich als Mitarbeiter der Beteiligten zu 2. zu erkennen gibt, auf politische Äußerungen verzichten muss.

Es kann allerdings aus Sicht der Kammer offen bleiben, ob der Leitfaden dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterfällt. Denn der Leitfaden betrifft nicht den Betrieb der facebook-Seite des Arbeitgebers. Der Antragsteller begehrt nicht etwa die Unterlassung der weiteren Verwendung des Leitfadens, sondern möchte den Betrieb der facebook-Seite unterbinden. Die Nutzung der facebook-Seite aber ist unabhängig vom Leitfaden. Denn der Leitfaden betrifft nicht den Betrieb der eigenen Seite, sondern befasst sich allgemein mit der Nutzung des Mediums facebook. Er gibt zwar auch Hinweise für das konkrete Verhalten der Mitarbeiter (netiquette), auch ist Anlass der eigene facebook-Auftritt der Arbeitgeberin. Bezüglich der eigenen facebook-Seite werden die Mitarbeiter lediglich eingeladen zu folgen.

Ein etwaiger Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht hat aber nicht die Abschaltung der facebook-Seite, sondern nur eine Unterlassung der weiteren Verwendung des Leitfadens zur Folge. Denn Mitbestimmungsrecht und geltend gemachtes Begehren müssen korrespondieren, gerade ausgerichtet an der konkreten Verletzungshandlung. Dies ist hier aus Sicht der Kammer nicht der Fall. Denn der Betrieb der facebook-Seite als solche betrifft nicht das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer. Vielmehr handelte es sich um ein betriebliches Medium zur Kundenbindung. Der Leitfaden ist davon zu abstrahieren und mag seinerseits dem Mitbestimmungsrecht des Antragstellers unterliegen. Eine Auswirkung auf den Betrieb der unternehmenseigenen Seite hat dies aber aus Sicht der Kammer nicht. (...)

III. (...) Gegen diesen Beschluss kann vom Antragsteller Rechtsbeschwerde eingelegt werden. (...)

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf

vom 12.1.2015, 9 TaBV 51/14

eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek

Rechtsanwälte Matyssek Kirchmann Freund

Düsseldorfer Straße 21, 40878 Ratingen

Tel.: 02102/7114012, Fax: 02102/7114047

kanzlei@matyssek-kirchmann.de,

www.matyssek-kirchmann.de

131. Betriebsrat, Anzahl der Freistellungen, Leiharbeiternehmer

A. Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten darüber, ob ein weiteres Betriebsratsmitglied nach § 38 BetrVG von seiner beruflichen Tätigkeit freizustellen ist. Maßgeblich für die Entscheidung ist, ob bei der Berechnung der Belegschaftsstärke die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiternehmer einzubeziehen sind. (...)

B. Entscheidungsgründe:

II. Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist jedoch unbegründet und war daher zurückzuweisen. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender und ausführlicher Begründung richtig entschieden, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, Frau B. als weiteres Betriebsratsmitglied nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellen.

1. Der zutreffenden Argumentation des Arbeitsgerichts schließt sich das Beschwerdegericht vollumfänglich an. Insbesondere hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt, dass das Bundesarbeitsgericht die sogenannte Zwei-Komponenten-Lehre bei drittbezogenem Personaleinsatz eingeschränkt hat, und das Arbeitsgericht hat ebenso zutreffend erkannt, dass es maßgeblich darauf ankommt, welche Funktion dem Arbeitnehmerbegriff in § 38 Abs. 1 BetrVG zukommt, insbesondere welchen Sinn und Zweck die Vorschrift des § 38 Abs. 1 BetrVG verfolgt. Zutreffend ist das Arbeitsgericht dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass § 38 Abs. 1 BetrVG in pauschalierender Form die Mindestzahl von Freistellungen regelt, um eine möglichst wirksame Betriebsratsarbeit zu sichern. Ebenso zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13.3.2003 zu der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes in § 9 BetrVG ihrem Sinn nach für die Auslegung des Arbeitnehmerbegriffes in § 38 Abs. 1 BetrVG heranzuziehen ist. Das Beschwerdegericht schließt sich der arbeitsgerichtlichen Argumentation daher zunächst in vollem Umfang an und nimmt auf sie Bezug.

2. Auch die von der beschwerdeführenden Arbeitgeberin in der Beschwerde vorgetragene Argumente führen zu keinem anderen Ergebnis.

a) Zunächst weist die Arbeitgeberin zu Recht darauf hin, dass das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 22.10.2003 (7 ABR 3/03) es noch abgelehnt hat, bei der Berücksichtigung der für die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Zusam-

menhang mit § 38 Abs. 1 BetrVG die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiternehmer überhaupt mitzuzählen. Diese Entscheidung lässt sich jedoch im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13.3.2013 (7 ABR 69/11) in dieser Weise nicht aufrechterhalten, und das Beschwerdegericht weicht von ihr daher auch ab.

b) Die Argumentation der Arbeitgeberin, die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zur Größe des Betriebsrates nach § 9 S. 1 BetrVG lasse sich für die Ermittlung der Beschäftigtenzahl nach § 38 Abs. 1 BetrVG nicht heranziehen, teilt das Beschwerdegericht nicht. Zunächst hat das Arbeitsgericht zutreffend unter entsprechender Zitierung der genannten Entscheidung vom 13.3.2013 herausgearbeitet, dass die dort angeführten Argumente bezüglich der zusätzlichen Belastung des Betriebsrates in seiner täglichen Arbeit durch die Beschäftigung von Leiharbeiternehmern im Betrieb in Bezug auf § 9 und § 38 BetrVG identisch sind.

c) Soweit die Arbeitgeberin eine fehlende Übertragbarkeit darauf stützt, dass § 38 BetrVG den unbestimmten Rechtsbegriff „in der Regel“ verwende, was mit der Definition der Leiharbeit als einer „vorübergehenden“ Überlassung an den Entleiher im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht vereinbar sei, so berücksichtigt dieses Argument bereits nicht, dass auch bei einer jeweils individuell betrachtet nur vorübergehenden Überlassung eines Leiharbeitnehmers an den Entleiher gleichwohl die Stärke der Belegschaft dadurch gekennzeichnet sein kann, dass dort ständig Leiharbeiternehmer beschäftigt sind, selbst dann, wenn unter den Leiharbeiternehmern eine erhebliche Fluktuation herrscht. Die Situation ist keine andere als in einem Betrieb, der „eigene“ Arbeitnehmer beschäftigt, unter denen eine erhebliche Fluktuation herrscht. Der Begriff „in der Regel“, der in § 38 Abs. 1 BetrVG verwendet wird, dient der Ermittlung einer für den Betrieb typischen Beschäftigtenzahl und sagt nichts darüber aus, ob diese Beschäftigten in diesem Betrieb bei individueller Betrachtung über eine längere Zeit tätig sein müssen. Im Übrigen verkennt die Beschwerde hier, dass auch § 9 S. 1 BetrVG auf die „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer abstellt. Es besteht hier gerade kein Unterschied zwischen § 9 und § 38 Abs. 1 BetrVG.

d) Zutreffend weist die Beschwerde weiter darauf hin, dass in § 38 Abs. 1 BetrVG die Wahlberechtigung der einzelnen Arbeitnehmer keine Rolle spielt. Das ist aber auch im Zusammenhang mit der Betriebsratsgröße nach § 9 S. 1 BetrVG bei einer Belegschaftsstärke von mehr als 100 Arbeitnehmern ebenfalls nicht relevant. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 13.3.2013 angesichts des Umstands, dass die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiternehmer bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl für die Bestimmung der Größe des Betriebsrates mit heranzuziehen sind, darauf abgestellt, dass § 9 S. 1 BetrVG in Betrieben bis 100 Arbeitnehmer auf die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer abstellt und es systemwidrig sei, einerseits den Leiharbeiternehmern das Wahlrecht zuzubilligen, sie andererseits dann aber nicht bei der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen. Dieses Argument

Betriebsverfassungsrecht

entfällt in der Tat im Zusammenhang mit § 38 Abs. 1 BetrVG, weil es hier auf die Wahlberechtigung nicht ankommt.

e) Zutreffend ist auch der Ansatz der Arbeitgeberin, dass § 38 Abs. 1 BetrVG nicht im Zusammenhang mit § 9 S. 1 BetrVG zu sehen sei, sondern maßgeblich bezogen ist auf die vom Betriebsrat zu erledigenden Aufgaben. Er stellt eine unwiderlegbare Vermutung dafür auf, dass bei der bestimmten Betriebsgröße eine bestimmte Anzahl von vollständigen Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern von der beruflichen Tätigkeit zur sachgerechten Erledigung der Betriebsratsaufgaben erforderlich ist. Er konkretisiert insoweit § 37 Abs. 2 BetrVG. Die Schlussfolgerung der Arbeitgeberin, die sie hieraus zieht, dass Bezugspunkt der Stafflung in § 38 Abs. 1 BetrVG nicht eine starre Anzahl wahlberechtigter Arbeitnehmer sein kann, ist nur insoweit richtig, als es nicht auf die Wahlberechtigung der Arbeitnehmer ankommt. Ansonsten ergibt sich aus der Lektüre des § 38 Abs. 1 BetrVG zwanglos, dass es auch hier auf eine „starre“ Anzahl von Arbeitnehmern ankommt. Der Unterschied zu § 9 besteht lediglich darin, dass diese nicht wahlberechtigt sein müssen. § 38 Abs. 1 BetrVG enthält eben genauso wie § 9 S. 1 BetrVG eine an die Zahl der Arbeitnehmer geknüpfte Pauschalierung. Ebenso wie es für die Größe des Betriebsrates nicht darauf ankommt, wie viel Arbeit die dort vorhandenen Arbeitnehmer im Betriebsrat tatsächlich machen, so kommt es genauso wenig im Rahmen der Freistellung nach § 38 Abs. 1 darauf an, wie viel Arbeit im Einzelfall dem Betriebsrat durch die vorhandene Anzahl an Arbeitnehmern entsteht. Es handelt sich eben gerade um eine unwiderlegliche Vermutung und damit auch um eine Pauschalierung der freizustellenden Betriebsratsmitglieder. Daraus ergibt sich aber nicht, dass die Leiharbeitnehmer nicht mit zu berücksichtigen seien. Auch dieses Argument ist für die Auslegung des § 38 Abs. 1 BetrVG nicht weiterführend. Lediglich die Frage von Schwankungen der Belegschaftsstärke ist in § 9 BetrVG i.V.m. § 13 und § 38 Abs. 1 BetrVG unterschiedlich geregelt. Das dauerhafte Unterschreiten des Schwellenwertes kann jederzeit zum Wegfall der Freistellung führen, was zwar belegt, dass die Freistellungen nach § 38 Abs. 1 BetrVG am konkreten Bedarf anknüpfen, der aber wiederum durch die Stafflung pauschal ermittelt wird.

f) Ebenso wenig hilft der Hinweis darauf, dass nach § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG die Möglichkeit der Vereinbarung von anderen Freistellungsregelungen besteht. Auch dann, wenn durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag anderweitige Freistellungsregelungen getroffen werden, handelt es sich dabei weiterhin um eine pauschale Regelung, die losgelöst von dem tatsächlichen Arbeitsbedarf im einzelnen Betrieb die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder bestimmt (GK BetrVG/Weber, § 38 Rn 36). Es ist zutreffend, dass diese Möglichkeit im Rahmen des § 9 S. 1 BetrVG nicht besteht, jedenfalls nicht direkt. Die indirekten Beeinflussungsmöglichkeiten der Betriebsratsgröße bestehen jedoch nach den §§ 3 und 4 BetrVG. Das spielt jedoch keine Rolle, weil der bloße Umstand, dass die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder durch Be-

triebsvereinbarung oder Tarifvertrag abweichend geregelt werden kann, wiederum keine Aussage darüber zulässt, ob Leiharbeitnehmer im Rahmen der Zahlstaffelung nun mitzählen oder nicht.

g) Es ist unbestritten, dass es zwischen § 9 S. 1 BetrVG und § 38 Abs. 1 BetrVG durchaus Unterschiede gibt. Die Unterschiede begründen jedoch nicht, dass im Rahmen des § 38 Abs. 1 Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind oder nicht mitzuzählen sind. Das erschließt sich in erster Linie über den Zweck des Gesetzes, den das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung zutreffend herausgearbeitet hat. Die Angriffe der Beschwerde gegen diesen Teil der arbeitsgerichtlichen Entscheidung gehen ebenfalls fehl. Die Arbeitgeberin kann sich zwar auf die Ausführungen im Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 22.10.2003 berufen. Nach den nunmehr vorliegenden Ausführungen im Beschl. v. 13.3.2013 geht das Gericht jedoch davon aus, dass diese Ausführungen überholt sind. Es mag sein, dass die letzten Änderungen im AÜG nicht zu einem erhöhten Arbeitsaufwand des Betriebsrats führen, denn das Gesetz ist in Bezug auf die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Leiharbeitnehmers unverändert geblieben. Was jedoch zu einem erhöhten Arbeitsaufwand des Betriebsrats führt, ist der Umstand, dass in vielen Unternehmen in erheblich zunehmender Zahl Leiharbeitnehmer eingesetzt werden. Auch der Betrieb der Arbeitgeberin zeigt, dass die Zahl der Leiharbeitnehmer am Anteil der Gesamtbelegschaft einen erheblichen Umfang ausmacht.

So ist die Zahl der Zeitarbeitnehmer in den letzten zehn Jahren bundesweit um das Zweieinhalbfache gestiegen (Arbeitsmarktberichterstattung durch die Bundesagentur für Arbeit, Februar 2014). Insbesondere sind die Zeitarbeitsverhältnisse auch durch eine hohe Fluktuation geprägt; die Hälfte der Zeitarbeitsverhältnisse dauerte nicht länger als drei Monate (ebd, S. 19). Die Tätigkeiten des Betriebsrats im Entleiherbetrieb in Bezug auf die Leiharbeitnehmer werden von der Beschwerdeführerin allerdings verkürzt dargestellt. Sie blendet den Bereich der Mitbestimmung nach § 87 BetrVG, der auch in einem erheblichen Teil vom Betriebsrat des Entleiherbetriebes wahrgenommen werden muss, vollständig aus. Zudem erkennt sie auch, dass alleine durch die Fluktuation von Leiharbeitnehmern für den Betriebsrat ein erhöhter Arbeitsaufwand entsteht. Wegen des tatsächlichen Arbeitsaufwandes, der dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern entstehen kann, hat das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung schon zutreffend auf die Darstellung in der Entscheidung vom Bundesarbeitsgericht vom 13.3.2013 hingewiesen.

Soweit die Arbeitgeberin differenzierende Lösungen verlangt, ist dem beizupflichten. Jedoch ergibt die Betrachtung des Schwellenwertes § 38 Abs. 1 BetrVG, dass im Rahmen dieser differenzierenden Lösungen unter Berücksichtigung des jeweiligen Normzwecks auch hier die im Betrieb regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Zahl der

freizustellenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen sind.

h) Der Vorwurf der Beschwerde, das Arbeitsgericht habe das Europarecht verletzt, indem es gegen die Richtlinie 2008/04/EWG verstoßen habe, ist nicht nachvollziehbar. Zutreffend weist die Beschwerde noch darauf hin, dass Art. 7 Abs. 2 und 3 den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht hinsichtlich der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Errichtung von Arbeitnehmervertretungen einräumt. Wieso ein Verstoß gegen diese Richtlinie vorliegen soll, wenn das Arbeitsgericht nunmehr entschieden hat, dass für die Frage der freizustellenden Betriebsratsmitglieder die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen sind, wo doch die Richtlinie diese Option ausdrücklich einräumt, bleibt im Dunkeln. Die Beschwerde meint möglicherweise, dass es Sache des Gesetzgebers sei, die Zuordnung der Leiharbeitnehmer eindeutig zu regeln. Das betrifft aber nicht die Vereinbarkeit mit Europarecht, sondern die Frage, ob § 38 Abs. 1 BetrVG (ebenso wie § 9 S. 1 BetrVG) auslegungsfähig ist oder nicht. Das Arbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Vorschriften auslegungsfähig sind, weil bereits der Wortlaut nicht eindeutig ist. Auch das Bundesarbeitsgericht ist in seiner Entscheidung zu § 9 S. 1 BetrVG von einer Auslegungsfähigkeit ausgegangen und hat diese ausführlich vorgenommen. Dieses Argument der Beschwerdeführerin hat nichts mit der Frage der Europarechtswidrigkeit zu tun, sondern allenfalls mit der Frage, ob es den deutschen Gerichten verboten ist, die Frage der Leiharbeitnehmer und ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Berücksichtigung durch Auslegung des Betriebsverfassungsgesetzes zu ermitteln. Dass dem nicht so ist, wurde oben dargelegt.

i) Entscheidend bleibt daher, dass durch die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern für den Betriebsrat im Entleiherbetrieb mehr Arbeitsaufwand entsteht. Da § 38 Abs. 1 BetrVG dem Betriebsrat zur Bewältigung des durch die Zahl der Beschäftigten entstehenden Arbeitsaufwandes pauschale Freistellungen zubilligt, entspricht es Sinn und Zweck dieser Vorschrift, bei der Ermittlung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer auch die Zahl der regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen. Das hat das Arbeitsgericht richtig entschieden. Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist daher unbegründet und war zurückzuweisen.

