

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

auch in dieser Ausgabe legt Ihnen die Redaktion einen nach ihrer Auffassung nicht nur bunten, sondern vor allem nützlichen Strauß von Entscheidungen vor, die auf den relevanten Teil zusammengekürzt wurden und nicht nur wegen der Befassung mit häufig auftretenden Problemen, sondern auch wegen der übermittelten Argumentationsketten von hoher praktischer Verwertbarkeit sind. Hier nur einige Beispiele:

Nahezu täglich befassen sich die Tageszeitungen mit der Frage der Diskriminierung wegen einer Religionszugehörigkeit. Der Streit darüber, ob der Arbeitgeber eine Religionszugehörigkeit berücksichtigen darf, kommt aber erst zum Tragen, wenn er seine Wünsche bereits in der Stellenausschreibung hinreichend deutlich gemacht hat.

Merke: Die Stellenbeschreibung erfordert mehr Sorgfalt als ihr oft gewährt wird (Entscheidung Nr. 91).

Dass Schwerbehinderte nicht wegen ihrer Behinderung benachteiligt werden dürfen, sondern zu fördern sind, ist ein Allgemeinplatz. Aber wie weit geht diese Förderungspflicht? Im Streitfall ging es um ein Informations- und Unterhaltungsprogramm, mit dem der Arbeitgeber den Beschäftigten seinen Betrieb nahebringen wollte. Diese Informationen, die mit einem konkreten Arbeitsplatz nicht im Zusammenhang standen, konnte ein gehörloser Schwerbehinderter nicht oder nicht ausreichend wahrnehmen, weshalb er auf eine Entschädigung klagte, überwiegend erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hob in diesem Zusammenhang hervor (was sich sicherlich noch nicht bei allen herumgesprochen hat, auch wenn es aus jüngerer Zeit bereits Entscheidung des EuGH und des BAG dazu gibt), dass unser AGG nicht nur im Lichte der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen ist, sondern diese wiederum im Sinne der einschlägigen UN-Regelung (UN-BRK). Lesen Sie hierzu die Entscheidung Nr. 92.

Ausschlussklauseln sind so alt wie der Tarifvertrag. Dennoch sind sie immer wieder Gegenstand von Auslegung und teilweise sogar von Bemühungen des Gesetzgebers (Schriftform). In dem hier wiedergegebenen Urteil Nr. 95 ging es um die Herausgabe eines Handys, das der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer überlassen hatte und dessen Herausgabe nicht innerhalb der Ausschlussfrist gefordert worden war. Das LAG Rheinland-Pfalz hielt fest, dass die Herausgabeforderung bezüglich des vermittelten Besitzes an einem Handy nicht der Ausschlussklausel unterliegt und zwar unabhängig davon, ob es sich bei Besitzrechten um ein absolutes Recht handelt. Auch ein Zurückbehaltungsrecht an dem Handy mit Rücksicht auf Zahlungsrückstände verwarf das Landesarbeitsgericht. Dieses Urteil ist eine wertvolle Beratungsstütze!

Die weiteren Entscheidungen sind kein bisschen weniger praktisch verwendbar. Bitte lesen Sie dazu unser kurzes Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen. Ich finde darin in jeder Ausgabe etwas, was ich gerade jetzt gut gebrauchen kann!

Betonen will ich aber auch die für uns besonders interessanten Stichworte Rechtsschutzversicherung und Gebühren, letztere mit der Ablehnung eines Abschlages für Feststellungsanträge (Nr. 124), ein immer wieder gern genutztes Einfallstor zur Kürzung unserer verdienten Vergütung.

Insgesamt gilt auch für diese Ausgabe wieder:  
Möge sie nützen!

Berlin, im September 2017

Ihr

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Aufsätze/Beiträge</b>	87
<i>Dr. Hans-Georg Meier</i> : Neugestaltung der AE	87
<b>Redakteurin/Redakteur für die AE gesucht</b>	87
<i>Dirk Petri</i> , Arbeitgeberstrafrecht: Risiken, Bedeutung und (un-)kalkulierbare Rechtsfolgen (Teil 2)	88
<i>Stephanie Dufner</i> , Arbeitsmigration – Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer	91
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	95
<b>Entscheidungen</b>	96
<b>Rezensionen</b>	131
Jungbauer/Jungbauer, Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) und der ERV, Pflichten – Vorteile – Haftungsfallen	131
Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann, Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht	132
Johlen/Oerder (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht	132
Johlen (Hrsg.), Münchner Prozessformularbuch Verwaltungsrecht	133
Eiding/Hofmann-Hoepfel (Hrsg.), Verwaltungsrecht – Schriftsatzmuster und Erläuterungen	133
<b>Stichwortverzeichnis</b>	134
Impressum	136

## 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	Koch, Dr.	Friedemann	Berlin
Berrisch	Hansjörg	Gießen	Mansholt	Werner	Darmstadt
Brötzmann, Dr.	Ulrich	Mainz	Müller	Steffen	Iserlohn
Graumann	Ingo	Iserlohn	Puhr-Westerheide	Christian	Duisburg
Gross	Roland	Leipzig	Schrader, Dr.	Peter	Hannover
Gussen, Prof. Dr.	Heinz	Rheda-Wiedenbrück	Weberling, Prof. Dr.	Johannes	Berlin
Höser, Dr.	Jürgen	Frechen			

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Banse, Dr.	Thomas	Düren	Neef, Prof. Dr.	Klaus	Hannover
Faecks	Friedhelm	Marburg	Pauly, Dr.	Stephan	Bonn
Franzen	Klaus-Dieter	Bremen	Peter	Michael	Bad Honnef
Heinemann	Bernd	Sankt Augustin	Rütte	Klemens	Hamm
Hilligus	Kurt-Jörg	Neustadt i. Holst.	Schaefer	Rolf	Hannover
Kelber, Dr.	Markus	Berlin	Schmitt	Jürgen	Stuttgart
Link	Jochen	Villingen	Seidemann, Dr.	Gisbert	Berlin
Lodzick	Michael	Darmstadt	Tschöpe, Dr.	Ulrich	Gütersloh
Müller-Knapp	Klaus	Hamburg	Zeißig, Dr.	Rolf	Berlin

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer	Dietmar	Wiehl	Kistner	Heinz	Hannover
Behrens	Walter	Hamburg	Krügermeyer-		
Chaudry	Ijaz	Frankfurt/M.	Kalthoff	Rolf	Köln
Clausen	Dirk	Nürnberg	Krutzki	Gottfried	Frankfurt a.M.
Clemenz Dr.	Susanne	Gütersloh	Lampe, Dr.	Christian	Berlin
Cornelius	Astrid	Darmstadt	Matyssek	Rüdiger	Ratingen
Dribusch	Bernhard	Detmold	Müller-Wiechards	Wolfram	Lübeck
Geus	Franz	Schweinfurth	Schäder Dr.	Gerhard	München
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schmalenberg, Dr.	Werner	Bremen
Gosda	Ralf	Ahlen	Schneider-Bodien	Marcus	Düsseldorf
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	Pfeiffer	Gerd	Hagen
Brammertz, Dr.	Dieter	Aachen	Pouyadou, Dr.	Richard M.	Augsburg
Crämer	Eckart	Dortmund	Preßer	Wolfgang	Neunkirchen
Daniels	Wolfgang	Berlin	Pütter, Dr.	Albrecht	Flensburg
Eckert, Dr.	Helmut	Offenbach	Richter	Klaus	Bremen
Fischer	Ulrich	Frankfurt/Main	Richter, Dr.	Hanns-Uwe	Heidelberg
Fromlowitz	Horst	Essen	Schäfer	Dieter	Essen
Gehrman	Dietrich	Aachen	Schipp, Dr.	Johannes	Gütersloh
Goergens	Dorothea	Hamburg	Schönfeld	Julia	Bremen
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 Schwe-		
Karle	Gerd	Balingen	initz	Ingo	Hagen
Kern	Jan H.	Hamburg	Thieme	Hans	Frankfurt/M.
Keunecke	Carsten	Frechen	Thon	Horst	Offenbach
Krafft	Alexander	Öhringen	Vrana-Zentgraf	Silke	Darmstadt
Kroll	Matthias W.	Hamburg	Wolf	Dr. Thomas	Büdingen
Kühn	Stefan	Karlsruhe	Zerfowski	Michael	Karlsruhe
Kunzmann, Dr.	Walter	Euskirchen	Zirnbauer	Ulrich	Nürnberg

## Neugestaltung der AE

Die AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen gibt es nunmehr seit mehr als 25 Jahren. In den ersten Jahren, als wir uns an die heutige Gestalt einer professionellen Zeitung heranarbeiteten, gab es mehrere Entwicklungsschritte. Die jetzige Gestaltung ist – aus guten Gründen wie ich meine – nun schon seit langem Standard.

Bei aller gebotenen Gelassenheit im Umgang mit Bewährtem ist es die Aufgabe der Verantwortlichen, gelegentlich zu prüfen, ob die Zeitschrift noch den heutigen Anforderungen entspricht im Hinblick auf die Inhalte, aber auch hinsichtlich der äußeren Gestaltung, bezüglich der heutigen Anforderungen an die Handhabbarkeit und natürlich gehört auch die Frage der Kosten immer wieder auf den Prüfstand. Die Ergebnisse der Überprüfung werden wir Ihnen in der nächsten AE präsentieren.

Über zwei Maßnahmen können wir die geschätzte Leserschaft aber jetzt schon informieren:

- Es wird eine erheblich ausgeweitete Berichterstattung sowohl über die Tagungen der Arbeitsgemeinschaft als auch über den Deutschen Arbeitsrechtstag geben, so dass auch diejenigen, die daran nicht teilnehmen konnten, gut informiert sind (siehe hierzu z.B. die Berichterstattung in Heft 2/2017 von der Tagung im März in Frankfurt). Wir hoffen, dass diese umfassende Berichterstattung verstärkte Anreize zur Teilnahme an unseren Veranstaltungen gibt.

- Wir wollen einen neuen Anlauf nehmen, die Mitglieder mit den Mitgliedern bekannt zu machen. Es wird ja allgemein von der Arbeitsrechtsfamilie gesprochen. Nach unserer Auffassung ist der beste Teil davon die „Familie“ unserer Arbeitsgemeinschaft. Also rufen wir alle Mitglieder dazu auf, von sich oder über ihre Kollegen Positives zu berichten. Neue Fusionen aber auch Teilungen sind schon deshalb für alle von Interesse, als sie Anregungen zu kollegialer Zusammenarbeit darstellen. Mitteilungen über Umzüge verhindern Anschriftenverwirrungen und natürlich sind runde Geburtstage und Dienstjubiläen Anlass zu Kontaktaufnahmen innerhalb unserer Arbeitsgemeinschaftsfamilie.

Also auf, informieren Sie uns!

Allerdings hat die jetzige Redaktion nicht die Kapazität, diese Aufgaben allein zu bewältigen. Ausweislich des nachfolgend abgedruckten Aufrufs wird dafür ein Redakteur gesucht. Möglicherweise kommt dieser/diese von den AE beauftragte Redakteur(in) einmal auf Sie zu. Begrüßen Sie sie/ihn herzlich, stehen Sie ihr/ihm Rede und Antwort und freuen Sie sich auf „Ihren“ Beitrag!

*Dr. Hans-Georg Meier*  
Chefredakteur

### Redakteurin/Redakteur für die AE gesucht

Die Schriftleitung hat sich gemeinsam mit dem Geschäftsführenden Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft dazu entschlossen, den Charakter der Mitgliederzeitschrift in den Arbeitsrechtlichen Entscheidungen (AE) wieder stärker zu betonen. Dazu soll künftig in jeder Ausgabe ein Beitrag erscheinen, in dem entweder einzelne Mitglieder der ARGE portraitiert (Interview) oder über die Frühjahrs- und Herbsttagungen der Arbeitsgemeinschaft bzw. Den Deutschen Arbeitsrechtstag berichtet wird.

Das Redaktionsteam der AE möchte sich deshalb personell verstärken und sucht zur Unterstützung eine Kollegin/einen Kollegen, der diesen Bereich betreuen möchte.

Über Ihre Mitarbeit würden wir uns sehr freuen!

Zu Einzelheiten bezüglich Art, Umfang und Honorierung der Tätigkeit wenden Sie sich bitte an:

Dr. Hans-Georg Meier  
DBM Rechtsanwälte Geske & Partner  
Tauentzienstr. 11  
10789 Berlin  
Tel. 030/25 45 91 – 0  
E-Mail: m.bendel@advocati.de

## Arbeitgeberstrafrecht: Risiken, Bedeutung und (un-)kalkulierbare Rechtsfolgen (Teil 2)

Rechtsanwalt Dirk Petri, Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht, Köln

### V. Prozessuale Besonderheiten<sup>1</sup>

1. Das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz ist der Teil des formellen Arbeits- bzw. Arbeitgeberstrafrechts das die zentralen Aufgaben und Befugnisnormen für die Behörden der Zollverwaltung, denen die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) anvertraut ist, beinhaltet. Die Prüfungen nach dem SchwarzArbG finden außerhalb eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens statt; es handelt sich damit um präventive ordnungsbehördliche Maßnahmen. Ein Anfangsverdacht ist nicht erforderlich, so dass im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und Willkürfreiheit verdachtsunabhängige Kontrollen zulässig sind. Zentrale Zuständigkeitsnorm ist § 2 SchwarzArbG, welche den Behörden der Zollverwaltung weitgehende Prüfungsaufgaben zuweist, die zuvor in diversen Gesetzen (z. B. AEntG, SGB III, SGB IV u.a.) enthalten waren. § 2 SchwarzArbG ist damit Ausdruck des Gedankens der Vereinheitlichung der gesetzlichen Grundlagen im Bereich der Bekämpfung illegaler Beschäftigung.

Zu den Aufgaben der Zollverwaltung (vgl. Katalog des § 2 Abs. 1 S. 1 SchwarzArbG) gehören u.a.:

- **Prüfung der Einhaltung von Mitteilungspflichten** nach § 60 SGB I u. § 28a SGB IV als wesentliche sozialversicherungsrechtliche Meldevorschriften;

- **Prüfung von Arbeitsbedingungen** ist ein weiterer Prüfungsschwerpunkt nach den MiLoG, dem AEntG und dem AÜG. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung von Mindestlohn nach § 20 MiLoG wird gem. § 14 MiLoG von den Behörden der Zollverwaltung geprüft, wofür § 15 MiLoG auf zahlreiche Vorschriften des SchwarzArbG verweist. Gleiches gilt für die entsprechenden §§ 16, 17 AEntG und § 10 Abs. 5 bzw. § 17a AÜG;

- Die **Prüfung der Erfüllung steuerlicher Pflichten** obliegt originär zwar den zuständigen Landesfinanzbehörden nach § 2 Abs. 1 S. 2 SchwarzArbG und damit dem Finanzamt, daneben räumt § 2 der Finanzkontrolle Schwarzarbeit ebenfalls aber eine originäre, wenn auch beschränkte Prüfungsbefugnis ein. Denn Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang, da steuerliche Pflichten im Zusammenhang mit Schwarzarbeit regelmäßig in der Absicht, Steuern zu hinterziehen, verletzt werden. Daher besteht immer eine Unterstützungsverpflichtung des Zolls gem. § 2 Abs. 1 S. 4 SchwarzArbG zugunsten der Länder steuerliche Aspekte (mit) zu berücksichtigen, sofern diese im Zusammenhang mit einer Dienst- oder Werkleistung stehen. Mit anderen Worten: Die Prüfungsbeamten des Zolls machen sich nicht auf den Weg, um eine Steuerprüfung durchzuführen, wohl aber,

um im Rahmen der Prüfung etwaiger illegaler Beschäftigung auch steuerliche Aspekte im Blick zu haben. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit hat in einem solchen Fall nach § 14 SchwarzArbG die Befugnis, ein Strafverfahren auch wegen der Steuerstraftaten einzuleiten und im Wege des ersten Eingriffs Vernehmungen durchzuführen, Beweismittel sicherzustellen oder zu beschlagnahmen. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit soll im Fall der Fälle allerdings nur verfahrenssichernde Maßnahmen durchführen.

- **Prüfung von Personen:** Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit unterstützt u.a. die Finanzbehörden (vgl. § 6 Abs. 2 AO), die Bundesagentur für Arbeit (vgl. § 19 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB II), die Einzugsstellen (vgl. § 28i SGB IV), den Rentenversicherungsträger (vgl. § 23 Abs. 2 SGB I), die Unfallversicherungsträger (vgl. § 22 Abs. 2 SGB I), also die Berufsgenossenschaften, die Ausländerbehörden (vgl. § 71 Abs. 1 – 3 AufenthG), die zur Erledigung des Arbeitsschutzes zuständigen Behörden (vgl. § 139b GewO). Die Gegenseitige Unterstützung erfolgt nach § 2 Abs. 2 S. 4 SchwarzArbG unentgeltlich. Weiter hat der Zoll nach §§ 3 ff. SchwarzArbG umfassende Prüfungsbefugnisse. An erster Stelle steht die Prüfung von Personen. Dies beinhaltet insbesondere das Betretungsrecht der Finanzkontrolle Schwarzarbeit auch gegen den Willen des Arbeitgebers oder Auftraggebers. Nicht gestattet ist der Finanzkontrolle Schwarzarbeit aufgrund der ausdrücklichen Beschränkung des Betretungsrechts auf Geschäftsräume und Grundstücke allerdings zum Zwecke der Aufgabenerfüllung – insbesondere zu einer Durchsuchung – das Betreten der Wohnung eines Arbeitgebers oder Auftraggebers.

- **Prüfung von Personalien:** Die Personalien der angetroffenen Personen dürfen überprüft werden und zu diesem Zweck dürfen die Personen angehalten werden und befragt werden. Aufenthaltspapiere sind dabei sämtliche Ausweise inkl. beispielsweise Aufenthaltstitel, Duldungsbescheinigung, Sozialversicherungsausweis etc.

- die Finanzkontrolle Schwarzarbeit hat insbesondere das Recht der **Prüfung von Geschäftsunterlagen** (vgl. § 4 SchwarzArbG). Daraus folgt, dass die Finanzkontrolle Schwarzarbeit grundsätzlich während der Geschäftszeiten die Geschäftsräume und Grundstücke des Arbeitgebers betreten kann, um dort Einsicht in die Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen zu nehmen, aus denen

<sup>1</sup> Grundlage des Beitrags war das Referat des Verfassers für den Workshop „Arbeitgeberstrafrecht: Gefahrgeneigte Rolle in der freien Wirtschaft!“ auf der 72. Tagung der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht in Leipzig v. 9.10.2016; Teil 1 wurde in den AE 4-2016, S. 185-193 abgedruckt.

Umfang, Art oder Dauer von Beschäftigungsverhältnissen hervorgehen. Das Recht zur Prüfung von Unterlagen existiert ausschließlich in Verwaltungsverfahren. Sobald die Finanzkontrolle Schwarzarbeit nach Gewinnung eines Anfangsverdachts in das strafrechtliche bzw. bußgeldrechtliche Ermittlungsverfahren übergeht, richten sich die Befugnisse sodann nach der StPO bzw. dem OWiG. Mitwirkungspflichten bestehen ab diesem Zeitpunkt keine mehr. Ob die Finanzkontrolle Schwarzarbeit aber den Tatverdacht an dieser Stelle tatsächlich konkretisiert, ist in der Praxis häufig fraglich;

- weiterhin trifft den Arbeitgeber und im Ergebnis auch den Arbeitnehmer die **Pflicht die Prüfung zu dulden** und dabei mitzuwirken. Dabei steht den Betroffenen nach § 5 Abs. 1 S. 3 SchwarzArbG ein Auskunftsverweigerungsrecht (vgl. § 383 Abs. 1 Nr. 1 – 3 ZPO; §§ 52, 136 Abs. 1 S. 2 StPO) zur Seite, wenn der Betroffene sich selbst oder eine ihm nahestehende Person belasten müsste. Wenn sich den prüfenden Zollbeamten die Vermutung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit aufdrängt, dürften diese nach dem Verständnis des Verfassers bereits zur Belehrung verpflichtet sein, so dass die Prüfungsmaßnahme abzubrechen bzw. ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist. Geschieht dies nicht, ist daher nach vorzugswürdiger Auffassung ein Beweiserhebungs- bzw. Verwertungsverbot im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit in der Regel gegeben – was häufig in der Praxis aber umstritten sein dürfte.

- Bei anonymen Werbemaßnahmen nach § 7 SchwarzArbG besteht eine **Mitteilungsverpflichtung** des Anbieters des Werbemediums. Bei den Printmedien ist das der Herausgeber und bei elektronischen Medien ist der Sender bzw. der Internetdienst zur Mitteilung verpflichtet bzw. der aus der Homepage ersichtliche Verantwortliche nach dem TKG.

- Bei der **Zusammenarbeit** der Finanzkontrolle Schwarzarbeit **mit anderen Behörden** (vgl. § 13 SchwarzArbG) nimmt § 13 Abs. 2 SchwarzArbG eine Sonderstellung ein, da für die Finanzbehörden im Hinblick auf § 31a AO bereits eine Regelung existiert und darüber die notwendigen Informationen unter faktischer Durchbrechung des Steuergeheimnisses durch die Finanzbehörden offenbart werden können. Nach § 13 Abs. 3 SchwarzArbG haben auch Gerichte und Staatsanwaltschaften ihre Erkenntnisse aus anderen Verfahren der Finanzkontrolle zu übermitteln.

- Zur Durchführung des Schwarzarbeitsgesetzes führt die Finanzkontrolle Schwarzarbeit eine zentrale **Prüfungs- und Ermittlungsdatenbank** (§§ 16 – 19 SchwarzArbG). In die zentrale Datenbank sind sämtliche Erkenntnisse zu speichern, wenn sich tatsächlich Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit (§ 1 Abs. 2 SchwarzArbG), illegaler Beschäftigung (§ 404 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3, 4, 20 und 26 SGB III, §§ 15, 15a, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 2, 2a und 7b AÜG, § 23 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AEntG, § 21 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 MiLoG, §§ 10, 10a, 11 SchwarzArbG) ergeben. Die Daten in der zentralen Datenbank sind spätestens zu löschen (vgl. § 19 SchwarzArbG),

wenn seit dem Abschluss der letzten von den Behörden vorgenommenen Verfahrenshandlungen ein Jahr vergangen ist, ohne dass ein Bußgeldverfahren eingeleitet oder die Sache an die Staatsanwaltschaft abgegeben wurde. Die umfassende Datenspeicherung als auch die Praxis der Löschung ist rechtsstaatlich allerdings mehr als bedenklich.

## 2. Arbeitsschutzgesetz

Die Überwachung des Arbeitsschutzes ist abschließend in § 22 ArbSchG geregelt; dabei haben die staatlichen Ämter für Arbeitsschutz vergleichbare Befugnisse wie der Zoll bzw. die Finanzkontrolle Schwarzarbeit.

Die Ämter für Arbeitsschutz haben das Recht

- Auskünfte und Unterlagen zu verlangen;
- Dienststellen und Betriebe zu betreten und zu besichtigen;
- Geschäftliche Unterlagen einzusehen;
- das Arbeitsverfahren, Arbeitsmittel und Betriebsanlagen zu prüfen;
- Ursachen von Unfällen und Erkrankungen zu untersuchen;
- entsprechende präventive und mit Bußgeldern durchzusetzende Anordnungen zu treffen .

Die zu treffenden Anordnungen sind beispielhaft in § 22 Abs. 3 SchwarzArbG geregelt und betreffen beispielsweise die Umorganisation bestimmter Arbeitsabläufe und ganz zentral, die Durchführung einer Gefahrenanalyse oder Gefährdungsbeurteilung, die Unterweisung der Beschäftigten in den Gebrauch gefährlicher Werkzeuge etc.

Das ArbSchG regelt die Rechte und Pflichten der Betroffenen konkret dahingehend, dass die Auskunftspflicht grundsätzlich beim Arbeitgeber bzw. dem in § 13 ArbSchG umschriebenen Personenkreis liegt, sodass nicht zur Auskunft verpflichtet sind, bspw. der Betriebsarzt, Betriebs- und Personalräte, Beschäftigte ohne Funktion im Unternehmen. Diese Personen können aber ggf. wiederum als Zeugen vernommen werden. Hierbei stellt sich aber die Frage, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht (vgl. § 22 Abs. 1 S. 2 ArbSchG i. V. m. § 383 ZPO) der betreffenden Personen gegeben ist – worauf im Übrigen, anders als beim SchwarzArbG, hinzuweisen ist (vgl. § 22 Abs. 1 S. 3 ArbSchG). Bei dem Betriebsarzt dürfte dies häufig bzw. regelmäßig der Fall sein. Bei den übrigen Beteiligten richtet sich dies danach, ob sie sich andernfalls selbst belasten könnten. Es besteht aber keine Pflicht zur Herausgabe belastender Unterlagen. Die auskunftspflichtige Person, d. h. in der Regel der Betriebsinhaber, muss auch nicht begründen, warum er die Herausgabe verweigert. Das Gesetz fordert keine Glaubhaftmachung der Gründe.

## VI. Außerstrafrechtliche Rechtsfolgen

1. Über die speziellen **zivilrechtlichen bzw. arbeitsrechtlichen Konsequenzen**, wie Abmahnung, Kündigung etc., hinaus, sind die allgemeinen zivilrechtlichen Konsequenzen zu beachten. Bei den Tatbeständen des Arbeitsstrafrechts handelt es sich regelmäßig um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, die als solche die persönliche zivilrechtliche Haftung des jeweiligen Täters und damit des Arbeitgebers begründen, etwa im Fall der Beitragsvorenthaltung gegenüber der Einzugsstelle (§ 266a StGB). Insbesondere aber auch im Bereich des Arbeitsschutzrechts kommt bei Verletzung des Körpers bzw. der Gesundheit aufgrund eines (fahrlässigen) Verschuldens des Arbeitgebers eine unmittelbare Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

2. Von zentraler Bedeutung ist nach dem GmbHG (vgl. § 6 Abs. 3 Nr. 3 e) bzw. nach dem AktG (vgl. § 76 Abs. 2 Nr. 3 e) auch die Gefahr des **Ausschlusses von der Geschäftsführer- bzw. Vorstandsposition** für 5 Jahre ab Rechtskraft eines Strafurteils. So kommt es im Fall der Beitragsvorenthaltung nach § 266a StGB bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mind. 1 Jahr automatisch zum Ausschluss und zwar unabhängig davon, ob eine Abberufung erfolgt oder diese im Handelsregister eingetragen bzw. verkündet wurde. Erst nach Ablauf der 5 Jahre ab Rechtskraft kann erneut eine Berufung zum Geschäftsführer oder aber Vorstand erfolgen. Der Tatbestand der Beitragsvorenthaltung wurde erst im Jahre 2008 durch das MoMiG in den Katalog aufgenommen.

3. Gravierend kommt die Durchgriffshaftung nach dem AEntG bzw. dem MiLoG hinzu. So sieht § 14 AEntG eine **arbeits- und sozialrechtliche Durchgriffshaftung** in Bezug auf die nach dem AEntG einzuhaltenen tariflichen Mindestbedingungen für die Unternehmen vor. Diese ist verschuldensunabhängig. § 13 MiLoG definiert ebenfalls eine verschuldensunabhängige Durchgriffshaftung. Die Durchgriffshaftung bezieht sich nicht nur auf unmittelbar beauftragte Nachunternehmer, sondern jedenfalls auch auf weitere vom Nachunternehmer eingesetzte Subunternehmer. Ein Entlastungsnachweis ist grundsätzlich nicht möglich. Nach § 13b UStG haftet der Arbeitgeber auch für die Umsatz- und Bauabzugssteuer. Der Empfänger von Bauleistungen ist damit ausnahmsweise auch Steuerschuldner. Gleiches gilt nach §§ 48 ff. EStG auch für die Bauabzugssteuer im Hinblick auf den Leistungsempfänger.

4. Besonders hinzuweisen ist auf § 42g EStG, wonach auch eine **Haftung von Organen bzw. verantwortlich Handelnden für nicht abgeführte Lohnsteuer** eines Verleihers besteht, wenn das Unternehmen als Entleiher anzusehen ist. Dies gilt sowohl für den Fall der erlaubten wie auch der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung. Eine erhebliche Haftungsgefahr der verantwortlich Handelnden besteht ebenfalls im Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, die zu einer fiktiven Arbeitgeberstellung der in Frage stehenden Arbeitneh-

mer führt (vgl. § 10 AÜG) und damit auch die Haftung für nicht abgeführte Sozialversicherungsbeiträge auslöst.

5. Ebenso besteht eine **Haftung** des auftraggebenden Unternehmens bzw. Unternehmers **für die Sozialversicherungsbeiträge sowie Unfallversicherungsbeiträge** (vgl. § 28e Abs. 3a - 3f SGB IV bzw. § 150 Abs. 3 SGB VII). Die Regelung des § 28e Abs. 3b SGB IV sieht einen Ausschluss des Verschuldens des Unternehmers im Falle der Präqualifizierung des Nachunternehmers i.S. der Eignungsvoraussetzungen nach § 8 VOB/A vor.

6. Es droht die **Auftragssperre nach Vergaberecht** bei einem Bewerber einer öffentlichen Auftragsausschreibung für Bauleistungen. Überdies dürften sämtliche Fälle, in denen Verstöße gegen das AEntG, das AÜG, das MiLoG, das SchwarzArbG und das SGB III vorliegen, zur Annahme einer nicht ordnungsgemäßen Zahlung im Sinne des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A führen, sofern diese Verstöße – wie im Regelfall – darauf beruhen, dass Steuern, Abgaben und Beiträge nicht (voll umfänglich) abgeführt wurden.

7. Hinzu kann ein etwaiger **privatwirtschaftlicher Ausschluss** kommen. Die Auftragssperre – auch im Sinne einer Verdachtssperre – ist ebenfalls im privatwirtschaftlichen Bereich, z.B. in Form von internen Konzernrichtlinien aufgrund von arbeitsstrafrechtlichen Compliance-Vorgaben, vorgesehen. Solche Vorgaben werden häufig auch Vertragsbestandteil bzw. zunehmend durch den Vertragspartners binden vorgegeben. Ebenso besteht die Möglichkeit, laufende Verträge aufgrund schwerer Verfehlungen zu kündigen, unabhängig von einem möglichen Ausschluss.

8. Darüber hinaus kommt die **Auftragssperre nach dem SchwarzArbG, dem AEntG und dem MiLoG** in Betracht. Unter den Voraussetzungen des § 21 SchwarzArbG soll im Falle von einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer Geldbuße von wenigstens 2.500 EUR nach den §§ 15 ff. AÜG, § 19 MiLoG, § 8 ff. SchwarzArbG, § 404 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 3 SGB sowie § 266a StGB eine Auftragssperre erteilt werden. Der Ausschluss der betroffenen Unternehmen soll für die Dauer von bis zu 3 Jahren erfolgen. Ein rechtskräftiger Abschluss des Bußgeld- oder Strafverfahrens muss nicht abgewartet werden – sofern keine vernünftigen Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung bestehen (vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 SchwarzArbG).

9. Zu berücksichtigen ist auch eine etwaige **Auftragssperre auf Grundlage von Korruptionsregistergesetzen**. In einigen Bundesländern wurden solche Korruptionsregistergesetze (KRG) eingeführt bzw. werden die Register hierzu geführt. Gem. § 5 KorruptionsbG NRW erfolgt beispielsweise ein Eintrag in das Vergaberegister, wenn eine natürliche Person im Rahmen einer unternehmerischen Betätigung u. a. Straftaten nach §§ 263, 266a StGB, Verstöße gegen § 16 AÜG sowie Verstöße, die zu einem Ausschluss nach § 21 SchwarzArbG oder nach § 21 AEntG führen können oder geführt haben, be-



gangen hat. Eine Eintragung erfolgt im Falle einer Zulassung der Anklage, der strafrechtlichen Verurteilung, des Erlasses eines Strafbefehls, aber auch im Hinblick auf die Einstellung des Strafverfahrens nach § 153a StPO, ebenso nach Rechtskraft eines Bußgeldbescheides sowie für die Dauer der Durchführung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens. Effektiver Rechtsschutz über § 40 VwGO fehlt mangels eines belastenden Verwaltungsakts, da lediglich eine auf Löschung des Registerantrags gerichtete einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO möglich ist.

10. Ebenso droht, neben der Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Sachverhalten, die **Eintragung in das Bundesgewerbezentralregister** (GZR). Nach § 149 GewO werden unanfechtbare Entscheidungen von Verwaltungsbehörden eingetragen, die sich auf die Unzuverlässigkeit oder Ungeeignetheit eines Gewerbetreibenden beziehen, ebenso rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen aus dem Bereich des SchwarzArbG, des AÜG und auf Grundlage des § 266a StGB. Bei Entscheidung mir Rechtskraftdatum seit dem 1.1.2002 muss die Geldbuße nur mehr als 200 EUR für die Eintragung betragen.

11. Parallel kann es zu einer **Eintragung in das Bundeszentralregister** (BZRG) kommen. In ein **Führungszeugnis für Behörden** sind die unter § 30 Abs. 2 Nr. 5-9 BZRG bezeichneten Verurteilungen wegen Straftaten aufzunehmen, die bei oder in Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes oder dem Betrieb einer sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung oder bei der Tätigkeit in einem Gewerbe oder einer sonstigen wirtschaftlichen Unternehmung von einem Vertreter oder Beauftragten im Sinne des § 14 StGB oder von einer Person, die

in einer Rechtsvorschrift ausdrücklich als Verantwortlicher bezeichnet ist, begangen worden sind. Diese Eintragung erscheint im Führungszeugnis für Behörden selbst dann, wenn lediglich eine Geldstrafe von nicht mehr als 90 Tagessätzen bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe verhängt wurde.

12. Last but not least droht auch ein **Berufsverbot** bzw. während eines laufenden Verfahren ein vorläufiges Berufsverbot gem. §§ 61 Nr. 6, 70 StGB. Ein solches Berufsverbot kommt bei klassischen arbeitsstrafrechtlichen Delikten dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber erheblich gegen die Beitragsabführungspflichten (§ 266a StGB) verstoßen hat oder wenn verschiedene erhebliche Delikte, wie das auch bei der Verletzung der Beitragsabführungspflicht regelmäßig der Fall ist, zusammen verwirklicht werden. Wenn also beispielsweise in diesem Zusammenhang betriebliche Steuern hinterzogen werden, parallel hierzu die Buchführungs- und Aufzeichnungspflichten verletzt werden und dies dem Zweck der Verdeckung von illegaler Beschäftigung bei gleichzeitiger Einschaltung von Nachunternehmern dient.

## VII. Fazit

Nach einer Sentenz von Cicero ist das strengste Recht oft zugleich höchste Ungerechtigkeit (*summum ius summa iniuria*), so dass die interdisziplinäre Vielschichtigkeit des Arbeits- bzw. Arbeitgeberstrafrechts auch als auf die Spitze getriebenen Rechts mit den daraus resultierenden Fällen von Unrecht bewertet werden kann, oder, um bei den alten Lateinern zu bleiben, *semper aliquid haeret!*

# Arbeitsmigration – Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer

Von Stephanie Dufner, E.MA, Berlin<sup>1</sup>

## A. Einleitung

Der Fachkräftemangel in akademischen Berufen sowie zehntausende offene Lehrstellen führen dazu, dass in Deutschland ansässige Unternehmen ihr Personal nicht nur im Inland rekrutieren. Viele Unternehmen setzen vermehrt ihr Vertrauen in Fachkräfte aus dem Ausland, um den Personalbedarf decken zu können. Global nimmt die Qualität von Bildung und Ausbildung zu, weshalb ausländische Arbeitnehmer eine willkommene Alternative für nicht besetzte Stellen sind.

Hier soll ein kurzer Überblick darüber geben, welche Beschäftigungsmöglichkeiten ausländischer Arbeitnehmer existieren. Worauf muss bei der Einstellung ausländischer Arbeitnehmer geachtet werden? Kann für alle Tätigkeiten ausländisches Personal angestellt werden? Wer braucht eine Arbeitserlaubnis und welche Behörde ist dafür zuständig? Und wie lange dau-

ert ein solches Verfahren? Gibt es Unterschiede zwischen verschiedenen Herkunftsländern? (...)

## I. Unterscheidungsmerkmal Staatsangehörigkeit

Die Voraussetzungen zur Beschäftigung eines Ausländers richten sich zum einen nach der Staatsangehörigkeit und zum anderen nach dem aktuellen Aufenthaltsstatus. Der Schwerpunkt der Broschüre liegt bei der Beschäftigung sog. Drittstaatsangehöriger, also aller Ausländer, die nicht EU/EWR-Staatsbürger oder Schweizer sind und nicht unter das Assoziationsabkommen mit der Türkei fallen.

