

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

der Koalitionsvertrag ist da und lässt den Arbeitsrechtler kalt. Ein bisschen Änderung des Befristungsrechts, ein paar Stöße aus der Nebelmaschine zur Entgeltgleichstellung, zu den Altersgrenzen und zum Mindestlohn sowie etwas Blendwerk zum „Ehrenkodex“ für Betriebsräte und das war's auch schon. Enttäuschte FDP-Anhänger (von der CDU hatte man ohnehin nichts erwartet) müssen sich mit dem ministeriellen Glanz ihrer Funktionäre begnügen. Gehen wir also zur Tagesordnung über.

Ständiger Tagesordnungspunkt ist die Auseinandersetzung mit den Rechtsschutzversicherern, wie ich schon in meinem Editorial zu Heft 1/2009 prophezeit hatte. *Dr. Nathalie Oberthür* hat sich dazu mit dem Versuch auseinandergesetzt, den Streitwert angedrohter Kündigungen nur mit einem Monatsgehalt zu bemessen (Heft 3/2009), einem Argument der Rechtsschutzversicherer, das jetzt allenthalben wieder an uns herangetragen wird. Der Geschäftsführende Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV hat sich deshalb – als weitere Sonderleistung gegenüber den Mitgliedern – entschlossen, die bereits früher tätige **„Koordinierungsstelle Rechtsschutzversicherung“** wieder zu installieren. Die Rechtsanwälte *Thomas Zahn*, LL.M. und *Dr. Gisbert Seidemann* stehen Ihnen also ab sofort wieder zur Unterstützung zur Verfügung. Die Bedingungen sind aus dem nachfolgenden Beitrag ersichtlich.

Was nun die in diesem Heft abgedruckten Entscheidungen betrifft, so hat Ihnen Frau Kollegin *Dr. Oberthür* einen bunten Strauß über eine Vielzahl von Rechtsfragen zusammengestellt. Herausgreifen möchte ich die Entscheidung Nr. 381 zur Befristung des Vertrages eines Arztes in Weiterbildung, die vielleicht auch einmal zu einer Einschränkung des nahezu uferlosen Befristungsrechts an Hochschulen führen könnte. Der Arzt war zwar vertraglich zur Weiterbildung eingestellt, doch fehlt es an einer tatsächlichen entsprechenden Beschäftigung. Es genügt nicht, dass die Beschäftigung der Weiterbildung tatsächlich förderlich ist. Vielmehr muss die Weiterbildung den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses ausmachen. Man wundert sich, dass sich bei dem heutigen Ärztemangel ein Arzt überhaupt noch „zweckentfremden“ lässt.

Ein wenig an „Emily“ erinnert die Entscheidung Nr. 385. Auch hier gereichte es dem Arbeitnehmer zum Nachteil, über einen Schadensfall nicht informiert, auf Nachfragen abweisend und provozierend reagiert und im Prozessverlauf zunächst wahrheitswidrige und widersprüchliche Angaben gemacht zu haben. Begrüßenswert ist die Streitwertfestsetzung des LAG Rheinland-Pfalz in der Nr. 420, wonach der Feststellungsantrag bezüglich des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses nach einem Betriebsübergang nicht von der bis dahin bestehenden Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmt ist. Erstaunlich ist die Entscheidung nur im Widerspruch zu der gegensätzlichen Bewertung bei Kündigungen.

Ich schließe meine Hinweise diesmal nicht nur mit dem Wunsch, dass die wiedergegebenen Entscheidungen Ihnen nützen mögen,

sondern auch mit den besten Wünschen für das Jahr 2010!

Ihr  
Dr. Hans-Georg Meier  
Fachanwalt für Arbeitsrecht



# Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einsenderliste	304
<b>Aufsätze/Beiträge</b>	
<i>RA Dr. Meier, Rechtsschutzkoordinierungsstelle relaunched!</i>	305
<i>RAin Dr. Katharina Freytag, Ausschuss und Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht beim Bundesarbeitsgericht</i>	305
<i>RiBAG Inken Gallner, Neue Entwicklungen im Teilzeitrecht</i>	307
<i>RA Fabian Manzau, Der Geschäftsführerbegriff des § 14 II, S. 1 KSchG im Vergleich zu dem § 35 GmbHG</i>	318
<i>RA Nikolaus Jung, Das Arbeitsgesetzbuch der DDR – ein Argument für ein bundesdeutsches Arbeitsvertragsgesetz?</i>	320
<i>RA Dr. Ueli Sommer, RAin Jasmin Frei, RA Daniel Staffelbach, Videoüberwachung in der Schweiz</i>	323
<b>Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen</b>	
<b>Entscheidungen</b>	326
Allgemeines Vertragsrecht	326
Bestandsschutz	334
Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht	338
Tarifrecht	345
Prozessuales	347
Sonstiges	348
Streitwert und Gebühren	350
<b>Rezensionen</b>	
Tschöpe (Hrsg.): Anwalts-Handbuch, Arbeitsrecht	352
Kittner/Zwanziger (Hrsg.): Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis	352
Gudera, L./Schiele, G./Palonka, A./Palonka, B./Bauckhage, A.: Das Mandat im Arbeitsrecht	353
Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.): BVerfGK – Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band II	353
Benecke/Hergenröder: Berufsbildungsgesetz.Kommentar	354
Impressum	354
<b>Stichwortverzeichnis</b>	355

## 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

Berrisch Mansholt	Hansjörg Werner	Gießen Darmstadt	Puhr-Westerheide Schrader, Dr.	Christian Peter	Duisburg Hannover
----------------------	--------------------	---------------------	-----------------------------------	--------------------	----------------------

### Einsender mit mehr als 20 Entscheidungen

Graumann Höser, Dr. Kelber, Dr. Lodzick Neef, Dr.	Ingo Jürgen Markus Michael Klaus	Iserlohn Frechen Berlin Darmstadt Hannover	Schmitt Seidemann, Dr. Tschöpe, Dr. Zeißig, Dr.	Jürgen Gisbert Ulrich Rolf	Stuttgart Berlin Gütersloh Berlin
---	--	--	--	-------------------------------------	--

### Einsender mit mehr als 10 Entscheidungen

Bauer Bauer Behrens Brötzmann, Dr. Dribusch Faecks Franzen Geus Gosda Gravenhorst, Dr. Gussen, Dr. Heinemann Hertwig, Dr. Hesse, Dr. Hilligus Jung Koch, Dr.	Dietmar Bertram Walter Ulrich Bernhard Friedhelm Klaus-Dieter Franz Ralf Wulf Heinrich Bernd Volker Walter Kurt-Jörg Nikolaus Friedemann	Wiehl Ansbach Hamburg Mainz Detmold Marburg Bremen Schweinfurt Ahlen Düsseldorf Rheda-Wiedenbrück St. Augustin Bremen Berlin Neustadt i.Holst. Oberursel Berlin	Krutzki Lampe, Dr. Matyssek Müller-Knapp Müller-Wiechards Peter Rütte Schaefer Schmalenberg, Dr. Schramm Schulz, Dr. Sparla Straub, Dr. Thiele Weber Weberling, Prof. Dr. Zahn	Gottfried Christian Rüdiger Klaus Wolfram Michael Klemens Rolf Werner Joachim Georg R. Franz Dieter Volker Axel Johannes Thomas	Frankfurt a.M. Berlin Ratingen Hamburg Lübeck Bad Honnef Hamm Hannover Bremen Lübbecke München Aachen München Düren Frankfurt/M. Berlin Berlin
--	--	---	--	---	--

### Einsender mit 5 – 9 Entscheidungen

Bause, Dr. Beckmann Böse Clausen Crämer Daniels Eckert, Dr. Fischer Fromlowitz Gehrmann Goergens Grimm, Dr. Heimann Hennige, Dr. Herbert, Dr. Hjort Keller Kern Krafft Krügermeyer- Kalthoff Kühn Kunzmann, Dr.	Thomas Paul-Werner Rainer Dirk Eckart Wolfgang Helmut Ulrich Horst Dietrich Dorothea Detlev Marco Susanne Ulrich Jens Thomas Jan H. Alexander Rolf Stefan Walter	Düren Herford Essen Nürnberg Dortmund Berlin Offenbach Frankfurt/Main Essen Aachen Hamburg Köln Cham Gütersloh Coburg Hamburg München Hamburg Öhringen Köln Karlsruhe Euskirchen	Link Matissek Müller Pauly, Dr. Pouyadou, Dr. Preßer Pütter, Dr. Richter Richter, Dr. Schäder, Dr. Schäfer Schipp, Dr. Schwartzek, Dr. Striegel Struckhoff Sturm Theissen- Graf Schweinitz Thieme Thon Vrana-Zentgraf Zirnbauer	Jochen Reinhard Steffen Stephan Richard M. Wolfgang Albrecht Klaus Hanns-Uwe Gerhard Dieter Johannes Thomas Bernhard Michael H. Joachim Ingo Hans Horst Silke Ulrich	Villingen Kaiserslautern Iserlohn Bonn Augsburg Neunkirchen Flensburg Bremen Heidelberg München Essen Gütersloh Berlin Kassel München Bottrop Hagen Frankfurt/M. Offenbach Darmstadt Nürnberg
---	---	---	--	--	---

## Koordinierungsstelle Rechtsschutzversicherung relaunched!

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

Wie im Editorial bereits angesprochen bietet der Geschäftsführende Ausschuss als weitere Dienstleistung erneut die Unterstützung im Streit mit Rechtsschutzversicherungen an.

Jedes Mitglied, das Probleme bei der Durchsetzung von berechtigten Gebührenansprüchen gegen Rechtsschutzversicherer hat, kann sich an die Koordinierungsstelle wenden. Die Koordinierungsstelle wird die vorzulegenden Unterlagen prüfen, sich im Falle einer positiven Bewertung für den Anspruchsteller als Anwalt bei der jeweiligen Rechtsschutzversicherung melden und die Ansprüche nochmals geltend machen. Notfalls wird der Anspruch auch eingeklagt.

Die Tätigkeit des Anwalts der Koordinierungsstelle sowohl bei der außergerichtlichen als auch bei der gerichtlichen Tätigkeit ist für das anspruchstellende Mitglied kostenlos! Das Mitglied hat lediglich Gerichtskosten und Auslagen zu zahlen. Lediglich dann, wenn der Anspruch entgegen der vorherigen Einschätzung abgewiesen wird, was in Ansehung der zersplitterten Rechtslandschaft und der überwiegenden ausschließlichen Zuständigkeit von Amtsgerichten nie ausgeschlossen werden kann, trägt der anspruchstellende Anwalt letztlich auch die gerichtlichen Kosten und die außergerichtlichen der Rechtsschutzversicherung. Der Vorstand setzt allerdings darauf, dass das Auftreten der Koordinierungsstelle die Zahl der Prozesse verringert. Die Koordinierungsstelle behält sich natürlich das Recht vor, auch Vergleiche zu schließen, die Entscheidungen erübrigen. Dem anspruchstellenden Anwalt

verbleibt dann, was an Gebührenanspruch durchsetzbar ist. Kosten hat er nach dem Vorgesagten weitgehend nicht zu tragen.

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

Im Bedarfsfall wenden Sie sich bitte an:

### **AE Koordinierungsstelle für Rechtsschutzprobleme**

c/o Rechtsanwalt Thomas Zahn, LL.M.

Budapester Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030 / 254 591 – 70

Fax: 030 / 254 591 – 66

u.koehler@advocati.de

Zögern Sie nicht, dieses Angebot in Anspruch zu nehmen. Jeden Erfolg, den Sie oder die Koordinierungsstelle für Sie gegen die Rechtsschutzversicherung erreicht, dient der ganzen Anwaltschaft zum Vorteil.

## Ausschuss und Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht beim Bundesarbeitsgericht

*Rechtsanwältin Dr. Katharina Freytag, Berlin*

Am 25. Juni 2009 trafen sich Arbeitsrechtsanwälte des DAV mit BAG-Richtern in den Räumen des Bundesarbeitsgerichts in Erfurt zum informellen Austausch. Ein solches Treffen hatte es zuletzt vor 8 Jahren gegeben.

Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* und der Vorsitzende des Gesetzgebungsausschusses des DAV *Prof. Dr. Heinz-Josef Willemsen* strukturierten und leiteten das Treffen und begrüßten die jeweils 18 Vertreter aus Richter-

und Anwaltschaft. Ein Impulsreferat von Rechtsanwältin *Regina Steiner*, Frankfurt/Main, verschaffte zunächst einen Überblick über Fragen der Altersdiskriminierung im Zusammenhang mit dem AGG. Schwerpunkte lagen auf den vom Lebensalter abhängigen Abfindungsregelungen in Sozialplänen, der Sozialauswahl, der Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl sowie Altersgrenzen in Tarifverträgen. Dabei wurde insbesondere auch die EuGH-Rechtsprechung berücksichtigt. Im Anschluss wurde lebhaft über die Rechtsprechung

des 1. Senats zu altersbezogenen Regelungen in Sozialplänen diskutiert. Die durch die Rechtsprechung wieder erhöhte Rechtssicherheit wurde allgemein begrüßt.

Den nächsten Themenkomplex leitete Rechtsanwalt *Prof. Dr. Stefan Lunk*, Hamburg, mit einem Kurzstatement zu „Vertrauensschutz und der Rückwirkungsproblematik“ ein. Dabei bezog er sich insbesondere auf Massenentlassungsanzeigen und Altersdiskriminierung. Nach einer ausgiebigen Diskussion zu diesem Thema wurden verschiedene Anregungen von Seiten der Richter wie auch der Anwaltschaft zur Durchführung der Verhandlungen vor dem BAG thematisiert. Diskutiert wurde zunächst über die Anregung der Anwaltschaft, den Prozessparteien bereits im Vorfeld der Verhandlung Hinweise zu geben, welche rechtlichen oder tatsächlichen Fragen der Senat in der mündlichen Verhandlung schwerpunktmäßig zu erörtern beabsichtige. Die Richter gaben dabei zu bedenken, dass derartige Hinweise aufgrund der richterlichen Neutralität und der zeitlichen Abläufe sowie der maßgeblichen und unverzichtbaren Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter nur in Grenzen möglich seien.

Weitere Themen des Gedankenaustauschs waren die „Prozessökonomische Behandlung von Masseverfahren“, vorgetragen von dem Vorsitzenden Richter am BAG *Klaus Bepler*, sowie die Ausführungen zu der „Verfahrensbegleitenden Kontrolle von Vorgängen, die für die prozessuale Stellung von Verfahrensbeteiligten, die Zulässigkeit von Anträgen oder die Fortsetzung des Verfahrens von Bedeutung sind“ von dem Vorsitzenden Richter am BAG *Burghard Kreft*. Auch diese Themen wurden von Anwälten und Richtern intensiv diskutiert. Von Richterseite ist in diesem Zusammenhang die Bitte an die Anwaltschaft herangetragen worden, die mündliche Verhandlung auch in prozessualer Hinsicht vorzubereiten, zumal es immer wieder vermeidbare Unklarheiten bei Parteibezeichnungen und Vertretungsverhältnissen gebe. Gleiches gelte, wenn seit dem zweitinstanzlichen Urteil entscheidungserhebliche Tatsachen eingetreten seien; die Richter bitten darum, den Senat in derartigen Fällen rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung zu informieren.

Die weitere Überlegung, zunehmend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verzichten, ist kontrovers diskutiert worden. Eine entsprechende Anregung des Senats würde in manchen Fällen aus der Sicht der Anwaltschaft begrüßt, wenn aufgrund der schriftsätzlichen Vorbereitung ohnehin keine vertiefte mündliche Verhandlung vorgesehen wäre; allerdings sei aus der Sicht des Mandanten häufig eine mündliche Verhandlung auch dann geboten, wenn Richter und Anwälte diese für entbehrlich erachten. Zudem sei für anwesende Mandanten schwer nachvollziehbar, wenn in der mündlichen Verhandlung lediglich auf die vorbereitenden Schriftsätze verwiesen werde. Die Richterschaft wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der mündliche Parteivortrag keinesfalls beschränkt werden solle; der Verzicht auf ausführliche Plädoyers solle der Anwaltschaft die Prozessführung vielmehr erleichtern.

Ein letzter, ebenfalls kontrovers diskutierter Themenschwerpunkt war der Umgang mit den Pressemitteilungen des BAG. Diese stellen aus der Sicht des BAG eine bloße Information für die breite Öffentlichkeit dar, so dass die Überlegungen des Gerichts zwangsläufig nur sehr verkürzt und vereinfacht dargestellt werden könnten. Die publizistische und journalistische Auseinandersetzung von Teilen der Anwaltschaft mit der Rechtsprechung werde von der Richterschaft kritisch gesehen, soweit sie allein auf der Grundlage von Pressemitteilungen erfolge.

Abschließend lässt sich sagen, dass der Gedankenaustausch der Richter des BAG mit den Arbeitsrechtsanwälten des DAV von beiden Seiten auf vollste Zufriedenheit stieß. *Schmidt* und *Willemsen* betonten, dass man diese Treffen auf jeden Fall wiederholen müsse. Keinesfalls dürfe man erneut acht Jahre verstreichen lassen, bevor es wieder einen solchen Workshop gebe. So sei es für beide Seiten wichtig, die Meinungen und Überzeugungen des anderen besser kennen zu lernen, um eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Richtern und Anwälten zu gewährleisten.

# Neue Entwicklungen im Teilzeitrecht

Inken Gallner, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Frau Gallner ist Mitglied des 9. Senats des Bundesarbeitsgerichts und hat auf der Grundlage des nachfolgenden Textes auf der 58. Tagung unserer Arbeitsgemeinschaft am 19. September 2009 ihren Vortrag gehalten und uns freundlicherweise die Genehmigung zum Abdruck erteilt.

## A. Das Thema

Ausgangspunkt dieses Beitrags ist eine Frage, die sich mir in der Tagungsvorbereitung stellte: Ist das Teilzeitrecht auf der Grundlage von §§ 8, 9 TzBfG nicht eher ein Randthema, das ein praktisch wenig bedeutsames Schattendasein führt?

### I. Schattendasein des Teilzeitrechts?

Ich beantworte diese Frage inzwischen mit Nein. Ansprüche auf Verringerung und Verlängerung der Arbeitszeit sind nicht nur arbeitsrechtlich, sondern auch gesellschaftspolitisch von großer Relevanz und Brisanz. Hintergrund einer gewünschten Arbeitszeitreduzierung sind häufig Familien- oder Pflegepflichten. Manchmal möchte der Arbeitnehmer auch nur mehr Freizeit haben. Der Wortlaut des § 8 TzBfG unterscheidet diese Fälle nicht. Er knüpft nicht an die persönliche Ausgangssituation an. Das gilt auch für den Verlängerungsanspruch aus § 9 TzBfG. Man mag bedauern, dass die „familienpolitische Blindheit“ der §§ 8 und 9 TzBfG nicht zu größerer gesellschaftlicher Akzeptanz der Ansprüche beigetragen hat. Aufgabe dieses Beitrags ist es, Analysen auf der Grundlage des geltenden Rechts zu liefern.

### II. Kontrahierungszwang, Interessenlage und Ausgleichsfunktion der Rechtsprechung

Auf Arbeitnehmerseite liegt dem Wunsch nach Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit oder ihrer Verlängerung häufig, aber nicht immer ein starkes persönliches Bedürfnis zugrunde. Das Verlangen nach Änderung der Arbeitszeit bringt die Arbeitgeberseite nicht selten in Bedrängnis, weil sie erhebliche Umorganisationen der Arbeitsabläufe erfordert. Funktion der Rechtsprechung ist es, die gegenläufigen Interessen auf der Grundlage von Wortlaut, Systematik, Zweck und ggf. Gesetzesgeschichte der beiden Normen möglichst behutsam auszugleichen. Das kann v. a. aus Arbeitgebersicht nicht immer gelingen. Die Ausgangslage ist nicht zu beschönigen. §§ 8 und 9 TzBfG begründen Kontrahierungszwänge. Sie greifen in die Vertragsabschlussfreiheit ein.<sup>1</sup>

### III. Die Fälle

Ich möchte die Darstellung des nötigen Balanceakts der Rechtsprechung bei dem irrtumsanfälligen Akt der Rechtskenntnis nicht in einer Flut von Einzelentscheidungen

ertränken. Deshalb greife ich aus beiden Gebieten jeweils ein Urteil heraus:

- Im Recht des § 8 TzBfG habe ich mich für den Fixsternfall vom 16. Dezember letzten Jahres entschieden.<sup>2</sup> Er soll einige vertragsrechtliche Fragen beleuchten. Der Fall dient mir v. a. dazu, gewisse Sollbruchstellen im Verhältnis des Individualanspruchs aus § 8 TzBfG und des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu diskutieren.
- Anschauungsmaterial für den Verlängerungsanspruch aus § 9 TzBfG soll der Drogeriemarktfall vom 16. September 2008 sein.<sup>3</sup> Das Urteil behandelt im Kern das Problem des „entsprechenden Arbeitsplatzes“ im Sinne von § 9 TzBfG und entwickelt in diesem Zusammenhang ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.

Die beiden Fälle geben mir als Mitglied des zuständigen Fachsenats Gelegenheit zur authentischen Interpretation. Dabei möchte ich auch auf Kritik eingehen.

Die beiden ausgewählten Entscheidungen haben im Ergebnis den Charme der Balance. Im einen Fall obsiegte die Arbeitgeberin, im anderen die Arbeitnehmerin.

## B. § 8 TzBfG und der Fixsternfall

Ich beginne mit dem in der Praxis häufigeren Anspruch auf Verringerung und Neuverteilung der Arbeitszeit aus § 8 TzBfG und dem Fixsternfall vom 16. Dezember 2008.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Zur Verfassungskonformität von § 8 TzBfG ausführlich BAG, Urt. v. 18. Februar 2003 – 9 AZR 164/02 – zu B III 4a der Gründe, BAGE 105, 107; vgl. auch Rolfs/Clemens, Anm. BAG, Urt. v. 18. Februar 2003 – 9 AZR 356/02 – AP TzBfG § 8 Nr. 1 zu 1; a. A. Richardi/Annuß, BB 2000, 2201, 2202 f.

<sup>2</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; fortgeführt von BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08.

<sup>3</sup> BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

<sup>4</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23 mit Besprechungen Braun, ArbRB 2009, 168; Hamann, jurisPR-ArbR 21/2009 Anm. 1; Schirge, dbr 2009 Nr. 8, 40; fortgeführt von BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08.

## I. Sachverhalt

Die Klägerin arbeitete mehrere Jahre in Vollzeit von 37,5 Wochenstunden im Baumarkt der Beklagten. Im Arbeitsvertrag war eine variable Arbeitszeiteinteilung vereinbart. Die Beklagte beschäftigt ihre Arbeitnehmer in einem rollierenden Wechselschichtsystem an fünf Werktagen der Woche. Diese Arbeitszeiteinteilung soll gewährleisten, dass die als belastend empfundenen Arbeitszeiten am Nachmittag und Abend sowie am Samstag gleichmäßig auf alle Arbeitnehmer verteilt werden. Eine von der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat geschlossene Vereinbarung gibt nur einen Arbeitszeitrahmen vor. Die Klägerin beantragte für die Zeit nach ihrer Elternzeit wegen der Betreuungszeiten des Horts ihres Sohns, ihre Arbeitszeit von 37,5 auf 30 Wochenstunden zu verringern und die Arbeitszeit auf Montag bis Freitag von 8:30 Uhr bis 14:30 Uhr und höchstens zwei Samstage im Monat zu verteilen. Die Beklagte stimmte der Reduzierung der Arbeitszeit zu, lehnte die Umverteilung jedoch ab. Für die Ablehnung der Neuverteilung machte sie sich die Stellungnahme des Betriebsrats zu eigen. Der Betriebsrat hatte seine Zustimmung zu der starren Arbeitszeit der Klägerin mit Blick auf den Betriebsfrieden verweigert. Die Klägerin machte die Umverteilung ihrer Arbeitszeit in dritter Instanz erfolglos geltend.

## II. Problemfelder

Der Fixsternfall wirft zwei Fragen auf:

- das Problem der vom bisherigen vertraglichen Arbeitszeitmodell gelösten Neuverteilung der Arbeitszeit<sup>5</sup> und
- die Kollision des Neuverteilungsanspruchs aus § 8 TzBfG mit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Verteilung der betriebsüblichen Arbeitszeit aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG.<sup>6</sup>

## III. Änderung des Arbeitszeitverteilungsmodells

### 1. Ergebnis

Der Neunte Senat trifft hinsichtlich der Lösung vom vertraglichen Modell der Arbeitszeitverteilung die Aussage, dass ein Neuverteilungsanspruch aus § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG bis zu den Grenzen des Rechtsmissbrauchs nicht auf das bisher vereinbarte Arbeitszeitverteilungsmodell beschränkt ist. Der Arbeitnehmer hat nicht nur im Rahmen der Verringerung, sondern auch im Hinblick auf die Neuverteilung der Arbeitszeit Anspruch auf Vertragsänderung. Er kann z. B. eine festgelegte Arbeitszeit anstelle einer variablen oder sog. flexiblen Arbeitszeit verlangen.<sup>7</sup> Auch ein Übergang von der Fünftagewoche auf die Viertagewoche kann von § 8 TzBfG gedeckt sein.<sup>8</sup>

### 2. Begründung

Der Senat begründet das Ergebnis eines vom bisherigen vertraglichen Modell gelösten Verteilungsanspruchs vorrangig mit dem Gesetzeszweck. Er stützt dieses Ergebnis mit

Erwägungen zu Wortlaut, Zusammenhang und Gesetzesgeschichte.<sup>9</sup>

#### a) Gesetzeszweck

Die wirtschaftlich nachteilige Arbeitszeitverkürzung ist für den Arbeitnehmer häufig nur sinnvoll, wenn sie ihm auch hinsichtlich der Arbeitszeitverteilung die nötigen Freiräume eröffnet. Der Arbeitnehmer soll eine größere Zeitsouveränität erlangen.<sup>10</sup>

#### b) Wortlaut, Zusammenhang und Gesetzesgeschichte

Wortlaut und Zusammenhang des § 8 Abs. 1 TzBfG, der einen Anspruch auf Verringerung „der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit“ begründet, geben aus Sicht des Neunten Senats keine Beschränkung auf das arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeitverteilungsmodell vor. Der in §§ 1 und 6 TzBfG ausgedrückte Gesetzeszweck der Förderung der Teilzeitarbeit verlangt eine möglichst weitgehende Flexibilisierung nicht nur der Dauer, sondern auch der Verteilung der Arbeitszeit. Wortlaut und Zusammenhang des § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG bringen diese gesetzgeberische Zielvorstellung zum Ausdruck. Die dort getroffenen Regelungen trennen die Entscheidungen des Arbeitgebers über die Anträge auf Arbeitszeitverringerung und Arbeitszeitneuverteilung. Der Arbeitgeber kann die Verkürzung wirksam akzeptieren, die Umverteilung dagegen ablehnen, wenn der Arbeitnehmer seinen Reduzierungswunsch nicht vom Erfolg seines Neuverteilungsverlangens abhängig

<sup>5</sup> BAG, Urt. v. – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 29 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

<sup>6</sup> BAG, Urt. v. – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 42 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

<sup>7</sup> BAG, Urt. v. – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 29 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; ebenso z. B. LAG Düsseldorf, Urt. v. – 1. März 2002 – 18 (4) Sa 1269/01 – zu B I 2c der Gründe, LAGE TzBfG § 8 Nr. 5; Laux, in: Laux/Schlachter TzBfG § 8 Rn 32; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 3. Aufl., § 8 Rn 41; Sievers, TzBfG, 2. Aufl., § 8 Rn 23; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 8 TzBfG Rn 12; a. A. etwa LAG Düsseldorf, Urt. v. 17. Mai 2006 – 12 Sa 175/06 – zu I 1 bis 4 der Gründe, LAGE TzBfG § 8 Nr. 17a; MünchKommBGB/Müller-Glöße, 5. Aufl., Bd. 4 § 8 TzBfG, Rn 13; ErfK/Preis, 9. Aufl., § 8 TzBfG, Rn 12; Rolfs, TzBfG, § 8 Rn 20.

<sup>8</sup> BAG, Urt. v. – 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 27 ff.

<sup>9</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 30 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 27 ff.

<sup>10</sup> BAG, Urt. v. – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 30, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 28 ff.

gemacht hat. Das Korrekturrecht des Arbeitgebers aus § 8 Abs. 5 Satz 4 TzBfG, das auf die Neuverteilung der Arbeitszeit beschränkt ist, hält die Unterscheidung konsequent durch.<sup>11</sup>

### c) Grenze des Rechtsmissbrauchs

Grenze des Umverteilungsanspruchs ist der Rechtsmissbrauch (§ 242 BGB). Ob das Verlangen des Arbeitnehmers rechtsmissbräuchlich ist, lässt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalls beantworten. Der Arbeitgeber, der den Ausnahmefall des Rechtsmissbrauchs einwendet, ist für die zugrunde liegenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet. Will der Arbeitnehmer seine bisherige Wochenarbeitszeit um eine erhebliche Zeitspanne z. B. ein Zehntel vermindern, müssen besondere Umstände hinzutreten, die darauf schließen lassen, dass der Verringerungswunsch nur dazu dient, eine andere Arbeitszeitverteilung durchzusetzen. Sonst würde die gesetzgeberische Zielvorstellung unterlaufen, die Ansprüche aus § 8 Abs. 1, Abs. 4 Satz 1 TzBfG nicht von einem bestimmten verbleibenden Arbeitszeitvolumen abhängig macht.<sup>12</sup>

## IV. Der Arbeitszeitverteilung entgegenstehende betriebliche Mitbestimmung

Eines der zentralen Themen in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Teilzeitananspruch war in den vergangenen Jahren das Verhältnis von § 8 TzBfG und dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Verteilung der betriebsüblichen Arbeitszeit aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Kann ein ausgeübtes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats dem individuellen Neuverteilungsanspruch des Arbeitnehmers entgegenstehen? Der Neunte Senat hat zu diesem Problem in den Entscheidungen vom 16. Dezember 2008<sup>13</sup> und 18. August 2009<sup>14</sup> Stellung genommen.

Hier befinden wir uns im Auge des Sturms. Individual- und Kollektivrecht prallen ungebremst aufeinander. In diesen Streitigkeiten gibt es in Wirklichkeit nicht nur zwei Akteure, sondern drei. Der Arbeitgeber „spielt“ salopp formuliert „über Bande“. Seine Verteidigung ist das Veto des Betriebsrats. Der Konflikt besteht in der Regel nicht vorrangig zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Widersacher sind der einzelne Arbeitnehmer und das betrieblich verfasste Kollektiv, der Einzelne und die Gruppe.

### 1. Hauptaussage

Der Kern der Entscheidungen des Neunten Senats im Bereich der Kollision von Individual- und Kollektivrecht ist: Betriebsvereinbarungen oder Regelungsabreden können dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Neuverteilung seiner Arbeitszeit aus § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG entgegenstehen, wenn die Arbeitszeitverteilung des einzelnen Arbeitnehmers Auswirkungen auf das kollektive System der Verteilung der betriebsüblichen Arbeitszeit hat.

## 2. Ableitungen

### a) Kollektiver Bezug

Das Kollisionsproblem zwischen § 8 TzBfG und § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG stellt sich nur, wenn die vom Arbeitnehmer gewünschte Festlegung der Verteilung der Arbeitszeit einen kollektiven Bezug hat. Allgemeine Interessen der Belegschaft sind betroffen, wenn die beabsichtigte Arbeitszeitverteilung Auswirkungen auf den ganzen Betrieb, eine Gruppe von Arbeitnehmern oder einen Arbeitsplatz, d. h. nicht nur auf den einzelnen Arbeitnehmer, der die Arbeitszeitumverteilung wünscht, hat. Die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 BetrVG sind kollektive Schutzrechte zugunsten der Arbeitnehmer des Betriebs. Ihre Rechtsstellung darf in kollektiver Hinsicht nicht verschlechtert werden.<sup>15</sup> Hat die Arbeitszeitverteilung dagegen keinen kollektiven Bezug, ist der Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 8 TzBfG verpflichtet, die gewünschte Arbeitszeit festzulegen.<sup>16</sup>

Der Neunte Senat hat den nötigen kollektiven Bezug der gewünschten Arbeitszeitverteilung im Fixsternfall bejaht. Die variable Arbeitszeit der anderen Arbeitnehmer hätte sich an

<sup>11</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 31 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 27 ff.: Verringerung um vier Stunden bei vereinbarter 40-Stunden-Woche; vgl. auch die Begründung der Beschlüsse des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung in BT-Drucks. 14/4625 S. 20. Dort wird ausgeführt, die – später in das Gesetz eingegangenen – Änderungsempfehlungen zum Regierungsentwurf des § 8 Abs. 3 und 5 TzBfG stellten klar, dass zwischen der zu vereinbarenden Verringerung der Arbeitszeit und der Festlegung ihrer Verteilung zu differenzieren sei.

<sup>12</sup> BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 34 ff.

<sup>13</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 42 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

<sup>14</sup> BAG, Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn – 43, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

<sup>15</sup> BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 42; Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 43, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 87 Rn 599.

<sup>16</sup> St. Rspr., vgl. für eine Regelungsabrede BAG, Urt. v. 18. August 2009 – 9 AZR 517/08 – Rn 42; Urt. v. 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 43 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; für Betriebsvereinbarungen BAG, Urt. v. 24. Juni 2008 – 9 AZR 313/07 – Rn 37, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 8 = EzA TzBfG § 8 Nr. 21; Urt. v. 16. März 2004 – 9 AZR 323/03 – zu B II 5c cc der Gründe, BAGE 110, 45; Urt. v. 18. Februar 2003 – 9 AZR 164/02 – zu B IV 2a der Gründe, BAGE 105, 107.

der starren Arbeitszeit der Klägerin ausrichten, sich einem Fixstern gleich um sie „herumgruppieren“ müssen. Die anderen Arbeitnehmer hätten häufiger am späteren Nachmittag oder Abend und am Samstag eingesetzt werden müssen.