III. Auch wenn die hier getroffene Entscheidung im Einklang mit der überwiegenden Auffassung in der Fachliteratur zur Auslegung des § 38 Abs. 1 BetrVG steht (...), war für die Arbeitgeberin gleichwohl die Rechtsbeschwerde zuzulassen, weil die vorliegende Entscheidung von der Entscheidung des

Bundesarbeitsgerichts vom 22.10.2003, 7 ABR 3/03 abweicht. (...)

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg – Kammern Freiburg – vom 27.2.2015, 9 TaBV 8/14
eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Gnann
Rechtsanwälte Gnann, Thauer & Kollegen
Bertoldstraße 48, 79098 Freiburg
Tel.: 0761/704090, Fax: 0761/7040916
info@arbeitsrecht24.com, www.arbeitsrecht24.com

132. Anfechtung der Betriebsratswahl, Größe des Gremiums

Leitsatz:

1. Regelmäßig im Entleiherbetrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer sind bei der Anwendung der Staffel des § 9 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen (im Anschluss an BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 69/11).
2. Wurden in der Vergangenheit in einem Umfang Leiharbeitnehmer beschäftigt, der zur Überschreitung eines Staffelnwerts des § 9 Abs. 1 BetrVG führte, müssen für eine Prognose des Wahlvorstandes, dies werde zukünftig nicht mehr der Fall sein, konkrete, auf Tatsachen gestützte Anhaltspunkte bestehen. (...)

Gründe:

- I. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Betriebsratswahl. (...)
- II. 2. Der Anfechtungsantrag ist auch begründet. Es wurde gegen eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG dadurch verstoßen, dass ein nur 3-köpfiges Betriebsratsgremium gewählt wurde, obwohl der Betriebsrat aus fünf Personen bestehen müsste. Es liegt damit ein Verstoß gegen § 9 S. 1 BetrVG vor, der eine wesentliche Vorschrift im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG ist (BAG v. 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, EZA, § 9 BetrVG 2001, Nr. 6). Eine Berichtigung des Fehlers im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG kommt bei einem Verstoß gegen § 9 S. 1 BetrVG nicht in Betracht (BAG v. 13.3.2013, a.a.O.; BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 17/07, EZA, § 9 BetrVG 2001, Nr. 4).
3. Bei dem Betrieb der Arbeitgeberin handelt es sich um einen solchen, in welchem in der Regel mehr als 50 wahlberechtigte Arbeitnehmer und weniger als 101 Arbeitnehmer im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG beschäftigt werden, so dass nicht ein 3-, sondern ein 5-köpfiger Betriebsrat zu wählen war.
 - a) Unstreitig waren am maßgeblichen Stichtag des Wahlauschreibens (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 5, § 31 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 WO; GK/BetrVG/Kreutz-Jacobs, BetrVG, 10. Auflage, § 9 Rn 14) 32 Personen als „eigene“ Arbeitnehmer der Arbeitgeberin beschäftigt, die sowohl „in der Regel“ beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG, als auch nach § 7 S. 1 BetrVG wahlberechtigte Arbeitnehmer waren.
 - b) Darüber hinaus werden bei der Arbeitgeberin in erheblichem Umfang Leiharbeitnehmer beschäftigt, die als in der Re-

Betriebsverfassungsrecht

gel beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG gelten. Die Beschwerdekammer folgt insoweit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Beschl. v. 13.3.2013 (7 ABR 69/11, a.a.O.), wonach im Entleiherbetrieb regelmäßig beschäftigte Leiharbeiter bei der Anwendung der Staffel des § 9 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen sind. Maßgebend für die Ermittlung der Beschäftigtenzahl nach § 9 S. 1 BetrVG ist nicht die durchschnittliche Anzahl der Beschäftigten eines bestimmten Zeitraums, sondern die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Dabei hat der Wahlvorstand für die Feststellung der Arbeitnehmerzahl nicht nur den Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigungsstandes einzubeziehen. Maßgebend sind die Verhältnisse bei Erlass des Wahlausschreibens. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob eine Beschäftigung während des größten Teils eines Jahres besteht (BAG v. 7.5.2008 – 7 ABR 17/07; EZA, § 9 BetrVG 2001, Nr. 4). Unter Berücksichtigung der personellen Besetzung in der Vergangenheit, bestätigt durch die gegenwärtige personelle Stärke, konnte der Wahlvorstand nicht von einer für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnenden Personalstärke von weniger als 51 Arbeitnehmern im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG ausgehen. Das Arbeitsgericht hat im angefochtenen Beschluss zutreffend darauf hingewiesen, dass im Jahr 2013 nur in einem Monat (November) der nach § 9 S. 1 für ein 5-köpfiges Gremium erforderliche Schwellenwert unterschritten wurde. In den ersten fünf Monaten des Jahres 2014 wurden zwischen 84 und 107 Personen beschäftigt. Ausweislich ihrer Beschwerdeerwidern geht auch die Arbeitgeberin davon aus, dass für ihren Betrieb im Allgemeinen eine Beschäftigtenzahl von mehr als 50 Arbeitnehmern kennzeichnend ist. Angesichts der Notwendigkeit einer Prognose und den in vielen Betrieben schwankenden Beschäftigtenzahlen ist dem Wahlvorstand zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen (vgl. GK-BetrVG/Kreutz-Jacobs, § 9 Rn 15). Angesichts der erheblichen Überschreitung des Schwellenwertes müssten aber für die Annahme des Wahlvorstandes, in der Regel würden allenfalls 50 Arbeitnehmer im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG beschäftigt werden, nachvollziehbare Tatsachen vorliegen, die eine derartige Prognose rechtfertigen. Solche Tatsachen sind vom Betriebsrat im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht aufgezeigt worden. Er hat in seiner Beschwerde insoweit lediglich darauf verwiesen, der Wahlvorstand habe zu berücksichtigen gehabt, dass Frequenz und Anzahl des Einsatzes des Fremdpersonals mit Abklingen der Saison im Frühsommer stark zurückgehen werden und die Arbeitgeberin den Einsatz des überwiegenden Anteils der Leiharbeiter auf die Saison begrenze. Eine solche saisonale Schwankung ist hingegen aufgrund des Verlaufs des Beschäftigungsstandes im Jahre 2013 nicht nachvollziehbar. Es ist auch keine

unternehmerische Entscheidung ersichtlich, die erwarten ließ, es käme bei prognostischer Betrachtung zu einem Absinken der Beschäftigtenzahl. Im Gegenteil geht die Arbeitgeberin ausweislich ihrer Beschwerdeerwidern nach wie vor von einer Überschreitung des Schwellenwertes von 50 Arbeitnehmern im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG aus.

c) Auch die weitere Voraussetzung, dass im Betrieb der Arbeitgeberin regelmäßig zumindest 51 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden, ist erfüllt.

Die Wahlberechtigung von Leiharbeitnehmern bemisst sich nach § 7 S. 2 BetrVG und ist gegeben, wenn Leiharbeiter länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. Auch bezüglich der Voraussetzung der Wahlberechtigung bedarf es im Rahmen der Anwendung des § 9 S. 1 BetrVG der Feststellung des Regel- bzw. Normalstandes, wobei dem Wahlvorstand auch insoweit ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist. Es bedarf neben einer Rückschau auf die zurückliegende Situation auch einer, allerdings auf Tatsachen gestützten Prognose (GK-BetrVG, a.a.O., § 9, Rn 15).

In Anwendung dieser Grundsätze durfte der Wahlvorstand nicht davon ausgehen, dass regelmäßig weniger als 51 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Wahlvorstand im Rahmen einer Rückschau selbst von 41 wahlberechtigten Leiharbeitnehmern ausging, die in die Wählerliste aufgenommen wurden. Ebenso geht die Arbeitgeberin ausweislich der Beschwerdeerwidern davon aus, dass das Vorhandensein von zumindest 19 wahlberechtigten Leiharbeitnehmern für ihren Betrieb kennzeichnend ist. Bestätigt wird dies durch die personelle Entwicklung nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses: Die Aufstellung gemäß Bl. 108 ff. d. A. zeigt, dass auch in den Monaten Juni, Juli und August 2014 mehr als 19 Leiharbeiter durchgängig beschäftigt waren.

Der Betriebsrat zeigt demgegenüber keine Tatsachen auf, die eine Prognose dahingehend rechtfertigen könnten, die regelmäßige Anzahl auch wahlberechtigter Leiharbeiter werde zukünftig unter zumindest 19 Personen sinken. Auch insoweit verweist er lediglich auf saisonale Schwankungen, ohne dass hierfür ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 6.3.2015, 1 TaBV 23/14

133. Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit im Beschlussverfahren, Übergangsmandat, Restmandat

Leitsätze:

1. Zur Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts bei einem negativen Kompetenzkonflikt im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren
2. Nach einer Betriebsaufspaltung oder -abspaltung hat der bisherige Betriebsrat für die neu entstandenen Betriebe unter den Voraussetzungen des § 21a Abs. 1 S. 1 BetrVG ein Übergangsmandat. Für den Ursprungsbetrieb hat er im Fall der

Aufspaltung nach § 21b BetrVG ein Restmandat; im Fall der Abspaltung bleibt es bei dem bisherigen originären Mandat.

3. Kommt es zu einem Konflikt zwischen den Betriebsparteien, hängt die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts nach § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG davon ab, auf welches Mandat sich der Konflikt bezieht.

4. Für Konflikte, die das Übergangsmandat betreffen, ist das Arbeitsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Betriebsleitung des jeweiligen neu entstandenen Betriebs ihren Sitz hat.

5. Für Konflikte, die das Restmandat betreffen, ist das Arbeitsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Betriebsleitung des aufgelösten Gesamtbetriebs ihren Sitz hatte.

6. Wird einer der neu entstandenen Betriebe oder der weiterbestehende (Rest-) Ursprungsbetrieb später stillgelegt, ist für Konflikte im Zusammenhang mit der Stilllegung das Arbeitsgericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Betriebsleitung des stillgelegten Betriebs ihren Sitz hatte.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 20.4.2015, 21 SHa 462/15

134. Versetzung, Zustimmungsverweigerung, Vertrauensleuteschutzabkommen

Leitsatz:

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Versetzung einer Postzustellerin, die Vertrauensfrau der Gewerkschaft ver.di ist, zu einem anderen Übergabepunkt mit der Begründung verweigern, die Maßnahme verstoße gegen das Vertrauensleuteschutzabkommen, wenn keine Erörterung mit dem zuständigen Organ der Gewerkschaft ver.di stattgefunden hat.

Das Vertrauensleuteschutzabkommen ist ein Tarifvertrag i.S.d. § 1 Abs. 1 TVG, der dem Anwendungsbereich des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unterfällt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 12.2.2015, 5 TaBV 6/14

Tarifrecht

135. Freizügigkeit, Berufserfahrung, unterschiedliche Arbeitgeber, Eingruppierung

Leitsätze:

2. Die in § 16 Abs. 2 S. 2 und S. 3 TV-L getroffene Unterscheidung betreffend die Anrechnung einschlägiger Berufserfahrung aus einem vorherigen Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber und solcher aus einem vorherigen Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber ist nicht mit der gem. Art. 45 AEUV garantierten Freizügigkeit vereinbar und gem. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 unwirksam (vgl. EuGH, Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH, Urt. v. 5.12.2013 – C-514/12).

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 18.2.2015, 60 Ca 4638/14

136. Branchenzuschläge für Leiharbeitnehmer

Leitsatz:

Ein Betrieb, der für einen Automobilhersteller die Montage und Komplettierung der Motor-Getriebe-Einheit durchführt, gehört zum Wirtschaftszweig „Automobilindustrie und Fahrzeugbau“ im Sinne des Tarifvertrags über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassung in der Metall- und Elektroindustrie.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 16.6.2014, 4 Sa 145/14

Prozessuales

137. Weiterbeschäftigungsanspruch, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund

Tatbestand:

Gegen die am 18.9.2013 zugegangene Kündigung erhob der Verfügungskläger eine auf Kündigungsschutz und vorläufige Weiterbeschäftigung gerichtete Klage, (...).

Mit einem dem Verfügungskläger (...) zugestellten Urteil (...) gab Letzteres [das Arbeitsgericht] der Kündigungsschutzklage statt, den Weiterbeschäftigungsanspruch wies es ab. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, (...). Mit dem (...) Eilantrag begehrt der Verfügungskläger seine vorläufige Weiterbeschäftigung. (...)

Entscheidungsgründe:

I. 2. c) (...) Das Arbeitsgericht hat bereits einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung verneint. Eine Abweisung des Weiterbeschäftigungsantrags aus prozessualen Gründen oder aufgrund eingetretener Unmöglichkeit (...) bei gleichzeitigem Obsiegen mit dem Kündigungsschutzantrag ist rechtlich nicht ausgeschlossen. Zudem hat der Verfügungskläger ein gesteigertes Erfüllungsinteresse im vorstehenden Sinne nicht dargelegt. Er wird von der Verfügungsbeklagten bereits seit dem 18.9.2013 nicht mehr beschäftigt. Selbst nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils im Hauptsacheverfahren hat der Verfügungskläger noch mehr als zwei Monate bis zum Eingang des Eilantrags zugewartet. Dies spricht gegen ein gesteigertes Erfüllungsinteresse. Sollte die Verfügungsbeklagte den Beschäftigungsanspruch des Verfügungsklägers letztlich zu Unrecht verweigert haben, trägt die Sicherung des Vergütungsanspruchs durch die Regelungen des Annahmeverzugs, gegebenenfalls auch durch das Schadensersatzrecht, den finanziellen Interessen des Verfügungsklägers ausreichend Rechnung. Ob eine – unterstellte – Nichtverlängerung der Kreditratenreduzierung irreparable Nachteile bei dem Verfügungskläger bewirkt, kann die Kammer aufgrund fehlender Angaben zu Umfang und Hintergrund sowie zur Sicherung des Kredits bzw. zu Möglichkeiten anderweitiger Überbrü-

Prozessuales

ckung nicht beurteilen. Diesbezüglich hat der Verfügungskläger auch nichts glaubhaft gemacht. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 30.3.2015, 13 SaGa 187/15

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader
Laborius – Die Fachanwälte für Arbeitsrecht
Podbielskistraße 33, 30163 Hannover
Tel.: 0511/2155563-32, Fax: 0511/2155563-43
rs@laborius.eu, www.laborius.eu

138. Direktionsrecht, einstweilige Verfügung, Verfügungsgrund

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens um die Verpflichtung der Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin), der Weisung der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) zur Erbringung der Arbeitsleistung an deren Sitz in Bonn nachzukommen. (...)

Ab 2008 übertrug ihr die Beklagte die Projektleitung für den sog. (...). Im Zusammenhang mit der Übernahme der Projektleitung durch die Klägerin vereinbarte diese mit dem damaligen Vorstand der Beklagten, Herrn B., dass die Klägerin die Projektleitung vom Home-Office in Andernach aus erledigen dürfe. (...)

Mit Schreiben vom 7.1.2015 (...) versetzte die Beklagte die Klägerin mit Wirkung am 1.2.2015 auf die Stelle „Projektleiterin Unternehmenskommunikation“ an ihren Standort in Bonn-Bad Godesberg und sprach ihr vorsorglich eine Änderungskündigung zum 31.8.2015 aus. (...)

Die Klägerin kam der Versetzungsanordnung zum 1.2.2015 zunächst nicht nach, woraufhin die Beklagte sie mit Schreiben vom 2.2.2015 (...) wegen „beharrlicher Arbeitsverweigerung“ abmahnte. (...)

Entscheidungsgründe:

I. Die zulässige Klage ist nicht begründet. Es fehlt zumindest am für den Erlass der Verfügung erforderlichen Verfügungsgrund. Im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens muss die Klägerin gemäß § 85 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 940 ZPO für den Erlass einer Regelungsverfügung darlegen und ggfs. glaubhaft machen, dass diese zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich ist.