<sup>1</sup> Die Verfasserin ist Autorin der e-Broschüre *Arbeitsmigration, Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer*, Aufl. 2016, Deutscher Anwaltverlag. Sie ist Mitglied der ARGE Migrationsrecht im Deutschen Anwaltverein.

### 1. EU-Bürger, Staatsangehörige des EWR und der Schweiz

Alle Staatsangehörigen der derzeit 28 EU-Mitgliedstaaten genießen die uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dies bedeutet, dass diese Personen ohne jegliche aufenthaltsrechtliche Beschränkung in Deutschland arbeiten dürfen, vgl. § 2 FreizügG/EU. Eine gesonderte Arbeitserlaubnis ist nicht erforderlich, allein die Staatsangehörigkeit legitimiert zur Ausübung einer Beschäftigung. Dasselbe gilt für Familienangehörige von EU-Staatsangehörigen gemäß § 3 FreizügG/EU (allerdings nicht für Familienangehörige von deutschen Staatsangehörigen!). Die Familienangehörigen von EU-Staatsangehörigen müssen sich allerdings spätestens drei Monate nach Einreise bei der Ausländerbehörde melden und bekommen dann gemäß § 5 FreizügG/EU die – lediglich deklaratorische – sog. Aufenthaltskarte ausgehändigt. Eine gesonderte Arbeitserlaubnis ist auch für diesen Personenkreis nicht erforderlich.

Die übrigen Staatsangehörigen (und deren Familienangehörige) des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), zu dem neben den EU-Mitgliedstaaten auch Island, Norwegen und Liechtenstein zählen, sind ebenfalls uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigt und dürfen deshalb ohne Arbeitserlaubnis in Deutschland beschäftigt werden.

Staatsangehörige der Schweiz (und deren Familienangehörige) sind nach dem „Freizügigkeitsabkommen EU–Schweiz“ den EWR-Staatsangehörigen gleichgestellt.

Für alle genannten Gruppen besteht jedoch gemäß § 17 BMG (Bundesmeldegesetz) – wie auch für deutsche Staatsangehörige – die Pflicht, ihren Wohnsitz innerhalb von zwei Wochen nach Einzug bei der Meldebehörde anzumelden.

### 2. Assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige

Türkische Arbeitnehmer und deren begünstigte Familienangehörigen unterliegen bestimmten Sonderregeln. Durch den Beschluss des Assoziationsrates EWG/Türkei von 1980 (ARB 1/80) erwerben sie bei Vorliegen der assoziationsrechtlichen Voraussetzungen automatisch ein Aufenthaltsrecht – und nicht erst bei Erteilung eines Aufenthaltstitels. Im Zuge einer stufenweisen Verfestigung erhalten gemäß Art. 6 ARB 1/80 türkische Arbeitnehmer bei Beschäftigung in einem Mitgliedstaat nach insgesamt vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt. Dasselbe gilt für nachgezogene Familienangehörige und Kinder mit abgeschlossener Berufsausbildung. Bei der Ausländerbehörde muss ein entsprechendes Dokument beantragt werden, welches die besondere Stellung (deklaratorisch) nachweist.

Zu beachten ist jedoch, dass die erstmalige Einreise sich trotz des Assoziationsabkommens (welches erst nach der Einreise greift) nach den nationalen Regeln richtet – d.h. türkische Staatsangehörige brauchen (anders als EU-Staatsangehörige) ein Visum zur Einreise in die Bundesrepublik.

### 3. Sonstige Drittstaatsangehörige

Alle anderen Ausländer, die sich in der Bundesrepublik befinden, benötigen einen Aufenthaltstitel. Die Ausstellung der Aufenthaltstitel richtet sich nach dem jeweiligen Zweck des Aufenthalts. Die häufigsten Zwecke sind Familiennachzug, Studium, humanitäre Gründe oder die Erwerbstätigkeit.

Je nach Zweck des Aufenthalts bestehen unterschiedliche Regeln zur Erlaubnis der Erwerbstätigkeit. Grundsätzlich ist die Erwerbstätigkeit verboten, kann aber genehmigt werden (sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Es gibt viele Aufenthaltstitel, die die Erwerbstätigkeit kraft Gesetzes erlauben, z.B. alle Aufenthaltstitel im Rahmen des Familiennachzugs. Andere werden ausdrücklich zum Zwecke der Erwerbstätigkeit ausgestellt – bei diesen ist eine nachgewiesene und geplante Arbeitsaufnahme Voraussetzung und Sinn des Titels.

Drittstaatsangehörige dürfen also eine Beschäftigung im Bundesgebiet nur ausüben, wenn ihr Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt. Andernfalls handeln sowohl sie selbst als auch ihre Arbeitgeber ordnungswidrig bzw. machen sich strafbar.

**Hinweis:** Weil eine Erwerbstätigkeit nur erlaubt ist, wenn der Aufenthaltstitel dies besagt, muss jeder Aufenthaltstitel auch erkennen lassen, ob eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Deshalb gibt es in jedem Aufenthaltstitel eine sogenannte „Nebenbestimmung“ zur Erwerbstätigkeit. Gleiches gilt für Duldungen und Aufenthaltsgestattungen.

## II. Grundsätze des Arbeitsmigrationsrechts

Grundsätzlich gilt: Jede Arbeitstätigkeit in der Bundesrepublik, die ein Drittstaatsangehöriger ausführt, erfordert eine Erlaubnis.

Die Entscheidung über den Aufenthalt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ergeht gegenüber dem Drittstaatsangehörigen einheitlich durch die Ausländerbehörde (wenn der Drittstaatsangehörige schon im Inland ist) oder durch die Auslandsvertretung (wenn der Drittstaatsangehörige noch im Ausland ist) – ein sog. „one-stop-government“-Prinzip. Eine Arbeitsgenehmigung in Form eines separaten Verwaltungsaktes gibt es nicht (mehr). Die Ausländerbehörde/Auslandsvertretung erteilt oder versagt die Erlaubnis zur Ausübung der Erwerbstätigkeit. Falls erforderlich, gibt die Bundesagentur für Arbeit ihre Zustimmung zur Erteilung dieser Erlaubnis (...). Diese Zustimmung hat rein behördeninternen Charakter und ist deshalb nicht gesondert anfechtbar.

In § 18 AufenthG sind die Grundsätze für die Zulassung ausländischer Beschäftigter geregelt – dieser ist somit die zentrale Vorschrift des Beschäftigungserlaubnisrechts. Einem Drittstaatsangehörigen kann danach ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn, neben dem Nachweis eines konkreten Arbeitsplatzangebotes, die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Grundsätzlich ist dem-

nach zu unterscheiden, ob eine zustimmungsfreie oder eine zustimmungspflichtige Beschäftigung vorliegt. Die diesbezüglich erlassene Rechtsverordnung ist die BeschV.

In der BeschV wird in unterschiedlichen Normen geregelt, welche Tätigkeiten eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erfordern und welche – ausnahmsweise – nicht (es gibt leider nicht einfach eine Liste!). Dies richtet sich im Grunde nach der Art der Tätigkeit, nach dem Gehalt und nach der Qualifikation des Kandidaten. In der Regel besteht also keine Möglichkeit, eine Arbeitserlaubnis und somit einen Aufenthaltstitel zum Zwecke der Erwerbstätigkeit für eine Tätigkeit zu erhalten, die nicht in der BeschV geregelt ist.

**Hinweis:** Eine Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sich eine Regelung in der Beschäftigungsverordnung findet, die die konkrete Beschäftigung ermöglicht.

Aus den Regeln der BeschV geht auch hervor, dass lediglich in wenigen Ausnahmefällen unqualifizierte Tätigkeiten (= Tätigkeiten, die keine bestimmte Ausbildung oder einen Hochschulabschluss erfordern) zugelassen werden. In den meisten Fällen ist nur eine qualifizierte Tätigkeit möglich. Dies bedeutet, dass – falls die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit notwendig ist – eine Beschäftigung ohne Hochschulabschluss oder qualifizierte Ausbildung nur im Ausnahmefall möglich ist.

**Praxistipp:** Falls ein Aufenthaltstitel zum Zwecke der Beschäftigung erteilt werden soll, ist dies i.d.R. nur möglich, wenn der Drittstaatsangehörige über einen Hochschulabschluss oder – zumindest in bestimmten Fällen – eine abgeschlossene Berufsausbildung verfügt.

### III. Pflichten des Arbeitgebers bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer

Jeder Arbeitgeber, der ausländische Personen beschäftigt, ist verpflichtet sicherzustellen, dass die Person auch bei ihm arbeiten darf. Wer einen Ausländer ohne die erforderliche Genehmigung – also insbesondere ohne Aufenthaltstitel, der die Beschäftigung gestattet – anstellt, handelt ordnungswidrig. Die Höhe der Geldbuße in solchen Fällen beträgt bis zu 500.000 EUR.

Wer als Arbeitnehmer eine Beschäftigung ohne die erforderlichen Genehmigungen ausübt, handelt ebenfalls ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 EUR bestraft werden.

Arbeitgeber haben die Pflicht, von Drittstaatsangehörigen eine Kopie des Aufenthaltstitels – der wie oben erwähnt die Möglichkeit der Erwerbstätigkeit erkennen lassen muss – in der Personalakte zu führen. Zudem sind sie verpflichtet, im Rahmen des Zustimmungsverfahrens bei der Bundesagentur für Arbeit Auskunft über das Arbeitsentgelt, die Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen.

**Praxistipp:** Um nicht Gefahr zu laufen, einen Drittstaatsangehörigen illegal zu beschäftigen, weil der Aufenthaltstitel abgelaufen ist, ist es sinnvoll, sich das Ablaufdatum des Aufenthaltstitels zu notieren, um mit dem Beschäftigten rechtzeitig die Verlängerung zu besprechen bzw. ihn daran zu erinnern. Eine Verlängerung des Aufenthaltstitels ist frühestens drei Monate vor Ablauf möglich und erfordert das persönliche Erscheinen des Drittstaatsangehörigen auf der Ausländerbehörde. Dabei müssen bestimmte aktuelle Unterlagen, u.a. Lohnabrechnungen, eingereicht werden.

## B. Verschiedene Aufenthaltstitel und Arbeitserlaubnis

- Wie und wo kann erkannt werden, wer sofort und ohne weitere Schritte eingestellt werden kann?

Ein Arbeitsplatz soll mit einem Drittstaatsangehörigen besetzt werden, der sich schon in Deutschland befindet.

- Wie ist nun konkret zu erkennen, ob der Wunschkandidat direkt eingestellt werden darf, ohne dass weitere Schritte notwendig sind?

Wie schon erläutert, muss jeder Aufenthaltstitel mittels einer Nebenbestimmung erkennen lassen, ob die Erwerbstätigkeit gestattet ist oder nicht. Zu beachten ist, dass die Nebenbestimmung sich entweder auf dem Aufenthaltstitel selbst oder auf dem sog. Zusatzblatt befindet, auf welches im Aufenthaltstitel verwiesen sein muss.

Im Folgenden werden die häufigsten Nebenbestimmungen hinsichtlich der Erwerbstätigkeit aufgezählt und dargestellt, ob eine Einstellung sofort möglich ist oder nicht. Falls eine Einstellung nicht direkt erfolgen kann, muss ein Antrag auf Erlaubnis der Beschäftigung oder auf einen anderen Aufenthaltstitel gestellt werden

### Nebenbestimmung „Erwerbstätigkeit gestattet“

- jede Art von Beschäftigung bei jedem Arbeitgeber und jede selbstständige Tätigkeit ist erlaubt
- Einstellung sofort möglich
- Aufenthaltstitel:
  - Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)
  - Daueraufenthalt-EU (§ 9a AufenthG)
  - Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs, also Ehegatten- oder Kindernachzug (§§ 28, 30, 32 AufenthG)

### Nebenbestimmung „Beschäftigung gestattet“

- Jede Art von Beschäftigung bei jedem Arbeitgeber ist erlaubt, aber keine selbstständige Tätigkeit
- Einstellung sofort möglich
- Aufenthaltstitel:
  - Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung (§ 18 AufenthG i.V.m. § 9 BeschV) oder Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG i.V.m. § 9 BeschV): nach zwei Jahren Ausübung von versicherungspflichtiger Beschäftigung oder dreijähri-

ger Aufenthalt mit Aufenthaltserlaubnis, Duldung oder Aufenthaltsgestattung

- Humanitäre Aufenthaltserlaubnisse (§§ 22–25b AufenthG i.V.m. § 31 BeschV)
- Duldung und Aufenthaltsgestattung: nach einem ununterbrochen vierjährigen erlaubten, geduldeten oder gestatteten Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 32 Abs. 2 Nr. 5 i.V.m. Abs. 4 BeschV)

**Nebenbestimmung „Beschäftigung nicht gestattet, mit Ausnahme als ... (Tätigkeit) bei ... (Arbeitgeber)“**

- Lediglich eine bestimmte Tätigkeit bei einem bestimmten Arbeitgeber gestattet
- Einstellung erst nach positiv entschiedener Zustimmungsanfrage bei der Bundesagentur oder bei zustimmungsfreier Beschäftigung nach positiver Entscheidung der Ausländerbehörde
- Aufenthaltstitel:
  - Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung (§ 18 AufenthG) oder Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG)
  - Duldung und Aufenthaltsgestattung

**Nebenbestimmung „Beschäftigung 120 Tage oder 240 halbe Tage im Jahr sowie Ausübung studentischer Nebentätigkeiten gestattet“**

- Begrenzung der Beschäftigung lediglich bzgl. der erlaubten Tage, es zählt das Kalenderjahr

- Einstellung sofort möglich, soweit erlaubte Tage nicht überschritten werden
- Aufenthaltstitel:
  - Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Studiums oder studienvorbereitender Maßnahmen (§ 16 AufenthG)

**Nebenbestimmung „Beschäftigung nur mit Genehmigung der Ausländerbehörde gestattet“**

- Einstellung erst nach positiv entschiedener Zustimmungsanfrage bei der Bundesagentur für Arbeit oder bei zustimmungsfreier Beschäftigung nach positiver Entscheidung der Ausländerbehörde
- Aufenthaltstitel:
  - Duldung und Aufenthaltsgestattung

**Nebenbestimmung „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“**

- Erwerbstätigkeit verboten
- Einstellung nicht möglich; keine Möglichkeit, die Beschäftigung gestatten zu lassen
- Aufenthaltstitel:
  - Duldung (Erlaubnis gemäß § 60a Abs. 6 AufenthG) und Aufenthaltsgestattung (für die Dauer der Wartezeit, während der noch keine Beschäftigung gestattet ist gemäß § 61 Abs. 1 AsylG) (...)

# Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>		<b>Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht</b>	
91. AGG, Benachteiligung, Religion, Stellenausschreibung, Anforderungsprofil	96	111. Betriebsratswahl – Zulassung einer Vorschlagsliste der Gewerkschaft zur Betriebsratswahl	117
92. Schadensersatz, leidensgerechter Arbeitsplatz, Schwerbehinderung	97	112. Schulung, Betriebsrat, Grundlagen	118
93. Sonderzahlung, Leistungsbonus, Freiwilligkeitsvorbehalt, Widerrufsvorbehalt, Intransparenz, allgemeine Geschäftsbedingungen	98	113. Personalratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, Zeitgutschrift	119
94. Betriebsübergang, Vertragsänderung, Umgehung	99	<b>Tarifrecht</b>	
95. Zurückbehaltungsrecht an Arbeitsmitteln, Ausschlussklausel, Herausgabeverlangen	100	114. Stufenzuordnung, TVöD, Verstoß gegen die Freizügigkeit	120
96. Beratervertrag, Arbeitsvertrag, Abgrenzung	101	115. Kinderbezogene Besitzstandszulage, Reduzierung der Wochenarbeitszeit nach Überleitung, mehrere Anspruchsberechtigte, Konkurrenzregelung	123
97. Urlaubsabgeltung – Verfall des übergesetzlichen Urlaubs (AVR Caritas) – Ausschlussfrist	103	<b>Prozessuales</b>	
98. Altersteilzeit, Freistellungsphase, Urlaubsansprüche, Abgeltung, Kürzung Urlaubsanspruch	103	116. Aussetzung des Verfahrens, Kündigung, Vorgeiflichkeit	123
99. Verzugspauschale, geringe Vergütungsforderung	105	117. Bestreiten mit Nichtwissen	124
100. Verzugspauschale	106	118. Verspätetes Vorbringen, Wiederholungskündigung, Androhung der Krankschreibung	125
<b>Bestandsschutz</b>		119. Prozessuale Wahrheitspflicht, Eventualvorbringen	126
101. Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG, Abschluss eines dreiseitigen TQG-Vertrags	106	120. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, analoge Anwendung von § 769 ZPO nicht zu ersetzender Nachteil, Zwangsvollstreckungsgegenklage	126
102. Auflösungsantrag, Weiterbeschäftigung, beharrliche Arbeitsverweigerung	107	121. Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft	128
103. Eigenkündigung, Schriftform, Weiterbeschäftigungsantrag	108	<b>Sonstiges</b>	
104. Wiedereinstellungsanspruch	109	122. Rückzahlungsanspruch nach erfolgter Insolvenzanfechtung	129
105. Kündigung, Sozialauswahl, Beförderung, Leistungsträger	110	123. Pflichten des Anwalts gegenüber rechtsschutzversicherten Mandanten, Kausalität eines Pflichtenverstoßes, keine Obliegenheitspflicht bei Intransparenz einer Klausel oder unbilliger Beeinträchtigung der Interessen des Versicherungsnehmers	130
106. Betriebliches Eingliederungsmanagement, krankheitsbedingte Kündigung	112	<b>Streitwert und Gebühren</b>	
107. Aufhebungsvertrag – Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung	112	124. Streitwert bei einer Feststellungsklage auf wiederkehrende Leistungen, kein Abschlag	130
108. Auslegung eines befristeten Formulararbeitsvertrags – Vereinbarung der Kündbarkeit, allgemeine Geschäftsbedingungen	113	125. Zustellung des Wertfestsetzungsbeschlusses an Prozessbevollmächtigten der Partei	131
109. Befristung, sachgrundlos, Vorbeschäftigung, entgegen der Rechtsprechung des BAG	114		
110. Fluguntauglichkeit, auflösende Bedingung	116		

## Allgemeines Vertragsrecht

### Allgemeines Vertragsrecht

#### 91. AGG, Benachteiligung, Religion, Stellenausschreibung, Anforderungsprofil

##### Aus den Entscheidungsgründen:

II. (...)

a) Die Klägerin ist „wegen“ der Religion benachteiligt worden. (...)

bb) Vorliegend hat die Klägerin unstreitig im Rahmen der Auswahlentscheidung aufgrund ihrer fehlenden Konfessionszugehörigkeit eine weniger günstige Behandlung erfahren, als eine andere Person in einer vergleichbaren Lage. Die Beklagte hat damit an das gemäß § 1 AGG verpönte Merkmal der Religion angeknüpft.

b) Die Benachteiligung ist nicht gemäß § 9 Abs. 1 AGG gerechtfertigt.

aa) Nach § 9 Abs. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften und die ihnen zuzuordnenden Einrichtungen unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft zulässig. Bei einem religiös gebundenen Arbeitgeber kann deshalb an die Religion angeknüpft werden. Es entspricht geltender Verfassungsrechtslage und Art. 4 der Richtlinie 2000/78/EG (künftig: Richtlinie), dass die Mitgliedschaft in der jeweiligen Religionsgemeinschaft eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen kann (*Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Rn 42 zu § 9). Streitig ist lediglich, ob Art. 4 Abs. 2 Richtlinie in § 9 AGG richtlinienkonform umgesetzt wurde. Denn die Vorschrift des § 9 AGG hält sich nicht wortgetreu an die Vorgaben der Richtlinie, nach der eine Ungleichbehandlung wegen der Religion einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Demgegenüber heißt es in § 9 AGG das eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion zulässig ist, wenn eine bestimmte Religion unter Beachtung des Selbstverständnisses der Religionsgemeinschaft im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. § 9 AGG stellt somit – anders als die Richtlinie – auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen ab, dass seine Grundlage in dem durch Art. 140 GG inkorporierten Art. 137 Abs. 3 WRV hat (vgl. hierzu EuGH-Vorlage des 8. Senats des BAG v. 17.3.2016 – 8 AZR 501/14 A).

bb) Im vorliegenden Fall kommt es auf diese Streitfrage indes nicht an, weshalb auch eine Aussetzung des Rechtsstreits im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des 8. Senats nicht geboten war. Denn die Zugehörigkeit zu einer christlichen Konfession stellt im Streitfall auch im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Beklagten keine gerechtfertigte berufliche Anforderung im Sinne von § 9 AGG dar.

(1) Bei Bewerbungen auf Stellen in der katholischen Kirche und ihren Einrichtungen sind die Einstellungskriterien des Art. 3 Grundordnung maßgeblich. Nach Art. 3 Abs. 2 Grundordnung kann der kirchliche Dienstgeber pastorale, katechetische sowie in der Regel erzieherische und leitende Aufgaben nur einer Person übertragen, die der katholischen Kirche angehört. Für die übrigen Tätigkeiten ist nach Art. 3 Abs. 3 Grundordnung durch ein entsprechendes Anforderungsprofil sicherzustellen, dass der Bewerber seinen besonderen Auftrag glaubwürdig erfüllen kann. Dazu gehört neben spezifisch fachlichen Anforderungen eine Zustimmung zu den Zielen der Einrichtung. Der kirchliche Arbeitgeber hat daher nach Art. 3 Abs. 5 Grundordnung vor Abschluss des Arbeitsvertrages durch Befragung und Aufklärung des Bewerbers sicherzustellen, dass er die nach dem Arbeitsvertrag geltenden Loyalitätsobliegenheiten erfüllt. Bei nicht christlichen Mitarbeitern ist dies die Bereitschaft, die ihnen in einer kirchlichen Einrichtung zu übertragenden Aufgaben im Sinne der Kirche zu erfüllen (*Kalb-Imke/Beckmann/Rüßmann*, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, Rn 10).

(2) Im Anforderungsprofil der veröffentlichten Stellenausschreibung verlangt die Beklagte für die ausgeschriebene Stelle neben spezifisch fachlichen Qualifikationen, Engagement, strukturierte, gewissenhafte Arbeitsweise sowie Teamgeist eine „positive Einstellung zu den Grundlagen/Zielen eines katholischen Trägers“.

An das in einer öffentlichen Stellenausschreibung formulierte Anforderungsprofil bleibt der Arbeitgeber für die Dauer des Bewerbungsverfahrens gebunden (BAG v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10, Rn 27). Im Streitfall hat die Beklagte im Anforderungsprofil der öffentlichen Stellenausschreibung für die streitbefangene Stelle einer Sachbearbeiterin, die nicht zu dem in Art. 3 Abs. 2 Grundordnung genannten Aufgabenkreis gehört, lediglich eine positive Einstellung zu den Grundlagen/Zielen eines katholischen Trägers verlangt. Von diesem selbst gesetzten Anforderungsprofil, das zudem in Übereinstimmung mit der Grundordnung steht, konnte die Beklagte für die Dauer des Bewerbungsverfahrens nicht mehr abweichen. Dahinstehen kann demgegenüber die Frage, ob die Beklagte nach der Grundordnung auch für die streitbefangene Stelle eine (bestimmte) Konfessionszugehörigkeit hätte verlangen können. Denn ausweislich des in der veröffentlichten Stellenausschreibung niedergelegten Anforderungsprofils hat sie Entsprechendes gerade nicht verlangt. Soweit die Beklagte meint, es habe sich bei der in der Stellenausschreibung formulierten Anforderung einer positiven Einstellung zu den Grundlagen/Zielen eines katholischen Trägers lediglich um eine Zusatzvoraussetzung gehandelt, die neben der Konfessionszugehörigkeit zu erfüllen gewesen sei, war für die Kammer auch nach der Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht nachvollziehbar,

woraus sich dies ergeben soll. Aus der veröffentlichten Stellenausschreibung ergibt sich dies jedenfalls nicht. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 14.12.2016, 17 Sa 288/16

## 92. Schadensersatz, leidensgerechter Arbeitsplatz, Schwerbehinderung

### Tatbestand:

Der Kläger ist mit einem Grad der Behinderung (GdB) von 90 schwerbehindert. Er ist seit seinem sechsten Lebensjahr wesentlich höreingeschränkt und benötigt zur direkten Kommunikation einen Gebärdendolmetscher. (...)

Die Beklagte hat sich entschlossen, ab Anfang Juni 2015 ein visuelles und zum Teil auditiv zur Verfügung gestelltes Programmangebot zu produzieren, das sie den bei ihr beschäftigten Mitarbeitern auf am Arbeitsplatz aufgestellten Monitoren zur Verfügung stellt. (...)

### Aus den Entscheidungsgründen:

2.1. Die Beklagte war gemäß § 15 Abs. 2 AGG zur Zahlung einer Entschädigung zu verurteilen, da sie es unterlassen hat, dem Kläger die gesprochenen Inhalte des PeP-TV zugänglich zu machen. (...)

Nach Art. 27 Abs. 1 S. 2 Buchst. i der UN-BRK haben die Vertragsstaaten sicherzustellen, dass am Arbeitsplatz angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen getroffen werden. Zudem bestimmt Art. 2 Unterabs. 3 der UN-BRK, dass von der „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ alle Formen der Diskriminierung erfasst sind, einschließlich der Versagung angemessener Vorkehrungen. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Unterabs. 4 der UN-BRK sind „angemessene Vorkehrungen“ notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können. Die Bestimmungen der UN-BRK sind Bestandteil der Unionsrechtsordnung (EuGH v. 11.4.2013 – C-335/11 u.a. (HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“) Rn 28 ff.) und damit zugleich Bestandteil des – ggf. unionsrechtskonform auszulegenden – deutschen Rechts (BAG v. 4.11.2015 – 7 ABR 62/13, Rn 27; v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – Rn 53, BAGE 147, 60). Der Umstand, dass die UN-BRK seit ihrem Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist, führt darüber hinaus dazu, dass auch die Richtlinie 2000/78/EG ihrerseits nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen ist (EuGH v. 11.4.2013 – C-335/11 u.a. (HK Danmark, auch genannt „Ring, Skouboe Werge“) Rn 28 - 32; BAG v. 21.4.2016 – 8 AZR 402/14, BAGE 155, 61-69 Rn 20). Es kommt nicht darauf an, ob die von der Beklagten gesendeten Beiträge Arbeitsbedingungen im „engeren Sinne“ sind, die dem Arbeitnehmer erst eine vertragsgemäße Ausübung seiner arbeitsvertraglich

geschuldeten Tätigkeit ermöglichen. Bereits § 81 Abs. 4 Nr. 4 SGB IX bezieht die Anpassung des Arbeitsumfeldes mit ein. Dies betrifft auch z.B. die Lage des Arbeitsplatzes, z.B. barrierefreie Zugänge, Parkplätze für besonders Gehbehinderte oder behinderungsgerechte Sanitäranlagen (*Hauck/Noftz/Schröder*, SGB IX § 81 Rn 38; BeckOK SozR/Gutzeit SGB IX § 81 Rn 13, beck-online). Auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG schränkt die Anwendung des § 17 Abs. 2 AGG nicht auf eine Benachteiligung lediglich im Rahmen konkreter Arbeitsbedingungen ein. Inhaltlich meint § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG alle Bedingungen und Leistungen die mit der Beschäftigung als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person verbunden sind (*Schmidt/Senne*, RdA 2002, 80, 82). Zu diesen „Bedingungen“ zählen auch einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers (*Bauer/Göpfert/Krieger*, § 2 Rn 19; *Meinel/Heyn/Herms*, § 2 Rn 30; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 98; *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG, § 2 Rn 32-33, beck-online); nach Überzeugung der Kammer ist auch die Ausstrahlung eines Informationsprogrammes (und/oder Unterhaltungsprogrammes) eine Gestaltung des Arbeitsumfeldes im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG sowie des § 81 Abs. 1 Nr. 4 SGB IX. Die Beklagte selbst führt aus, dass es sich bei dem Programm um Inhalte handelt, die sie ihren Beschäftigten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses „näher bringen“ will. Auch ist vorliegend entgegen der Ansicht der Beklagten eine Benachteiligung aufgrund der Behinderung nicht bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte die in den Sprachbeiträgen dargestellten Themen auch in der von ihr herausgegebenen Premium-Post behandelt. Es fehlt bereits an einer Zuordenbarkeit der Texte zu den Sprachberichten. Die Filmbeiträge stehen auch nicht in zeitlichem Zusammenhang mit der schriftlichen Aufarbeitung in der Premium-Post. So hat die Beklagte selbst mit ihrer Auflistung vorgetragen, dass die Filmbeiträge die in der Premium-Post 5/2016 mit Artikeln behandelten Themen in einem Zeitraum vom 11.10.2015 – 27.7.2016 ausgestrahlt wurden. Dies ist keine ausreichende Gestaltung des Arbeitsumfeldes im Sinne des § 81 Abs. 4 SGB IX. (...)

2.1.3 Bei der Höhe einer festzusetzenden Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass sie nach § 15 Abs. 2 AGG angemessen sein muss. Sie muss einen tatsächlichen und wirksamen rechtlichen Schutz der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte gewährleisten (vgl. EuGH v. 25.4.2013 – C-81/12 [Asociatia ACCEPT] – Rn 63; v. 22.4.1997 – C-180/95 (Draehmpaehl) – Rn 24, 39 f., Slg. 1997, I-2195). Die Härte der Sanktionen muss der Schwere des Verstoßes entsprechen – indem sie insbesondere eine wirklich abschreckende Wirkung gewährleistet –, zugleich aber den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (EuGH v. 25.4.2013 – C-81/12 [Asociatia ACCEPT] Rn 63 m.w.N.). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles – wie etwa die Art und Schwere der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns – und der Sanktionszweck der Entschädigungsnorm zu berücksichtigen (BAG v. 22.5.2014 – 8 AZR 662/13, BAGE 148, 158-

## Allgemeines Vertragsrecht

167 Rn 44). Danach hat die Kammer vorliegend eine Entschädigung in Höhe eines hälftigen Monatsverdienstes als angemessen erachtet. Sie hat dabei berücksichtigt, dass dem Kläger der ganz überwiegende Teil der Informationen des PeP-TV zugänglich ist und er diese gleich den nichtbehinderten Arbeitnehmern rezipieren kann. Auch hat die Kammer berücksichtigt, dass die Beklagte mit der Premium-Post auch die Sprachbeiträge – allerdings nicht zuordenbar – in Textform anbietet, sodass der Kläger, wenn auch zeitlich versetzt, sich über die angebotenen Themen ebenfalls informieren kann. Die Kammer war deshalb der Ansicht, dass es sich nicht um einen schweren, sondern vielmehr um einen leichten Verstoß gegen die aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte auf leistungsgerechte Gestaltung des Arbeitsumfeldes handelt. (...)

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

vom 18.1.2017, 20 Sa 956/16

eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch

Marburger Straße 16/Tauentzien, 10789 Berlin

Tel.: 030/21248990, Fax: 030/212489920

www.friedemann-koch.de

### 93. Sonderzahlung, Leistungsbonus, Freiwilligkeitsvorbehalt, Widerrufsvorbehalt, Intransparenz, allgemeine Geschäftsbedingungen

#### Aus den Entscheidungsgründen:

1. Der Kläger hat einen vertraglichen Anspruch auf den Leistungsbonus für das Jahr 2014. Dem stehen die Vorbehalte in Ziff. 3 Abs. 2 des Arbeitsvertrages nicht entgegen. Vielmehr sind diese wegen der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt intransparent und verstoßen gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

a) Das von der Beklagten beim Kläger verwendete Arbeitsvertragsmuster unterliegt, unabhängig von einer Verwendung in weiteren Fällen, gemäß § 310 Abs. 3 Ziff. 2 BGB dem Anwendungsbereich der § 305c Abs. 2, § 306 und §§ 307 – 309 BGB.

b) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen **und redlichen Vertragspartnern** unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt der am Willen der jeweiligen Vertragspartner zu orientierenden Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Wortlaut. Ist dieser nicht eindeutig, kommt es für die Auslegungen entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten. Bleibt nach Ausschöpfung der Auslegungsme-

thoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht dies gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Die Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB setzt allerdings voraus, dass die Auslegung einer einzelnen AGB-Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keines den klaren Vorzug verdient. Es müssen „erhebliche Zweifel“ an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht (st Rspr des BAG, vgl. beispielsweise Ur. v. 20.2.2013 – 10 AZR 177/12, Rn 16).

c) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Kläger aus Ziff. 3 Abs. 2 des Arbeitsvertrages einen Anspruch auf den Leistungsbonus.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann ein Freiwilligkeitsvorbehalt das Entstehen eines Rechtsanspruches auf künftige Sonderzahlungen wirksam verhindern (vgl. BAG, Ur. v. 8.12.2010 – 10 AZR 671/09, Rn 16). Allerdings muss ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt klar und verständlich i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB formuliert worden sein, um den Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung eindeutig auszuschließen (vgl. BAG a.a.O.). Er darf insbesondere nicht in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen des Arbeitsvertrages stehen (vgl. BAG, Ur. v. 30.7.2008 – 10 AZR 606/07, Rn 39).

aa) Die in Ziff. 3 Abs. 2 S. 2 formulierte Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmungen nicht klar und verständlich sind. Sinn des Transparenzgebotes ist es der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. In der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung (vgl. BAG, Ur. v. 18.5.2011 – 10 AZR 206/10, Rn 29). Eine solche Situation ist bei der Kombination eines Freiwilligkeits- mit einem Widerrufsvorbehalt regelmäßig gegeben. Denn im Widerrufsvorbehalt liegt nicht nur eine „Verstärkung“ des Freiwilligkeitsvorbehaltes. Bei der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt wird vielmehr schon nach dem Vertragstext auch für den um Verständnis bemühten Vertragspartner nicht deutlich, ob nun jegliche zukünftige Bindung ausgeschlossen oder lediglich eine Möglichkeit eröffnet werden soll, sich später wieder von einer vertraglichen Bindung loszusagen (vgl. BAG, Ur. v. 14.9.2011 – 10 AZR 526/10, Rn 25). Die Klausel kann auch nicht so geteilt werden, dass lediglich ein wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt aufrecht erhalten bliebe. Die Intransparenz der vertraglichen Regelungen und damit ihre Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB folgt gerade



aus der Kombination zweier Klauselteile, die jeweils für sich genommen ausreichend transparent sein mögen.

bb) Ziff. 3 Abs. 2 S. 1 des Arbeitsvertrages enthält entgegen der Ansicht der Beklagten neben der Formulierung in S. 2 keinen zusätzlichen, eigenständigen Vorbehalt.

Ziff. 3 Abs. 2 S. 1 des Arbeitsvertrages knüpft untrennbar an den folgenden S. 2 an. Denn S. 1 lässt unklar, ob es sich bei dem hier erklärten Vorbehalt um einen Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt handeln soll. Die Formulierung: „(...) behält sich die Gesellschaft vor (...)“ ist weder in die eine noch in die andere Richtung selbsterklärend und ist damit isoliert betrachtet ihrerseits intransparent. Ein Arbeitnehmer muss insbesondere bei einem leistungsbezogenen Bonus wissen, ob er von vornherein keinen Anspruch besitzt oder sein Anspruch aus begrenzten Gründen entfallen kann. Diese Intransparenz in S. 1 hätte nur durch eine nachfolgende Erläuterung beseitigt werden können. Das hat die Beklagte derart – aus den vorgenannten Gründen untauglich – versucht, dass sie einen zweifachen, sich widersprechenden Vorbehalt formuliert hat.

cc) Auf die Frage, ob es überhaupt möglich ist, einen insbesondere an die persönliche Leistung anknüpfenden Bonus unter einen (Freiwilligkeits-)Vorbehalt zu stellen, kommt es deshalb nicht mehr an. (...)

■ Arbeitsgericht Hannover  
vom 3.3.2016, 2 Ca 177/15

#### 94. Betriebsübergang, Vertragsänderung, Umgehung

##### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) e. Die zwischen den Parteien bestehenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen sind wirksam, sie sind insbesondere nicht aufgrund eines Verstoßes gegen die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 bzw. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nichtig.

aa. Es kann auch insoweit zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass die Voraussetzungen für einen Teilbetriebsübergang vorlagen. Zwar ist nicht ohne weiteres ersichtlich, dass die im Wege der Personalgestellung von der St. gGmbH an die Beklagte überlassenen Arbeitnehmer einen eigenständigen Betriebsteil bildeten, der durch Rechtsgeschäft auf die Beklagte übergegangen ist. Es handelt sich insoweit um eine Rechtsfrage, die die Parteien nicht streitlos stellen können. Einer weitergehenden Aufklärung des Sachverhaltes bzw. abschließenden rechtlichen Bewertung bedurfte es insoweit jedoch nicht.

bb. Eine nach einem Betriebsübergang getroffene Vergütungsvereinbarung bedarf nicht wegen möglicher Umgehung des § 613a BGB eines sachlich rechtfertigenden Sachgrundes (vgl. BAG, Urt. v. 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, juris).