### b) Kein Gesetzesvorbehalt

§ 8 TzBfG begründet keinen Gesetzesvorbehalt im Sinne des Eingangssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG, der das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ausschließt. Der Teilzeitananspruch aus § 8 TzBfG lässt dem Arbeitgeber einen Regelungsspielraum. Der Arbeitgeber muss seine betrieblichen Aufgabenstellungen festlegen und daraus nachvollziehbare Konsequenzen für die individuelle und kollektive Verteilung der Arbeitszeit ziehen.<sup>17</sup>

### c) Gegenstand der Mitbestimmung

Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist nicht der angestrebte Abschluss des Änderungsvertrags. Der Änderungsvertrag selbst ist keine Änderung der betriebsüblichen Arbeitszeit i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Die betriebsübliche Arbeitszeit wird erst durch die tatsächliche Beschäftigung mit der geänderten Arbeitszeitverteilung verändert. Die Abgabe der Annahmeerklärung des Arbeitgebers zu einem Neuverteilungsantrag nach § 8 TzBfG ist deshalb nicht mitbestimmungspflichtig.<sup>18</sup> Der Betriebsrat hat dennoch vor Abgabe der Annahmeerklärung mitzubestimmen. Die wirksame Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts verlangt, dass der Betriebsrat zu einer Zeit mitbestimmt, zu der noch keine endgültige Entscheidung getroffen ist.<sup>19</sup> Der Abschluss des Änderungsvertrags ist eine solche endgültige Entscheidung, die nicht mehr ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann, wenn der Vertrag nicht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Zustimmung des Betriebsrats steht.

### d) Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden als rechtliche Hinderungsgründe

Es entspricht seit einigen Jahren der Rechtsprechung des Neunten Senats, dass Betriebsvereinbarungen dem Verlangen eines Arbeitnehmers auf Neuverteilung seiner Arbeitszeit aus § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG als rechtliche nicht betriebliche Hinderungsgründe entgegenstehen können.<sup>20</sup> An der Fixsternentscheidung ist neu, dass sie auch formlose Regelungsabreden der Betriebspartner als rechtliche Gegenstände anerkennt, die einem Anspruch auf Umverteilung der Arbeitszeit entgegenstehen können.<sup>21</sup> Der Senat begründet das mit der Pflicht des Arbeitgebers aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, nicht nur Betriebsvereinbarungen, sondern auch Regelungsabreden durchzuführen. Mit der Übereinkunft verpflichtet sich der Arbeitgeber gegenüber dem Betriebsrat schuldrechtlich, sich entsprechend der getroffenen Abrede zu verhalten.<sup>22</sup> Die Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten aus § 87 Abs. 1 BetrVG können durch formlose Regelungsabrede ausgeübt werden.<sup>23</sup> Der Senat musste wegen der getroffenen

betrieblichen Regelung nicht darüber entscheiden, ob der Arbeitgeber die Einigungsstelle anrufen muss, wenn er einem Antrag auf Neuverteilung der Arbeitszeit selbst zustimmen will, der Betriebsrat die Beschäftigung mit der geänderten Arbeitszeit dagegen ablehnt.<sup>24</sup>

### aa) Kritik

Diese Rechtsprechung hat Kritik erfahren. *Hamann* meint, einer Regelungsabrede komme entgegen der gesetzgebe-

<sup>17</sup> Näher BAG, *Urt. v.* – 16. März 2004 – 9 AZR 323/03 – zu B II 5b der Gründe, BAGE 110, 45; *Urt. v.* 18. Februar 2003 – 9 AZR 164/02 – zu B IV 2a der Gründe, BAGE 105, 107; *Urt. v.* 18. Februar 2003 – 9 AZR 164/02 – zu B IV 2a bb der Gründe, BAGE 105, 107.

<sup>18</sup> BAG, *Urt. v.* 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn – 52 f. m.w.N. aus der *Rspr. des Ersten Senats*, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; a. A. zu § 8 TzBfG *Laux*, in: *Laux/Schlachter*, TzBfG, § 8 Rn 207: Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Annahmeerklärung.

<sup>19</sup> Zu *Einstellungen im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG* BAG 28. April 1992 – 1 ABR 73/91 – zu B III 2 der Gründe, BAGE 70, 147.

<sup>20</sup> Für die *st. Rspr.* BAG, *Urt. v.* 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 55, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; *Urt. v.* 24. Juni 2008 – 9 AZR 313/07 – Rn 37, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 8 = EzA TzBfG § 8 Nr. 21; ebenso die *h. M.* im Schrifttum, vgl. nur *Hk-TzBfG/Boecken*, § 8 Rn 65 ff.; *Laux*, in: *Laux/Schlachter*, § 8 Rn 204 ff.; *Mengel*, in: *Annuß/Thüsing*, 2. Aufl., TzBfG, § 8 Rn. 275; *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, § 8 TzBfG Rn 36; *ErfK/Preis*, 9. Aufl., § 8 TzBfG Rn 41; *Sievers*, TzBfG, 2. Aufl., § 8 Rn 179 ff.; *Arnold/Gräfl/Vossen*, TzBfG, 2. Aufl., § 8 Rn 96; *Zwanziger*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *KSchR*, 7. Aufl., § 8 TzBfG Rn 54.

<sup>21</sup> BAG, *Urt. v.* 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 62 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

<sup>22</sup> Vgl. BAG, *Urt. v.* – 21. Januar 2003 – 1 ABR 9/02 – zu B II 2c bb der Gründe, AP BetrVG 1972 § 21a Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 3; *Urt. v.* 14. Februar 1991 – 2 AZR 415/90 – zu IV 3 der Gründe, AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1.

<sup>23</sup> Für die *st. Rspr.* BAG, *Urt. v.* – 20. Januar 1998 – 9 AZR 698/96 – zu B I 2 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 73 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 63; BAG, *Urt. v.* 10. März 1992 – 1 ABR 31/91 – zu B I 2a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 77 Regelungsabrede Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 77 Nr. 47; *Urt. v.* 14. Februar 1991 – 2 AZR 415/90 – zu IV 2 der Gründe, AP BGB § 615 Kurzarbeit Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 1; *Urt. v.* 20. November 1990 – 1 AZR 643/89 – zu I 2 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 77 Regelungsabrede Nr. 2; BAG Großer Senat

rischen Konzeption im Ergebnis nicht nur schuldrechtliche, sondern normative Wirkung zu, wenn sie den gesetzlichen Anspruch auf Änderung des Arbeitsvertrags ausschließen könne.<sup>25</sup>

### bb) Stellungnahme

Ich halte dieses Argument im Ergebnis nicht für tragfähig. Dem Arbeitgeber kann nicht abverlangt werden, sich entgegen seiner Durchführungspflicht aus § 77 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu verhalten, das Änderungsangebot des Arbeitnehmers anzunehmen und damit die Grundlage für die Beschäftigung mit der geänderten Arbeitszeitverteilung zu schaffen. Der Durchführungsanspruch des Betriebsrats besteht unabhängig von einem möglichen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats.<sup>26</sup> Die Durchführungspflicht für den Teilzeitanspruch abzulehnen, hieße, eine in anderen Bereichen gewachsene, wohlherwogene Begründungslinie aufzugeben und damit einen Systembruch zu schaffen. Die Kritik *Hamanns* entzündet sich meines Erachtens nicht an der dogmatischen Herleitung, sondern an dem im Gesetzgebungsverfahren nicht vollständig aufgelösten Kollisionsproblem zwischen Teilzeitanspruch und betrieblicher Mitbestimmung. Dem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG liegt die gesetzgeberische Vorstellung zugrunde, dass die Festlegung der betriebsüblichen Arbeitszeit typischerweise kollektive Interessen der Arbeitnehmer berührt. Die Einsätze der Arbeitnehmer sind aufeinander abgestimmt. Die Arbeitsabläufe greifen ineinander. Das Mitbestimmungsrecht dient dazu, die Interessen der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und der freien Zeit zur Gestaltung ihres Privatlebens zur Geltung zu bringen.<sup>27</sup> Der Anspruch auf Umverteilung der Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers berührt deshalb fast immer die kollektiven Interessen der Belegschaft oder eines ihrer Teile. Der mögliche Interessengegensatz muss aufgelöst werden.

### e) Inhaltliche Überprüfbarkeit der Regelungsabrede

Die Regelungsabrede, die der gewünschten Arbeitszeitumverteilung im Fixsternfall entgegensteht, wahrt aus Sicht des Neunten Senats die Grenzen der Regelungsmacht der Betriebspartner. Der Senat betont die Aufgabe des Betriebsrats, die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b BetrVG zu fördern. Der Betriebsrat muss diese Aufgabe und seine Schutzpflicht aus § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG bei der Beschlussfassung über eine Betriebsvereinbarung oder eine Regelungsabrede berücksichtigen.<sup>28</sup> Der Senat nimmt im konkreten Fall jedoch an, der Betriebsrat habe seine Aufgaben und Pflichten beachtet und die Grenzen seines Beurteilungsspielraums gewahrt.<sup>29</sup>

### V. Zusammenfassung zu § 8 TzBfG in Thesen

Ich schließe den ersten Teil dieses Beitrags mit einer Wiederholung meiner beiden Kernthesen:

**1. Keine Bindung an das bisherige vertragliche Verteilungsmodell:** Ein Neuverteilungsanspruch aus § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG ist bis zu den Grenzen des Rechtsmissbrauchs nicht auf das bisher vereinbarte Arbeitszeitverteilungsmodell beschränkt. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Vertragsänderung. Er kann z. B. verlangen, statt in der Fünftagewoche in der Viertagewoche zu arbeiten.

**2. Entgegenstehende Rechtsgründe aus ausgeübtem Mitbestimmungsrecht:** Nicht nur Betriebsvereinbarungen, sondern auch Regelungsabreden können dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Neuverteilung seiner Arbeitszeit aus § 8 Abs. 2 bis 5 TzBfG entgegenstehen. Voraussetzung ist, dass die Arbeitszeitverteilung des einzelnen Arbeitnehmers Auswirkungen auf das kollektive System der Verteilung der betriebsüblichen Arbeitszeit hat.

### C. § 9 TzBfG und der Drogeriemarktfall

Ich gehe nun zu den Fragen des Anspruchs auf Verlängerung der Arbeitszeit aus § 9 TzBfG über.

#### I. Statistische Seltenheit von Verlängerungsansprüchen

Verlängerungswünsche auf der Grundlage von § 9 TzBfG treten statistisch selten auf. Es gibt eine Erhebung des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), die aus dem Herbst 2002 stammt.<sup>30</sup> Aus dieser älteren Studie ergibt sich, dass damals ca. 1 % aller Arbeitnehmer einen Antrag auf Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG stellte.

Das Bundesarbeitsgericht hatte deshalb bisher nur selten Gelegenheit, sich zu den Verlängerungs- und Informationsrechten aus § 9 und § 7 Abs. 2 TzBfG zu äußern. Der Erste Senat hat angenommen, die befristete Erhöhung der Arbeitszeit sei eine regelmäßig nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbe-

*Urt. v. 16. September 1986 – GS 1/82 – zu CIV 3 der Gründe, BAGE 53, 42.*

*24 Zu diesem Problem Laux, in: Laux/Schlachter; TzBfG, § 8 Rn 207; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 8 TzBfG Rn 53.*

*25 Hamann, jurisPR-ArbR 21/2009 Anm. 1 zu C.*

*26 Vgl. nur BAG, Urt. v. 21. Januar 2003 – 1 ABR 9/02 – zu B II 1b der Gründe m.w.N., AP BetrVG 1972 § 21a Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 77 Nr. 3; Fitting, BetrVG, 24. Aufl., § 77 Rn 227.*

*27 Für die st. Rspr. BAG, Urt. v. 14. November 2006 – 1 ABR 5/06 – Rn 26, BAGE 120, 162.*

*28 Kritisch zum Prüfungsmaßstab Hamann, jurisPR-ArbR 21/2009 Anm. 1 zu C.*

*29 BAG, Urt. v. – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 70 ff., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.*

*30 Bundesarbeitsblatt (BAB) November 2002 S. 11.*

stimmungspflichtige Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit.<sup>31</sup> Hinzu kommt ein Urteil des Siebten Senats zu § 9 TzBfG im Zusammenhang mit der Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags.<sup>32</sup> Der Neunte Senat hat vier Entscheidungen zu § 9 TzBfG getroffen.<sup>33</sup> Zwei weitere beim Neunten Senat anhängige Rechtsstreitigkeiten wurden in den Revisionsverhandlungen zurückgenommen oder verglichen.<sup>34</sup> Eine der beiden ohne streitiges Urteil erledigten Revisionen, die Sache 9 AZR 897/07, betraf das Verlängerungsrecht eines freigestellten Betriebsratsmitglieds.

## II. Praktische Relevanz und Brisanz von Verlängerungsansprüchen

Die statistische Seltenheit trägt. § 9 TzBfG ist ein dogmatisches Minenfeld und ein wirtschaftlich scharfes Schwert. Das zeigt ein kurzer Überblick:

- **Kontrahierungszwang:** Das Recht auf „bevorzugte Berücksichtigung“ begründet aus Sicht des Neunten Senats einen Kontrahierungszwang,<sup>35</sup> wenn seine Voraussetzungen erfüllt sind. § 9 TzBfG verleiht dem Arbeitnehmer einen Vollanspruch auf vertragliche Verlängerung seiner Arbeitszeit, nicht nur einen Anspruch auf Ausübung billigen Ermessens in Analogie zu § 315 BGB.<sup>36</sup> Ein Beurteilungsspielraum steht dem Arbeitgeber lediglich bei der Prüfung der gleichen Eignung mehrerer Bewerber zu.<sup>37</sup> § 9 TzBfG greift damit in die Vertragsabschlussfreiheit ein.<sup>38</sup>
- **Überschreitung des gemeinschaftsrechtlichen Niveaus:** Der von § 9 TzBfG begründete Anspruch geht über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus. § 5 Nr. 3 Buchst. b der in Richtlinienform gegossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit<sup>39</sup> enthält nur eine Sollvorschrift.<sup>40</sup>
- **Prozessuale Einkleidung:** Der Verlängerungsanspruch wird gerichtlich nach § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO durchgesetzt.<sup>41</sup> Der Antrag ist auf Zustimmung zur Vertragsänderung zu richten, genauer auf Annahme des Angebots des Arbeitnehmers auf Vertragsänderung durch den Arbeitgeber. Mit Rechtskraft des obsiegenden Urteils gilt die Annahmeerklärung des Arbeitgebers als abgegeben. Die Verurteilung kann seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes<sup>42</sup> zurückwirken,<sup>43</sup> d. h. eine Vertragsänderung in der Vergangenheit bewirken.
- **Weiter Geltungsbereich:** Der Verlängerungsanspruch des § 9 TzBfG hat einen weiten persönlichen und zeitlichen Geltungsbereich. Er gilt für alle Arbeitgeber und alle teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer. Eine Wartezeit und einen Schwellenwert gibt es im Unterschied zu den Regelungen für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit in § 8 Abs. 1 und 7 TzBfG nicht.<sup>44</sup>
- **Zwingende Wirkung:** § 9 TzBfG ist zwingend. Er kann nicht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag abbedungen werden.
- **Sanktionen:** Ein Verstoß gegen § 9 TzBfG hat scha-

densersatzrechtliche<sup>45</sup> und ggf. mitbestimmungsrechtliche<sup>46</sup> „Sanktionen“ zur Folge. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats können verletzt sein, wenn die Arbeitszeitverlängerung zugleich eine Einstellung oder Versetzung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist.<sup>47</sup>

31 BAG, *Urt. v.* – 24. April 2007 – 1 ABR 47/06 – BAGE 122, 127.

32 BAG, *Urt. v.* – 16. Januar 2008 – 7 AZR 603/06 – AP TzBfG § 9 Nr. 5 = EzA TzBfG § 14 Nr. 44.

33 BAG, *Urt. v.* 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; *Urt. v.* 8. Mai 2007 – 9 AZR 874/06 – BAGE 122, 235; *Urt. v.* 13. Februar 2007 – 9 AZR 575/05 – BAGE 121, 199; *Urt. v.* – 15. August 2006 – 9 AZR 8/06 – BAGE 119, 194.

34 9 AZR 897/07 – und – 9 AZR 240/08 .

35 BAG, *Urt. v.* – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 42, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

36 Vgl. BAG, *Urt. v.* – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 41, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; *Urt. v.* 16. Januar 2008 – 7 AZR 603/06 – Rn 17, AP TzBfG § 9 Nr. 5 = EzA TzBfG § 14 Nr. 44; *Urt. v.* 8. Mai 2007 – 9 AZR 874/06 – Rn 18, BAGE 122, 235; *Urt. v.* 13. Februar 2007 – 9 AZR 575/05 – Rn 26, BAGE 121, 199; 15. August 2006 – 9 AZR 8/06 – Rn 19, BAGE 119, 194.

37 Laux, in: *Laux/Schlachte, r TzBfG*, § 9 Rn 62.

38 Zu seiner Verfassungskonformität Laux, in: *Laux/Schlachte, r TzBfG*, § 9 Rn 9.

39 ABl. EG 1998 Nr. L 14 S. 9, ber. ABl. EG 1998 Nr. L 128 S. 71 i. d. F. der Richtlinie 98/23/EG vom 7. April 1998 (ABl. EG 1998 Nr. L 131 S. 10), Teilzeitrichtlinie.

40 Schmalenberg, *Anm. AP TzBfG* § 9 Nr. 1 zu II 1; Schmidt, *RdA* 2008, 41, 42f.

41 Vgl. für den Verringerungsanspruch z. B. BAG, *Urt. v.* – 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 20, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23.

42 Vom *Urt. v.* 26. November 2001 (BGBl I S. 3138).

43 *St. Rspr.*, vgl. nur BAG, *Urt. v.* 16. Dezember 2008 – 9 AZR 893/07 – Rn 22, AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; *Urt. v.* 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 43, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

44 Vgl. etwa Laux, in: *Laux/Schlachte, r TzBfG*, § 9 Rn – 10ff.; *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, 5. Aufl., § 9 TzBfG Rn 3; *ErfK/Preis*, 9. Aufl., § 9 TzBfG, Rn 3.

45 BAG, *Urt. v.* 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 43 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

46 BAG, *Urt. v.* 25. Januar 2005 – 1 ABR 59/03 – BAGE 113, 206.

47 Vgl. BAG, *Urt. v.* – 25. Januar 2005 – 1 ABR 59/03 – zu B

### III. Geringe Restriktionen des Verlängerungsanspruchs

Dem Recht des Arbeitnehmers aus § 9 TzBfG stehen verhältnismäßig geringe Einschränkungen gegenüber. Ich fasse zunächst Voraussetzungen und Grenzen des Verlängerungsanspruchs zusammen, weil die Systematik des § 9 TzBfG wegen seiner statistischen Seltenheit noch wenig bekannt ist:

- **Teilzeitbeschäftigung:** Der Arbeitnehmer muss teilzeitbeschäftigt i.S.v. § 2 TzBfG sein.<sup>48</sup> Der Verlängerungsanspruch setzt nicht voraus, dass der Anspruchsteller auf der Grundlage eines Verringerungsanspruchs aus § 8 TzBfG in Teilzeit arbeitet. Er besteht auch, wenn von vornherein ein Teilzeitarbeitsvertrag geschlossen wurde. Grenze ist die Vollzeitbeschäftigung. Vollzeitkräfte fallen nicht in den persönlichen Geltungsbereich des § 9 TzBfG. Externe Arbeitnehmer können sich bei ihrer Einstellung nicht auf § 9 TzBfG berufen.
- **Anzeige:** Der Arbeitnehmer hat den Wunsch nach Verlängerung seiner Arbeitszeit formlos anzuzeigen.<sup>49</sup> Diese Anzeige ist jedenfalls dann keine Willenserklärung, wenn der gewünschte Arbeitszeitumfang nicht angegeben wird.<sup>50</sup> In diesem Fall handelt es sich um eine sog. *invitatio ad offerendum*, also eine Einladung zur Abgabe eines Angebots.<sup>51</sup> Sobald die Anzeige erfolgt, muss der Arbeitgeber nach § 7 Abs. 2 TzBfG über „entsprechende Arbeitsplätze“ informieren.
- **Änderungsangebot:** Der Arbeitnehmer hat darüber hinaus ein Angebot auf Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrags im Sinne von § 145 BGB abzugeben,<sup>52</sup> wenn er den Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit aus § 9 TzBfG erheben möchte.
- **Entsprechender freier Arbeitsplatz:** Der Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit steht unter der Voraussetzung, dass ein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist.<sup>53</sup> Frei ist der Arbeitsplatz z. B. dann nicht, wenn der Stelleninhaber langfristig arbeitsunfähig ist. Die angestrebte Stelle muss grundsätzlich dieselben Anforderungen an die Eignung des Arbeitnehmers stellen wie die bisher versehene Funktion.<sup>54</sup>
- **Eignung:** Der teilzeitbeschäftigte Bewerber muss persönlich und fachlich gleich geeignet sein wie seine Mitbewerber.<sup>55</sup>
- **Keine dringenden betrieblichen Gegengründe:** Negative Anspruchsvoraussetzungen des Verlängerungsanspruchs sind fehlende dringende betriebliche Gegengründe oder fehlende zu berücksichtigende Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer.<sup>56</sup> Hinsichtlich der betrieblichen Gegengründe ist die Schwelle des § 9 TzBfG für den insoweit gestuft darlegungs- und letztendlich beweisbelasteten Arbeitgeber höher als die des Verringerungsanspruchs. § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG lässt betriebliche Gründe genügen, während § 9 TzBfG ihre Dringlichkeit verlangt. Entgegenstehende

dringende betriebliche Gründe sind nur anzunehmen, wenn sie gleichsam zwingend sind.<sup>57</sup>

- **Darlegungs- und Beweislast:** Der Arbeitnehmer ist darlegungsbelastet für die Anzeige der gewünschten Verlängerung, das Angebot der Vertragsänderung sowie gestuft für den vorhandenen entsprechenden freien Arbeitsplatz und seine im Verhältnis zu den Mitbewerbern gleiche Eignung. Für diese Erfordernisse trifft den Arbeitnehmer die Beweislast. Der Arbeitgeber hat die Gründe der Auswahl und die dem Verlängerungsbegehren entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Teilzeitbeschäftigter darzulegen und zu beweisen.<sup>58</sup>

*II 1 und 2 der Gründe, BAGE 113, 206 (Versetzung verneint, Einstellung bejaht).*

48 BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 17, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

49 Z. B. BAG, Urt. v. – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 18, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

50 Vgl. Laux, in: Laux/Schlachter, TzBfG, § 9 Rn 14.

51 MünchKommBGB/Müller-Glöge, 5. Aufl., § 9 TzBfG Rn 4.

52 BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 19, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; Urt. v. 16. Januar 2008 – 7 AZR 603/06 – Rn 17, AP TzBfG § 9 Nr. 5 = EzA TzBfG § 14 Nr. 44; Urt. v. 15. August 2006 – 9 AZR 8/06 – Rn 21, BAGE 119, 194.

53 BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 20 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; Urt. v. 8. Mai 2007 – 9 AZR 874/06 – Rn 20 und 23, BAGE 122, 235.

54 BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 43 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; a. A. Buschmann, in: Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol, TZA – Das Recht der Teilzeitarbeit, 2. Aufl., § 9 TzBfG Rn 19; Laux, in: Laux/Schlachter, TzBfG § 9 Rn 31; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 9 TzBfG Rn 4.

55 Vgl. nur BAG, Urt. v. – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 41, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

56 Vgl. etwa BAG, Urt. v. – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 36 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

57 BAG, Urt. v. – 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 37, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; Urt. v. – 15. August 2006 – 9 AZR 8/06 – Rn 30, BAGE 119, 194.

58 Vgl. Laux, in: Laux/Schlachter, TzBfG, § 9 Rn 85; MünchKommBGB/Müller-Glöge, 5. Aufl., § 9 TzBfG Rn 13; ErfK/Preis, 9. Aufl., § 9 TzBfG Rn 14.

#### IV. Der Drogeriemarktfall

Die beschriebene Systematik des § 9 TzBfG macht die auftretenden Problemfelder deutlich. Ich illustriere die Fähnisse v. a. für den Arbeitgeber zunächst anhand des vorläufigen Schlusspunkts der Rechtsprechung des Neunten Senats zu § 9 TzBfG. Das ist der Drogeriemarktfall vom 16. September 2008.<sup>59</sup>

##### 1. Sachverhalt

Die Klägerin arbeitete viele Jahre überwiegend als Verkaufsstellenverwalterin in Vollzeit von 37,5 Wochenstunden. In dieser Funktion war sie Vorgesetzte der in den Drogeriemärkten beschäftigten Verkäuferinnen. Der Beklagte setzte Verkaufsstellenverwalterinnen nur in Vollzeit oder in Teilzeit von mindestens 30 Wochenstunden ein. Verkäuferinnen beschäftigte er ausschließlich in Teilzeit. Die Klägerin verlangte im Herbst 2004, ihre Arbeitszeit wegen eines Pflegefalls auf 20 Wochenstunden zu verringern. Um in Teilzeit arbeiten zu können, erklärte sie sich bereit, als Verkäuferin eingesetzt zu werden. Etwa ein Jahr später strebte die Klägerin eine verlängerte Arbeitszeit an. Sie bewarb sich u. a. um die Stelle einer Verkaufsstellenverwalterin mit einer Wochenarbeitszeit von 35 Stunden. Der Beklagte besetzte die Stelle ab Januar 2006 mit einer anderen Arbeitnehmerin. Seit Ende 2006 setzte er die Klägerin wieder in der Funktion einer Verkaufsstellenverwalterin ein. Die Schadensersatzklage hatte Erfolg.

##### 2. Problemfelder

Der Drogeriemarktfall bot dem Neunten Senat Gelegenheit, zu zwei Problemebenen Stellung zu nehmen. Es handelt sich um die Fragen

- des entsprechenden Arbeitsplatzes bei gewünschter Beschäftigung in einer höherwertigen Position<sup>60</sup> und
- der zeitlichen Begrenzung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nach erfolgter Stellenbesetzung.<sup>61</sup>

##### 3. Entsprechender Arbeitsplatz trotz erstrebter höherwertiger Funktion?

Der Neunte Senat hat für das Problem des entsprechenden Arbeitsplatzes trotz angestrebter höherwertiger Funktion ein Regel-Ausnahme-Verhältnis erarbeitet.

- **Regel:** Das Erfordernis eines „entsprechenden Arbeitsplatzes“ ist regelmäßig nur dann gewahrt, wenn die zu besetzende Stelle inhaltlich vergleichbar ist mit dem Arbeitsplatz, auf dem der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit ausübt. Beide Tätigkeiten müssen in der Regel dieselben Anforderungen an die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers stellen.<sup>62</sup> § 9 TzBfG begründet keinen „allgemeinen Qualifizierungs- oder Beförderungsanspruch“.<sup>63</sup>
- **Ausnahme:** Der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer hat nur

ausnahmsweise Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit, wenn dies mit einem Wechsel in eine höherwertige Funktion verbunden ist. Ein solcher Ausnahmefall ist zu bejahen, wenn die Personalorganisation des Arbeitgebers Teilzeitarbeit lediglich auf einer niedrigeren Hierarchiestufe als der bisher eingenommenen zulässt. Der Arbeitgeber bindet sich dann selbst: Die Grenze zwischen den beiden Hierarchieebenen wird durchlässig, wenn der Arbeitnehmer weiter für die höherwertige Tätigkeit geeignet ist. Er kann verlangen, dass sein Interesse bei der Besetzung einer höherwertigen freien Stelle mit längerer Arbeitszeit vorrangig berücksichtigt wird, wenn das Anforderungsprofil der ursprünglich ausgeübten Tätigkeit entspricht.

##### 4. Ausnahmsweise Durchlässigkeit der Grenze zwischen den Hierarchien

Der Neunte Senat begründet die Ausnahme eines Anspruchs auf Verlängerung der Arbeitszeit in einer höherwertigen Funktion insbesondere damit, dass dieser Anspruch nur die Änderungen rückgängig machen soll, die erforderlich waren, um den früheren Teilzeitwunsch zu realisieren.<sup>64</sup> Der Senat zieht den Gedanken der Selbstbindung und den Gesetzeszweck des flexiblen Wechsels zwischen Teilzeit- und Vollzeitarbeit heran.<sup>65</sup>

##### a) Gesetzeszweck, Wortlaut und Zusammenhang des § 9 TzBfG

§ 1 TzBfG sieht als Ziel des Gesetzes u. a. vor, Teilzeitarbeit zu fördern. Nach § 6 TzBfG haben Arbeitgeber Arbeitnehmern,

<sup>59</sup> BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4 mit Besprechungen Hamann/Stritzel, jurisPR-ArbR 50/2008 Anm. 1; Hantel, NJ 2009, 84; Klimaschewski, AiB 2009, 384; Kossens, jurisPR-ArbR 3/2009 Anm. 2; Oetter, ArbRB 2008, 362; Sievers, jurisPR-ArbR 6/2009 Anm. 2.

<sup>60</sup> BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 20 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

<sup>61</sup> BAG, Urt. v. 16. September 2008 – 9 AZR 781/07 – Rn 43 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

<sup>62</sup> A. A. Buschmann, in: Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol, TZA – Das Recht der Teilzeitarbeit, 2. Aufl., § 9 TzBfG Rn 19; Laux, in: Laux/Schlachter, TzBfG, § 9 Rn 31; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 9 TzBfG Rn 4.

<sup>63</sup> Vgl. Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 3. Aufl., § 9 Rn 20.

<sup>64</sup> Vgl. Küttner/Reinecke, Personalbuch 2009, Teilzeitbeschäftigung Rn 59.

<sup>65</sup> BT-Drucks 14/4374 S. 11 und 18; vgl. auch BAG, Urt. v. 8. Mai 2007 – 9 AZR 874/06 – Rn 26, BAGE 122, 235; Urt. v. 15. August 2006 – 9 AZR 8/06 – Rn 19, BAGE 119, 194.

auch in leitenden Positionen, Teilzeitarbeit nach Maßgabe des TzBfG zu ermöglichen. Mit § 6 TzBfG sollen Arbeitgeber aufgefordert werden, Teilzeitarbeit auf allen Unternehmensebenen zu fördern. Nach der Gesetzesbegründung sollen sie dafür sorgen, dass Teilzeitarbeit als Arbeitsform insbesondere im Bereich qualifizierter Tätigkeiten attraktiver wird.<sup>66</sup>

### b) Fahrstuhl Teilzeit Vollzeit

Mit dem Verlängerungsanspruch soll der Befürchtung vieler Arbeitnehmer begegnet werden, nach einem Wechsel zu Teilzeitarbeit nicht mehr zu Vollzeitarbeit zurückkehren zu können und so in ihrem beruflichen Aufstieg beeinträchtigt zu werden. Sonst bliebe ein Arbeitnehmer, der sich auf eine derartige Personalorganisation seines Arbeitgebers einließe, dauerhaft auf eine Teilzeitbeschäftigung auf der niedrigeren Hierarchieebene verwiesen, wenn der Arbeitgeber nicht freiwillig eine „Beförderungsvereinbarung“ träfe. Dieser „Fahrstuhl“ zwischen den Hierarchieebenen ist nötig, zumal in der Regel keine Nebenpflicht des Arbeitgebers i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB besteht, im Vorhinein auf die Möglichkeit einer nur befristeten Arbeitszeitverringerung hinzuweisen.<sup>67</sup>

## 5. Schadensersatz wegen rechtlicher Unmöglichkeit der Stellenbesetzung

Der Neunte Senat behandelt in der Entscheidung vom 16. September 2008<sup>68</sup> ferner den Schadensersatzanspruch wegen rechtlicher Unmöglichkeit bei Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem anderen Bewerber.<sup>69</sup> Das Urteil bejaht einen solchen Anspruch. Der Arbeitgeber unterlag im konkreten Fall keinem nur ausnahmsweise zu bejahenden unverschuldeten Tatsachen- oder Rechtsirrtum. Die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hatte im Rahmen des Rechtsirrtums schon keine sorgfältige Prüfung der Rechtslage dargelegt.<sup>70</sup>

### a) Berechnung der Schadenshöhe

Der Senat berechnet die Schadenshöhe mithilfe des ausgefallenen Verdienstes. Die Streitfrage, ob sich die Anpassung der Vergütungsvereinbarung bei fehlender kollektivrechtlicher Regelung unmittelbar aus § 9 TzBfG ergibt<sup>71</sup> oder nur durch ergänzende Vertragsauslegung gewonnen werden kann,<sup>72</sup> lässt die Entscheidung offen. Im Drogeriemarktfall gab es ein kollektives Entgeltsystem.

### b) Keine zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs

Die wirtschaftliche Brisanz des Drogeriemarkturteils liegt darin, dass der Neunte Senat eine zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich ablehnt.<sup>73</sup> Der Verstoß gegen § 9 TzBfG kann für den Arbeitgeber mit anderen Worten teuer werden. Die Entscheidung argumentiert damit, es hätten keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Klägerin den Arbeitsplatz mit der verlängerten Arbeitszeit in

der Zeit zwischen der sonst zu fingierenden Abgabe der Annahmeerklärung und der späteren Übertragung einer höherwertigen Aufgabe wieder verloren hätte. Der Klägerin war auch kein Mitverschulden im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB anzulasten, weil sie das erste ihr unterbreitete Verlängerungsangebot angenommen hatte.

## V. Weiße Flecken auf der Landkarte des § 9 TzBfG

Die schon ergangenen sechs Entscheidungen zu § 9 TzBfG lassen eine erhebliche Zahl von weißen Flecken auf der Landkarte dieser Norm. Besonders interessante, bisher nicht abgearbeitete Problemkomplexe sind aus meiner Sicht

- die Fragen der Eignungsprüfung,
- der Prüfungsmaßstab für die Konkurrenz mehrerer Teilzeitbeschäftigter,
- die Frage, ob auf der Grundlage von § 9 TzBfG ein befristeter Verlängerungsanspruch erhoben werden kann,
- die mit § 9 TzBfG verbundenen mitbestimmungsrechtlichen Probleme und
- der Verlängerungsanspruch freigestellter Betriebsratsmitglieder.

### a) Eignungsprüfung

#### aa) Gleiche Eignung

Bei der Eignungsprüfung stellt sich insbesondere das Problem der „gleichen Eignung“ im Sinne von § 9 TzBfG. Ist eine glei-

<sup>66</sup> BT-Drucks 14/4374 S. 12, 16 und 18.