1. Wesentliche Nachteile sind bei der summarischen Überprüfung der Weisungen des Arbeitgebers nur in Ausnahmefällen anzunehmen. Allein der Umstand, dass eine möglicherweise vertragswidrige Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, reicht hierfür nicht aus (vgl. LAG Köln, Urt. v. 26.8.1992 – 2 Sa 624/92, juris; LAG Köln, Beschl. v. 24.6.2010 – 9 Ta 192/10, juris). Vielmehr erfordert die Bejahung eines Verfügungsgrundes für eine einstweilige Verfügung gegen Weisungen des Arbeitgebers zu Inhalt, Ort und Art der Arbeitsleistung ein deutlich gesteigertes Abwehrinteresse des Arbeitnehmers, wie es allenfalls bei erheblichen Gesundheitsgefahren, einer drohenden irreparablen Schädigung

des beruflichen Ansehens oder bei schweren Gewissenskonflikten bestehen kann. Daneben erkennt die Rechtsprechung lediglich in Fällen einer offenkundigen Rechtswidrigkeit der arbeitgeberseitigen Maßnahme das Bestehen eines Verfügungsgrundes an (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 5.2.2008 – 11 SaGa 4/08, juris; LAG Köln, a.a.O.; LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 12.5.2009 – 5 SaGa 4/08, juris). Diesen Grundsätzen schließt sich die erkennende Kammer an.

2. Zu derartigen Umständen, die ein gesteigertes Abwehrinteresse der Klägerin gegen die ausgesprochene Weisung begründen könnten, hat die Klägerin nichts vorgetragen. Es kommt nicht darauf an, ob ihr durch die Nichtbefolgung der Weisung erhebliche Nachteile – wie etwa eine Kündigung – drohen; es kommt im Gegenteil darauf an, ob der Klägerin die Befolgung der Weisung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren am Sitz der Beklagten unzumutbar ist oder nicht. Dass dies der Fall wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Klägerin hat 27 Jahre am Sitz der Beklagten gearbeitet und ab 2008 – wenngleich der genaue zeitliche Umfang umstritten ist – zumindest zum Teil. Weshalb dies ab dem 1.2.2015 unzumutbar sein sollte, ist für die Kammer nicht erkennbar. Das Ansinnen, die Beklagte zu nach Ansicht der Klägerin rechtmäßigem Verhalten anzuhalten, rechtfertigt kein gesteigertes Abwehrinteresse, sondern wohnt jedem Rechtsstreit inne.

3. Die Weisung ist auch nicht offenkundig rechtswidrig. Gemäß § 106 S. 1 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.

a. Danach durfte die Beklagte die Klägerin mit Tätigkeiten in Bonn betrauen. Es ist nicht erkennbar, dass es zwischen den Parteien eine Vereinbarung gibt, wonach die Beklagte nicht berechtigt ist, den Arbeitsort der Klägerin zu ändern. Ursprünglich war der Sitz der Beklagten in Bonn als Arbeitsort vertraglich vereinbart. Dort war die Klägerin 27 Jahre lang tätig. Dass sich die Beklagte, vertreten durch ihren damaligen Vorstand, mit der Klägerin dahingehend geeinigt hätte, dass die Klägerin in Zukunft vorbehaltlos und ohne Berücksichtigung der von ihr auszuübenden Tätigkeit ausschließlich nur noch im Home-Office beschäftigt werden solle und die Beklagte auf ihre Befugnis verzichtet hätte, der Klägerin im Rahmen ihres Weisungsrechts wieder ihren alten Arbeitsort zuzuweisen, ist nicht erkennbar. (...)

c. Letztlich hat die Klägerin eine Vereinbarung, nach der sich die Beklagte zur Beschränkung ihres Weisungsrechts verpflichtet, auch nicht explizit dargelegt. Sie hat vielmehr darauf abgestellt, dass sie ab Ende 2008 absprachegemäß von ihrem Home-Office aus habe arbeiten dürfen. Die Beklagte war aber nicht dazu angehalten, dabei einen entsprechenden „Einschränkungsverbalt“ zu erklären, um ihr Weisungsrecht in örtlicher Hinsicht weiter aufrecht zu erhalten. Vielmehr wäre

umgekehrt ein expliziter Verzicht seitens der Beklagten auf das Weisungsrecht in örtlicher Hinsicht erforderlich. Zu einem solchen hat die Klägerin aber nichts vorgetragen.

■ **Arbeitsgericht Bonn**

vom 24.2.2015, 7 Ga 5/15

eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Susanne Sadtler

Rechtsanwälte Pauly & Partner

Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn

Tel.: 0228/6209010, Fax: 0228/6209091

pauly@paulypartner.de, www.paulypartner.de

139. Einstweiliger Rechtsschutz, aufschiebende Wirkung, Integrationsamt, Zustimmung zur Kündigung

Entscheidungsgründe:

II. (...) Das Beschwerdegericht vertritt nunmehr unter Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. zuletzt Beschl. v. 7.8.2008, HmbJVBl. 2008, 99, juris Rn 27 ff.) ebenfalls die Ansicht, dass der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung nach § 85 SGB IX in der Regel unzulässig ist, weil dem Arbeitnehmer das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis hierfür fehlt. Ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn das prozessuale Vorgehen die Rechtsstellung des Antragstellers nicht verbessern kann und daher nutzlos ist. So ist es hier. Die erstrebte Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Zustimmung der Antragsgegnerin zur Kündigung der Antragstellerin kann deren Rechtsstellung nicht verbessern. Im Einzelnen: (...)

Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs wird nur die Vollziehbarkeit des angefochtenen Verwaltungsakts gehemmt, nicht jedoch dessen Wirksamkeit. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs gegen die Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung führt nicht dazu, dass der Arbeitgeber gehindert wird, das Arbeitsverhältnis zu kündigen oder dass im Falle einer Kündigung eine Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers aus diesem Grund Erfolg hat (so schon: OVG Hamburg, Beschl. v. 7.8.2008, HmbJVBl. 2008, 99, juris Rn 30). Denn für die Kündigung und ihre Wirksamkeit kommt es allein auf die Wirksamkeit der Zustimmung an, nicht auf deren Vollziehbarkeit. Das ergibt sich nach der gesetzlichen Konstruktion bereits daraus, dass der Arbeitgeber eine ordentliche Kündigung nur innerhalb einer Frist von einem Monat nach erteilter Zustimmung erklären kann (§ 88 Abs. 3 SGB IX), die nicht gehemmt oder unterbrochen wird, wenn die Zustimmung nicht vollziehbar ist. Für eine außerordentliche Kündigung gilt eine noch kürzere Frist; sie ist unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung zu erklären (§ 91 Abs. 5 SGB IX). Diese Fristen hängen allein davon ab, dass eine Zustimmung (wirksam) erteilt wurde, nicht jedoch davon, dass die erteilte Zustimmung vollziehbar ist. Dementsprechend ist es auch für den Ausgang eines arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahrens ohne Bedeutung, ob die Zustimmung zur Kündigung vollziehbar ist

oder nicht. Voraussetzung ist allein, dass eine wirksame Zustimmung des Integrationsamtes vorliegt (vgl. BAG, Urt. v. 17.6.2003 – 2 AZR 245/02, NJW 2004, 796, juris Rn 24, zur insoweit vergleichbaren Lage nach § 9 Abs. 3 MuSchG). Liegt eine wirksame Zustimmung vor, ist das Arbeitsgericht gehindert, der Kündigungsschutzklage wegen einer fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes zur Kündigung stattzugeben. Das ist vielmehr nur möglich, wenn die Zustimmung fehlt, weil sie entweder bestandskräftig abgelehnt worden ist oder die Zustimmung aufgrund einer rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung aufgehoben worden ist. Ist die Zustimmung des Integrationsamtes hingegen noch nicht bestandskräftig, so ist die Kündigung „schwebend wirksam“ (vgl. BAG, Urt. v. 17.6.2003, a.a.O.). Wird die Zustimmung später rechtskräftig aufgehoben, so wird dem im arbeitsgerichtlichen Verfahren dadurch Rechnung getragen, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer im Wege der Restitutionsklage gemäß § 79 ArbGG i.V.m. § 580 Nr. 6 ZPO die Abänderung des arbeitsgerichtlichen Urteils erreichen kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.7.2012 – 5 C 16/11, BVerwGE 143, 325, juris Rn 13; vgl. auch BAG, Urt. v. 17.6.2003, a.a.O., juris Rn 34; Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, juris Rn 56). (...)

Entgegen der bisher vertretenen Auffassung des Beschwerdegerichts (Beschl. v. 7.8.2008, HmbJVBl. 2008, 99, juris Rn 31 ff.) kann sich die Rechtsstellung des schwerbehinderten Arbeitnehmers auch nicht im Hinblick auf einen Weiterbeschäftigungsanspruch für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses dadurch verbessern, dass die Vollziehbarkeit der Zustimmung zur Kündigung suspendiert wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann dieser Umstand nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber zur vorläufigen Weiterbeschäftigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers verpflichtet wird. Nach dieser Rechtsprechung begründet nämlich – außer im Fall einer offensichtlich unwirksamen Kündigung – der Umstand, dass der Ausgang des Kündigungsschutzprozesses ungewiss ist, ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers daran, den gekündigten Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsprozesses nicht beschäftigen zu müssen. Dieses Interesse überwiegt in der Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bis zu dem Zeitpunkt, in dem im Kündigungsprozess ein Urteil ergeht, mit dem die Unwirksamkeit der Kündigung und damit der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festgestellt wird (BAG, Großer Senat, Beschl. v. 27.2.1985 – GS 1/84, NJW 1985, 2968, Leitsatz 2 und juris Rn 94). Das Arbeitsgericht kann aber – wie oben ausgeführt – die Unwirksamkeit der Kündigung wegen einer fehlenden Zustimmung des Integrationsamtes erst dann feststellen, wenn das Urteil, mit dem das Verwaltungsgericht die Zustimmung zur Kündigung aufgehoben hat, rechtskräftig ist (BAG, Urt. v. 23.5.2013 – 2 AZR 991/11, NJW 2013, 3597, juris Rn 28). Denn erst dann wird eine Kündigung, die aufgrund der zunächst ausgesprochenen Zustimmung ausgesprochen wurde, rückwirkend unwirksam (BAG, Urt. v. 23.5.2013, a.a.O., juris Rn 24). Das Arbeitsgericht ist mithin gehindert, die Unwirksamkeit

Prozessuales

der Kündigung bereits dann festzustellen, wenn die Zustimmung zwar aufgrund eines verwaltungsgerichtlichen Urteils aufgehoben, dieses Urteil jedoch nicht rechtskräftig ist. Demzufolge kann das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung erst recht nicht schon dann feststellen, wenn die Zustimmung des Integrationsamtes noch nicht einmal aufgehoben, sondern lediglich ihre Vollziehbarkeit suspendiert ist. Das gilt unabhängig von den Gründen, aus denen das geschieht, also auch dann, wenn das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs herstellt, weil die Zustimmung zur Kündigung im Hauptsacheverfahren voraussichtlich aufzuheben sein wird. Das bedeutet zugleich, dass eine Kündigung im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht allein deshalb, weil im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen die Zustimmung zur Kündigung angeordnet wurde, als offensichtlich unwirksam angesehen werden kann. Dem entspricht die zusammenfassende Schlussfeststellung in dem zuletzt genannten Urteil des Bundesarbeitsgerichts, dass die Arbeitsgerichte „erst auf eine rechtskräftige Versagung der Zustimmung Bedacht zu nehmen haben“. Das betrifft gerade auch die Frage der Weiterbeschäftigung während des Kündigungsverfahrens. Diese soll nach der gesetzlichen Intention vom Arbeitnehmer nicht erzwungen werden können, wenn die Kündigung behördlich zugelassen worden ist und das verwaltungsgerichtliche Anfechtungsverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist (BAG, Urt. v. 23.5.2013, a.a.O., juris Rn 28). Fehlt nach alledem grundsätzlich das Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag, die aufschiebende Wirkung der Zustimmung zur Kündigung anzuordnen, so kann der Antrag der Antragstellerin nur dann zulässig sein, wenn ein atypischer Sonderfall vorliegt, in dem ausnahmsweise ein Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nicht ausreicht (vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 22.8.2013 – 12 B 794/13, juris Rn 7). (...)

■ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

vom 19.5.2015, 13 E 117/15

eingereicht von Rechtsanwalt Martin Obernesser

Rembert.Rechtsanwälte

Kajen 12, 20459 Hamburg

Tel.: 040/4132290, Fax: 040/41322911

hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de, www.rembert-rechtsanwaelte.de

140. Feststellungsinteresse, Vergütung, Tarifvertrag

Tatbestand:

Die Parteien streiten, ob sich das monatliche Entgelt des Klägers ab dem 1.8.2006 nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst für den Bereich der Kommunalen Arbeitgeberverbände (TVöD-VKA) in seiner jeweils gültigen Fassung und dem Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) richtet. (...)

Entscheidungsgründe:

I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken – sog. Elementenfeststellungsklage. Auch die Anwendbarkeit eines bestimmten Tarifvertrags oder Tarifwerks auf ein Arbeitsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein (st. Rspr., s. nur BAG v. 22.10.2008 – 4 AZR 784/07 – Rn 11 m.w.N., BAGE 128, 165).

Eine Feststellungsklage setzt nach § 256 Abs. 1 ZPO weiterhin ein rechtliches Interesse des Klägers voraus, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Dieses besondere Feststellungsinteresse muss als Sachurteilsvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, gegeben sein. Sein Vorliegen ist von Amts wegen zu prüfen (st. Rspr., etwa BAG v. 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06 – Rn 14, BAGE 124, 240).

Ein solches Feststellungsinteresse ist nur dann gegeben, wenn durch die Entscheidung über den Feststellungsantrag der Streit insgesamt beseitigt wird und das Rechtsverhältnis der Parteien abschließend geklärt werden kann (st. Rspr., etwa BAG v. 14.12.2005 – 4 AZR 522/04 – Rn 12; 29.11.2001 – 4 AZR 757/00 – zu I 2 b der Gründe, BAGE 100, 43). Es fehlt, wenn durch die Entscheidung kein Rechtsfrieden geschaffen wird. Die Rechtskraft der Entscheidung muss weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über die zwischen den Parteien strittigen Fragen um denselben Fragenkomplex ausschließen (st. Rspr., etwa BAG v. 29.11.2001 – 4 AZR 757/00 – a.a.O.). Das setzt bei einem auf die Feststellung der Rechtsgrundlage für die Vergütung gerichteten Antrag jedenfalls voraus, dass über weitere Faktoren, die die Vergütungshöhe bestimmen, kein Streit besteht und die konkrete Bezifferung dann lediglich eine Rechenaufgabe ist, die von den Parteien ebenso unstrittig durchgeführt werden kann wie die Umsetzung der weiteren Zahlungsmodalitäten. Anderenfalls müssen auch die weiteren Berechnungskriterien zum Gegenstand des Feststellungsantrags gemacht werden, damit nicht lediglich eine Vorfrage geklärt wird (vgl. dazu BAG v. 21.4.2010 – 4 AZR 755/08 – Rn 21; für die Eingruppierungsfeststellungsklage BAG v. 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06 – Rn 15, BAGE 124, 240; weiterhin BAG v. 29.11.2001 – 4 AZR 757/00 – a.a.O.). Allerdings sind die Gerichte gehalten, Klageanträge nach Möglichkeit so auszulegen, dass hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird (BAG v. 12.8.2009 – 7 ABR 15/08 – Rn 12, BAGE 131, 316).

II. Hiervon ausgehend ist der Klageantrag unzulässig. Ihm fehlt das erforderliche Feststellungsinteresse.

1. Nach dem Wortlaut des Antrags begehrt der Kläger eine Feststellung über die Rechtsgrundlage für die Errechnung sei-

ner Vergütung. In der Berufungsverhandlung hat er insofern klargestellt, dass sich der Begriff der Vergütung im Antrag allein auf die in Nr. 3.1. des Arbeitsvertrags genannte „Vergütung“ bezieht, insbesondere also die Einschränkungen und Präzisierungen der folgenden Vereinbarungen in Nr. 3.2. bis 3.4. des Arbeitsvertrags außer Betracht bleiben sollen. Im Ergebnis will der Kläger damit festgestellt wissen, dass der Wortlaut von Nr. 3.1. Satz 1 des Arbeitsvertrags – „Die Höhe der Vergütung richtet sich nach dem BAT/Gemeinden in der jeweils gültigen Fassung“ – für die Zeit ab dem 1.8.2006 wie folgt zu lesen ist: „Die Höhe der Vergütung richtet sich nach dem TVöD-VKA und dem TVÜ-VKA in der jeweils gültigen Fassung“.