(1) Ein Rechtsgeschäft darf und kann die mit ihm beabsichtigte Wirkung nicht entfalten, wenn es sich als objektive Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt. Das ist der Fall, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch ver-

eitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, d.h. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnorm sachlich rechtfertigenden Grund, verwendet werden. Bei der Umgehung ist nicht nur ein bestimmter Weg zum Ziel, sondern das Ziel selbst verboten. Dabei kommt es nicht auf eine Umgehungsabsicht oder eine bewusste Missachtung der zwingenden Rechtsnormen an; entscheidend ist die objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts (BAG, Urt. v. 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, juris; m.w.N.).

(2) Mit dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages einschließlich der Zusatzvereinbarung zu diesem Arbeitsvertrag ist der Schutzzweck des § 613a BGB nicht in unzulässiger Weise umgangen worden.

(a) Nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB tritt ein Betriebserwerber im Falle des Betriebsübergangs in die Rechte und Pflichten aus einem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnis ein. Außerdem ist nach § 613a Abs. 4 BGB die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Betriebsveräußerer oder -erwerber „wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils“ unwirksam. § 613a Abs. 1 BGB bezweckt zunächst einen (nicht zwingenden) einzelvertraglichen Inhaltsschutz (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB) und – bei Fehlen kollektivrechtlicher Regelungen im Erwerberbetrieb – einen kollektivrechtlichen Inhaltsschutz, der gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nur für ein Jahr zwingende Wirkung entfaltet. Soweit eine nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB an sich unverändert übergeleitete Regelung der Disposition der Arbeitsvertragsparteien unterliegt, kann sie durch Vereinbarung mit dem alten oder neuen Inhaber geändert werden. Es herrscht grundsätzlich die gleiche Vertragsfreiheit, wie sie im Veräußererbetrieb bestanden hat. Aus § 613a BGB lassen sich keine weitergehenden Einschränkungen der Privatautonomie ableiten (vgl. BAG, Urt. v. 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, juris; m.w.N.; vgl. HKW/Willemssen/Müller-Bonanni, § 613a BGB Rn 248).

Diese nationale Regelung stimmt mit der Rechtsprechung des EuGH (v. 10.2.1988 – C- 324/86 – EAS Nr. 4 zu Art. 1 der RL 77/187 EWG) zur Betriebsübergangsrichtlinie 77/187 EWG überein. Danach steht diese Richtlinie einer mit dem neuen Unternehmensinhaber vereinbarten Änderung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Hieran hat sich durch die RL 2001/23/EG vom 12.3.2001 (ABl. EG Nr. L 82 vom 22.3.2001 S. 16) nichts geändert (vgl. BAG, Urt. v. 7.11.2007 – 6 AZR 1007/06, juris).

(b) Es kann dahinstehen, ob an Verträge, die den Erlass rückständiger Arbeitnehmeransprüche regeln oder die betriebliche Altersversorgung zu Lasten des Arbeitnehmers verschlechtern, weitergehende Anforderungen zu stellen sind. Für derartige Sachverhalte hat das Bundesarbeitsgericht in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, § 613a BGB gewähre einen Schutz vor einer Veränderung des Vertragsinhalts, sofern kein sachlicher Grund für die dem Arbeitnehmer nachteilige Regelung bestehe. Verträge über bereits verdientes Arbeitsentgelt, zu dem auch Anwartschaften über eine betriebliche Altersversorgung zu rechnen sind, können nach ei-

## Allgemeines Vertragsrecht

nem Betriebsübergang nicht mit den die Vergütung zukünftiger, noch zu erbringender Arbeitsleistungen regelnden Vereinbarungen gleichgesetzt werden (BAG, Urt. v. 7.11.2007 – 5 AZR 1007/06, juris, m.w.N.).

(c) Auch wenn der Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen den Parteien zu einer erheblichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen für den Kläger geführt hat und in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte geschlossen wurde, rechtfertigt dies nicht die Annahme einer Unwirksamkeit des Vertrages.

(3) Auch die Tarifgebundenheit des Klägers zum Zeitpunkt des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte ändert hieran nichts. Die St. gGmbH war lediglich bis zum 31.12.2009 als Mitglied des KAV gemäß § 3 Abs. 1 TVG unmittelbar tarifgebunden, nach dem Austritt aus dem KAV fanden die tariflichen Regelungen nur noch im Wege der Nachwirkung Anwendung. Da dem Tarifvertrag im Nachwirkungsstadium keine zwingende Wirkung mehr zukommt, sind auch individualrechtliche Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers zulässig. Eine weitergehende Einschränkung der Vertragsfreiheit ergibt sich insoweit nicht. (...)

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 23.5.2017, 1 Ca 4094/16

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Gross

Neumarkt 16-18, 04109 Leipzig

Tel.: 0341/984620, Fax: 0341/9846224

www.advo-gross.de

### 95. Zurückbehaltungsrecht an Arbeitsmitteln, Ausschlussklausel, Herausgabeverlangen

#### Leitsatz:

Eine arbeitsvertragliche Ausschlussklausel steht dem Herausgabeverlangen des Arbeitgebers bezüglich von Arbeitsmitteln nicht entgegen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Dem Beklagten steht gegen den Kläger ein Anspruch auf Herausgabe jedenfalls aus § 861 BGB zu.

aa) Bei dem auf der Grundlage der Zusatzvereinbarung überlassenen Handy und der Zubehörteile handelt es sich um Arbeitsmittel. Nach allgemeiner Auffassung ist der Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber in Bezug auf die ihm überlassenen Arbeitsmittel Besitzdiener nach § 855 BGB (Artz, in: *Ermann*, BGB, 14. Aufl., § 273 Rn 22; *Joussen*, in: BeckOK Arbeitsrecht, 42. Edition, § 611 Rn 425; *Link*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., § 151 Rn 4; MüKo-BGB/Müller-Glöge, 7. Aufl., § 611 BGB Rn 1271; ErfK-ArbR/Preis, 17. Aufl., § 611 Rn 54). Das heißt, der Arbeitnehmer übt die tatsächliche Gewalt an den ihm überlassenen Gegenständen für einen anderen, konkret also für den Arbeitgeber aus, der alleiniger Besitzer der Arbeitsmittel bleibt.

Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den Parteien in der Zusatzvereinbarung bzw. im Arbeitsvertrag eine hiervon abwei-

chende Regelung getroffen wurde, bestehen für die Kammer nicht.

Indem der Kläger das Handy bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht an den Beklagten zurückgegeben hat, hat er die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners, die er für einen Dritten ausgeübt hat, in Eigenbesitz umgewandelt, ohne dass er sich auf ein Besitzrecht berufen könnte. Im Verhältnis zum Beklagten als vormaligen Besitzer hat er mithin eine verbotene Eigenmacht (§ 858 Abs. 1 BGB) begangen und ist diesem gegenüber fehlerhafter Besitzer gemäß § 858 Abs. 2 BGB. Der Anspruch aus § 861 BGB ist mithin dem Grunde nach gegeben.

bb) Anders als seitens des Arbeitsgerichts angenommen ist der Anspruch auch nicht nach § 9 AV verfallen. Zwar geht das Arbeitsgericht zutreffend davon aus, der Beklagte könne sich als Verwender einer unwirksamen Klausel nicht auf deren Unwirksamkeit berufen. Die arbeitsvertragliche Verfallklausel ist aber auf den in Rede stehenden Besitzschutzanspruch nicht anwendbar. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass absolute Rechte (wie zum Beispiel der Anspruch auf Herausgabe des Eigentums) nicht von arbeitsvertraglichen Ausschluss- und Verfallklauseln erfasst werden (BAG v. 15.7.1987 – 5 AZR 215/86; v. 27.2.2002 – 9 AZR 543/00, juris; MüKo-BGB/Müller-Glöge, 6. Aufl., § 611 BGB Rn 1158).

Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob es sich bei dem hier in Rede stehenden Besitz um eine absolute Rechtsposition handelt, kann die Kammer dabei offen lassen (s. hierzu z.B., MüKo-BGB/Wagner, 6. Aufl., § 823 BGB Rn 21). Denn die Gründe, die eine Nichtanwendung von vertraglich vereinbarten Ausschlussfristen auf eigentumsrechtliche Ansprüche tragen, gelten unabhängig von seiner Einordnung als absolutes Recht auch für den Besitz.

cc) Ferner besteht auch ein Anspruch nach § 985 BGB. Soweit der Kläger das Eigentum des Beklagten am Handy bestreitet, kommt dem Beklagten die Vermutung nach § 1006 Abs. 2, Abs. 3 BGB zugute.

b) Soweit der Beklagte auch einen Anspruch auf Herausgabe der im Antrag näher bezeichneten Zubehörteile verlangt, hat die Berufung keinen Erfolg. Der Kläger hat vorgetragen, dass er diese im Fahrzeug zurückgelassen hat, so dass ihm eine Herausgabe nicht möglich ist. Es wäre Sache des Beklagten gewesen darzulegen und zu beweisen, dass der Kläger noch im Besitz der Zubehörteile ist.

c) Soweit sich der Kläger zuletzt auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen des noch ausstehenden Arbeitslohns/Entgeltfortzahlungsanspruchs beruft, dringt er damit nicht durch. Auf ein solches kann er sich vorliegend nicht berufen. Das folgt hier bereits aus dem Umstand, dass der Kläger, der im Verhältnis zum Arbeitgeber eine verbotene Eigenmacht begangen hat, nach § 863 BGB mit Einwendungen aus materiellen Rechtspositionen (sogenannten petitorischen Einwendungen), wie einem auf Zahlungsrückständen fußenden Zurückbehaltungsrecht, nicht gehört wird. Solche Einwendungen

sind bereits von Gesetzes wegen ausgeschlossen (MüKo-BGB/*Jost*, § 663 Rn 5). Die Kammer kann daher offen lassen, ob und in welchem Umfang auch aus der Natur des Schuldverhältnisses ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist (s. hierzu m.w.N. *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 41. Edition, § 273 Rn 30; ErfK-ArbR/*Preis*, 17. Aufl., § 611 Rn 54.I). (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 8.2.2017, 1 Sa 490/16

## 96. Beratervertrag, Arbeitsvertrag, Abgrenzung

### Aus den Entscheidungsgründen:

Zwar haben die Parteien unter dem 1.7.2012 nicht ausdrücklich einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, sondern einen „Beratervertrag“. Nach den im Streitfall vorliegenden Umständen haben die Parteien jedoch ein Arbeitsverhältnis begründet.

aa) Bei der Beantwortung der Frage, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

(1) Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines Selbstständigen durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (stRspr des BAG, vgl. BAG, Urt. v. 15.2.2012 – 10 AZR 301/10; Urt. v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06; jeweils m.w.N.). Die persönliche Abhängigkeit zeigt sich darin, dass der Arbeitnehmer in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und dem Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt, dass sich auf Inhalt, Ort und Zeit der Tätigkeit bezieht (§ 106 S. 1 GewO). Selbstständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 S. 2 HGB einen allgemeinen Maßstab für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Wer im Wesentlichen frei und weisungsungebunden tätig werden kann, ist in der Lage, unternehmerische Chancen am Markt wahrzunehmen und bedarf des arbeitsrechtlichen Schutzes nicht. (...)

(1) Die Bezeichnung des Vertrages vom 1.7.2012 als „Beratervertrag“ spricht nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

(a) Zwar bezeichnet der Begriff „Beratervertrag“ nach dem üblichen Sprachgebrauch einen freien Dienstvertrag, nämlich einen Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, seine Kenntnisse auf einem bestimmten Gebiet einem Unternehmen gegen Honorar zur Verfügung zu stellen (LAG Köln, Beschl. v. 3.7.1998 – 11 Ta 94/98). Eine Unterordnung widerspricht dem Wesen des Beraters; vielmehr ist beraten die für einen freien Dienstnehmer (Arzt, Rechtsanwalt) charakteristische Tätigkeit. Andererseits lässt gerade dann, wenn die Vertragspflicht in der „Beratung“ besteht, die praktische Handhabung Rückschlüsse darauf zu, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind (vgl. BAG, Urt. v. 6.5.1998 – 5 AZR

247/97, „Kundenberaterin“; LAG Hamm, Urt. v. 30.5.2001 – 4 (19) Sa 1773/00, „Beratervertrag“).

(b) Aus § 1 Abs. 2 des Vertrages vom 1.7.2012 geht hervor, dass die Parteien kein Arbeitsverhältnis, sondern ein freies Dienstverhältnis begründen wollten. Der Kläger sollte „weisungsungebunden“ tätig sein. Andererseits fehlt es aber im Vertrag an einer genauen Bestimmung der Aufgaben, die der Kläger als „Berater“ zu versehen hat. Der Vertrag enthält nur eine allgemeine Beschreibung der Vertragspflichten des Klägers. Das Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten ist nicht durch vertragliche Vorgaben eingeschränkt worden. Damit lässt der Vertrag schon seinem Inhalt nach einen erheblichen Spielraum für Fremdbestimmung und Eingliederung der Bertätigkeit in die betriebliche Organisation der Beklagten. (...)

(2) Tatsächlich ist der Vertrag so durchgeführt worden, dass der Kläger im Ergebnis weisungsgebunden tätig war.

(a) Unerheblich ist insoweit, dass der Kläger für seine Tätigkeit ein Honorar zuzüglich Mehrwertsteuer erhielt und dass keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden.

Für die Unterscheidung zwischen abhängiger und selbstständiger Beschäftigung spielen formelle Merkmale, wie die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen keine Rolle (BAG, Urt. v. 24.6.1992 – 5 AZR 384/91; LAG München, Urt. v. 17.10.2013 – 2 Sa 1083/12; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 2.6.2015 – 11 Sa 89/15). Nicht die Art und Weise der Vergütungszahlung ist kennzeichnend für die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses, sondern die Durchführung der vertraglichen Tätigkeit. Deshalb kann auch dahinstehen, ob sich aus den – im Rahmen eines selbstständigen Dienstverhältnisses ungewöhnlichen – Entgeltfortzahlungsleistungen, die die Beklagte bei Krankheit des Klägers erbrachte, ein Indiz für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ergibt.

(b) Ebenso wenig ist entscheidend, ob der Kläger nicht nur für die Beklagte, sondern auch für andere Auftraggeber tätig war. Die Arbeitnehmereigenschaft kann nicht mit der Begründung verneint werden, es handele sich um eine nebenberufliche Tätigkeit (BAG, Urt. v. 24.6.1992 – 5 AZR 384/91 m.w.N.). Es ist kein einleuchtender Grund dafür ersichtlich, Teilzeitbeschäftigten und nebenberuflich Tätigen den Schutz des Arbeitsrechts zu versagen. Daher kommt es nicht darauf an, ob die Streichung der vorgesehenen Abrede unter § 5 des Vertrages vom 1.7.2012 als Aufhebung eines Wettbewerbsverbots anzusehen ist.

(c) Dass dem Kläger keine Weisungen hinsichtlich des Inhalts seiner Tätigkeit erteilt wurden, spricht nicht gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

Eine fachliche Weisungsbindung ist bei entsprechend hoher Qualifikation des Mitarbeiters für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht notwendig (ErfK-ArbR/*Preis*, 16. Aufl. 2016, § 611 BGB Rn 68). Bei dem Kläger handelt es sich um einen Mitarbeiter mit sehr hoher Qualifikation. Er verfügt als Diplom-Chemiker und Diplom-Biologe über besondere Fachkenntnisse. Er ist der ehemalige Inhaber des Unternehmens

## Allgemeines Vertragsrecht

und insbesondere, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, in der Lage, das Forschungsmikroskop im Labor zu bedienen.

(d) Eine Weisungsbindung des Klägers ergibt sich daraus, dass ihm der Ort seiner Tätigkeit vorgegeben war.

Zwar ordnete die Beklagte dem Kläger gegenüber nicht ausdrücklich an, er müsse in dem Labor tätig werden, das sich in den Betriebsräumen der Beklagten befindet. Jedoch war der Kläger darauf angewiesen, die Laboreinrichtung im Betrieb der Beklagten zu benutzen, um die von ihm versehenen Aufgaben erfüllen zu können. Ihm stand keine andere Möglichkeit zur Verfügung, eine Analyse von Proben vorzunehmen. Der Kläger selbst besitzt keine eigene Laboreinrichtung. Die Beklagte stellte ihm auch keine Einrichtung außerhalb des Betriebes für diese Tätigkeit zur Verfügung. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Kläger in örtlicher Hinsicht ein Spielraum für die Gestaltung seiner Tätigkeit verblieb. Er hat nicht woanders gearbeitet. Es ist auch nicht erkennbar, welche der vom Kläger durchgeführten Aufgaben überhaupt dafür geeignet waren, an einem anderen Ort erledigt zu werden.

(e) Nach der praktischen Durchführung des Vertrages war der Kläger auch im Hinblick auf die Zeit seiner Tätigkeit weisungsgebunden beschäftigt.

Zwar ist insoweit nicht ersichtlich, dass die Beklagte dem Kläger ausdrückliche Vorgaben zur Arbeitszeit machte. Soweit der Kläger vorbringt, er habe sich an- und abmelden müssen, betrifft dies nicht die Durchführung der Tätigkeit an sich und ist daher für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses unerheblich. Auch die Tatsache, dass dem Kläger für die Analyse von Proben teilweise nur ein enges Zeitfenster zur Verfügung stand, spricht nicht für eine weisungsgebundene Tätigkeit. Die Eilbedürftigkeit der Tätigkeit stellt einen Sachzwang dar, der nicht von Personen ausgeht (LAG Köln, Beschl. v. 3.7.1998 – 11 Ta 94/98 m.w.N.). Fügt sich der Beschäftigte diesen Sachzwängen, folgt er keinen Weisungen, sondern den Ansprüchen, die die Aufgabe an ihn stellt.

Im Streitfall muss jedoch zwischen den Parteien als unstreitig gelten, dass der Kläger – von Krankheitszeiten abgesehen – nahezu täglich im Labor der Beklagten zu den üblichen Arbeitszeiten vormittags und nachmittags anwesend war. Der Kläger hat dies vorgebracht und auch dargelegt, dass er während seiner Anwesenheitszeiten mit anderen Arbeitnehmern der Beklagten gemeinsam tätig war. Die Beklagte hat dies nicht hinreichend konkret bestritten. Sie hat vorgebracht, die Anwesenheitszeiten des Klägers nicht kontrolliert zu haben. Sie hat aber nicht vorgetragen, dass es angesichts der Vielzahl der Aufgaben, die der Kläger für sie zu erledigen hatte, überhaupt zu einer nennenswerten Zahl von Tagen – außerhalb der Krankheitszeiten des Klägers – kommen konnte, an denen der Kläger keine Tätigkeiten im Labor der Beklagten verrichtete, insbesondere ist aus dem Vorbringen beider Parteien nicht ersichtlich, dass der Kläger sich „freie Tage“ nahm. Auch im Hinblick auf die Ortstermine bei Kunden lässt sich nicht ersehen, dass dem Kläger ein zeitlicher Gestaltungsspielraum

zustand und er von diesem Gestaltungsspielraum auch Gebrauch machte.

(f) Im Streitfall liegen zahlreiche Umstände vor, aus denen hervorgeht, dass der Kläger in die Betriebsorganisation der Beklagten eingegliedert und insoweit weisungsabhängig tätig war.

Für den Kläger war, wie zwischen den Parteien unstreitig ist, ein Büro eingerichtet, das mit den für Arbeitnehmer typischen Arbeitsmitteln ausgestattet war (PC, Telefon, Kalender, Mikroskop). Der Kläger nutzte für seine Tätigkeit ausschließlich Arbeitsmittel der Beklagten.

Auch die Zusammenarbeit des Klägers mit anderen Arbeitnehmern der Beklagten belegt seine Eingliederung in die Betriebsorganisation. Der Kläger war mit anderen Mitarbeitern gemeinsam im Rahmen der Durchführung von „Projekten“ und bei der Analyse von Proben tätig. Die Beklagte selbst räumt ein, dass dem Kläger „technisches Hilfspersonal“ zur Verfügung gestellt wurde und dass der Kläger im Rahmen seiner Aufgaben regelmäßig mit Mitarbeitern „kommunizieren“ musste.

Die Einbindung des Klägers in den Betriebsablauf zeigt sich überdies daran, dass die Beklagte auf seine Leistungen angewiesen war. Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, kein anderer Mitarbeiter im Labor der Beklagten sei in der Lage, das Forschungsmikroskop richtig zu gebrauchen; es habe auch keine Einweisung anderer Arbeitnehmer in die Untersuchung von Belebtschlamm gegeben.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Kläger ein abgrenzbarer Tätigkeitsbereich zustand, den er eigenverantwortlich zu erledigen hatte, ohne in die Betriebsorganisation der Beklagten eingebunden zu sein. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger jedenfalls Teile eines solchen Tätigkeitsbereichs durch Dritte hätte erledigen lassen können. Unstreitig hat der Kläger sämtliche Leistungen persönlich erbracht.

Der Kläger entfaltete seine Analysetätigkeit auch für Kunden der Beklagten. Dass der Kläger Einfluss auf die Auswahl dieser Kunden hatte, ist nicht erkennbar. Insoweit bestand keine Festlegung im Vertrag vom 1.7.2012. Nach dem Vorbringen der Parteien verhielt es sich so, dass allein die Beklagte entschied, für welchen Kunden der Kläger im Rahmen der Analyse von Proben tätig zu sein hatte.

Dem Vorbringen der Parteien lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger eine „Beratungsleistung“ im engeren Sinne zu erbringen hatte. Der Kläger stellte seine Kenntnisse nicht nur für Spezialprobleme und abgegrenzte Projektarbeiten zur Verfügung, sondern fungierte als einer von mehreren Mitarbeitern im Labor der Beklagten. Die „Aufträge“, die die Beklagte dem Kläger erteilte, waren, soweit feststellbar, letztlich reguläre Labortätigkeiten entsprechend dem Betriebszweck der Beklagten. Auch aus § 2 des Vertrages vom 1.7.2012 geht hervor, dass die Beratungsleistung nur einen Teil der Tätigkeit des Klägers darstellen sollte.

Hinzu kommt, dass der Kläger für die Beklagte Aufgaben versah, die mit einer Beratertätigkeit auch im weiteren Sinne nichts zu tun hatten. So war der Kläger als Gegensachverständiger unter der Unternehmensanschrift der Beklagten beim Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen geführt. Auch die Teilnahme an Besprechungen mit den zuständigen Arbeitsschutzbehörden lässt sich nicht als Beratungsleistung begreifen. (...)

Die Revision wird zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 30.3.2017, 18 Sa 696/16

eingereicht von Rechtsanwalt Prof. Dr. Gussen  
Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück

Tel.: 05242/92040, Fax: 05242/920449

www.gussen-arbeitsrecht.de

### 97. Urlaubsabgeltung – Verfall des übergesetzlichen Urlaubs (AVR Caritas) – Ausschlussfrist

#### Leitsatz:

Die Arbeitsvertragsrichtlinien des Deutschen Caritasverbands haben in ihrer Anlage 14 den über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden weitergehenden Urlaubsanspruch einem eigenständigen Fristenregime unterstellt, nach dem dieser erlischt, wenn er infolge von Arbeitsunfähigkeit nicht bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres angetreten werden kann.

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten über Urlaubsabgeltung. (...)

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist unerheblich, dass der Verfall im Falle eines Nichtantritts des weitergehenden Urlaubsanspruchs bis zum 30. April des folgenden Urlaubsjahres nicht ausdrücklich angeordnet ist. Auch das Bundesurlaubsgesetz ordnet die Rechtsfolge des Verfalls nicht ausdrücklich an. Einer solchen ausdrücklichen Anordnung des Untergangs bedarf es nicht. Vielmehr entfällt mit Fristende die Erfüllbarkeit des Freistellungsanspruchs. Dies gilt auch für den Mehrurlaub (BAG v. 22.5.2012 – 9 AZR 618/10, NZA 2012, 987 Rn 17). (...)

Beginnt oder endet das Dienstverhältnis im Laufe des Urlaubsjahres, so beträgt der Urlaubsanspruch nach § 1 Abs. 6 S. 2 der Anlage 14 zu den AVR ein Zwölftel für jeden vollen Beschäftigungsmonat. Diese Regelung unterscheidet ihrem Wortlaut nach nicht zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem weitergehenden Urlaubsanspruch. Aus der Systematik der in der Anlage 14 zu den AVR unter Ziff. I zum Erholungsurlaub getroffenen Regelungen lässt sich entnehmen, dass von dem (zu kürzenden) Urlaubsanspruch i.S.v. § 1 Abs. 6 S. 2 der Erholungsurlaub im Gesamumfang des § 3 Abs. 1 (einschließlich des gesetzlichen Mindesturlaubs) und nicht etwa nur der Mehrurlaub erfasst ist. Soweit zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem weitergehenden Urlaubsanspruch differenzierte Regelungen getroffen werden, ist dies

in den betreffenden Regelungen jeweils entsprechend zum Ausdruck gebracht (vgl. z.B. § 1 Abs. 5 S. 5 und 6, § 5 Abs. 1 S. 4 und 5). Eine solche differenzierte Regelung ist aber bei der Kürzungsregelung des § 1 Abs. 6 S. 2 gerade nicht getroffen worden. Vielmehr ist in § 1 Abs. 6 S. 8 ausdrücklich festgelegt, dass vor Anwendung der Unterabsätze 2 und 3 der Erholungsurlaub und ein etwaiger Zusatzurlaub, mit Ausnahme des Zusatzurlaubs nach dem Neunten Sozialgesetzbuch, zusammenzurechnen sind. Daraus lässt sich entnehmen, dass die im genannten Unterabsatz 2 geregelte Kürzung sowohl den Erholungsurlaub im Gesamumfang des § 3 Abs. 1 als auch den in § 4 geregelten Zusatzurlaub erfasst und hiervon nur der Zusatzurlaub nach dem SGB IX (§ 125 SGB IX) ausgenommen sein soll. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 2.2.2017, 2 Sa 395/16

### 98. Altersteilzeit, Freistellungsphase, Urlaubsansprüche, Abgeltung, Kürzung Urlaubsanspruch

#### Leitsätze:

1. In der Freistellungsphase der Altersteilzeit wird lediglich das bereits erarbeitete Entgelt und Urlaubsentgelt anteilig und zeitversetzt ausbezahlt.

Daher entsteht in der Altersteilzeit im Blockmodell der gesamte Urlaubsanspruch in der Arbeitsphase. In der Freistellungsphase selbst kann ein Urlaubsanspruch gar nicht erfüllt werden.

2. In der Freistellungsphase entstehen aufgrund der besonderen ungleichmäßigen Verteilung der Altersteilzeit im Blockmodell keine Urlaubsansprüche mehr.

3. Durch die anteilige Kürzung des Gesamturlaubsanspruchs in der (Alters-)Teilzeit wird der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht diskriminiert. Der im gesamten Zeitraum der Altersteilzeit geringere Urlaubsanspruch im Vergleich zu einer Vollzeitbeschäftigung beruht auf sachlichen Gründen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

2. Die Klägerin hatte zum Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Altersteilzeitvertrages auch keine unerfüllten Urlaubsansprüche aus der Zeit der Freistellungsphase der Altersteilzeit v. 1.3.2013 bis zum 29.2.2016 mehr, in der Freistellungsphase der Altersteilzeit im Blockmodell entstehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt (neue) Urlaubsansprüche mehr.

a) In der Zeit der Freistellung der Klägerin vom 1.3.2013 bis zum 29.2.2016 ist kein Urlaubsanspruch nach §§ 1,3 BUrlG i.V.m. § 7 Abs. 1 des Altersteilzeitvertrages entstanden. In der Freistellungsphase werden nur bereits erworbene Ansprüche zeitversetzt ausbezahlt (dazu aa). Urlaubsansprüche können dann nicht mehr erfüllt werden (dazu bb) und entstehen auch nicht mehr neu (dazu cc). Darin liegt auch keine Benachteiligung aufgrund einer Teilzeitbeschäftigung (dazu dd).

## Allgemeines Vertragsrecht

aa) In der Freistellungsphase der Altersteilzeit wird lediglich das bereits erarbeitete Entgelt und Urlaubsentgelt anteilig und zeitversetzt ausbezahlt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der sich die Kammer anschließt, hat der Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell während der Freistellungsphase Anspruch auf die durch seine Vorarbeit in der Arbeitsphase erworbenen Entgeltansprüche (vgl. BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 369/05, AP ATG § 2 Nr. 7; v. 4.10.2005 – 9 AZR 449/04, AP ATG § 3 Nr. 16; v. 24.6.2003 – 9 AZR 353/02, AP ATG § 4 Nr. 1). Im Blockmodell der Altersteilzeit tritt der Arbeitnehmer während der Arbeitsphase mit seiner vollen Arbeitsleistung im Hinblick auf die anschließende Freistellungsphase in Vorleistung. Er hat hierdurch Entgelte erarbeitet, die nicht im Monat der Arbeitsphase ausgezahlt, sondern für die spätere Freistellungsphase zeitversetzt angespart werden. Der Arbeitnehmer erarbeitet sich damit im Umfang seiner Vorleistungen zum einen Ansprüche auf die spätere Zahlung der Bezüge und zum anderen einen entsprechenden Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistungspflicht (BAG, Urt. v. 24.6.2003 – 9 AZR 353/02, AP ATG § 4 Nr. 1) und damit ein Zeitguthaben. Das während der Freistellungsphase ausgezahlte Entgelt ist daher Gegenleistung für die bereits während der Arbeitsphase geleistete, über die verringerte Arbeitszeit hinausgehende Arbeit. Die Berechnung der in der Arbeitsphase angesparten und in der Freistellungsphase zu zahlenden Entgelte hat „zeitversetzt“ zu erfolgen (vgl. BAG, Urt. v. 11.4.2006 – 9 AZR 369/05, AP ATG § 2 Nr. 7). Die Teilzeitvergütung ist während des Zeitraums der Freistellungsphase auszuzahlen, der in seiner Lage dem Zeitraum der Arbeitsphase entspricht (BAG, Urt. v. 19.12.2006 – 9 AZR 230/06, AP ATG § 3 Nr. 19).

bb) Nach diesen Grundsätzen entsteht in der Altersteilzeit im Blockmodell der gesamte Urlaubsanspruch in der Arbeitsphase. In der Freistellungsphase selbst kann ein Urlaubsanspruch gar nicht erfüllt werden.

Aufgrund der besonderen Struktur des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Rahmen des Blockmodells entsteht – über die gesamte Dauer des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses – wegen der vereinbarten Teilzeitbeschäftigung lediglich ein insgesamt nur hälftiger Urlaubsanspruch, der – wie die Arbeitsleistung – ebenfalls in der ersten Phase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, also in der Arbeitsphase, „geblockt“ zu erfüllen ist. Ebenso wie sich die Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf die Arbeitsphase beschränkt, muss sich auch die Verpflichtung zur Erteilung von Erholungsurlaub auf die Arbeitsphase beschränken. Wegen der Vorleistung des Arbeitnehmers während der Arbeitsphase erhält der Arbeitnehmer daher während der Dauer des Altersteilzeitvertrages in der Summe den Urlaub, der seiner Vorleistung während der Arbeitsphase entspricht, und zwar nicht zeitlich versetzt und während der Arbeitsphase für die spätere Freistellungsphase angespart, sondern allein während der Arbeitsphase (LAG Hessen v. 27.5.2013 – 17 Sa 93/13 vgl. auch *Schaub/Vogelsang*,

ArbR-Hdb, 13. Aufl., § 83 Rn 32). Aus diesem Grund können während der Freistellungsphase Urlaubsansprüche auch gar nicht erfüllt werden (BAG v. 15.3.2005 – 9 AZR 143/04, AP BUrlG § 7 Nr. 31; LAG Hessen v. 27.5.2013 – 17 Sa 93/13, BeckRS 2013, 72569).

cc) In der Freistellungsphase entstehen aufgrund der besonderen ungleichmäßigen Verteilung der Altersteilzeit im Blockmodell keine Urlaubsansprüche mehr, die mangels Erfüllbarkeit abzugelten wären.

Das Bundesurlaubsgesetz ist konzipiert für den Fall einer durchgehenden Beschäftigung bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeitszeit auf die Arbeitstage der Woche. In welchem Umfang Urlaubsansprüche im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses entstehen, wenn die Arbeitszeit ungleichmäßig verteilt ist, lässt sich dem Bundesurlaubsgesetz nicht unmittelbar entnehmen. Die insoweit maßgeblichen Grundsätze müssen daher aus den Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes erst entwickelt werden (BAG v. 14.2.1991 – 8 AZR 97/990, AP BUrlG § 3 Teilzeit Nr. 1 = NZA 1991, 777). Dies führt zu einer Umrechnung des Urlaubsanspruchs. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, die regelmäßig an weniger Arbeitstagen einer Woche als ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer beschäftigt sind, haben entsprechend der Zahl der für sie maßgeblichen Arbeitstage ebenso Anspruch auf Erholungsurlaub wie vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer (vgl. *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG; Rn 13 ff.; LAG Hessen v. 27.5.2013 – 17 Sa 93/13, BeckRS 2013, 72569). Nichts anderes kann für das Altersteilzeitarbeitsverhältnis gelten, bei dem es sich ebenfalls um ein Teilzeitarbeitsverhältnis handelt, und zwar im Fall des Blockmodells um ein Teilzeitarbeitsverhältnis mit einer unregelmäßigen Verteilung der Arbeitszeit. Der Übergang von einer Vollzeitbeschäftigung zu einer Teilzeitbeschäftigung findet bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis bereits zu Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, also bei einem Blockmodell zu Beginn der Arbeitsphase, statt. Deshalb sind die Umrechnungsgrundsätze, die das Bundesarbeitsgericht für Teilzeitarbeitsverhältnisse entwickelt hat, auf das Blockmodell im Rahmen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses als Ganzes entsprechend anwendbar (LAG Saarland v. 22.7.2015 – 1 Sa 39/15, BeckRS 2015, 72674).

Es ist in der Rechtsprechung und Literatur dabei umstritten, ob im Jahr des Wechsels von der Arbeitsphase in die Freistellungsphase der Urlaubsanspruch anteilig gekürzt werden kann (verneinend: u.a. LAG Niedersachsen v. 19.5.2005 – 4 Sa 646/05; *Rittweger/Petri/Schweigert*, Altersteilzeit, § 7 TV-ATZ, Rn 2; bejahend: u.a. LAG Saarland v. 22.7.2015 – 1 Sa 39/15; LAG Hessen v. 27.5.2013 – 17 Sa 93/13; LAG Heesen v. 11.6.2013 – 8 SaGa 224/13; *Hock/Klapproth*, Probleme des TV ATZ, ZTR 200, 97, 101; *Nimscholz/Oppermann/Ostrrowicz*, Altersteilzeit, Handbuch für die Personal- und Abrechnungspraxis, S. 80). Auf diesen Streit kommt es jedoch vorliegend nicht an, da die Klägerin unstreitig bis zum Eintritt in die Freistellungsphase ihren Anspruch auf Erholungsurlaub vollständig

erhalten hat. Einigkeit besteht bei allen oben genannten Meinungen jedoch im Hinblick auf die streitgegenständliche Frage: Aufgrund der besonderen Struktur des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Rahmen des Blockmodells ist es ein interessengerechtes Ergebnis, dass in der Freistellungsphase selbst kein Urlaubsanspruch mehr entsteht (zusätzlich auch ErfK/Rolfs, ATG § 8 Rn 13). (...)

(1) Wenn in der Altersteilzeit nur die Freistellungsphase isoliert von der gesamten Teilzeit betrachtet würde, müssten während der Freistellungsphase an sich zusätzliche Urlaubsansprüche entstehen, weil es für das Entstehen des Urlaubsanspruchs nur auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses und nicht auf das tatsächliche Erbringen der Arbeitsleistung ankommt. Da aber in diesem Zeitraum eine Arbeitsverpflichtung des Arbeitnehmers von vornherein nicht entstehen kann, wird hierfür auch kein Urlaubsanspruch begründet (Vogelsang, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 16. Aufl. 2015, § 84 Rn 10; LAG Saarland v. 22.7.2015 – 1 Sa 39/15, BeckRS 2015, 72674). (...)