<sup>67</sup> Vgl. BAG, *Urt. v. 13. November 2001* – 9 AZR 442/00 – zu B II 1 der Gründe, AP BAT § 15b Nr. 1.

<sup>68</sup> BAG, *Urt. v. 16. September 2008* – 9 AZR 781/07 – Rn 43 ff., AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

<sup>69</sup> Aus § 275 Abs. 1 und 4, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB.

<sup>70</sup> BAG, *Urt. v. 16. September 2008* – 9 AZR 781/07 – Rn 48, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4.

<sup>71</sup> *ErfK/Preis*, 9. Aufl., § 9 TzBfG Rn 9.

<sup>72</sup> *MünchKommBGB/Müller-Glöge*, 5. Aufl., § 9 TzBfG Rn 10.

<sup>73</sup> BAG, *Urt. v. 16. September 2008* – 9 AZR 781/07 – Rn 50, AP TzBfG § 9 Nr. 6 = EzA TzBfG § 9 Nr. 4; im Ergebnis ebenso BAG, *Urt. v. 25. Oktober 1994* – 3 AZR 987/93 – zu B der Gründe, AuR 2001, 146; LAG Berlin, *Urt. v. 2. Dezember 2003* – 3 Sa 1041/03 – zu II der Gründe, AuR 2004, 468; Hk-TzBfG/Boecken, *Urt. v. § 9 Rn 38*; Boewer, *TzBfG*, § 9 Rn 53 m.w.N. zu der Kontroverse in Rn 51 f.; Jacobs, in: *Annuß/Thüsing*, *TzBfG*, 2. Aufl., § 9 Rn 45; Laux, in: *Laux/Schlachter*, *TzBfG*, § 9 Rn 74; Sievers, *TzBfG*, 2. Aufl., § 9 Rn 19; Arnold/Gräfl/Vossen, *TzBfG*, 2. Aufl., § 9 Rn 42; a. A. Zwanziger, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *KSChR*, 7. Aufl., § 9 TzBfG, Rn 19: Schätzung entsprechend § 10 KSChG.

che Eignung auch dann anzunehmen, wenn der Mitbewerber geringfügig besser geeignet ist, der Teilzeitbeschäftigte, der den Verlängerungswunsch geäußert hat, jedoch nach der Stellenprofilierung des Arbeitgebers zur Aufgabenerfüllung imstande ist? Der Dritte Senat hat diese Frage im Zusammenhang mit einem tariflichen Verlängerungsanspruch bejaht.<sup>74</sup>

Diese Überlegung kann meines Erachtens nicht auf § 9 TzBfG übertragen werden. Ich halte einen auch nur geringfügigen Eignungsunterschied wegen des Gesetzeswortlauts des § 9 TzBfG grundsätzlich für erheblich.<sup>75</sup> Der Gesetzgeber verlangt für die bevorzugte Berücksichtigung die mindestens gleiche Eignung der Mitbewerber und kein bloßes Grundniveau für die Aufgabenerfüllung. Anderes gilt, wenn der Arbeitgeber den Verlängerungsanspruch zu umgehen versucht, indem er in das Anforderungsprofil Merkmale ohne hinreichenden Bezug zur Arbeitsaufgabe aufnimmt.<sup>76</sup>

### bb) Beurteilungsspielraum

Bei der Feststellung der gleichen Eignung kommt dem Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zu. Eine gewisse Einarbeitungszeit, wie sie ein externer Bewerber benötigte, ist meines Erachtens hinzunehmen. Ist demgegenüber eine zusätzliche Ausbildung erforderlich, steht das einer gleichen Eignung entgegen.<sup>77</sup>

### cc) Soziale Gesichtspunkte?

In den Prüfungsmaßstab für die Wettbewerbssituation zwischen mehreren Teilzeitbeschäftigten gleicher Eignung können keine sozialen Aspekte einbezogen werden. Dafür sprechen der Wortlaut und die Gesetzesgeschichte des § 9 TzBfG. Die zunächst vorgesehene Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten wurde im Gesetzgebungsverfahren fallengelassen.

### dd) Billiges Ermessen?

Streitig ist, ob der Arbeitgeber in seiner Auswahlentscheidung völlig frei ist oder sie nach billigem Ermessen entsprechend § 315 Abs. 1 BGB zu treffen hat. Ich spreche mich für eine analoge Anwendung dieser Bestimmung aus.<sup>78</sup> Der Wortlaut des § 9 TzBfG lässt die in den Gesetzesmaterialien genannte Auswahl nach billigem Ermessen<sup>79</sup> zwar nicht erkennen. Es ist aber anerkannt, den Rechtsgedanken des § 315 Abs. 1 BGB auch auf andere Auswahlentscheidungen zu übertragen, bei denen es sich nicht um die Ausübung von Leistungsbestimmungsrechten handelt. Ich denke etwa an eine Gestaltung aus dem Recht der betriebsbedingten Kündigung. Konkurrieren dort zwei Arbeitnehmer aus verschiedenen Betrieben des Unternehmens um eine freie Position in einem dritten Betrieb des Unternehmens, ist nach Auffassung des Zweiten Senats zumindest eine Auswahl nach billigem Ermessen zu treffen.<sup>80</sup> Die Entscheidung des Neunten Senats vom 13. Februar 2007<sup>81</sup> steht einer Auswahl nach billigem Ermessen nicht entgegen. Der Verlängerungsanspruch aus § 9 TzBfG ist

nach dieser Entscheidung auf die Besetzung eines vom Arbeitgeber eingerichteten freien Arbeitsplatzes gerichtet. Der Arbeitgeber ist lediglich in der vorgelagerten Entscheidung frei, ob er einen solchen Arbeitsplatz einrichtet. Entschließt er sich dazu, den Arbeitsplatz einzurichten, muss er wie ich meine bei der Auswahl die Grenzen billigen Ermessens wahren. Es bleibt abzuwarten, ob sich für die Konkurrenz mehrerer Teilzeitbeschäftigter im Rahmen billigen Ermessens andere Kriterien als die vom Gesetzgeber abgelehnten sozialen Gesichtspunkte finden lassen.

### b) Befristeter Verlängerungsanspruch?

Eine weitere offene Frage ist, ob § 9 TzBfG auch einen befristeten Verlängerungsanspruch stützen kann. Der Neunte Senat hat diese Frage noch nicht entschieden. Einen befristeten Verringerungsanspruch auf der Grundlage von § 8 TzBfG lehnt der Senat bisher ab.<sup>82</sup> *Kohte* und *Viethen* vertreten in diesem Punkt den gegenteiligen Standpunkt.<sup>83</sup> Ich selbst halte es nicht für zwingend, einen befristeten Verringerungsanspruch aus § 8 TzBfG abzulehnen. Entsprechendes gilt meines Erachtens für § 9 TzBfG. Auf der Grundlage seiner bisherigen Linie

74 BAG, Urt. v. – 25. Oktober 1994 – 3 AZR 987/93 – zu A III 2a der Gründe, AuR 2001, 146.

75 Ebenso *Laux*, in: *Laux/Schlachter*, TzBfG, § 9 Rn 36 m.w.N.; a. A. *Zwanziger*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 7. Aufl., § 9 TzBfG Rn 7.

76 Vgl. BAG, Urt. v. – 13. Februar 2007 – 9 AZR 575/05 – Rn 26, BAGE 121, 199; siehe in dem anderen Zusammenhang betriebsbedingter Kündigungen wegen der Änderung des Anforderungsprofils auch die Rspr. des Zweiten Senats, z. B. BAG, Urt. v. – 10. Juli 2008 – 2 AZR 1111/06 – Rn 26 f., AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163.

77 Wie hier *Laux*, in: *Laux/Schlachter*, TzBfG, § 9 Rn 35 m.w.N.

78 Ebenso z. B. *ErfK/Preis*, 9. Aufl., § 9 TzBfG Rn 8; a. A. etwa *Laux*, in: *Laux/Schlachter*, TzBfG § 9 Rn 58 ff. m.w.N.

79 BT-Drucks 14/4625 S. 24.

80 Vgl. nur BAG, Urt. v. 21. September 2000 – 2 AZR 385/99 – zu B IV 2b der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 111 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 107.

81 BAG, Urt. v. 13. Februar 2007 – 9 AZR 575/05 – Rn 26 f., BAGE 121, 199.

82 Für die st. Rspr. BAG, Urt. v. – 24. Juni 2008 – 9 AZR 313/07 – Rn 43 m. w. N., AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 8 = EzA TzBfG § 8 Nr. 21.

83 *Kohte*, AuR 2007, 413, 415; ähnlich *Viethen*, NZA Beilage 24/2001, 3, 4.

wird der Senat dazu Stellung nehmen müssen, ob die Fragen der Befristung von Verringerungs- und Verlängerungsansprüchen in gleicher Weise zu beantworten sind.

### c) Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats

Ein besonders interessantes und praktisch relevantes Problem ist, wie sich eine verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu einer wesentlichen Arbeitszeitverlängerung auswirkt, die zugleich eine Einstellung i.S.v. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist. Dieser Fall ist nach der Rechtsprechung des Ersten Senats denkbar.<sup>84</sup> In einer solchen Konstellation stellt sich die Frage, ob die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung anzuwenden ist und die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats der Abgabe der Annahmeerklärung durch den Arbeitgeber entgegensteht. Dagegen könnte sprechen, dass der Erste Senat Maßnahmen und Rechtsgeschäfte, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzen, im Verhältnis zum einzelnen Arbeitgeber bisher nur dann für unwirksam gehalten hat, wenn sie den Arbeitnehmer belasten.<sup>85</sup> Die vom Arbeitnehmer gewünschte Verlängerung der Arbeitszeit ist für ihn jedoch vorteilhaft. Käme man wegen des kollektiven Bezugs umgekehrt zu dem Ergebnis, dass die Zustimmungsverweigerung den Arbeitgeber wegen der Auswirkungen auf die Beschäftigung im Betrieb an der Abgabe der Annahmeerklärung hindert, wäre zu prüfen, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen.<sup>86</sup> Weitere Konsequenz ist die Frage, ob sich der Arbeitgeber Ansprüchen auf Annahmeverzugsentgelt oder Schadensersatz aussetzt, wenn er kein Zustimmungsersetzungsverfahren einleitet.

### d) Verlängerungsanspruch freigestellter Betriebsratsmitglieder

Ein weiteres Problem ist durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch nicht geklärt: der Verlängerungsanspruch freigestellter Betriebsratsmitglieder. Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, die von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellt sind, haben aus meiner Sicht unter den Voraussetzungen des § 9 TzBfG Anspruch auf Verlängerung ihrer Arbeitszeit. Der Erfahrungsvorsprung eines anderen Arbeitnehmers darf einem Betriebsratsmitglied nicht als Eignungsmangel i.S.v. § 9 TzBfG entgegengehalten werden, wenn der Erfahrungsunterschied auf der Freistellung des Betriebsratsmitglieds von seiner beruflichen Tätigkeit beruht. Das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber dazu, den beruflichen Werdegang des freigestellten Betriebsratsmitglieds fiktiv nachzuzeichnen und ihn so zu behandeln wie den eines vergleichbaren Arbeitnehmers.<sup>87</sup>

## VI. Zusammenfassung zu § 9 TzBfG in Thesen, Hauptaussagen und offenen Fragen

Ein Überblick soll meine Aussagen und offenen Fragen zum Verlängerungsanspruch aus § 9 TzBfG zusammenfassen:

**1. Auseinanderfallen von Statistik und Bedeutung:** Verlängerungswünsche nach § 9 TzBfG sind statistisch selten. Die statistische Seltenheit täuscht. § 9 TzBfG ist vertragsrechtlich anspruchsvoll und wirtschaftlich bedeutsam.

**2. Geringe Restriktionen:** Dem Recht des Arbeitnehmers aus § 9 TzBfG stehen verhältnismäßig geringe Einschränkungen gegenüber.

**3. Problem der gleichen Eignung:** Ich halte einen auch nur geringfügigen Eignungsunterschied wegen des Gesetzeswortlauts des § 9 TzBfG grundsätzlich für erheblich. Anderes gilt für Umgehungsabsichten. Nimmt der Arbeitgeber zu diesem Zweck Merkmale ohne hinreichenden Bezug zur Arbeitsaufgabe in das Anforderungsprofil auf, kommt es auf diese Merkmale für die Eignungsprüfung nicht an.

**4. Konkurrenzen:** In den Prüfungsmaßstab für die Wettbewerbssituation zwischen mehreren Teilzeitbeschäftigten glei-

<sup>84</sup> Vgl. BAG, *Urt. v.* – 25. Januar 2005 – 1 ABR 59/03 – Rn 20 ff., BAGE 113, 206.

<sup>85</sup> Für die st. Rspr. BAG, *Urt. v.* – 2. März 2004 – 1 AZR 271/03 – zu IV 2a der Gründe, BAGE 109, 369; BAG Großer Senat, *Urt v.* – 3. Dezember 1991 – GS 1/90 – zu D II der Gründe, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 52; für Änderungskündigungen abweichend BAG, *Urt.* 17. Juni 1998 – 2 AZR 336/97 – zu II 3c der Gründe, BAGE 89, 149, das vor Ausübung des Mitbestimmungsrechts zwischen dem wirksamen Ausspruch der Änderungskündigung und ihrer tatsächlich nicht möglichen Durchsetzung unterscheidet; kritisch dazu z. B. Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 7. Aufl., § 2 KSchG Rn 189a.

<sup>86</sup> Vgl. zum schwerbehindertenrechtlichen Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX a. F. BAG, *Urt. v.* – 3. Dezember 2002 – 9 AZR 481/01 – zu A II 2 der Gründe, BAGE 104, 45; abweichend BAG, *Urt. v.* – 22. September 2005 – 2 AZR 519/04 – zu II 2e aa und bb der Gründe, BAGE 116, 7, das die Einleitung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG im Fall des § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX a. F. in der Regel für unzumutbar hält, wenn das Integrationsamt der beabsichtigten Kündigung nach § 85 SGB IX zugestimmt und Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten geprüft und verneint hat.

<sup>87</sup> Ebenso die durch die Rücknahme der Revision der Arbeitgeberin in der Sache – 9 AZR 897/07 – rechtskräftig gewordene Entscheidung des LAG Düsseldorf, *Urt. v.* 3. August 2007 – 10 Sa 112/07 – Rn 68 f., LAGE TzBfG § 9 Nr. 2.

cher Eignung können keine sozialen Aspekte einbezogen werden. Der Arbeitgeber ist in seiner Auswahlentscheidung jedoch nicht völlig frei, sondern hat sie nach billigem Ermessen entsprechend § 315 Abs. 1 BGB zu treffen.

**5. Frage der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung:** Wie wirkt sich die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zu einer wesentlichen Arbeitszeitverlängerung aus, die zugleich eine Einstellung i.S.v. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist? Findet die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung Anwendung?

**6. Freigestellte teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder:** Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder, die von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellt sind, haben Anspruch auf Verlängerung ihrer „Arbeitszeit“. Das Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG verpflichtet den Arbeitgeber dazu, den beruflichen Werdegang des freigestellten Betriebsratsmitglieds fiktiv nachzuzeichnen und ihn so zu behandeln wie den eines vergleichbaren Arbeitnehmers.

## Der Geschäftsführerbegriff des § 14 II, S. 1 KSchG im Vergleich zu dem in § 35 GmbHG

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Fabian Manzau\*, Hannover

### I. Themenstellung

Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG verwendet, wie insbesondere auch § 35 GmbHG, den Begriff des Geschäftsführers. Aus der Systematik des § 14 KSchG folgt aber, dass der GmbH-Geschäftsführer i.S.d. § 35 GmbH in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG nicht gemeint bzw. von diesem nicht erfasst sein kann. Dieser Beitrag soll einerseits den Unterschied zwischen diesen beiden gesetzlich verwendeten Geschäftsführerbegriffen aufzeigen, wobei der Inhalt des GmbH-rechtlichen Geschäftsführerbegriffs im Gegensatz zu dem des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG unproblematisch ist. Andererseits soll er die entsprechende Gesetzesformulierung in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG bewerten.

### II. Der Geschäftsführerbegriff in § 35 GmbHG

§ 35 GmbHG regelt Rechte und Pflichten des bzw. der Geschäftsführer aus ihrer Stellung als Organe der GmbH und in seinem Absatz 1 die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der GmbH durch die Geschäftsführer, denen § 35 GmbHG also gesetzliche Vertretungsmacht verleiht. Im Gegensatz zu rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertretern ist die Vertretung der GmbH durch ihre Geschäftsführer organschaftlicher Natur. Die organschaftliche Vertretung durch die Geschäftsführer ist zwingend und kann deshalb auch durch die Satzung nicht wirksam abbedungen werden. Geschäftsführung und Vertretung sind dabei zu unterscheiden.<sup>1</sup>

Die Grundaufgabe der Geschäftsführer, die Geschäftsführung nämlich, wird von dem Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt und deshalb nicht eigens als solche Grundaufgabe erwähnt. Das GmbH-Recht geht aber im Grundsatz von einer sehr weitreichenden, aus der Organstellung erwachsen-

den Geschäftsführungsbefugnis des bzw. der Geschäftsführer aus, da § 37 GmbHG u.a. Begrenzungen der Geschäftsführungsbefugnis durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschlüsse regelt, die ohne solche Vereinbarungen oder Beschlüsse gerade nicht vorliegen. Geschäftsführung umfasst hier die zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Entscheidungen, insbesondere die Entscheidung und Bestimmung über den Einsatz und die Koordinierung der Unternehmensressourcen. Der praktische Inhalt bzw. der Umfang der praktischen Wahrnehmung der Geschäftsführungsbefugnis richtet sich natürlich auch stark nach der Größe des Unternehmens. Je größer dieses ist, desto stärker wird die Konzentration des bzw. der Geschäftsführer auf reine Leitungsfunktionen sein und in desto größerem Umfang werden Aufgaben und Entscheidungen aus dem Bereich der Geschäftsführung delegiert.

### III. Der Geschäftsführerbegriff in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG

Die Vorschrift des § 14 KSchG normiert Ausnahmen von den allgemeinen Regeln für den Geltungsbereich des KSchG. Die

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht im Büro Hannover der Kanzlei PELTZER SUHREN Rechtsanwälte mit Standorten in Hannover und Shanghai.

<sup>1</sup> Vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/ Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Auflage, 2006, § 35, Rn 5.

in den Absätzen 1 und 2 aufgeführten Personen genießen danach keinen bzw. einen stark eingeschränkten allgemeinen Kündigungsschutz.

Nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KSchG genießen Organmitglieder eines zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufenen Organs in Betrieben einer juristischen Person und die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung einer Personengesamtheit in Betrieben dieser Personengesamtheit keinen allgemeinen Kündigungsschutz. Die Vorschrift ist weitgehend deklaratorischer Natur, da die Personengruppen des § 14 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG bereits, abgesehen von engen Ausnahmefällen, gar nicht dem Arbeitnehmerbegriff unterfallen.<sup>2</sup>

Zu den Mitgliedern des Organs einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung berufen ist nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG, muss zwingend der GmbH-Geschäftsführer gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG gezählt werden, denn danach wird die GmbH durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Insofern verwundert der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG, der vorsieht, dass die Vorschriften des betreffenden Abschnitts zum Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes mit Ausnahme des § 3 KSchG u.a. auf Geschäftsführer keine Anwendung findet. Nach Satz 2 des § 14 Abs. 2 KSchG findet außerdem § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers nicht begründet werden muss. Die Rechtsfolge des § 14 Abs. 2 KSchG ist also enger gefasst als die des § 14 Abs. 1 KSchG. Dies ist nur dann sinnvoll, wenn auch die Tatbestandsmerkmale in Form der genannten Personengruppen nicht deckungsgleich sind. Hinzu kommt, wie bereits ausgeführt, dass der GmbH-Geschäftsführer i.S.d. § 35 Abs. 1 GmbHG ohnehin nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, sodass selbst § 14 Abs. 1 GmbHG nur deklaratorischen Charakter hat.

Der Begriff des Geschäftsführers der GmbH ist also in § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG enthalten. Trotzdem aber wird der Geschäftsführer-Begriff in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG ausdrücklich erwähnt, wenngleich der Geschäftsführer als Organ ohnehin kein Arbeitnehmer ist. Angesichts der bereits beschriebenen unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Absätze des § 14 KSchG muss dies als Widerspruch gewertet werden. Was also ist mit dem Geschäftsführerbegriff des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG gemeint, wenn nicht der gesetzliche, organschaftliche Vertreter, der mit der ebenfalls organschaftlichen Pflicht zur Geschäftsführung ausgestattet ist?

Der Geschäftsführerbegriff ist hier nicht im technischen Sinne zu verstehen<sup>3</sup>. Dies verwundert, da von dem Bundesgesetzgeber die juristisch-technisch einwandfreie Verwendung von Fachtermini des Rechts erwartet werden darf. Aufgrund der vorgenannten Widersprüchlichkeiten ist die untechnische Verwendung des Geschäftsführerbegriffs aber die einzig

zutreffende Auslegung. Gemeint sein können deshalb nur Personen, die aufgrund der Wahrnehmung leitender unternehmerischer Aufgaben so weit im Lager des Arbeitgebers und damit in einer Vertrauensstellung zu diesem stehen, dass der allgemeine Kündigungsschutz gerade durch § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG stark einzuschränken ist.

Dabei hat sich die Auslegung des Begriffs „Geschäftsführer“ an dieser Stelle insbesondere an den Kategorien des Betriebsleiters und ähnlicher leitender Angestellter zu orientieren. Gleichzeitig ist wiederum eine Abgrenzung zum Begriff „Betriebsleiter“ notwendig, um zu ermitteln, welcher Anwendungsbereich hier noch für den Geschäftsführerbegriff verbleibt.

Betriebsleiter i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist nach dem Urteil des BAG vom 25.11.1993<sup>4</sup> derjenige, der innerhalb eines Unternehmens einen selbständigen Betrieb eigenverantwortlich führt, dabei bedeutungsvolle unternehmerische Teilaufgaben wahrnimmt, Vorgesetzter der Beschäftigten des Betriebes ist, der bei seiner Tätigkeit einen erheblichen Entscheidungsspielraum hat und der das Weisungsrecht ausübt. Der Geschäftsführer gemäß dieser Vorschrift muss also eine Person sein, der die Führung des Unternehmens oder eines Teils des Unternehmens obliegt, ohne jedoch Organ der entsprechenden Gesellschaft zu sein. Obliegt der entsprechenden Person hingegen (lediglich) die Leitung eines Betriebes, so ist diese nicht unter den Geschäftsführerbegriff des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu fassen, sondern unter den dort ebenfalls erwähnten Begriff des Betriebsleiters, dessen Nennung andernfalls überflüssig wäre.<sup>5</sup>

Ein Beispiel für einen Geschäftsführer i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG stellt nach m.E. der bei dem Krankenhausträger angestellte Chefarzt dar, der zwar im Innen- und Außenverhältnis zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt, nicht aber Organ des Krankenhausträgers ist.<sup>6</sup> Dies jedenfalls, wenn er Kompetenzen besitzt, die das Unternehmen als organisatorische Einheit, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder ideellen Zweck, dem ein Betrieb oder mehrere organisatorisch verbundene Betriebe desselben Unternehmens dienen, betreffen und nicht (nur) den

<sup>2</sup> So u.a. auch Biebl, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsschutz*, 3. Auflage 2007, § 14, Rn 1-4.

<sup>3</sup> Vgl. auch Biebl, aaO, Rn 17.

<sup>4</sup> NZA 1994, 837 (838)

<sup>5</sup> AA vgl. u.a. Ünck, in: *Schaub, Arbeitsrechtshandbuch*, 12. Auflage 2007, § 130, Rn 7, der als Geschäftsführer im nicht technischen Sinne exemplarisch die Leiter von Betrieben aufführt.

<sup>6</sup> So im Umkehrschluss wohl auch Ünck, a.a.O.

Betrieb als organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt.<sup>7</sup> Bei dem Leiter des Restaurants einer Restaurantkette dürfte nach diesen Kriterien in der Regel anzunehmen sein, dass er Betriebsleiter ist und nicht Geschäftsführer, der Restaurantleiter eines einzelnen, als GmbH organisierten Restaurants hingegen wird häufig auch Entscheidungsbefugnisse auf Unternehmensebene haben. Die Tatsache, dass die Unterscheidung in Bezug auf die Rechtsfolgen dahinstehen kann, zeigt lediglich das Dilemma der Erwähnung des Geschäftsführerbegriffs in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

#### IV. Fazit und Lösungsmöglichkeiten

Die Erwähnung des Begriffs des Geschäftsführers in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist irreführend. Der Gesetzgeber verwendet hier im Rahmen eines Gesetzestextes einen Begriff unnötigerweise untechnisch, was zu Widersprüchen innerhalb der Norm des § 14 KSchG und zu Verwechslungen mit dem technischen Geschäftsführerbegriff insbesondere des § 35 GmbHG führt. Außerdem ergeben sich im Einzelfall häufig kaum zu lösende Abgrenzungsprobleme zu dem ebenfalls in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG enthaltenen Begriff des Betriebsleiters. Während letztere Abgrenzung allenfalls von akademischem Interesse ist, kann die Ungenauigkeit einer höchst praxisrelevanten Norm durch die falsche Ver-

wendung eines technisch klar und anderweitig definierten Begriffes nicht hingenommen werden. Dies gilt gerade im Arbeitsrecht und hier insbesondere im Kündigungsrecht, das in besonderem Maße den Arbeitsalltag auch von Nichtjuristen mitbestimmt, man denke hier beispielsweise an Personalreferenten und sonstige Mitarbeiter von Personalabteilungen mit jedenfalls nicht zwingend juristischem Hintergrund. Diese Ungenauigkeit und damit stark eingeschränkte Praxistauglichkeit ist nicht notwendig, da dem Geschäftsführerbegriff an dieser Stelle keine zwingende Bedeutung zukommt. Der quantitativ größte Teil des Anwendungsbereiches von § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG dürfte dem Begriff des Betriebsleiters zuzurechnen sein. Daneben ist die Erwähnung der „ähnlichen leitenden Angestellten“ praktisch vollkommen ausreichend. Im Interesse der Eindeutigkeit der Norm und ihrer technischen Korrektheit bietet es sich deshalb an, den Geschäftsführerbegriff vollständig aus der entsprechenden Aufzählung herauszunehmen. Eine Alternative dazu ist es, statt des Begriffs des Geschäftsführers den des „Geschäftsleiters“ zu verwenden. Hierdurch würde einerseits jede Ungenauigkeit und Verwechslungsgefahr im Verhältnis insbesondere zu § 35 GmbHG beseitigt und gleichzeitig der Inhalt der Abgrenzung zum Begriff des Betriebsleiters durch Verantwortlichkeiten des Geschäftsleiters auf Unternehmensebene verdeutlicht.

<sup>7</sup> Vgl. zum Betriebs- und Unternehmensbegriff die sehr gelungene Darstellung von Vogelsang, in: Schaub, a.a.O., § 18, Rn 1 ff.

## Das Arbeitsgesetzbuch der DDR – ein Argument für ein bundesdeutsches Arbeitsvertragsgesetz?

Rechtsanwalt Nikolaus Jung, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bad Homburg

### Anlass für diesen Beitrag

Noch am 14.09.2007 äusserte sich Ronald Pofalla auf einer Diskussionsveranstaltung der CDA und der Bertelsmann Stiftung in Berlin zuversichtlich, in der laufenden Legislaturperiode könne ein Arbeitsvertragsgesetz Wirklichkeit werden<sup>1</sup>. Bekanntlich kam es anders, trotz des von den Professoren Hensler und Preiss vorgelegten und von der Bertelsmann Stiftung finanzierten Entwurfs eines einheitlichen Gesetzes.<sup>2</sup> Der Entwurf entfachte eine heftige Diskussion, in der auch immer wieder darauf verwiesen wurde, dass zuletzt im Einigungsvertrag vereinbart worden ist, ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetz zu schaffen.<sup>3</sup> Abgesehen davon, dass der Bundesgesetzgeber dieser vertraglichen Verpflichtung bis heute nicht

nachgekommen ist, ist die Forderung nach einem einheitlichen Arbeitsvertragsgesetz für die Bundesrepublik Deutschland schon lange auf der Tagesordnung und wird immer wieder problematisiert. So auch in dem Beitrag „Der Professorenentwurf zum ArbVG – ein Danaergeschenk?“, in dem die

<sup>1</sup> NJW-aktuell, Heft 41/2007, XIV.

<sup>2</sup> Beilage zu NZA Heft 23/2006 und der überarbeitete Entwurf in NZA-Beilage 1/2007 zu Heft 21/2007.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 30 des Einigungsvertrages, Bauer, in: Arbeitsrechtliche Entscheidungen, 01/2009, S. 10.

Autoren darauf hinweisen, der Einigungsvertrag fordere kein Arbeitsvertragsgesetz, sondern ein Arbeitsgesetzbuch.<sup>4</sup> Dabei wird, in Klammern, darauf verwiesen, dass es in der DDR bereits ein Arbeitsgesetzbuch gab.<sup>5</sup> Allein dieser Hinweis ist Anlass für diesen Beitrag, wird hier doch ein Fortschritt suggeriert, der sich aber bei verständiger Betrachtung als fatale Fehleinschätzung systembedingter Unterschiede herausstellt.

## Das Arbeitsgesetzbuch der DDR

Richtig ist, dass das Einführungsgesetz zum Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik am 12.04.1961 durch den Vorsitzenden des Staatsrates der Deutschen Demokratischen Republik, Walter Ulbricht, verkündet wurde und mit seiner Verkündung in Kraft trat.<sup>6</sup> Richtig ist auch, dass in der früheren sowjetischen Besatzungszone auf der Grundlage des Kontrollratsgesetzes Nr. 21 bereits 1946 unter Bezugnahme auf das Arbeitsgerichtsgesetz der Weimarer Republik von 1926 wieder Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte eingerichtet wurden. Diese blieben auch nach der Staatsgründung zunächst erhalten, wurden aber nach 1953 durch die Kreisgerichte und 14 Arbeitsgerichte zweiter Instanz ersetzt. Mit dem Einführungsgesetz zum Gesetzbuch der Arbeit der Deutschen Demokratischen Republik vom 12.04.1961 wurde u.a. das Arbeitsgerichtsgesetz vom 23.12.1926 (RGBl. I S. 507) aufgehoben. Im Jahr 1963 verlor schliesslich die Arbeitsgerichtsbarkeit endgültig ihre Selbständigkeit.<sup>7</sup> Von erheblicher Bedeutung war, dass das Oberste Gericht der DDR nicht nur Kassationsgericht war, sondern auch das entscheidende Gericht, welches die Rechtsprechung leitete. Da das Oberste Gericht der DDR mit verbindlicher Wirkung für die Gerichte der DDR Richtlinien erliess, kann deshalb nicht von einer unabhängigen, nur dem Gesetz verpflichteten Richterschaft gesprochen werden.

## Der Einigungsvertrag

Richtig ist auch, dass die DDR in den Verhandlungen zur Wiedervereinigung Deutschlands versuchte, Teile ihres Arbeitsgesetzbuches zu erhalten. Aber ab dem 03.10.1990 galt gemäß Art. 8 des Einigungsvertrages vom 31.08.1990 allein das bundesdeutsche Arbeitsrecht, abgesehen von einigen wenigen Übergangsregelungen. Der Kompromiss bestand darin, die Zusammenfassung des zersplitterten individuellen Arbeitsrechts als Aufgabe für den gesamtdeutschen Bundestag festgelegt zu haben.<sup>8</sup> Ziel der Vereinbarung war es aber vor allem, eine Rechtseinheit im Arbeitsrecht sowohl in der Arbeitsgerichtsbarkeit, als auch im materiellen Arbeitsrecht im wiedervereinigten Deutschland zu schaffen. Dieses Ziel wurde erreicht. Schliesslich endeten auch die vorübergehend geschaffenen Schiedsstellen, als Ersatz für die Konfliktstellen in der DDR, am 31.12.1992.<sup>9</sup>

## Materielles Arbeitsrecht in der DDR

Der Hinweis auf die systembedingte nichtvorhandene Unabhängigkeit der Richterschaft müsste eigentlich genügen, um die Ablehnung der Übernahme des Gesetzbuches der Arbeit der DDR, auch teilweise nicht, zu verstehen. Gravierender sind jedoch die grundlegenden materiellen Unterschiede der beiden Systeme. Die DDR verstand sich als ein Arbeiter- und Bauernstaat.<sup>10</sup> Alle politische Macht sollte von den Werktätigen ausgeübt werden.<sup>11</sup> Die Ausbeutung des Menschen durch den Menschen war in diesem System nach dem eigenen Verständnis für immer beseitigt.<sup>13</sup> Und in der DDR hatte jeder Bürger – verfassungsrechtlich verankert – das Recht auf Arbeit.<sup>14</sup> In der Verfassung der DDR wurde auch festgeschrieben, dass dieses Recht auf Arbeit durch das einheitliche sozialistische Arbeitsrecht gewährleistet wird.<sup>15</sup> Zum Verständnis dieser Verfassung ist es unumgänglich, auf die Grundlagen des Marxismus/Leninismus hinzuweisen. Zwar stand in der Verfassung, dass die Führung der Werktätigen bei der Arbeiterklasse lag, diese aber wiederum geführt wurde von „ihrer“ marxistisch-leninistischen Partei.<sup>16</sup> Die SED verstand sich als eine wissenschaftliche Partei, die objektiv, nach den Erkenntnissen des Marxismus/Leninismus, den Führungsanspruch absolut, allein und uneingeschränkt inne hatte. Grundlage der ökonomischen Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft war es, dass der Widerspruch zwischen Kapital und Arbeit, bzw. der „antagonistische“ Widerspruch zwischen den Produktionsverhältnissen und den Produktionsmitteln in der sozialistischen Gesellschaft, aufgehoben ist.<sup>17</sup> Folgerichtig gab es die volkseigenen Betriebe (VEB). Da es in der DDR damit keinen Klassengegensatz zwischen den Werktätigen, der Arbeiterklasse, und ihrer Partei gab, wurden die Probleme am Arbeitsplatz in den Konfliktstellen inhaltlich an den Grundwerten der dem

<sup>4</sup> Schubert, Hjort, Kahl, Fricke, *Der Professorenentwurf zum ArbVG-Ein Danaergeschenk?*, in: *Arbeitsrechtliche Entscheidungen*, 01/2009, S. 6.