2. Für das dahingehend präzierte Rechtsschutzbegehren des Klägers besteht kein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO. Mit der Rechtskraft der begehrten Entscheidung wäre nur einer von mehreren Berechnungsfaktoren für das dem Kläger zustehende Entgelt geklärt. Weitere gerichtliche Auseinandersetzungen über zwischen den Parteien streitige Fragen über die zutreffende Berechnung des Entgelts sind dann nicht auszuschließen, wie das weitere Vorbringen der Parteien im Rechtsstreit zeigt.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 27.8.2014, 4 AZR 518/12

eingereicht von Rechtsanwältin Jacqueline Greinert
Kanzlei Jacqueline Greinert – Die Arbeitgeberkanzlei
Querallee 38, 34119 Kassel
Tel.: 0561/6028580, Fax: 0561/60285818
www.arbeitgeberkanzlei.net

141. Zulässige Aussetzung des Verfahrens, Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung, Zweifel am Erreichen des Quorums

Leitsatz:

Eine Aussetzung nach § 98 Abs. 6 ArbGG ist jedenfalls dann wirksam, wenn das Arbeitsgericht aufgrund von Zweifeln an der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung weitere Auskünfte eingeholt hatte und nach Erteilung dieser Auskünfte immer noch von „ernsthaften Zweifeln“ ausgeht.

Gründe:

II. (...) Das Arbeitsgericht hat zu Recht den Rechtsstreit gem. § 98 Abs. 6 ArbGG ausgesetzt.

1. Das BAG (Beschl. v. 7.1.2015 – 10 AZB 109/14 – NZA 2015, 237) hat hinsichtlich einer möglichen Aussetzung ausgeführt, dass § 98 Abs. 6 ArbGG auch auf bereits anhängige Verfahren Anwendung findet. Eine Aussetzung dürfe nur dann erfolgen, wenn die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits ausschließlich von der Frage der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung abhängt. Im Übrigen müssten ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung vorliegen. Hierfür genüge es, wenn das Gericht des Hauptsacheverfahrens aufgrund Parteivortrags oder aufgrund offen zu legenden gerichtsbekannter Tatsachen zu dem Er-

gebnis kommt, das ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung bestünden. Hierbei habe das Gericht alle ihm bekannten Umstände, die für oder gegen die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung sprechen, in seine Würdigung einzubeziehen und unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfahrens nach § 98 ArbGG einerseits und des Beschleunigungsinteresses der Parteien andererseits zu gewichten. Dem entscheidenden Gericht komme ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Dieser könne nur dahingehend überprüft werden, ob das Gericht den Begriff selbst verkannt, die Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob die Beurteilung wegen des Übersehens wesentlicher Umstände offensichtlich fehlerhaft ist.

2. Bei Anwendung dieser Kriterien kann im hiesigen Einzelfall und unter Berücksichtigung des dem Arbeitsgericht zustehenden Beurteilungsspielraums nicht festgestellt werden, dass die Aussetzung des Rechtsstreits fehlerhaft erfolgt ist.

Mit der Entscheidung des BAG ist davon auszugehen, dass § 98 Abs. 6 ArbGG n.F. auch auf bereits anhängige Verfahren Anwendung findet. Weiterhin ist davon auszugehen, dass es im hiesigen Rechtsstreit ausschließlich auf die Frage der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ankommt, da die Beklagten schon nach der Feststellung des Arbeitsgerichts einen Baubetrieb im Sinne des VTV unterhalten.

Das Arbeitsgericht hat spätestens mit dem Nichtabhilfebeschluss ausreichend dokumentiert, dass nach seiner Ansicht ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen vorliegen. Diese Zweifel ergeben sich in dokumentierter Form schon aus dem Beschl. v. 27.5.2014. Danach hatte das Arbeitsgericht Zweifel, ob durch das zuständige Bundesministerium in zutreffender Weise die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärungen, insbesondere das Erreichen des erforderlichen Quorums geprüft worden sind. Auf Basis dieser Zweifel hat das Arbeitsgericht von verschiedenen Institutionen und Verbänden weitere Auskünfte eingeholt. Trotz der erteilten Auskünfte hat das Arbeitsgericht in dem Nichtabhilfebeschluss ausgeführt, dass zu seiner Überzeugung nicht plausibel dargetan sei, dass die vorhandenen Daten zur Ermittlung des Quorums aus § 5 Abs. 1 TVG statistisch valide und verifizierbar aufgearbeitet worden seien. Dies reicht zur Dokumentation „ernsthafter Zweifel“ aus. Das Erreichen des Quorums nach § 5 Abs. 1 Ziff. 1 TVG a.F. ist Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung. Im Gegensatz zur Auffassung des Klägers kann es auch nicht darauf ankommen, ob nach Einbeziehung des klägerischen Sachvortrags und der eingeholten Auskünfte „sehr viel mehr für als gegen die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen spricht“. Diese endgültige Wertung ist in dem auf Basis des § 98 ArbGG anhängigen Beschlussverfahren zu treffen. Der an sich zu beachtende Beschleunigungsgrundsatz hilft insofern hier nicht weiter. Der hiesige Sachverhalt ist auch anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht aufgehobenen Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom

Sonstiges

1.10.2014. Das Hessische Landesarbeitsgericht hatte noch angenommen, dass es unerheblich sei, ob der Richter des Ausgangsverfahrens die insoweit vorgebrachten Zweifel selbst teilt. Im Gegensatz zum Hessischen Landesarbeitsgericht geht das Arbeitsgericht Berlin weiterhin davon aus, dass ernsthafte Zweifel weiterhin vorhanden sind.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 31.3.2015, 15 Ta 433/15

142. Fristversäumnis, keine Wiedereinsetzung, Faxversuch um zehn vor zwölf, Voice over IP (VoIP), sipgate

Leitsatz:

Ein vergeblicher Faxversuch um zehn Minuten vor zwölf ist jedenfalls dann nicht entschuldbar, wenn es zuvor schon zu zeitlichen Unregelmäßigkeiten bei der Faxversendung mittels Voice over IP (VoIP) kam.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 31.3.2015, 15 Sa 11/15

Sonstiges

143. Sozialversicherungspflichtige Beschäftigung, Physiotherapeuten

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Frage der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung der Beigeladenen bei der Klägerin (...).

Die Beigeladene war in diesem Zeitraum als Physiotherapeutin in den Räumen der Klägerin tätig (...).

Aus den Entscheidungsgründen:

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in einem fremden Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Ort, Zeit, Dauer und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Unternehmerrisiko, dem spiegelbildlich eine Unternehmenschance gegenüber steht, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt ist oder selbstständig tätig ist hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (ständige Rechtsprechung vgl. BSG-Urt. v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R; Bayer. Landessozialgericht, Urt. v. 13.7.2005, L 5 KR 187/04). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Ausgangspunkt sind die vertraglichen Vereinbarungen der Betei-

ligten; weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Ausgestaltungen ab, so sind diese maßgeblich, soweit dies rechtlich zulässig ist.

Im Rahmen der so vorzunehmenden Gesamtabwägung überwiegen vorliegend deutlich die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung.

Zwar spricht zunächst für eine selbstständige Tätigkeit, dass mit der Beigeladenen feste Arbeitszeiten und/oder Vertretungsregelungen nicht vereinbart wurden. Terminvereinbarungen mit den Klienten, Terminverlegungen- und absagen organisierte die Beigeladene nach ihren Angaben im Rahmen der mündlichen Verhandlung selbst. Theoretisch hätte die Beigeladene ihr von der Klägerin angebotene neue Klienten auch ablehnen können.

Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass auch abhängige Beschäftigungsverhältnisse so ausgestaltet sein können, dass der Arbeitnehmer betreffend Ort, Zeit und Dauer seiner Arbeitsleistung weitgehend weisungsfrei ist (LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 18.7.2012, L 2 R 115/12). So ist es grundsätzlich üblich, dass bei fachlich mit der Arbeit vertrautem Personal fachliche Einzelanweisungen entbehrlich sind.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht außerdem, dass die Beigeladene wie ein abhängig Beschäftigter in die Betriebsorganisation der Klägerin eingebunden war. So wurden von der Beigeladenen während ihrer Tätigkeit bei der Klägerin ausschließlich die Betriebsmittel sowie Räumlichkeiten der Klägerin genutzt. Das Erstgespräch mit den Klienten und die grundsätzliche Entscheidung über die Aufnahme der Behandlung in der Praxis der Klägerin erfolgten nach den übereinstimmenden Angaben von Klägerin und Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung ausschließlich durch die Geschäftsleitung der Klägerin. Auf die unternehmerische Entscheidung, ob ein bestimmter Klient in der Praxis der Klägerin behandelt wird oder nicht, hatte die Beigeladene somit keinen Einfluss. Auch eine eigene Klientenakquise wurde von der Beigeladenen nicht vorgenommen.

Gegenüber den Klienten trat die Beigeladene nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung zudem grundsätzlich als Mitarbeiterin der Klägerin auf und wurde nicht als eigenständiger Dienstleister wahrgenommen. Nach außen hin trat ausschließlich die Klägerin als verantwortliche Praxisbetreiberin auf und rechnete mit dem Kostenträger (Amt für soziale Dienste) ab. Es war für die Klienten somit nicht wahrnehmbar, dass die Beigeladene selbst Unternehmerin gewesen sein soll. Auch dies spricht deutlich für eine abhängige Beschäftigung (so unter anderem auch Landessozialgericht Niedersachsen Bremen, Beschl. v. 18.7.2012, L 2 R 115/12; Urt. v. 24.9.2014, L 1 KR 351/12, nicht rechtskräftig, beim BSG anhängig unter dem Az B 12 KR 20/14 R).

Auch ein unternehmerisches Risiko bzw. eine unternehmerische Chance der Beigeladenen kann nicht gesehen werden. So musste die Beigeladene weder eigenes Kapital einsetzen, noch war sie am wirtschaftlichen Erfolg der klägerischen Pra-

xis beteiligt. Auch bestand nicht die Gefahr, dass die Beigeladene für die von ihr geleistete Arbeit nicht bezahlt wird. Die Beigeladene erhielt nach den getroffenen Stunden- und Kostenvereinbarungen eine gleichbleibende Vergütung von 45 EUR je Stunde ohne Abzüge für etwaige Schlechtleistung und somit unabhängig davon, ob sie ihre Leistung gut oder schlecht erbrachte. Der Erfolg des eigenen wirtschaftlichen Einsatzes war somit nicht ungewiss. So hat die Beigeladene nach den in der mündlichen Verhandlung von der Kammer gewonnenen Erkenntnissen auch ausschließlich Klienten behandelt, für die bereits eine Zusage der Kostenübernahme durch den Kostenträger vorlag. Ein Verdienstausschlag bei Kundeninsolvenz drohte der Beigeladenen somit nicht.

Ein wirtschaftliches Risiko bestand für die Beigeladene nur darin, dass sie keine Aufträge mehr erhielt. Dabei unterscheidet sich die Beigeladene aber nicht von einem Beschäftigten, der keine Beschäftigung angeboten erhält. Das Risiko, zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können, begründet kein Unternehmerrisiko während des Arbeitseinsatzes (siehe dazu Landessozialgericht Niedersachsen Bremen, Beschl. v. 18.7.2012, L 2 R 115/12; Thüringer Landessozialgericht, Urt. v. 1.7.2014, L 6 R 1680/10; Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Urt. v. 18.6.2008, L 1 RA 257/07).

Auch das Fehlen von Regelungen zu Ansprüchen auf Urlaubsentgelt bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme eines unternehmerischen Risikos. Die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung ist nur dann ein gewichtiges Indiz unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächlich Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.4.2014, L 8 R 744/11). Letzteres war hier jedoch nicht gegeben. Die Beigeladene hatte keinen Einfluss auf die Preisgestaltung der Klägerin und konnte auch die vorgegebenen Zeiträume der einzelnen zu erbringenden Therapieleistungen nach dem Wortlaut der Stunden- und Kostenvereinbarungen nicht eigenmächtig verlängern. Höhere Erlöse konnten somit nur dadurch erzielt werden, dass mehr Stunden für die Klägerin gearbeitet wurde, was jedoch als arbeitnehmertypisch anzusehen ist (siehe Bayerisches Landessozialgericht, Urt. v. 11.8.2009, L 5 R 210/09; Thüringer Landessozialgericht, Urt. v. 1.7.2014, L 6 R 1680/10). Denn damit unterschied sie sich nicht von den Möglichkeiten einer abhängig Beschäftigten, durch Erhöhung der täglichen Arbeitszeit oder durch Überstunden das Entgelt zu erhöhen.

Daran vermag auch die Vereinbarung eines angeblich besonders hohen Stundenlohns nichts zu ändern. Eine abhängige Beschäftigung verliert ihren Charakter nicht durch die Vereinbarung eines überdurchschnittlichen Gehalts (Landessozialgericht Niedersachsen Bremen, Beschl. v. 18.7.2012, L 2 R 115/12).

Der Einstufung der Beigeladenen als abhängig Beschäftigte steht auch nicht entgegen, dass die Beigeladene in den Stun-

den- und Kostenvereinbarungen als freie Mitarbeiterin bezeichnet wurde. Grundsätzlich unterliegt der sozialversicherungsrechtliche Status nicht der Dispositionsfreiheit der beteiligten Personen, sondern ergibt sich aus den gesetzlichen Bestimmungen und den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dazu herausgearbeiteten Beurteilungskriterien (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 30.4.2014, L 8 R 744/11). Allein der Vortrag, dass die Beigeladene neben ihrer Tätigkeit für die Klägerin weitere selbstständige Tätigkeiten wahrgenommen hat, vermag nicht zu einer anderen Beurteilung der Sachlage führen, da selbstverständlich auch abhängig Beschäftigte zusätzlich einer selbstständigen Tätigkeit nachgehen können.

■ Sozialgericht Bremen

vom 27.4.2015, S 31 R 397/12

eingereicht durch Rechtsanwalt Klaus-Dieter Franzen
Backes Krautwald Steuerberater Rechtsanwälte PartG mbH
Domshof 8-12, 28195 Bremen

Tel.: 0421/7927330; Fax: 0421/7927355

franzen@legales.de; www.legales.de

144. Abführen von Abgaben durch Arbeitgeber

Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d SGB IV) an die Einzugsstelle zu zahlen. Er hat gemäß § 28g Sätze 1 und 2 SGB IV gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, den er im Wege des Abzugs vom Arbeitsentgelt geltend machen kann. Mit dem Abzug und der Abführung von Lohnbestandteilen erfüllt der Arbeitgeber seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer. Die Abführung begründet einen besonderen Erfüllungseinwand. Es bedarf keiner Aufrechnung (vgl. BAG v. 30.4.2008 – 5 AZR 725/07 – NZA 2008, 884). Hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge stehen sich nicht allein der Anspruch des Arbeitnehmers auf Auszahlung und der Anspruch des Arbeitgebers nach § 28g S. 1 SGB IV gegenüber. Vielmehr hat der Arbeitgeber den Beitrag zugunsten des Arbeitnehmers an die Einzugsstelle zu zahlen (§ 28h SGB IV). Der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, die Rückerstattung erhöhter Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 26 SGB IV zu fordern und die Höhe der Beiträge von den Sozialgerichten überprüfen zu lassen.

2. Die Gerichte für Arbeitssachen sind nicht befugt, die Berechtigung der Abzüge für Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge zu überprüfen. Legt der Arbeitgeber nachvollziehbar dar, dass er bestimmte Abzüge für Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge einbehalten und abgeführt hat, kann der Arbeitnehmer die nach seiner Auffassung unberechtigt einbehaltenen und abgeführten Beträge nicht erfolgreich mit einer Vergütungsklage geltend machen. Er ist vielmehr auf die steuer- und sozialrechtlichen Rechtsbehelfe beschränkt, es sei denn, für den Arbeitgeber wäre aufgrund der für ihn zum Zeit-

Sonstiges

punkt des Abzugs bekannten Umstände eindeutig erkennbar gewesen, dass eine Verpflichtung zum Abzug nicht bestand. Andernfalls tritt die Erfüllungswirkung ein (vgl. BAG v. 30.4.2008 – 5 AZR 725/07 – Rn 20, 21, a.a.O.).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 16.10.2014, 5 Sa 229/14

Leitsätze eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann
Bonifaziusplatz 1b, 55118 Mainz

Tel.: 06131/618156; Fax: 06131/618157

post@kanzlei-broetzmann.de; www.kanzlei-broetzmann.de

145. Insolvenzanfechtung – Darlegungs- und Beweislast des anfechtenden Insolvenzverwalters – geringfügiges Beschäftigungsverhältnis – arbeitsvertragliche Ausschlussfrist

Leitsätze:

1. Den anfechtenden Insolvenzverwalter trifft die primäre Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines unentgeltlichen Geschäfts.

Er ist dafür darlegungs- und beweispflichtig, dass es sich bei einem schriftlich abgeschlossenen Arbeitsvertrag um ein Scheingeschäft im Sinn des § 117 Abs. 1 BGB gehandelt hat. Gleichfalls ist der anfechtende Insolvenzverwalter darlegungs- und beweispflichtig für den Einwand, der Arbeitsvertrag sei nicht abredgemäß durchgeführt worden, die beklagte Partei habe das Entgelt nur wegen der Hingabe eines Darlehens bzw. als „Schenkung“ erhalten und sei nicht tätig geworden.