Zum Anspruch von Teilzeitbeschäftigten auf bezahlten Jahresurlaub hat der EuGH klare Hinweise gegeben:

In den Urteilen v. 22.4.2010 (NZA 2010, 557, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols) und v. 8.11.2012 (C-0229/11 und C230/11, Toltschin u.a., BeckRS 2012, 82370) hat der EuGH nämlich auf § 4 der am 6.6.1997 geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit in der durch die Richtlinie 98/23/EG des Rates vom 7.4.1998 geänderten Fassung verwiesen, wonach der Pro-rata-temporis-Grundsatz für die Beschäftigungsbedingungen von Teilzeitbeschäftigten gilt, wenn dies angemessen ist. Der EuGH hat diesen Grundsatz auf die Gewährung des Jahresurlaubs für eine Zeit der Teilzeitbeschäftigung angewandt, denn für diese Zeit ist die Minderung des Anspruchs auf Jahresurlaub gegenüber dem bei Vollzeitbeschäftigung bestehenden Anspruch aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Zu einer vertraglich vereinbarten und bezahlten Freistellung bis zum Eintritt in den Ruhestand, die im Hinblick auf den Urlaubsanspruch mit der Freistellungsphase in der Altersteilzeit vergleichbar ist, hat der EuGH (Urt. v. 20.7.2016 – C-0342/15, EuZW 2016, 666) Folgendes ausgeführt:

„Unter diesen Umständen ist zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit dieses Anspruchs auf Jahresurlaub festzustellen, dass ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis beendet wurde und der nach einer mit seinem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung während eines bestimmten Zeitraums vor seiner Versetzung in den Ruhestand weiterhin sein Entgelt bezog, aber verpflichtet war, nicht an seinem Arbeitsplatz zu erscheinen, keinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für den während dieses Zeitraums nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub hat, es sei denn, dass er den Urlaub wegen Krankheit nicht nehmen konnte.“

Auch in diesem Fall beruhte die Nichterbringung der Arbeitsleistung auf einer Parteivereinbarung.

Letztlich verringert sich durch die Teilzeit, die bereits mit Beginn der Arbeitsphase beginnt, zwar die Anzahl der Urlaubstage bezogen auf die gesamte Altersteilzeit. Diese anteilige Kürzung der Urlaubstage ist jedoch nach der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH europarechtlich unbedenklich. Für jeden Urlaubstag in der Arbeitsphase erhält die Klägerin nämlich auch ein Urlaubsentgelt in Höhe einer Tätigkeit in Vollzeitbeschäftigung, das zur Hälfte in der Arbeitsphase und zur Hälfte in der Freistellungsphase ausgezahlt wird. (...)

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 15.11.2016, 14 Sa 541/16

### 99. Verzugspauschale, geringe Vergütungsforderung

#### Aus den Entscheidungsgründen:

III. § 288 Abs. 5 BGB ist im Arbeitsrecht anzuwenden. Eine Bereichsausnahme liegt nicht vor. Die Gegenauffassung, der zufolge § 12a ArbGG eine spezialgesetzliche Ausnahmeregelung beinhalte, die in ihrem Anwendungsbereich § 288 Abs. 5 BGB verdränge, ist abzulehnen (LAG Baden-Württemberg v. 13.10.2016 – 3 Sa 34/16 Rn 91 f.; LAG Köln v. 22.11.2016 – 12 Sa 524/16 Rn 65 ff.).

Die Berufungskammer schließt sich der überzeugenden Rechtsauffassung dieser beiden Gerichtsentscheidungen an.

1. Dem Anspruch steht insbesondere nicht § 288 Abs. 5 S. 3 BGB entgegen, der eine Anrechnungsregelung auf einen geschuldeten Schadensersatz enthält, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist. Denn dieser Vorschrift kommt aufgrund des Fehlens eines außergerichtlichen Kostenerstattungsanspruches für Rechtsverfolgungskosten im Arbeitsrecht bei Entgeltforderungen keine Bedeutung zu (LAG Köln a.a.O. Rn 70).

2. Eine für den Bereich des Arbeitsrechts verdrängende analoge Anwendung des § 12a ArbGG kommt deswegen nicht in Betracht, weil es bereits bezüglich der Verzugspauschale gemäß § 288 Abs. 5 BGB an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Denn die Ausgestaltung durch die gesetzliche Neuregelung im Jahr 2014 stellt sich als eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar, die eine planwidrige Regelungslücke bereits im Ansatz ausschließt.

So spricht insbesondere auch der Wortlaut für eine Anwendung auch auf arbeitsrechtliche Entgeltansprüche. Eine Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht sieht der Wortlaut der Vorschrift in keiner Weise vor.

Darüber hinaus dient diese Vorschrift der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr und der deutsche Gesetzgeber hat mit dieser Norm die Vorgaben der Richtlinie bewusst übererfüllt. Hieraus lässt sich aufgrund einer historischen Auslegung der Vorschrift eindeutig schließen, dass ihr Anwendungsbereich auch im Arbeitsrecht eröffnet ist.

## Bestandsschutz

Ferner erscheint es nicht überzeugend, sondern im Gegenteil systemwidrig, wenn ein Arbeitnehmer bei verspäteter oder unvollständiger Zahlung des Arbeitsentgeltes zwar den gesetzlichen Verzugszins nach § 288 Abs. 1 BGB und ggf. den weitergehenden Verzugschaden nach § 288 Abs. 4 BGB geltend machen könnte, ihm jedoch der neue Pauschalschadensersatz nach § 288 Abs. 5 S. 1 BGB verwehrt bliebe. Denn diese Neuregelung knüpft systematisch gerade an die vorherigen Absätze des § 288 Abs. 5 und den gesetzlichen Verzugszins an (LAG Köln, a.a.O. Rn 80, 81, 87 bis 91).

Soweit von den Kritikern dieser Norm eingewandt wird, die Erstreckung auf Arbeitsverhältnisse sei rechtspolitisch verfehlt, ist dieser Einwand unerheblich. Denn die Gerichte sind auch zur Anwendung einer Gesetzesnorm verpflichtet, deren rechtspolitischer Sinn zweifelhaft erscheint (LAG Baden-Württemberg, a.a.O. Rn 93).

IV. Der Klägerin steht die Verzugspauschale ungekürzt und in voller Höhe für die beiden Kalendermonate Juli und August 2016 zu. Eine Kürzung dieser Pauschale im Wege einer teleologischen Reduktion des § 288 Abs. 5 BGB unter dem Gesichtspunkt der äußerst geringen, den Verzug der Arbeitgeberin auslösenden Vergütungsforderung in Höhe von 70 ct. pro Monat kommt nicht in Betracht. Bereits der Wortlaut dieser Vorschrift, insbesondere ihr Satz 2 legt dieses Ergebnis nahe. Nach dieser Norm gilt der Anspruch des Gläubigers auf die Verzugspauschale auch dann, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt. Hieraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber das Problem einer geringen Entgeltforderung, die verzugsbegründend ist und die Verzugspauschale als Rechtsfolge auslöst, erkannt hat.

Der weitere Zweck, durch die Umsetzung einer EU-Richtlinie, die Zahlungsmoral eines säumigen Schuldners zu verbessern, spricht gleichfalls für eine derartige Betrachtung.

Zwingend für diese Betrachtung spricht auch der Rechtscharakter dieser Rechtsfolge als „Pauschale“. Denn eine Pauschale wird ohne Rücksicht auf die tatsächlich entstandenen Kosten und Aufwendung gezahlt. Es gibt im Übrigen keinen Erfahrungssatz, dass der pauschale Aufwand für die Geltendmachung einer geringfügigen Forderung geringer ist als bei einer Forderung größeren Umfangs. Entscheidend ist nicht die Höhe der Forderung, sondern die Komplexität der Rechtslage. Dies zeigt sehr eindrucksvoll auch die juristisch fundierte Urteilsbegründung des Arbeitsgerichts Oldenburg, mit der es der Klägerin die 70 ct. monatlich zugesprochen hat.

Darüber hinaus gibt es in unserer Rechtsordnung zahlreiche Anhaltspunkte, die erkennen lassen, dass Kosten und Aufwand den Ausgangswert, um den gestritten wird, um ein vielfaches übersteigen können: Beispielsweise kann auf die Kostenrechnung des Arbeitsgerichts Oldenburg in dem vorliegenden Streitfall verwiesen werden: Weil aufgrund einer Verbindung von vier Streitsachen mit einer führenden Streitsache ursprünglich einmal fünf Verfahren geführt worden sind,

in denen zwei Verfahren nur einen Gegenstandswert von 70 ct. aufwiesen, liegen fünf Kostenrechnungen zu je 70,00 EUR, also insgesamt 350,00 EUR vor. Mit anderen Worten: Der Streit über den Einbehalt von 70 ct. (Portokosten für die Übersendung einer Vergütungsabrechnung) und der weitere Streit über zwei Kostenpauschalen verursachen insgesamt 350,00 EUR Gerichtskosten. Dieses Beispiel zeigt sehr deutlich, dass die Verzugspauschale nicht davon abhängig sein kann, welchen Wert die verzugsbegründende Ausgangsforderung hat.

Sicher zu stellen ist lediglich, dass die Forderungen in einem Arbeitsgerichtsprozess nicht atomisiert werden dürfen, was im vorliegenden Streitfall jedoch nicht der Fall ist, hat doch die Klägerin monatsweise ihre einbehaltene Arbeitsvergütung eingeklagt und entspricht der Monat dem typischen Abrechnungszeitraum in der Praxis des Arbeitslebens. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 20.4.2017, 5 Sa 1263/16

### 100. Verzugspauschale

#### Leitsätze:

1. Die Beitreibungskostenpauschale von 40 EUR gemäß § 288 Abs. 5 BGB kann auch im Arbeitsverhältnis verlangt werden.
2. Bei fehlerhafter oder unterlassener Abrechnung fällt sie in der Regel monatlich erneut an.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 22.3.2017, 15 Sa 1992/16

## Bestandsschutz

### 101. Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG, Abschluss eines dreiseitigen TQG-Vertrags

#### Leitsätze:

1. Der Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG entsteht erst mit Ablauf der Kündigungsfrist. Er gelangt nicht mehr zur Entstehung, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem davor liegenden Zeitpunkt endet (vgl. nur BAG, Urt. v. 20.8.2009 – 2 AZR 267/08, NZA 2009, 1197, 1998 Rn 17).
2. Der Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG entsteht auch dann nicht, wenn die Parteien vor Ablauf der Kündigungsfrist vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der betriebsbedingten Kündigung, sondern im Rahmen eines dreiseitigen Vertrags enden wird und im Anschluss daran ein neues befristetes Arbeitsverhältnis mit der Transfergesellschaft begründet werden wird.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

- a. Die US-Stationierungsstreitkräfte haben dem Kläger am 18.9.2013 betriebsbedingt gekündigt und dem Kläger gleichzeitig einen Hinweis nach § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG erteilt. Der Kläger hat auch die dreiwöchige Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG verstreichen lassen.



b. Die Arbeitsvertragsparteien haben jedoch, bevor der Anspruch nach § 1a KSchG entstanden ist, den dreiseitigen Vertrag vom 14.7.2014 geschlossen, sodass der Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG nicht entstanden ist. (...)

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 20.8.2009 – 2 AZR 267/08, NZA 2009, 1197, 1198 Rn 17; v. 10.5.2007 – 2 AZR 45/06, NZA 2007, 1043, 1044 Rn 17) entsteht der Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist. Endet das Arbeitsverhältnis zu einem davor liegenden Zeitpunkt aus einem anderen Grund, so gelangt der Anspruch nicht mehr zur Entstehung. Das ergibt sich aus einer Auslegung von § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG. Zwar entstehen schuldrechtliche Ansprüche grundsätzlich mit Abschluss des sie erzeugenden Rechtsgeschäfts. In § 1a Abs. 1 KSchG hat der Gesetzgeber aber eine von dieser Regelung abweichende Bestimmung getroffen. Dies ergibt sich nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 10.5.2007 – 2 AZR 45/06, NZA 2007, 1043, 1044 Rn 19 ff.), der die erkennende Kammer folgt, aus Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck dieser Vorschrift. Bereits nach dem Wortlaut „hat“ der Arbeitnehmer den Anspruch erst „mit dem Ablauf der Kündigungsfrist“. Nach der Gesetzesbegründung soll der Anspruch auf Abfindung nicht entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis zu einem früheren Zeitpunkt, insbesondere durch eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund, als dem Ablauf der Kündigungsfrist endet (BT-Drucks 15/1204, S. 12). Dem steht der Zweck der Vorschrift nicht entgegen. § 1a KSchG behält vielmehr bei dem zugrunde gelegten Verständnis einen sinnvoll begrenzten Anwendungsbereich, indem der Arbeitgeber die Abfindung nur unter eben der Voraussetzung zahlen muss, die ihn zum Angebot der Abfindung veranlasst hat, dass nämlich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf der betriebsbedingten Kündigung beruht, andernfalls aber nicht. Mit Ablauf der Klagefrist steht zwar fest, dass das Arbeitsverhältnis spätestens durch die betriebsbedingte Kündigung endet, eine frühere Beendigung aus anderen Gründen ist jedoch nicht ausgeschlossen (Urt. v. 10.5.2007 – 2 AZR 45/06, NZA 2007, 1043, 1044 Rn 21; *Quecke*, RdA 2004, 86, 98). Bei dieser Auslegung sind ebenfalls „Flexibilität und Praxisnähe“ (vgl. BT-Drucks 15/1204, S. 2) gewährleistet. Auch dann, wenn die Abfindung erst dann entsteht, wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich aufgrund der betriebsbedingten Kündigung endet, ist dies eine „einfach zu handhabende“ Alternative zum Kündigungsschutzprozess, die eine „einfache, effiziente und kostengünstige vorgerichtliche Klärung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses“ (BT-Drucks 15/1204, S. 9) ermöglicht. Gerade bei einem Abstellen auf den Ablauf der Kündigungsfrist sind die Anspruchsvoraussetzungen leicht zu erkennen. Das Gesetz ist in diesem Fall einfach zu handhaben (BAG, Urt. v. 10.5.2007 – 2 AZR 45/06, NZA 2007, 1043, 1044 Rn 22).

(2) Nichts anderes gilt nach Ansicht der Kammer, wenn die Arbeitsvertragsparteien vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der betriebsbedingten Kündigung vereinbaren, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund dieser Kündigung

enden soll, sondern im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages zum Ablauf der Kündigungsfrist enden wird und im Anschluss ein neues befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Transfergesellschaft begründet werden wird. Die in Lauf gesetzte Kündigungsfrist führt dann nicht mehr kausal zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Setzen die Parteien einvernehmlich einen neuen Beendigungstatbestand und regeln sie die Abfindung neu, soll hierdurch das in Gang gesetzte Entstehen eines Abfindungsanspruchs aus § 1a KSchG abgebrochen werden. Es kann nicht entscheidend darauf ankommen, welchen genauen Beendigungszeitpunkt die Arbeitsvertragsparteien im dreiseitigen Vertrag vereinbaren.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 18.1.2017, 7 Sa 210/16

## 102. Auflösungsantrag, Weiterbeschäftigung, beharrliche Arbeitsverweigerung

### Aus den Entscheidungsgründen:

a) Von den zahlreichen Gründen, die der Kläger als Auflösungsgründe ins Feld führt, sind vier Gründe von vorneherein ungeeignet, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil gemäß § 9 KSchG zu rechtfertigen: Sowohl der Vorwurf, die Beklagte habe ihn 2013 verdächtigt, nicht arbeitsunfähig gewesen zu sein, obwohl er eine Krankmeldung vorgelegt habe als auch die Anordnung der aus seiner Sicht unberechtigten Kurzarbeit im Oktober 2015, die nicht nur den Kläger, sondern seine Abteilung betroffen hat, haben keinen ausreichenden Zusammenhang zu der ursprünglichen streitgegenständlichen fristgemäßen Kündigung, welche die Grundlage des Auflösungsantrages darstellt. Auch die Darstellung der Kündigungsgründe zur Vorbereitung der Verhandlung ist nicht geeignet, eine Auflösung zu rechtfertigen. Diese Darstellung ist neutral und keineswegs ehrverletzend. Im Übrigen ist der Beklagten zu Gute zu halten, dass sie – nachdem sie die Risiken auf ihrer Seite erkannt hat – dem klägerischen Begehren durch ein sofortiges Anerkenntnis entsprochen hat. Auch die Androhung einer fristlosen Kündigung im Folgenden rechtfertigt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht einmal ansatzweise, denn diese Abmahnung war vollkommen der Rechtsordnung entsprechend und trägt sogar die streitgegenständliche fristlose Kündigung vom 28.7.2016.

Es verbleiben allein das vom Kläger dargestellte Personalgespräch vom 10.2.2016, welches die Ehefrau des Geschäftsführers der Beklagten geführt hat und der Vorbehalt in dem Schriftsatz vom 7.1.2016, den Kläger zukünftig anders einzusetzen. Beide Umstände reichen nicht aus, um die strengen Anforderungen an einen Auflösungsantrag zu rechtfertigen, zumal der Kläger in der persönlichen Anhörung einräumen musste, dass sein Arbeitsverhältnis nach Ausspruch der Kündigung und nach Erlass des Teilanerkennnisurteils normal weiter gegangen ist. Zudem wirkte der Geschäftsführer in der persönlichen Anhörung ruhig und besonnen und keineswegs dem Kläger gegenüber feindselig. Vor dem bekannten Hinter-

## Bestandsschutz

grund, demzufolge das Kündigungsschutzgesetz ein Bestandsschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz ist, reichen die vorgetragenen Gründe bei Weitem nicht aus, um das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung gemäß § 9 KSchG auflösen zu können. (...)

bb 1.) Das Verhalten des Klägers war pflichtwidrig. Insbesondere musste er auch nach Ablauf der Kündigungsfrist, also ab dem 1.6.2016 für die Beklagte arbeiten, obwohl über seinen Auflösungsantrag noch nicht rechtskräftig entschieden worden war. Soweit diesbezüglich in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten wird, aufgrund der Ungewissheit sei es einem Arbeitnehmer in diesem Stadium unzumutbar (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 7.4.2005 – 4 Sa 955/04, juris), teilt die Berufungskammer diese Rechtsauffassung nicht einmal ansatzweise. Zu folgen ist vielmehr der gegenteiligen Rechtsauffassung des LAG Köln (Urt. v. 12.11.2014 – 5 Sa 420/14, juris). Denn das Arbeitsverhältnis besteht auch dann fort, wenn der Arbeitnehmer einen Auflösungsantrag angekündigt hat, über den noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist. Auch wenn die Auflösung rückwirkend erfolgen kann, ändert dies nichts an dem Umstand, dass das Gericht die Auflösung nicht lediglich feststellt, sondern das Arbeitsverhältnis erst durch Gestaltungsurteil auflöst. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis und damit die sich aus ihm ergebenden wechselseitigen Pflichten solange bestehen, bis das Arbeitsverhältnis durch Gestaltungsurteil aufgelöst worden ist. Dieser klaren Dogmatik folgt die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen.

bb 2.) Musste der Kläger ab dem 1.6.2016 weiter arbeiten, dann hat er seine Verpflichtung durch das Fehlen in dem Zeitraum vom 1. bis zum 7.6. und sodann ab dem 21.7. bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung verletzt und dies, obwohl er zwei Abmahnungen mit Kündigungsandrohung erhalten hat. Dies erfüllt eindeutig den Tatbestand der beharrlichen Arbeitsverweigerung. (...)

■ Landesarbeitsgericht Hannover  
vom 15.12.2016, 5 Sa 909/16

### 103. Eigenkündigung, Schriftform, Weiterbeschäftigungsantrag

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Frage, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen durch mündliche Eigenkündigungen des Klägers sein Ende gefunden hat.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

b) Die Klage ist auch insoweit zulässig, als der Kläger mit seinem Klageantrag zu Ziff. 2 seine Weiterbeschäftigung als Fahrer einfordert. Das Berufungsgericht hat keinen Zweifel daran, dass der vom Kläger gestellte Antrag hinreichend bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist. Eine ausreichende Bestimmtheit setzt voraus, dass in der Klageschrift neben der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs auch ein bestimmter An-

trag enthalten ist. Ein Klageantrag ist dann hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet und damit den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis nach § 308 ZPO umreißt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung i.S.d. § 322 ZPO erkennen lässt und so das Risiko einer unterliegenden Partei nicht durch vermeidbare Ungenauigkeiten auf die beklagte Partei abwälzt, weil sie letztlich eine Fortsetzung des im Erkenntnisverfahren durchzuführenden Streit in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert (BAG v. 15.4.2009 – 3 AZB 93/08; BGH v. 14.12.1998 – IIZR 330/97).

Sofern es darum geht, einen Titel des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung oder Beschäftigung zu titulieren, muss aus dem Vollstreckungstitel deutlich entnommen werden können, um welche Art von Beschäftigung es geht. Nur so kann der Arbeitgeber vor unberechtigten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen geschützt werden. Auf der anderen Seite ist ein Beschäftigungstitel vor dem Hintergrund der Bestimmung in § 106 GewO zu sehen, nach der dem Arbeitgeber ein Weisungsrecht zusteht, sodass ein Beschäftigungs- oder Weiterbeschäftigungstitel aus materiellrechtlichen Gründen nicht so genau sein kann, dass er auf eine ganz bestimmte und im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist (BAG v. 15.4.2009 – 3 AZB 93/08; LAG Baden-Württemberg v. 21.2.2007 – 17 Ta 1/07). Es ist deshalb ausreichend, wenn die Art der ausgeurteilten Beschäftigung des Arbeitnehmers aus dem Titel ersichtlich ist, weshalb es nicht erforderlich ist, dass Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder der sonstigen Arbeitsbedingungen aus dem Titel erkennbar sind (BAG v. 15.4.2009 – 3 AZB 93/08; LAG Hessen v. 23.10.2008 – 12 Ta 383/08; LAG Baden-Württemberg v. 21.2.2007 – 17 Ta 1/07). Dem entspricht die hier vom Kläger eingeforderte Weiterbeschäftigung als Fahrer. So ist dem Kläger und der Beklagten klar, welche Tätigkeiten der Kläger für die Beklagte in welchem Umfang zu erfüllen hat. (...)

a) Sämtliche Kündigungen wären, sollten sie ausgesprochen worden sein, nach den §§ 125 S. 1, 126 Abs. 1 BGB nichtig, weil sie nicht dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB entsprechen würden. Nach dieser Bestimmung bedarf eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Schriftform, die hier unstreitig nicht eingehalten ist. (...)

b) Der Kläger beruft sich nicht etwa treuwidrig auf die fehlende Schriftform. Nur in Ausnahmefällen kann die Berufung darauf, dass eine für ein Rechtsgeschäft vorgesehene Form unzulässig ist, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, die in § 242 BGB festgelegt sind und jede Rechtsausübung bestimmen. Eine unzulässige Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) ist nur dann anzunehmen, wenn die Berufung auf die Formunwirksamkeit für die Partei, die von den Konsequenzen der Formunwirksamkeit betroffen ist, nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar wäre. Nur in einem solchen Fall tritt die Nichtigkeitsfolge zugunsten des Grundsatzes von Treu und

Glauben zurück (Erman/Belling, BGB, 14. Aufl. 2014, § 623 Rn 23).

aa) Der Einwand treuwidrigen Verhaltens kann dem Kläger demnach nur dann entgegen gehalten werden, wenn die Beklagte als Erklärungsgegnerin einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und sich der Erklärende mit der Berufung auf den Formmangel zu seinem eigenen vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt. Das kann nur dann angenommen werden, wenn der Erklärende seinen Willen mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit mehrfach zum Ausdruck gebracht und damit einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (BAG v. 16.9.2004 – 2 AZR 659/03; LAG Köln v. 16.10.2013 – 11 Sa 345/13; Hessisches LAG v. 16.2.2013 – 13 Sa 845/12; LAG Rheinland-Pfalz v. 8.2.2012 – 8 Sa 318/11).

Bereits dies kann hier nicht angenommen werden. Mit dem Schriftefordernis des § 623 BGB sind mehrere Funktionen verbunden. Es soll zunächst größtmögliche Rechtssicherheit gewährleisten und Beweiserhebungen über den Abschluss von Aufhebungsverträgen durch die Gerichte vermeiden. Doch erschöpft es sich nicht in dieser Klarstellungs- und Beweisfunktion, sondern bezweckt auch den Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung. Damit entfaltet es eine Warnfunktion (BAG v.17.12.2009 – 6 AZR 242/09; v. 23.11.2006 – 6 AZR 394/06; v. 19.1.2006 – 6 AZR 638/04; v. 19.4.2007 – 2 AZR 208/06). Dem Arbeitnehmer soll besonders deutlich vor Augen geführt werden, welchen bedeutenden Schritt er mit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses unternimmt. Seine Entscheidung soll er mit Bedacht treffen und die Zeit der schriftlichen Niederlegung nutzen, sich über die Bedeutung seiner Entscheidung klar zu werden. Mit Blick auf die Zielrichtung kann daher nur eine endgültige und unumstößliche Entscheidung, die entsprechend geäußert worden ist, ausnahmsweise die Nichtigkeit des Formverstößes nach § 125 Abs. 1 S. 1 BGB in den Hintergrund treten lassen. Hier hingegen trägt die Beklagte selbst vor, dass der Kläger im Zusammenhang mit der Abholung des Fahrzeugs am 22.4.2016 erklärt haben soll, er wolle gerne weiter beschäftigt werden, was den Zeugen L. dazu veranlasst haben soll, beim Kläger mit dem Hinweis darauf, dass er das Arbeitsverhältnis doch seinerseits gekündigt habe, nachzufragen, wie damit nun umzugehen sei. Die etwa 14 Tage nach den behaupteten mündlichen Eigenkündigungen liegende Erklärung des Klägers, er wolle weiter beschäftigt werden, macht deutlich, dass er eben doch am Arbeitsverhältnis festhalten wollte. Der Beklagten und dem Zeugen L., von dem die Beklagte behauptet, er sei bevollmächtigt, einseitige Willenserklärungen für diese wahrzunehmen, musste damit klar sein, dass der Kläger seinen Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses eben nicht mit ganz besonderer Verbindlichkeit und Endgültigkeit zum Ausdruck gebracht hat. Ein besonderer Vertrauenstatbestand auf ihrer Seite konnte bereits vor diesem Hintergrund nicht entstehen.

bb) Darüber hinaus ist erforderlich, dass das Ergebnis des Formmangels für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist (BAG v.15.3.2011 – 10 AZB 32/10; v. 27.3.1987 – 7 AZR 527/85; LAG Köln, Urt. v. 16.10.2013 – 11 Sa 345/13). Eine solche besondere Härte, die die Beklagte treffen könnte, weil der Kläger sich auf die Formunwirksamkeit seiner Kündigung beruft, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte trägt dazu zweitinstanzlich vor, sie habe angesichts der Eigenkündigung des Klägers disponiert und einen neuen Fahrer auf der Tour des Klägers eingesetzt, wobei sie darauf hingewiesen hat, dass sie Schulbusfahrten jeweils für ein ganzes Schulhalbjahr plant und organisiert. Jenseits des Umstands, dass die Beklagte ihre Behauptungen nicht nach Zeit, Ort und näheren Umständen substantiiert hat, vermögen diese Behauptungen aber auch insgesamt nicht zu überzeugen.

Der Kläger hat bereits unter dem 13.5.2016 Klage erhoben, also etwa drei Wochen nach dem von der Beklagten angenommenen Ende des Arbeitsverhältnisses am 22.4.2016.

Die Beklagte hat sich damit bereits kurze Zeit nach den behaupteten Eigenkündigungen mit der Frage auseinandersetzen können, welche Folgen die Nichtigkeit der Kündigung und eine Weiterbeschäftigung des Klägers bei einem Einsatz oder auch auf einer anderen Tour in arbeitsorganisatorischer Weise mit sich bringen würde. Unveränderbare Dispositionen sind auch für den Fall, dass die Beklagte einen neuen Fahrer eingestellt haben sollte, nicht ersichtlich. Dieser Fahrer hätte jedenfalls noch keinen Kündigungsschutz genießen können. Angesichts der nur geringfügigen Tätigkeit des Klägers ist damit für die Kammer nicht ersichtlich, welche unzumutbaren Härten infolge einer nötigen neuen Disposition der Beklagten für diese eintreten sollten. (...)

#### ■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 19.6.2017, 1 Sa 1524/16

eingereicht von Rechtsanwalt Steffen Müller  
Von-Scheibler-Straße 10, 58636 Iserlohn  
Tel.: 02371/776690, Fax: 02371/835556

### 104. Wiedereinstellungsanspruch

#### Aus den Entscheidungsgründen:

a) Der Wiedereinstellungsanspruch ist nicht gesetzlich geregelt. Grundlage ist vielmehr die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. etwa BAG v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/96; BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06). Demnach kommt ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht, wenn sich die der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegende Vorstellung des Arbeitgebers über die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nachträglich als unzutreffend herausstellt.

Hintergrund ist, dass die Rechtsprechung für die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs abstellt. Die hinreichend begründete Prognose zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit genügt, die spätere tatsächliche Entwicklung bleibt insoweit grundsätzlich unberücksichtigt.

## Bestandsschutz

Diese „Vorverlagerung“ des Prüfungszeitpunkts vom Ende des Arbeitsverhältnisses auf den viele Monate früher liegenden und nicht nur von der Dauer der Kündigungsfrist, sondern auch vom Willensentschluss des Arbeitgebers abhängigen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, verlangt in den Fällen nach einem Korrektiv, in denen sich die maßgeblichen Umstände entgegen der ursprünglichen Prognose nachträglich ändern. In solchen Fällen ist die Abschlussfreiheit des Arbeitgebers durch einen Kontrahierungszwang eingeschränkt. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts rechtfertigt die Verknüpfung des Wiedereinstellungsanspruchs mit dem durch § 1 KSchG intendierten Bestandsschutz, einen Wiedereinstellungsanspruch grundsätzlich nicht nur dann anzunehmen, wenn wider Erwarten der bisherige Arbeitsplatz des Arbeitnehmers doch erhalten bleibt, sondern auch in den Fällen vorzusehen, in denen sich eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einen unvorhergesehen freiwerdenden oder neu geschaffenen Arbeitsplatz ergibt, auf den der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne Änderung des Arbeitsvertrages einseitig umsetzen könnte (BAG v. 28.6.2000 – 7 AZR 904/98). Eine derartige anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit hätte nämlich, sofern sie bei Ausspruch der Kündigung bereits vorhanden oder absehbar gewesen wäre, der Wirksamkeit der Kündigung entgegengestanden. (...)

b) Unter Anwendung dieser Grundsätze besteht kein Anspruch des Klägers auf Wiedereinstellung als Kodier-Fachkraft. Der Kläger hat nicht dargelegt, dass die Beklagte ihm diese Tätigkeit im Rahmen ihres Direktionsrechts hätte zuweisen können, wenn der Arbeitsplatz der Kodier-Fachkraft bereits zum Zeitpunkt der Erklärung der Kündigung frei gewesen wäre. Vielmehr hätte es zu diesem Zeitpunkt bereits einer Änderungskündigung bedurft. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts rechtfertigt eine solche Sachlage aber keinen Wiedereinstellungsanspruch.

Zu beachten gilt, dass durch einen entsprechenden weiteren Wiedereinstellungsanspruch die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers eingeschränkt wird. Aus der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers folgt, dass er grundsätzlich frei entscheiden kann, ob er dem bisherigen Arbeitnehmer ein neues Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrags macht oder dessen Angebot annimmt (vgl. BAG v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06).

Eine derart starke Einschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers ist nach Auffassung der Kammer jedenfalls nicht gerechtfertigt, wenn die ursprüngliche Prognose sich nicht als unzutreffend herausgestellt hat.

So ist es auch in diesem Fall. Die Prognose, dass eine Weiterbeschäftigung als Radiologie-Assistent nicht mehr möglich

ist, hat sich als zutreffend herausgestellt. Dann aber gebührt der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers Vorrang. (...)

■ Arbeitsgericht Solingen  
vom 7.2.2017, 3 Ca 146/16  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. W. Gravenhorst  
Wildenbruchstraße 82, 40545 Düsseldorf  
Tel.: 0211/5694230, Fax: 0211/56942311  
www.kanzlei-gravenhorst.de

### 105. Kündigung, Sozialauswahl, Beförderung, Leistungsträger

#### Aus den Entscheidungsgründen:

2. Die Kündigung vom 31.5.2016 ist sozial ungerechtfertigt, weil keine ordnungsgemäße Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG durchgeführt worden ist. (...)

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze war Frau (...) in die Sozialauswahl einzubeziehen. Auch unter Berücksichtigung der streitigen Unternehmerentscheidung der Beklagten und der damit verbundenen Absicht, Frau (...) auf die Position einer Gruppenleiterin zu einem zum Zeitpunkt der Kündigung nicht konkret festgelegten Termin zu befördern, gilt, dass Frau (...) mit der Klägerin vergleichbar und sozial weniger schutzwürdig ist.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, Frau (...) sei aufgrund ihrer „Beförderung“, die zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs greifbare Formen angenommen haben soll, nicht mehr mit der Klägerin vergleichbar, weil beide Damen nicht mehr derselben Hierarchieebene angehörten, vermochte die Kammer diese Auffassung nicht zu teilen.

Die Beklagte hat in ihrem Schriftsatz vom 7.12.2016 unter Ziff. 1.5 ausgeführt, dass die Trade Manager bzw. Gruppenleiter aufgrund des Ausscheidens der Klägerin keine zusätzlichen überobligatorischen Leistungen erbringen müssten. Vielmehr würden die Gruppenleiter und Trade Manager in ihrer Gesamtheit weiterhin genau die Dienste betreuen, die sie vor der Neuorganisation gemeinsam in ihren Funktionen als Trade Manager betreut hatten. Für sie seien keinerlei Leistungen hinzugekommen, es sei lediglich die Struktur des Bereiches verändert worden.

Vor diesem Hintergrund konnte die Kammer nicht nachvollziehen, worin genau die „Beförderung“ von Frau (...) liegen soll. Diese Mitarbeiterin übt demnach nach wie vor dieselben Tätigkeiten wie vorher aus, nur, dass sie nunmehr allein nach H an Herrn (...) berichten soll. Der einzige Unterschied dürfte darin liegen, dass Herr (...) an Frau (...) berichten soll und sich insoweit der Berichtsempfänger geändert hat. Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren Funktionen Frau (...) ab dem 1.8.2016 übernommen haben will und inwieweit diesbezüglich überhaupt eine Tätigkeitsänderung existiert. Für die Kammer ist nur erkennbar, dass die Beklagte die Funktion von Frau (...) nunmehr als Gruppenleiterin bezeichnet. In diesem Zusammenhang ist jedoch nicht weiter ersichtlich, welche quali-

fizierten Tätigkeiten zu dieser Stellenbezeichnung hinzugetreten sein sollen. (...)

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch Herr (...) mit der Klägerin vergleichbar und nach den gesetzlichen Kriterien sozial weniger schützenswert als die Klägerin. Er wäre mithin vorrangig gegenüber der Klägerin zu kündigen gewesen. Dieser Arbeitnehmer konnte auch nicht als Leistungsträger aus der Sozialauswahl i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG herausgenommen werden. (...)

(1) Der Mitarbeiter (...) ist kein Leistungsträger.

(a) „Leistungsträger“ ist, wer über besondere Kenntnisse, Fähigkeiten oder Leistungen verfügt. Kenntnisse bezeichnen das in Ausbildung, Studium oder sonstigen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen erworbene Wissen eines Arbeitnehmers. Fähigkeiten sind Eigenschaften des Arbeitnehmers losgelöst von erworbenen Kenntnissen. Leistungen beziehen sich auf die geschuldete Arbeitsleistung und das hierbei erzielte Arbeitsergebnis (vgl. *Schaub/Link*, Arbeitsrechtshandbuch, 13. Aufl. 2009, § 135 Rn 42). Die bloße Eigenschaft als „Leistungsträger“ und ein betriebliches Interesse an dessen Weiterbeschäftigung erfüllen allein nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG. Indem der Gesetzgeber das bloße betriebliche Interesse nicht ausreichen lässt, sondern weiter fordert, das Interesse müsse „berechtigt sein“, gibt er zu erkennen, dass auch ein vorhandenes betriebliches Interesse „unberechtigt“ sein kann. Das setzt voraus, dass nach dem Gesetz gegenläufige Interessen denkbar und zu berücksichtigen sind, die einer Ausklammerung von „Leistungsträgern“ aus der Sozialauswahl auch dann entgegenstehen können, wenn sie bei einer isolierten Betrachtung des betrieblichen Interesses gerechtfertigt wären. Bei diesen gegenläufigen Interessen kann es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angesichts des Umstands, dass § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG eine Ausnahme vom Gebot der Sozialauswahl statuiert, nur um die Belange des sozial schwächeren Arbeitnehmers handeln. Die Interessen müssen berechtigt im Kontext mit der Sozialauswahl sein. Das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers ist im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG demnach gegen das betriebliche Interesse an einer Herausnahme von „Leistungsträgern“ abzuwägen. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiegt, umso gewichtiger müssen die Gründe für die Ausklammerung des „Leistungsträgers“ sein. Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG bleibt es deshalb dabei, dass die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten die Regel darstellt, die Ausklammerung der „Leistungsträger“ nach § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG hingegen die Ausnahme bleiben soll (vgl. BAG, Urt. v. 12.4.2002 – 2 AZR 706/00; BAG, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 306/06; BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 907/06; jew. zitiert nach juris).