<sup>5</sup> Schubert, u.a., a.a.O. S. 6.

<sup>6</sup> *Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik 1961 Teil I*, S. 49.

<sup>7</sup> Linsenmeier, *Richter am BAG*, [www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/geschichte](http://www.bundesarbeitsgericht.de/allgemeines/geschichte).

<sup>8</sup> Vgl. Art. 30 des Einigungsvertrages.

<sup>9</sup> Linsenmeier, a.a.O.

<sup>10</sup> Art. 1 der Verfassung der DDR vom 06.04.1968, *Gesetzblatt Teil I Nr. 47 – Ausgabetag 27.09.1974*.

<sup>11</sup> Art. 2 (1), a.a.O.

<sup>13</sup> Art. 2 (3), a.a.O.

<sup>14</sup> Art. 24 (1), a.a.O.

<sup>15</sup> Art. 24 (3), a.a.O.

<sup>16</sup> Art. 1, a.a.O.

<sup>17</sup> Karl Marx im Vorwort „Zur Kritik der Politischen Ökonomie“, 1858/59.

Sozialismus immanenten Werten gemessen. Dazu gehörten eine hohe Arbeitsmoral, Kollektivgeist, sozialistischer Patriotismus, proletarischer Internationalismus, antiimperialistische Solidarität und auch die Bereitschaft zur Verteidigung der sozialistischen Heimat. Nach dem Selbstverständnis der DDR war dieser Staat – philosophisch betrachtet (man möge dies bei Rousseau nachlesen: *volonté générale* vs. *volonté de tous*) – eine wahrhafte Demokratie, nämlich eine identitäre Demokratie. Hier stimmten die subjektiven Interessen der Regierten objektiv mit den Interessen der Regierenden überein. Aufgabe der Partei war es, als subjektiver Faktor der objektiven Revolution die Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft führend voranzubringen. Sicher, es gab auch das Recht auf Gewerkschaften in der Verfassung der DDR.<sup>17</sup> Die Rolle der Gewerkschaften kann man aber nur unter dem Führungsanspruch der SED verstehen. Eine eigenständige Position hatten die Gewerkschaften nicht. Ihr Recht bestand darin, an der Gestaltung der sozialistischen Gesellschaft teilzunehmen.<sup>18</sup> Und so erging es auch den Werktätigen. Darum erwähnen die Autoren des Eingangs erwähnten Beitrags in ihrem Hinweis auf die DDR eben auch nur das dort vorhanden gewesene Arbeitsgesetzbuch. Ein Arbeitsrecht im bundesrepublikanischen Sinn wäre in der DDR undenkbar gewesen. Folgerichtig fehlen auch in der einschlägigen staatstragenden Literatur der DDR Beiträge zum Arbeitsrecht, bzw. zu einem Arbeitsvertragsgesetz in der DDR.<sup>19</sup> Stattdessen wird konstatiert, dass „die bürgerliche Demokratie auf dem kapitalistischen Eigentum an den Produktionsmitteln“ beruht<sup>20</sup>. Was bedeutete, dass dort, wo „das Volk nicht Eigentümer der Produktionsmittel ist, (es) auch keine Volksherrschaft geben“ könne.<sup>21</sup> Konsequenz ist daher der Gedanke dieser Weltanschauung, Demokratie als Ziel zu sehen, wobei der Begriff der Demokratie inhaltlich nicht als gelebter Ausdruck unterschiedlicher Auffassungen, Meinungen, und seien sie auch Ergebnis eines nicht immer wertenden rationalen Denkpro-

zesses, der verschiedenen Vorstellungen und der Wünsche von Menschen zu verstehen ist.

## Fazit

Der Hinweis auf die DDR in dem Beitrag „Der Professorenentwurf zum ArbVG-Ein Danaergeschenk?“ ist deshalb so ärgerlich, weil hier unterschwellig suggeriert wird, die DDR habe gegenüber der BRD arbeitsrechtlich fortschrittliche Gesetze gehabt. Dies ist mitnichten der Fall. Die Staatszielbestimmung der DDR, ein demokratischer Staat zu sein, wird nur dann nachvollziehbar, wenn man sich die Definition der DDR zu eigen macht. Das System der BRD dagegen beruht nicht auf dem Gedanken einer identitären, sondern auf dem einer freiheitlichen, repräsentativen Demokratie. Zum Wesen der Demokratie nach westlichen Vorstellungen gehört die Auseinandersetzung, der Streit, um das was richtig ist und das Ringen um Mehrheiten. Insofern ist, solange die Auseinandersetzung um ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetz in diesem System möglich ist, das freiheitliche System nicht in Gefahr. Die kontroverse Debatte um ein Arbeitsvertragsgesetz wird in diesem Sinne hoffentlich noch lange weiter geführt werden. Auf Grund der unterschiedlichen Positionen der beteiligten Interessengruppen wird es aber nach Auffassung des Verfassers auch in dieser Legislaturperiode unter dem neuen Arbeitsminister Franz Josef Jung nicht zu einem Arbeitsvertragsgesetz kommen. Vielleicht gar nicht so übel? Schliesslich ist der Weg das Ziel.

<sup>17</sup> Art. 44 (1), a.a.O.

<sup>18</sup> Art. 44 (3), a.a.O.

<sup>19</sup> Klaus/Buhr, *Philosophisches Wörterbuch*, 12. Auflage, Band 1, VEB Bibliographisches Institut Leipzig, 1976.

<sup>20</sup> Klaus/Buhr, a.a.O., S. 256.

<sup>21</sup> Klaus/Buhr, a.a.O., S. 256.

## Videüberwachung in der Schweiz

Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt; Jasmine Frei, Rechtsanwältin; Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt, Zürich

**Die technische Entwicklung im Bereich der Videoüberwachung eröffnet dem Arbeitgeber neue Möglichkeiten. Der technische Fortschritt birgt jedoch auch das Risiko, dass die Persönlichkeit der betroffenen Arbeitnehmer verletzt wird. Um eine allfällige zivil- und/oder strafrechtliche Verantwortlichkeit zu vermeiden, ist es wichtig, die nachfolgend dargelegten Grundsätze des Obligationenrechts (OR), der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) sowie des Datenschutzgesetzes (DSG) einzuhalten.**

### Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

Es gilt der Grundsatz, dass der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten, zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen hat (Art. 328 OR). Der Schutz des Arbeitnehmers ist jedoch nicht absolut, denn die Schutzwürdigkeit steht in Konkurrenz zu den berechtigten Interessen des Arbeitgebers.

Daten über den Arbeitnehmer dürfen vom Arbeitgeber nur bearbeitet werden, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Art. 328b OR). Die Datenbearbeitung für andere Zwecke bedarf der Einwilligung des Betroffenen oder ist durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz zu rechtfertigen (*Gesetzmässigkeitsprinzip*).

Ein überwiegendes Interesse kann bei einer Überwachung aus Sicherheitsgründen gegeben sein, wie sie zum Beispiel bei der Installation von Videokameras in einer Bankschalterhalle vorkommt. Auch im Falle von vermehrten Diebstählen durch Arbeitnehmer in einem exklusiven Verkaufsgeschäft, kann der Arbeitgeber ein überwiegendes Interesse an einer Videoüberwachung haben.

### Verbot der Verhaltensüberwachung von Arbeitnehmern

Der in Art. 328 OR festgehaltene Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers wird durch Art. 26 ArGV 3 im öffentlichen Recht verankert. Gemäß dieser Bestimmung dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, welche das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3). Unter einer Verhaltensüberwachung ist jegliche Überwachung der Arbeitnehmer zu verstehen, welche eine Kontrolle bestimmter Aktivitäten der Arbeitnehmer in detaillierter Form ermöglicht. Eine Verhaltensüberwachung würde zum Beispiel vorliegen, wenn der Arbeitgeber das

Verkaufspersonal an der Kasse mit Videokameras aufnehmen würde, um die Geschwindigkeit bei der Arbeit oder den Umgang mit den Kunden zu überprüfen. Die Grenzziehung zwischen zulässiger Überwachung und unerlaubter Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmer ist sehr schwierig und manchmal kaum möglich.

Falls Überwachungs- oder Kontrollsysteme jedoch aus anderen Gründen als der Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmer erforderlich sind, sollen diese insbesondere so gestaltet und angeordnet werden, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3). Ob eine allfällige Beeinträchtigung der Gesundheit und der Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer besteht, ist im Einzelfall abzuklären.

### Grundsätze gemäß Datenschutzgesetz

Bei der Installation von Videokameras sind neben dem bereits erwähnten *Gesetzmässigkeitsprinzip* insbesondere die folgenden Bearbeitungsgrundsätze gemäß Datenschutzgesetz zu beachten:

Eine allfällige Videoüberwachung darf gestützt auf den *Grundsatz von Treu und Glauben* nicht heimlich erfolgen. Falls somit eine Bank in der Schalterhalle Überwachungskameras einsetzt, sind die Arbeitnehmer darüber zu informieren. Eine solche Information kann zum Beispiel mittels Datenschutzerklärung erfolgen, welche unter anderem über den genauen Ort der Installation sowie den verfolgten Zweck der Videoüberwachung informiert (*Information der Arbeitnehmer*).

Weiter hat der Arbeitgeber die Daten mit angemessenen technischen und organisatorischen Massnahmen gegen unbefugten Gebrauch zu sichern. Mit anderen Worten sollen lediglich speziell ausgebildete Personen Zugang zu den Daten haben, und diese sind an einem sicheren und geschützten Ort zu speichern (*Datensicherheit*).

Gemäß dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* muss die Videoüberwachung geeignet und erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, das heißt, sie muss in einem angemessenen Verhältnis zum Ziel stehen. Mit anderen Worten wird Verhältnismässigkeit zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an einer Überwachung und dem Interesse der Arbeitnehmer, nicht überwacht zu werden, verlangt. Gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip sind somit die Videokameras so aufzustellen, dass nur die für den verfolgten Zweck absolut notwendigen Bilder in ihrem Aufnahmebereich erscheinen. Sehr heikel wäre insbesondere die Aufnahme

der Gesichter der betroffenen Arbeitnehmer. Es empfiehlt sich, datenschutzfreundliche Technologien wie z.B. Privacy Filters einzusetzen. Solche Filter verschlüsseln die gefilmten Gesichter in Echtzeit. Die Aufnahmen können jedoch z.B. bei einer allfälligen strafrechtlichen Verfolgung durch die autorisierten Personen entschlüsselt werden. Auch in zeitlicher Hinsicht ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Nach Möglichkeit sollten die Kameras nicht permanent in Betrieb sein. Es bestünde etwa die Möglichkeit, dass die betroffenen Arbeitnehmer diese in gewissen Situationen selber anstellen könnten. Sodann müssen die mit einer Kamera aufgenommenen Bilder innerhalb kürzester Zeit gelöscht werden, zumal zum Beispiel Diebstähle, Sachbeschädigungen oder Personenverletzungen im Normalfall sofort oder innerhalb von wenigen Stunden erkennbar sind. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte empfiehlt die Löschung der Aufnahmen innerhalb einer Frist von 24 Stunden, was jedoch als sehr kurz erscheint.

Gemäß dem *Zweckbindungsprinzip* dürfen die Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der entweder bei der Beschaf-

fung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Sodann müssen die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein.

### Zusammenarbeit mit Arbeitsinspektorat

Zu den Hauptaufgaben der kantonalen Arbeitsinspektorate zählen die Sicherheit und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. In diesem Zusammenhang führen die Arbeitsinspektorate regelmäßig entsprechende Kontrollen durch. Es ist deshalb empfehlenswert, bereits bei der Planungsphase der Installation von Videoüberwachung eng mit dem zuständigen Arbeitsinspektorat zusammenzuarbeiten und insbesondere die genaue Position der Kameras sowie die Einstellungswinkel der Kameras zu besprechen. Dies verhindert allfällige Auflagen der Arbeitsinspektorate zu einem späteren Zeitpunkt und im schlimmsten Fall, dass die Kameras mit großem Kostenaufwand entfernt oder umpositioniert werden müssen.

## Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

	Seite		Seite
<b>Allgemeines Vertragsrecht</b>			
357. Arbeitnehmerstatus, Lehrkraft für Qualifizierungs- und Integrationsmaßnahmen der Arbeitsagentur	326	364. Bezugnahmeklausel, dynamische Verweisung auf BAT erfasst Nachfolgetarifverträge	328
358. AGG, Bewerbungsverfahren, Schwerbehinderung, Heilung des Verstoßes durch Einladung zum Vorstellungsgespräch, keine Entschädigung bei Nichtteilnahme	326	365. Direktionsrecht, Wegfall von Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit	328
359. AGG, Einstellung, Altershöchstgrenze für Nachwuchswissenschaftler	326	366. Teilzeitanpruch, frühzeitiger Antrag, Bankangestellte, fehlende (Teilzeit-)Planstelle bei Rückkehr aus Elternzeit kein Ablehnungsgrund	328
360. AGB-Kontrolle, überraschende Klausel, Vergütung als Darlehen	327	367. Eigenkündigung wegen Zahlungsverzug des Arbeitgebers, Schadensersatz, Abfindungsanspruch	329
361. AGB-Kontrolle, Sonderzahlung, Rückzahlungsklausel, unangemessene Benachteiligung bei betriebsbedingter Kündigung	327	368. Kündigungserklärung, Zugang, Briefkasteneinwurf nach Personalgespräch	330
362. AGB-Kontrolle, Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen, wiederholt befristete Arbeitszeiterhöhung zur flexiblen Reaktion auf wechselnden Arbeitskräftebedarf	327	369. Aufhebungsvertrag, Anfechtung, widerrechtliche Drohung, Berücksichtigung von Erklärungsinhalt und Gesprächssituation	330
363. AGB-Kontrolle, Dienstfahrzeug, Verpflichtung zur Übernahme des Leasingvertrages	328	370. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung, (kein) Berechnungsdurchgriff zu Lasten des Arbeitnehmers, Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Konzernstruktur auf den Vertragsarbeitgeber	331

	Seite		Seite
371. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung, Garantieranpassung für Altfälle, Abweichung von § 16 BetrVG	333	389. Schwerbehindertenvertretung, Schulungsanspruch der Vertrauensperson, Erforderlichkeit nicht spezifisch behindertenbezogener Thematik („Die Gesamt- und Konzernschwerbehindertenvertretung“), kein Schulungsmonopol der Integrationsämter	339
372. Betriebliche Altersversorgung, dynamische Verweisung, Gesamtzusage, Anrechnung anderweitiger Versorgungsbezüge. Verfallbarkeit der anrechenbaren Versorgungsanwartschaft	333	390. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Ordnung des Betriebes, Vorgabe der Betriebssprache	340
373. Zeugnis, Berichtigungsanspruch, differenzierte Verhaltensbeurteilung	334	391. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Einstellung, keine Unterrichtung über den Befristungsgrund	340
<b>Bestandsschutz</b>		392. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Versetzung, (kein) allgemeiner Unterlassungsanspruch bei personellen Einzelmaßnahmen, einstweilige Verfügung § 101 BetrVG	341
374. Abmahnung, Abschwächung der Warnfunktion durch wiederholte „letzte“ Abmahnung	334	393. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Anspruch auf Entlassung betriebsstörender Arbeitnehmer	342
375. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsverweigerung, Direktionsrecht bei Küchenhilfe	334	394. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Betriebsänderung, (kein) Anspruch auf Unterlassung von Kündigungen	343
376. Verhaltensbedingte Kündigung, Annahme von Schmiergeldern	334	395. Sozialplan, Abfindung, AGG, Bemessung der Abfindung nach Betriebszugehörigkeit, Differenzierung zwischen rentenfernen und rentennahen Jahrgängen, Stichtagsregelung	343
377. Verhaltensbedingte Kündigung, Verdachtskündigung, Verdacht der Kassenmanipulation	335	396. Sozialplan, Abfindung, unzulässige „Turbo-Prämie“	344
378. Personenbedingte Kündigung, „low-performer“, Erfordernis von Abmahnung und Bewährungsfrist	335	397. Sozialplan, Abfindung, Ausschluss bei Eigenkündigung (I)	345
379. Personenbedingte Kündigung, Krankheit, Erfordernis einer Bewährungszeit nach betrieblichem Eingliederungsmanagement	336	398. Sozialplan, Abfindung, Ausschluss bei Eigenkündigung (II)	345
380. Teilkündigung, vertragliche Zusatzvereinbarung zur Absenkung der Arbeitszeit, keine Ermessenskontrolle bei kollektivrechtlicher Grundlage	336	399. Einigungsstelle, Interessenausgleich, wirtschaftliche Nachteile, Einführung von Selbstbedienungskassen	345
381. Befristung, Sachgrund, Arzt in Weiterbildung (ÄArbVtrG), zulässige Befristungsdauer, Erfordernis einer strukturierten Weiterbildung	337	400. Einigungsstelle, freie Bestimmung des Vorsitzenden durch das Arbeitsgericht	345
382. Befristung, Sachgrund, vorübergehender Arbeitsbedarf, Saisonbetrieb	337	<b>Tarifvertragsrecht</b>	
383. Befristung, ohne Sachgrund, Arbeitgeberbegriff bei Trägern der Grundsicherung („Arge“)	337	401. Tariffähigkeit, Gewerkschaftseigenschaft der Gewerkschaft Neue Brief- und Zustelldienste (GNBZ), Verfahren nach § 97 ArbGG nicht rechtsmissbräuchlich	345
384. Befristung, Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, unverzüglicher Widerspruch, Klageerhebung	338	402. Tarifvertrag, Sozialkassen des Baugewerbes, betrieblicher Geltungsbereich, Brandschutzdokumentation keine baugewerbliche Tätigkeit	345
385. Auflösungsantrag, Kraftfahrer, unterlassene Unfallmeldung	338	403. Tarifvertrag, Öffentlicher Dienst, Sonderzahlung, Rückzahlungsklausel	346
386. Nichtfortsetzungserklärung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Zugang, (keine) Wahl des Beendigungszeitpunkts	338	404. Tarifvertrag, Ausschlussfrist, Fälligkeit, fehlende Gehaltsabrechnung	346
<b>Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht</b>		405. Tarifvertrag, zweimonatige Ausschlussfrist, (keine) Sittenwidrigkeit	346
387. Betriebsrat, Antrag auf Auflösung des Betriebsrats bei drohender Betriebsstilllegung, einstweilige Verfügung	338	<b>Prozessuales</b>	
388. Betriebsrat, interne Betriebsratsausschüsse, Wahlgrundsätze	339	406. Rechtsweg, Streitigkeiten aus einem Verbundausbildungsvertrag	347
		407. Örtliche Zuständigkeit, Beschlussverfahren, doppelrelevante Tatsachen	347

## Allgemeines Vertragsrecht

	Seite		Seite
408. Einstweilige Verfügung, Beschäftigungsanspruch, Direktionsrecht, Ermessensausübung bei Zuweisung eines anderen Vertriebsgebietes	347	417. Streitwert, wirtschaftliche Identität von Kündigungsschutz- und Zahlungsantrag	350
409. Berufung, Bezeichnung des Berufungsbeklagten, Anwaltsverschulden	348	418. Streitwert, Vergleichsmehrwert, streitige Regegenstände	350
410. Zustellung, Versäumnisurteil, Einwurf in Firmenbriefkasten	348	419. Streitwert, Vergleichsmehrwert, Zeugnis	350
<b>Sonstiges</b>		420. Streitwert, Betriebsübergang	351
411. Anspruch auf Herausgabe von Krankenakten, angestellter Arzt mit Liquidationsberechtigung, Erfordernis der namentlichen Benennung der Patienten	348	421. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere personelle Einzelmaßnahmen	351
412. PKH, Vergleichsmehrwert, gesonderter PKH-Antrag	349	422. Streitwert, Beschlussverfahren, Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes	351
413. PKH, Vergleichsmehrwert, Einigungsgebühr	349	423. Streitwert, Beschlussverfahren, Durchführung einer Betriebsvereinbarung	351
414. PKH, Terminsgebühr, Vergleichsmehrwert	350	424. Streitwert, Beschlussverfahren, Errichtung einer Einigungsstelle	351
<b>Streitwert und Gebühren</b>		425. Streitwert, Beschlussverfahren, Freistellung eines Betriebsratsmitglieds	351
415. Streitwert, Kündigung, Dauer des Arbeitsverhältnisses, allgemeiner Feststellungsantrag	350	426. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, kein Rechtsmittelverzicht durch einvernehmliche Streitwertfestsetzung	351
416. Streitwert, Zusammentreffen von Kündigungsschutz- und Entfristungsklage	350	427. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, Gerichtskosten	352
		428. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, Verschlechterungsverbot	352

## Allgemeines Vertragsrecht

### 357. Arbeitnehmerstatus, Lehrkraft für Qualifizierungs- und Integrationsmaßnahmen der Arbeitsagentur

Ein selbständiger Schreiner, der berufliche Qualifizierungs- und Integrationsmaßnahmen für den von der Arbeitsagentur beauftragten Schulungsträger betreut, indem er den Schulungsteilnehmern handwerkliche Fertigkeiten vermittelt und sie bei deren Ausführung anleitet und überwacht, und der in diesem Zusammenhang keinen tätigkeitsbezogenen, insbesondere keinen methodisch-didaktischen Vorgaben des Schulungsträgers unterliegt, ist auch dann kein Arbeitnehmer, wenn die Tätigkeit – aufgrund entsprechender Vorgaben der Arbeitsagentur – in einem vorab festgelegten zeitlichen Umfang von 40 Wochenstunden ausgeübt und die Anwesenheit der Schulungsteilnehmer kontrolliert wird. Auch die Bereitstellung von Räumlichkeiten durch den Schulungsträger ist für die Statusbeurteilung nicht von Bedeutung.

■ Arbeitsgericht Nürnberg

vom 31.03.2009, 3 Ca 6657/08

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Martin-Luther-Platz 6-8, 91522 Ansbach

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

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

### 358. AGG, Bewerbungsverfahren, Schwerbehinderung, Heilung des Verstoßes durch Einladung zum Vorstellungsgespräch, keine Entschädigung bei Nichtteilnahme

1. Ein Verstoß gegen § 82 S. 2 SGB IX kann geheilt werden, wenn der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes den Stellenbewerber auf dessen Beanstandung hin in das unverändert noch laufende Bewerbungsverfahren wieder aufnimmt und zu einem Vorstellungstermin lädt.

2. Wird der Verstoß gegen IX geheilt, entfällt damit auch eine etwaige Indizwirkung i.S.v. § 22 AGG.

3. Ein Anspruch auf Entschädigung und/oder Schadensersatz gemäß § 15 AGG wegen Diskriminierung in einem Bewerbungsverfahren scheidet aus, wenn der Stellenbewerber an dem Vorstellungstermin, zu dem er eingeladen ist, nicht teilnimmt und seine Bewerbung vor Abschluss des Verfahrens zurückzieht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 29.01.2009, 7 Sa 980/08

### 359. AGG, Einstellung, Altershöchstgrenze für Nachwuchswissenschaftler

Die Einführung einer starren Altershöchstgrenze durch eine Universität für die Besetzung von Stellen, die der Habilitation sog. Nachwuchswissenschaftler dienen, stellt eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters dar, die nicht mit

dem hochschulpolitischen Ziel gerechtfertigt werden kann, das Erstberufungsalter für Professoren herabzusetzen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 12.02.2009, 7 Sa 1132/08

### 360. AGB-Kontrolle, überraschende Klausel, Vergütung als Darlehen

Regelungen zu einem Darlehen stellen nach § 305c Abs. 1 BGB überraschende Klauseln dar, wenn sie unter der drucktechnisch hervorgehobenen Überschrift „Vergütung“ erfolgen und in einer 11-ziffrigen Regelung sonst nur „EUR 2000,00“ drucktechnisch hervorgehoben wird, wobei dieser Betrag sich nicht auf die Höhe der Vergütung, sondern auf die Höhe eines monatlichen Darlehens bezieht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 03.06.2009, 15 Sa 310/09

### 361. AGB-Kontrolle, Sonderzahlung, Rückzahlungsklausel, unangemessene Benachteiligung bei betriebsbedingter Kündigung

Aus den Entscheidungsgründen:

Die formularmäßige Rückzahlungsvereinbarung in Nr. III.2.c. des Arbeitsvertrages ist jedenfalls insoweit unwirksam, als sie auch bei Ausspruch einer betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung eine Rückzahlungsverpflichtung auslöst (§ 306 Abs. 2 BGB). Damit benachteiligt sie die betroffenen Arbeitnehmer unangemessen (§ 307 Abs. 1 BGB). (...) Im Rahmen der nach § 307 BGB anzustellenden Interessenabwägung ist auch der die Rückzahlungspflicht auslösende Tatbestand zu berücksichtigen (*Thüsing*, in: v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stichwort: Arbeitsverträge Rn 151). Es ist nicht zulässig, die Rückzahlungspflicht schlechthin an jedes Ausscheiden des Arbeitnehmers zu knüpfen, das innerhalb der in der Klausel vorgesehenen Bleibefrist stattfindet. Vielmehr muss nach dem Grund des vorzeitigen Ausscheidens unterschieden werden (vgl. *Domdorf*, in: Däubler/Dorndorf, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, § 307 BGB Rn 119). Eine Rückzahlungsklausel stellt nur dann eine ausgewogene Gesamtregelung dar, wenn es der Arbeitnehmer in der Hand hat, durch eigene Betriebstreue der Rückzahlungspflicht zu entgehen. Verluste auf Grund von Investitionen, die nachträglich wertlos werden, hat grundsätzlich der Arbeitgeber zu tragen. (...) Diese von der erkennenden Kammer geteilte Ansicht ist auf die vorliegende Fallgestaltung zu übertragen. (...) Hiernach folgt auch bei der Rückforderung einer Weihnachtsgratifikation die Unwirksamkeit der Rückzahlungsverpflichtung im Falle einer ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber. Auch hier ist es nicht angängig, die Rückzahlungspflicht schlechthin an jedes innerhalb der Bindungsfrist stattfindende Ausscheiden zu knüpfen, sondern es ist auch hier nach dem Anlass des vorzeitigen Ausscheidens zu differenzieren.

Dem können nicht die unterschiedlichen Interessen an der

Rückzahlung bei gewährten Ausbildungskosten entgegeng gehalten werden. Das Bundesarbeitsgericht begründet den angenommenen Ausschluss der Rückzahlung von Ausbildungskosten bei betriebsbedingter Kündigung – wie ausgeführt – mit der ansonsten erfolgenden Belastung des Arbeitnehmers mit der fehlgeschlagenen Investition des Arbeitgebers (Kosten der Ausbildung des Arbeitnehmers). (...) Diese Überlegung gilt in gleicher Weise bei Zahlung von Weihnachtsgratifikationen, wenn auch nicht in der kostenintensiven Art wie bei Aus- und Weiterbildungskosten. Die Weihnachtsgratifikation dient, sofern eine Rückzahlungsverpflichtung bei vorzeitigem Ausscheiden mit ihr verbunden ist, nicht lediglich der Belohnung erbrachter, sondern auch dem Anreiz zu weiterer Betriebstreue. Mit ihr sollen die Arbeitnehmer auch künftig für eine bestimmte Zeit an den Betrieb gebunden werden. Insoweit kommt auch der Weihnachtsgratifikation ein „Investitionscharakter“ zu. Sieht in derartigen Fällen eine Arbeitsvertragsklausel eine Rückzahlungsverpflichtung auch für den Fall einer vor Ablauf der Vertragsbindungsfrist ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung durch den Arbeitnehmer vor, bleiben ebenso wenig die wechselseitig anzuerkennenden Interessen beider Vertragspartner, sondern nur einseitig diejenigen des Arbeitgebers berücksichtigt, woraus eine Benachteiligung des Arbeitnehmers folgt. Die vereinbarte Rückzahlungsverpflichtung auch für einen an sich vertragstreuen Arbeitnehmer stellt somit keine ausgewogene Gesamtregelung mehr dar: Der Arbeitnehmer hat es nicht mehr in der Hand hat, durch eigene Betriebstreue der Rückzahlungspflicht zu entgehen.

■ Landesarbeitsgericht München

vom 12.05.2009, 6 Sa 1135/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Ostermaier,

Brienner Straße 12a, 80333 München

Tel.: 089/28634446, Fax: 089/28634400

Christian.Obermaier@snp-online.de; www.snp-online.de

### 362. AGB-Kontrolle, Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen, wiederholt befristete Arbeitszeiterhöhung zur flexiblen Reaktion auf wechselnden Arbeitskräftebedarf

1. Auf die Befristung einzelner Arbeitsvertragsbedingungen ist § 14 TzBfG nach herrschender und zutreffender Ansicht nicht anwendbar.
2. Die in einem Formulararbeitsvertrag vereinbarte Befristung einer Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit unterliegt jedoch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.
3. Das schützenswerte Interesse des Arbeitnehmers daran, dass der Umfang der Arbeitszeit unbefristet vereinbart wird, wird durch eine Vertragsgestaltung beeinträchtigt, die nur eine zeitlich unbefristete Teilzeitbeschäftigung vorsieht und darüber hinaus lediglich befristete, von den Arbeitsvertragsparteien zwar jeweils zu vereinbarenden, vom Arbeitgeber in Zeitpunkt und Umfang aber jeweils vorgegebene Aufstockun-

## Allgemeines Vertragsrecht

gen der Arbeitszeit bis zu einer Vollzeitbeschäftigung ermöglicht.

4. Die darin liegende Benachteiligung kann nicht durch das Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt werden, auf die allgemeine Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf flexibel reagieren zu können.

5. Es liegt kein Wertungswiderspruch darin, dem Arbeitgeber bei einem Abrufarbeitsverhältnis i.S.v. § 12 TzBfG für den variablen Bestandteil des Arbeitszeitkontingents eine Bandbreite von bis zu 25 % zuzugestehen, die Befristung einer Arbeitszeiterhöhung aber auch dann für unzulässig zu halten, wenn sie einerseits einen Anteil von 25 % der Gesamtarbeitszeit nicht übersteigt, andererseits aber lediglich mit Umständen gerechtfertigt wird, die dem allgemeinen Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen sind.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 05.02.2009, 7 Sa 1088/08

### 363. AGB-Kontrolle, Dienstfahrzeug, Verpflichtung zur Übernahme des Leasingvertrages

Eine Formularregelung über die Verpflichtung des Arbeitnehmers, bei Ende des Arbeitsvertrages den Leasingvertrag über einen Firmenwagen (entweder) bei seinem neuen Arbeitgeber einzubringen, einen Mitarbeiter zu finden, der firmenwagenberechtigt ist und sein Fahrzeug übernehmen möchte, oder den Vertrag auf eigene Kosten aufzulösen, ist intransparent und benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 19.06.2009, 4 Sa 901/08

### 364. Bezugnahmeklausel, dynamische Verweisung auf BAT erfasst Nachfolgetarifverträge

Die Bezugnahme im Arbeitsvertrag „in Analogie zum BAT in der jeweiligen Fassung“ ist als kleine dynamische Bezugnahmeklausel dahingehend auszulegen, dass sie sich nach der Interessenlage der Parteien, wie sie im Arbeitsvertrag und der bisherigen Handhabung des Arbeitsverhältnisses ihren Niederschlag gefunden hat, auch auf Nachfolgetarifverträge zur Einmalzahlung erstreckt, wenn die Bezugnahme Vergütungsbestandteile wie Arbeitsentgelt und die Vergütungshöhe umfasst.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 27.04.2009, 8 Sa 1834/08

### 365. Direktionsrecht, Wegfall von Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit

Die Möglichkeit, Vergütungszuschläge durch die Arbeit in der Nacht und an Sonn- und Feiertagen zu verdienen, gehört grundsätzlich nicht zu den bestandsschutzgesicherten Positionen im Arbeitsverhältnis.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 30.03.2009, 5 Sa 1289/08

### 366. Teilzeitananspruch, frühzeitiger Antrag, Bankangestellte, fehlende (Teilzeit-)Planstelle bei Rückkehr aus Elternzeit kein Ablehnungsgrund

Aus den Entscheidungsgründen:

Soweit die Beklagte meint, sie könne nicht bereits jetzt Erklärungen abgeben, ob das von der Klägerin angebrachte Teilzeitbegehren zum Ende der erneuten zweijährigen Elternzeit umsetzbar sei oder nicht, steht dies zur Überzeugung der Kammer einer Entscheidung i.S.d. Klägerin nicht entgegen. Zwar ist richtig, dass die erneute Elternzeit der Klägerin nach jetzigem Stand erst Mitte 2010 enden wird. Denkbar ist aber, dass die Elternzeit vorzeitig beendet werden kann, z.B. nach § 16 Abs. 4 BEEG bei Tod des Kindes. So furchtbar ein solches Ereignis auch wäre: Die Klägerin hat ein nachvollziehbares Interesse an der Klärung, mit welcher Wochenarbeitszeit sie dann arbeiten muss. Das Gesetz steht dem nicht entgegen. § 8 Abs. 2 TzBfG bestimmt nur, dass der Arbeitszeitwunsch spätestens drei Monate vor Beginn der Verringerung geltend zu machen ist. Eine Frist, wann er frühestens geltend gemacht werden kann, kennt das Gesetz nicht. Hieraus folgt zur Überzeugung der Kammer, dass die Klägerin ihr Teilzeitbegehren auch zirka zwei Jahre vor der voraussichtlichen realen Umsetzung der neuen Arbeitszeit geltend machen kann. Dies ist auch interessengerecht: Der Arbeitgeber hat dadurch die Möglichkeit, im Rahmen mittelfristiger Planungen in Ruhe die Voraussetzungen zu schaffen, die Arbeitnehmerin kann ihren Anspruch im Hauptsacheverfahren zumeist rechtskräftig klären und sich auf das Ergebnis einstellen. (...)

Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass eine Teilzeit-Planstelle im Rahmen der Vergütungsgruppe AT 6 nicht zur Verfügung steht, vermag dies die Ablehnung des Wunsches der Klägerin ebenfalls nicht zu rechtfertigen. In der Kammerverhandlung hat sich ergeben, dass die Beklagte nicht nur keinen Teilzeit-Arbeitsplatz in Vergütungsgruppe AT 6 anbieten kann, der frei wäre. Ergeben hat sich vielmehr, dass die Beklagte zurzeit überhaupt keinen Arbeitsplatz der Vergütungsgruppe AT 6 zur Verfügung hat, den sie der Klägerin anbieten könnte. Vielmehr sind alle Planstellen besetzt, was seine Ursache u.a. darin hat, dass die Beklagte Vertretungskräfte in Elternzeiten nicht befristet, sondern unbefristet beschäftigt. Wird das Teilzeitbegehren der Klägerin unberücksichtigt gelassen, hätte sie zweifellos einen vertraglichen Anspruch auf Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz in der Wertigkeit ihrer vertraglichen Vergütung (außertariflich AT 6). Dass keine entsprechend bewertete freie Planstelle zur Verfügung steht, könnte die Beklagte der Klägerin in diesem Fall nicht mit Erfolg entgegenhalten. Sie würde vielmehr gegen ihre vertraglichen Pflichten zur vertragsgerechten Beschäftigung der Klägerin verstoßen.

Bei einer derartigen Sachlage kann die Beklagte sich zur Überzeugung der Kammer nicht mit Erfolg darauf berufen, dass keine Planstelle für einen entsprechend zu wertenden Teilzeit-Arbeitsplatz besteht. Zum einen würde ihr mit der

Verpflichtung, einen entsprechenden Arbeitsplatz zu schaffen, weniger zugemutet werden, als das, wozu sie bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den vorherigen Bedingungen verpflichtet wäre. Zum anderen hat die Beklagte nicht hinreichend konkret dargelegt, welche konkreten betrieblichen Gründe dagegen sprechen sollten, einen Arbeitsplatz, auf den die Klägerin als Vollzeitarbeitsplatz Anspruch hätte, so aufzuteilen und die Gesamtaufgaben so umzuverteilen, dass eine Teilzeit-Beschäftigung der Klägerin möglich wäre. Schon im Bereich des Kreditmanagements ist unstrittig, dass eine Kollegin der Klägerin, die im Kreditmanagement mit Größenordnungen von bis zum 100 Millionen Euro beschäftigt ist, auf einer Teilzeitstelle mit 30 Wochenstunden tätig ist. Weshalb dann eine Teilzeit-Tätigkeit mit 24 Wochenstunden nicht möglich sein soll, erklärt die Beklagte nicht. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin aufgrund ihrer Ausbildungen über eine umfassende Qualifikation in allen Sparten des Bankgeschäftes verfügt. Sie hat nicht nur eine Banklehre erfolgreich absolviert, sondern zudem, eine Ausbildung zur Sparkassen-Betriebswirtin. Unstrittig sind im Gehaltsband AT 6 über 200 Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt, weshalb sich bei diesen vielen Stellen in den verschiedenen Sparten nichts finden lässt, was eine qualifikationsgerechte Teilzeitbeschäftigung der Klägerin in der begehrten Weise ermöglichen würde, hat die Beklagte nicht vorgetragen.

■ Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven  
vom 07.08.2009, 5 Ca 5064/08  
eingereicht von Rechtsanwältin Christiane Ordemann,  
Findorffstraße106, 28215 Bremen  
Tel.: 0421/2779933, Fax: 0421/69622882  
info@christiane-ordemann.de; www.christiane-ordemann.de

### 367. Eigenkündigung wegen Zahlungsverzug des Arbeitgebers, Schadensersatz, Abfindungsanspruch

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Beklagte ist der Klägerin zum Ersatz des durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses („Aufhebung des Dienstverhältnisses“ im Sinne des § 628 Abs. 2 BGB) entstandenen Schadens deswegen verpflichtet, weil die außerordentlich-fristlose Eigenkündigung der Klägerin durch vertragswidriges Verhalten der Beklagten veranlasst wurde.

a) Die Eigenkündigung der Klägerin vom 12.11.2007 war rechtswirksam, weil damals Tatsachen vorlagen, aufgrund derer der Klägerin unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zugemutet werden konnte (§ 626 Abs. 1 BGB). Ein Lohnrückstand kann an sich geeignet sein, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB darzustellen. Dies ist anerkanntes Recht und gilt jedenfalls dann, wenn der Lohnrückstand eine nicht unerhebliche Höhe erreicht oder der Verzug des Arbeitgebers mit der Lohnzahlung sich über

einen längeren Zeitraum hinweg erstreckt und der Arbeitnehmer diesen Fehler abgemahnt hat. Entsprechendes kann gelten, wenn der Arbeitgeber wiederholt in Zahlungsverzug gerät.

aa) Wie sich aus der diesbezüglichen Darstellung im unstrittigen Teil des Tatbestandes ergibt, befand sich die Beklagte z. Zt. des Kündigungsausspruchs in nicht unerheblicher Höhe in Lohnrückstand, damals stand das Gehalt der Klägerin für Oktober 2007 noch in voller Höhe zur Zahlung offen. Auch ist die Beklagte während eines längeren Zeitraumes zuvor immer wieder mit den Gehaltszahlungen in Verzug geraten. Die Zahlung der Vergütung stellt gemäß § 611 Abs. 1 BGB die Hauptpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis dar. Zwar ist der Arbeitnehmer in Bezug auf die von ihm geschuldeten Arbeitsleistungen vorleistungspflichtig. Umso mehr ist vom Arbeitgeber aber zu erwarten, dass er der gemäß den §§ 611 Abs. 1 und 614 BGB zu erfüllenden Vergütungspflicht zu den jeweiligen Fälligkeits-Terminen pünktlich nachkommt. Diese Pflicht hat die Beklagte wiederholt und insoweit gewissermaßen „beharrlich“ verletzt, im Zeitpunkt des Ausspruchs der Eigenkündigung war die Beklagte mit der Zahlung des vollen Nettogehaltes für Oktober 2007 deutlich mehr als eine Woche in Verzug. Dies machte – in Verbindung mit den früheren, wiederholt aufgetretenen Zahlungsverzögerungen – der Klägerin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar. Aufgrund der eindeutig und unmissverständlich formulierten Abmahnung vom 20.09.2007 war die Beklagte hinreichend gewarnt ( ... ). Der erneute Zahlungsverzug der Beklagten bezüglich der Arbeitsvergütung für Oktober 2007 wiegt auch nach durchgeführter Abwägung der beiderseitigen Interessen derart schwer, dass er einen wichtigen Grund und eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 626 BGB für die Klägerin darstellte.

2. a) Soweit es um den Schadensumfang geht, ist zu beachten, dass der Schutzzweck des § 628 Abs. 2 BGB auf die Gewährleistung des Erfüllungsinteresses für die Zeit bis zur ordentlichen und damit ordnungsgemäßen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Der Kündigende soll so gestellt werden, als wäre das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß fortgeführt und durch ordentliche Kündigung beendet worden. Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin die Vergütung für die Zeit vom 12.12.2007 bis zum 31.12.2007 zu zahlen. b) Darüber hinaus steht der Klägerin Schadensersatz auch in Form des geltend gemachten Abfindungsanspruches zu. Dabei ist die Abfindung auf den Betrag von 6.350,00 EUR zu begrenzen. Die Zubilligung einer Abfindung ist deswegen gerechtfertigt, weil sich der Arbeitnehmer, der – wie hier die Klägerin – aus vom Arbeitgeber zu vertretenden Gründen das Arbeitsverhältnis löst, sich in die gleiche Lage wie der Arbeitnehmer begibt, der nach Ausspruch einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers im deswegen geführten Kündigungsschutzprozess einen Auflösungsantrag gemäß den §§ 9 und 13 Abs. 1 S. 3 KSchG stellt und durch Gestaltungsrecht eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen unzumutbarer Fortsetzung desselben erreicht. Die Kläge-

## Allgemeines Vertragsrecht

rin hat hier – veranlasst durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten – auf den durch die Kündigungsschutzbestimmungen vermittelten Bestandsschutz verzichtet. Die Klägerin trifft hier neben der für die Dauer der Kündigungsfrist (teilweise) entfallenen Vergütung ein weiterer wirtschaftlicher Verlust, für den sie einen angemessenen Ausgleich verlangen kann. Für die Bemessung dieses Ausgleiches ist auf die Abfindungsregelungen der §§ 9, 10 und 13 KSchG (analog) abzustellen. Die Lage des wegen schuldhafter Vertragspflichtverletzung des Arbeitgebers selbst kündigenden Arbeitnehmers ist mit derjenigen des unberechtigt gekündigten Arbeitnehmers vergleichbar, der einen Auflösungsantrag nach § 9 oder § 13 KSchG gestellt hat. Dabei bestimmt das Gesetz in den §§ 9, 10 und 13 KSchG den Wert des Bestandsschutzes, wenn das Festhalten am Arbeitsplatz für den Arbeitnehmer unzumutbar ist. Diese gesetzliche Wertung rechtfertigt es, den Verlust des Bestandsschutzes als normative Schadensposition anzuerkennen, wobei es für die Feststellung des Schadens nicht darauf ankommt, ob unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände eine Abfindung gezahlt worden wäre, sondern es kommt darauf an, ob der Arbeitnehmer in einem durch das Kündigungsschutzgesetz bestandsgeschützten Arbeitsverhältnis gestanden hat. Unter Berücksichtigung aller wertrelevanten Umstände des vorliegenden Falles, – dazu gehört auch der Umstand, dass die Klägerin alsbald ein neues Arbeitsverhältnis begründen konnte, in dessen Rahmen sie sich vergütungsmäßig nicht verschlechtert hat –, ist es hier einerseits erforderlich andererseits aber auch ausreichend, den Schadensersatz für den entgangenen Bestandsschutz in Höhe von ca. 2/3 des Abfindungsbetrages zu bemessen, der der Klägerin bei Anwendung der sogenannten „Faustformel“ gemäß den §§ 9 und 10 KSchG zugestanden hätte.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 21.04.2009, 3 Sa 701/08

eingereicht von Rechtsanwalt Gerhard Hussong, Bahnhofstraße 29, 66953 Pirmasens  
Tel.: 06331/95021, Fax: 06331/95025  
info@kanzlei-hussong.de

### 368. Kündigungserklärung, Zugang, Briefkasteneinwurf nach Personalgespräch

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klägerin muss sich nach Treu und Glauben nicht so behandeln lassen, als sei ihr das Kündigungsschreiben bereits am 31.03.2008 mit Einwurf in den Briefkasten zugegangen. Auch wenn die Klägerin nach dem Übergabeversuch im Büro damit rechnen konnte und musste, dass die Beklagte zur Wahrung der Frist das Schreiben per Boten am selben Tag übermitteln wird, so war sie nicht gehalten, nach 18.00 Uhr den Briefkasten auf den Zugang des Schreibens zu kontrollieren.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 20.04.2009, 10 Sa 2399/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin  
Tel.: 030/2545910, Fax: 030/25459111  
budapester@advocati.de; www.advocati.de

### 369. Aufhebungsvertrag, Anfechtung, widerrechtliche Drohung, Berücksichtigung von Erklärungsinhalt und Gesprächssituation

Aus den Entscheidungsgründen:

a) Gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB kann derjenige, der widerrechtlich durch Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird, die Erklärung mit der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB anfechten. Die Klägerin hat die Anfechtung ihrer Erklärung zum Abschluss des Aufhebungsvertrages fristgerecht (§ 124 BGB) erklärt. Die Anfechtung ist gemäß § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB begründet. Eine Drohung im Sinne dieser Norm setzt objektiv die Ankündigung eines zukünftigen Übels voraus, dessen Zufügung in irgendeiner Weise als von der Macht des Ankündigenden abhängig hingestellt wird. Die Androhung des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis durch eine außerordentliche Kündigung beenden zu wollen, falls der Arbeitnehmer nicht selbst kündigt oder einen Aufhebungsvertrag abschließt, stellt die Ankündigung eines zukünftigen empfindlichen Übels dar, dessen Verwirklichung in der Macht des ankündigenden Arbeitgebers liegt (ständige Rechtsprechung, BAG, Urt. v. 16.11.1979 – 2 AZR 1041/77).

b) Im vorliegenden Fall unterstellt die Kammer die Richtigkeit des Gesprächsablaufes hinsichtlich der Aufhebungsvereinbarung vom 22.02.2008, wie ihn die Beklagte im Prozess hat vortragen lassen. Unter Berücksichtigung dieses Gesprächsablaufes ist in der Mitteilung von Frau H an die Klägerin, dass das Vertrauensverhältnis gestört sei und sie – Frau H – unter diesen Voraussetzungen einer Weiterbeschäftigung nicht zustimmen könne, eine hinreichende Drohung im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung zu sehen. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Drohung ist dabei nicht allein auf die verbalen Erklärungen abzustellen, sondern auf die gesamten Umstände, die zur Abgabe der Willenserklärung führten. Aufgrund der Schilderung der Gesamtumstände, die zur Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages führten und der Erklärung von Frau H, dass eine Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht möglich sei, musste die Klägerin letztendlich davon ausgehen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis durch Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung verhaltensbedingt beenden wolle. Die Vorgesetzten der Klägerin handelten auch mit dem für die Drohungsanfechtung erforderlichen Nötigungswillen. Der Drohende muss den Willen haben, den anderen zur Abgabe einer Willenserklärung zu bestimmen. Dies ist der Erklärung von Frau H ohne weiteres zuzuschreiben. Die Drohung mit der nicht mehr gegebenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit war auch darauf gerichtet, die Willensbildung der Klägerin so zu beeinflussen, als dass für die Klägerin nur zwei Alternativen im Raum gestanden haben: die Aufhebungsver-

einbarung zum einen und die Beendigung durch verhaltensbedingte Kündigung durch die Beklagte zum anderen. Nach Ansicht der erkennenden Kammer ist die Erklärung durch Frau H ursächlich gewesen, dass es zum Abschluss der Aufhebungsvereinbarung gekommen ist. (...)

■ **Arbeitsgericht Nürnberg**

vom 31.03.2009, 3 Ca 1590/08 A

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Martin-Luther-Platz 6-8, 91522 Ansbach

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

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

**370. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung, (kein) Berechnungsdurchgriff zu Lasten des Arbeitnehmers, Berücksichtigung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Konzernstruktur auf den Vertragsarbeitgeber**

Aus den Entscheidungsgründen:

II. Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers rechtfertigt die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung insoweit, als das Unternehmen dadurch übermäßig belastet und seine Wettbewerbsfähigkeit gefährdet würde. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber annehmen darf, dass es ihm mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird, den Teuerungsausgleich aus den Unternehmenserträgen und den verfügbaren Wertzuwächsen des Unternehmensvermögens aufzubringen. Demgemäß kommt es auf die voraussichtliche Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung und der Eigenkapitalausstattung des Unternehmens an. Bei einer ungenügenden Eigenkapitalverzinsung reicht die Ertragskraft des Unternehmens nicht aus. Die angemessene Eigenkapitalverzinsung besteht aus einem Basiszins und einem Risikozuschlag. Der Basiszins entspricht der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen. Der Risikozuschlag beträgt für alle Unternehmen einheitlich zwei Prozent (BAG, Urt. v. 23. Mai 2000 – 3 AZR 146/99, AP BetrAVG § 16 Nr. 45; v. 18. Februar 2003 – 3 AZR 172/02). Die wirtschaftliche Belastbarkeit des Unternehmens ist auch dann beeinträchtigt, wenn die Eigenkapitalausstattung ungenügend ist. Bei einer Eigenkapitalauszehrung muss verlorene Vermögenssubstanz wieder aufgebaut werden (vgl. dazu u.a. BAG, Urt. v. 23. Januar 2001 – 3 AZR 287/00, AP BetrAVG § 16 Nr. 46; v. 13. Dezember 2005 – 3 AZR 217/05, BAGE 116, 285). Solange und soweit der Versorgungsschuldner leistungsfähig ist, muss er die gesetzlich vorgesehene Anpassung vornehmen. Die Nichtanpassung ist der Ausnahmefall (BAG, Urt. v. 11. März 2008 – 3 AZR 358/06, AP UmwG § 131 Nr. 1). § 16 BetrAVG soll einer Entwertung der laufenden Betriebsrenten begegnen. Der Arbeitgeber darf eine dem Kaufkraftverlust oder der Reallohnentwicklung entsprechende Anpassung nur dann ablehnen, wenn er mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen muss, dass seinem Unternehmen die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen werde. Ob dies im

vorliegenden Fall zutrifft, hat das Landesarbeitsgericht noch aufzuklären.

1. Entscheidend sind die Verhältnisse im Unternehmen des versorgungspflichtigen Arbeitgebers. Nach § 16 BetrAVG wird die Anpassungsprüfung vom „Arbeitgeber“ geschuldet. Darunter ist der Partner des Arbeitsverhältnisses zu verstehen, den die Pflichten aus der Versorgungszusage treffen (vgl. BAG, Urt. v. 28. Juli 2005 – 3 AZR 463/04, AP BetrAVG § 16 Nr. 59; v. 25. April 2006 – 3 AZR 50/05, EzA BetrAVG § 16 Nr. 49). Dementsprechend kommt es auf die wirtschaftliche Lage im Unternehmen der Beklagten an. Die Einbindung der Beklagten in einen Konzern ändert daran nichts.

a) Der sog. Berechnungsdurchgriff spielt im vorliegenden Fall keine Rolle. Ob an den vom Senat entwickelten Grundsätzen zum Berechnungsdurchgriff (vgl. dazu u. a. Beschl. v. 4. Oktober 1994 – 3 AZR 910/93, BAGE 78, 87; v. 17. April 1996 – 3 AZR 56/95, BAGE 83, 1) festgehalten werden kann, ist vor allem wegen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. u. a. v. 16. Juli 2007 – II ZR 3/04 – BGHZ 173, 246; v. 28. April 2008 – II ZR 264/06 – BGHZ 176, 204) zweifelhaft. Diese Frage kann hier offenbleiben, denn ein sog. Berechnungsdurchgriff scheidet bereits nach seinem Inhalt und seinem Zweck aus. Durch einen Berechnungsdurchgriff wird berücksichtigt, dass die Arbeitnehmer eines konzernverbundenen Unternehmens besonderen Gefahren ausgesetzt sind. Aufgrund des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips und der in §§ 302 und 304 AktG zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken erschien es dem Senat unter Berücksichtigung der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geboten und angemessen, die Versorgungsberechtigten trotz des auch im Konzern geltenden Trennungsprinzips im Ergebnis so zu stellen, als wären sie in einem konzernungebundenen Unternehmen beschäftigt gewesen (Beschl. v. 4. Oktober 1994 – 3 AZR 910/93, a.a.O.). Mit Hilfe des Berechnungsdurchgriffs sollen nicht die Konzerne und deren Unternehmen, sondern die Versorgungsberechtigten geschützt werden. Dem Versorgungsschuldner soll nicht die Möglichkeit eröffnet werden, eine nach seiner eigenen wirtschaftlichen Lage tragbare Anpassung zu verweigern. b) Vom Berechnungsdurchgriff ist die Frage zu unterscheiden, wie sich finanzielle, technische, organisatorische oder sonstige Verflechtungen auf die wirtschaftliche Lage des versorgungspflichtigen Arbeitgebers auswirken. Auch ohne Einbindung in einen Konzern können Abhängigkeiten bestehen und sich dadurch externe Krisen auf die Belastbarkeit des Versorgungsschuldners auswirken, wie etwa in der Zuliefererindustrie. Ob und inwieweit sich durch Entwicklungen außerhalb des Unternehmens dessen wirtschaftliche Lage verschlechtern kann, hängt zum einen davon ab, in welchem Umfang das Unternehmen derartigen Einflüssen ausgesetzt ist. Zum anderen kommt es darauf an, wie rasch und effektiv der Versorgungsschuldner auf negative Entwicklungen außerhalb seines Unternehmens reagieren kann. Diese Überlegungen gelten auch für Abhängigkeiten in einem Konzern.

## Allgemeines Vertragsrecht

aa) Der Senat ist bereits in den Urteilen vom 18. April 1989 (- 3 AZR 19 299/87, BAGE 61, 273) und vom 25. Januar 2000 (- 3 AZR 862/98) davon ausgegangen, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens durch Entwicklungen des Konzerns, dem es angehört, maßgeblich bestimmt werden kann. Im Urteil vom 25. Januar 2000 ist sogar der Widerruf einer Versorgungszusage wegen wirtschaftlicher Notlage gebilligt worden, wenn die Krise des Mutterunternehmens wegen der bestehenden Abhängigkeiten auf das Tochterunternehmen „durchschlägt“. Die Anforderungen an einen nur bis zum 31. Dezember 1998 zulässigen Widerruf einer Versorgungszusage wegen wirtschaftlicher Notlage (vgl. dazu BAG, Urt. v. 31. Juli 2007 – 3 AZR 373/06, BAGE 123, 307) waren höher als die Anforderungen an die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage i.S.d. § 16 Abs. 1 BetrAVG können die Kriterien herangezogen werden, die bei Eingriffen in die „erdiente Dynamik“ und die dafür erforderlichen „triftigen Gründe“ gelten (BAG, Urt. v. 13. Dezember 2005 – 3 AZR 217/05, BAGE 116, 285). Rechtfertigt die wirtschaftliche Lage des Unternehmens Eingriffe in die zugesagte „erdiente Dynamik“, so liegt es erst recht im billigen Ermessen des Arbeitgebers, die Anpassung laufender Betriebsrenten abzulehnen. Im Urteil vom 18. April 1989 (- 3 AZR 299/87 – BAGE 61, 273) hat der Senat die wirtschaftlichen Folgen einer konzernbedingten Abhängigkeit als „triftigen Grund“ für Eingriffe in die „erdiente Dynamik“ angesehen.

bb) Unerheblich ist es, ob die Abhängigkeit von anderen Konzernunternehmen auf einem besonderen Finanzierungssystem, einer weitgehenden Arbeitsteilung und Spezialisierung, dem Fehlen eigener personeller, organisatorischer oder technischer Ressourcen oder auf anderen Gründen beruht. Die Beklagte hat dargelegt, weshalb ihrer Ansicht nach zwischen ihr und dem Konzern eine „Schicksalsgemeinschaft“ bestanden habe. Der Kläger hat diesen Vortrag weitgehend bestritten. Das Landesarbeitsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus gesehen folgerichtig – weder Beweis erhoben noch die Beklagte aufgefordert, ihren Sachvortrag weiter zu substantiieren, noch aufgeklärt, wie groß am Anpassungstichtag die Gefahr war, dass sich die wirtschaftliche Lage ihres eigenen Unternehmens in einem für die Betriebsrentenanpassung relevanten Umfang verschlechtert.

2. Selbst wenn eine „Schicksalsgemeinschaft“ zwischen dem Unternehmen der Beklagten und dem Konzern bestanden hätte, rechtfertigten die damit verbundenen abstrakten Gefahren die Ablehnung einer Betriebsrentenanpassung für sich allein noch nicht. Am Anpassungstichtag musste sich bereits konkret abzeichnen, dass wegen der bestehenden konzerninternen Abhängigkeiten die wirtschaftliche Krise des Konzerns auf das Unternehmen der Beklagten „durchschlagen“ würde, und zwar in einem solchen Umfang, dass dieses Unternehmen durch eine Anpassung der Betriebsrenten überfordert würde. Bei der Überprüfung der Prognose können deshalb unterschiedliche Anpassungstichtage Bedeutung gewinnen.

Je weiter die Anpassungszeitpunkte auseinanderliegen, desto eher kommen unterschiedliche Ergebnisse bei der Einschätzung der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung in Betracht.

a) Am Anpassungstichtag 1. Januar 2005 war zwar nach dem von der Dr. Dr. H GmbH erstellten Substanzerhaltungsgutachten „ausreichendes Potential für eine Rentenanpassung vorhanden“. Entscheidend ist aber, ob eine Erhöhung der Betriebsrenten und die dadurch entstehende künftige Belastung für das Unternehmen tragbar sind. Da es auf die voraussichtliche künftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens ankommt, ist eine Prognose zu erstellen. Bei der Einschätzung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens zum Anpassungstichtag stand der Beklagten als Arbeitgeberin ein Beurteilungsspielraum zu. Ihre Prognose musste jedoch realitätsgerecht und vertretbar gewesen sein. Dies setzte voraus, dass bereits am Anpassungstichtag Tatsachen vorlagen, die auf eine der Betriebsrentenanpassung entgegenstehende Verschlechterung der eigenen wirtschaftlichen Lage der Beklagten ausreichend konkret hindeuteten. Für eine derartige Veränderung musste eine hohe Wahrscheinlichkeit sprechen.

b) Da es auf die voraussichtliche wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens der Beklagten ankommt, genügte es nicht, dass sich andere Konzernunternehmen oder der Gesamtkonzern in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befanden. Am Anpassungstichtag musste außerdem die große Gefahr bestanden haben, dass die Konzernkrise auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens der Beklagten beeinträchtigt. Eine derartige Gefahr lässt sich nicht schon daraus herleiten, dass nicht nur die deutsche Konzernobergesellschaft, sondern auch die Beklagte während des Revisionsverfahrens die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragte und ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wurde. Die nach dem Anpassungstichtag zu verzeichnenden wirtschaftlichen Daten können allerdings die Prognose des Arbeitgebers bestätigen oder entkräften. Dadurch können sie die Darlegungs- und Beweislast beeinflussen (vgl. u.a. BAG, Urt. v. 23. Mai 2000 – 3 AZR 83/99, AP BetrAVG § 16 Nr. 43). Welche Bedeutung dem späteren wirtschaftlichen Geschehen für die Überprüfung der Prognose zukommt, hängt von den zeitlichen Zusammenhängen und den Ursachen der nachträglichen Entwicklung ab. Je später die Krise im Unternehmen des Versorgungsschuldners eintritt, desto weniger eignet sie sich als Indiz für die Richtigkeit der früheren negativen Prognose. Im vorliegenden Fall ist außerdem zu prüfen, ob außerhalb des Konzerns liegende Veränderungen zur Insolvenz der Beklagten beitragen, ob ohne sie die konzerninternen Abhängigkeiten überhaupt zum Tragen gekommen wären, wann und wie sich diese Entwicklungen konkret abzeichneten. Insbesondere ist aufzuklären, ob später auftretende, am Anpassungstichtag noch nicht vorhersehbare Schwierigkeiten in der Automobilindustrie für den Zusammenbruch des Unternehmens der Beklagten entscheidend waren. (...)

■ Bundesarbeitsgericht

vom 10.02.2009, 3 AZR 728/07

eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür,  
Im Mediapark 6, 50670 Köln  
Tel.: 0221/35505150, Fax: 0221/35505135  
oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de;  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

### 371. Betriebliche Altersversorgung, Rentenanpassung, Garantieranpassung für Altfälle, Abweichung von § 16 BetrVG

Aus den Entscheidungsgründen:

Die von der Beklagten herangezogenen Aspekte berechtigen jedenfalls nicht, hinter dem vollen Ausgleich der eingetretenen Geldentwertung zurückzubleiben. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, die von ihr vorgenommene Anpassung von 3 % zum 01.01.2007 bewirke unter Berücksichtigung der Zusage einer weiteren Anpassung der Betriebsrenten zum nächsten und übernächsten Stichtag in besonderer Weise Planungssicherheit, weil die zugesagte Erhöhung auch im Falle einer ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung gezahlt werde, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sie sich mit diesem Anpassungsmodell von dem gesetzlichen Leitbild des § 16 Abs. 1 BetrAVG weit entfernt. § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG erlegt dem Arbeitgeber auf, alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu prüfen und im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden, sofern ein entsprechender Anpassungsbedarf besteht. Eine prozentuale oder summenmäßige Begrenzung der Rentenanpassung hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Die Beschränkung der Anpassungsverpflichtung des Arbeitgebers auf einen bestimmten Prozentsatz stellt sich für die betroffenen Ruhegeldempfänger somit als eine ungünstige Abweichung von § 16 Abs. 1 BetrAVG dar, die nach § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG i.V.m. § 134 BGB nichtig ist (LAG Hamm, Ur. v. 02.09.2008 – 4 Sa 438/08). Diese Nichtigkeitsfolge kann nicht dadurch „geheilt“ werden, dass der Arbeitgeber sich auf die Ausübung des billigen Ermessens im Rahmen des ihm zugewiesenen Beurteilungsspielraums nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG beruft. Nach Auffassung der Kammer verstößt eine wie auch immer geartete Garantieranpassung, soweit nicht der Anwendungsbereich des § 16 Abs. 3 Ziff. 1 BetrAVG eröffnet ist, gegen die gesetzlich normierte Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 Abs. 1 BetrAVG. Bereits aus diesem Grund überschreitet die Beklagte mit dem von ihr angewandten Anpassungsmodell das ihr eingeräumte Ermessen, (...). Zwar hat der Gesetzgeber nunmehr in § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, sich von der Anpassungspflicht des § 16 Abs. 1 BetrAVG zu lösen, wenn er sich dazu verpflichtet, die laufenden Leistungen jährlich um mindestens 1 % anzupassen. Zutreffend hat aber das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 Satz 1 BetrAVG in doppelter Weise unterschreitet. Zum einen ist eine Anpassung von drei

Prozentpunkten im Dreijahresrhythmus für den Leistungsempfänger ungünstiger als eine jährliche Anpassung um jeweils 1 %. Zum anderen möchte sich die Beklagte nicht dauerhaft binden, sondern hat lediglich für drei Anpassungsperioden eine Anhebung der Betriebsrenten garantiert. Jedenfalls aber ist § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG gar nicht anwendbar, denn er gilt nach § 30c Abs. 1 BetrAVG nur für Leistungen, die auf Zusagen beruhen, die nach dem 31.12.1998 erteilt wurden, wie auch die Beklagte nicht verkennt. Wenn aber der Gesetzgeber hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG einen Stichtag, nämlich den 01.01.1999, bestimmt hat, ab dem für Neuzusagen die gesetzliche Garantieranpassung eingeführt werden kann, dann kann dieses Modell nicht zugleich als gesetzliches Leitbild für die Ausübung des billigen Ermessens im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG verstanden werden. Denn wäre es, wie die Beklagte meint, richtig, dass eine Anpassung der betrieblichen Versorgungsbezüge um jährlich 1 % regelmäßig billigem Ermessen i.S.v. § 16 Abs. 1 BetrAVG entspräche, dann bedürfte es der Übergangsvorschrift des § 30c Abs. 1 BetrAVG gar nicht, weil dann der Arbeitgeber im Rahmen der Ausübung des billigen Ermessens nicht gehindert wäre, auch für Altzusagen jedenfalls im Ergebnis auf das Regelungsmodell des § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG zurückzugreifen. Da der Gesetzgeber dies ausweislich § 30c Abs. 1 BetrAVG erkennbar nicht gewollt hat, scheidet die Annahme, eine an § 16 Abs. 3 Ziffer 1 BetrAVG angelehnte Garantieranpassung entspreche billigem Ermessen i.S.v. § 16 Abs. 1 BetrAVG, aus. (...).

■ Landesarbeitsgericht Hamm

vom 03.02.2009, 4 Sa 972/08

eingereicht von Rechtsanwalt Peer Jenssen, Westwall 122,  
47798 Krefeld

Tel.: 02151/771006, Fax: 02151/771009

RAJenssen@t-online.de; www.rechtsanwaelte-kr.de

### 372. Betriebliche Altersversorgung, dynamische Verweisung, Gesamtzusage, Anrechnung anderweitiger Versorgungsbezüge. Verfallbarkeit der anrechenbaren Versorgungsanwartschaft

Aus den Entscheidungsgründen:

Ein solcher Anspruch (Anm: auf weitergehende Versorgungsleistungen) ergäbe sich vorliegend unstreitig nur dann, wenn der Beklagte nicht berechtigt wäre, die Leistungen an den Kläger aus der Abgeordnetenversorgung auf die Unterstützungsleistungen anzurechnen. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 5 der UR 88/92 ist der Beklagte jedoch hierzu berechtigt.

Dabei ist unerheblich, dass der Kläger zu dem Zeitpunkt, als er bereits eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft auf Unterstützungsleistungen des Beklagten erworben hatte, die Fassung der UR 88/92 noch nicht in Kraft getreten war. Zu Recht weist der Beklagte darauf hin, dass außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegende Regelwerke betrieblicher Altersversorgung durch die Arbeitsvertragsparteien üblicherweise und re-

## Bestandsschutz

gelmäßig im Wege einer dynamischen Verweisung in Bezug genommen werden, unabhängig davon, ob sie – wie hier – Gegenstand einer Gesamtzusage oder einer vertraglichen Einheitsregelungen sind. Deshalb gilt vorliegend für die Berechnung des Teilanspruchs des Klägers die Unterstützungsrichtlinie in der bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit dem DGB gültigen Fassung von 1992 ( ... ).