2. Der Grundsatz der vollen Darlegungslast des anfechtenden Insolvenzverwalters bedarf insbesondere dann einer Einschränkung, wenn er außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und den Sachverhalt nicht ermitteln kann, während der beklagten Partei die erforderliche tatsächliche Aufklärung ohne weiteres möglich und auch zuzumuten ist. Das setzt aber voraus, dass der anfechtende Insolvenzverwalter alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um seiner primären Darlegungslast zu genügen.

3. Die Arbeitsvertragsparteien können arbeitsvertraglich nicht wirksam eine Ausschlussfrist für den insolvenzrechtlichen Rückforderungsanspruch vereinbaren. Dieser steht außerhalb ihrer Regelungsmacht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 18.11.2015, 7 Sa 312/14

146. Zeitzuschläge als unpfändbare Erschwerniszuschläge

Leitsatz:

Zuschläge für Nachtarbeit, Sonntags- und Feiertagsarbeit gem. § 8 Abs. 1 Buchst. b, c und d TVöD sind Erschwerniszuschläge i.S.d. § 850a Nr. 3 ZPO und damit unpfändbar.

Aus den Entscheidungsgründen:

a) Der Kläger hat, darüber besteht zwischen den Parteien kein Streit, nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nur die

pfändbaren Bestandteile seiner Bezüge aus seinem Arbeitsverhältnis abgetreten. Im Übrigen kann gemäß § 400 BGB eine Forderung nicht abgetreten werden, soweit sie nicht der Pfändung unterworfen ist.

b) Die Ansprüche auf Zahlung einer Wechselschichtzulage gemäß § 8 Abs. 5 TVöD und die Ansprüche auf Zahlung von Zuschlägen für Nachtarbeit-, Sonntags- und Feiertagsarbeit gemäß § 8 Abs. 1 Buchst. b, c und d TVöD sind keine pfändbaren Forderungen, sondern sie sind gemäß § 850a Nr. 3 ZPO unpfändbar. Bei den Streitgegenständlichen Ansprüchen handelt es sich um Erschwerniszulagen i.S.d. Vorschrift.

aa) Nach § 850a Nr. 3 ZPO sind unpfändbar Aufwandsentschädigungen, Auslösungsgelder und sonstige soziale Zulagen für auswärtige Beschäftigungen, das Entgelt für selbstgestelltes Arbeitsmaterial, Gefahrenzulagen sowie Schmutz- und Erschwerniszulagen, soweit diese Bezüge den Rahmen des Üblichen nicht übersteigen. Erschwerniszulagen i.S.d. dieser Vorschrift sind auch Zulagen bzw. Zuschläge, die gezahlt werden, weil die Lage der Arbeitszeit mit Erschwernissen für den Arbeitnehmer verbunden ist. (...) Dies ergibt die Auslegung der Norm.

(1) Dem Wortsinn des § 850a Nr. 3 ZPO kann nicht entnommen werden, dass Erschwerniszulagen im Sinne dieser Vorschrift nur solche Zulagen sind, durch die eine Erschwernis abgegolten werden soll, die durch die Art der Arbeit, ihre Eigentümlichkeit verursacht wird, dagegen solche Zulagen, die gezahlt werden, weil die ungünstige Lage der Arbeitszeit Erschwernisse für den Arbeitnehmer verursacht, nicht hiervon erfasst werden. Für eine solche Differenzierung gibt der Wortlaut keine Anhaltspunkte. (...)

(a) Die Vorschrift des § 850a Nr. 3 ZPO unterscheidet gerade nicht danach, aus welchem Grund die Erschwerniszulage gezahlt wird, und wodurch die Erschwernis verursacht wird, sondern erklärt allgemein Erschwerniszuschläge als unpfändbar.

(b) Erschwernisse für einen Arbeitnehmer können sich aber sowohl aufgrund der Art der auszuübenden Tätigkeit, als auch aufgrund sonstiger Umstände ergeben, nämlich z.B. wegen regelmäßig wechselnder Dienstschichten oder wegen der Verpflichtung, nachts oder an solchen Tagen, an denen üblicher Weise keine Arbeitstätigkeiten zu erbringen sind, arbeiten zu müssen. So wirkt ein regelmäßiger Wechsel der täglichen Arbeitszeit erheblich auf den Lebensrhythmus ein und führt dadurch zu Erschwerungen (vgl. BAG v. 24.9.2008 – 10 AZR 770/07 – Rn 39, BAGE 128, 42). Ebenfalls zu Belastungen und Erschwernissen führt der Umstand, dass bei geleisteter Wechselschicht oder Schichtarbeit der Beginn und das Ende der Arbeitszeit außerhalb der allgemein üblichen Arbeits- und Geschäftszeiten liegen (vgl. BAG v. 19.3.2014 – 10 AZR 744/13 – Rn 18 m.w.N., KHE 2014, 19; 25.9.2013 – 10 AZR 4/12 – Rn 8, NZA-RR 2014, 8). Die ständige Umstellung des Arbeits- und Lebensrhythmus ist mit gesundheitlichen und sozialen Auswirkungen verbunden (vgl. BVerwG v. 21.3.1996 – 2 C 24/95 –, ZBR 1996, 260). Aber auch die Verpflichtung, an Sonnta-

gen, Feiertagen und nachts zu arbeiten, verursacht für den Arbeitnehmer Erschwernisse. Denn ihm wird damit die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben erschwert. So ergeben sich insbesondere im familiären und sozialen Bereich Belastungen für den Arbeitnehmer, weil er zu Zeiten arbeiten muss, in denen die Mehrzahl der Arbeitnehmer gerade nicht arbeitet, sondern ihre Freizeit gestalten kann.

(2) Auch die Systematik und der Gesamtzusammenhang der Regelung in § 850a Nr. 3 ZPO sprechen nicht für eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Erschwerniszulage“.

(a) Die Verwendung des Bindestrichs zwischen Schmutz- und Erschwerniszulagen bringt nicht zum Ausdruck, dass Erschwerniszulagen nur solche Zulagen sind, die wegen Erschwernisse bei der Art der Arbeitstätigkeit geleistet werden. Vielmehr dient ein Bindestrich lediglich dazu, dass ein zu ergänzendes Wort, hier das Wort „Zulage“, nicht doppelt verwendet werden muss. Dies dient allein der besseren, nämlich flüssigeren Lesbarkeit des Satzes.

(b) Unter § 850a Nr. 3 ZPO werden zudem verschiedene Bezüge aufgezählt, die aus völlig unterschiedlichen Gründen geleistet werden. So werden hier einerseits echte Aufwandsentschädigungen, mit der tatsächliche Aufwendungen des Arbeitnehmers ausgeglichen werden, aufgeführt, aber auch soziale Zulagen für auswärtige Beschäftigungen. Die Aufzählung dieser unterschiedlichen Bezüge lässt demnach gerade nicht darauf schließen, dass Erschwerniszulagen nur solche sind, die ihren Grund gerade in der Art der Tätigkeit haben.

(3) Die Auflistung der unterschiedlichen unpfändbaren Bezügebestandteile in § 850a Nr. 3 ZPO verdeutlicht vielmehr den Zweck der Vorschrift, nämlich dem Arbeitnehmer die Bezüge zu belassen, die er vom Arbeitgeber wegen eigener finanzieller, sozialer, gesundheitlicher oder sonstiger persönlicher Belastungen aufgrund der Erbringung der Arbeitsleistung erhält. Dieser erkennbar verfolgten Zwecksetzung würde es aber widersprechen, wenn der Begriff Erschwerniszulagen einschränkend ausgelegt wird. Es gibt nämlich keine plausiblen Gründe, weshalb Zulagen für Erschwernisse, die ihren Grund in der Art bzw. Eigentümlichkeit der Arbeit haben, unpfändbar sein sollen, dagegen Zulagen, die einen Ausgleich für die Erschwernisse aufgrund der ungünstigen Lage der Arbeitszeit bzw. den ständigen Wechsel der Arbeitszeit gewähren, nicht. Die Belastungen für den Arbeitnehmer können in beiden Fällen gleich hoch sein. Der Arbeitnehmer soll über den finanziellen Ausgleich für die Erschwernisse, soweit sich dieser im Rahmen des Üblichen hält, frei verfügen können und diesen für sich behalten dürfen. Durch die Unpfändbarkeit kann der Arbeitnehmer zudem motiviert werden, die für ihn mit Erschwernissen verbundenen Tätigkeiten auszuüben, was dem Arbeitgeber zugutekommt (vgl. auch *Musielak/Becker*, ZPO, 11. Aufl., § 850a ZPO Rn 5a). Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts wäre es zweckwidrig, die Pfändbarkeit der Zulagen von der konkreten Ursache der Erschwernisse abhängig zu machen.

(4) Die Entstehungsgeschichte des § 850a Nr. 3 ZPO lässt es ebenfalls nicht zu, Zulagen, die für geleistete Wechselschicht oder für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit gezahlt werden, von dem Anwendungsbereich des § 850a Nr. 3 ZPO auszunehmen. Die Vorschrift des § 850a ZPO ist durch Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 20.8.1953 (BGBl I S. 952) in die Zivilprozessordnung eingefügt worden. Dem Gesetz liegt der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 5.4.1952 (BT-Drucks 1/3284 S. 1 ff.) zugrunde. In dem Gesetzentwurf finden sich keinerlei Hinweise dahingehend, dass der Gesetzgeber den eindeutig gewählten Begriff der „Erschwerniszulagen“ nicht umfassend, sondern in einem engeren, zivilprozessualen Sinne verstanden wissen wollte. Dahingehende Anhaltspunkte finden sich auch nicht in der Stellungnahme des Bundesrates vom 29.2.1952 zu dem genannten Gesetzentwurf (vgl. Anlage 2 zum Gesetzentwurf vom 5.4.1952, a.a.O.). Falls der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, im Rahmen der neu geschaffenen Vorschrift des § 850a Nr. 3 ZPO bestimmte Erschwerniszulagen von dem Begriff der Erschwerniszulagen auszunehmen, hätte es nahe gelegen, dies in den Gesetzgebungsmaterialien deutlich zu machen. Das ist indes nicht geschehen (...).

(5) Eine einschränkende Auslegung des Begriffs „Erschwerniszulage“ kann auch nicht mit einem Bescheid des Bundesministers der Justiz vom 13.8.1952 (3742 – 13 281/52) begründet werden, in dem dieser ausweislich eines in der Zeitschrift „Der Betriebs-Berater“ (Jahrgang 1952, S. 859) enthaltenen Hinweises im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit den Begriff der Schmutz- und Erschwerniszulage im Sinne des § 3 Nr. 3 der Verordnung zur einheitlichen Regelung des Pfändungsschutzes für Arbeitseinkommen – Lohnpfändungsverordnung 1940 – vom 30.10.1940 (RGBl I S. 1451) in der Fassung des Gesetzes vom 22.4.1952 (BGBl I S. 247) dahin erläutert hat, dass „darunter nur solche Lohnzuschläge zu verstehen sind, die zur Abgeltung einer durch die Eigentümlichkeit der Arbeit verursachten Erschwernis gewährt werden.“ Dazu gehörten, so der in der Zeitschrift BB 1952, 859 wiedergegebene Hinweis, „Zuschläge für Hitze-, Wasser-, Säure-, Staub-, Schacht- und Tunnel-, Druckluft- und Taucher- sowie Stachel-drahtarbeit“. Zuschläge für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit könnten hingegen nicht als Erschwerniszulagen angesehen werden, diese Auffassung entspreche, so die Veröffentlichung, „auch der tariflichen Praxis, die Erschwerniszulagen von Nacht-, Sonn- und Feiertags- und ähnlichen Zuschlägen“ klar unterscheidet (vgl. hierzu BB 1952, 859). Die Ausführungen des Bundesministers der Justiz vom 13.8.1952 sind bereits nicht zu § 850a Nr. 3 ZPO ergangen. Es ist auch nicht erkennbar, dass diese Erwägungen explizit in das Gesetzgebungsverfahren zu § 850a Nr. 3 ZPO eingeflossen sind (vgl. hierzu auch OVG Lüneburg v. 17.9.2009 – 5 ME 186/09 – juris, Rn 10f, ZBR 2010, 60). Im Übrigen hat diese Interpretation keinen Ausdruck in § 850a Nr. 3 ZPO gefunden. Für die Auslegung dieser Vorschrift kann es auch nicht maßgeblich darauf ankommen, wie Zulagen in Tarifverträgen bezeichnet werden. Denn von

Streitwert und Gebühren

der Bestimmung sind nicht nur solche Zulagen erfasst, die auf der Grundlage von Tarifverträgen gezahlt werden. Wie sich bereits aus dem Begriff der Erschwerniszulage ergibt, kommt es allein darauf an, ob eine Zulage für tatsächlich mit der Ausübung der Arbeit verbundene Erschwernisse gezahlt wird.

bb) Danach sind sowohl die Wechselschichtzulage nach § 8 Abs. 5 TVöD als auch die Zuschläge, die gemäß § 8 Abs. 1 Buchst. b, c und d TVöD für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit gezahlt werden, Erschwerniszulagen i.S.d. des § 850a Nr. 3 ZPO. Die Wechselschichtzulage gewährt einen finanziellen Ausgleich dafür, dass Wechselschichtarbeit erheblich auf den Lebensrhythmus einwirkt und ihr Beginn und Ende außerhalb der üblichen Arbeits- und Geschäftszeiten liegt. Die mit der Ausübung der Wechselschichtarbeit verbundenen Belastungen und Erschwernisse sollen ausgeglichen werden. Damit handelt es sich um eine Erschwerniszulage (vgl. auch BAG v. 24.9.2008 – 10 AZR 770/07 – Rn 39, BAGE 128, 42; 24. März 2010 – 10 AZR 58/08 – Rn 24, 32, BAGE 134, 34). Durch die Zahlung der Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sollen die Erschwernisse und Belastungen ausgeglichen werden, die dadurch entstehen, dass die Arbeitstätigkeit zu ungünstigen Arbeitszeiten auf den Lebensrhythmus einwirkt und die Nacht und der Sonntag bzw. Feiertag nicht der Regeneration dienen, bzw. die Sonn- und Feiertage z.B. nicht dem Zusammensein mit der Familie und für Vornahme von religiösen Handlungen genutzt werden können (vgl. hierzu auch BAG v. 11.12.2013 – 10 AZR 1018/12 – Rn 16, EzA TVG § 4 Druckindustrie Nr. 35 zur Sonntagsarbeit; vgl. zur Nachtarbeit auch BAG v. 5.9.2002 – 9 AZR 202/01 – BAGE 102, 309; 27.5.2003 – 9 AZR 180/02, ZTR 2004, 212). (...)

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 9.1.2015, 3 Sa 1335/14

147. Nichtzahlung angeordneter Raten, Aufhebung der PKH setzt Verschulden voraus

Leitsätze:

1. Eine Aufhebung der Prozesskostenhilfe gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wegen Nichtzahlung angeordneter Raten setzt auch voraus, dass der Zahlungsverzug auf einem Verschulden der bedürftigen Partei beruht.

2. Verschulden fehlt, wenn die festgesetzten Raten wegen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Leistungsfähigkeit der bedürftigen Partei nicht (mehr) entsprechen.

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 15.9.2014, 1 Ta 176/14

Streitwert und Gebühren

148. Wirksamkeit eines Streitwert, Aufhebungsvertrag, Abfindung

Aus den Gründen:

I. Der Beschwerdeführer begehrt die Festsetzung eines höheren Gegenstandswertes im Zusammenhang mit einem Antrag auf Feststellung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Verpflichtung der Beklagten eine Abfindung i.H.v. 45.732,00 EUR zu zahlen. (...)

Der Kläger hat am 17.4.2014 beim Arbeitsgericht Klage erhoben und beantragt, festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund des am 12.12.2013 abgeschlossenen Aufhebungsvertrags zum 31.7.2014 aufgelöst wird und die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger eine Abfindung i.H.v. 45.732,00 EUR brutto zu zahlen; (...)

Das Arbeitsgericht hat auf Antrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers den Wert für die anwaltliche Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Beschl. v. 6.1.2015 auf ebenfalls 10.083,00 EUR festgesetzt. Es hat ausgeführt, der Streitwert sei mit drei Bruttomonatsgehältern zu bemessen. (...)

2. Die Beschwerde ist auch in der Sache erfolgreich. Der Wert für die Gerichtsgebühren war unter Abänderung des arbeitsgerichtlichen Beschlusses auf 45.732,00 EUR festzusetzen.

Gem. § 48 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO ist für die Bestimmung des Wertes einer Klage das wirtschaftliche Interesse des Klägers am Streitgegenstand entscheidend (LAG Rheinland-Pfalz v. 18.4.2011 – 1 Ta 46/11 – Rn 9, juris).