(bb) Legt man diesen Prüfungsmaßstab zugrunde, so ist die Herausnahme des Mitarbeiters (...) gegenüber der Klägerin nicht gerechtfertigt.

Es ist für die Kammer bereits nicht nachvollziehbar, weshalb an der Weiterbeschäftigung des Herrn (...) allein aufgrund seiner Berufsausbildung als Schifffahrtskaufmann ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis der Beklagten bestehen soll, zumal weder die Klägerin noch die vermeintlich zur Gruppenleiterin „beförderte“ Frau (...) für ihre Tätigkeit als Trade Manager einer solchen Ausbildung bislang bedurften. Besondere Kenntnisse eines sozial stärkeren Arbeitnehmers können berechtigte betriebliche Bedürfnisse i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG darstellen, wenn sie für einen reibungslosen Betriebsablauf vonnöten sind (*Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rn 1128). Es ist jedoch vorliegend, selbst wenn man den Vortrag der Beklagten bezüglich der beabsichtigten Umstrukturierung im Betrieb als wahr unterstellt, nicht nachvollziehbar, weshalb für den zukünftigen und weiterbestehenden Einsatz als Trade Manager nunmehr eine abgeschlossene Ausbildung als Schifffahrtskaufmann erforderlich sein soll. Weshalb die Klägerin diese Tätigkeit nicht mehr ohne diese entsprechende Ausbildung ausüben können soll, ist nicht dargelegt. Die bloße Nützlichkeit einer Berufsausbildung als Schifffahrtskaufmann für die Tätigkeit als Trade Manager reicht zur Begründung eines berechtigten betrieblichen Bedürfnisses an der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers (...) nicht aus und ist nicht geeignet, die Interessen der sozial schutzwürdigeren Klägerin gegenüber denen der Beklagten zurücktreten zu lassen. Auch ist Frau (...) weiterhin ohne diese besondere Ausbildung als Trade Manager tätig und dabei soll sie sogar hierarchisch über Herrn (...) angesiedelt sein. Dieser Vortrag ist widersprüchlich. Mangels konkreten Sachvortrags der Beklagten war für die Kammer auch nicht weiter nachvollziehbar, aus welchen Gründen ein Kompetenzverlust drohe und welche Auswirkungen sich hieraus für die Beklagte ergeben sollen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass Herr (...) für seine Dienste „seit Jahren“ zuständig sein soll und sich daher umfangreiche Agenturnetzwerke und Kundenkontakte in den jeweiligen Fahrtgebieten aufgebaut haben soll, die er bei der Betreuung der Dienste einsetzen kann, die die Klägerin nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums erwerben und insoweit die Aufgaben des Herrn (...) nicht vollständig und gleichwertig übernehmen könne. Es kann aus dem Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden, was die Beklagte unter „umfangreiche Agenturnetzwerke“ versteht und welche konkrete Rolle diese „umfangreichen Agenturnetzwerke“ und Kundenkontakten für die Ausübung der Tätigkeit des Herrn (...) als Trade Manager für Nordeuropa spielen. Dieser Vortrag ist einer gerichtlichen Prüfung nicht zugänglich. (...)

■ Arbeitsgericht Hamburg  
vom 31.1.2017, 14 Ca 303/16

eingereicht von Rechtsanwalt Klaus Müller-Knapp  
Kaemmererufer 20, 22303 Hamburg  
Tel.: 040/65066690, Fax: 040/650666999  
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

## Bestandsschutz

**106. Betriebliches Eingliederungsmanagement, krankheitsbedingte Kündigung****Leitsatz:**

Zur Frage, welche kündigungsrechtlichen Folgen es hat, wenn der Arbeitgeber es unterlässt, vor Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) anzubieten, und zwar vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer ein solches etwa anderthalb Jahre zuvor abgelehnt hatte, danach jedoch erneut die Voraussetzungen für die Durchführung eines bEM eingetreten sind.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

a) Die Voraussetzungen für die Durchführung eines bEM nach § 84 Abs. 2 S. 1 SGB IX lagen vor. Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen (BAG v. 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39). Die Klägerin war im letzten Jahr vor Ausspruch der Kündigung länger als sechs Wochen arbeitsunfähig. Unstreitig ist die Beklagte ihrer Pflicht zur Durchführung des bEM nicht nachgekommen.

b) Die Durchführung eines bEM war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte der Klägerin im Oktober 2013 und März 2014 ein solches erfolglos angeboten hatte. Ein bEM ist im Zeitablauf wiederholt durchzuführen oder jedenfalls anzubieten, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erneut erfüllt werden. Mit der Beendigung des Berechnungszeitraums, d.h. dem Zeitpunkt, in dem eine sechswöchige Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist, setzt zugleich ein neuer ein (*Wullenkord*, Arbeitsrechtliche Kernfragen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements in der betrieblichen Praxis, Diss. C. 2014). Bis zur Kündigung im September 2015 war hier ein Zeitraum von weit über einem Jahr verstrichen, in dem die Klägerin wiederum länger als sechs Wochen arbeitsunfähig war.

c) Anders als das Arbeitsgericht ist die Berufungskammer nicht der Ansicht, dass die oben dargestellte Verteilung der Darlegungslast dadurch verändert wird, dass im Jahr vor der Kündigung ein bEM „durchgeführt“ – präziser: angeboten, aber von der Klägerin abgelehnt – wurde.

(1) Eine „Fiktion“ dahingehend, dass aufgrund der Ablehnung eines bEM durch den Arbeitnehmer unterstellt wird, dass zu diesem Zeitpunkt eine leidensgerechte Beschäftigung nicht in Betracht kommt, lässt sich dem Gesetz und der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht entnehmen. Vielmehr führt wie dargestellt das Unterlassen eines bEM zu einer Erweiterung der Darlegungslast, es sei denn, der Arbeitnehmer hatte ein solches abgelehnt. Eine Ablehnung des bEM durch den Arbeitnehmer hat jedoch nur dann die oben angegebenen kündigungsrechtlichen Auswirkungen, wenn der Arbeitgeber die Kündigung zeitnah ausspricht. Das bEM muss zeitnah vor Ausspruch der Kündigung durchgeführt werden, da es ansonsten seinen Zweck nicht erfüllt (LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2009 – 7 Sa 413/09, juris Rn 39). Der maßgebliche Zeitraum ist in jedem Fall überschritten, wenn wie hier nach dem nicht zustande gekommenen bEM erneut

weit mehr als ein Jahr verstrichen ist und erneut die Voraussetzungen für ein bEM vorgelegen haben. Indem sie den Ausspruch einer Kündigung zeitnah zu den Ablehnungen eines bEM durch die Klägerin unterlassen hat, hat im Gegenteil die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass sie selbst bezogen auf die Beschäftigung der Klägerin keine negative Prognose gesehen hat. (...)

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 20.10.2016, 13 Sa 356/16

**107. Aufhebungsvertrag – Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung****Leitsatz:**

1. Eine arglistige Täuschung i.S.v. § 123 Abs. 1 BGB setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Täuschende durch Vorspiegelung oder Entstellung von Tatsachen beim Erklärungsgegner einen Irrtum erregt und ihn hierdurch zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst hat. Dabei muss sich die Täuschung auf objektiv nachprüfbare Tatsachen beziehen, sodass allein die Äußerung subjektiver Werturteile nicht genügt.

2. Für die Ursächlichkeit einer Täuschung reicht es nicht ohne weiteres aus, dass die arglistige Täuschung *conditio sine qua non*, d.h. nicht wegzudenkende Ursache für die angefochtene Willenserklärung ist. Nach § 123 Abs. 1 BGB muss der Anfechtende vielmehr durch die Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung „bestimmt“ worden sein. Dafür muss er noch bei Abgabe der Willenserklärung unter dem Eindruck der Täuschung gehandelt haben und nicht aufgrund einer von der Täuschung nicht mehr maßgeblich beeinflussten autonomen Willensbildung die Willenserklärung abgegeben haben. Maßgebend sind insoweit die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt der Abgabe der angefochtenen Willenserklärung.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

(...) (1) Der Kläger macht insoweit zum einen geltend, die Beklagte habe ihn und seinen damaligen Bevollmächtigten im Gespräch am 8.9.2015 insoweit getäuscht, als sie behauptet habe, dass vier Mitarbeiter schriftlich bestätigen würden, dass er eine Unterschlagung und andere Straftaten zum Nachteil der Beklagten begangen habe, die zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würden.

Diese angebliche Aussage stellt jedoch bereits die subjektive Auswertung der Beweise durch die Beklagte in zweierlei Hinsicht dar: zum einen die rechtliche Wertung, dass die Aussagen der Mitarbeiter eine Straftat bestätigten, und zum zweiten, dass aufgrund dieser Aussagen auch eine fristlose Kündigung berechtigt sei. Eine rechtliche Bewertung stellt jedoch gerade keine Entstellung von Tatsachen dar, sondern die Äußerung eines subjektiven Werturteils. Ob diese Einschätzung ein verständiger Arbeitgeber so treffen durfte, ist vielmehr allein im Rahmen der Beurteilung der Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung von Relevanz. (...)

Die Ursächlichkeit einer Täuschung kann nicht schon dann ohne weiteres bejaht werden, wenn die arglistige Täuschung

conditio sine qua non, d.h. nicht wegzudenkende Ursache für die angefochtene Willenserklärung ist. Nach § 123 Abs. 1 BGB muss der Anfechtende vielmehr durch die Täuschung zur Abgabe der Willenserklärung „bestimmt“ worden sein. Er muss noch bei Abgabe der Willenserklärung unter dem Eindruck der Täuschung gehandelt haben und nicht aufgrund davon nicht mehr maßgeblich beeinflussten autonomen Willensbildung. So hat das Bundesarbeitsgericht hinsichtlich der gleichgelagerten Problematik der Kausalität einer widerrechtlichen Drohung (28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, Rn 58 ff.) ausgeführt, dass für eine von der Drohung nicht mehr maßgeblich beeinflusste Willensbildung spreche, dass der Anfechtende die Bedenkzeit dazu genutzt habe, die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung durch aktives Verhandeln – z.B. neue eigene Angebote – erheblich zu seinen Gunsten zu beeinflussen, insbesondere wenn er rechtskundig sei oder zuvor Rechtsrat eingeholt habe bzw. aufgrund der Dauer der eingeräumten Bedenkzeit hätte einholen können. In diesem Fall bedarf es weiterer substantiierter Darlegungen und im Bestreitensfall eines entsprechenden Beweisantritts dafür, dass der Anfechtende seine Willenserklärung letztlich immer noch unter dem Druck der widerrechtlichen Drohung abgegeben und damit weiterhin nur das kleinere, wenn auch aufgrund des Nachverhandelns verkleinerte Übel gewählt und nicht etwa die Drohung nur zum Anlass dafür genommen hat, einen selbstbestimmt gebildeten Willen (hier: Abkehrwillen) zu von ihm angestrebten oder jedenfalls im Ergebnis als annehmbar angesehenen Bedingungen zu verwirklichen. Maßgebend sind insoweit die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt der Abgabe der angefochtenen Willenserklärung (BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348 ff.).

Zum einen spricht bereits der vom Kläger selbst angeführte Umstand, dass er von Anfang an und auch erneut im Gespräch am 8.9.2015 die Vorlage der schriftlichen Aussagen verlangte, dafür, dass er den gemachten Angaben der Beklagten insoweit keinen Glauben schenkte und damit bei ihm auch kein diesbezüglicher Irrtum erregt wurde. Zum anderen hat der Kläger aber auch für die Unterzeichnung des schriftlichen Aufhebungsvertrages zur Bedingung gemacht, dass ihm zuvor die schriftlichen Aussagen (Anzeigen des Wassermeisters N. sowie Zeugenaussagen) vorgelegt werden. Die Beklagte ist unstreitig diesem Verlangen nachgekommen und hat die gewünschten Dokumente allesamt an den damaligen bevollmächtigten Rechtsanwalt des Klägers vor dessen abschließendem Besprechungstermin am 9.9.2015 gefaxt. Damit lagen dem Kläger und seinem damaligem Bevollmächtigten die entsprechenden Dokumente vor der Unterzeichnung vor. Der Kläger behauptet auch nicht, dass sein damaliger Bevollmächtigter oder er selbst diese Dokumente nicht auch schon vor Unterzeichnung noch zur Kenntnis genommen haben. Vielmehr macht er geltend, dass keine ausreichende Zeit bestanden habe, um sie eingehend zu prüfen. Der konkrete Inhalt der Dokumente war damit aber bekannt, sodass keine etwaige Täuschung hierüber mehr bei Abschluss vorlag. Da-

her ist insoweit vielmehr davon auszugehen, dass die Unterzeichnung aufgrund der Beratung des damaligen Bevollmächtigten erfolgte, der nach dem soeben Gesagten insoweit ebenso wie der Kläger keiner etwaigen Täuschung unterlag. (...)

(1) Die Widerrechtlichkeit der Kündigungsandrohung kann sich regelmäßig nur aus der Inadäquanz von Mittel und Zweck ergeben. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die angedrohte Kündigung, wenn sie ausgesprochen worden wäre, sich in einem Kündigungsschutzprozess als rechtsbeständig erwiesen hätte. Nur wenn der Arbeitgeber unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls davon ausgehen muss, die angedrohte Kündigung werde im Fall ihres Ausspruchs einer arbeitsgerichtlichen Überprüfung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten, darf er die außerordentliche Kündigungserklärung nicht in Aussicht stellen, um damit den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Beendigungsvereinbarung zu veranlassen (stRspr vgl. BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, Rn 48 m.w.N., NZA 2008, 348; BAG v. 5.12.2005 – 6 AZR 197/05, Rn 23 m.w.N., NZA 2006, 841). Der Anfechtungsprozess ist nicht wie ein Kündigungsschutzprozess zu führen. Vielmehr trägt der anfechtende Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für sämtliche Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtung. Er hat deshalb die Tatsachen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche die angedrohte außerordentliche Kündigung als widerrechtlich erscheinen lassen (vgl. LAG Mainz v. 28.1.2016 – 5 Sa 398/15). Der Kläger muss darlegen und beweisen, dass die Beklagte als verständiger Arbeitgeber nicht annehmen durfte, die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses sei unzumutbar und deshalb die Kündigung gerechtfertigt. Da es sich dabei jedoch um einen Negativbeweis handelt, genügt hierfür zunächst eine entsprechende pauschale Behauptung. Wegen der Schwierigkeiten des Negativbeweises ist von der Beklagten als Anfechtungsgegnerin nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast das substanziierte Bestreiten der negativen Tatsache unter Darlegung der für das Positive sprechenden Tatsachen und Umstände zu verlangen (vgl. BGH v. 19.4.2005 – X ZR 15/04, NJW 2005, 2766, 2768). Die Beklagte hat damit im Einzelnen darzulegen, dass sie in vertretbarer Weise einen Kündigungsgrund annehmen durfte. Nur die von der Beklagten in diesem Zusammenhang vorgetragenen Umstände braucht der beweispflichtige Kläger dann zu widerlegen (BAG v. 28.11.2007 – 6 AZR 1108/06, NZA 2008, 348, 354). (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 24.1.2017, 8 Sa 353/16

### 108. Auslegung eines befristeten Formulararbeitsvertrags – Vereinbarung der Kündbarkeit, allgemeine Geschäftsbedingungen

#### Leitsätze:

1. Ist in einem befristeten Formulararbeitsvertrag geregelt, dass der Vertrag nach Ablauf der Probezeit beiderseits mit ei-

## Bestandsschutz

ner Frist von zwei Wochen zur Monatsmitte oder zum Monatsende kündbar ist, so folgt aus der Unwirksamkeit der zu kurzen Kündigungsfrist nach § 134 BGB nicht zugleich auch die Unwirksamkeit der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung. 2. § 306 Abs. 1 BGB stellt eine § 139 BGB insoweit vorgehende Spezialregelung dar. Danach bleibt bei ganzer oder teilweiser Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung der Vertrag im Übrigen wirksam. Maßgeblich für die Teilbarkeit der Klausel ist, ob sie mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig bei Anwendung des blue-pencil-Tests abtrennbar ist.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

(...) a) Ein befristetes Arbeitsverhältnis ist gemäß § 15 Abs. 3 TzBfG nur dann ordentlich kündbar, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Ein vorzeitiges, ordentliches Kündigungsrecht müssen die Parteien entweder ausdrücklich vereinbaren oder ihr dahingehender beiderseitiger Wille muss aus den Umständen eindeutig erkennbar sein (LAG Rheinland-Pfalz v. 22.3.2013 – 6 Sa 426/16, LAGE § 15 TzBfG Nr. 9). Die entsprechende Vereinbarung kann grundsätzlich auch – wie im vorliegenden Fall geschehen – in einem Formulararbeitsvertrag i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB getroffen werden (vgl. BAG v. 4.8.2011 – 6 AZR 436/10, NZA 2012, 112). Der Formulararbeitsvertrag der Parteien sieht in § 2 die Kündigungsmöglichkeit während der Probezeit (§ 2 Ziff. 2) und auch nach Ablauf der dreimonatigen Probezeit (§ 2 Ziff. 3) vor. So heißt es in § 2 Ziff. 3 ausdrücklich, dass nach der Probezeit der Vertrag beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen zur Monatsmitte oder zum Monatsende kündbar ist.

b) Im Ergebnis zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die dabei vorgesehene unzulässig kurz bemessene Kündigungsfrist von zwei Wochen zur Monatsmitte oder zum Monatsende nichts daran ändert, dass die Parteien die ordentliche Kündigungsmöglichkeit wirksam vereinbart haben. (...)

(a) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise unwirksam, so bleibt gemäß § 306 Abs. 1 BGB der Vertrag im Übrigen wirksam. § 306 Abs. 1 BGB weicht von der Auslegungsregel des § 139 BGB ab und bestimmt, dass der Vertrag bei Teilnichtigkeit grundsätzlich aufrechterhalten bleibt. Es handelt sich insoweit um eine § 139 BGB vorgehende Spezialregelung (stRspr BAG v. 30.9.2014 – 3 AZR 387/99, NZA 2015, 231, 235; vgl. so auch bereits zu § 6 Abs. 1 AGBG BGH v. 16.1.1992 – IX ZR 113/91, NJW 1992, 896, 897). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Teilbarkeit einer Bestimmung durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (vgl. etwa BAG NZA-RR 2012, 232 Rn 64; NZA 2008, 699 Rn 28). Maßgeblich ist, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abgrenzbar ist. Maßgeblich ist dabei die inhaltliche Teilbarkeit (BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, Rn 27, BAGE 146, 284; BGH v. 10.10.2013 – III ZR 325/12, Rn 14 m.w.N.). Eine sprachlich abtrennbare Bestimmung liegt vor,

wenn nach „Wegstreichen“ der unwirksamen Teilregelung oder des unwirksamen Klauselteils eine verständliche Regelung verbleibt (sog. blue-pencil-Test, vgl. etwa BAG v. 19.10.2011 – 7 AZR 33/11, NZA 2012, 81, 83). Soweit die verbleibende Regelung weiterhin verständlich ist, kann sie ohne Verstoß gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion rechtlich bestehen bleiben (BAG v. 12.3.2008 – 5 AZR 152/07, NZA 2008, 699). Dabei steht der Teilbarkeit einer Klausel nicht entgegen, dass der verbleibende Teil wegen der Auflösung der sprachlichen Verschränkung auslegungsbedürftig wird. Dies lässt nicht die inhaltliche Eigenständigkeit der verbleibenden Regelung entfallen, sondern betrifft deren Transparenz (BAG v. 27.1.2016 – 5 AZR 277/14, NZA 2016, 679).

(b) Von diesen Grundsätzen ausgehend handelt es sich bei § 2 Ziff. 3 um eine inhaltlich teilbare Klausel. So enthält sie in einer Klausel zusammengefasst zum einen die Regelung, dass das befristete Arbeitsverhältnis auch nach der Probezeit beiderseits ordentlich kündbar ist und zum anderen die Regelung der dafür vorgesehenen Kündigungsfrist. Streicht die Kammer den unwirksamen Teil der Klausel „mit einer Frist von zwei Wochen zur Monatsmitte oder zum Monatsende“, so verbleibt es dabei, dass „nach der Probezeit der Vertrag beiderseits kündbar ist.“

(c) Mehr verlangt auch § 15 Abs. 3 TzBfG nicht. Denn danach muss lediglich die vorzeitige ordentliche Kündigungsmöglichkeit im befristeten Arbeitsverhältnis vereinbart werden, nicht hingegen auch die dafür maßgebliche Kündigungsfrist. So genügt es für die Vereinbarung der Kündbarkeit auch, dass ein Formulararbeitsvertrag die Regelung enthält, dass das Arbeitsverhältnis „gemäß den gesetzlichen Regelungen kündbar“, ist (LAG Rheinland-Pfalz v. 22.3.2013 – 6 Sa 426/16, LAGE § 15 TzBfG Nr. 9). Ein solches Verständnis entspricht schließlich auch den typischen beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien, da eine vorzeitige ordentliche Lösungsmöglichkeit im Rahmen eines immerhin auf ein Jahr und damit nicht nur für kurze Zeit befristeten Arbeitsverhältnisses nicht lediglich im Sinne der Arbeitgeber, sondern auch in dem des typischen Arbeitnehmers liegt. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 14.3.2017, 8 Sa 289/16

**109. Befristung, sachgrundlos, Vorbeschäftigung, entgegen der Rechtsprechung des BAG****Aus den Entscheidungsgründen:**

(...) 3. Eine Befristung ohne Sachgrund ist nach § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG jedoch dann ausgeschlossen, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestand (sog. Vorbeschäftigungsverbot). Da der Kläger bereits in dem Zeitraum vom 30.6.2008 bis 31.1.2009 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt war, ist der Tatbestand des Vorbeschäftigungsverbotes erfüllt. Allerdings hat der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09; v. 21.9.2011 – 7 AZR 35/11) § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG im Wege der



verfassungsorientierten bzw. verfassungskonformen Auslegung dahingehend begrenzt, dass das Vorbeschäftigungsverbot nur für den Zeitraum von drei Jahren gelten soll. Die Auslegung des Gesetzeswortlautes, der Systematik und der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Regelung sei nicht eindeutig. Es sei jedoch anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine verfassungskonforme gesetzliche Regelung beabsichtigt habe. Aus der Zusammenschau von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, nämlich Kettenbefristungen zu verhindern, und dem Recht des Arbeitnehmers auf freie Ausübung seines Berufs aus Art. 12 Abs. 1 GG folge, dass das Vorbeschäftigungsverbot zeitlich begrenzt werden müsse. Andernfalls sei der Arbeitnehmer daran gehindert, trotz länger zurückliegender Vorbeschäftigung einen – befristeten – Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber zu begründen (BAG v. 6.4.2011, a.a.O., Rn 16 ff., insbesondere zu 23 ff.; BAG v. 21.9.2011, a.a.O., zu 23 ff.). Das Arbeitsgericht Braunschweig hat durch Beschluss ein entsprechendes Verfahren ausgesetzt und die Entscheidung dem BVerfG vorgelegt. Ein zeitlich unbegrenztes Vorbeschäftigungsverbot verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG und sei auch kein erforderlicher und verhältnismäßiger Eingriff, um Kettenbefristungen zu verhindern. Die Instanzgerichte seien jedoch gehindert, im Wege der verfassungskonformen Auslegung eine zeitliche Begrenzung vorzugeben. Dabei handele es sich um unzulässige Rechtsfortbildung (ArbG Braunschweig v. 3.4.2014 – 5 Ca 463/13). Das Bundesverfassungsgericht hat über den Vorlagebeschluss noch nicht entschieden (1 BvL 7/14). Außerdem ist eine Verfassungsbeschwerde mit demselben Streitgegenstand beim Bundesverfassungsgericht anhängig (1 BvR 1375/14).

4. Nach hiesiger Auffassung führt kein Auslegungsergebnis des Vorbeschäftigungsverbotes in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zur Verfassungswidrigkeit der Norm.

a) Der Wortlaut der Norm „bereits zuvor“ erscheint eindeutig. Der Wortlaut meint ein vor dem aktuellen Arbeitsverhältnis, bestandenes Arbeitsverhältnis ohne eine nähere zeitliche Begrenzung vorzunehmen. Gemeint ist nicht eine Auslegung im Sinne von „unmittelbar zuvor“, vielmehr sind umfassend jegliche Zeiträume in der Vergangenheit gemeint (so auch ArbG Braunschweig v. 3.4.2014, a.a.O., Rn 42 m.w.N.). Aus der systematischen Auslegung ergeben sich keine Rückschlüsse auf den Inhalt des Vorbeschäftigungsverbotes. Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesnorm spricht dafür, das Verbot der Vorbeschäftigung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG zeitlich unbegrenzt zu verstehen. Mit den gesetzlichen Vorschriften wollte der Gesetzgeber eine Umsetzung der Richtlinie 1999/70 EG Schutz für befristet beschäftigte Arbeitnehmer vor Diskriminierung schaffen, die Aufeinanderfolge befristeter Arbeitsverträge einschränken und die Chancen befristeter beschäftigter Arbeitnehmer auf eine Dauerbeschäftigung verbessern (BT-Drucks 14/4374, S. 1). Während nach der bis zum 31.12.2000 geltenden Rechtslage eine Beschäftigungsunterbrechung von vier Monaten ausreichte, um eine weitere Befristung ohne Sachgrund vorzunehmen (§ 1 Abs. 3 BeschFG), hat der Gesetzgeber nun-

mehr keinen Zeitraum aufgegriffen, innerhalb dessen der Abschluss von Folgeverträgen ohne Sachgrund unzulässig ist. Entsprechende Anregungen im Gesetzgebungsverfahren sind nicht aufgenommen worden (umfassend bereits BAG v. 6.11.2003 – 2 AZR 690/02, Rn 20 ff., BAG v. 6.4.2011, a.a.O., Rn 19 m.w.N.; *Hopfner*, NZA 2011, S. 893, 897; *Lipke*, in: KR, 11. Aufl., § 14 TzBfG, Rn 418 a ff.). Wenn der Gesetzgeber eine zeitliche Befristung gewollt hätte – maßgeblich ist hier das Inkrafttreten des Gesetzes und nicht die mögliche Absicht, in späteren Gesetzgebungsverfahren eine Frist nachzuholen – hätte er diese Frist aufgenommen. Eine zeitliche Begrenzung von zwei Jahren ist bewusst in den Gesetzestext nicht aufgenommen worden (vgl. *Preis*, NZA 2005, 714, 715).

b) Auch der Gesetzeszweck legt es nicht nahe, dass der Gesetzgeber eine zeitliche Begrenzung erwogen hat oder im Wege einer verfassungskonformen Auslegung eine zeitliche Begrenzung vorgenommen werden muss: Der Zweck des in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG normierten Vorbeschäftigungsverbotes ist nicht allein die Verhinderung von Kettenbefristungen. Mit den §§ 14 ff. TzBfG sollte die Möglichkeit von sachgrundlosen Befristungen wieder eingeschränkt werden. Das Beschäftigungsförderungsgesetz hatte letztendlich mit dem relativ kurzen Unterbrechungszeitraum von vier Monaten die Möglichkeit eröffnet, zahlreiche Arbeitsverträge ohne Sachgrund befristet hintereinander abzuschließen. Mit § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG sollte die Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen grundsätzlich weiterhin ermöglicht werden. Der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ist für den Arbeitnehmer eine wichtige Alternative zur Arbeitslosigkeit und eine Brücke zur Dauerbeschäftigung. Damit nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf, dass abweichend von der Systematik des Kündigungsschutzgesetzes nicht nur unbefristete Arbeitsverträge abgeschlossen werden, die lediglich im Rahmen der bestehenden Kündigungsfristen und – bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes – nach Ablauf von sechs Monaten nur bei Vorliegen von entsprechenden Kündigungsgründen beendet werden können. Nach dieser gesetzlichen Konstruktion ist der Abschluss von unbefristeten Arbeitsverträgen nach Auffassung des Gesetzgebers immer noch der „Normalfall“. Hiervon sind neben den Sachgrundbefristungen nach § 14 Abs. 1 TzBfG Abweichungen im Rahmen der zulässigen sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG zulässig. Diese Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung hat der Gesetzgeber mit § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG gegenüber der früheren Rechtslage nach § 1 Abs. 3 BeschFG wieder zurückführen wollen. Dabei ging es nicht nur darum, den Abschluss von Kettenverträgen zu begrenzen, sondern eine sachgrundlose Befristung künftig nur bei einer Neueinstellung, d.h. bei der erstmaligen Beschäftigung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber zuzulassen (BT-Drucks 14/4374, S. 14, 19; vgl. auch LAG Baden-Württemberg v. 11.1.2006 – 13 Sa 75/05, Rn 85 m.w.N.). Letztendlich spricht viel dafür, dass § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG so auszulegen ist, wie es der Gesetzgeber auch formuliert hat: Jede Vorbeschäftigung bei demsel-

## Bestandsschutz

ben Arbeitgeber ist unzulässig, ohne dass es darauf ankommt, wie weit die Vorbeschäftigung zurückliegt. Eventuelle Probleme in der Praxis bei der Feststellung einer Vorbeschäftigung hat der Gesetzgeber mit dem Hinweis auf das bestehende Fragerecht des Arbeitgebers und einer möglichen Anfechtung beantwortet.

5. Ein solches umfassendes Vorbeschäftigungsverbot verstößt auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

a) Die Berufsausübungsfreiheit eines Arbeitnehmers ist durch das Vorbeschäftigungsverbot nicht eingeschränkt. Die Berufsausübungsfreiheit ist tangiert, wenn der Grundrechtsträger durch objektive oder subjektive Zulassungsregelungen daran gehindert wird, einen bestimmten Beruf oder eine bestimmte Tätigkeit auszuüben. Die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen knüpfen an Vorgaben an, die in der Person des Grundrechtsträgers begründet sind, wie z.B. die persönliche oder fachliche Eignung. Objektive Berufsausübungsregelungen knüpfen an allgemeine Kriterien an, die die Ausübung des Berufs/der Tätigkeit regeln. Hier kann allenfalls die objektive Berufsausübung geregelt sein, da Anforderungen an die Person nicht gestellt werden. Der Kläger kann aber nach wie vor mit jedem Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag schließen. Der Arbeitsvertrag kann unbefristet oder mit Sachgrund befristet sein. Es ist lediglich die Vertragsgestaltung Befristung ohne Sachgrund verwehrt, wenn eine Vorbeschäftigung vorliegt. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt, dass die Praxis zeige, dass der strukturell unterlegene Arbeitnehmer deshalb diese konkrete Vertragsgestaltung nicht wählen kann und die von ihm begehrte Tätigkeit daher nicht ausüben kann (BAG v. 6.4.2011, a.a.O., Rn 37). Ob dieser Befund uneingeschränkt so übernommen werden kann, vermag die Kammer nicht zu beurteilen. Statistische Erhebungen hierzu liegen soweit ersichtlich nicht vor. Es dürfte, jedoch stark auf die jeweilige Marktsituation, Art und Anforderungen an die ausgeschriebene Stelle und auf die Person des Bewerbers ankommen.

b) Selbst wenn man jedoch einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG annehmen würde, weil die Berufsausübung betroffen ist, wäre diese gerechtfertigt. Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen. Der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen (BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BVR 596/56, Rn 85 ff.). Der relativ geringe und nur in Zusammenhang mit einer bestimmten vertraglichen Konstruktion vorkommende Eingriff in die Berufsausübung ist durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Wie oben ausgeführt, ist der Normalfall im deutschen Arbeitsrecht immer noch der Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages. Befristungen sind unter den geschilderten Voraussetzungen möglich. Es gibt ausreichend Möglichkeiten, Arbeitsverträge auch über einen längeren Zeitraum bei Vorliegen entsprechender Gründe

zu befristen. Gerade vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber das Vorbeschäftigungsverbot an das Bestehen eines Arbeitsvertrages bei „demselben Arbeitgeber“ angeknüpft hat, zeigt, dass das Vorbeschäftigungsverbot auch über einen längeren Zeitraum gelten muss. Verschiedene Arbeitgeber innerhalb eines Konzerns oder auch ohne rechtliche Verbindung können bei einer zeitlichen Begrenzung des Vorbeschäftigungsverbot auf drei Jahre oder auch auf einen anderen Zeitraum einen Arbeitnehmer letztendlich doch ein Leben lang nur befristet beschäftigen, wenn der Vertragspartner regelmäßig wechselt. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu sehen, wonach derselbe Arbeitgeber der Vertragspartner ist. Wird dann noch von der Möglichkeit der Verlängerung der Befristungsdauer nach § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG Gebrauch gemacht, liegt die Möglichkeit von solchen Mehrfachbefristungen auf der Hand. Arbeitnehmer, die immer nur in befristeten Arbeitsverhältnissen stehen, können nicht dieselbe Lebensplanung vornehmen, wie es andere Arbeitnehmer in unbefristeten Arbeitsverhältnissen können. Der Bestand eines Dauerarbeitsverhältnisses oder lediglich befristeten Arbeitsverhältnisses hat Auswirkungen auf die Familien- und sonstige persönliche Lebensplanung von Arbeitnehmern. Durch die geringe Einschränkung in § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG kann ein Beitrag dazu geleistet werden, die Möglichkeit von Befristungen wieder auf das erforderliche Maß zurückzuführen (vgl. auch LAG Baden-Württemberg v. 11.1.2006, a.a.O., Rn 86 und KR-Lipke, a.a.O., Rn 420 a). (...)

Die Revision wird zugelassen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 16.2.2016, 9 Sa 376/15

## 110. Fluguntauglichkeit, auflösende Bedingung

### Leitsätze:

1. Sieht eine Regelung die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei einem auf einem unbehebaren körperlichen Mangel beruhenden Unvermögen zur Erbringung der Arbeitsleistung und dem Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit vor, so wirkt sich die trotz Vorliegen der Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 SGB IX nicht vorgenommene Durchführung eines bEM auf die Darlegungs- und Beweislast aus. Es gelten dann für die Darlegungs- und Beweislast die hinsichtlich der krankheitsbedingten Kündigung entwickelten Grundsätze.

2. Ist ein eigentlich erforderliches bEM unterblieben, trägt der Arbeitgeber die primäre Darlegungslast für dessen Nutzlosigkeit. Er hat von sich aus alle denkbaren oder vom Arbeitnehmer ggf. außergerichtlich genannten Beschäftigungsalternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen die Beschäftigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz nicht in Betracht kommt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 11.1.2017, 4 Sa 900/16

## Betriebsverfassungsrecht/ Personalvertretungsrecht

### 111. Betriebsratswahl – Zulassung einer Vorschlagsliste der Gewerkschaft zur Betriebsratswahl

#### Leitsätze:

1. Ein Wahlvorschlag ist nichts anderes als die schriftliche Benennung von Personen gegenüber dem Wahlvorstand, die von den Unterstützern für die Wahl zum Betriebsrat vorgeschlagen werden. Die gem. § 6 Abs. 3 S. 3 WO notwendige schriftliche Zustimmungserklärung der vorgeschlagenen Wahlbewerber beinhaltet nur das Einverständnis zur Aufnahme in den Wahlvorschlag, nicht jedoch das Einverständnis mit den konkreten Unterstützern des Wahlvorschlags nach § 14 Abs. 4 oder Abs. 5 BetrVG. Eines solchen Einverständnisses mit den Unterstützern bedarf es nicht.
2. Wahlvorschlag, Zustimmungserklärung der Bewerber und Unterstützerunterschriften müssen sich nicht auf einem einzigen, körperlich fest verbundenen Originaldokument befinden.
3. Zur ordnungsgemäßen Bevollmächtigung von Beauftragten der Gewerkschaft i.S.d. § 14 Abs. 5 BetrVG; § 27 Abs. 3 WO.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Der erforderliche Verfügungsanspruch ergibt sich daraus, dass die I...M... vom Wahlvorstand verlangen kann, den mit Schreiben vom 25.11.2016 in Ergänzung der Urschrift vom 26.10.2016 eingereichten Wahlvorschlag mit dem Kennwort „I...M...“ zur Betriebsratswahl im Betrieb der Bet. zu 2. zuzulassen, indem gem. § 10 Abs. 2 WO unter Einhaltung der einwöchigen Frist die erforderliche Bekanntmachung (noch am Tag der Verkündung des Beschlusses) erfolgt. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts ist der genannte Wahlvorschlag als gültig anzusehen. Er durfte nicht vom Wahlvorstand im Rahmen seiner Prüfpflicht gem. § 7 Abs. 2 S. 2 WO, u.a. gestützt auf § 14 Abs. 3 2. Alt., Abs. 5 BetrVG in Verbindung mit § 27 Abs. 2 WO und § 6 Abs. 2 WO, zurückgewiesen werden.