Auch § 2 Abs. 5 Satz 4 BetrAVG steht der Anrechnung der Abgeordnetenversorgung des Klägers im hier von der Beklagten berücksichtigten Umfang nicht entgegen. Der Kläger hatte vor Ausscheiden aus dem der Versorgung zu Grunde liegenden Arbeitsverhältnis mit dem DGB am 31.12.1994 eine Versorgungsanwartschaft nach dem Abgeordnetengesetz Rheinland Pfalz erlangt. Dass diese zu diesem Zeitpunkt noch nicht unverfallbar war, ist bereits nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 Satz 4 BetrAVG unerheblich. Der Tatbestand dieser Norm nimmt alle Versorgungsanwartschaften in Bezug, nicht bloß diejenigen, die bereits unverfallbar i.S.d. § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG geworden sind. Wie die Legaldefinition des § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG zeigt, ist das Wort „Versorgungsanwartschaft“ nicht mit „unverfallbare Anwartschaft“ gleichzusetzen. (...) Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck der Gesamtregelung in § 2 Abs. 5 BetrAVG, dem Arbeitnehmer den Anspruch nach §§ 1b Abs. 1 Satz 1, 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG in der Höhe zu erhalten, die sich im Zeitpunkt des Versorgungsfalles bei Anwendung der bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geltenden Versorgungsregelungen ergeben würde. Sehen diese in diesem Zeitpunkt die Anrechnung anderweitiger Versorgungsleistungen nicht vor, darf diese nicht erfolgen. Tun sie dies, so soll die Zusage anderweitiger Versorgungsleistungen nur Berücksichtigung finden, wenn sie im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis bereits bestanden hatte. Eine Kürzung der unverfallbaren Anwartschaft auf Grund nachträglich erworbener Versorgungszusagen widerspräche dem der Vorschrift des § 2 Abs. 5 BetrAVG zu Grunde liegenden Gedanken, dass allein die bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis maßgeblichen Bemessungsgrundlagen und Umstände für die Berechnung der Höhe des Teilanspruches nach § 2 Abs. 1 BetrAVG Berücksichtigung finden sollen. Hat der Arbeitnehmer aber bei Ausscheiden bereits einen Anspruch auf eine anderweitige Versorgung (Versorgungsanwartschaft) und ist deren Anrechnung nach Maßgabe der zu diesem Zeitpunkt gültigen Versorgungsregelung vorgesehen, dann ist kein dem Gedanken des § 2 Abs. 5 BetrAVG entsprechender Grund mehr ersichtlich, die Anrechnung gleichwohl zu unterlassen, weil die anderweitige Versorgungsanwartschaft vor dem Ausscheiden nicht unverfallbar geworden ist.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 06.08.2009, 2 Ca 4623/09

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Zahn, Budapester Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030/2545910, Fax: 030/25459111

budapester@advocati.de; www.advocati.de

### 373. Zeugnis, Berichtigungsanspruch, differenzierte Verhaltensbeurteilung

Eine überdurchschnittliche Leistungsbeurteilung „stets zu unserer vollen Zufriedenheit“ muss nicht automatisch zu einer überdurchschnittlichen Verhaltensbeurteilung „stets einwandfrei“ führen. Eine unterschiedliche Bewertung von Leistung und Verhalten rechtfertigt deshalb auch keine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 14.05.2009, 10 Sa 193/09

## Bestandsschutz

### 374. Abmahnung, Abschwächung der Warnfunktion durch wiederholte „letzte“ Abmahnung

Zahlreiche Abmahnungen wegen gleichartiger Pflichtverletzungen (hier: drei einschlägige Abmahnungen wegen verspätetem Arbeitsantritt, davon zwei „letztmalige“ Abmahnungen), denen keine weiteren Konsequenzen folgen, können die Warnfunktion der Abmahnungen abschwächen. Der Arbeitgeber muss dann die letzte Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung besonders eindringlich gestalten, um dem Arbeitnehmer klar zu machen, dass weitere derartige Pflichtverletzungen nunmehr zum Ausspruch einer Kündigung führen werden.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 23.04.2009, 10 Sa 52/09

### 375. Verhaltensbedingte Kündigung, Arbeitsverweigerung, Direktionsrecht bei Küchenhilfe

Eine Arbeitnehmerin, die nach dem Arbeitsvertrag als Küchenhilfe beschäftigt wird, ist nicht verpflichtet, der Anordnung des Arbeitgebers Folge zu leisten, die zur Küche gehörenden Sanitärbereiche einschließlich Toiletten zu reinigen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 28.04.2009, 9 Sa 1304/08

### 376. Verhaltensbedingte Kündigung, Annahme von Schmiergeldern

Lässt sich ein Arbeitnehmer für Druckaufträge, die er namens seines Arbeitgebers an eine Druckerei zu vergeben hat, über Jahre hinweg heimlich Schmiergelder in Höhe von 5 % der jeweiligen Auftragssumme versprechen und auszahlen, so rechtfertigt dies auch ohne einschlägige Abmahnung eine außerordentliche Kündigung.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 25.09.2008, 7 Sa 313/08

### 377. Verhaltensbedingte Kündigung, Verdachtskündigung, Verdacht der Kassenmanipulation

1. Eine sog. Verdachtskündigung kommt nur in Betracht, wenn der auf objektiven Tatsachen beruhende Grad der Wahrscheinlichkeit, dass der betroffene Arbeitnehmer das ihm zur Last gelegte Verhalten tatsächlich begangen hat, nur geringfügig hinter dem Grad der Gewissheit zurückbleibt.

2. Eine Verdachtskündigung scheidet daher von vornherein aus, wenn objektive Indizien die Möglichkeit offenlassen, dass die dem Angeschuldigten zur Last gelegte Tat in Wirklichkeit gar nicht begangen wurde oder dafür statt des Angeschuldigten auch andere Personen ernsthaft in Frage kommen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 13.08.2008, 7 Sa 1256/07

### 378. Personenbedingte Kündigung, „low-performer“, Erfordernis von Abmahnung und Bewährungsfrist

Aus den Entscheidungsgründen:

Unterschreitet die Leistung eines Arbeitnehmers langfristig erheblich, d.h. um mehr als ein Drittel die Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer, so kann dieser Umstand geeignet sein, den Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung zu rechtfertigen. Beruht die Unterschreitung der Durchschnittsleistung nicht auf einer Vertragsverletzung des Arbeitnehmers, d.h. erbringt dieser trotz angemessener Bemühung nicht die zu erwartende Normalleistung, so kommt der Ausspruch einer personenbedingten Kündigung in Betracht (BAG, Urt. v. 11.12.2003 – 2 AZR 667/02). Dabei bedarf es jedoch nicht nur im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung, sondern vielmehr auch bei einer personenbedingten Kündigung – von Ausnahmefällen abgesehen – regelmäßig der vorherigen Erteilung einer Abmahnung. Das Abmahnungserfordernis besteht nämlich grundsätzlich bei Störungen im sog. Leistungsbereich und demnach bei Kündigungen, die wegen eines steuerbaren Verhaltens des Arbeitnehmers oder aus einem Grund in seiner Person ausgesprochen werden, den er durch sein steuerbares Verhalten beseitigen kann (BAG, Urt. v. 04.06.1997 – 2 AZR 526/96; BAG v. 29.07.1976 – 3 AZR 50/75). Unter Zugrundelegung des Sachvortrages der Beklagten erreicht die Klägerin, jedenfalls bei den sog. prämienrelevanten Produkten, seit Jahren einen Umsatz, der den Umsatz vergleichbarer Arbeitnehmer der Beklagten meist unterschreitet. Das vorgetragene Zahlenmaterial spricht dafür, dass die Leistungen der Klägerin deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben. Die Beklagte hat die Klägerin auch mit dem im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils wörtlich wiedergegebenen Schreiben vom 08.01.2007 wegen dieser Minderleistungen abgemahnt.

Bei einer Kündigung nach vorheriger Erteilung einer Abmahnung kann der Arbeitgeber die Kündigung jedoch nicht allein auf die abgemahnten Gründe stützen, sondern hierauf nur dann unterstützend zurückgreifen, wenn weitere kündigungserhebliche Umstände eintreten oder ihm nachträg-

lich bekannt werden. Durch die Erteilung einer Abmahnung verzichtet nämlich der Arbeitgeber konkludent auf ein Kündigungsrecht wegen der Gründe, die Gegenstand der Abmahnung waren (BAG, Urt. v. 10.11.1988 – 2 AZR 215/88). Darüber hinaus ist bei einer auf Leistungsmängel des Arbeitnehmers gestützten Kündigung zu berücksichtigen, dass eine solche sozial ungerechtfertigt ist, wenn dem Arbeitnehmer nach Ausspruch einer auf eben solche Leistungsmängel gestützten Abmahnung nicht ausreichend Zeit gegeben wird, sein Leistungsverhalten umzustellen und die Minderleistung abzubauen (LAG Hessen, Urt. v. 26.04.1999 – 16 Sa 1409/98). Dies rechtfertigt sich aus dem Sinn und Zweck des Abmahnungserfordernisses vor einer Kündigung. Grundsätzlich ist nämlich eine negative Prognose für die Wirksamkeit einer Kündigung erforderlich. Dies gebietet es dann auch, bei Leistungsmängeln dem Arbeitnehmer nach Ausspruch der Abmahnung eine gewisse Zeit zum Abbau von Minderleistungen zu geben. Denn nur dann, wenn er die Chance zu Änderung seines Verhaltens hatte und diese nicht wahrnahm, ist eine Negativprognose gerechtfertigt.

Im Streitfall stand der Klägerin nach Erhalt der Abmahnung vom 08.01.2007 kein ausreichender Zeitraum zur Verfügung, ihre Minderleistung abzubauen. (...) Stellt man auf den Zeitraum zwischen Abmahnung und dem Ablauf des ersten Quartals 2007 ab, so war diese Zeitspanne keineswegs ausreichend, um der Klägerin einen Abbau ihrer Minderleistung zu ermöglichen. Diesbezüglich hat die Klägerin geltend gemacht, dass sie (unstreitig) in der Zeit vom 26.02. bis einschließlich 30.03.2007 durchgehend arbeitsunfähig erkrankt war und ihr somit lediglich ca. sieben Wochen bis zum Ende des ersten Quartals zur Verfügung standen, durch ihre Arbeitsleistung auf den zu erzielenden Umsatz Einfluss zu nehmen. Es kann keineswegs davon ausgegangen werden, dass diese relativ kurze Zeitspanne ausreichend war, den auf das Gebiet der Klägerin entfallenden Umsatz bereits für das erste Quartal 2007 in erkennbarem Umfang positiv zu beeinflussen. (...) Die schlechten Umsatzergebnisse im Gebiet der Klägerin im ersten Quartal 2007 sind daher letztlich auch kein Indiz dafür, dass die Klägerin auch noch nach Erteilung der Abmahnung unterdurchschnittliche Leistungen erbracht hat. Es spricht vielmehr einiges dafür, dass sich die betreffenden Umsatzzahlen noch als Folge der in der Vergangenheit erbrachten, jedoch bereits abgemahnten Minderleistungen darstellen. (...)

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 15.10.2008, 8 Sa 345/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030/2545910, Fax: 030/25459111

budapester@advocati.de; www.advocati.de

## Bestandsschutz

### 379. Personenbedingte Kündigung, Krankheit, Erfordernis einer Bewährungszeit nach betrieblichem Eingliederungsmanagement

Nach Auffassung der Kammer ist eine Kündigung unter Berücksichtigung der grundlegenden Wertungen des § 84 Abs. 2 SGB IX auch dann unverhältnismäßig, wenn ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt wurde, dieses Möglichkeiten einer weiteren leidensgerechten Beschäftigung des Arbeitnehmers aufgezeigt hat, der Arbeitgeber jedoch dennoch eine personenbedingte Kündigung ausspricht, ohne eine angemessene Zeit abzuwarten, ob sich die Krankheitssituation des Mitarbeiters unter den Bedingungen einer Beschäftigung nach Maßgabe des im betrieblichen Eingliederungsmanagement gefundenen Ergebnisses verbessert. (...) Dies ist jedoch nicht erfolgt. Die Parteien haben im September/Oktober 2008 ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt. Unstreitig haben die Parteien am 22.09.2008, 25.09.2008 und 02.10.2008 Begehungen des Arbeitsplatzes der Klägerin durchgeführt. Nur kurze Zeit nach diesen Maßnahmen im Rahmen des betrieblichen Eingliederungsmanagements hat die Beklagte bereits am 04.11.2008 die personenbedingte Kündigung wegen Krankheit gegenüber der Klägerin ausgesprochen.

■ Arbeitsgericht München

vom 26.02.2008, 3 Ca 14337/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Schäder, Westendstraße 146, 80339 München

Tel.: 089/5441460, Fax: 089/54414666

kanzlei@schaeder.de; www.schaeder.de

### 380. Teilkündigung, vertragliche Zusatzvereinbarung zur Absenkung der Arbeitszeit, keine Ermessenskontrolle bei kollektivrechtlicher Grundlage

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist entscheidendes Merkmal einer Teilkündigung die einseitige Änderung von Vertragsbedingungen gegen den Willen der anderen Vertragspartei. Während die Beendigungskündigung und die Änderungskündigung das Arbeitsverhältnis in seinem ganzen Bestand erfassen, ist die Teilkündigung dadurch gekennzeichnet, dass sie nur einzelne Rechte oder Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis löst, den Arbeitsvertrag selbst aber aufrecht erhalten will (vgl. BAG, Urt. v. 14. November 1990 – 5 AZR 509/89).

Eine solche nicht vereinbarte einseitige Änderung einzelner Vertragsbedingungen durch Teilkündigung ist regelmäßig unzulässig, da sie das Äquivalenzgefüge des Vertrages stört. Die einzelnen Teile eines Arbeitsvertrages kommen regelmäßig nicht isoliert zustande, sondern stehen in einem inneren Zusammenhang und in Wechselwirkungen. Dem würde es zuwiderlaufen, wollte man einer Vertragspartei das Recht zubilligen, einseitig einzelne unwillkommene Teile des Vertrages aufzukündigen und dadurch den Vertragspartner zur Fort-

setzung des Arbeitsverhältnisses unter für ihn ungünstigeren oder zumindest ungewollt veränderten Bedingungen zu zwingen. Die Teilkündigung ist deshalb nur ausnahmsweise zulässig. Sie wird als Gestaltungsmittel anerkannt, wenn ein Gesamtvertragsverhältnis sich aus mehreren Teilverträgen zusammensetzt und diese Teilverträge nach dem Gesamtbild des Vertrages jeweils für sich als selbständig lösbar aufgefasst werden müssen (vgl. BAG, Urt. v. 13. März 2007 – 9 AZR 612/05). Daneben ist sie auch dann zulässig, wenn einem Vertragspartner das Recht hierzu durch Vertrag vorbehalten oder durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag eingeräumt worden ist (vgl. BAG, Urt. v. 14. November 1990 – 5 AZR 509/89; BAG, Urt. v. 12. Dezember 1984 – 7 AZR 509/83). Diese Voraussetzungen einer zulässigen Teilkündigung sind vorliegend erfüllt. Denn das Recht zur Teilkündigung, d.h. zur Kündigung des Änderungsvertrages wurde den Parteien in den gemeinsamen Vorschriften der Ziffer 7.5.1 der GBV HuP vorbehalten. Sie selbst haben sich dieses Recht in Ziffer 3 des Änderungsvertrages vorbehalten. Diese Regelung begegnet keinen Wirksamkeitsbedenken. Dass eine isolierte Änderung der Arbeitszeitvereinbarung generell zulässig ist, zeigt § 8 Abs. 5 S. 4 TzBfG. Im Übrigen entspricht die vereinbarte Teilkündigung einem vereinbarten Widerrufsvorbehalt.

Die Teilkündigung ist nicht wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG unwirksam, da das Kündigungsschutzgesetz auf Teilkündigungen nicht anwendbar ist (vgl. KR-Rost, 8. Aufl., § 2 KSchG Rz 51 ff.). Anhaltspunkte für eine Umgehung des gesetzlichen Änderungskündigungsschutzes sind weder vorgebracht noch ersichtlich.

3. Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hätte die Beklagte ihre Entscheidung nur nach billigem Ermessen treffen dürfen. Die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts nach freiem Ermessen war jedenfalls soweit unzulässig, wie sie sich auf Bestandteile des laufenden Verdienstes bezog. Das BAG hatte dazu ausgeführt, dass der Arbeitnehmer nicht zugleich auf den Schutz kündigungrechtlicher Vorschriften (§ 2 KSchG) und den Schutz durch gerichtliche Ermessenskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB verzichten könne (BAG, Urt. v. 13.5.1987 – 5 AZR 125/86). Ob die Beklagte bei der Ausübung ihres Kündigungsrechtes die Grenzen billigen Ermessens nach § 315 BGB bzw. § 106 Satz 1 GewO gewahrt hat, konnte zwar nicht festgestellt werden, (...). Allerdings kommt es nach der in der Berufungsverhandlung angesprochenen jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf die Einhaltung solcher Ermessensgrenzen nicht an. Denn eine tarifliche Regelung, nach der die Arbeitsvertragsparteien die tarifliche regelmäßige Arbeitszeit einvernehmlich erhöhen dürfen und jeder Vertragsteil die Erhöhung mit einer Ankündigungsfrist von drei Monaten einseitig wieder ändern kann, unterliegt hinsichtlich der Änderung durch den Arbeitgeber nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB bzw. § 106 Satz 1 GewO (BAG, Urt. v. 14. Januar 2009 – 5 AZR 75/08). Gleiches gilt bei einer auf einer Gesamtbetriebsvereinbarung beruhenden vergleichbaren Regelung zur Verkürzung der Ar-

beitszeit mit anschließender Rückkehr zur Ausgangslage mit einer erheblichen Ankündigungsfrist. Denn die GBV HuP sieht ausdrücklich ein Kündigungsrecht „ohne Angaben von Gründen“ vor. Da die Herbeiführung des Teilzeitvertrages – unter den Bedingungen der GBV HuP – nur auf Antrag der Klägerin erfolgen konnte, waren ihr die Modalitäten zur Beendigung einer entsprechenden Regelung bereits bei ihrem Abschluss bekannt. Sie wurden auch ausdrücklich noch einmal in den Änderungsvertrag aufgenommen. Insofern steht auch der Grundsatz der Vertragstreue der Ausübung eines freien Widerrufs nicht entgegen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg

vom 20.04.2009, 10 Sa 2399/08

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030/2545910, Fax: 030/25459111

budapester@advocati.de; www.advocati.de

### 381. Befristung, Sachgrund, Arzt in Weiterbildung (ÄArbVtrG), zulässige Befristungsdauer, Erfordernis einer strukturierten Weiterbildung

Aus den Entscheidungsgründen:

Schließlich lässt sich die Befristung auch nicht mit dem Erwerb zusätzlicher Qualifikationen gemäß § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG rechtfertigen. (...) 1. Die Befristung nach § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht deshalb unzulässig, weil die vereinbarte zeitliche Dauer zur Erlangung der genannten Fähigkeiten und Kenntnisse nicht ausreicht oder die Befristung gegen ein „Verbot der Stückelung von befristeten Arbeitsverträgen mit Ärzten in der Weiterbildung“ verstößt. Nach § 1 Abs. 3 Satz 4 ÄArbVtrG kann die Weiterbildung im Rahmen mehrerer befristeter Arbeitsverträge erfolgen, lediglich mehrere Befristungen für denselben Weiterbildungszweck sollen unzulässig sein (vgl. KR-Lipke, ÄArbVtrG, Rz 11a; ErfK-Müller-Glöge, ÄArbVtrG, Rz 5). (...) Eine unzureichend bemessene Dauer der Befristung führt deshalb nicht zur Begründung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses, vielmehr richtet sich die rechtswirksame Befristungsdauer nach der zum Erreichen des Weiterbildungsziels erforderlichen Zeitspanne (KR-Lipke, a.a.O., Rz 23; Müller-Glöge, a.a.O., Rz 13).

2. Erforderlich für eine nach § 1 Abs. 1 ÄArbVtrG wirksame Befristung ist jedoch, dass es sich um eine Befristung zur Weiterbildung handelt, das heißt, dass die Beschäftigung eine inhaltlich und zeitlich strukturierte Weiterbildung zum Inhalt haben muss. Hieran fehlt es vorliegend. (...) Dabei ist unerheblich, ob die Beschäftigung des Klägers der genannten Weiterbildung förderlich war. Dies ist nach nunmehr geltendem Recht nicht ausreichend. Bislang entsprach es der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine stillschweigende Aufnahme des Weiterbildungszwecks in den Vertragswillen ausreicht, wobei es genügen sollte, dass die Beschäftigung des Arztes den Weiterbildungszweck fördert (vgl. BAG, Beschl. v. 24.04.1996 – 7 AZR 428/95; LAG Köln,

Beschl. v. 02.11.2000 – 5 Sa 770/00). Sie entsprach dem Gesetz in der bis zum 19.12.1997 geltenden Fassung, wonach ein Sachgrund vorlag, „wenn die Beschäftigung des Arztes seiner Weiterbildung zum Gebietsarzt oder dem Erwerb einer Anerkennung für ein Teilgebiet oder dem Erwerb einer Zusatzbezeichnung dient“. Nach der ab dem 20.12.1997 geltenden Fassung liegt ein die Befristung eines Arbeitsvertrags mit einem Arzt rechtfertigender sachlicher Grund nur vor, „wenn die Beschäftigung des Arztes seiner zeitlich und inhaltlich strukturierten Weiterbildung zum Facharzt oder dem Erwerb einer Anerkennung für einen Schwerpunkt oder dem Erwerb einer Zusatzbezeichnung, eines Fachkundenachweises oder einer Bescheinigung über eine fakultative Weiterbildung dient“. Mit dieser Verschärfung der Befristungsvoraussetzungen ist eine gelegentliche oder nur beiläufige Förderung der Weiterbildung während der befristeten Beschäftigung nicht mehr erlaubt. Vielmehr muss die Weiterbildung den wesentlichen Inhalt des Arbeitsverhältnisses ausmachen und zeitlich und inhaltlich strukturiert sein.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 10.10.2006, 12 Sa 806/06

eingereicht von Rechtsanwalt Friedemann Koch, Marburger Straße 16, 10789 Berlin

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

kanzlei@friedemann-koch.de; www.friedemann-koch.de

### 382. Befristung, Sachgrund, vorübergehender Arbeitsbedarf, Saisonbetrieb

Ein vorübergehender Arbeitsbedarf i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG liegt auch dann vor, wenn die unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers dazu führt, dass keine Daueraufgabe vorliegt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 11.05.2009, 9 Sa 1515/08

### 383. Befristung, ohne Sachgrund, Arbeitgeberbegriff bei Trägern der Grundsicherung („Arge“)

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin war bei der Bundesagentur für Arbeit befristet beschäftigt und übte ihre Tätigkeit innerhalb der Arbeitsgemeinschaft („Arge“) mit dem Amt für Soziale Dienste als Träger der Grundsicherung für Arbeitslose aus. Nach Ablauf der Befristung wurde die Klägerin von dem Amt für Soziale Dienste mit einem befristeten Vertrag übernommen und mit ihren bisherigen Aufgaben weiter beschäftigt. Die gegen die Befristung gerichtete Klage war in erster Instanz erfolglos. Im Rahmen des Berufungsverfahrens wurde die Klägerin mit unbefristetem Arbeitsvertrag wieder von der Arbeitsagentur eingestellt und die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Berufungsgericht hatte lediglich noch über die Kosten zu entscheiden.

Aus den Entscheidungsgründen:

Nach der gemeinsamen Erledigungserklärung der Parteien

## Betriebsverfassungsrecht

war über die Kosten des Rechtsstreits gem. § 91a Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden. Die Kosten des Rechtsstreits waren zwischen den Parteien zu gleichen Teilen zu verteilen, da die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 24.02.2009 (Az. 3 Ca 3344/08) nicht ohne Aussicht auf Erfolg war. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven auf das Urteil des BAG vom 18.10.2006 – Az. 7 AZR 145/06 verwiesen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich diese Entscheidung, die Unstimmigkeiten, die sich bei einem Zusammentreffen von Arbeitnehmerüberlassung und Befristung von Arbeitsverhältnissen im Bereich der Privatwirtschaft ergeben, löst, nicht unmittelbar auf die ungewöhnliche öffentlichrechtliche Konstruktion der Arge übertragen. Rechtliche Konstruktion und die tatsächliche Durchführung der der Arge übertragenen Aufgaben schaffen nach Auffassung des Berufungsgerichts einen erheblichen Diskussionsbedarf darüber, wie im konkreten Fall der Arbeitgeberbegriff zu fassen ist.

■ Landesarbeitsgericht Bremen  
vom 14.07.2006, 2 Sa 29/09  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Volker Hertwig, Contrescarpe 10, 28203 Bremen  
Tel.: 0421/335810, Fax: 0421/321970  
hertwig@wagner-ohrt.de; www.wagner-ohrt.de

### 384. Befristung, Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, unverzüglicher Widerspruch, Klageerhebung

1. Endet eine Befristung am 14.12., so kann ein Widerspruch des Arbeitgebers, der am 30.12. zugeht, unter Berücksichtigung der Weihnachtsfeiertage als unverzüglich angesehen werden.  
2. Ein Anspruch aus § 15 Abs. 5 TzBfG setzt die rechtzeitige Klageerhebung gemäß § 17 Satz 3 TzBfG voraus.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 09.02.2009, 5 Sa 1119/08

### 385. Auflösungsantrag, Kraftfahrer, unterlassene Unfallmeldung

Ein Auflösungsantrag des Arbeitgebers kann gerechtfertigt sein, wenn ein Arbeitnehmer fahrlässig durch einen Unfall den Firmen-LKW beschädigt, den Arbeitgeber entgegen den betrieblichen Anweisungen über den Unfall und seinen Hergang nicht informiert, auf Nachfragen, nachdem der Unfallschaden von anderen Mitarbeitern entdeckt wurde, abweisend und provozierend reagiert und im weiteren (Prozess-)Verlauf zunächst wahrheitswidrige und widersprüchliche Angaben zum Unfallhergang macht.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 12.01.2009, 5 Sa 1077/08

### 386. Nichtfortsetzungserklärung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Zugang, (keine) Wahl des Beendigungszeitpunkts

Nach § 12 Satz 3 KSchG erlischt das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Nichtfortsetzungserklärung. Dies gilt auch dann, wenn die Erklärung vor Ablauf der Kündigungsfrist oder vor Rechtskraft des Urteils im Kündigungsschutzprozess abgegeben wird. Ein Hinausschieben des Wirksamkeitszeitpunkts ist weder nach dem Wortlaut der Norm noch nach deren Sinn und Zweck möglich. Für eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt ist dann kein Raum mehr.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 04.06.2009, 11 Sa 107/09

## Betriebsverfassungsrecht / Personalvertretungsrecht

### 387. Betriebsrat, Antrag auf Auflösung des Betriebsrats bei drohender Betriebsstilllegung, einstweilige Verfügung

Aus den Entscheidungsgründen:

Die beantragte einstweilige Verfügung ist unzulässig. Ziel der Antragsteller ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen zur Lohngestaltung und dadurch die Vermeidung der von der Beteiligten zu 3) angekündigten Schließung des Betriebes. Unterstellte man zu Gunsten der Antragsteller die (Zulässigkeit der) Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Verfügungsverfahren, führte dies zwangsläufig zur Auflösung des Betriebsrates.

Unmittelbare Konsequenz aus einer endgültigen Auflösung des Betriebsrates – eine vorläufige Auflösung des Betriebsrates sieht das Betriebsverfassungsgesetz nicht vor – wäre ein betriebsratsloser Zustand, in dem kein Betriebsrat existiert, der die von den Antragstellern intendierte Betriebsvereinbarung zur Lohngestaltung oder einen Interessenausgleich verhandeln und abschließen könnte. Konsequenz wäre weiterhin, dass die Beteiligte zu 3) – eine diesbezügliche Absicht unterstellt – die Schließung des Betriebes unmittelbar umsetzen könnte, ohne an die Regeln des BetrVG gebunden zu sein.

So wird denn auch in der Literatur die Auflösung des Betriebsrats durch einstweilige Verfügung zu Recht für unzulässig erachtet (*Fitting*, BetrVG, 23. Aufl., § 23 Rz 45 m.w.N.), da eine betriebsratslose Zeit einträte, obwohl eine Hauptsacheentscheidung noch aussteht. Denn die Auflösung des Betriebsrats kann erst mit der Rechtskraft eines stattgebenden Auflösungsbeschlusses eintreten. Eine solche einstweilige Regelung wäre mit den gesetzlichen Regelungen zur Betriebsverfassung in keinem Fall vereinbar.

■ Arbeitsgericht Aachen  
vom 19.03.2009, 8 BVGa 3/09d

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Banse, Tivolistraße 4, 52349 Düren  
Tel.: 02421/407680, Fax: 02421/4076825  
info@kanzlei-banse.de; www.kanzlei-banse.de

### 388. Betriebsrat, interne Betriebsratsausschüsse, Wahlgrundsätze

1. Für betriebsratsinterne Wahlen gelten die Vorschriften des § 19 Abs. 1 BetrVG entsprechend. 2. § 7 Abs. 2 AGG verpflichtet den Betriebsrat nicht, bestimmte Ausschüsse (hier: Ausschuss für die Belange ausländischer Arbeitnehmer) zu bilden. 3. Die Errichtung eines Personalausschusses für Betriebsratsmitglieder stellt keine nach § 78 Abs. 2 BetrVG verbotene Besser- oder Schlechterstellung dar.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 16.07.2009, 10TABV 55/08

### 389. Schwerbehindertenvertretung, Schulungsanspruch der Vertrauensperson, Erforderlichkeit nicht spezifisch behindertenbezogener Thematik („Die Gesamt- und Konzernschwerbehindertenvertretung“), kein Schulungsmonopol der Integrationsämter

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Beklagte hat gem. § 96 Abs. 8 i.V.m. Abs. 4 S. 3 SGB IX die Kosten der Schulungsmaßnahmen zu tragen. a) § 96 Abs. 4 S. 3 SGB IX verlangt die Vermittlung von Kenntnissen, die für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung erforderlich ist. Erforderlich ist die Teilnahme, wenn die vermittelten Kenntnisse unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Betrieb sofort oder demnächst benötigt werden, um die Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können. Das vermittelte Wissen muss sich unmittelbar auf die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 SGB IX auswirken (LAG Hessen, Beschl. v. 12.10.2006 – 9TABV 57/06 – NZA 2008,192; m.w.N.) Bildungsveranstaltungen, die Kenntnisse vermitteln, die für die Schwerbehindertenvertretung im Augenblick nicht unbedingt benötigt werden, nur nützlich sind, sollen den Anforderungen nicht genügen (BAG, Urt. v. 19.07.1995 – 7 ABR 49/94 – EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 126; für die Schulung von Betriebsräten). b) Der Beklagten kann nicht gefolgt werden, dass der Themenbereich für eine Schulung in der Aufzählung in § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB IX abschließend geregelt sei und eine Schulung nach § 96 Abs. 4 S. 3 SGB IX nur eine spezifische behindertenbezogenen Thematik zum Inhalt haben müsse. Schon aus der Verwendung des Worts „insbesondere“ ergibt sich, dass es sich nicht um eine abschließende Aufzählung handelt. Für die Beurteilung ist damit von Bedeutung, ob sich die Thematik den Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 SGB IX zuordnen lässt (LAG Hessen, Urt. v. 12.10.2006, a.a.O.). Die Interessenvertretung erschöpft sich nicht nur in der unmittelbaren Unterstützung des schwerbehinderten Menschen, sondern sie hat auch darüber zu wachen, dass die zu Gunsten schwerbehinderter Menschen

geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und Verwaltungsordnung durchgeführt werden, insbesondere auch die dem Arbeitgeber nach dem §§ 71, 72 und 81 bis 84 obliegenden Verpflichtungen erfüllt werden. (§ 95 Abs. Satz 1 Nr. 1 SGB IX). Die Schwerbehindertenvertretung hat das Recht, an allen Sitzungen des Betriebs-, Personal-, Richter-, Staatsanwalt- oder Präsidialrat und deren Ausschüssen sowie des Arbeitsschutzausschusses beratend teilzunehmen; sie kann beantragen, Angelegenheiten, die einzelne oder schwerbehinderten Menschen als Gruppe besonders betreffen, auf die Tagesordnung der nächsten Sitzung zu setzen. Sie kann Beschlüsse der Gremien auf Antrag aussetzen lassen, wenn sie einen Beschluss als eine erhebliche Beeinträchtigung wichtiger Interessen schwerbehinderter Menschen ansieht oder gar nicht beteiligt worden ist. Sie wird zu Besprechungen der betrieblichen Vertretung herangezogen (§ 97 Abs. 4 – 8 SGB IX). Sie arbeitet mit dem Arbeitgeber und den betrieblichen Vertretungen zusammen (§ 99 SGB IX). Daraus ergibt sich, dass die Schwerbehindertenvertretungen nicht nur über Kenntnisse aus dem SGB IX, sondern auch aus anderen damit zusammenhängenden Rechtsgebieten verfügen müssen (Neumann/Pahlen/Marjerski-Pahlen, SGB IX, 11. Aufl., § 96 Rn 14 ff.). Sie müssen zumindest Grundkenntnisse von den Sach- und Fachfragen besitzen, die in den Sitzungen besprochen werden (Feldes/Kamm/Peiseler/von Seggern/Unterhinninghofen / Westermann/Witt, SGB IX, 9. Aufl. § 96 Rn 12).

Vertrauensleute, die Aufgaben als Gesamtschwerbehindertenvertreter und Konzernschwerbehindertenvertreter wahrnehmen sollen, müssen folglich Kenntnisse über die Bildung der Gesamtschwerbehindertenvertretung und Konzernschwerbehindertenvertretung gemäß § 97 SGB IX, ihre Zuständigkeit, Aufgaben und die Gremien haben, mit den sie zusammenarbeiten. c) Die im Streit stehende Schulungsmaßnahme, „Die Gesamtschwerbehindertenvertretung und Konzernschwerbehindertenvertretung“, lässt sich ohne Zweifel diesem Themenbereich zuordnen. Aus den eingereichten Seminarunterlagen ergibt sich, dass die Bildung der Gesamt- oder Konzern-SBV, die Rechte im Amt, der Zuständigkeitsbereich und Aufgaben und die Zusammenarbeit mit den entsprechenden Gremien behandelt werden. Die Kenntnisse hierüber wurden auch vom Kläger unmittelbar benötigt. Die Schulungsmaßnahme wurde vom 12.05.2009 bis 15.05.2009 durchgeführt. Bereits im Juni 2009 sollte die Konzernschwerbehindertenvertretung neu gewählt werden und ist auch gewählt worden. Der Kläger stand zur Wahl an. d) Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass der Kläger das günstigere bzw. kostenlose Schulungsangebot des Landschaftsverbandes Rheinland hätte nutzen können. Der Schwerbehindertenvertreter hat zwar den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Kosten zu beachten und auch auf die Interessen des Betriebes und der Belegschaft Rücksicht zu nehmen (Grossmann/Schimanski, GK-SGB IX, § 96 Rn 116 m.w.N.). Die Beklagte hat aber bereits nicht substantiiert dargetan, dass der Landschaftsverband

## Betriebsverfassungsrecht

Rheinland eine Fortbildungsveranstaltung mit einem vergleichbaren Inhalt angeboten hat. (...) Unabhängig davon haben die Integrationsämter kein Schulungsmonopol (BAG, Urt. v. 16.08.1977 – 5 AZR 290/76 – AP SchwbG 23 Nr. 1 23; *Dau/Düwell/Haines*, SGB IX, 2. Aufl., § 96 Rn 47).