Der Antrag des Klägers ist unter Berücksichtigung der Klagebegründung dahin auszulegen, dass der Kläger die Feststellung des Zustandekommens eines Aufhebungsvertrags und daraus resultierend die Zahlung einer Abfindung i.H.v. 45.732,00 EUR begehrt. Das wirtschaftliche Interesse der Klage richtet sich damit auf den Erhalt der 45.732,00 EUR, so dass der Streitwert in dieser Höhe festzusetzen war.

Die Sonderregelung des § 42 Abs. 2 S. 1 GKG ist vorliegend nicht anwendbar. Nach dieser Regelung ist für die Wertberechnung bei Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitssachen über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgeltes maßgebend; eine Abfindung wird nicht hinzugerechnet.

Diese Regelung bedeutet nicht, dass alle geltend gemachten Abfindungen unbewertet bleiben. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen Abfindungen im Sinne der §§ 9, 10 KSchG einerseits und anderen Entschädigungen, die auf anderen Rechtsgrundlagen beruhen wie etwa einem Rationalisierungsschutzabkommen, Sozialplänen, sonstigen Vereinbarungen und auch Ansprüchen nach § 113 BetrVG. Beruht die Abfindung auf einer eigenen Anspruchsgrundlage, die nicht von

dem Ausgang des Kündigungsschutzrechtsstreits abhängig ist, handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Der Streitwert eines solchen Abfindungsanspruchs unterliegt nicht den Beschränkungen des § 42 Abs. 2 GKG. Anders als diese Regelung, die den Kündigungsschutzprozess und die hier unter bestimmten Voraussetzungen festzusetzende Abfindung meint, deren Voraussetzung die Unwirksamkeit der in erster Linie umstrittenen Kündigung ist, wachsen die anderen Entschädigungen nicht aus einer unwirksamen Kündigung heraus, sondern setzen im Gegenteil voraus, dass die Kündigung als solche, z.B. wegen einer Betriebsänderung, Rationalisierungsmaßnahmen etc. Bestand hat (vgl. zu § 12 Abs. 7 S. 1 ArbGG a.F.: LAG Hamburg v. 19.9.2003 – 4 Ta 16/03 – Rn 8, juris); Die Abfindung mildert in diesen Fällen die im Verlust des Arbeitsplatzes liegende Härte, stellt jedoch keine Ersatzleistung für das Arbeitsverhältnis dar. Der Streitwert richtet sich in diesen Fällen nach, der Höhe der Abfindung (vgl. Schwab, ArbGG 4. Aufl. 2015, § 12 Rn 202).

Ein solcher Fall, der nicht eine unwirksame Kündigung oder einen sonstigen unwirksamen Beendigungsgrund, sondern gerade eine wirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzt, ist vorliegend gegeben. Der Kläger hat hier eine Abfindung geltend gemacht und diese auf eine eigene – vertragliche – Anspruchsgrundlage gestützt. Die Parteien haben nicht im Rahmen einer Bestandsschutzstreitigkeit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses des Klägers gestritten. Die begehrte Abfindung setzt gerade voraus, dass ein wirksamer Aufhebungsvertrag bereits zu Stande gekommen oder noch abzuschließen ist.

Auch Sinn und Zweck der Regelung in § 42 Abs. 2 GKG greift hier nicht. Die gesetzliche Regelung will erreichen, dass der für die Existenz des Arbeitnehmers besonders bedeutsame Kündigungsschutzprozess aus sozialen Gründen nicht mit einem zu hohen Kostenrisiko verbunden ist. Dieses Ziel wird durchkreuzt, wenn die Höhe einer gem. § 9 KSchG gegebenenfalls festzusetzenden Abfindung beim für die Gebühren maßgeblichen Streitwert berücksichtigt wird (LAG München v. 14.9.2001 – 4 Ta 200/01 – Rn 12, juris). Im vorliegenden Fall ging der Streit nicht um den Bestand des Arbeitsverhältnisses, den die eine oder andere Partei für sich in Anspruch nahm. Es ging insbesondere auch nicht um ein vom Arbeitgeber in Frage gestelltes Recht des Arbeitnehmers, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Der Kläger begehrte die Zahlung einer bestimmten Abfindung auf vertraglicher Grundlage. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 27.4.2015, 8 Ta 12/15

eingereicht durch Rechtsanwalt Michael Peter
Dr. Anders & Partner
Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef
Tel.: 02224/2638 u. 967565, Fax: 02224/78544
mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

149. Streitwert Zwischenzeugnis

Leitsatz:

Der Streit um den Inhalt eines Zwischenzeugnisses ist mit einem Monatsbruttoentgelt zu bewerten. Die bisherige Rechtsprechung der Kammer (Bewertung mit einem halben Monatsbruttoentgelt) wird aufgegeben.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 21.1.2015, 4 Ta 347/14

150. Eingruppierung, Verfahrenswert

Leitsatz:

Der Wert eines Verfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG, in dem es um die zutreffende Eingruppierung eines Arbeitnehmers geht, bestimmt sich nicht nach der Vergütungsdifferenz verschiedener Entgeltgruppen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg
vom 26.2.2015, 17 Ta (Kost) 6014/15

151. Streitwert, Streitwertkatalog, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzung, „Mengenrabatt“ bei selbstständigen Einzelverfahren

Leitsätze:

Werden in einem einheitlichen arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 99 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von Arbeitnehmern mehrere rechtlich und tatsächlich gleichgelagerte Fälle zusammengefasst, die keinerlei individuelle Besonderheiten aufweisen, kann es gerechtfertigt sein, bei der Bemessung des Gebührenstreitwerts einen sog. „Mengenrabatt“ einzurechnen: Der Gesamtstreitwert des Verfahrens fällt dann zwar höher aus, als wenn nur ein einziger Fall Streitgegenstand wäre, aber nicht so hoch wie das entsprechende Vielfache eines isoliert bewerteten Einzelfalls.

Dagegen verbietet es sich, in die Streitwertbetrachtung auch vermeintlich oder wirklich gleichgelagerte Fälle mit einzubeziehen, die in anderen selbstständigen Beschlussverfahren Streitgegenstand sind. Ein verfahrensübergreifender „Mengenrabatt“ kommt nicht in Frage.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 15.12.2014, 7 Ta 35/14

152. Streitwert, Beschlussverfahren, Zustimmungsersetzung, Eingruppierung, mehrere Fälle in einem Verfahren

Leitsätze:

1. Der Gebührenstreitwert eines Beschlussverfahrens, das auf die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Ein- oder Umgruppierung eines Arbeitnehmers gerichtet ist, richtet sich nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG, ist aber wegen der vom BAG angenommenen erheblichen Bedeutung des Beschlussverfahrens für einen entsprechenden Individualrechtsstreit des betroffenen Arbeitnehmers (BAG v. 28.8.2008 – 2 AZR 967/06) „nach

Streitwert und Gebühren

Lage des Falles“ auf 80 % des 36-fachen Unterschiedsbetrages zwischen den streitigen Eingruppierungsvarianten festzusetzen. (Rn 6)

2. Dabei ist jedoch stets nur auf den Unterschiedsbetrag zur nächsthöheren oder nächstniedrigeren Entgeltgruppe abzustellen, auch wenn die Auffassungen der Beteiligten über die richtige Eingruppierung mehr als eine Entgeltgruppe auseinander liegen. (Rn 8)

3. Streiten die Beteiligten in ein- und demselben Beschlussverfahren nach § 99 BetrVG um die Eingruppierung mehrerer Arbeitnehmer, richtet sich der Streitwert grundsätzlich nach der Summe der wie oben berechneten Einzelstreitwerte. Ein sog. Mengenrabatt kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Einzelfälle der verschiedenen Arbeitnehmer keinerlei individuelle Besonderheiten aufweisen und für Gericht und Anwälte keinerlei individuellen Prüfungsbedarf hervorrufen. (Rn 13)

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 28.10.2014, 7 Ta 250/13

153. Streitwert eines Verfahrens über die Besetzung der Einigungsstelle

Leitsätze:

1. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des LAG Köln, dass der Streitwert eines Verfahrens nach § 98 ArbGG a.F. regelmäßig 5.000 EUR beträgt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten schwerpunktmäßig über die Person des einzusetzenden Vorsitzenden, über die Anzahl der Beisitzer oder über die offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle oder mehrere oder gar alle diese Gesichtspunkte streiten. (Rn 3)

2. An dieser Rechtsprechung wird auch nach Erarbeitung des Streitwertkatalogs festgehalten. (Rn 3)

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 17.11.2014, 5 Ta 360/14

154. Streitwert, Änderungskündigung, anderer Arbeitsort

Aus den Gründen:

Der Kläger, der bisher von seiner Wohnung in Mainhausen aus in seinem Home-Office für die Beklagte tätig war, erhielt von der Beklagten eine Änderungskündigung, die er unter Vorbehalt angenommen und im Übrigen Kündigungsschutzklage erhoben hat. Nach dem Änderungsangebot hatte der Kläger zu den bisherigen vertraglichen Bezügen und Bedingungen nunmehr in Hamburg zu arbeiten.

Mit Beschl. v. 14.1.2015 stellte das Gericht das Zustandekommen eines Vergleichs gemäß § 278 Abs. 6 ZPO fest, wobei wegen des Inhalts des Vergleichs auf Bl. 47 d.A. Bezug genommen wird. Das Arbeitsgericht hat nach vorheriger Anhörung des Klägers und seines Prozessvertreters den Gegenstandswert für die Klage und den Vergleich durch Beschl. v. 9.2.2015 jeweils in Höhe eines Bruttogehaltes festgesetzt, (...).

II. Die zulässige Beschwerde der Klägervertreter hat Erfolg.

Den Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit für das Verfahren und den Vergleich ist auf jeweils 8.850,00 EUR festzusetzen, was den dreifachen Bezügen des Klägers entspricht.

Der gegen die Wirksamkeit der unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung gerichtete Rechtsstreit ist in Höhe der dreifachen Bezüge des Klägers anzusetzen.

Die Beschwerdekammer orientiert sich im Interesse einer möglichst einheitlichen Wertrechtsprechung in arbeitsgerichtlichen Verfahren an dem von der Streitwertkommission der Arbeitsgerichtsbarkeit erarbeiteten Streitwertkatalog (siehe Streitwertkatalog 2014 veröffentlicht auf der Internetseite des Hessischen Landesarbeitsgerichts unter Service/Wertfestsetzung, abgedr. in NZA 2014, 745 ff.). Dabei verkennt die Beschwerdekammer nicht, dass der von der Streitwertkommission erarbeitete Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichte nicht bindend ist. Sie orientiert ihre Rechtsprechung jedoch im Interesse einer möglichst einheitlichen Gestaltung der Streitwertbemessung für bestimmte, typische Fallkonstellationen an diesem Katalog (vgl. auch LAG Nürnberg v. 12.12.2013 – 4 Ta 133/13, BeckRS 2014, 03679 und v. 21.6.2013 – 7 Ta 41/13, BeckRS 2013, 7121; LAG Sachsen v. 28.10.2013 – 4 Ta 172/13, BeckRS 2014, 67070).

Entsprechend ist der Gegenstandswert für eine unter Vorbehalt angenommene Änderungskündigung mit einer Monatsvergütung bis zur Vergütung für ein Vierteljahr je nach dem Grad der angebotenen Vertragsänderung zu bemessen, wenn es infolge der ausgesprochenen Kündigung zu keiner Vergütungsänderung kommen soll.

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist im Hinblick auf die angebotene Vertragsänderung ein Betrag angemessen, der dem dreifachen Bruttogehalt des Klägers entspricht. Das mit der Änderungskündigung unterbreitete Angebot, zu im Übrigen unveränderten Arbeitsbedingungen die Tätigkeit nicht mehr von seinem Home-Office in Mainhausen, sondern in Hamburg für die Beklagte tätig zu werden, beinhaltet eine gravierende Änderung des zukünftigen Arbeitsortes, die massiv in das bisherige Arbeitsleben eingreift. Bei dem Wechsel des Arbeitsortes über eine Strecke von mehr als 400 km handelt es sich um eine schwerwiegende Belastung für den Arbeitnehmer, die allein auf den geänderten Arbeitsbedingungen beruht. Sie bedingt die Änderung des Wohnortes zumindest während der Arbeitswoche und führt mithin zu einer wesentlichen Veränderung der Lebensbedingungen im sozialen Umfeld, die nicht ohne erheblich belastende Umstände einhergehen. (...)

■ Hessisches Landesarbeitsgericht
vom 1.6.2015, 1 Ta 75/15
eingereicht von Rechtsanwalt Ansgar S. Imgram
Marktplatz 2, 63500 Seligenstadt,
Tel.: 06182/825595, Fax: 06182 825591
kanzlei@ra-imgram.de, www.ra-imgram.de

155. Termingebühr durch Telefonat

Leitsatz

Ein Telefonat unter Anwälten, in dem darauf hingewiesen wird, dass ein erledigendes Ereignis bereits eingetreten ist

und das dann die Rücknahme des Rechtsmittels zur Folge hat, führt nicht zum Anfall einer Termingebühr, da es die zukünftige Erledigung nicht mehr herbeiführen konnte.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 14.10.2014, 2 Ta 356/14

Rezensionen

Meine/Wagner (Hrsg.)

Handbuch Arbeitszeit, Manteltarifverträge im Betrieb

Bund-Verlag, 1. Aufl. 2014, 489 Seiten, geb., 39,90 EUR
ISBN 978-3-7663-6291-9

Das von *Hartmut Meine*, dem Bezirksleiter des IG Metall Bezirks Niedersachsen und Sachsen-Anhalt und *Hilde Wagner*, der Ressortleiterin Tarifpolitik beim Vorstand der IG Metall in Frankfurt/Main herausgegebene Buch umfasst die Rechte und Ansprüche, die sich für die Beschäftigten neben dem Betriebsverfassungsgesetz insbesondere aus den Manteltarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie ergeben und stellt diese übersichtlich und gut strukturiert dar, so dass oft ein kurzer Blick genügt, um die wesentlichen Inhalte und Probleme zu erfassen.

Es ist insbesondere eine gute Zusammenschrift aller relevanten Themenkomplexe der Arbeitszeitgestaltung. Eingangs findet sich eine Darstellung der Grundprinzipien der Arbeitszeit (Dauer, Lage und Verteilung), die u.a. gefolgt wird von den Themenkomplexen flexible Arbeitszeitgestaltung, Verkürzung der Arbeitszeit zur Beschäftigungssicherung, Altersteilzeit, Arbeitsverhinderungen und Betriebsstörungen sowie Arbeitszeitregelungen in den Mantel-Tarifverträgen. Zudem befasst sich das Buch mit den Perspektiven der Arbeitszeitgestaltung, insbesondere mit Blick auf die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben und den im Wandel befindlichen Ansprüchen der Beschäftigten, die im Rahmen einer Studie der IG Metall aus dem Jahr 2013 ermittelt wurden. Dahingehend setzt es sich insbesondere mit den Möglichkeiten der Durchsetzung guter Arbeitszeitregelungen und sozial- und gesundheitsverträglicher Arbeitszeiten im Betrieb auseinander.

Insgesamt richtet sich das Buch eher an betriebliche Interessenvertreter, denen es als umfassendes Nachschlagewerk hilft bei allen Fragen der Arbeitszeitgestaltung, bei der Anwendung der Tarifverträge und dem Wahrnehmen der Rechte der Beschäftigten. Gleichwohl verschafft das Buch aber auch dem Rechtsanwalt einen Überblick über gesetzliche und tarifvertragliche Regelungen zur Arbeitszeit und ihrer vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten und es vermag so in kürzester Zeit erste Fragen zu beantworten und einen guten Einstieg für größere Problemfälle zu bieten.

Irene Schubert

Rechtsanwältin, Berlin

Hümmerich/Reufels

Gestaltung von Arbeitsverträgen und Dienstverträgen für Geschäftsführer und Vorstände

Nomos Verlagsgesellschaft, 3. Aufl. 2015, 2052 Seiten, geb., 148,00 EUR
ISBN 978-3-8487-0764-5

Mit weit über 2000 Seiten zählt das Werk mit dem Untertitel „Kommentierte Klauseln und Musterverträge“ zu den herausragenden monografischen Ratgebern. Die Besonderheit setzt sich beim Blick auf den Inhalt fort, denn rund drei Viertel des Volumens sind dem sog. Klauselalphabet vorbehalten, womit die kritische Kommentierung von Muster-Vertragsklauseln zu allen üblichen vertraglichen Regelungsbedürfnissen gemeint ist. Stets werden zu insgesamt 93 Stichworten wie Abrufklauseln, Altersgrenzenregelungen, Arbeitszeitklauseln, Auslandsarbeitsverträgen, Bezugnahme Klauseln, Freizeitverhaltensklauseln, Nebentätigkeitsklauseln, Social-Media-Klauseln, Überstundenklauseln, nachvertraglichem Wettbewerbsverbot etc. mehrere Regelungs- und Formulierungsmöglichkeiten vorgestellt und mit Vor- und Nachteilen sowie rechtlichen Bedenken besprochen.