1. Der von der I... M... mit Schreiben vom 25.11.2016 in Ergänzung der Urschrift vom 26.10.2016 eingereichte Wahlvorschlag ist fristgerecht i.S.d. § 6 Abs. 1 S. 2 WO. Dieses Schreiben mit all seinen Unterlagen ist beim Wahlvorstand eingegangen am 28.11.2016. Das Wahlausschreiben erfolgte am 15.11.2016. Die zweiwöchige Frist zur Einreichung eines Wahlvorschlags lief erst am 29.11.2016 ab.

2. Es handelt sich um den Wahlvorschlag einer Gewerkschaft, sodass die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3, 2. Alt. BetrVG vorliegen müssen. Die Wahlvorschlagsberechtigung setzt voraus, dass die I... M... im Betrieb des Bet. zu 2. mit mindestens einem Mitglied als Arbeitnehmer vertreten ist. Diese Voraussetzung ist, falls nicht offenkundig, dem Wahlvorstand ggf. durch Vorlage einer notariellen Erklärung ohne Namensnennung oder durch eine entsprechende eidesstattliche Versicherung nachzuweisen (*Fitting*, Rn 63 zu § 14 BetrVG).

a) Die Berufungskammer ist bereits davon überzeugt, dass es angesichts der seit der Wahlvorstandsbestellung im April 2016 bestehenden betrieblichen Auseinandersetzungen um die Wahl mindestens zweier Mitglieder der I... M... in den Wahlvorstand und die Aufstellung einer I... M...Liste mittels Unterstützung durch Arbeitnehmer i.S.d. § 14 Abs. 3, 1. Alt. BetrVG offenkundig ist, dass die I... M... im Betrieb der Bet. zu 2 durch Arbeitnehmer vertreten ist. Es dürfte daher fraglich sein, ob der Wahlvorstand überhaupt zur Vorlage eines Nachweises auffordern durfte.

b) Ungeachtet dessen hat die I... M... dem Wahlvorstand zusammen mit ihrem Schreiben vom 25.11.2016 die Fotokopie einer notariell beglaubigten Eidesstattlichen Versicherung des Herrn M... G..., handelnd für die I... M... Region H..., überreicht, aus der sich ergibt, dass Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2. Mitglied der I... M... sind. Eine Originalausfertigung befindet sich – unstr. – in den Händen der Bet. zu 2. Soweit der Wahlvorstand in seinem Schreiben vom 29.11.2016 darauf hinweist, dass ihm nur eine unbeglaubigte Fotokopie überreicht wurde, ist gleichwohl hierdurch der Nachweis erbracht. Es fehlt jegliches Vorbringen des Wahlvorstandes, woraus sich ergeben soll, dass diese Fotokopie nicht mit dem Original übereinstimmt. Im Übrigen gibt es auch keinerlei Anhaltspunkte dafür. (...)

3. Entgegen der Ansicht des Wahlvorstands und des Arbeitsgerichts ist der in Ergänzung der Urschrift vom 26.10.2016 mit Schreiben vom 25.11.2016 eingereichte Wahlvorschlag mit dem Kennwort „I... M...“ zur Betriebsratswahl im Betrieb der Bet. zu 2. nicht ungültig im Sinne des § 27 Abs. 2 WO in Verbindung mit § 14 Abs. 5 BetrVG. (...)

a) Gem. § 14 Abs. 5 BetrVG muss jeder Wahlvorschlag einer Gewerkschaft von zwei Beauftragten unterzeichnet sein. Ist er das nicht, ist er gem. § 27 Abs. 5 WO ungültig.

b) Unter Wahlvorschlag versteht man die schriftliche Benennung einer oder mehrerer Personen gegenüber dem Wahlvorstand, die für die Wahl zum Betriebsrat vorgeschlagen werden (*Fitting*, Rn 40 zu § 14 BetrVG; *GK-Kreutz/Jacobs*, Rn 47 zu § 14 BetrVG). Er ist eine in der Form einer Aufstellung gekleidete Benennung der Personen, die für die Wahl zum Betriebsrat vorgeschlagen werden (*DKK-Homburg*, Rn 18 zu § 14 BetrVG). Ein Wahlvorschlag ist damit nichts anderes als eine Kandidatenliste.

Der Wahlvorschlag ist kein Vorschlag des Listenvertreters, sondern all derer, die ihn als Unterstützer unterzeichnet haben (*DKK-Homburg*, Rn 19 zu § 14 BetrVG). Das heißt, den Inhalt des Wahlvorschlags bestimmen die Unterstützer. Den Inhalt bestimmen nicht die vorgeschlagenen Wahlbewerber. Das trennt das Arbeitsgericht in dem angefochtenen Beschluss bereits nicht hinreichend.

c) Die Wirksamkeit eines Wahlvorschlags einer Gewerkschaft setzt voraus, dass die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 S. 1 WO inhaltlich beachtet werden (1); dass die gem. § 14 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 27 Abs. 2 WO erforderlichen Unterschriften

## Betriebsverfassungsrecht

von zwei wirksam Beauftragten der Gewerkschaft im Original vorhanden sind (2) und dass Wahlvorschlag und Unterschriften der Gewerkschaftsbeauftragten eine einheitliche Urkunde bilden (3). (...)

Mit Abgabe der Urschrift war der Wahlvorschlag der Verfügungsbefugnis des Listenvertreters entzogen. Eine Rückgabe darf nicht erfolgen. Nachbesserungen bzw. Ergänzungen wie hier die geforderten Unterschriften der Gewerkschaftsbeauftragten konnten daher nur noch auf zu erstellende Ausfertigungen gesetzt werden. Jeder Bewerber darf aber nur einmal vorgeschlagen werden. Ein solcher Vorschlag existiert dann, aber auch erst dann, wenn er beim Wahlvorstand eingereicht ist. Die I... M... hätte bei Aufstellung einer neuen Urschrift eines wortlautidentischen Wahlvorschlages die Gefahr der Ungültigkeit aus anderen Gründen heraufbeschworen und ihre vorgeschlagenen Bewerber in jeder Hinsicht für die gesamte Betriebsratswahl unwählbar gemacht. Das wollte sie erkennbar gerade nicht. Die I... M... wollte nur nachholen, Fehler ausbügeln und notwendige Angaben ergänzen. (...)

(2) Es liegen hier für den Wahlvorschlag der I... M... wirksame gem. § 14 Abs. 2 BetrVG i.V.m. § 27 Abs. 2 WO erforderliche Unterschriften von zwei Beauftragten der Gewerkschaft im Original vor.

(a) Wen die Gewerkschaft als Beauftragte bestimmt, ist ihre Sache (h.M. *Fitting*, Rn 68 zu § 14 BetrVG). Bereits deshalb liegt das Arbeitsgericht falsch, wenn es auf Seite 7 der Gründe schreibt, die Gewerkschaft dürfe ohne Einverständnis der Wahlbewerber die Beauftragten der Gewerkschaft weder bestimmen noch ändern.

(b) Die Beauftragung zur Einreichung eines Wahlvorschlages muss sich entweder unmittelbar aus der Satzung ergeben oder durch ihre satzungsgemäßen Organe ordnungsgemäß ausgesprochen worden sein. Die Beauftragung braucht nicht schriftlich zu erfolgen. In Zweifelsfällen kann der Wahlvorstand den Nachweis der Beauftragung verlangen (*Fitting*, Rn 68 zu § 14 BetrVG). (...)

(b) Es berührt die Wirksamkeit des Vorschlags nicht, dass die Unterschriften der Gewerkschaft nachgereicht wurden.

Der Wahlvorschlag ist nur dann ungültig, sofern die Unterschriften nicht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 6 Abs. 1 S. 2 WO für die Einreichung von Wahlvorschlägen nachgeholt wurden (*Fitting*, Rn 69 zu § 14 BetrVG). Nachholen bedeutet in diesem Zusammenhang nichts anderes als Nachreichen, denn das Original des Wahlvorschlages ist durch die Einreichung bereits unwiederbringlich der Verfügungsbefugnis entzogen. Eine Ergänzung kann nur durch Nachreichen eines weiteren Schriftstücks erfolgen. Eine „Wiederholung“ des gesamten Vorgangs ist nicht erforderlich. (...)

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 9.1.2017, 3 TaBVGa 3/16

## 112. Schulung, Betriebsrat, Grundlagen

### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) b. Der Betriebsrat stützt sein Freistellungsantrag im vorliegenden Beschlussverfahren vornehmlich darauf, dass es sich bei den streitigen Seminaren um solche gehandelt habe, in denen Grundkenntnisse des allgemeinen Arbeitsrechts vermittelt worden seien.

Auch, wenn man mit dem Betriebsrat unterstellt, dass in den gegenständlichen Schulungsveranstaltungen (jedenfalls überwiegend) Grundkenntnisse des Arbeitsrechts vermittelt wurden, war die Teilnahme an den Schulungen für den Betriebsratsvorsitzenden nicht erforderlich.

(1) Bei erstmals gewählten Betriebsratsmitgliedern ist die Erforderlichkeit der Vermittlung von Grundkenntnissen im allgemeinen Arbeitsrecht in der Regel zu bejahen, ohne dass dies näher dargelegt zu werden braucht (vgl. BAG, Beschl. v. 4.6.2003, a.a.O.). Die Teilnahme an einem Grundlagenseminar ist indessen dann nicht als von vorneherein erforderlich anzusehen, wenn die Betriebsratsmitglieder auch ohne entsprechende Schulung bereits über einschlägige Vorkenntnisse verfügen. Hat das vom Betriebsrat ausgewählte Betriebsratsmitglied persönliche Vorkenntnisse z.B. durch eine frühere Tätigkeit im Betriebsrat, so kann es vom Standpunkt eines vernünftigen Dritten, der die Interessen des Betriebs einerseits, des Betriebsrats und der Arbeitnehmerschaft andererseits gegenüber abzuwägen hat, an der Erforderlichkeit einer weiteren Information über die Grundbegriffe des Arbeitsrechts mangeln. Zu entsprechenden Vorkenntnissen gehört auch das durch langjährige Tätigkeit im Betriebsrat erworbene Erfahrungswissen. Es ist bei einem Betriebsratsmitglied, das im Laufe der ständigen Beschäftigung mit dem materiellen Kündigungsgründen so viel Kenntnis auf dem Teilgebiet „Beendigung eines Arbeitsverhältnisses“ erlangt hat, von einem für die zukünftige tägliche Betriebsarbeit ausreichendem Wissensstand auszugehen (vgl. BAG, Beschl. v. 16.10.1986, a.a.O.). In aller Regel erwirbt das Betriebsratsmitglied infolge einer langjährigen Mitgliedschaft im Betriebsrat derartige Grundkenntnisse im allgemeinen Arbeitsrecht. Sofern das zu schulende Betriebsratsmitglied trotz langjähriger Mitgliedschaft im Betriebsrat gleichwohl nicht über ein derartiges Erfahrungswissen verfügt, bedarf es einer näheren Darlegung des konkreten Schulungsbedarfs (vgl. LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 4.1.2000 – 3 SA 511/98, juris). So ist es möglich, dass ein Betriebsratsmitglied infolge langer Erkrankung gehindert war, überhaupt Betriebsratsarbeit auszuüben und somit keine Gelegenheit hatte, Erfahrungswissen zu erwerben. Auch ist denkbar, dass in kleinen Betrieben mit nur einem Betriebsobmann oder einem kleinen Betriebsrat jahrelang so wenige Probleme angefallen sind, dass die einzelnen Betriebsratsmitglieder mangels Betriebsratsarbeit keine Erfahrung sammeln konnten. Unter diesen Voraussetzungen, die der Betriebsrat dann aber konkret darzulegen hat, kann trotz jahrelanger Be-

triebsratsmitgliedschaft noch eine Grundlagenschulung im allgemeinen Arbeitsrecht erforderlich sein. (...)

■ Arbeitsgericht Koblenz

vom 29.3.2017, 11 BV 61/16

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Stephan Pauly

Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn

Tel.: 0228/6209000, Fax: 0228/6209090

www.paulypartner.de

### 113. Personalratstätigkeit außerhalb der Arbeitszeit, Zeitgutschrift

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) b) Unstreitig war die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum Mitglied des Schulpersonalrats, das bei der Verteilung der Freistellungsstunden (§ 99 Abs. 1 S. 3 NPersVG 07) unberücksichtigt geblieben ist. Damit ist nach dem Wortlaut des § 99 Abs. 4 S. 2 NPersVG 07 der Anwendungsbereich des § 39 Abs. 2 NPersVG 07 eröffnet. Die letztgenannte Vorschrift erfasst auch Arbeitsbefreiungen für die Teilnahme an Personalratssitzungen. Für eine einschränkende Auslegung des § 99 Abs. 4 S. 2 NPersVG 07 ist kein Raum.

aa) Personalratssitzungen sind Aufgaben, für die dem Personalratsmitglied gemäß § 39 Abs. 2 NPersVG 07 im Einzelfall Dienstbefreiung erteilt werden kann. In der Gesetzesbegründung zu § 39 NPersVG 07 (LT-Drucks 12/4370, S. 122) heißt es: „Freistellung im Sinne des Personalvertretungsrechts bedeutet die gänzliche oder teilweise generelle Freistellung von dienstlicher Tätigkeit, die zur Erledigung regelmäßig anfallender personalvertretungsrechtlicher Aufgaben eingeräumt wird. Hierzu zählen die laufenden Geschäfte, die auf die Vorbereitung von Personalratssitzungen und Beschlüsse sowie deren spätere Durchführung bezogen sind.“ Daraus ist zu schließen, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers die für die Teilnahme an der Personalratssitzung selbst erforderliche Zeit von der Freistellung im Sinne des § 39 Abs. 3 NPersVG 07 nicht umfasst sein soll (vgl. *Dembowski/Ladwig/Sellmann*, Das Personalvertretungsrecht in Niedersachsen, § 39 Rn 41; *Bielert/Müller-Fritsche*, NPersVG, 16. Aufl., § 39 Rn 19). Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Freistellung von Mitgliedern des Personalrats dazu dient, dass die außerhalb von Sitzungen der Personalvertretung anfallenden Geschäfte ordnungsgemäß und sachgemäß wahrgenommen werden und dadurch eine wirksame Erfüllung der dem Personalrat zustehenden Aufgaben und Befugnisse sichergestellt wird (etwa BVerwG v. 26.10.1977 – VII P 21.75, juris Rn 29). Demgegenüber gehören Personalratssitzungen zu den Aufgaben, die nur gelegentlich anfallen, eine im Voraus nicht bestimmbare Zeit in Anspruch nehmen und deshalb lediglich Dienstbefreiungen im Einzelfall rechtfertigen können (BVerwG v. 22.4.1987 – 6 P 29/84, juris Rn 23, m.w.N.).

bb) Es kann dahinstehen, ob die in § 99 Abs. 2 NPersVG 07 abweichend von § 39 Abs. 3 NPersVG 07 geregelten Freistellungen für Schulpersonalräte die Zeiten der Teilnahme an den

Personalratssitzungen mitumfassen (verneinend: VG Braunschweig v. 14.3.2000 – 12 A 6/99; bejahend: OVG Lüneburg v. 29.8.2001 – 18 L 2101/99). Einerseits ist in beiden Normen der Begriff „Freistellung“ bzw. „Freistellungen“ verwendet, was den gleichen Bedeutungsgehalt nahelegt. Andererseits wird Mitgliedern der Schulpersonalvertretung, denen eine Teilfreistellung nach § 99 Abs. 2 NPersVG 07 zuteil geworden ist, gem. § 99 Abs. 4 S. 1 NPersVG 07 eine Befreiung nach § 39 Abs. 2 NPersVG 07 „in der Regel“ nicht erteilt. Sollten die Zeiten der Sitzung des Schulpersonalrats grundsätzlich von dem Freistellungskontingent des § 99 Abs. 2 NPersVG 07 mitumfasst sein, kann das beklagte Land dies jedenfalls der Klägerin als nicht teilfreigestelltem Mitglied des Schulpersonalrats nach dem Wortlaut des § 99 Abs. 4 S. 2 NPersVG 07 nicht entgegenhalten. Für eine einschränkende Auslegung der Vorschrift bleibt kein Raum.

(1) Bei der Auslegung ist zunächst vom Gesetzeswortlaut auszugehen, wobei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erforschen ist, ohne am Buchstaben zu haften. Bei nicht eindeutigen Wortlaut ist der wirkliche Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, soweit er in den Normen seinen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist ferner auf den Gesamtzusammenhang, weil dieser Anhaltspunkte für den wirklichen Willen liefern und nur so der Sinn und Zweck der Norm zutreffend ermittelt werden kann. Auch die Praktikabilität denkbarer Auslegungsergebnisse gilt es zu berücksichtigen.

(2) Danach kann eine einschränkende Auslegung nicht auf die Gesetzesbegründung zu § 99 Abs. 4 S. 2 NPersVG 07 gestützt werden. Dort (LT-Drucks 13/2140, S. 12) heißt es: „Die bisherige Vorschrift (...) wird ergänzt durch eine Regelung zur Befreiung der nicht freigestellten Mitglieder von Personalvertretungen. Dies betrifft die Schulpersonalräte in Schulen mit 5 bis 10 wahlberechtigten und die Schulpersonalräte mit 3, 5 und 7 Mitgliedern, die weniger als 1 Freistellungsstunde pro Mitglied erhalten.“ Dadurch sollen „auch die nicht freigestellten Mitglieder – wenn auch im geringeren Umfang als die freigestellten – Entlastungsmöglichkeiten erhalten“. Wollte der Landesgesetzgeber damit die Anwendung des § 39 Abs. 2 NPersVG nur für die nicht teilfreigestellten Schulpersonalräte solcher Gremien ermöglichen, auf die bei (fiktiver) gleichmäßiger Verteilung rechnerisch jeweils weniger als 1 Freistellungsstunde entfällt, hat dies im Gesetzeswortlaut keinen Ausdruck gefunden. Nach § 99 Abs. 4 S. 2 NPersVG 07 genügt, dass Mitglieder bei der Verteilung der Freistellungsstunden unberücksichtigt geblieben sind. § 99 Abs. 1 S. 3 NPersVG 07 macht dem Schulpersonalrat hinsichtlich der Verteilung der Freistellungsstunden keine Vorgaben. Zwar wird allgemein angenommen, dass die Verteilung der Freistellungsstunden auf die Mitglieder der Aufgabenverteilung innerhalb der Personalvertretung entsprechend anzupassen ist (vgl. OVG Lüneburg, v. 29.8.2001 – 18 L 2101/99). Dies wird aber oftmals eine stärkere Berücksichtigung des Vorsitzenden und seines Stellvertreters gegenüber anderen Mitgliedern rechtfertigen und dazu führen, dass einzelne Mitglieder keine Freistellungen er-

## Tarifrecht

halten. Die von dem beklagten Land vertretene Auslegung führt dazu, dass jedenfalls nicht teilfreigestellte Mitglieder eines Schulpersonalrats, bei dem die Zahl der Mitglieder der Anzahl der Freistellungsstunden nach der Staffel des § 99 Abs. 2 NPersVG 07 entspricht, Arbeitsbefreiung nur noch unter den engen Voraussetzungen des § 99 Abs. 4 S. 1 NPersVG 07, d.h. in der Regel nicht gewährt wird. Insgesamt stünde damit den Schulpersonalratsmitgliedern gegenüber Personalratsmitgliedern im allgemeinen Verwaltungsbereich nur ein stark limitierter Zeitraum für die Wahrnehmung der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben zur Verfügung, was gegen Art. 3 Abs. 1 GG und die rahmenrechtliche Vorgabe des § 100 Abs. 2 BPersVG verstößt (vgl. *Fricke/Dierßen/Otte/Sommer/Thommes*, NPersVG, 4. Aufl., § 99 Rn 3; ebenfalls kritisch, aber i.Erg. a.A. OVG Lüneburg v. 29.8.2001 – 18 L 2101/99). Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits 1987 entschieden, dass die besonderen Verhältnisse des schulischen Bereichs im Vergleich zu anderen Dienststellen es nicht rechtfertigten, den Zeitaufwand für die Sitzungen des Personalrates bei der Berechnung der Freistellung von der wöchentlichen Unterrichtsverpflichtung zu berücksichtigen. Häufigkeit und Dauer der Sitzungen haben sich auch hier nach den vorliegenden Beratungsgegenständen zu richten und könnten deshalb nicht im Voraus für jede Unterrichtswoche festgelegt werden (vgl. BVerwG, v. 22.4.1987 – 6 P 29/84, juris Rn 23 zum LPersVG Rheinland-Pfalz).

c) Die Teilnahme der Klägerin an den streitgegenständlichen Personalratssitzungen war zur Wahrnehmung ihrer personalvertretungsrechtlichen Aufgaben erforderlich (§§ 99 Abs. 4 S. 2, 39 Abs. 2 S. 1 und S. 3 NPersVG 07). Bei der Ladung zu einer Schulpersonalratssitzung darf das Schulpersonalratsmitglied regelmäßig von der Erforderlichkeit seiner Teilnahme ausgehen. Aus den §§ 29, 30, 100 NPersVG 07 ergibt sich, dass die Teilnahme an Schulpersonalratssitzungen zu den gesetzlichen Aufgaben eines Personalratsmitglieds gehört. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin aufgrund der in den Ladungen angegebenen Tagesordnungspunkte bzw. den im Schriftsatz vom 16.1.2017 angegebenen Anlässen von einer fehlenden Erforderlichkeit ausgehen musste, sind nicht ersichtlich. Aufgrund der dortigen Angaben hätte das beklagte Land ggf. näher darlegen müssen, aus welchen Gründen sich doch Zweifel an der Erforderlichkeit der Tätigkeit ergeben (vgl. *Fricke/Dierßen/Otte/Sommer/Thommes*, NPersVG, 4. Aufl., § 39 Rn 2). Hinsichtlich der Länge einer Personalratssitzung steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Schulpersonalrats, wie ausführlich die einzelnen Tagesordnungspunkte diskutiert werden, so dass in der Regel die gesamte Sitzungsdauer erforderliche Schulpersonalratstätigkeit ist. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Schulpersonalrat der M.-Schule A-Stadt die hier streitgegenständlichen Personalratssitzungen etwa zu personalratsfremden Zwecken umfunktioniert hat, sind nicht vorgebracht. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus

der Häufigkeit der Personalratssitzungen im streitbefangenen Zeitraum. (...)

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 1.3.2017, 13 Sa 396/16

## Tarifrecht

### 114. Stufenzuordnung, TVöD, Verstoß gegen die Freizügigkeit

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) 4. Es verstößt nicht gegen die unionsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften in Art. 45 AEUV und Art. 7 der Verordnung (EU) 492/2011, dass § 16 Abs. 2 TV-L die beim selben Arbeitgeber erworbene einschlägige Berufserfahrung gegenüber entsprechenden Zeiten bei anderen Arbeitgebern privilegiert.

a) Der sachliche Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Freizügigkeitsvorschriften ist eröffnet, der erforderliche Auslandsbezug ist gegeben.

aa) Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union. Abs. 2 der Vorschrift verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Die Vorschrift soll eine Abschottung der Arbeitsmärkte verhindern (EuGH v. 30.9.2003 – C-224/01). Eine entsprechende Regelung enthält Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 492/2011. Diese Regelung stellt nur eine besondere Ausprägung des in Art. 45 Abs. 2 AEUV enthaltenen Diskriminierungsverbots auf dem speziellen Gebiet der Beschäftigungsbedingungen und der Arbeit dar (EuGH v. 5.12.2013 – 0514/12).

bb) Die Klägerin ist Arbeitnehmerin im Sinne der Vorschrift. Sie ist auch nicht nach Art. 45 Abs. 4 AEUV von der Gewährleistung der Freizügigkeit ausgenommen. Danach findet Art. 45 AEUV keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Ebenso wie bei Art. 8 Abs. 2 VO 492/11 handelt es sich um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung. Die Bestimmungen sind so auszulegen, dass sich ihre Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Belange des Staates unbedingt erforderlich ist. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung betrifft diejenigen Stellen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind (EuGH v. 10.9.2014 – 0270/13 ; *ErfK/Wißmann*, 16. Aufl., Art. 45 AEUV Rn 52; *Grabitz/Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn 425). Für eine Zuordnung Art. 45 Abs. 3 AEUV reicht es nicht aus, wenn der Teil der Tätigkeit, der die Zugehörigkeit zur öffentlichen Verwaltung begründet, marginal ist und hinter andere, die Tätigkeit prägende Charakteristika zurücktritt. Die Klägerin fällt

als Lehrerin nicht unter die Ausnahmeregelung (vgl. EuGH v. 27.11.1991 – 04/91).

cc) Art. 45 AEUV erfasst grundsätzlich nur die Fälle, die – tatsächlich und nicht nur hypothetisch – einen relevanten Auslandsbezug aufweisen (EuGH v. 15.11.2011 – 0256/11; v. 8.11.2012 – 040/11). Dafür genügt es, wenn ein Arbeitnehmer seinen Wohnsitz und Arbeitsplatz in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Heimatstaat hat (EuGH v. 20.6.2013 – O 20/12 – Giersch). Ebenso reicht es, wenn für eine regulierte Tätigkeit im Heimatstaat eine im Ausland erworbene Qualifikation geltend gemacht wird (EuGH v. 6.10.2015 – 0298/14 – Brouillard).

Die Klägerin begehrt die volle Berücksichtigung ihrer in Frankreich erworbenen Berufserfahrung.

b) Art. 45 Abs. 2 AEUV bestimmt als Spezialnorm, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer (aus Mitgliedstaaten) und ihrer Angehörigen in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen verbietet. Näher ausgeführt wird dieser Grundsatz durch Art. 7 bis 9 VO 492/2011. Er untersagt nicht nur die Ungleichbehandlung gleicher, sondern auch die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte.

aa) Eine unmittelbare Diskriminierung (auch „offene“ Diskriminierung) liegt vor, wenn die Staatsangehörigkeit das für eine Differenzierung maßgebliche Kriterium ist und die hiervon abhängigen Rechtsfolgen für Ausländer weniger günstig sind als für Inländer. Dagegen handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung, wenn auf andere Unterscheidungsmerkmale als die Staatsangehörigkeit abgestellt wird, dies aber tatsächlich zur Benachteiligung von Ausländern führt; der EuGH spricht insoweit auch von „verschleierter“ oder „versteckter“ Diskriminierung (EuGH v. 18.12.2014 – 0523/13 – Larchen, v. 5.12.2013 – C 514/12 – Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken). Diskriminierend sind außerdem unterschiedslos geltende Voraussetzungen für günstige Rechtsfolgen, wenn diese Voraussetzungen von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmern, und schließlich Voraussetzungen, bei denen die Gefahr besteht, dass sie sich besonders zum Nachteil der Wanderarbeitnehmer auswirken (EuGH v. 22.6.2011 – C- 399/09 – Landtová). Um eine Maßnahme als mittelbar diskriminierend qualifizieren zu können, muss sie nicht bewirken, dass alle Inländer begünstigt werden oder dass unter Ausschluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden (EuGH v. 5.12.2013 – C – 514/12 – Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken). Voraussetzung ist ferner nicht die positive Feststellung, dass die in Rede stehende Vorschrift in der Praxis einen wesentlich größeren Anteil der Wanderarbeitnehmer betrifft. Es genügt die Feststellung, dass die betreffende Vorschrift geeignet ist, eine solche Wirkung hervorzurufen (EuGH v. 23.5.1996 – C-237/94, Rn 2).

bb) Die Staatsangehörigkeit ist nicht das maßgebliche Kriterium für die Differenzierung in § 16 Abs. 2 S. 2 und S. 3 TV-L. Die Vorschrift unterscheidet nur zwischen Arbeitnehmern, die ein neues Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes begründen, und den Arbeitnehmern, die – wie die Klägerin – von einem anderen Arbeitgeber in ein Arbeitsverhältnis zum beklagten Land gewechselt sind. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt deshalb nicht vor.

Die Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung sind gegeben. Vorliegend kann sich die Regelung in § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L, wonach die in einem anderen Mitgliedstaat erworbene einschlägige Berufserfahrung nicht in vollem Umfang angerechnet wird, stärker auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken und Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligen. Wanderarbeitnehmer werden vor Eintritt in den Dienst eines Arbeitgebers, der Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) oder eines Mitgliedverbandes der TdL ist, eher Berufserfahrung in einem anderen Mitgliedstaat erworben haben. Die Regelung berührt zudem die Interessen der Arbeitnehmer, die zunächst ein Arbeitsverhältnis aufgenommen haben, das unter den Geltungsbereich des § 1 TV-L fällt, anschließend in einem anderen Mitgliedstaat eine ihren vorherigen Aufgaben entsprechende Tätigkeit ausüben, um anschließend zu ihrem ersten Arbeitgeber zurückzukehren. Die Regelung ist mithin geeignet, die bereits im öffentlichen Dienst eines Landes beschäftigten Arbeitnehmer davon abzuhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Nationale Bestimmungen, die einen Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, daran hindern oder davon abhalten, seinen Herkunftsstaat zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen aber Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer angewandt werden (EuGH v. 17.3.2005 – C 109/04 – Kranemann).

c) Eine mitgliedstaatliche Vorschrift, die eine relevante Beschränkung der Freiheiten bewirkt, verstößt gegen die Freiheiten, wenn sie nicht zu rechtfertigen ist. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur dann gerechtfertigt, wenn mit ihr eines der in Art. 45 Abs. 3 AEUV genannten legitimen Ziele verfolgt wird oder wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Darüber hinaus muss in einem derartigen Fall ihre Anwendung geeignet sein, die Verwirklichung des in Rede stehenden Zieles zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist (EuGH v. 5.12.2013 – C-514/12; EuGH v. 18.12.2014 – C-523/13; ausführlich hierzu *Grabitz/Forsthoff*, Art. 45 AEUV Rn 371 ff.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Sozialpartner in gleicher Weise wie die Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene nicht nur bei der Entscheidung darüber, welches konkrete Ziel sie im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik verfolgen wollen, sondern auch bei der Festlegung der Maßnahmen zu seiner Erreichung über ein weites

## Tarifrecht

Ermessen verfügen (EuGH v. 16.10.2007 – C- 411/05 – Patacios de la Villa).

aa) § 16 Abs. 2 TV-L hat den Zweck, einen Arbeitgeberwechsel innerhalb des öffentlichen Dienstes, aber auch aus der Privatwirtschaft in den öffentlichen Dienst zu erleichtern, indem Vorbeschäftigungszeiten anerkannt werden (BAG v. 27.3.2014 – 6 AZR 571/12). Der öffentliche Dienst ist im Wettbewerb um die besten Arbeitskräfte darauf angewiesen, dass nachteilige Folgen beim Arbeitgeberwechsel vermieden werden, damit die Personalgewinnung erleichtert wird. Ein weiterer Zweck des § 16 Abs. 2 TV-L besteht darin, bereits erworbene Berufserfahrung bei der Einstellung finanziell zu honorieren, weil sie dem Arbeitgeber Einarbeitungszeit erspart und ein höheres Leistungsvermögen des Arbeitnehmers erwarten lässt. Typisierend gehen die Tarifvertragsparteien bei einer Vorbeschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber davon aus, dass dem einstellenden Arbeitgeber die bei einem anderen Arbeitgeber erworbene einschlägige Berufserfahrung angesichts der anderen Strukturen nicht in demselben Ausmaß zugutekommt wie die bei ihm – demselben Arbeitgeber – erworbene Berufserfahrung. Die Tarifvertragsparteien haben in Abs. 2 und Abs. 3 des § 16 TV-L ferner zum Ausdruck gebracht, dass mit der Anerkennung von Berufserfahrung bei der Stufenzuordnung Arbeitnehmer gewonnen werden sollen, mit der – leistungsunabhängigen – Stufenlaufzeit in den Stufen 1 bis 3 hingegen die Betriebstreue honoriert werden soll.

bb) Es kann dahinstehen, ob allein das Ziel der Honorierung der Betriebstreue einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt. Der EuGH sah in einer Vorschrift, die bei der Stellenvergabe die im Ausland geleisteten Dienste nicht entsprechend der im Aufnahmemitgliedstaat geleisteten Dienste berücksichtigt, einen Verstoß gegen Art. 45 AEUV (EuGH v. 23.2.1994 – C-419/92); ebenso für die Gewährung einer Dienstalterszulage (EuGH v. 30.9.2003 – C-224/01, Rn 70 -88). Das Argument, dass hierdurch die Treue zum Arbeitgeber honoriert und gefördert werden sollte, ließ der EuGH nicht gelten. Die konkrete Ausgestaltung der Regelung sei in den entschiedenen Fällen zu unspezifisch, da sie eine erhebliche Mobilität der Arbeitnehmer bei einer großen Gruppe rechtlich voneinander unabhängiger Arbeitgeber zulasse (EuGH v. 15.1.1998 – 15/96; v. 30.11.2000 – C 195/08), bzw. – bei Bindung an rechtlich nur einen Arbeitgeber – die Einrichtungen nicht nur mit Einrichtungen anderer Mitgliedstaaten, sondern auch untereinander im Wettbewerb stehen (EuGH v. 30.9.2003 – C- 224/01, Rn 84). Im Übrigen beanstandete der Gerichtshof die marktabschottende Wirkung einer solchen Regelung.

cc) Die mit der tariflichen Regelung weiter verfolgten Ziele der Besitzstandswahrung, der Gewährung eines Anreizes zur Rückkehr zum Arbeitgeber sowie die Nutzbarmachung der in denselben Strukturen erworbenen Berufserfahrung stellen indes einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar (zur Besitzstandswahrung; EuGH v. 28.1.2015 – C-417/13 –

Starjakob; zur Berufserfahrung EuGH v. 3.10.2006 – C-17/05 – Cadmann).

(1) Es liegt im Allgemeininteresse, dass Verwaltungsaufgaben von Beschäftigten ausgeführt werden, die bereits länger in die speziellen Abläufe und die Organisation eingegliedert sind und aufgrund der dadurch gewonnenen Erfahrung typischerweise zuverlässige Dienstleistungen erbringen. Dem Arbeitgeber kommt die innerhalb seiner Strukturen erworbene Berufserfahrung schneller zugute als berufliche Erfahrung, die der Arbeitnehmer bei anderen Arbeitgebern unter abweichenden Organisationsstrukturen erlangt hat. Denn abzustellen ist nicht nur auf die fachliche Tätigkeit, sondern auch auf die Einbindung in organisatorische Strukturen und Handlungsweisen. Liegt das verfolgte Ziel in der Anerkennung der einschlägigen Berufserfahrung, kann im Rahmen eines solchen Systems ein Wanderarbeitnehmer nicht geltend machen, er habe – individuell betrachtet – während des einschlägigen Zeitraums in einem anderen Mitgliedsstaat eine Erfahrung erworben, die es ihm ermöglicht, seine Arbeit ebenso gut zu verrichten wie ein Arbeitnehmer, der seine Berufserfahrung bei demselben Arbeitgeber im Inland gewonnen hat.

(2) Die Tarifvertragsparteien durften zudem einen Anreiz zur Rückkehr von Arbeitnehmern in den öffentlichen Dienst schaffen, die bereits über einschlägige Berufserfahrung bei demselben öffentlichen Arbeitgeber verfügen. Die vollständige Berücksichtigung bisheriger Berufserfahrung bei der Einstufung ist angesichts der teilweise erheblichen Vergütungsspannen innerhalb der Entgeltgruppen ein geeignetes und erforderliches Mittel.

(3) § 16 Abs. 2 TV-L geht nicht über das zur Besitzstandswahrung und Anreizgewährung Erforderliche hinaus. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, wenn Leistungen – hier die volle Anrechnung der erworbenen einschlägigen Berufserfahrung – denjenigen vorenthalten werden, die keinen Besitzstand aufgebaut haben. § 16 Abs. 2 S. 3 TV-L begrenzt die Benachteiligung der Personen, die keinen zu wahren Besitzstand haben, auf einen überschaubaren Zeitraum. Spätestens mit Erreichen der letzten Stufe entfallen die Entlohnungsnachteile der nicht zuvor bei demselben Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer.

c) In der Zielsetzung, die Arbeitnehmer an ihren Vertragsarbeitgeber zu binden, unterscheidet sich die streitige Tarifregelung von der österreichischen Regelung, die zur Beurteilung des EuGH v. 5.12.2013 stand (C – 514/12 – Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken). Der EuGH hatte Bestimmungen zu beurteilen, die sich grundlegend von § 16 Abs. 2 TV-L unterscheiden. Die im Fall des EuGH maßgebliche österreichische Vorschrift differenzierte nicht danach, ob die Berufserfahrung einschlägig war oder nicht, sondern belohnte jegliche Zeit der Tätigkeit für den Arbeitgeber unabhängig von ihrem Inhalt. Darüber hinaus hat der Gerichtshof eine Differenzierung bei der Stufenzuordnung danach, ob die Arbeitnehmer durchgehend bei demselben Arbeitgeber be-



schäftigt waren oder nicht, nicht schlechthin für unzulässig gehalten, sondern dafür lediglich eine Rechtfertigung verlangt, an der es in dem ihn vorgelegten österreichischen Fall fehlte. Aussagen darüber, ob die Differenzierung danach, ob die einschlägige Berufserfahrung bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber erworben worden ist, auf einem legitimen Ziel beruht, enthält die Entscheidung des Gerichtshofs darum ebenso wenig wie dazu, ob § 16 Abs. 2 TV-L zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist (*Speige*, ZTR 2015, 243 f.). (...)