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf  
vom 11.08.2009, 17 Sa 430/09  
eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür,  
Im Mediapark 6, 50670 Köln  
Tel.: 0221/35505150, Fax: 0221/35505135  
oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de;  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

### 390. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Ordnung des Betriebes, Vorgabe der Betriebsprache

Das Mitbestimmungsrecht der Ordnung des Betriebs nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist gegeben, wenn ein Arbeitgeber als Sprache der betrieblichen Kommunikation Englisch statt Deutsch vorgeben will.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 09.03.2009, 5TABV 114/08

### 391. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Einstellung, keine Unterrichtung über den Befristungsgrund

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Betriebsrat begehrt zusammenfassend die Mitteilung des Rechtsgrundes für die Befristung vor jeder befristeten Einstellung. (...) a. Einer Mitteilung über den Rechtsgrund der Befristung bedarf es nicht im Hinblick auf das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat u.a. dann die Zustimmung verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt. Gegenstand der Beteiligung des Betriebsrats bei einer Einstellung ist die Beschäftigung des einzustellenden Arbeitnehmers, seine Hereinnahme in den Betrieb, nicht aber der Abschluss des Arbeitsvertrages und dessen Inhalt. Auch soweit der Betriebsrat bei einer Einstellung darüber zu wachen hat, dass die Einstellung nicht gegen ein Gesetz oder gegen eine sonstige in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG genannte Rechtsvorschrift verstößt, geht es nur darum, ob die vorgesehene Einstellung, d.h. die Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb, gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, nicht aber darum, ob einzelne Bestimmungen des Arbeitsvertrages einen Rechtsverstoß beinhalten (BAG, Urt. v. 18.10.1988 – 1 ABR 33/87). Der Betriebsrat darf entsprechend seine Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG deswegen verweigern, weil die vertraglich vorgesehene Befristung des Arbeitsverhältnisses unzulässig ist. In einem solchen Falle verstößt nicht die Einstellung des Arbeitnehmers gegen ein Gesetz, sondern erst die vorgesehene Art der späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG, Urt. v. 16. Juli 1985 – 1 ABR 35/83). Entsprechend bedarf es insoweit auch keiner Mitteilung der Befristungsgründe.

bb. Einer Mitteilung des Rechtsgrundes für die Befristung zur Überprüfung eines Zustimmungsverweigerungsgrundes nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bedarf es auch nicht im Hinblick auf § 9 TzBfG. Allerdings begründet die Besetzung eines freien Arbeitsplatzes mit einem anderen Arbeitnehmer unter Missachtung des § 9 TzBfG einen Gesetzesverstoß, der den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt, (so ausdrücklich die Gesetzesbegründung vgl. BT-Drs. 14/4625 S. 24; *Meinel/Heyn/Herms*, TzBfG § 9, 3. Aufl., Rn 7; *ErfK/Preis*, 9. Aufl., TzBfG § 9, Rn 11; *Rolfs*, RdA 2001, 129 (140); *Preis/Lindemann*, NZA Sonderheft 2001, 33 (34f). Für die Beurteilung des Betriebsrats, ob ihm wegen Verstoßes gegen § 9 TzBfG ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 TzBfG zusteht, bedarf es aber keiner Mitteilung des Rechtsgrundes der Befristung. Vielmehr ist der Arbeitgeber gehalten, dem Betriebsrat die dringenden betrieblichen Gründe i.S.d. § 9 TzBfG darzulegen. (...) cc) Soweit der Betriebsrat geltend macht, er müsse den Befristungsgrund kennen, weil die Entscheidung über die Zustimmung zur befristeten Einstellung natürlich vom Befristungsgrund abhängt, so führt dies zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Im Rahmen des Zustimmungsverweigerungsgrundes nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist der Betriebsrat auf die Prüfung beschränkt, ob die Einstellung gegen ein Gesetz oder die anderen in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG genannten Normen bzw. Entscheidung verstößt. Soweit der Betriebsrat ausführt, seine Entscheidung über die Zustimmung hänge von dem Befristungsgrund ab, reklamiert er die Information zur Ausübung eines ihm rechtlich nicht zustehenden Ermessens. Der Betriebsrat hat nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht nur bei Vorliegen eines Rechtsverstoßes. Er bedarf deswegen allein der Informationen, die ihm die entsprechende Rechtskontrolle ermöglichen.

b. Einer Mitteilung über den Rechtsgrund der Befristung bedarf es auch nicht mit Rücksicht auf das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG. Nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist; als Nachteil gilt bei unbefristeter Einstellung auch die Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten befristeten Beschäftigten. Zur Überprüfung, ob bei unbefristeter Einstellung ein gleich geeigneter befristeter Beschäftigter nicht berücksichtigt wurde, muss der Betriebsrat darüber informiert werden, ob die Einstellung des neuen Arbeitnehmers befristet oder unbefristet erfolgt. Die Mitteilung der Rechtsgründe für die Befristung ist zur Überprüfung des Zustimmungsverweigerungsrechts nicht geboten. (...) Wird der Betriebsrat durch die Mitteilung des Rechtsgrundes für die Befristung vor der Einstellung nicht in die Lage versetzt zu beurteilen, ob eine wirksam befristete Einstellung vorliegt, so kann sich eine Pflicht zur Mitteilung des –

aus Sicht des Arbeitgebers vorliegenden – Rechtsgrundes auch nicht im Hinblick auf das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG ergeben. Hielte man den Arbeitgeber für verpflichtet, den Betriebsrat im Hinblick auf das Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG über den Rechtsgrund der Befristung zu informieren und widerspräche der Betriebsrat mit der Begründung, es liege eine unbefristete Einstellung unter Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten befristet Beschäftigten vor, wäre dies auch im Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG keiner rechtlichen Klärung zugänglich. Das Gericht könnte auch im Zustimmungseretzungsverfahren nicht beurteilen, ob ein befristeter oder unbefristeter Arbeitsvertrag vorliegt, solange der Arbeitnehmer nicht erfolgreich innerhalb der Fristen des § 17 TzBfG Entfristungsklage erhoben hat. Aus diesem Grund kann der Betriebsrat nach Auffassung der Kammer einer befristeten Einstellung auch nicht mit der Begründung widersprechen, es läge tatsächlich eine unbefristete Einstellung vor. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 16. Juli 1985 ausgesprochen, ein Betriebsrat, der eine vereinbarte Befristung für unwirksam halte, könne der aus seiner Sicht vorliegenden unbefristete Einstellung die Zustimmung verweigern, wenn dafür Gründe gegeben seien (- 1 ABR 35/83 -). Dem kann aber aus Sicht der Kammer seit Inkrafttreten des § 17 TzBfG zum 1.1.2001 nicht mehr gefolgt werden. Da zum Zeitpunkt des Zustimmungseretzungsverfahrens vor der Einstellung nicht absehbar ist, ob der Arbeitnehmer 1. überhaupt, 2. fristgerecht und 3. erfolgreich die Befristung nach § 17 TzBfG angreift, kann im Zustimmungseretzungsverfahren auch nicht beurteilt werden, ob eine unwirksame Befristung und damit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt.

■ Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
vom 19.02.2009, 25TABV 20/09

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Walter Hesse, Budapester  
Straße 40, 10787 Berlin

Tel.: 030/2545910, Fax: 030/25459111

budapester@advocati.de; www.advocati.de

### 392. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Versetzung, (kein) allgemeiner Unterlassungsanspruch bei personellen Einzelmaßnahmen, einstweilige Verfügung § 101 BetrVG

Aus den Entscheidungsgründen:

a) Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats zur Verhinderung einer ohne seine Zustimmung beabsichtigten Versetzung i.S.v. § 99 Abs. 1 Satz 1, § 95 Abs. 3 Satz 1 BetrVG besteht auch dann nicht, wenn zu erwarten steht, dass der Arbeitgeber das Verfahren nach § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG vor der tatsächlichen Durchführung der Maßnahme nicht einhält.

aa) Die Frage, ob ein von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängiger, allgemeiner Unterlassungsan-

spruch im Zusammenhang mit Einstellungen und Versetzungen nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gegeben sein kann, ist im Schrifttum umstritten. Während ein Teil der Stimmen bei Verstößen des Arbeitgebers gegen § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG vorbeugenden Rechtsschutz durch Gewährung eines solchen allgemeinen Anspruchs jedenfalls bei kurzzeitigen Maßnahmen für geboten hält (vgl. DKK/Trittin, 11. Aufl., § 23 Rn 131; DKK/Kittner/Bachner, § 101 Rn 23; Bauer/Diller, ZIP 1995, 95; Derleder, ArbuR 1995, 13; Lobinger, ZfA 2004, 101, 170 ff.; Soost/Hummel, AiB 2000, 621), meinen andere, neben § 101, § 23 Abs. 3 BetrVG sei für einen allgemeinen Unterlassungsanspruch auch bei Verstößen gegen § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG kein Raum (Fitting, 24. Aufl., § 99 Rn 298; Hanau, NZA 1996, 841; Oetker, GK-BetrVG, 8. Aufl., § 23 Rn 149 m.w.N.; Raab, ZfA 1997, 183, 236; Richardi/Thüsing, BetrVG, 11. Aufl., § 23 Rn 84; WPK/Preis, BetrVG, 4. Aufl., § 101 Rn 2). Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage bislang offengelassen (Urt. v. 06.12.1994 – 1 ABR 30/94).

bb) Die Frage ist zu verneinen. Dem Betriebsrat steht gegen den Arbeitgeber ein allgemeiner Anspruch auf Unterlassung einer ohne seiner Zustimmung und ohne Durchführung des Verfahrens nach § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG beabsichtigten Einstellung oder Versetzung eines Mitarbeiters nicht zu.

(1) Das Bundesarbeitsgericht hat einen allgemeinen Unterlassungsanspruch anerkannt bei drohenden Verstößen des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG (grundlegend 03.05.1994 – 1 ABR 24/93) und § 95 Abs. 1 BetrVG (26.07.2005 – 1 ABR 29/04). Dies beruht darauf, dass im Rahmen der genannten Mitbestimmungstatbestände jegliches Handeln des Arbeitgebers der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Die Berechtigung, eine Maßnahme bei Einhaltung eines bestimmten Verfahrens unbeschadet ihrer materiell-rechtlichen Rechtmäßigkeit vorläufig durchzuführen, besteht in Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG und § 95 Abs. 1 BetrVG nicht. Dieser Umstand begründet einen aus dem betreffenden Mitbestimmungstatbestand selbst i.V.m. § 2 Abs. 1 BetrVG folgenden Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung mitbestimmungswidrigen, weil zustimmungslosen Handelns des Arbeitgebers.

Demgegenüber gibt § 100 Abs. 1 BetrVG dem Arbeitgeber die Befugnis, eine Maßnahme nach § 99 Abs. 1 BetrVG aus dringenden sachlichen Gründen auch ohne Zustimmung des Betriebsrats vorläufig, d.h. bis zur Entscheidung über ihre materielle Rechtmäßigkeit durchzuführen. § 100 Abs. 2 BetrVG verlangt dafür nicht den objektiven Nachweis dringender Erforderlichkeit, sondern nur die Einhaltung des vorgesehenen Verfahrens. Hat der Arbeitgeber die prozeduralen Vorgaben von § 100 Abs. 2 BetrVG erfüllt, ist die – vorläufige – Durchführung der betreffenden Maßnahme auch ohne die Zustimmung des Betriebsrats betriebsverfassungskonform (BAG 06.12.1994 – 1 ABR 30/94). Das Gesetz nimmt – anders als bei § 87 Abs. 1 und § 95 Abs. 1 BetrVG – in Kauf, dass eine personelle Maßnahme i.S.v. § 99 Abs. 1 BetrVG zumindest

## Betriebsverfassungsrecht

vorübergehend praktiziert wird, ohne dass ihre materielle Rechtmäßigkeit feststünde. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 101 BetrVG die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die prozeduralen Anforderungen des § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich geregelt. Führt der Arbeitgeber die Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrats und Einhaltung der Anforderungen des § 100 Abs. 2 BetrVG tatsächlich (vorläufig) durch, kann der Betriebsrat nach § 101 Satz 1 BetrVG ihre Aufhebung verlangen und diese gerichtlich durchsetzen. Im Fall einer Verletzung von § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG sieht somit das Gesetz selbst – erneut anders als bei § 87 Abs. 1, § 95 BetrVG – einen bestimmten Abwehranspruch zugunsten des Betriebsrats vor. Er zielt auf nachträgliche Beseitigung, nicht auf vorbeugende Unterlassung der Störung.

Mit diesen systematischen Grundentscheidungen des Gesetzgebers ist die Annahme, dem Betriebsrat stehe neben dem Beseitigungsanspruch aus § 101 Satz 1 BetrVG und unabhängig von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zu, nicht zu vereinbaren. Sie führte zu einer Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats trotz und angesichts einer vom Gesetz erkennbar gewollten Beschränkung und hätte, da mit dem allgemeinen Unterlassungsanspruch ein allgemeiner Beseitigungsanspruch einhergeht (BAG, Urt. v. 16.06.1998 – 1 ABR 68/97), zugleich die Bedeutungslosigkeit der expliziten gesetzlichen Regelung zur Folge.

Die gesetzliche Grundentscheidung und Beschränkung bedarf auch mit Blick auf kurzzeitige Maßnahmen keiner Korrektur. Zwar trifft es zu, dass der gesetzliche Aufhebungsanspruch bei nur für kurze Zeit beabsichtigten Maßnahmen vielfach ins Leere geht. Häufig sind die Maßnahmen beendet, ohne dass auch nur eine erstinstanzliche, geschweige denn eine rechtskräftige Entscheidung vorläge. Gleichwohl greift es zu kurz, in der Untauglichkeit des Aufhebungsanspruchs, die rechtzeitige Abwehr betriebsverfassungswidrig durchgeführter kurzzeitiger personeller Einzelmaßnahmen zu bewirken, eine besondere Schutzlücke zu erblicken und daraus für diese Fälle die Notwendigkeit der Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes in Form eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs abzuleiten. Durch die Kurzzeitigkeit der Maßnahme und das darauf beruhende Ausbleiben einer gerichtlichen Sanktion entsteht keine Schutzlücke, die nicht – und regelmäßig sogar erheblich größer – auch bei längerfristigen Maßnahmen bestünde. Bei einer längerfristigen, gar unbefristeten Einstellung oder Versetzung eines Mitarbeiters, die unter Missachtung von § 99 Abs. 1 Satz 1, § 100 Abs. 2 BetrVG erfolgt, hat der Betriebsrat den rechtswidrigen Zustand so lange hinzunehmen, bis sein Aufhebungsanspruch rechtskräftig tituiert ist. Das kann erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Der Gesetzgeber hat diese Möglichkeit, wie aus § 101 BetrVG abzulesen, bewusst in Kauf genommen. Ist die Maßnahme bereits vor Rechtskraft einer gerichtlichen Aufhebungsentscheidung faktisch wieder beendet, hat der betriebsverfassungswidrige Zustand folglich ent-

sprechend weniger lang angedauert. Je kürzer die rechtswidrige Maßnahme währt, desto geringer ist der Rechtsverstoß. Vorbeugender Rechtsschutz müsste deshalb erst recht für längerfristig und unbefristet geplante Maßnahmen gewährt werden. Das wiederum ließe sich mit der ausdrücklichen Entscheidung des Gesetzgebers für den bloßen Beseitigungsanspruch in § 101 Satz 1 BetrVG nicht vereinbaren. ( ... )

(6) Im Übrigen ist ein effektiver Schutz der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auf andere Weise zu erreichen. (a) Steht ein betriebsverfassungswidriges Verhalten des Arbeitgebers erstmals oder erneut zu erwarten – dies ist Voraussetzung auch für den allgemeinen Unterlassungsanspruch –, kann der Betriebsrat das Bestehen seines Mitbestimmungsrechts zunächst gem. § 256 Abs. 1 ZPO feststellen lassen. Drohen anschließend weitere Verstöße, kann er nunmehr – möglicherweise im Wege der einstweiligen Verfügung – nach § 23 Abs. 3 BetrVG vorgehen. In der Missachtung eines gerichtlich festgestellten Rechts des Betriebsrats wird regelmäßig eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers liegen. Der Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG wird durch den Aufhebungsanspruch nach § 101 BetrVG nicht verdrängt (BAG, Urt. v. 07.08.1990 – 1 ABR 68/89). (b) Ferner erscheint auch eine einstweilige (Leistungs-)Verfügung zur Sicherung des gesetzlichen Aufhebungsanspruchs aus § 101 Satz 1 BetrVG nicht ausgeschlossen. ( ... )

### ■ Bundesarbeitsgericht

vom 23.06.2009, 1 ABR 23/08

eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür,  
Im Mediapark 6, 50670 Köln  
Tel.: 0221/35505150, Fax: 0221/35505135  
oberthuer@rpo-rechtsanwaelte.de;  
www.rpo-rechtsanwaelte.de

### 393. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Anspruch auf Entlassung betriebsstörender Arbeitnehmer

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller ist der bei dem Antragsgegner im Filialbezirk 26 gewählte Betriebsrat. Er verlangt vom Arbeitgeber die Entlassung der Beteiligten zu 3, die die Verkaufsstelle A leitet. Der Betriebsrat behauptet zur Begründung seines Antrags, die Beteiligte zu 3 habe fortgesetzt die Mitarbeiterinnen der Verkaufsstelle u.a. bedroht, aufs Schwerste beleidigt, zur Deckung von Arbeitszeitmanipulationen genötigt und körperlich angegriffen. So habe sie die Mitarbeiterin Ar in der ersten Woche deren Beschäftigung in Rage zweimal mit einer gefüllten Einkaufstasche auf den Kopf geschlagen und diese entweder am 17.06.2008 oder am 19.06.2008 wieder in einem Wutanfall am Hals gewürgt. Auch die Mitarbeiterin Tü sei von ihr mit einem Calgon-Paket auf den Kopf geschlagen worden. Die Beteiligte zu 3 bestreitet die ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe. In der Filiale herrsche ein Ton, wie auf einer Baustelle. Ihre Äußerungen „ich bringe Euch um und ich mache Dich tot“ seien deshalb nicht ernst zu nehmen. Darüber hinaus habe

sie niemanden beleidigt, gewürgt oder geschlagen oder zur Deckung von Arbeitszeitmanipulationen genötigt. Sie gehe von einem gegen sie gerichteten Komplott des Betriebsrats und einiger ihrer Mitarbeiterinnen aus.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Antrag des Betriebsrats ist auch begründet. Die Kammer ist aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass die vom Betriebsrat gegenüber der Beteiligten zu 3 vorgebrachten Vorwürfe zu Recht erhoben wurden. (...) Das in der Beweisaufnahme festgestellte fortgesetzte und grobe Fehlverhalten der Beteiligten zu 3 ist geeignet, sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Es gipfelt in körperlichen und keinesfalls harmlosen Angriffen gegen ihre Mitarbeiterinnen. Der Ausspruch einer Abmahnung vor der Kündigung erscheint entbehrlich, da die Beteiligte zu 3 nicht annehmen konnte, der Arbeitgeber werde dieses Fehlverhalten dulden oder lediglich mit einer Abmahnung ahnden. Die Beteiligte zu 3 musste damit ohne Weiteres davon ausgehen, dass ihr Fehlverhalten zu ihrer Entlassung führen wird. Auch im Hinblick auf die Bestandsinteressen der Beteiligten zu 3, die sich insbesondere im Hinblick auf die Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit und ihres Alters ergeben, erscheint das Interesse des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zur Erhaltung der betrieblichen Ordnung und zum Schutz des Persönlichkeitsrechts und der körperlichen Integrität seiner Mitarbeiterinnen zu beenden, als schwerwiegender. Eine Kündigung erweist sich damit als verhaltensbedingt.

■ Arbeitsgericht Stuttgart

vom 20.04.2009, 19 BV 225/08

eingereicht von Rechtsanwalt Chaled Ibrahim, Charlottenstraße 49, 72764 Reutlingen

Tel.: 07121/489320, Fax: 07121/489444

rwt-ak@rwt-gruppe.de; www.rwt-gruppe.de

### 394. Betriebsrat, Mitbestimmungsrecht, Betriebsänderung, (kein) Anspruch auf Unterlassung von Kündigungen

Ein Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung von Kündigungen besteht auch nicht zur Sicherung des Verhandlungs- und Beratungsanspruchs vor geplanten Betriebsänderungen. Es ist Sache des Gesetzgebers, einen derart weitreichend in die unternehmerische Freiheit eingreifenden Anspruch einzuführen. Auch Art. 8 der Richtlinie 2002/14/EG verlangt einen solchen Anspruch nicht.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 09.03.2009, 6TABVGa 2/09

### 395. Sozialplan, Abfindung, AGG, Bemessung der Abfindung nach Betriebszugehörigkeit, Differenzierung zwischen rentenfernen und rentennahen Jahrgängen, Stichtagsregelung

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Die Regelung in § 5 Abs. 1a Unterpunkt 1 des Sozialplans

hält sich innerhalb des den Betriebsparteien eröffneten Gestaltungsspielraums. Die Höhe der Abfindung hängt danach maßgeblich von den bei der Beklagten verbrachten vollendeten Beschäftigungsjahren ab. Diese an der Betriebszugehörigkeit orientierte Gruppenbildung verletzt weder den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz noch das Verbot der Altersdiskriminierung. a) Die vorliegende Gruppenbildung ist mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar. (...) b) Das Verbot der Altersdiskriminierung steht der Regelung gleichfalls nicht entgegen. Die Regelung kann zwar zu einer mittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer führen. Das ist jedoch durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Diese Bestimmung ist gemeinschaftsrechtskonform. Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit ihr in zulässiger Weise rechtmäßige Ziele. aa) Anders als in den bislang vom Senat entschiedenen Fallgestaltungen ist die Wirksamkeit der vorliegenden Sozialplangestaltung erstmals nach Maßgabe des AGG zu beurteilen. (...) cc) § 5 Abs. 1a Unterpunkt 1 des Sozialplans führt zwar nicht zu einer unmittelbaren, wohl aber zu einer mittelbaren Benachteiligung wegen des Alters. Die Regelung knüpft nicht unmittelbar an das Lebensalter, sondern vielmehr an die Betriebszugehörigkeit an und ist insoweit jedenfalls dem Anschein nach hinsichtlich des Merkmals „Alter“ neutral. Das Ansteigen der Abfindungen mit zunehmender Betriebszugehörigkeit führt jedoch regelmäßig zu einer mittelbaren Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer i.S.v. § 3 Abs. 2 AGG (ebenso *Däubler/Bertzbach-Brors*, AGG, § 10 Rn 134; v. *Roetteken*, AGG, § 10 Rn 197). (...) dd) Die mit § 5 Abs. 1a Unterpunkt 1 des Sozialplans verbundene mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer ist gemäß § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG zulässig. Diese gesetzliche Bestimmung ist gemeinschaftsrechtskonform. Sie deckt die vorliegende Sozialplanregelung ab. (1) Die Regelung in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ist, soweit sie den Betriebsparteien die Differenzierung von Sozialplanleistungen nach der Betriebszugehörigkeit gestattet, gemeinschaftsrechtskonform. (...) Der deutsche Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung ein legitimes sozialpolitisches Ziel. Es entspricht einem allgemeinen sozialpolitischen Interesse, dass Sozialpläne danach unterscheiden können, welche wirtschaftlichen Nachteile den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren. (...) Indem der Gesetzgeber den Betriebsparteien die Möglichkeit eröffnet, bei Abfindungen nach Lebensalter und Betriebszugehörigkeit zu differenzieren, will er ersichtlich der Tatsache Rechnung tragen, dass ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben als jüngere (vgl. dazu BAG, Urt. v. 06.11.2008 – 2 AZR 523/07). Daher hält er es für gerechtfertigt, ältere Arbeitnehmer im Falle des Verlustes ihres bisherigen Arbeitsplatzes durch höhere Abfindungen wirtschaftlich stärker abzusichern. (...) Das gewählte Mittel ist i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Richtlinie 2000/78/EG zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich. Da für Sozialpläne regelmäßig nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, ist

## Betriebsverfassungsrecht

es erforderlich, den Betriebsparteien eine ungleichmäßige Verteilung dieser Mittel sowie die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer zu gestatten. Die Steigerung der Abfindungen von Arbeitnehmern mit längerer Betriebszugehörigkeit führt typischerweise zur Begünstigung älterer Arbeitnehmer. Die damit verbundene Ungleichbehandlung jüngerer Arbeitnehmer ist unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels angemessen. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber nicht selbst noch weitergehende Vorgaben für die Ausgestaltung von Sozialplänen gemacht hat, sondern insoweit den Betriebsparteien erhebliche Gestaltungsspielräume einräumt (vgl. *Däubler/Bertzbach-Brors*, AGG, § 10 Rn 131; *DKK-Däubler*, BetrVG, 11. Aufl., § 112a Rn 49b). Dies ist wegen der im Einzelfall erforderlichen Flexibilität geboten (vgl. *BT-Drucks 16/1780 S. 36*; vgl. auch EuGH, Urt. v. 16. Oktober 2007 – C-411/05- [Paacios de la Villa] Rn 74, Slg. 2007, 1-08531).

(2) Die insoweit gemeinschaftsrechtskonforme Regelung in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gestattet die in § 5 Abs. 1a Unterpunkt 1 des Sozialplans normierte, an die Betriebszugehörigkeit anknüpfende Berechnungsformel. Die damit typischerweise verbundene mittelbare Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer stellt keine unzulässige Altersdiskriminierung dar (*ebenso DKK-Däubler*, § 112a Rn 49d; *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl. §§ 112, 112a Rn 185).

2. Der Sozialplan ist nicht etwa insgesamt gemäß § 7 Abs. 2 AGG wegen Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung unwirksam. (...) a) Die Altersgruppendifferenzierung in § 5 Abs. 1a des Sozialplans ist durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG gedeckt. Die Vorschrift ist auch insoweit gemeinschaftsrechtskonform, als sie den Ausschluss von Sozialplanleistungen ermöglicht, wenn Arbeitnehmer, gegebenenfalls nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen können. (...) Der deutsche Gesetzgeber verfolgt auch mit dieser Regelung das im Allgemeininteresse liegende sozialpolitische Ziel, den Betriebsparteien zu ermöglichen, Sozialplanleistungen an den wirtschaftlichen Nachteilen zu orientieren, die den Arbeitnehmern drohen, die durch eine Betriebsänderung ihren Arbeitsplatz verlieren. Diese Nachteile sind bei Arbeitnehmern, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach dem Bezug von Arbeitslosengeld, gesetzliche Altersrente in Anspruch nehmen können, geringer als bei den von längerer Arbeitslosigkeit bedrohten „rentenfernen“ Arbeitnehmern (vgl. dazu zuletzt BAG, Urt. v. 30.09.2008 – 1 AZR 684/07; BAG, Urt. v. 20.01.2009 – 1 AZR 740/07). Es ist ein legitimes Ziel, diesem Umstand durch differenzierte Sozialplanleistungen Rechnung tragen zu können. (...) bb) Die in § 5 Abs. 1a des Sozialplans vorgenommene Gruppenbildung hält sich im Rahmen der durch § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG eröffneten Möglichkeit. (...) Es kommt deshalb im Streitfall nicht darauf an, ob § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG auch Sozialplanregelungen deckt, in denen zwischen dem Ende des Bezugs von Arbeitslosengeld I und dem frühestmöglichen Rentenbeginn eine – etwa durch Sozialplanleistungen ganz oder teilweise abgedeckte – zeitliche

Lücke besteht (vgl. dazu *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1157). Im Übrigen sieht § 5 Abs. 1a Unterpunkt 2 des Sozialplans keineswegs den völligen Ausschluss von Sozialplanleistungen, sondern durchaus substantielle Abfindungen vor.

c) Auch der in § 5 Abs. 1a Unterpunkt 1 und 2 des Sozialplans festgelegte Stichtag und der mit den Regelungen verbundene „Systemwechsel“ halten der Rechtskontrolle stand.

aa) Die Betriebsparteien können in Sozialplänen Stichtage vorsehen, wenn diese selbst die damit verbundene Grenzziehung am gegebenen Sachverhalt orientiert und somit sachlich vertretbar sind. Dies ist hier der Fall. Der auf die Vollendung des 60. Lebensjahres festgelegte Stichtag ist sachgerecht. Er knüpft an die Möglichkeit an, nach vorübergehender Arbeitslosigkeit vorzeitige Altersrente in Anspruch zu nehmen. Zwar mag der Stichtag im Einzelfall dazu führen, dass ein unmittelbar vor der Vollendung des 60. Lebensjahres stehender Arbeitnehmer eine erheblich höhere Abfindung erhält als derjenige, der dieses gerade vollendet hat. Es handelt sich dabei aber um eine der „Härten“, die mit Stichtagsregelungen regelmäßig verbunden und im Interesse der Rechtssicherheit hinzunehmen sind. bb) Auch der mit der unterschiedlichen Berechnungsformel verbundene „Systemwechsel“ ist rechtlich nicht zu beanstanden. Er verstößt nicht etwa gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Betriebsparteien sind nicht verpflichtet, sich innerhalb eines Sozialplans auf eine Berechnungsformel zu beschränken. Vielmehr gehört es zu ihrem Gestaltungsspielraum, verschiedene Formeln zu kombinieren. Vorliegend ist Sachgrund für die unterschiedlichen Regelungen, dass sich bei rentennahen Jahrgängen die zu besorgenden wirtschaftlichen Nachteile typischerweise konkreter einschätzen lassen als bei rentenfernen (vgl. BAG, Urt. v. 11.11.2008 – 1 AZR 475/07; BAG, Urt. v. 20.01.2009 – 1 AZR 740/07).

### ■ Bundesarbeitsgericht

vom 26.05.2009, 1 AZR 198/08

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Dupré, Drewitzer Straße 10, 13467 Berlin

Tel.: 030/4050810, Fax: 030/40508111

info@rae-dupre.de; www.rae-dupre.de

### 396. Sozialplan, Abfindung, unzulässige „Turbo-Prämie“

Eine Differenzierung der Abfindungshöhe in Sozialplänen danach, ob Arbeitnehmer die ihnen gegenüber ausgesprochene Kündigung arbeitsgerichtlich überprüfen lassen, ist nicht gerechtfertigt. Die mit einer solchen Klausel verfolgte „Bereinigungsfunktion“ entspricht nicht dem Zweck eines Sozialplans (Anschluss an BAG vom 31.05.2005 – 1 AZR 254/04).

### ■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 18.02.2009, 3 Sa 1420/08

### 397. Sozialplan, Abfindung, Ausschluss bei Eigenkündigung (I)

Die Betriebsparteien können eine typisierende Beurteilung dahin vornehmen, dass Arbeitnehmern, die vorzeitig, also zu einem früheren Zeitpunkt als durch die Betriebsänderung geboten, selbst kündigen, keine oder sehr viel geringere wirtschaftliche Nachteile drohen als den anderen Arbeitnehmern (anhängig BAG, Az. 1 AZR 507/09).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 01.04.2009, 9 Sa 105/09

### 398. Sozialplan, Abfindung, Ausschluss bei Eigenkündigung (II)

Es liegt kein Verstoß gegen den grundsätzlich geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz vor, wenn im Sozialplan für den Fall einer vorzeitigen Eigenkündigung nach vorheriger Arbeitgeberkündigung für den Abfindungsanspruch die zusätzliche Einschränkung aufgestellt wird, dass der betriebliche Beschäftigungsbedarf entfallen sein muss (anhängig BAG, Az. 1 AZR 417/09).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 27.02.2009, 10 Sa 891/08

### 399. Einigungsstelle, Interessenausgleich, wirtschaftliche Nachteile, Einführung von Selbstbedienungskassen

1. Die Einsetzung einer Einigungsstelle scheidet nicht daran, dass es ggf. an ausgleichspflichtigen wirtschaftlichen Nachteilen fehlt. Im Rahmen des Interessenausgleichsversuchs sind gem. § 111 S. 3 Nr. 5 BetrVG wirtschaftliche Nachteile gesetzlich unterstellt. Die Gestaltung des Interessenausgleichs im Zusammenhang mit der teilweisen Einführung sogenannter Selbstbedienungskassen kann überdies noch zum Eintritt wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer führen.

2. Eine grundlegend neue Arbeitsmethode kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, wenn anstelle der herkömmlichen Kassen sogenannte Selbstbedienungskassen unter Hilfestellung und Überwachung der Beschäftigten eingeführt werden. Gemessen am Maßstab der offensichtlichen Unzuständigkeit einer einzurichtenden Einigungsstelle, ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 111 S. 3 Nr. 5 BetrVG daher denkbar.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen  
vom 05.05.2009, 1TABV 28/09

### 400. Einigungsstelle, freie Bestimmung des Vorsitzenden durch das Arbeitsgericht

Im Bestellungsverfahren nach § 98 ArbGG besteht keine Bindung des Gerichts an einen Vorschlag eines der Beteiligten hinsichtlich der Person des Vorsitzenden. Die vom Betriebsrat vertretene Auffassung, es bestehe eine Bindung an die im Antrag genannte Person oder jedenfalls ein nur eingeschränktes Auswahlmessen des Gerichts, wenn gegen eine vom

Antragsteller vorgeschlagene Person keine beachtlichen Einwände erhoben werden, teilt die Beschwerdekammer nicht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 15.05.2009, 9TABV 10/09

## Tarifvertragsrecht

### 401. Tariffähigkeit, Gewerkschaftseigenschaft der Gewerkschaft Neue Brief- und Zustelldienste (GNBZ), Verfahren nach § 97 ArbGG nicht rechtsmissbräuchlich

1. Die Gewerkschaft Neue Brief- und Zustelldienste (GNBZ) ist keine tariffähige Gewerkschaft. 2. Zur Tarifautonomie gehört das Recht einer Gewerkschaft, den bislang für die Arbeitnehmer einer Branche erzwungenen Tariflohn auch bei neu entstandenen Konkurrenzunternehmen durchzusetzen. Sie handelt nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Tariffähigkeit einer konkurrierenden Gewerkschaft, die mit neu entstandenen Konkurrenzunternehmen einen niedrigeren Tariflohn vereinbart hat, in einem Verfahren nach § 97 ArbGG überprüfen lässt (anhängig BAG, Az. 1 ABR 101/09).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 20.05.2009, 9TABV 105/08

### 402. Tarifvertrag, Sozialkassen des Baugewerbes, betrieblicher Geltungsbereich, Brandschutzdokumentation keine baugewerbliche Tätigkeit

Aus den Entscheidungsgründen:

Der Betrieb der Beklagtenseite unterfiel im Klagezeitraum nicht dem betrieblichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages. Der betriebliche Geltungsbereich des zitierten Verfahrenstarifvertrages ist in dessen § 1 geregelt. Danach unterfallen dem betrieblichen Geltungsbereich „Betriebe des Baugewerbes“. Das sind solche Betriebe, die nach ihrer durch die Art der betrieblichen Tätigkeit geprägten Zweckbestimmung und nach ihrer betrieblichen Einrichtung gewerblich entweder Bauten aller Art erstellen (§ 1 Abs. 2 Abschn. I) oder gewerblich bauliche Leistungen erbringen, die der Erstellung, Instandhaltung, Instandsetzung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen (§ 1 Abs. 2 Abschn. II) oder die gewerblich sonstige bauliche Leistungen durchführen (§ 1 Abs. 2 Abschn. III). Zu den erfassten betrieblichen Tätigkeiten zählen u. a. die in § 1 Abs. 2 Abschn. V in Form von Tätigkeitsbeispielen aufgezählten Einzeltätigkeiten.