Ergänzt wird diese Kasuistik durch kürzere instruktive Darstellungen, jeweils mit Musterverträgen, zu den unterschiedlichen rechtlichen Regimen von Arbeitsverträgen, Dienstverträgen von Geschäftsführern und Vorständen und, über den Titel hinaus, der Verträge mit freien Mitarbeitern.

Sowohl die Klauselvorschläge als auch die dazu referierte Rechtsprechung sind im Ergebnis einer kursorischen Durchsicht auf aktuellem Stand und lassen sich unbedenklich übernehmen. Auch die derzeit thematisierte Problematik der Formulierung von Ausschlussfristen in Hinblick auf Ansprüche nach dem Mindestlohngesetz ist bereits angesprochen und eingearbeitet.

Zusammenfassend bekommt man Arbeitsvertragsklauseln „satt“, bestens zugänglich und verwendbar aufbereitet, und damit eine uneingeschränkte Empfehlung für alle rechtsgestaltenden Tätigkeiten auf dem Gebiet des Arbeits- und Dienstrechts.

Dr. Thomas Baumgarten

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Düwell/Schubert

Mindestlohngesetz – Handkommentar

Nomos Verlag, 1. Aufl. 2015, 320 Seiten geb., 69,00 EUR,
ISBN 978-3-8487-1928-0

Kaum ein arbeitsrechtliches Gesetz hat die öffentliche Diskussion in den letzten Monaten derart geprägt wie das Mindestlohngesetz. Dieser Handkommentar, der in seiner 1. Auflage erscheint, hat sich zum Ziel gesetzt, der Thematik die Emotionalität zu nehmen und einer juristischen Betrachtung zu unterziehen. Für das Werk zeigen sich Autoren verantwortlich, die nicht nur in den unterschiedlichen juristischen Bereichen tätig waren bzw. sind, sondern teilweise auch in den Entstehungsprozess des Gesetzes involviert waren. Bereits dieser Umstand macht die Kommentierung zu einem Gewinn in der juristischen Argumentation.

Der Handkommentar setzt sich chronologisch mit den einzelnen Normen des Gesetzes auseinander und befasst sich dabei auch mit den Folgen, die das neue Gesetz über die Pflicht zur Zahlung des gesetzlichen Mindestlohnes hinausgehend mit sich bringt. Dies erstreckt sich von der Anrechenbarkeit des gesetzlichen Mindestlohns auf einzelne Vergütungsbestandteile wie Zuschläge, Provisionen, etc., über Auswirkungen auf die Arbeitszeit (nebst der Aufzeichnungspflicht) bis hin zur Haftung und Sanktionen bei Verstößen gegen die gesetzlichen Mindeststandards. Hervorzuheben ist, dass auch die einschlägigen Normen mit Bezug auf das Mindestlohngesetz aus dem AEntG, AÜG, TVG, SchwarzArbGG sowie die aufgrund des Gesetzes erlassenen Verordnungen eine integrierte Kommentierung erfahren.

Fazit: Der Kommentar bietet eine kompakte und eingehende Kommentierung zum gesetzlichen Mindestlohn. Er ist gut lesbar, bleibt stets praxisorientiert und ist daher für Kollegen empfehlenswert.

Dr. Gunnar Becker, LL.M.

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Preis

Der Arbeitsvertrag – Handbuch der Vertragsgestaltung

Verlag Dr. Otto Schmidt, 5. Aufl. 2015, 1952 Seiten, geb.,
149,00 EUR

ISBN 978-3-504-42033-8

Dieses bekannte und beliebte Werk wird in der neuesten Auflage ausschließlich durch Professoren und Richter gestaltet. Das ist – wie im Vorwort mitgeteilt wird – eine gewollte Konzeption, weil inzwischen zahlreiche Werke auf dem Fachbuchmarkt vorhanden sind, die ganz in den Händen der Anwaltschaft liegen und die Autoren des „Preis“ im vermeintlichen Gegensatz zu anwaltlichen Autoren anstreben, die Diskussion um die rechtsbeständige und interessenausgleichende Vertragsgestaltung zu fördern.

Das kommt ein wenig diskreditierend daher, denn um die Rechtsbeständigkeit sind anwaltliche Autoren ganz beson-

ders bemüht, sind es doch die Anwälte, die etwa nicht-rechtsbeständige Formulierungen von Angesicht zu Angesicht vor der Richterschaft zu verteidigen haben, während die Professoren durch den Elfenbeinturm der Wissenschaft geschützt sind. Von diesem Lapsus abgesehen ist das Werk weiterhin und verstärkt eine große Hilfe bei den eigenen Überlegungen dazu, was man für interessengerecht und rechtsbeständig hält.

Zum Einstieg sollte man das Vorwort lesen, damit man weiß, warum es das eine Stichwort nicht gibt und das andere umgewandelt wurde. Alsdann gliedert sich das Werk in drei übersichtlich getrennte Teile, nämlich die Grundlagen der Vertragsgestaltung einschließlich der sozialrechtlichen und steuerrechtlichen Aspekte, den Kommentar zu Vertragstypen und Vertragsklauseln und die Vertragsmuster, für die im Vorwort noch einmal geltend gemacht wird, dass man sich um eine faire Vertragsgestaltung bemüht. Besondere Vertragsmuster gibt es für das Bank- und Versicherungsgewerbe, die chemische Industrie, den Einzelhandel und die Metallindustrie. Bei dem Teil Kommentar zu Vertragstypen und -klauseln gehört auch eine umfangreiche Bearbeitung des Abwicklungsvertrages und des Aufhebungsvertrages dazu, Personalfragebögen und Zielvereinbarungen und natürlich die üblichen Stichworte von Abtretungsverbot bis Zurückbehaltungsrecht. Gegenstände der so genannten Compliance wurden unter einzelnen Stichworten, z.B. Anzeige- und Nachweispflichten, außerdienstliches Verhalten und Ehrenämter berücksichtigt. Alles wird ausführlich erläutert. Schwerpunkte der Neuauflage sind die Aufnahme besonderer Vertragsmuster für den Niedriglohn- und Mindestlohnbereich sowie für die geringfügige Beschäftigung, wobei diese Themen selbstverständlich auch bei den allgemeinen Ausführungen zur Vertragsgestaltung berücksichtigt wurden. Der Rechtsprechungsnachweis wurde auf den neuesten Stand gebracht, u.a. zur flexiblen Arbeitszeit, zum Direktionsrecht und zu Vertragsstrafen.

Dieses Werk hat sich einen Stammplatz bei der Gestaltung von Verträgen verdient geschaffen und gehört neben einigen anderen wichtigen Werken auf den Schreibtisch jedes beratenden Anwalts.

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Bubbenzer/Noltin/Peetz/Mallach

Seearbeitsgesetz – Kommentar

Verlag C.H.Beck, 2015, 598 Seiten in Leinen, 89,00 EUR
ISBN: 978-3-406-66876-0

Seearbeitsrecht? Das ist doch nur etwas für Anwälte, die in einer der großen deutschen Hafenstädte residieren, mag mancher denken. Und dann sind wir Deutschen doch wohl auch nicht zuständig, denn die meisten Schiffe sind „ausgeflaggt“? Das sind teilweise Vorurteile, teilweise in der Sache richtig aber ohne die daraus gezogene Konsequenz der Irrelevanz für den in Regensburg, Köln oder Cottbus praktizierenden Arbeitsrechtler.

Zum einen gibt es doch noch das eine oder andere unter Bundesflagge operierende Seeschiff, zum anderen gilt das deutsche Seearbeitsgesetz und vor allem das von ihm geschützte Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und das Seearbeitsübereinkommen 2006 auch für Schiffe unter ausländischer Flagge bzw. deren Besatzungsmitglieder. Und schließlich sind deutsche und ausländische Seeleute nicht nur an der Nord- und Ostsee beheimatet, sondern in erstaunlich hoher Zahl auch in Bayern, im Rheinland und in Sachsen, z.B. solche, die auf einem der in wachsender Zahl auf den Meeren fahrenden Kreuzfahrtschiffen im gastronomischen Bereich unterwegs sind. Auf meiner Kreuzfahrtreise bin ich von vielen Bayern und Sachsen betreut worden. Sie alle haben nach einem Rundumeinsatz auf See einen langen Urlaubsanspruch und könnten Sie fragen, was denn nun zu tun ist, wenn sie während dieses Urlaubs erkranken. Ausgerüstet mit dem hier besprochenen Kommentar zum Seearbeitsgesetz könnten Sie auf § 62 SeeArbG gestützt die richtige Auskunft erteilen. Zu Hause hat der „Seemann“ auch ausreichend Zeit, sich über alles zu informieren, was ihm während der Reise unangenehm aufgefallen ist und Sie z.B. nach Arbeitszeiten und Ruhezeiten auf See wie im Hafen befragen, der Angemessenheit der Vergütungsbedingungen, und wenn es ganz schlimm kommt (das habe ich selbst erlebt), dann verstirbt ein Besatzungsmitglied und seine Witwe fragt, wie in solchen Fällen zu verfahren ist und Sie könnten sie auf die §§ 79, 80 i.V.m. den einschlägigen Vorschriften der Maritime Labour Convention 2006 (MCL) verweisen. Durch letztere sind weltweit gültige Standards für die Arbeits- und Lebensbedingungen von Seeleuten verbindlich festgelegt worden und das besprochene Werk kommentiert erstmals umfassend und praxisbezogen die relevanten Fragen hierzu. Damit können Sie sich u.a. informieren über die Bedingungen der Arbeitsvermittlungsagenturen, seeärztliche Untersuchungen, Heuerverträge (Arbeitsverträge), Arbeitszeiten, Urlaub, Kündigung, Heimschaffung, medizinische Versorgung an Bord und Seearbeitszeugnisse.

Nach der Neufassung des Seemannsgesetzes zum SeearbeitsG per 1.8.2013 wird sich einstweilen nicht mehr viel ändern und auch die MCL und die anderen internationalen Abkommen über die Rechte der Seeleute und die Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten werden aufgrund der Vielfalt der bei einer Neugestaltung einzubeziehenden Organisationen in nächster Zeit kaum verändert werden, so dass dieser Kommentar Ihnen lange Zeit ein zuverlässiger Begleiter sein wird und sich damit die Anschaffung sehr wohl lohnt.

Dr. Hans-Georg Meier
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Tschöpe

Arbeitsrecht Handbuch

Verlag Dr. Otto Schmidt, 9., neu bearb. Aufl. 2015,
 3189 Seiten, geb., 159,00 EUR
 ISBN 978-3-504-42043-7

Der „*Tschöpe*“ hat sich zu einem Standardwerk in der täglichen arbeitsrechtlichen Praxis entwickelt und erscheint mittlerweile in der 9. Auflage. Auffallend ist auf den ersten Blick die Änderung im Titel vom bisherigen Anwalts- zum „einfachen“ Handbuch Arbeitsrecht. Der Herausgeber verfolgt hiermit das Ziel, die breite Leserschaft seines Werkes (Rechtsanwälte, Richter, Personalverantwortliche und Verbände) direkt anzusprechen.

Abgesehen von der Titelländerung hat das Werk seine bekannte Grundgestaltung beibehalten und ist lediglich in Nuancen (so etwa beim Beschäftigtendatenschutz) modifiziert worden. Demzufolge bildet das Handbuch nach wie vor das gesamte Arbeitsverhältnis ab, angefangen von dessen Begründung über seinen Bestand bis hin zu Beendigungstatbeständen. Neben diesem individuellen Themenkomplex erfahren auch das kollektive Arbeitsrecht, das arbeitsgerichtliche Verfahren sowie sozialversicherungsrechtliche Regelungen mit Bezug auf das Arbeitsverhältnis eine gewohnte intensive Auseinandersetzung. Die aus früheren Auflagen bekannte und bewährte Darstellung von Hinweisen, Beispielen, Checklisten und Musterformulierungen wurde ebenfalls beibehalten.

Das Werk berücksichtigt selbstverständlich die aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung, so etwa die Regelung zum Mindestlohngesetz und des Familienpflegezeitgesetzes und wagt zudem einen Ausblick auf den umstrittenen Gesetzentwurf zur Tarifeinheit. Abschließend hervorzuheben ist die detaillierte Darstellung und Aufbereitung des Streitwertkatalogs zur Arbeitsgerichtsbarkeit.

Fazit: Dieses Standardwerk von Praktikern für Praktiker ist auch in seiner 9. Auflage für die tägliche Arbeit unerlässlich, bleibt wie gewohnt stets praxisorientiert und unterstützt dabei das Erreichen optimaler Ergebnisse. Es ist daher ohne Wenn und Aber mit dem Prädikat „empfehlenswert“ zu bewerten.

Dr. Gunnar Becker, LL.M.
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Bauer/Diller

Wettbewerbsverbote

Verlag C.H. Beck, 7. Aufl. 2015, 533 Seiten kart., 59,00 EUR
 ISBN 978-3-406-67943-8

Der Rechtsgegenstand dieses Werkes steht im Spannungsfeld zwischen dem Recht des einzelnen Beschäftigten, sich nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses frei auf dem Markt bewegen zu können, sei es in einer weiteren abhängigen Beschäftigung, sei es als Unternehmer, und dem verständlichen

Wunsch des Arbeitgebers, seine eigenen Geschäftsbeziehungen zu schützen vor einem Mitbewerber, den er sich selbst „herangezüchtet“ hat durch beste Ausbildung und Verschaffung von Kontakten im zukünftig gemeinsamen Geschäftsfeld.

Dieses Spannungsfeld führt zu einer reichhaltigen Rechtsprechung. Zudem entstehen sozial- und steuerrechtliche Fallstricke, so dass dringend zu empfehlen ist, sich vor Bearbeitung eines entsprechenden Falles gründlich einzuarbeiten oder jedenfalls auf den neuesten Stand zu bringen. Zu diesem Zweck ist die 7. Auflage der „Wettbewerbsverbote“ von *Bauer/Diller* wärmstens zu empfehlen. Das Werk ist an der Praxis orientiert, erfasst die Konflikte umfassend und in jeder Ausprägung, von der Berücksichtigung im Aufhebungsvertrag, über pensionsrechtliche Fragen bis hin zur Berechnung der Karenzentschädigung und in allen Spielarten, z.B. auch bezüglich der insbesondere bei Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern beliebten „Mandantenübernahme-klauseln“, bezüglich derer neuere Entscheidungen Andeutungen der Vergangenheit sichtbar weiterentwickelt haben und Anlass geben, sich über noch weitreichendere Konsequenzen auseinanderzusetzen.

Umfassend ist das Werk, da es die geschichtliche Entwicklung darstellt, die Rechtsquellen, das Zustandekommen von Wettbewerbsverboten und mögliche Rechtsmängel und ihre Folgen, die Karenzentschädigung, den Verzicht und die Lösung vom Wettbewerbsverbot sowie die Anrechnung anderweitigen Verdienstes, Wettbewerbsverbote auch mit Organmitgliedern und freien Mitarbeitern erörtert und das bereits angesprochene Sozialversicherungs- und Steuerrecht, um nur einige Themen zu nennen.

Äußerst hilfreich ist schließlich auch ein umfangreicher Anhang mit Mustern zu allen relevanten Erklärungen im Rahmen des Wettbewerbsverbots, teilweise auch in englischer Fassung. Arbeitserleichternd ist zudem, dass die einschlägigen Regelungen aus diversen relevanten Gesetzen ebenfalls wiedergegeben werden.

Wer auch nur einen Fall zu bearbeiten hat, bei dem es um ein Wettbewerbsverbot geht, der kann auf dieses Werk nicht verzichten.

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Norbert Schneider

Fälle und Lösungen zum RVG – Praktische Anwendung und Abrechnungsbeispiele

Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 4. Aufl. 2015, 1546 Seiten, geb., 99,00 EUR

ISBN 978-3-8240-1252-7

„Fälle und Lösungen zum RVG“ stammt von einem Rechtsanwalt und Gebührenrechtler und richtet sich an Praktiker. Vor dem Hintergrund, dass Kosten und Gebühren für viele Anwälte ein eher unbeliebtes bzw. unvertrautes Thema sind, für das oft die Zeit zu fehlen scheint, sorgt das Buch für willkom-

mene Abhilfe. Beabsichtigt war hierbei gerade kein Werk mit Lehrbuchcharakter, sondern eine übersichtliche und leicht zugängliche Anwendungshilfe für das RVG und die Rechnungserstellung. Dies ist dem Autor in 42 Kapiteln gelungen, in denen er alle wesentlichen Bereiche des Kostenrechts praktisch und übersichtlich abdeckt. Das beeindruckende Ausmaß hat sich vor allem durch die Einarbeitung der Änderung durch das 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, aber auch der Änderungen des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts im Gegensatz zu den vorherigen Auflagen noch um einiges erweitert, durch eine klare und konsequente Struktur büßt es hierdurch jedoch nicht an Übersichtlichkeit ein. Zudem bietet das Werk etwas, was Anwälte aus ihrem Berufsalltag sonst nicht kennen, nämlich verständliche Lösungsbeispiele für die relevantesten Fälle in Form von über 2.200 Beispielfällen, bei denen der Autor besonders auf Praxis- und Rechtsprechungsbezug geachtet hat und die mit knappen, aber prägnanten ergänzenden Erläuterungen die notwendigen Grundlagen darlegen.