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 9.3.2017, 4 Sa 86/16 E

### 115. Kinderbezogene Besitzstandszulage, Reduzierung der Wochenarbeitszeit nach Überleitung, mehrere Anspruchsberechtigte, Konkurrenzregelung

#### Leitsätze:

1. Nach der Überleitung des Arbeitsverhältnisses in das neue Tarifrecht des öffentlichen Dienstes ist gem. § 11 Abs. 2 S. 1 TVÜA/KA auf die gem. § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA zu zahlende Besitzstandszulage § 24 Abs. 2 TVöD mit der Folge anzuwenden, dass deren Höhe der in der Zeit nach der Überleitung vereinbarten Wochenarbeitszeit folgt.

Eine vereinbarte Reduzierung der Wochenarbeitszeit führt daher zu einer zeitanteiligen Anpassung der Zulage nach unten.

2. Für die Bemessung der Besitzstandszulage als kinderbezogener Entgeltbestandteil im Sinne des abgelösten § 29 Abschn. B Abs. 6 S. 3 BAT/BAT-0 (kinderbezogener Teil des Ortszuschlages) findet nach dem Wortlaut der Tarifregelung sowie nach dem sich bei systematischer Tarifauslegung erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien eine Zusammenrechnung der Teilzeitbeschäftigten mehrerer Anspruchsberechtigter mit jeweils mindestens der Hälfte der durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit nicht mehr statt.

■ Landesarbeitsgericht Potsdam  
vom 6.1.2017, 6 Sa 1396/16

## Prozessuales

### 116. Aussetzung des Verfahrens, Kündigung, Vorgeiflichkeit

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) a) Im Beschwerdeverfahren gegen einen Beschluss nach § 148 ZPO ist der Umfang der Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung beschränkt. Zwingende Voraussetzung einer Aussetzung ist aber die Vorgeiflichkeit eines anderen Verfahrens, d.h. dass die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines an-

deren anhängigen Rechtsstreits bildet. Liegen die Voraussetzungen einer Vorgeiflichkeit vor, sind im Rahmen der Ermessensausübung bei der Aussetzung zudem mindestens zu berücksichtigen: das Beschleunigungsgebot und die Vorschriften zum Schutz vor überlanger Verfahrensdauer (§ 9 Abs. 2 S. 2 ArbGG, §§ 198 ff. GVG) (vgl. BAG v. 16.4.2014 – 10 AZB 6/14, Rn 5), der Stand der beiden Verfahren, insbesondere des vorgreiflichen Rechtsstreits und dessen voraussichtliche Dauer und damit die voraussichtliche Dauer der Aussetzung, die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Klagepartei auch in jenem Rechtsstreit, ob bereits ein Urteil zu ihren Gunsten ergangen ist und wie ggf. die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels zu beurteilen sind, die wirtschaftliche Situation beider Parteien, die Notwendigkeit für die Klagepartei, ihre Ansprüche mit Hilfe eines gerichtlichen Titels durchsetzen zu müssen und das Verhalten der Klagepartei (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 6.3.2008 – 15 Ta 281/08 sowie v. 10.10.2012 – 4 Ta 1832/12; Hessisches LAG v. 20.4.2007 – 11 Ta 631/06; LAG Schleswig-Holstein v. 24.11.2006 – 2 Ta 268/06), ggf. auch die Prozesswirtschaftlichkeit. Das Gesetz stellt die Aussetzung in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts. Eine Aussetzung muss nur dann erfolgen, wenn sich das Ermessen des Gerichts auf null reduziert (vgl. BAG v. 17.6.2003 – 2 AZR 245/02, zu B II 2 a der Gründe).

Die Vorgeiflichkeit eines Rechtsstreits ist kein Ermessenskriterium, sondern eine Voraussetzung des § 148 ZPO, die erfüllt sein muss, damit das Ermessen des Gerichts überhaupt eröffnet ist (vgl. BVerfG v. 22.9.2008 – 1 BvR 1707/08, Rn 19).

b) Auch unter Berücksichtigung der eingeschränkten Überprüfungscompetenz im Beschwerderechtszug (vgl. dazu BAG v. 26.10.2009 – 3 AZB 24/09, Rn 7 ff.; BGH v. 12.12.2005 – II ZB 30/04, Rn 6) hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts einer Überprüfung nicht stand. Sie ist jedenfalls ermessensfehlerhaft. Das Arbeitsgericht hat Kriterien einfließen lassen, die nicht geeignet sind, die Entscheidung zu tragen, bzw. hätten berücksichtigt werden dürfen.

aa) Das Arbeitsgericht ist im Rahmen seiner weiteren Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kündigung vom 27.6.2015 das Arbeitsverhältnis nicht auflösen könne, und daher zu einer möglichen Vorgeiflichkeit gelangt. Das ist im Beschwerdeverfahren grundsätzlich zu akzeptieren, auch wenn das Bundesarbeitsgericht in einem Verfahren bezüglich der zweiten Kündigungswelle gerade in einem gleichgelagerten Parallelfall die Wirksamkeit der zweiten Kündigung festgestellt hat.

bb) Im Beschwerdeverfahren gegen einen Beschluss nach § 148 ZPO ist der Umfang der Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung auf Verfahrens- und Ermessensfehler beschränkt. Das Beschwerdegericht kann im Beschwerdeverfahren weder seine Ermessenserwägungen an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts setzen noch die für die Aussetzung maßgebliche materiellrechtliche Würdigung des Gerichts der ersten Instanz einer sachlichen Prüfung unterziehen (vgl. LAG

## Prozessuales

Berlin-Brandenburg v. 6.3.2008 – 15 Ta 281/08 sowie v. 10.10.2012 – 4 Ta 1832/12; Hessisches LAG v. 20.4.2007 – 11 Ta 631/06). Das Ermessen kann jedoch eingeschränkt sein mit der Folge, dass nicht jede der an sich denkbaren Möglichkeiten, sondern nur bestimmte Möglichkeiten oder sogar nur noch eine Möglichkeit einer rechtmäßigen Ermessensausübung entsprechen (vgl. BAG v. 27.4.2006 – 2 AZR 360/05, Rn 19).

cc) Die Entscheidung des Arbeitsgerichts ist nicht frei von Ermessensfehlern. Das Arbeitsgericht hat bei seiner Argumentation mehrfach Gesichtspunkte einbezogen, die sachlich nicht zutreffen. Zudem sind die Ausführungen des Arbeitsgerichts zum Beschleunigungsgrundsatz widersprüchlich. Einerseits hat das Arbeitsgericht sich darauf berufen, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nun kurz bevorstehe, weswegen der Rechtsstreit unter Beschleunigungsgesichtspunkten nicht fortgeführt werden müsse. Nachdem das BAG die für die Entscheidung über die erste Kündigung maßgebliche Rechtsfrage nun entschieden hat, führt das Arbeitsgericht aus, angesichts einer EuGH-Vorlage sei davon auszugehen, dass das Bundesarbeitsgericht den Rechtsstreit zwischen den Parteien über die erste Kündigung nun doch nicht entscheiden werde, was einer Fortführung des Rechtsstreits entgegen stehe. Dabei ist zudem unberücksichtigt geblieben, dass die Entscheidung des BAG im Zusammenhang mit der ersten Kündigungswelle von den Vorlagefragen vollkommen unabhängig ist. Die Vorlagefragen sind für die Entscheidung über die erste Kündigung irrelevant. Die der Klage im konkreten Fall stattgebende Entscheidung hat die Beklagte auch akzeptiert. Es gibt zudem keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Zweite Senat in dem Verfahren 2 AZR 189/16, welches die erste der Klägerin ausgesprochene Kündigung betrifft, anders entscheiden wird. Die Frage einer Vorgreiflichkeit ist daher hier nur noch theoretischer Natur. Jedenfalls gibt es in dieser Konstellation keinen Grund mehr für die Befürchtung, es könne zu divergierenden Entscheidungen kommen. Insbesondere besteht vor diesem Hintergrund auch nicht die seitens des Arbeitsgerichts angeführte Gefahr, eine abstrakte Rechtsfrage entscheiden zu müssen (Wirtschaftlichkeitskriterium). Auch insoweit ist ein Gesichtspunkt in die Abwägung eingeflossen, der hier nicht mehr relevant ist. Aufgrund der Entscheidung durch das Bundesarbeitsgericht kann das Arbeitsgericht davon ausgehen, dass die erste Kündigung als unwirksam angesehen wird. Ein Zuwarten mit der Fortführung des Verfahrens bis der EuGH über eine hier nicht relevante Auslegungsfrage entschieden hat, wäre mit den bei einer Aussetzungsentscheidung zu berücksichtigenden Kriterien nicht vereinbar. Das widerspräche u.a. ganz deutlich dem Beschleunigungsgrundsatz. Die Klägerin möchte das Verfahren fortsetzen, zumal nun geklärt ist, dass von der Unwirksamkeit der ersten Kündigung auszugehen ist. Das kann ihr in der vorliegenden Konstellation nicht verwehrt werden, auch wenn sie – wofür allerdings manches spricht – vor dem Hintergrund der Entscheidung des Zweiten Senats vom 22.9.2016 über eine zweite Kündigung letztlich

von einem Unterliegen im Rahmen des vorliegenden, die zweite Kündigung betreffenden Verfahrens ausgehen muss. (...)

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 3.3.2017, 26 Ta 165/17 eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch Marburger Straße 16, 10789 Berlin Tel.: 030/21248990, Fax: 030/212489920 www.friedemann-koch.de

### 117. Bestreiten mit Nichtwissen

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(2.3.) Gem. § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Die Erklärung mit Nichtwissen ist, wie aus Wahrheitspflicht und Erklärungslast folgt, nur dann zulässig, wenn der Erklärende tatsächlich keine Kenntnis hat, z.B. weil der Vorgang sich außerhalb seiner Wahrnehmung abspielt. Hat die Partei keine ausreichende Kenntnis, muss sie sich kündigt machen, z.B. durch Einsichtnahme in Unterlagen etc. Führt dies zu keiner Erkenntnis, muss sie den Grund ihrer Unkenntnis darlegen (Zöller/Greger, 30. Aufl., Rn 13 f. zu § 138 ZPO). Vorgänge im eigenen Geschäfts- oder Verantwortungsbereich sind den „eigenen“ Handlungen und Wahrnehmungen im Sinn von Abs. 4 gleichgestellt. Die Partei muss hier innerhalb desselben Erkundigungen anstellen und kann sich insoweit nicht ihren prozessualen Erklärungspflichten entziehen (Zöller, a.a.O., Rn 16 m.w.N.).

(2.4.) Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist das Arbeitsgericht in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass das Bestreiten des Klägers mit Nichtwissen nicht ausreichend und damit unbeachtlich ist. Die diesbezügliche Erklärung des Klägers ist daher wie Nichtbestreiten zu behandeln. Die Homepage existiert seit August 2014. Die H...-M... wurde im Oktober 2014 gegründet. Der Kläger ist seit ihrer Gründung zu 50 % Gesellschafter dieser Firma. Es hätte daher näherer Darlegungen durch den Kläger bedurft, z.B. vor welchem konkreten tatsächlichen Hintergrund er keine Kenntnis vom Inhalt der Homepage im Zeitraum August 2014 bis einschließlich Dezember 2015 gehabt haben will und ihn sich auch nicht im Nachhinein verschaffen kann, was er insoweit bei wem unternommen hat und warum dieses erfolglos war. Als Gesellschafter kann er ohne weiteres Informationen von der Gesellschaft über deren Geschäftsfeld und damit einhergehend deren Internetpräsenz erfahren. Vor diesem Hintergrund wertet die Berufungskammer sein Bestreiten mit Nichtwissen als nicht ausreichend und damit nicht glaubhaft. Die Behauptung der Beklagten, die H...- M... habe schon 2015 im Internet auf ihrer Homepage Refurbishmentleistungen angeboten, gilt mithin als unbestritten.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 12.4.2017, 3 Sa 202/16

### 118. Verspätetes Vorbringen, Wiederholungskündigung, Androhung der Krankschreibung

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) aa) Zwar kann eine Kündigung nicht erfolgreich auf Gründe gestützt werden, die der Arbeitgeber schon zur Begründung einer vorhergehenden Kündigung vorgebracht hat und die in dem früheren Kündigungsschutzprozess mit dem Ergebnis materiell geprüft worden sind, dass sie die Kündigung nicht tragen. Von einer Wiederholung dieser Gründe zur Stützung einer späteren Kündigung ist der Arbeitgeber dann ausgeschlossen (BAG v. 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, LS 2 sowie Rn 26, NZA 2013, 1003 –1007).

bb) So liegt es im Streitfall aber nicht. In dem Kündigungsschutzverfahren beim Arbeitsgericht Berlin (12 Ca 16413/15) betreffend die Kündigung vom 24.11.2015 fand eine materielle gerichtliche Überprüfung von Kündigungsgründen nicht statt. Im Kündigungsschreiben waren keine Kündigungsgründe genannt. Im gerichtlichen Verfahren hatte die Beklagte seinerzeit keinen Kündigungssachverhalt zur Rechtfertigung jener Kündigung vorgetragen. Zu einer materiellen gerichtlichen Überprüfung kam es zudem deshalb nicht, weil der Rechtsstreit durch ein der Kündigungsschutzklage der Klägerin stattgebendes Versäumnisurteil sein Ende gefunden hatte. Denn bei Säumnis der beklagten Partei gilt das tatsächliche Vorbringen der klagenden Partei in diesem Prozessstadium als zugestanden, § 331 Abs. 1 S. 1 ZPO. Aus diesen Gründen ist die Beklagte nicht daran gehindert, die weitere in diesem Rechtsstreit streitgegenständliche Kündigung vom 21.1.2016 mit Gründen zu rechtfertigen, die bereits vor der vorhergehenden Kündigung eingetreten waren und der Beklagten bekannt gewesen sind. (...)

3. Die Kündigung vom 21.1.2016 ist verhaltensbedingt sozial gerechtfertigt, weil die Klägerin gegenüber der Arbeitgeberin am 14.9.2015 damit gedroht hat, sich krankschreiben zu lassen, wenn sie Silvester zum Dienst eingeteilt würde. Damit hatte die Klägerin ihre Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten in schwerwiegender Weise verletzt. Der Sachverhalt war zwischen den Parteien in erster Instanz nicht streitig. Ein Bestreiten der Klägerin erst im Berufungsverfahren ist unzureichend bzw. nicht mehr zuzulassen gewesen. (...)

b) Der hier maßgebliche und entscheidungserhebliche Kündigungssachverhalt der Androhung einer Krankschreibung nach einem abgelehnten Urlaubsgesuch war zum Zeitpunkt der Verkündung der arbeitsgerichtlichen Entscheidung am 13.10.2016 unstrittig, worauf die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung zutreffend hinweisen lässt. Die seinerzeit bereits anwaltlich vertretene Klägerin hatte den entsprechenden Sachvortrag der Beklagten erstinstanzlich nicht bestritten. Sie war auf das von der Beklagten vorgetragene Gespräch zwischen ihr und der stellvertretenden Pflegedienstleiterin, der von der Beklagten als Zeugin benannten Frau R, als solches und seinem Inhalte nach überhaupt nicht eingegangen, so-

dass eine Absicht der Klägerin, die Behauptung der Beklagten bestreiten zu wollen, auch nicht aus ihrem sonstigen Vortrag hervorgeht. Mithin ist das Vorbringen der Beklagten gem. § 138 Abs. 3 ZPO erstinstanzlich als zugestanden anzusehen gewesen. Die Beklagte ihrerseits hat in der der Klägerin am 30.12.2016 zugestellten Berufungsbegründung vom 23.12.2016 erneut auf den Vorfall anlässlich des Gesprächs vom 14.9.2015 abgestellt, woraufhin die Klägerin nunmehr innerhalb der ihr nach § 66 Abs. 1 S. 2 ArbGG zur Verfügung stehenden Monatsfrist in ihrer Berufungsbeantwortung vom 27.1.2017 die Behauptung der angekündigten Arbeitsunfähigkeit erstmals bestritten hat. Dieses einfache Bestreiten war zum einen verspätet, zum anderen nach § 138 Abs. 1, Abs. 2 ZPO auch nicht ausreichend. Sofern die weitere Einlassung der Klägerin in der Berufungsverhandlung noch als ausreichendes Bestreiten zu werten ist, wäre es erneut verspätet und nicht mehr zuzulassen.

aa) Das erstmalige Bestreiten in der Berufungsbeantwortung ist ein neues Verteidigungsmittel i.S.v. § 282 Abs. 1 ZPO. Danach hat jede Partei in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere auch in Form des Bestreitens, so rechtfertigt vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Sie sind im arbeitsgerichtlichen Berufungsverfahren nach § 67 Abs. 3 ArbGG nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. An sich würde in dem Bestreiten erst in der Berufungsinstanz sogar neuer und vom erstinstanzlichen abweichender Sachvortrag liegen, nachdem gem. § 138 Abs. 2 ZPO der Sachvortrag der Beklagten als zugestanden anzusehen gewesen ist. Indessen kommt dieser gesetzlichen Geständniswirkung nicht die Bindungswirkung eines ausdrücklichen und förmlichen Geständnisses wie nach § 288 ZPO zu und steht daher einem späteren Bestreiten vorbehaltlich der Präklusion wegen Verspätung nicht entgegen (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, § 138 Rn 9).

bb) Die Klägerin war seitens des Landesarbeitsgerichts gemäß § 66 Abs. 1 S. 3 ArbGG mit der Zustellung von Berufungsbegründung und Terminladung auf die Frist für die Berufungsbeantwortung hingewiesen worden. Ob die Voraussetzungen für die nachträgliche Zulassung des Vorbringens in der Berufungsbeantwortung zugunsten der Klägerin erfüllt sind, kann dahinstehen. Das mit der Berufungsbeantwortung vorgebrachte Verteidigungsmittel des einfachen Bestreitens wäre ohnehin unzureichend, sodass es der Klägerin selbst bei Zulassung nichts nützen würde. Nach § 138 Abs. 2 ZPO muss sich jede Partei über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen erklären. Auf das Vorbringen der einen Prozesspartei zu einem zu einem bestimmten Zeitpunkt stattgefundenen Gespräch mit einem im Einzelnen dargestellten Gesamthalt muss sich die Gegenpartei auch in den Einzelheiten, d.h. subs-

## Prozessuales

tanziert, einlassen. Beschränkt sich die Gegenpartei auf einfaches Bestreiten eines Teils des Tatsachenkomplexes, ist dieses Bestreiten unsubstanziert und damit unzulässig. Denn damit ist und bleibt unstreitig und zugestanden, dass das Gespräch wie behauptet nach Zeitpunkt und personeller Zusammensetzung jedenfalls stattfand. Darüber hinaus ist die Gegenpartei gehalten, einen abweichenden Gesprächsverlauf insgesamt darzulegen und darf sich nicht isoliert auf einfaches Bestreiten von Gesprächsteilen beschränken (vgl. nur BAG v. 4.5.2012 – 2 AZR 206/11, Rn 44, NZA 2013, 137 – 142). (...)

(2) Wäre die Gegendarstellung der Klägerin hinreichend substantiiert und damit erheblich, dürfte es als verspätetes Vorbringen durch die Berufungskammer nicht mehr zugelassen werden. Auf die von der Beklagten in der Berufungsverhandlung ausdrücklich erhobene Verspätungsrüge kommt es dabei nicht an, weil das Gericht die Zulassung verspäteten Vorbringens von Amts wegen zu prüfen hat.

Neue, erst nach der Berufungsbeantwortung vorgebrachte Verteidigungsmittel, sind nach § 67 Abs. 4 S. 2 ArbGG nur zuzulassen, wenn sie nach der Berufungsbeantwortung entstanden sind oder das verspätete Vorbringen nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung nicht verzögern würde oder nicht auf Verschulden der Partei beruht. Es geht hier erkennbar nicht um ein erst nach der Berufungsbeantwortung entstandenes Verteidigungsmittel. Ein hinreichend substantiiertes Bestreiten hätte seitens der Klägerin bereits erstinstanzlich in Replik auf den entsprechenden Arbeitgebervortrag erfolgen können. Für eine andere Einschätzung ist kein Anhaltspunkt ersichtlich.

Damit steht aber zugleich fest, dass die alternative Zulassungsvoraussetzung des fehlenden Verschuldens für die Verspätung im Falle der Klägerin nicht greift, weil sie keinerlei Entschuldigungsgründe vorbringt und somit zumindest von einer vorwerfbar Nachlässigkeit auszugehen ist.

Schließlich hätte eine Zulassung des verspäteten Vorbringens in der Berufungsverhandlung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert. Eine Verzögerung der Erledigung tritt ein, wenn der Prozess bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung. Unerheblich ist, ob die Verfahrensdauer bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange gedauert hätte (absolute Betrachtungsweise, allgemeine Auffassung, statt vieler *Düwell/Lipke*, ArbGG, 4. Aufl. 2016, § 67 Rn 32; vgl. ferner Hessisches LAG v. 30.12.2013 – 17 Sa 745/13, Rn 133). Die Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens der Klägerin würde dazu führen, dass über den von der Beklagten behaupteten Kündigungssachverhalt eine Beweisaufnahme durchzuführen wäre. Die bei ausreichendem klägerischem Bestreiten beweisbelastete Beklagte hat dazu die Einvernahme der Frau R. als Zeugin angeboten. Damit wäre ein neuer Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung notwendig gewesen, entweder zur Durchführung der Beweisaufnahme durch die Berufungskammer selbst oder im Nachgang zu einer Vernehmung der nach München verzo-

genen Zeugin gem. § 375 Abs. 1 Nr. 3 ZPO wegen großer Entfernung durch den ersuchten Richter. Dies wiederum hätte eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits im Sinne von § 67 Abs. 4 S. 2 ArbGG nach sich gezogen. (...)

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 10.2.2017, 6 Sa 1758/16

### 119. Prozessuale Wahrheitspflicht, Eventualvorbringen

#### Leitsätze:

1. Die prozessuale Wahrheitspflicht macht ein Eventualvorbringen nicht unzulässig. Deshalb steht es den Parteien auch frei, das von seinem eigenen Sachvortrag abweichende Verteidigungsvorbringen der gegnerischen Partei sich hilfsweise zu eigen zu machen und so der Klage ggf. aufgrund einer abweichenden Anspruchsgrundlage für den Fall der Nichterweislichkeit des eigenen Hauptvorbringens noch zum Siege zu verhelfen.

2. Allerdings setzt auch die hilfsweise Übernahme des gegnerischen Vortrags voraus, dass diese tatsächlich Vortrag gehalten hat und nicht lediglich eine Rechtsmeinung geäußert hat.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 21.2.2017, 8 Sa 408/16

### 120. Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, analoge Anwendung von § 769 ZPO nicht zu ersetzender Nachteil, Zwangsvollstreckungsgegenklage

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Der zulässige Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist unbegründet.

Der Antrag ist zulässig. Dem Antrag steht nicht entgegen, dass es die Beklagte versäumt hat, bereits im ersten Rechtszug einen Schutzantrag nach § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG zu stellen. Das Nichtstellen eines Antrags auf Ausschließung der Zwangsvollstreckung verhindert nicht die Möglichkeit, später nach Abschluss der ersten Instanz einen Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung stellen zu können (LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.8.2015 – 4 Sa 19/15, juris).

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Zwangsvollstreckung ist nicht über § 769 ZPO analog einzustellen. Für eine Einstellung nach § 82 Abs. 1 S. 3 ArbGG fehlt es am Tatbestandsmerkmal eines nicht zu ersetzenden Nachteils. Dies gilt für beide Verpflichtungen aus dem Endurteil.

1. Die Zwangsvollstreckung ist nicht deshalb einzustellen, weil die Beklagte nach Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin gekündigt hat und dies als neue Tatsache über eine analoge Anwendung von § 769 ZPO im Rahmen des § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. §§ 707, 719 ZPO zu berücksichtigen wäre. Im Rahmen des § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. §§ 707, 719 ZPO ist vielmehr für eine solche analoge Anwendung kein Raum (LAG Baden-Württemberg, a.a.O.). Die Kammer folgt der sorgfältig begründeten Entscheidung des LAG Baden-Württemberg und macht sich deren Überlegungen wie folgt zu eigen:

a) Die Beklagte stützt ihr Begehren auf eine nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz eingetretene neue Einwendung, die den im Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft. Ein solcher Einwand ist grundsätzlich mit einer Vollstreckungsgegenklage gem. § 787 ZPO geltend zu machen. Im Falle der Erhebung einer solchen Vollstreckungsgegenklage hätte die Beklagte die Möglichkeit gehabt, eine einstweilige Anordnung gemäß § 789 ZPO zu beantragen und so die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu bewirken.

Einer solchen Vollstreckungsgegenklage gemäß § 787 ZPO fehlt es jedoch am gebotenen Rechtsschutzinteresse, wenn der Schuldner gegen das Urteil eine zulässige Berufung eingelegt hat und den Einwand gegen den im angefochtenen Urteil festgestellten Anspruch im Berufungsverfahren geltend machen kann (BAG v. 28.3.1985 – 2 AZR 848/88).

b) Ob in Fällen, in denen gegen den titulierten Anspruch Berufung eingelegt wurde, die Zwangsvollstreckung wegen der neuen Einwendung jedenfalls in entsprechender Anwendung von § 769 ZPO eingestellt werden kann, ist streitig.

aa) In diesen Fällen wird vertreten, dass der Schuldner die Wahl hat zwischen Vollstreckungsgegenklage und Berufung, wenn er Einwendungen, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz entstanden sind, berücksichtigt wissen will. Er kann dabei die Möglichkeit, auf welchem Weg ggf. eine Einstellung der Zwangsvollstreckung leichter erreicht werden kann, mit in seine eigene Entscheidung einbeziehen. Entscheidet er sich aber für einen Weg, hat er die damit verbundenen gesetzlich normierten Konsequenzen für die Möglichkeit der Einstellung der Zwangsvollstreckung zu tragen. Bloße Billigkeitserwägungen wie diejenige, dass der Schuldner keinen Nachteil erleiden solle, würden eine analoge Anwendbarkeit des § 769 ZPO nicht rechtfertigen. Diese Nachteile beruhen dann schlicht auf der Entscheidung des Schuldners. Der Gesetzgeber habe für das Berufungsverfahren die Frage der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 1 ZPO aus einem kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbaren arbeitsgerichtlichen Urteil in § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG vielmehr eindeutig geregelt und sie an das Vorliegen eines nicht zu ersetzenden Nachteils gebunden. Soweit das erstinstanzliche Urteil durch eine Berufung überprüft wird, besteht somit keine andere Möglichkeit der Einstellung im arbeitsgerichtlichen Verfahren als nach § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG (LAG Hamm v. 10.11.2008 – 14 Sa 1607/08, juris).

bb) Dagegen wird argumentiert, dass zumindest in den Fällen, in denen die neue Einwendung erst nach Ablauf der Berufungsfrist bei bereits eingelegerter Berufung entstanden ist, es dem Schuldner schon aus Kostengründen nicht zumutbar wäre, seine Berufung (teilweise) wieder zurücknehmen zu müssen, nur um Vollstreckungsgegenklage erheben zu können. § 769 ZPO sei in diesen Fällen vielmehr analog anzuwenden (LAG Hamburg v. 20.3.2014 – 3 Sa 2/14, juris; LAG Hamm

v. 21.12.2010 – 18 Sa 1827/10, juris; LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010 – 19 Sa 22/10). Dafür sprächen auch prozessökonomische Gründe. Es sei aus Kostengründen nicht sinnvoll, den Schuldner im arbeitsgerichtlichen Verfahren zur Erlangung einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung parallel auf die Durchführung beider Verfahren zu verweisen (LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010, a.a.O.). Es sei auch nicht Sinn der gesetzlichen Regelung des § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG, dem Arbeitgeber, der materielle Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch erhebt, Hindernisse prozeduraler Art in den Weg zu stellen (LAG Hamburg v. 20.3.2014 a.a.O.; LAG Hamm v. 21.12.2010 a.a.O.). Dass dem Berufungsführer für eine Vollstreckungsgegenklage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, dürfe sich nicht zu seinen Lasten auswirken (LAG Sachsen-Anhalt v. 25.9.2002 – 8 Sa 344/02, juris). Könne aber der Schuldner seine Einwendungen analog § 769 ZPO geltend machen, sei er zur Erlangung einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht an die Einstellungs voraussetzung eines nicht zu ersetzenden Nachteils gebunden (LAG Hamburg v. 20.3.2014, a.a.O.; LAG Hamm v. 21.12.2010, a.a.O.; LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010, a.a.O.)

cc) Ob letztgenannter Auffassung gefolgt werden kann, mag, auch wenn eine planwidrige Regelungslücke für eine Analogie (BAG v. 30.9.2014 – 3 AZR 617/12, NZA 2018, 844) auf den ersten Blick nicht erkannt werden kann, dahinstehen. Diese Auffassung überzeugt jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden nicht, in dem die Einwendung der nachfolgenden Kündigung zwar nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden ist, jedoch lange vor Ablauf der Berufungsfrist und sogar zeitgleich mit Zustellung des angegriffenen Urteils. In einem solchen Fall trägt das Argument der unzumutbaren kostenbelastenden Berufungsrücknahme nicht. Bis zur Berufungseinlegung kann der Arbeitgeber nämlich seine Prozesstaktik selbst bestimmen, ob er lieber Vollstreckungsgegenklage erheben möchte – mit der Möglichkeit einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung gem. § 769 ZPO ohne Bindung an einen nicht zu ersetzenden Nachteil – oder eine Berufung durchführt mit eben dieser Bindung nach § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG (LAG Hamm v. 10.11.2008, a.a.O.). Einzüräumen ist zwar, dass nach Berufungseinlegung und nach Ablauf der Berufungsfrist diese taktischen Überlegungen durch die Kostenlast einer erforderlichen teilweisen Berufungsrücknahme erschwert werden. Mit einer solchen Situation war aber die Beklagte nicht konfrontiert.

Kann hingegen der Schuldner bis zu seiner Berufungseinlegung noch selbst steuern, ob er den Weg einer Vollstreckungsgegenklage ohne das Erfordernis des nicht zu ersetzenden Nachteils gehen will, ist in diesen Fällen nicht ersichtlich, welches „prozedurale Hindernis“ der Schuldner haben sollte. Wenn die Beklagte vorliegend statt einer ihr noch möglichen Vollstreckungsgegenklage eine voll umfängliche Berufung einlegt, ist dies ihrer eigenen Prozesstaktik geschuldet.

## Prozessuales

Dann muss sie auch die gesetzliche Wertung hinnehmen, dass gemäß § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nur bei einem nicht zu ersetzenden Nachteil möglich ist.

Eine Unzumutbarkeit einer nur teilweise auf den Feststellungsteil beschränkten Berufung bei gleichzeitiger Vollstreckungsgegenklage gegen den Weiterbeschäftigungsausspruch wäre allenfalls dann denkbar, wenn der Weiterbeschäftigungsausspruch auch nach etwaigem Obsiegen der Beklagten in der Berufung gegen den Feststellungsausspruch rechtskräftig fortbestünde. Das ist aber vorliegend nicht der Fall. Denn das Arbeitsgericht hat einen Weiterbeschäftigungsanspruch titulierte und keinen reinen Beschäftigungsanspruch. Das Arbeitsgericht hat auch unter Beachtung der Grundsätze des Beschlusses des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.2.1985 (GS 1/84, BAGE 48,122) eine Abwägung des Beschäftigungsinteresses der Klägerin gegen das Nichtbeschäftigungsinteresse der Beklagten vorgenommen. Mit einem rechtskräftigen Obsiegen im Bestandsschutzstreit würde somit der befristete Weiterbeschäftigungstitel zugleich entfallen.

2. Für eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 82 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. §§ 719, 707 ZPO fehlt es an der Tatbestandsvoraussetzung des nicht zu ersetzenden Nachteils zu Lasten der Beklagten.

a) Ein nicht zu ersetzender Nachteil ist dann gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung zu nicht wiedergutzumachenden Schäden führen würde. Unersetzbar ist nur, was nicht mehr rückgängig gemacht werden oder ausgeglichen werden kann. Der unersetzbare Nachteil muss gerade durch die Vollstreckung ausgelöst werden. Regelmäßig mit der Vollstreckung eines Titels des betreffenden Inhalts verbundene Nachteile reichen nicht aus (*Dreher*, in: Düwell/Lipke, ArbGG, 3. Aufl., § 82 Rn 5). Bei der Vollstreckung eines Anspruchs auf Weiterbeschäftigung liegt ein unersetzbarer Nachteil nicht allein darin, dass eine bereits erfolgte Beschäftigung nicht rückgängig gemacht werden kann, weil der beschäftigende Arbeitgeber durch die Arbeit des Arbeitnehmers eine Gegenleistung erhält. Die Beschäftigung muss vielmehr objektiv unmöglich sein oder sie muss sonstige Schäden in einem solchen Ausmaß befürchten lassen, dass aller Wahrscheinlichkeit nach vom Arbeitnehmer kein Ersatz zu erlangen ist (*Dreher*, in: Düwell/Lipke, ArbGG 3. Aufl., § 62 Rn 9). Gründe einer vom Schuldner behaupteten Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung, die bereits Gegenstand des Erkenntnisverfahrens waren, dürfen jedoch als Unmöglichkeitsgründe im Zwangsvollstreckungsverfahren nicht nochmals herangezogen werden. Dies würde der Funktionsaufteilung zwischen Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren widersprechen (BAG v. 15.4.2009 – 3 AZB 3/03, BAGE 130, 195; LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010, a.a.O.).

Ein nicht zu ersetzender Nachteil lässt sich auch nicht ohne weiteres mit den Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels be-

gründen. Der Begriff des nicht zu ersetzenden Nachteils ist nämlich grundsätzlich unabhängig vom Erfolg oder Misserfolg des Rechtsmittels. Er bezieht sich allein auf die wirtschaftlichen, persönlichen oder sozialen Belange des Schuldners (LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010, a.a.O.). Die Erfolgsaussichten des eingelegten Rechtsmittels sind vielmehr erst im Rahmen des Ermessens zu prüfen, welches dem Gericht über § 62 Abs. 1 S. 3 ArbGG i.V.m. § 719 ZPO i.V.m. § 707 Abs. 1 ZPO durch das Wort „kann“ eingeräumt ist. Dies ist aber erst dann zu prüfen, wenn ein nicht zu ersetzender Nachteil glaubhaft gemacht ist (*Pfitzer/Zimmernann*, in: Natter/Gross, ArbGG, 2. Aufl. § 62 Rn 21; GMP/Gemellmann, ArbGG, 8. Aufl., § 62 Rn 43). Die Prüfung des nicht zu ersetzenden Nachteils ist also vorrangig. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ganz offenkundig sind, das erstinstanzliche Urteil also offenkundig falsch ist (LAG Baden-Württemberg v. 30.6.2010, a.a.O.).

b) Unter Anwendung dieser Grundsätze kann von einem nicht zu ersetzenden Nachteil nicht ausgegangen werden. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Nürnberg über die Wirksamkeit der Befristung ist keineswegs offenkundig falsch. Auch hinsichtlich der nunmehr ausgesprochenen Kündigung kann nicht erkannt werden, dass diese offensichtlich wirksam ist. Es ist gerade streitig, ob ein betriebsbedingter Grund für die Kündigung der Klägerin vorliegt. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass die Beklagte es nicht glaubhaft gemacht habe, dass sie eine Stelle für die Weiterbeschäftigung erst erschaffen müsse. Damit war der Antrag der Beklagten betreffend den Weiterbeschäftigungsantrag (Ziffer t des Endurteils) zurückzuweisen. (...)

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 15.3.2017, 3 Sa 14/17

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer

Bahnhofstraße 2, 91522 Ansbach

Tel.: 0981/9776780, Fax: 0981/97767829

www.rae-bw.de

### 121. Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft

#### Leitsätze:

1. Wird gegen einen Schuldner zur Erzwingung einer nicht vertretbaren Handlung ein Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft festgesetzt (§ 888 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. ZPO) ist für die Ersatzzwangshaft eine bestimmte Dauer im Verhältnis zur Höhe des Zwangsgeldes festzusetzen.