Nach einem einleitenden Kapitel, in dem das Vorgehen bei Abrechnungen sowie die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Abrechnung behandelt werden, folgt die Auseinandersetzung mit den möglichen Kosten- und Gebührentatbeständen in allen denkbaren Bereichen und Stadien der anwaltlichen Tätigkeit. Den häufigsten Rechtsgebieten Verwaltungsrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Sozialrecht sowie Strafsachen wurde jeweils ein eigenes Kapitel gewidmet. Der Umfang des Buches ermöglicht darüber hinaus nicht nur die Einbeziehung sehr relevanter Bereiche wie der außergerichtlichen Vertretung und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erster Instanz, sondern auch seltenere Probleme wie die Abrechnung bei überlangen Gerichtsverfahren, das selbstständige Beweisverfahren oder die Bewilligung der Vollstreckung ausländischer Geldstrafen konnten in einem eigenen Kapitel Beachtung finden.

Arbeitsrechtliche Angelegenheiten werden praxisbezogen unter § 27 behandelt. Durch eine Unterteilung in die verschiedenen Stadien der anwaltlichen Betreuung, von der Erstberatung über das Mahnverfahren sowie die verschiedenen Instanzen bis hin zur Zwangsvollstreckung, lässt sich auf alle Fragen eine schnelle Lösung finden. Die jeweiligen Stadien eines Mandats sind ihrerseits aufgeteilt in die relevantesten Szenarien, wie z.B. den Entwurf eines Aufhebungsvertrages, eines Kündigungsschreibens und den Abschluss eines Sozialplans in der außergerichtlichen Vertretung oder die Güteverhandlung mit Einigung im ersten Rechtszug. Für jedes Szenario wird ein praxisrelevantes Beispiel angeboten, das die Anwendung einfach und effektiv macht.

Das Buch ermöglicht eine Bearbeitung aller möglichen Abrechnungskonstellationen auf einen Blick. Der bewusste Verzicht auf lehrbuchartige Informationen und die Konzentration

auf die praxisrelevante Berechnung macht das Buch zu einem alltäglichen, nützlichen Nachschlagewerk.

Alice Stähler

Rechtsanwältin, Köln

Schaefer/Schaefer

Anwaltsgebühren im Arbeitsrecht

Deutscher Anwaltverlag, Bonn, 4. Aufl. 2015, 265 Seiten,

geb., 44,00 EUR

ISBN 978-3-8240-1245-9

Die Autoren, ein Fachanwalt für Arbeitsrecht, sowie sein Sohn, Diplom-Jurist, beschreiben in ihrem Buch sehr anschaulich anhand vieler Beispiele, samt Beispielrechnungen, auf welche unterschiedliche Weise sich die Gebühren im Arbeitsrecht berechnen können und was es in den einzelnen Fallgestaltungen zu beachten gilt. Das mittlerweile in 4. Auflage erschienene Buch wurde mit dem neuen Streitwertkatalog, der Einarbeitung der RVG-Reform sowie aktuelle Entscheidungen auf den neuesten Stand gebracht und berücksichtigt vor allem auch das praxisrelevante Regulierungsverhalten von Rechtsschutzversicherungen. Es wird zudem an vielen Stellen auf die jeweils zu beachtende anwaltliche Aufklärungspflicht hingewiesen, was die komplexe Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts und die damit verbundene Haftung verdeutlicht.

Das zu Recht als Kernkompetenz beschriebene Gebiet des Vergütungs- und Kostenrechts wird oft stiefmütterlich behandelt, dabei ist dies das tägliche Brot eines jeden Rechtsanwalts und sichert diesem seinen Lohn. Dieses Buch hilft auf anschauliche Weise, sich im Dschungel des Vergütungsrechts

und der dazugehörigen Rechtsprechung zurechtzufinden. Dabei zeigen die Autoren zunächst auf, wie wichtig eine Kostenprognose zu Beginn eines Mandats ist und was es dabei zu beachten gilt, bevor die einzelnen Streitwerte von Klageanträgen und Vergleichen sowie außergerichtlicher Tätigkeit erläutert werden. Im Weiteren werden die Gebühren des RVG nach den jeweiligen Verfahrensständen geordnet beschrieben, wobei ausführlich und anschaulich auf die jeweiligen Gebührentatbestände eingegangen wird. Anschließend gehen die Autoren auf die Erstattung der Gebühren durch Rechtsschutzversicherungen, Landes- und Bundeskassen, den Gegner und den Mandanten ein. Schließlich werden Vergütungsvereinbarungen behandelt und Gestaltungsmöglichkeiten erläutert, bevor auf die Besonderheiten bei der Vertretung des Betriebsrates, Streitwerte im Beschlussverfahren und die Vergütungen bei Einberufung einer Einigungsstelle eingegangen wird. Abgerundet wird das Buch durch eine Vielzahl von Mustern, die vom Beginn des Mandatsverhältnisses bis zu seiner Abrechnung reichen und auch Deckungsanfragen an die Rechtsschutzversicherung umfassen sowie den aktuell diskutierten Streitwertkatalog der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Das Buch gibt einen sehr guten und ausführlichen Überblick über die anwaltlichen Gebühren im Arbeitsrecht und hilft vor allem auch bei besonderen Fallgestaltungen weiter, da auch diese nicht vergessen wurden, sondern oft unter Erläuterung des Meinungsstandes dargelegt werden. Insofern ist es ein ebenso gutes Grund- wie Nachschlagewerk, um sich im Gebührenrecht einen Überblick zu verschaffen und in der Praxis sicher zu fühlen.

Beatrice Kemper

Rechtsanwältin, Köln

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Abfindung

- Berechnungskriterien – 98
- Fälligkeit – 98
- Sozialplan – 108

Abgeltungsklausel

siehe Ausgleichsklausel

AGB-Kontrolle

- Bezugnahmeklausel – 101

AGG

- Altersdiskriminierung – 95
- Ausschlussfrist – 92
- Entschädigungsanspruch – 92
- Geschlechtsdiskriminierung – 92, 96
- Passivlegitimation – 96
- Schwerbehinderung – 93
- Sozialplan – 93
- Urlaub – 95
- Vergütungssystem – 92

Allgemeinverbindlichkeit

- Aussetzung des Rechtsstreits – 141

Allgemeines Persönlichkeitsrecht

- Geschlechtsdiskriminierung – 96
- Mindestgrößenvorgabe – 96

Altersteilzeit

- Dienstwagen in der Freistellungsphase – 102

Änderungskündigung

- Minderleistung – 121

Annahmeverzug

- Ausschlussfrist – 124
- Ausweisenzug – 104
- Leistungsminderung/-unfähigkeit – 104
- Verjährung – 124

Arbeitnehmerstatus

- Darlegungs- und Beweislast – 105
- Messehostess – 106
- Physiotherapeut – 143

Arbeitnehmerüberlassung

- Branchenzuschläge – 136
- Equal-pay – 101

Arbeitsverweigerung

- Auflösungsantrag – 129

Auflösungsantrag

- Arbeitspflicht – 129

Ausgleichsklausel

- Auslegung – 97

Kostenerstattungsanspruch – 97

Wirkungsbereich – 97

Auslegung

- Ausgleichsklausel – 97
- Prozessvergleich – 97
- Sozialplan 108

Ausschlussfrist

- Dauertatbestand – 92
- Insolvenzanfechtung – 145
- Unwirksamer Tarifvertrag – 101

Außerordentliche Kündigung

- Darlegungs- und Beweislast – 117
- Konkurrenztaetigkeit, Vorbereitung – 116
- Manipulative Bescheinigung – 119
- Presseveröffentlichung – 118
- Spesenbetrug – 117
- Urkundenfälschung – 119
- Verdacht – 120
- Verheimlichendes Verhalten - 119
- Whistleblowing – 118

Aussetzung

- Allgemeinverbindlichkeit – 141

Befristung des Arbeitsverhältnisses

- Europarecht – 125
- Gesamtabwägung – 125
- Klagefrist – 126
- Rechtsmissbrauch – 125, 128
- Tarifliche Regelungsbefugnis – 127
- Vertretung mittelbar – 125

Betriebliche Altersversorgung

- Einstandspflicht des Arbeitgebers – 107
- Pensionskasse – 107

Betriebsbedingte Kündigung

- Insolvenz – 114
- Interessenausgleich mit Namenslisten – 113, 114
- Sozialauswahl – *siehe dort*
- Teil-Namensliste – 115

Betriebsrat

- Kompetenzkonflikt – 133
- Restmandat – 133
- Übergangsmandat – 133
- Zuständiger Betriebsrat – 133

Betriebsratswahl

- Leiharbeitnehmer – 131, 132
- Regelmäßige Beschäftigtenzahl – 131, 132

Betriebsübergang

Passivlegitimation der Kündigungsschutzklage – 110
 Tarifbindung – 99

Beweisangebot

Ausforschung – 117
 Behauptung ins Blaue – 117

Dienst-Pkw

Freistellungsphase Altersteilzeit – 102

Direktionsrecht

Arbeitsort – 103
 Drohendes Unvermögen – 103
 Rücksichtnahmepflicht – 103

Eingruppierung

Anrechnungsbeschränkung – 135
 Berufserfahrung – 135
 Branchenzuschläge – 136

Einstweilige Verfügung

Direktionsrecht – 138
 Schwerbehindertenkündigungsschutz – 139
 Späte Antragstellung – 137
 Verfügungsgrund – 137, 138
 Weiterbeschäftigungsanspruch – 137

Feststellungsinteresse

Vergütung – 140

Feststellungsklage

Feststellungsinteresse – 140

Freizügigkeit, europäische

Anrechnungsbeschränkung – 135

Insolvenzanfechtung

Darlegungs- und Beweislast – 145
 Scheingeschäft – 145
 Vertragliche Ausschlussfrist – 145

Integrationsamt

Einstweiliger Rechtsschutz – 139
 Zustellung des Zustimmungsbescheides – 123

Interessenausgleich

Betriebsratsbeschluss – 112
 Teil-Namensliste – 115

Kostenfestsetzung

Einwendungen – 97

Kündigung

*siehe auch unter betriebsbedingte-, krankheitsbedingte -,
 verhaltensbedingte, außerordentliche und personenbe-
 dingte –*
 Änderungskündigung – *siehe dort*
 Schwerbehinderte – *siehe dort*

Kündigungserklärung

Schriftform – 122

Leiharbeitnehmer

siehe Arbeitnehmerüberlassung

Massenentlassungsanzeige

Amtliche Auskunft – 111
 Konsultationsverfahren – 111

Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten

Versetzung – 134

Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten

Facebook – 130
 Ordnung im Betrieb – 130
 Technische Überwachung – 130

Mobbing

Darlegungs- und Beweislast – 94
 Indizien – 94

Nachweisgesetz

Aktuelle Vertragsbedingungen – 100

Personenbedingte Kündigung

Minderleistung – 121

Pfändbarkeit

Zeitzuschläge – 146

Prozesskostenhilfe

Aufhebung – 147
 Ratenzahlung – 147

Prozessvergleich

Auslegung – 97, 98

Schadenersatz

Mitverschulden – 91
 Pflichtverletzung des Arbeitgebers – 91
 Unfallanzeige – 91

Schlüssiger Vortrag

Anforderungen – 105
 Vergütungsklage – 124

Schriftform

Kündigungserklärung – 122

Schwerbehinderte

Annahmeverzug nach Rehabilitation – 124
 Reihenfolge der Gremienbeteiligung – 118
 Zustimmungsverfahren Integrationsamt – 123

Sozialauswahl

Darlegungs- und Beweislast – 113
 Erklärungspflicht des Arbeitgebers – 113
 Gruppenzugehörigkeit – 113
 Interessenausgleich mit Namensliste – 113, 114
 Teilnahmeliste – 115
 Unterhaltspflicht – 108
 Vergleichbare Arbeitnehmer – 113

Sozialplan

Auslegung – 108
 Diskriminierung – 93
 Schwerbehinderte – 93

Sozialversicherungsbeiträge

Erfüllungswirkung – 144
 Unzuständigkeit des Arbeitsgerichts – 144

Streitwert

Aufhebungsvertrag – 148
 Beschlussverfahren – *siehe dort*
 Kündigungsschutzverfahren – *siehe dort*
 Zwischenzeugnis – 149

Streitwert im Beschlussverfahren

Eingruppierungsstreitigkeit – 150, 152
 Einsetzung Einigungsstelle – 153
 Mehrere Anträge – 151, 152
 Mehrere Verfahren – 151
 Personelle Einzelmaßnahme – 151, 152

Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren

Änderungskündigung – 154

Tarifvertrag

Betriebsübergang – 99
 Bezugnahmeklausel – 99
 Einzelvertragliche Abmachung – 99

Terminsgebühr

Erledigungsziel – 155

Urlaubsanspruch

Altersdiskriminierung – 95

Verdachtskündigung

Anforderungen – 120

Vergütungsanspruch

Erfüllung durch Sozialbeiträge – 144

Verjährung

Restitutionsverfahren – 124

Vertrauensleuteschutzabkommen

Versetzung – 134

Verzicht

Verzichtswille, Anforderungen – 97

Wiedereinsetzung

Anwaltsverschulden – 142

Zeitzuschläge

Pfändbarkeit – 146

Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Sozialversicherungsbeiträge – 144

Zwangsvollstreckung

Zeitzuschläge – 146

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Herausgeber:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier und die
 Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV

Chefredakteur:

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier
 Tauentzienstraße 11
 10789 Berlin
 Telefon (030) 25 45 91 55
 Telefax (030) 25 45 91 66
 E-Mail: m.bendel@advocati.de

Redaktion:

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür
 Kanzlei RPO Rechtsanwältin
 Im Mediapark 6
 50670 Köln
 Telefon (0221) 355051-50
 Fax (0221) 355051-35
 E-Mail: oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de
 www.rpo-rechtsanwaelte.de

Rechtsanwältin Regina Steiner
 Kanzlei Steiner, Mittländer, Fischer
 Berliner Str. 44
 60311 Frankfurt
 Telefon (069) 21 93 99-0
 Fax (069) 21 93 99-21
 E-Mail: info@steiner-mittlaender.de
 www.steiner-mittlaender.de

für die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im
 Deutschen Anwaltverein (Adresse s. unten)

Geschäftsführender Ausschuss:

Geschäftsstelle:
 Rechtsanwalt Dr. Johannes Schipp (Vors.)
 Münsterstraße 21
 33330 Gütersloh
 Telefon (0 52 41) 90 33-0
 Telefax (0 52 41) 1 48 59

Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht

Geschäftsstelle
 Thomas Marx
 Littenstraße 11
 10179 Berlin
 Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 171
 Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:

Deutscher AnwaltVerlag
 Rochusstr. 2-4
 53125 Bonn
 Telefon: (0228) 9 19 11-0
 Telefax: (0228) 9 19 11-23
 E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

Anzeigen

Deutscher AnwaltVerlag
 Karin Schwettmann
 Adresse: s.o.
 Telefon: (0228) 9 19 11-41
 Telefax: (0228) 9 19 11-23
 E-Mail: schwettmann@anwaltverlag.de

Lektorat

Anne Krauss
 Telefon: (0228) 9 19 11-52
 E-Mail: krauss@anwaltverlag.de

Satz

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

Druck

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich.

Bezugspreise 2015

Inland € 109,- (zzgl. Versand)
 Einzelheft € 33,80 (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 6 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rah-
 men ihrer Mitgliedschaft.

Urheber- und Verlagsrecht

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichts-
 entscheidungen 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 Ge-
 nehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder an-
 dere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Da-
 tenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich
 gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manu-
 skripte 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 un-
 veröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer
 nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einver-
 standen. 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 fotomechan-
 ischen oder eines anderen Verfahrens.

Haftungsausschluss:

Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollstän-
 digkeit der abgedruckten Inhalte. Insbesondere stellen (Formulierungs-)Hinweise,
 Muster und Anmerkungen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung
 typischer Fallgestaltungen dar. Die Verantwortung für die Verwendung trägt der
 Leser.