2. Ist keine bestimmte Dauer festgesetzt worden, ist dies vor dem Erlass eines Haftbefehls (§ 888 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 802g Abs. 1 ZPO) in einem gesonderten Beschluss analog Art. 8 EGStGB nachzuholen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

vom 31.3.2017, 21 Ta 213/17

## Sonstiges

### 122. Rückzahlungsanspruch nach erfolgter Insolvenzanfechtung

#### Leitsatz:

Die Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO ist kein Gestaltungsrecht, sondern lediglich das Geltendmachen der Rechtsfolgen, die sich aus der von selbst bestehenden Anfechtbarkeit gemäß § 143 InsO ergeben. Für die Ausübung des Anfechtungsrechts reicht es daher aus, dass die Anfechtungsabsicht erkennbar ist.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) b) Entgegen der Auffassung der Berufung ist das Arbeitsgericht zudem zutreffend davon ausgegangen, dass die im Wege der Zwangsvollstreckung am 5.7.2012 und am 14.8.2012 beigetriebenen Beträge eine inkongruente Befriedigung des Beklagten bewirkten.

Der Gläubiger hat eine Befriedigung nicht nur dann nicht „in der Art“ zu beanspruchen, wenn er an Stelle der Leistung, die er zu fordern hat, in der kritischen Zeit eine andere, nicht geschuldete Leistung erhält. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, NZA-RR 2014, 254 ff. m.w.N.) und des Bundesgerichtshofs (BGH v. 24.5.2012 – IX ZR 96/11, Rn 2) hatte der Gläubiger auch eine während dieser Zeit im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung nicht „in der Art“ zu beanspruchen.

Der erneut mit der Berufungsbegründung vorgebrachte Einwand, dass es wenig interessengerecht scheint, wenn ein Gläubiger, der lediglich von den ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen Zwangsmitteln Gebrauch gemacht hat, unabhängig von der Kenntnis der schuldnerischen Krise um die Früchte seiner Anstrengungen gebracht werden kann, und seine Auffassung auch vom Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung vom 18.12.2015 (BT-Drucks 18/7054) geteilt werde, vermag nicht zu überzeugen.

Denn es ist nach Auffassung der Berufungskammer sachlich gerechtfertigt, den Vorrang des zeitlich früheren Gläubigers ohne subjektive Voraussetzungen begrenzt in typisierender Betrachtungsweise einzuschränken, wenn das Vermögen eines Schuldners nicht mehr ausreicht, um alle seine Gläubiger zu befriedigen. Die stärkere Einschränkung für diejenigen Gläubiger, die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung – im Gegensatz zu freiwilliger Zahlung (§ 130 InsO) – finden, ist gerechtfertigt, weil gerade der Zahlungsrückstand des Schuldners, welcher den Gläubiger zur Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen veranlasst, (auch bei ihm) den „Verdacht“ wecken muss, dass der Schuldner insolvenzreif ist, also nicht mehr alle seine Gläubiger zu befriedigen vermag (vgl. zu diesem Aspekt bereits LG Köln v. 21.7.2010 – 13 S 89/10, ZIP 2010, 2060).

Zudem rechtfertigt sich diese Differenzierung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des

Bundesgerichtshofs auch dadurch, dass der Gläubiger, der staatliche Zwangsmaßnahmen in Anspruch nimmt oder androht, anders als der Gläubiger, der eine freiwillige Zahlung entgegennimmt, aktiv auf das zur Befriedigung aller Gläubiger unzureichende Vermögen des Schuldners zugreift und zugleich andere Gläubiger von einem solchen Zugriff ausschließt. In der Unternehmenskrise soll eine Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht mehr durch den Einsatz von oder die Drohung mit staatlichen Machtmitteln erzwungen werden. Der Einsatz dieser Mittel nimmt der Leistung des Schuldners aus objektiver Sicht den Charakter der Freiwilligkeit. Muss der Gläubiger den Schuldner durch die Drohung mit der Zwangsvollstreckung zur Leistung zwingen, liegt der Verdacht nahe, dass der Schuldner nicht zahlungsfähig ist. Eine solche Leistung ist nicht insolvenzfest (BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, NZA-RR 2014, 254 ff. m.w.N.; vgl. auch BGH v. 24.5.2012 – IX ZR 96/11, Rn 2).

Schließlich hat diese Rechtsprechung vom Gesetzgeber bisher auch Anerkennung gefunden. So ist sie bereits im Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge vom 26.3.2007 bestätigt worden (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks 16/3844, S. 11) und ist jedenfalls deshalb legitimiert (vgl. BAG v. 31.8.2010 – 3 ABR 139/09, NZA 2011, 995). Schon damals wurde der erneut mit dem jetzigen Gesetzesentwurf wieder aufgegriffene Formulierungsvorschlag, nach dem eine Rechtshandlung „nicht allein dadurch zu einer solchen nach § 131 S. 1“ wird, dass „der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt“ hat, aufgrund einer bewussten Entscheidung im parlamentarischen Verfahren nicht Gesetz, weil sie als mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht vereinbar angesehen wurden (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, BT-Drucks 16/3844, S. 11; vgl. BAG v. 31.8.2010 – 3 ABR 139/09, NZA 2011, 995).

Dementsprechend sieht der jetzige Gesetzesentwurf zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung in Art. 2 (BT-Drucks 18/7054, S. 8) auch vor, dass nach Art. 103 (...) des Einführungsgesetzes zur InsO auf Insolvenzverfahren, die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung bereits eröffnet worden sind, das bis dahin geltende Recht weiter anzuwenden ist. Dem Gesetzesentwurf lässt sich daher nur die Absicht der Bundesregierung entnehmen, für die Zukunft die Rechtslage zu ändern. Eine derartige Absicht berechtigt aber nicht die Gerichte, die geltende und anerkannte Rechtslage außer Acht zu lassen.

Weitere Tatbestandsvoraussetzungen hat § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht, insbesondere ist es ohne Relevanz, ob der Beklagte zum Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung noch keine Hinweise auf eine bestehende Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin hatte. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 7.2.2017, 8 Sa 321/16

## Streitwert und Gebühren

### 123. Pflichten des Anwalts gegenüber rechtsschutzversicherten Mandanten, Kausalität eines Pflichtenverstößes, keine Obliegenheitspflicht bei Intransparenz einer Klausel oder unbilliger Beeinträchtigung der Interessen des Versicherungsnehmers

#### Sachverhalt:

Ein Arbeitnehmer klagte auf eine Sozialplanabfindung, während der Arbeitgeber noch die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Sozialplans vor dem Arbeitsgericht anfechtete. Die Anfechtung wurde nach Klageerhebung zurückgewiesen. Der Rechtsanwalt des Arbeitnehmers hatte zwar die Rechtsschutzversicherung unterrichtet, aber die Klage erhoben, ohne die Deckungszusage abzuwarten, weil der Arbeitnehmer die Befürchtung hatte, der Arbeitgeber würde demnächst zahlungsunfähig werden, mindestens aber nicht freiwillig zahlen, was insoweit bestätigt wurde, als der Arbeitgeber auch nach Zurückweisung der Anfechtung nicht zahlte.

Die Rechtsschutzversicherung lehnte die Deckungszusage ab, weil der Arbeitnehmer die Anfechtungsklage nicht abgewartet hatte. Der Arbeitnehmer erhob zunächst Deckungsklage, nahm diese aber zurück und stattdessen seinen Rechtsanwalt auf Schadensersatz in Höhe der Prozesskosten für die Abfindungsklage in Anspruch.

#### Aus den Urteilsgründen:

1. Ein Rechtsanwalt ist seinem rechtsschutzversicherten Mandanten „gegenüber aus dem bestehenden Anwaltsvertrag verpflichtet, vor Erhebung der Klage (...) die Frage der Rechtsschutzgewährung zu klären und den Kläger nach Aufklärung über das Kostenrisiko entscheiden zu lassen, ob der Klageauftrag unbedingt – also unabhängig von einer Kostendeckungszusage – sein sollte (...). Mit einer Klageerhebung vor der Kostenzusage des Rechtsschutzversicherers verletzt der Rechtsanwalt seine Pflichten gegenüber dem Mandanten, wenn dieser ihn nicht in Kenntnis dieses Umstandes und des Kostenrisikos ausführlich unbedingten Klageauftrag erteilt (vgl. OLG Düsseldorf VersR 1976, 892; OLG Nürnberg NJW-RR 1989, 1370)“.

2. Verweigert die Rechtsschutzversicherung die später beantragte Deckungszusage, ist die in dem verspäteten Deckungsantrag liegende Pflichtverletzung des Rechtsanwalts für den daraus entstehenden Schaden allerdings nicht ursächlich, wenn die Deckungszusage zu Unrecht verweigert wird, der Mandant seinen Deckungsanspruch aber nicht gegen den Rechtsschutzversicherer durchsetzt.

3. Eine in Versicherungsbedingungen enthaltene Obliegenheit (wie hier in § 14 Nr. 1g GGH), die von dem Versicherungsnehmer verlangt, „vor Klageerhebung die Rechtskraft eines anderen gerichtlichen Verfahrens abzuwarten, das tatsächliche oder rechtliche Bedeutung für den beabsichtigten Rechtsstreit haben können, soweit ihre Interessen (die des Versicherungsnehmers) dadurch nicht unbillig beeinträchtigt werden, (ist) nicht – wie bei Obliegenheitsverletzungen erfor-

derlich – hinreichend klar (vgl. OLG München VersR 2012, 313; OLG Köln VersR 2012, 1385 sowie VersR 2013, 113). Zudem begegnet die Wirksamkeit dieser Klausel auch inhaltlichen Bedenken, da sie Leistungsfreiheit für Fälle festlegt, in denen die Rechtskraft eines anderen gerichtlichen Verfahrens nicht abgewartet wird, das tatsächliche oder rechtliche Bedeutung für den beabsichtigten Rechtsstreit haben kann. Anders als das Kriterium der Vorgreiflichkeit wird damit jegliche tatsächliche oder rechtliche Bedeutung relevant, ohne dass hinreichend beschrieben oder erklärbar ist, inwieweit dies im Sinne effektiven Rechtsschutzes berechtigt sein könnte. Dem Versicherer wird mit dieser Klausel die Möglichkeit eröffnet, die berechtigten Interessen des Versicherungsnehmers auf Deckungsschutz bis zum Abschluss anderer gerichtlicher Verfahren, die zwar irgendeine Bedeutung für den beabsichtigten Rechtsstreit haben, aber sonst ohne Entscheidungsrelevanz sind, zu vereiteln.“

4. Besteht das Risiko, dass bei dem Anspruchsgegner des Versicherungsnehmers Zahlungsunfähigkeit eintritt, oder Anlass zu der Annahme, er werde nur auf Vollstreckungsmaßnahmen zahlen, ist eine Obliegenheit, mit der Klageerhebung zu warten, unbillig. Dies gilt insbesondere, wenn der Anspruchsgegner auch nach dem für ihn negativen Ausgang des anderweitig anhängigen Verfahrens keine Zahlung leistet.

5. Selbst wenn die Obliegenheit aus § 14 Nr. 1g GGH wirksam wäre und der Kläger sie verletzt hätte, könnte die Rechtsschutzversicherung die Verweigerung der Deckungszusage nur dann darauf stützen, wenn dies die Feststellung des Versicherungsfalls oder die Bemessung der Leistung beeinflussen würde (§ 14 Nr. 2 GGH 2005). Dafür ist jedoch kein Anhaltspunkt gegeben.

■ Landgericht Leipzig  
v. 28.2.2017, 03 S 73/15

#### Anmerkung:

S. hierzu auch den Beitrag „Rechtsschutzversicherung als Risiko“ in AE 02/2017 S.46. (me)

## Streitwert und Gebühren

### 124. Streitwert bei einer Feststellungsklage auf wiederkehrende Leistungen, kein Abschlag

#### Leitsatz:

Bei Ansprüchen auf Überbrückungsbeihilfe gegen die Bundesrepublik Deutschland nach dem TV SozSich ist bei einer Feststellungsklage vom Wert des dreifachen Jahresbeitrags kein Abschlag von 20 Prozent vorzunehmen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

(...) Nach § 42 Abs. 1 S. 1 GKG ist für den Gebührenstreitwert u.a. bei Ansprüchen von Arbeitnehmern auf wiederkehrende Leistungen der dreifache Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistungen maßgebend, wenn nicht der Gesamtbetrag der



geforderten Leistungen geringer ist. Nach § 42 Abs. 3 S. 1 GKG werden die bei Einreichung der Klage fälligen Beträge in Rechtsstreitigkeiten vor den Gerichten für Arbeitsachen dem Streitwert nicht hinzugerechnet.

Der Anwendung von § 42 Abs. 1 S. 1 GKG steht nicht entgegen, dass es vorliegend um die Feststellung einer Leistungspflicht der Beklagten und damit um einen positiven Feststellungsantrag und nicht um einen auf Zahlung gerichteten Leistungsantrag geht (vgl. BAG v. 22.9.2015 – 3 AZR 391/13 (A), Rn 5 ff.).

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Wert einer Feststellungsklage, die wiederkehrende Leistungen zum Gegenstand hat, nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht mit nur 80 % des Wertes der entsprechenden Leistungsklage anzusetzen. Der im Kostenrecht für wiederkehrende Leistungen vorgesehene Wert des dreifachen Jahresbetrags ist nicht um 20 % herabzusetzen. Die Anknüpfung der Gerichts- und Anwaltsgebühren an den Gebührenstreitwert dient dem Ziel, die Gebühren von der wirtschaftlichen Bedeutung des Rechtsstreits für die Parteien abhängig zu machen. Deshalb sind auch Feststellungsanträge nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zu beurteilen. Verringerungen des gesetzlich festgelegten Gebührenstreitwerts sind allenfalls im Wege einer teleologischen Reduktion – zweckentsprechenden Einschränkung – von § 42 Abs. 1 S. 1 GKG berechtigt,

wenn eine Durchsetzung der geltend gemachten Forderung problematisch ist (ausführlich BAG v. 22.9.2015 – 3 AZR 391/13 (A), Rn 9 ff.).

Bei Ansprüchen auf Überbrückungsbeihilfe nach dem TV Soz-Sich gegen die Bundesrepublik Deutschland ist danach bei einer Feststellungsklage kein Raum für einen pauschalierten Abschlag. Praktische Durchsetzungsschwierigkeiten stellen sich hier nicht. Es ist vielmehr zu erwarten, dass sich die Beklagte einer gerichtlichen Feststellung ihrer rechtlichen Verpflichtungen entsprechend verhalten wird.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 24.3.2017, 5 Ta 52/17

## 125. Zustellung des Wertfestsetzungsbeschlusses an Prozessbevollmächtigten der Partei

### Leitsatz:

Der Wertfestsetzungsbeschluss nach § 33 Abs. 1 RVG ist – auch – der Partei des antragstellenden Rechtsanwalts zuzustellen. Legt die Partei Beschwerde gegen den Wertfestsetzungsbeschluss ein, bestimmt sich der Lauf der Beschwerdefrist nach dem Zeitpunkt dieser Zustellung; die Zustellung des Beschlusses an den Prozessbevollmächtigten der Partei ist insoweit ohne Bedeutung.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg vom 8.3.2017, 17 Ta (Kost) 6006/17

## Rezensionen

Jungbauer/Jungbauer

### Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) und der ERV

Pflichten – Vorteile – Haftungsfallen

Deutscher Anwaltverlag, 2. Aufl. 2017, 322 S., br., 39,00 EUR  
ISBN 978-3-8240-1484-2

#### beA – „Das rechtliche Unwort des Jahres 2017“

Das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) kommt! Das ist klar. Wann? Das ist noch nicht so ganz klar. Nachdem verschiedene technische, aber auch rechtliche Problematiken den Start von „beA“ deutlich verzögert haben, steht nun der Fahrplan in die Zukunft der rechtsberatenden Berufe weitestgehend.

BeA-Empfangsfähigkeit (Pflicht zum Empfang von Nachrichten) muss ab dem 1.10.2017 gewährleistet sein. Es ist nunmehr an den Kanzleien, sich auf dieses unmittelbar bevorstehende Datum einzurichten und einen zweckmäßigen Fahrplan, jeweils zugeschnitten auf die jeweilige Kanzlei, zu entwickeln. Misslich ist bei der Umstellung allemal, dass die großen Software-Häuser bis heute nicht die notwendige Schnittstelle

zur Kommunikation zwischen Datenbank und Web-Client bereitgestellt haben und übergangsweise wohl auf den originären Web-Client zurückgegriffen werden muss.

Das vorliegende Werk gibt einen umfassenden Umriss zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, sowie zu den notwendigen strukturellen, organisatorischen und technischen Maßnahmen, welche der Anwaltschaft durch das Vorhaben „beA“ aufgegeben sind. Dabei wird in der notwendigen Tiefe, aber auch in Kürze dargestellt, welche rechtlichen Problematiken sich ergeben und welche Entscheidungen durch den Kanzleihinhaber zu treffen sind, um auch im elektronischen Rechtsverkehr zukunftsfähig zu agieren.

Das Werk richtet sich nicht nur an die Leser, welche sich mit dem Thema beA „sträflicherweise“ noch nicht oder noch nicht hinreichend beschäftigt haben, sondern auch an solche Leser, welche sich selbst als „startklar“ bezeichnen würden. Es bietet sowohl eine Checkliste für den „Anfänger“ als auch für den „Profi“.

Rechtsanwalt Björn Folgmann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann

**Anwalts-Formularbuch** Arbeitsrecht

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 6. Aufl. 2017, 1530 S., geb.,  
119,00 EUR  
ISBN 978-3-504-42694-1

Für die Neuauflage dieses umfangreichen Werkes kann man dankbar sein, nicht nur, weil die schon bisher gut verwertbaren und für die Bearbeitung einleuchtend erläuterten Muster noch einmal überarbeitet wurden, wo praktische Erfahrung es sinnvoll erscheinen ließ und die Rechtsprechung es gebot, sondern auch wegen der vielen neuen Muster, teilweise bedingt durch neue Gesetzesvorschriften. Die Ausschluss- oder Verfallklauseln mussten überarbeitet werden aufgrund von Mindestlohnvorschriften und der Reduzierung der Geltendmachungsform. Die Veränderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 1. April 2017 erforderte eine umfangreiche Überarbeitung. Das Bundesteilhabegesetz veränderte die Anhörungsbedingungen vor Kündigungen etc. Dem folgen entsprechende Muster.

Verdienstvoll ist das Muster für eine Einladung zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement. Nicht nur dieses, sondern auch die anderen Formularbuchwerke haben bisher auf ein konkretes Muster verzichtet. Ich prophezeie deshalb, dass das Muster 15.5 aus diesem Werk zur Standardeinladung werden wird (was natürlich die üblichen Verdächtigen anstacheln wird, ihre Überlegenheit durch Mäkeleien in Urteilsform unter Beweis zu stellen).

Die Muster sind sorgfältig erarbeitet, die Erläuterungen umfassend ohne auszuschweifen, weshalb ihnen vertraut werden darf. Wegen der vorgenannten Einschränkung, die auch für scheinbar gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung gilt, haben die Autoren auf Risiken hingewiesen, zu Recht aber auch darauf, dass die Verwendung der vorgeschlagenen Formulierungen der Eigenverantwortung des Verwenders unterliegen und ohnehin immer der sachkundigen Anpassung an den Einzelfall.

Nicht nur wegen des verweenderfreundlichen Preises, der auch die CD mit dem Gesamttext einschließt und so die vereinfachte Übernahme der Muster ermöglicht, ist dieses Werk eine ausgezeichnete Arbeitshilfe im Individualarbeitsrecht, im Recht der Betriebsverfassung, Personalvertretung, im Tarifrecht/Arbeitskampfrecht, beim Betriebsübergang, Datenschutz/Compliance, Insolvenzarbeitsrecht, bei der Unternehmensmitbestimmung und im Arbeitsgerichtsverfahren einschließlich des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

**Verwaltungsrecht für Arbeitsrechtler?**

Das öffentliche Dienstrecht ist ein Bereich, der in meiner Praxis selten vorkommt. Ausweichen kann man aber nicht immer. Umso höher ist der Informationsbedarf, wenn man sich dann doch einmal den damit verbundenen Rechtsproblemen stellen muss. Gelegentlich findet man auch in rein arbeitsrechtlichen Kompendien hilfreiche Hinweise. Nachfolgend habe ich drei verwaltungsrechtliche Werke auf ihre Verwendbarkeit für Arbeitsrechtler untersucht.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Johlen/Oerder (Hrsg.)

**Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht**

Verlag C.H.Beck, 4. akt. Aufl. 2017, 1345 S., Hardcover in  
Leinen, 199,00 EUR  
ISBN 978-3-406-0118-4

Unter der Vielzahl der Bearbeiter finden sich im Wesentlichen Anwälte aus der ganzen Bundesrepublik, aber auch etliche Vorsitzende Richter an Verwaltungsgerichten, einem Oberverwaltungsgericht und einem Finanzgericht. Man darf also erwarten, dass die Darlegungen hinreichend die Bedürfnisse von Rechtsanwältinnen befriedigen. Dies bestätigt sich dann auch sogleich durch einen Blick auf die Inhaltsübersicht mit den Titeln: A. Das Mandatsverhältnis im Verwaltungsrecht, B. Die Mediation im Verwaltungsrecht, C. Das Besondere Verwaltungsrecht in der anwaltlichen Praxis und D. Europarecht in der anwaltlichen Praxis. Der Teil A. ist untergliedert in „Das verwaltungsrechtliche Mandat“ und „Der Anwalt im Verwaltungsprozess“. Wer also lange nichts mehr mit dem Verwaltungsrecht zu tun hatte, sollte sich zunächst einmal mit diesen 29 Seiten wieder „auf Stand“ bringen. Beide Teile sind verfasst von Rechtsanwältin *Dr. Johlen* aus Köln.

Teil C. ist in 20 Paragraphen unterteilt. § 5 befasst sich mit dem „Mandat im Beamtenrecht“ auf 65 Seiten, verfasst von *Dr. Jan-Peter Fiebig*, Richter am Verwaltungsgericht Düsseldorf.

Das Kapitel ist untergliedert in Versetzung, Abordnung, Umsetzung, Zuweisung sowie Konkurrenz- und Beförderungsmuster und -dienstposten sowie dienstliche Beurteilungen. Es finden sich sowohl materielle Ausführungen wie auch Darstellungen des vorprozessualen Rechtsschutzes, vorläufigen Rechtsschutzes und der verwaltungsgerichtlichen Klage.

Allein diese Ausführungen rechtfertigen den Erwerb. Als „Schmankerl“ finden sich aber auch Ausführungen zum Ausländerrecht und Asylrecht, das ja durchaus Schnittstellen zum Arbeitsrecht bei der Frage von Einstellung und Beschäftigung dieser Personengruppe aufweist.

Johlen (Hrsg.)

**Münchener Prozessformularbuch Verwaltungsrecht**

Verlag C.H.Beck, 4. Aufl. 2014, Buch mit CD/DVD, 1516 S., Hardcover in Leinen, 165,00 EUR  
ISBN 978-3-406-62947-1

Auch für dieses Buch ist eine Vielzahl von Rechtsanwälten tätig geworden, aber auch eine nennenswerte Zahl von Vorsitzenden Richtern an Verwaltungsgerichten, sodass die beiderseitige Herangehensweise an die Probleme hinreichend vertreten ist.

Auch hier finden sich zunächst in Teil A. allgemeine, aber notwendige Informationen über die Grundformen der Rechtsbehelfe aus der speziellen Sicht des Verwaltungsverfahrens, vom Widerspruchsverfahren bis zum Klageverfahren und letztendlich zur Vollstreckung aus gerichtlichen Titeln. Von speziellem Interesse ist hier der Teil F. Öffentlicher Dienst mit den Unterteilungen in „Das Beamtenrecht“ und „Das Personalvertretungsrecht“, beides dargestellt vom Präsidenten des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen a.D. *Prof. Dr. Schnellenbach*.

In dem einschlägigen Teil wird bezüglich des Beamtenverhältnisses als solchem ein Antrag dargestellt im einstweiligen Verfahren zur Einstellung, ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegen eine Entlassung, eine Klage auf Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit, die immer wieder wichtige und pressewirksame einstweilige Sicherungsanordnung zur Verhinderung der Beförderung eines Mitbewerbers u.a.

Unter der Überschrift „Rechtliche Stellung des Beamten“ geht es u.a. um die Rücknahme einer Nebentätigkeitsgenehmigung, den Widerspruch gegen eine dienstliche Beurteilung und den Anspruch auf Gewährung von Ehrenschutz. Unter der Überschrift „Besoldung und Versorgung“ findet sich eine Klage auf Anerkennung eines Unfalls als Dienstunfall und das Verfahren auf Rückforderung von Besoldung oder Versorgung. Im „Personalvertretungsrecht“ ist ein Antrag wegen der Mitbestimmungspflichtigkeit einer Maßnahme aufgeführt, ein Antrag auf Entscheidung gegen einen Einigungsstellenbeschluss, eine einstweilige Verfügung zur Wahrung des Mitbestimmungsrechts und eine Wahlanfechtung. Nicht unerwähnt bleiben soll das unter dem Titel „Sonstiges Besonderes Verwaltungsrecht“ aufgeführte wichtige Thema Datenschutzrecht und Informationsfreiheit, das dort mit entsprechenden Antragsmustern bearbeitet ist.

Eiding/Hofmann-Hoeppel (Hrsg.)

**Verwaltungsrecht – Schriftsatzmuster und Erläuterungen**

Nomos Verlag, 2. Aufl. 2017, Buch mit CD-Rom, 2711 S., Hardcover, 178,00 EUR  
ISBN 978-3-8487-3179-4

Auch in diesem Werk finden sich zahlreiche Bearbeitungen für das öffentliche Dienstrecht (Abschnitt 12). Untergliedert in einzelne Paragraphen ist das Beamtenrecht bearbeitet, das Personalvertretungsrecht, das Beamtenversorgungsrecht und das Disziplinarrecht. In den einzelnen Unterabschnitten wird zunächst stets ein Einblick in die jeweiligen Rechtsgrundlagen des erörterten Problemkreises gegeben und alsdann ein Muster für die – in der Regel gerichtliche – Antragstellung. So werden in den Grundlagen des Beamtenrechts u.a. Begrifflichkeiten erklärt, dann das Widerspruchsverfahren und die Begründung des Beamtenverhältnisses. Es schließt sich an das Muster einer Klage gegen die Entlassung eines Beamten auf Probe. Unter der Überschrift „Beruflicher Werdegang des Beamten“ findet sich u.a. ein Muster zur Abänderung der dienstlichen Beurteilung und Neubeurteilung, mehrere Muster von Anträgen auf Erlass einer Sicherungsanordnung bei Beförderungskonkurrenz mit diversen Untervarianten des Verfahrens aber auch ein Muster einer Verpflichtungsklage zur Gewährung einer weiteren Beihilfe. Die Versetzung in den Ruhestand mit allen Varianten und Angriffsmöglichkeiten wird erörtert und im Wege des Musterformulars für Rechtsstreitigkeiten aufgearbeitet. Im Unterabschnitt Personalvertretungsrecht wird der Streit um die Mitbestimmungspflichtigkeit erörtert, die einstweilige Verfügung bei Teilhabungsrechten, der Streit um die Erstattung von Schulungskosten von Personalratsmitgliedern. Aber auch interne Streitigkeiten um Zuständigkeit und Freistellung eines Personalratsmitgliedes sowie Gruppenangelegenheiten werden bearbeitet. Dargestellt wird die Wahlanfechtung, der Ausschluss eines Personalratsmitgliedes, die Auflösung des Personalrates etc. Zu allem finden sich ausführliche Muster für Anträge und Klagen. Gewünscht hätte man sich, wenn es eine gesonderte und übersichtliche Liste der einzelnen Muster geben würde. Es ist etwas mühsam, sich darüber anhand des Stichwortverzeichnisses zu informieren und Vermutungen anzustellen aus der Übersicht der behandelten Themen vor den einzelnen Unterabschnitten. Letztlich kommt es aber auf den Inhalt an und man sollte sich ja ohnehin zunächst grundsätzlich einlesen und sich erst dann den Mustern zuwenden, welche sich dann in der Themenbearbeitung eingebettet finden.

Als Fazit kann man feststellen, dass auch ein Arbeitsrechtler aus verwaltungsrechtlichen Werken sehr viel Nutzen ziehen kann.

# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abfindungsanspruch

- Fälligkeit – 101
- nachträgliche Vereinbarung – 101

## Änderungsvertrag

- Betriebsübergang – 94

## AGB-Kontrolle

- freiwillige Leistung – 93
- Leistungsbonus – 93
- blue-pencil-Text – 108
- Transparenzgebot – 93
- Widerrufsvorbehalt – 93

## AGG

- Anforderungsprofil – 91
- Informationsanspruch – 92
- Religion – 91
- Schadenersatz – 92
- Schwerbehinderung – 92
- Stellenausschreibung – 91
- UN-BRK – 92

## Altersteilzeit

- Urlaub – 98

## Anfechtung

- Aufhebungsvertrag – 107

## Anwaltliche Sorgfaltspflicht

- Rechtsschutzversicherung – 123

## Arbeitnehmerstatus

- Berater – 96

## Arbeitsaufforderung

- Auflösungsantrag – 102

## Arbeitsmittel

- Ausschlussfrist – 95
- Herausgabe – 95

## Arbeitsvertrag

- Abgrenzung – 96

## Aufhebungsvertrag

- Anfechtung – 107

## Auflösungsantrag

- Arbeitnehmer – 102
- Arbeitspflicht – 102

## Auslegung

- des Arbeitsvertrages – 108

## Ausschlussfrist

- absolute Rechte – 95
- Arbeitsmittel – 95

Besitz – 95

Urlaub, übergesetzlicher – 97

## Außerordentliche Kündigung

Androhung der Krankschreibung – 118

## Aussetzung

- Ermessen – 116
- Kündigungsschutzverfahren – 116
- Vorgreiflichkeit – 116

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

- auflösende Bedingung – 110
- Vorbeschäftigung – 109

## Berufung

Vollstreckungsgegenklage – 120

## Besitzstandszulage

öffentlicher Dienst – 115

## Bestreiten

Nichtwissen – 117

## Betriebliches Eingliederungsmanagement

- Darlegungslast – 110
- unterbliebenes – 110
- Wiederholungsbedarf – 110

## Betriebsbedingte Kündigung

- Sozialauswahl – *siehe dort*
- Wiedereinstellungsanspruch – 104

## Betriebsratsschulung

langjähriges BR-Mitglied – 112

## Betriebsratswahl

Vorschlagsliste der Gewerkschaft – 111

## Betriebsübergang

- Änderungsvertrag, nachfolgender – 94
- Umgehungsverbot – 94
- Vertragsänderung, nachfolgende – 94

## Bonus

- Freiwilligkeit – 93
- Intransparenz – 93
- Widerrufsvorbehalt – 93

## Eigenkündigung

Schriftform – 103

## Eingruppierung

- Berufserfahrung – 114
- Freizügigkeit – 114

## Eventualvorbringen

prozessuale Wahrheitspflicht – 119

**Insolvenzanfechtung**

Rückzahlungsanspruch – 122

**Krankheitsbedingte Kündigung**

betriebliches Eingliederungsmanagement – 106

**Kündigung***siehe auch unter betriebsbedingte -, krankheitsbedingte -,  
verhaltensbedingte -, außerordentliche und personen-  
bedingte -*

Wiederholungskündigung – 118

**Personalratsmitglied**

Freistellung – 113

**Prozessuale Wahrheitspflicht**

Eventualvorbringen – 119

**Rechtsschutzversicherung**

Obliegenheitsverletzung – 124

**Schadenersatz**

AGG – 91, 92

**Sonderzuwendung**

Freiwilligkeitsvorbehalt – 93

Intransparenz – 93

Widerrufsvorbehalt – 93

**Sozialauswahl**

Beförderungsabsicht – 105

Leistungsträger – 105

vergleichbare Arbeitnehmer – 105

**Streitwert**

Feststellungsklage – 124

wiederkehrende Leistungen – 124

**Streitwertfestsetzung**

Beschwerdefrist – 125

**Tarifvertrag**

Besitzstandszulage – 115

Eingruppierung – 114

**Urlaubsanspruch**

Altersteilzeit – 98

übergesetzlicher – 97

**Verhaltensbedingte Kündigung**

Androhung der Krankschreibung – 118

**Verspätetes Vorbringen**

Berufungsinstanz – 118

**Verzugspauschale**

Bereichsausnahme – 99

geringe Forderung – 99

monatlicher Anfall – 100

**Vollstreckungsgegenklage**

Berufung und – 120

einstweilige Einstellung – 120

Zulässigkeit – 120

**Weiterbeschäftigungsantrag**

Bestimmtheit – 103

**Wiedereinstellungsanspruch**

Betriebsübergang – 104

**Zurückbehaltungsrecht**

verbotene Eigenmacht – 95

**Zwangsvollstreckung**

Einstellung – 120

Nachteil – 120

Zwangshaft – 121

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber:**

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

**Chefredakteur:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
Tautenzienstraße 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 Rechtsanwälte  
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 DeutschenAnwaltverein (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  
Adresse: s.o.  
E-Mail: anzeigen@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 2017**

Inland € 104,- (zzgl. MwSt und Versand)  
Einzellehft € 33,80 (zzgl. Versand)

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 Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

**Urheber- und Verlagsrecht**

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge – auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze – sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urhebergesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache, übertragen werden. Namentlich gezeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben. Manuskripte und Einsendungen sind bitte an die Redaktionsanschrift zu senden.

**Manuskripte**

Die AE beinhaltet aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen sowie Beiträge für die Anwaltspraxis. Manuskripte sind an die Redaktionsanschrift zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten übernommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung durch den Herausgeber einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskriptes erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

**Haftungsausschluss:**

Verlag und Autoren übernehmen keinerlei Gewähr für die Richtigkeit oder Vollständigkeit 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.



**Arbeitsmigration**  
Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer  
eBrochure (PDF)  
Von RAin Stephanie Dufner  
1. Auflage 2016, 40 Seiten, 24,90 €  
ISBN 978-3-8240-5772-6

**Kompetent beurteilen, ob und wie ein ausländischer Kandidat als Arbeitnehmer eingestellt werden kann!**

Der Fachkräftemangel in Deutschland ist eine der drängendsten Herausforderungen für Arbeitgeber und deren Berater. Der demografische Wandel und der Wegzug qualifizierter deutscher Arbeitskräfte ins Ausland erschweren die Suche nach geeigneten Kandidaten für offene Stellen. Kein Betrieb, kein Arbeitgeber, der sich nicht schon mit diesem Thema auseinandergesetzt hätte. Der Fachkräftemangel beschäftigt den Handwerksmeister um die Ecke genauso wie den Personalchef im Großkonzern. Fachkräfte aus dem Ausland können helfen, dieses Problem zu lösen.

- Doch worauf muss bei der Einstellung ausländischer Arbeitnehmer geachtet werden?
- Kann für alle Tätigkeiten ausländisches Personal angestellt werden?
- Wer braucht eine Arbeitserlaubnis und welche Behörde ist dafür zuständig?
- Wie lange dauert ein solches Verfahren?
- Gibt es Unterschiede zwischen verschiedenen Herkunftsländern?

Diese und andere Fragen stellen sich dem Arbeitgeber beim Einstellungsverfahren eines ausländischen Bewerbers und genauso auch dem beratenden Rechtsanwalt.

Die eBrochure „Arbeitsmigration – Die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer“ gibt einen Überblick über die verschiedenen Beschäftigungsmöglichkeiten von Arbeitnehmern aus dem Ausland und beantwortet in Kürze viele Fragen, mit denen sich der Arbeitgeber und sein Rechtsberater konfrontiert sehen.

Die eBrochure

- ✓ erklärt wichtige Dokumente, Behörden und Begriffe;
- ✓ zeigt die Grundsätze der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und daraus resultierende Pflichten für Arbeitgeber auf;
- ✓ stellt die verschiedenen Möglichkeiten dar, im Aufenthaltstitel eine Tätigkeit (nicht) zu erlauben;
- ✓ beleuchtet die Verfahrensabläufe bei Ausländerbehörden, Botschaften/Konsulaten und der Bundesagentur für Arbeit sowie Rechtsmittel;
- ✓ fasst zusammen, für welche Tätigkeiten Erlaubnisse ausgestellt werden.



DeutscherAnwaltVerlag

Bestellen Sie im Buchhandel oder beim Verlag:  
Telefon 02 28 919 11-0 - Fax 02 28 919 11-23  
www.anwaltverlag.de - info@anwaltverlag.de