Ein Betrieb ist dann dem Baugewerbe im tariflichen Sinne zuzuordnen, wenn seine betrieblichen Tätigkeiten entweder in der Einzelaufstellung (§ 1 Abs. 2 Abschn. V) genannt sind oder unter die allgemeinen Bestimmungen der Abschnitte I bis III des § 1 Abs. 2 VTV fallen (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit BAG, Ur. v. 18.01.1984, AP Nr. 60 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau). Maßgeblich ist dabei, ob die Arbeitnehmer arbeitszeitlich gesehen überwiegend bauli-

## Tarifvertragsrecht

che Tätigkeiten im Sinne des Tarifvertrages erbringen. Nicht maßgeblich sind dagegen wirtschaftliche Gesichtspunkte wie Umsatz und Verdienst oder handels- oder gewerberechtliche Kriterien (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG, vom 24.08.1994, AP Nr. 181 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau). Dabei ist von der überwiegenden Arbeitszeit innerhalb eines Kalenderjahres auszugehen, soweit sich die Tätigkeiten des Betriebes mindestens über ein Kalenderjahr erstrecken (vgl. BAG, Urt. v. 22.04.1987 und 12.12.1988, AP Mr. 82 und 106 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau).

Die Anwendung dieser Kriterien führt im vorliegenden Falle zu dem Ergebnis, dass der Betrieb der Beklagtenseite im Klagezeitraum nicht dem betrieblichen Geltungsbereich des VTV unterfiel. Die Beklagte hat den Vortrag der Klägerin, in den Kalenderjahren 2005 und 2006 seien im Betrieb der Beklagtenseite arbeitszeitlich gesehen überwiegend passive Brandschutzteile in und an Gebäuden erstellt und montiert worden, wodurch bauliche Leistungen im Sinne von § 1 Abs. 2 Abschn. II und Abschn. V VTV erbracht worden seien, mit eigenem, erheblichen, substantiierten Tatsachenvortrag bestritten. Daraufhin hat das Gericht für die Behauptungen der darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin mit Beweisbeschluss vom 13. Februar 2008 Beweis durch Vernehmung der im Klagezeitraum bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer erhoben. Die im Einzelnen im Wege der Rechtshilfe vernommenen Zeugen haben das Beweisthema der Klägerin nicht bestätigt. Für den Klagezeitraum stellt sich die Situation nach der durchgeführten Beweisaufnahme wie folgt dar: Die von Klägerin behaupteten Beschäftigungszeiten der Arbeitnehmer betragen im Rumpfbjahr 2005 (seit 01. September 2005) 15 Mann-Monate (im Folgenden: MM) und 13 Manntage (im Folgenden: MT) und im Jahr 2006 123 MM und 28 MT. Hiervon entfielen im Jahr 2005 7 MM und 22 MT, also exakt 50 % auf bauliche Tätigkeiten und im Jahr 2006 27 MM und 8 MT, also 22 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit auf bauliche Tätigkeiten. (...) Die (in der verbleibenden Zeit durchgeführten) Dokumentation von Brandschutzmaßnahmen zum Zwecke des Nachweises für Ämter, Behörden und Versicherungen und zum Nachweis, dass das Unternehmen Brandschutzauflagen vollständig und richtig nachgekommen ist, ist weder eine baugewerbliche Tätigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 VTV noch eine Zusammenhangstätigkeit. Um eine solche handelt es sich immer dann, wenn die Tätigkeit als (im Regelfall auch von ihrem zeitlichen Aufwand her untergeordnete) Hilfs- oder Nebenarbeit in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang zur hauptsächlichen Bauarbeit steht (vgl. etwa Hess. LAG, Urt. v. 16.02.1990 – 15 Sa 591/88). Die Zusammenhangstätigkeit hat also eine lediglich die baulichen Arbeiten ergänzende Funktion. Dies ist bei den von der Beklagten durchgeführten Dokumentationen gerade nicht der Fall. (...)

■ Arbeitsgericht Wiesbaden

vom 01.04.2009, 6/9 Ca 1429/06

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Martin-Luther-Platz 6-8, 91522 Ansbach

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

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

### 403. Tarifvertrag, Öffentlicher Dienst, Sonderzahlung, Rückzahlungsklausel

§ 20 TV-L i.V.m. § 21 TVÜ-L ist dahin auszulegen, dass für die Zuwendung des Jahres 2007 keine Rückzahlungsverpflichtung mehr besteht. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Rückzahlungstatbestand erst im Jahre 2008 entstanden ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 11.05.2009, 2 Sa 18/09

eingereicht von Rechtsanwalt Franz Sparla, Kackertstraße 11, 52072 Aachen-Laurensberg

Tel.: 0241/9329596, Fax: 0241/9329597

kontakt@sparla-rechtsanwaelte.de;

www.sparla-rechtsanwaelte.de

### 404. Tarifvertrag, Ausschlussfrist, Fälligkeit, fehlende Gehaltsabrechnung

Stellt eine tarifliche Ausschlussfrist für den Fristbeginn auf die Fälligkeit des Anspruchs ab, läuft die Frist grundsätzlich auch dann, wenn der Arbeitgeber über die betreffenden Ansprüche keine Abrechnung erteilt hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn für den Arbeitnehmer ohne Abrechnung eine Überprüfung seiner Ansprüche unmöglich oder unzumutbar ist. Darüber hinaus beginnt der Lauf der Verfallfrist für einen Zahlungsanspruch jedenfalls dann, wenn bereits der Anspruch auf Erteilung einer Abrechnung verfallen ist (vgl. BAG, Urt. v. 27.11.1984 – 3 AZR 596/82).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 30.06.2009, 3 Sa 1658/08

### 405. Tarifvertrag, zweimonatige Ausschlussfrist, (keine) Sittenwidrigkeit

Die Ausschlussfrist des § 14 Abs. 2 Manteltarifvertrag für den Erwerbsgartenbau, die Friedhofsgärtnereien, Floristenfachbetrieben und die Forstpflanzenbetriebe in Nordrhein-Westfalen verstößt entgegen der Rechtsansicht der Klägerin nicht gegen die guten Sitten, § 138 BGB. Ausschlussfristen dienen im Interesse der Rechtssicherheit der schnellen Klärung von Ansprüchen. Die Bemessung der Dauer von Ausschlussfristen obliegt der Entscheidung der Tarifvertragsparteien und ist von den Gerichten grundsätzlich zu respektieren. Allenfalls extrem kurze Fristen können im Einzelfall Anlass zur näheren Überprüfung sein. Geltendmachungsfristen von zwei Monaten nach Fälligkeit und selbst solche von bloß einem Monat nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind danach nicht zu beanstanden. Eine an die Fälligkeit anknüpfende Frist von zwei Monaten ist tariflich weit verbreitet und hält sich im Regelungsspielraum der Tarifvertragsparteien (vgl. BAG, Urt. v. 19.04.2005 – 9 AZR 160/04).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 16.01.2009, 11 Sa 950/08  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Stephan Pauly, Kurt-Schumacher-Straße 16, 53113 Bonn  
Tel.: 0228/6209010, Fax: 0228/6209091  
pauly@paulypartner.de; www.paulypartner.de

## Prozessuales

### 406. Rechtsweg, Streitigkeiten aus einem Verbundausbildungsvertrag

Streitigkeiten aus dem Verbundausbildungsvertrag zwischen dem Leihbetrieb, der den Auszubildenden einstellt und die Vergütung bezahlt, und dem Partnerbetrieb, der die Ausbildung durchführt, unterfallen nicht der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

■ Arbeitsgericht Bielefeld  
vom 28.07.2009, 2 Ca 1452/09  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Heinz Gussen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück,  
Tel.: 05242/92040, Fax: 05242/920448  
rechtsanwaelte@pgwc.de; www.pgwc.de

### 407. Örtliche Zuständigkeit, Beschlussverfahren, doppelrelevante Tatsachen

Tatbestand:

Die Antragstellerin betreibt eine Spedition mit Sitz in S. In S befindet sich die Verwaltung des Unternehmens. Die Fahrzeuge der Antragstellerin werden nicht nur von S, sondern auch von anderen Stützpunkten aus eingesetzt, unter anderem von I. Die von I aus eingesetzten Mitarbeiter wählten am 13.04.2009 einen eigenen Betriebsrat. Die Antragstellerin ficht diese Wahl unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten an, unter anderem damit, dass für den Stützpunkt I die Wahl eines Betriebsrats überhaupt nicht möglich sei mangels Selbständigkeit des Betriebes im Sinne der §§ 1, 4 BetrVG.

Aus den Entscheidungsgründen:

Das Arbeitsgericht K ist für den Rechtsstreit örtlich zuständig. Gemäß § 82 Abs. i ArbGG ist in Beschlussverfahren örtlich zuständig das Arbeitsgericht, in dessen Bezirk der Betrieb liegt. Der Hauptbetrieb der Antragstellerin liegt unstrittig im Arbeitsgerichtsbezirk K. Ob in I ein selbständiger Nebenbetrieb i.S.d. § 4 Abs. 1 BetrVG gegeben ist, ist zwischen den Beteiligten streitig. Die Frage der Zuordnung des Betriebsteils ist ein Umstand, der sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit des Antrags bedeutsam ist (sogenannte doppelrelevante Tatsache). Um in solchen Fällen ein Sachurteil zu ermöglichen, genügt für die Zulässigkeit des Antrags, dass sich die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen schlüssig aus dem Vortrag des Antragstellers ergeben. (...)

■ Arbeitsgericht Kiel  
vom 17.07.2009, 3 BV 23b/09

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Heinz Gussen, Rietberger Straße 2, 33378 Rheda-Wiedenbrück,  
Tel.: 05242/92040, Fax: 05242/920448  
rechtsanwaelte@pgwc.de; www.pgwc.de

### 408. Einstweilige Verfügung, Beschäftigungsanspruch, Direktionsrecht, Ermessensausübung bei Zuweisung eines anderen Vertriebsgebietes

Aus den Entscheidungsgründen:

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Beschäftigung als Vertriebsbeauftragter mit dem Vertriebsbezirk Leipzig ist jedenfalls bis zur erstinstanzlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren begründet.

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt gemäß § 940 ZPO voraus, dass die beantragte Regelung in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis zur Abwendung wesentlicher Nachteile und zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Die Verurteilung eines Arbeitgebers zur sofortigen Beschäftigung eines Arbeitnehmers kann grundsätzlich im Wege einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden (LAG Hamm, Urt. v. 23.04.2008 – 10 SaGa 17/08). Dass bei Erlass einer begehrten einstweiligen Verfügung gewissermaßen eine vorläufige Entscheidung über den Gegenstand des zwischen den Parteien noch anhängigen Hauptsacheverfahrens getroffen wird, steht der Zulässigkeit des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen. Es ist allgemein anerkannt, dass das einstweilige Verfügungsverfahren als summarisches Erkenntnisverfahren nicht auf die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen beschränkt ist, sondern bei entsprechender Dringlichkeit auch endgültige Tatsachen und den Arbeitgeber zur Erfüllung strittiger Ansprüche anhalten kann (LAG Hamm, Urt. v. 12.12.2001, NZA-RR2003, 311; KR, 8. Aufl., § 102 BetrVG Rz 289).

Nach Auffassung der Kammer ist der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendige Verfügungsanspruch gegeben. Der Verfügungsanspruch setzt voraus, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Verfügungskläger aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses als Vertriebsbeauftragter mit dem Vertriebsbezirk Leipzig zu beschäftigen ist. Ein derartiger Anspruch ist nach der für das einstweilige Verfügungsverfahren summarischen Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben. (...) Eine Arbeitgeberentscheidung im Rahmen der Ausübung des Weisungsrechtes muss den Grundsätzen der Billigkeit nach §§ 106 Satz 1 GewO, 315 Abs. 1 und 3 BGB entsprechen (ArbG Hamm, Urt. v. 01.04.2008 – 1 Ga 11/08). Es ist eine Abwägung der jeweiligen Interessen vorzunehmen. Nach Auffassung der Kammer sind die Interessen des Verfügungsklägers gewichtiger. Der Verfügungsbeklagten ist es bislang nicht gelungen, berechnete betriebliche Gründe für die Umorganisation des Vertriebsbezirktes ausreichend vorzutragen. Dem Verfügungskläger ist zuzustimmen, dass die Auswirkungen der Weisung im Hinblick auf die Höhe der zu erwartenden monatlichen

## Sonstiges

Provisionen (Einkommensverluste), der Verlust von Kundenkontakten, das Informationsdefizit und der verlängerte An- und Abfahrtsweg zum neuen Vertriebsgebiet gewichtige Umstände darstellen. Der Arbeitgeber greift in einen wesentlichen Kernbereich wie die Vergütung ein. Deshalb müssen die Gründe des Arbeitgebers umso stichhaltiger und gewichtig sein. Davon ist der Vortrag der Verfügungsbeklagten weit entfernt. Die pauschal vorgetragenen positiven Effekte und die Marktausschöpfung bei der neuen Vertriebsstruktur sind wenig überzeugend. Die behauptete Maßregelung ist nicht widerlegt worden.

Ein Verfügungsgrund ist ebenfalls gegeben. Es liegt die Dringlichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes vor. Auch hier ist eine Abwägung der Interessen vorzunehmen. Den Belangen des schutzsuchenden Verfügungsklägers ist Vorrang gegenüber dem vertragswidrig agierenden Arbeitgeber einzuräumen. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund sind umso geringer, je schwerer und offensichtlicher die drohende Rechtsverletzung ist (LAG Köln, Urt. v. 24.11.1998 – 13 Sa 940/98). Die Abwägung beiderseitiger Interessen (ist geboten) – auch hier sind die vom Verfügungskläger vorgetragenen Informationsdefizite, Verlust von Kundenbeziehungen, Einkommenseinbußen, Ansehensverlust und längere An- und Abreisezeiten auf seiner Seite zu berücksichtigen – demgegenüber steht ein vertragswidrig agierender Arbeitgeber, der keine ausreichenden berechtigten betrieblichen Interessen geltend gemacht hat.

Dem Verfügungskläger ist jedoch nicht in seiner Auffassung zu folgen, dass der Beschäftigungsanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren durch die einstweilige Verfügung aufrechterhalten bleiben soll. Auch beim einstweiligen Verfügungsverfahren ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (ArbG Berlin vom 26.10.2007 – 28 Ga 12851/07). Es ist nur im notwendigen Maß in die Belange des Arbeitgebers einzugreifen. Die Kammer hat daher die Weiterbeschäftigung des Verfügungsklägers zeitlich befristet.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 15.04.2009, 7 Ga 12/09

eingereicht von Rechtsanwalt Ralf Dupré, Drewitzer Straße 10, 13467 Berlin

Tel.: 030/4050810, Fax: 030/40508111

info@rae-dupre.de; www.rae-dupre.de

### 409. Berufung, Bezeichnung des Berufungsbeklagten, Anwaltsverschulden

1. Die erforderliche Bezeichnung des Berufungsbeklagten muss nicht ausdrücklich erfolgen, sie kann sich auch im Wege der Auslegung der Berufungsschrift und sonstiger vorliegender Unterlagen ergeben. Dennoch müssen die Parteien des Rechtsmittelverfahrens zweifelsfrei feststellbar sein (in Anlehnung an BGH, Urt. v. 09.04.2008, VIII ZB 58/06 und v. 22.11.2005, XI ZB 43/04). Wird die in erster Instanz als

Beklagte zu 2) geführte Person in der Berufung als alleinige Beklagte genannt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei einfacher Streitgenossenschaft auch die frühere Beklagte zu 1) Rechtsmittelbeklagte sein soll.

2. Die Fertigung der Berufungsschrift muss vom Rechtsanwalt vor Unterzeichnung auf Vollständigkeit und zutreffende Angabe des Rechtsmittelführers sowie inhaltliche Richtigkeit geprüft werden (BGH, Urt. v. 21.03.2006 – VI ZB 25/05, VersR 2006, 991 Rn 10 und *Zöller/Greger*, a.a.O. § 233 Rn 23 „Büropersonal und Organisation“). Es handelt sich hierbei um keine einfache Tätigkeit, die auf das Büropersonal übertragen werden kann. Die fehlende Kontrolle der Berufungsschrift stellt eine Sorgfaltspflichtverletzung dar mit der Folge, dass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden kann.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 09.04.2009, 9 Sa 378/08

### 410. Zustellung, Versäumnisurteil, Einwurf in Firmenbriefkasten

Der Einspruch der Beklagten vom 12.12.2008 gegen das Versäumnisurteil vom 22.10.2008 war zu verwerfen, § 341 Abs. 1 ZPO. Ausweislich der Zustellurkunde wurden Klage und Ladung zum Verhandlungstermin am 11.10.2008 unter der Zustelladresse W. durch Einlegung in den Briefkasten im Wege der Ersatzzustellung nach § 180 ZPO zugestellt. Die Zustellung wird nicht dadurch unwirksam, dass auf dem Schriftstück das Datum der Zustellung entgegen § 180 S. 3 ZPO nicht vermerkt wurde. Damit war die Beklagte zum Termin ordnungsgemäß geladen und in Folge ihres Nichterscheins säumig. Die Zustellung des Versäumnisurteils vom 22.10.2008 erfolgte in gleicher Weise. Auch diese Zustellung ist wirksam. Die Beklagte trägt selbst vor, dass unter der Zustelladresse eine Firmenniederlassung existiert. In welchem Umfang diese besetzt ist und in welchem zeitlichen Abstand der dortige Briefkasten geleert wird, ist unerheblich. (...)

■ Arbeitsgericht Nürnberg

vom 13.05.2009, 7 Ca 8101/08

eingereicht von Rechtsanwalt Bertram Bauer, Martin-Luther-Platz 6-8, 91522 Ansbach

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

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

## Sonstiges

### 411. Anspruch auf Herausgabe von Krankenakten, angestellter Arzt mit Liquidationsberechtigung, Erfordernis der namentlichen Benennung der Patienten

Aus den Tatbestand:

Der Verfügungskläger verlangt die Herausgabe von Krankenakten. Zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsverhältnis, aufgrund dessen der Verfügungskläger bei dem Verfügungs-

beklagten, der ein Krankenhaus betreibt, als Arzt beschäftigt war. Daneben war er aufgrund von Nebenabreden zur Privatliquidation berechtigt, in deren Rahmen er ambulante Behandlungen in den Räumen des Krankenhauses unter Nutzung von dessen Personal und Sachmitteln durchführte. Mit Schreiben unter dem 23.07.2009 erteilte der Verfügungsbeklagte dem Verfügungskläger ein Hausverbot. Im Rahmen des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung behauptet der Verfügungskläger, die hier in Rede stehenden Krankenakten berührten ausschließlich seine Tätigkeit im Rahmen der Privatliquidation, weshalb ihm das Eigentum an diesen zustehe. Er benötige einige der Akten, um begonnene Behandlungen anderenorts ab dem 6. August 2009 fortzusetzen. Aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht sei es ihm unmöglich, die diese Akten betreffenden Patienten namentlich, zu benennen, weshalb er sämtliche Akten herausverlangen müsse.

Aus den Entscheidungsgründen:

I. Der zulässige Antrag hat in der Sache keinen Erfolg. Dabei kann dahinstehen, auf welcher Rechtsgrundlage ein – unter Umständen zeitlich begrenzter – Herausgabeanspruch des Verfügungsklägers gegenüber dem Verfügungsbeklagten bestehen könnte. Jedenfalls umfasst dieser in dem vorliegenden Eilverfahren nicht den gesamten Aktenbestand, denn dieses führte zu einer ungerechtfertigten Vorwegnahme der Hauptsache. Eine andere Möglichkeiten ausschließende Situation folgt insbesondere nicht aus § 203 Abs. 1 StGB. Auch das erkennende Gericht verkennt nicht die hohe Bedeutung der ärztlichen Schweigepflicht. Vorliegend bestehen allerdings schon Zweifel, ob es sich bei den in den fraglichen Akten dokumentierten Arzt-Patienten-Verhältnissen um ein Geheimnis im Sinne dieser Vorschrift handelt, denn die Patienten wurden von dem Verfügungskläger bislang in den Räumen des Verfügungsbeklagten betreut. Insofern liegt es nahe, von einer offenkundigen Tatsache auszugehen, da das Betreten des Gebäudes ohne weiteres von jeder anderen Person beobachtet werden kann. Durch Bekanntgabe des Patientennamens dürfte zudem nichts über die konkret schutzwürdigen Belange des Patienten, insbesondere Einzelheiten seiner Erkrankung offenbart werden (vgl. LAG Köln, Urte. v. 4. August 2003 – 2 Sa 461/03 – m.w.N., zitiert nach juris). Auch erscheint fraglich, dass der Verfügungskläger bei der namentlichen Spezifizierung einzelner Akten Patientendaten unbefugt weitergeben würde. Darf ein Arzt Patientendaten zur Durchsetzung seines eigenen Vergütungsanspruches nicht nur an einen Rechtsanwalt weitergeben, sondern sogar zum Gegenstand einer öffentlichen Gerichtsverhandlung machen (vgl. auch BGH, Urteil vom 23. Juni 1993, VIII ZR 226/92, zitiert nach juris), ist schwerlich vorstellbar, dass ihm eine Weitergabe an gleichfalls der ärztlichen Schweigepflicht unterliegende Personen wie den Mitarbeitern des Verfügungsbeklagten zur Fortsetzung der Heilbehandlung untersagt sein sollte. Die in Anspruch genommenen Mitarbeiter werden insofern zum „Kreis der zum Wissen Berufenen“, gehören, zumal die Weitergabe von Geheimnissen an sachgerecht eingesetzte

Hilfskräfte durch eine stillschweigende oder mutmaßliche Einwilligung der Patienten gedeckt sein wird (vgl. OLG Rostock, Urte. v. 28. Oktober 2005 – 8 U 91/04 –, zitiert nach juris).

Aber selbst wenn diese Aspekte den Verfügungskläger nicht zur namentlichen Benennung der herauszugebenden Akten befugen sollten, könnte eine entsprechende Berechtigung aus einer entsprechenden Einverständniserklärung der betroffenen Patienten folgen. (...) Da der Verfügungskläger bislang jede Angabe von Patientennamen ablehnte, war das erkennende Gericht, das im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht an die Anträge gebunden ist, zudem gehindert, zur Sicherung der Behandlung der von dem Verfügungskläger betreuten Patienten den Verfügungsbeklagten jedenfalls zur zeitlich begrenzten Herausgabe von namentlich bestimmten Patientenakten im Original oder in Kopie zu verpflichten.

■ Arbeitsgericht Berlin

vom 11.08.2009, 36 Ga 14252/09

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Thomas Schwirzek, Einemstraße 11, 10787 Berlin

Tel.: 030/2308190, Fax: 030/23081919

schwirzek@advo-l-s.de; www.advo-l-s.de

#### 412. PKH, Vergleichsmehrwert, gesonderter PKH-Antrag

1. Die für die Streitgegenstände eines Prozesses bewilligte PKH erstreckt sich ohne weiteres auch auf die Kosten des Prozessvergleichs. 2. Regelt dieser Prozessvergleich aber in den Streitwert erhöhender Weise über die prozessualen Streitgegenstände hinaus noch weitere Streitpunkte zwischen den Parteien (sog. Mehrvergleich), muss für die zusätzlichen Gegenstände des Mehrvergleichs gesondert PKH beantragt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 27.04.2009, 7 Ta 102/08

#### 413. PKH, Vergleichsmehrwert, Einigungsgebühr

Der beigeordnete Rechtsanwalt erhält eine Terminsgebühr (VV 3104) aus dem Vergleichsmehrwert, wenn der Vergleich zwischen den Parteien erst ausgehandelt wird, nachdem er den Antrag bei Gericht eingereicht hat, die Bewilligung der Prozesskostenhilfe auf den Vergleichsabschluss zu erstrecken. Allerdings steht ihm diesbezüglich keine 1,5-fache Einigungsgebühr (VV 1000) zu, sondern nur eine 1,0-fache Einigungsgebühr gemäß VV 1003 Satz 2, denn die Einleitung eines PKH-Bewilligungsverfahrens reicht hierfür aus, wenn das Gericht nicht nur als reine Beurkundungsstelle in Anspruch genommen, sondern im Rahmen einer mündlichen Verhandlung mit allen Regelungsgegenständen des Vergleichs befasst wird.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 25.06.2009, 4 Ta 61/09

eingereicht von Rechtsanwalt Dirk Clausen, Kaiserstraße 31 – 35, 90403 Nürnberg

## Streitwert und Gebühren

Tel.: 0911/205510, Fax: 0911/2055140  
sec@clausen-doll.de; clausen-doll.de

### 414. PKH, Terminsgebühr, Vergleichsmehrwert

Der beigeordnete Rechtsanwalt erhält dann keine Terminsgebühr (VV 3104) aus dem Vergleichsmehrwert, wenn der endgültige Vergleichsinhalt bereits zwischen den Parteien bzw. ihren Prozessvertretern ausgehandelt worden war, bevor er den Antrag bei Gericht eingereicht hat, die Bewilligung der Prozesskostenhilfe auf den Vergleichsabschluss zu erstrecken. Allerdings steht ihm diesbezüglich eine 1,5-fache Einigungsgebühr (VV 1000) zu, die neben eine 1,0-fache Einigungsgebühr (VV 1003) aus dem ursprünglichen Gegenstandswert tritt und gemäß § 15 Abs. 3 RVG zu begrenzen ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg  
vom 22.06.2009, 4 Ta 26/09

## Streitwert und Gebühren

### 415. Streitwert, Kündigung, Dauer des Arbeitsverhältnisses, allgemeiner Feststellungsantrag

1. § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG enthält keinen Regelstreitwert. Der Vierteljahresverdienst ist vielmehr nur die Obergrenze für den vom Gericht nach freiem Ermessen (§ 3 ZPO) festzusetzenden Streitwert. Der Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit ist in typisierender Betrachtungsweise bei einem Bestand des Arbeitsverhältnisses von bis zu sechs Monaten grundsätzlich mit einem Monatsverdienst bei einem Bestand von sechs bis zwölf Monaten grundsätzlich mit zwei Monatsverdiensten und ab einem Bestand von zwölf Monaten grundsätzlich mit drei Monatsverdiensten festzusetzen.

2. Ein neben dem Kündigungsschutzantrag gestellter allgemeiner Feststellungsantrag ist nicht gegenstandswerterhöhend, wenn die Parteien im Prozess keinen Streit über einen konkreten weiteren Beendigungstatbestand geführt haben.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.05.2009, 1 Ta 105/09

### 416. Streitwert, Zusammentreffen von Kündigungsschutz- und Entfristungsklage

Bei Zusammentreffen von Kündigungsschutz- und Entfristungsklage sind in Bezug auf die Gegenstandswertfestsetzung die Grundsätze anzuwenden wie im Falle mehrerer Kündigungen. Für den gegen die erstmögliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Antrag, sei es ein Kündigungsschutz- oder Entfristungsantrag, ist – abhängig von der Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses – ein Gegenstandswert von bis zu drei Bruttomonatsverdiensten anzusetzen. Für jeden weiteren Kündigungsschutz bzw. Entfristungsantrag ist ein Gegenstandswert in Höhe des Betrages anzusetzen, der dem durchschnittlichen Verdienst entspricht, den der Arbeitnehmer bei Hinausschieben des

Beendigungszeitpunktes aufgrund der weiteren Kündigung bzw. Befristung mehr bzw. bei Verschieben des Beendigungszeitraumes durch diese weniger verdienen würde, allerdings grundsätzlich begrenzt auf maximal einen Monatsverdienst.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.05.2009, 1 Ta 105/09

### 417. Streitwert, wirtschaftliche Identität von Kündigungsschutz- und Zahlungsantrag

1. Bei wirtschaftlicher Identität zwischen einem Entgeltzahlungs- und einem Kündigungsschutzantrag sind die Anträge nicht gesondert zu bewerten, sondern es ist auf den jeweils höheren Wert abzustellen. 2. Wirtschaftliche Identität zwischen Entgeltzahlungs- und Kündigungsschutzantrag ist dann gegeben, wenn der Erfolg der Entgeltklage von dem der Kündigungsschutzklage abhängt. Die wirtschaftliche Identität kann aber nur soweit gehen, wie die Bewertung des Kündigungsschutzantrags reicht. Darüber hinausgehende Zahlungsanträge sind eigenständig zu bewerten.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 11.08.2009, 1 Ta 170/09

### 418. Streitwert, Vergleichsmehrwert, streitige Regelungsgegenstände

Der Wert des Vergleichs richtet sich nach den durch den Vergleich beigelegten Streitigkeiten, also nach den ursprünglichen Forderungen, die durch den Vergleich befriedet werden, nicht jedoch nach dem Wert dessen, was sich die Parteien im Vergleich versprechen (vgl. LAG Köln, Beschl. v. 03.03.2009 – 4 Ta 467/08 – m.w.N.). ( ... ) Die vereinbarte Abfindung ist Gegenleistung für die Beendigung des Rechtsstreits und damit ebenfalls nicht streitgegenständlich gewesen.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 15.06.2009, 2 Ta 192/09  
eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Jürgen Höser,  
Kölner Straße 2, 50226 Frechen  
Tel.: 02234/1820-0, Fax: 02234/1820-10  
office@hdup.de; www.hdup.de

### 419. Streitwert, Vergleichsmehrwert, Zeugnis

Vereinbaren die Parteien in einem Vergleich, dass die Beklagte ein der Klägerin erteiltes Zeugnis in einem einzelnen Punkt (Bewertung des Verhaltens der Klägerin) abändert, so erhöht diese Vereinbarung den Vergleichswert um ein volles Monatsentgelt. Eine Halbierung des Wertes kommt im Hinblick auf die nur eingeschränkte Regelung wegen einer anzustellenden typisierenden Betrachtungsweise nicht in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 13.07.2009, 1 Ta 174/09

## Streitwert und Gebühren

**420. Streitwert, Betriebsübergang**

1. Für Klagen auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebserwerber nach Betriebsübergang ist der Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit grundsätzlich auf drei Bruttomonatsgehälter festzusetzen. 2. Die für das Kündigungsschutzverfahren aufgestellten Grundsätze zur Bestimmung des Gegenstandswertes der anwaltlichen Tätigkeit bei kurzfristigen Arbeitsverhältnissen finden bei Klagen auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang keine Anwendung.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 08.05.2009, 1 Ta 104/09

**421. Streitwert, Beschlussverfahren, mehrere personelle Einzelmaßnahmen**

1. Die Bemessung des Gegenstandswertes bei Beteiligungsrechten nach §§ 99, 100 BetrVG richtet sich nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG, da es sich um eine nichtvermögensrechtliche Streitigkeit handelt. Dabei ist im Allgemeinen der Zustimmungsersetzungsantrag mit dem Hilfwert von € 4.000 und der Antrag nach § 100 BetrVG mit € 2.000 zu bemessen. (Bezirksrechtsprechung vgl. etwa LAG Köln, Beschl. v. 15.05.2008 – 7 Ta 114/08).

2. Sind mehrere Einstellungen Gegenstand des Verfahrens, so ist grundsätzlich jede von ihnen zu bewerten, um anschließend einen Gesamtwert zu bilden. Handelt es sich um voneinander unabhängige Maßnahmen, so sind deren Werte ohne Wertabschlag zu addieren. Handelt es sich hingegen um gleichgelagerte Maßnahmen, die auf einer einheitlichen unternehmerischen Entscheidung beruhen, so ist dies bei der Wertfestsetzung zu berücksichtigen und der Wert der weiteren Maßnahmen angemessen herabzusetzen (im Anschluss an LAG Köln, Beschl. v. 14.07.2005 – 12 Ta 198/05; so im Ergebnis auch die übrige Bezirksrechtsprechung).

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 11.11.2008, 13 Ta 368/08

**422. Streitwert, Beschlussverfahren, Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes**

Wird in einem Beschlussverfahren vom Betriebsrat die Feststellung begehrt, dass zwei Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bilden und der Betriebsrat damit auch für mehr als 50 Arbeitnehmer eines betriebsratslosen Unternehmens zuständig ist, dann erscheint es sachgerecht, den Hilfwert von € 4.000 zu verdoppeln. Eine weitere Erhöhung, wie von der Beschwerdeführerin begehrt, auf das dreifache des Hilfwertes war indessen mangels Vorliegens von gegenstandswert erhöhenden Besonderheiten nicht angezeigt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 02.06.2009, 1 Ta 125/09

**423. Streitwert, Beschlussverfahren, Durchführung einer Betriebsvereinbarung**

Ein Beschlussverfahren mit dem die Arbeitgeberin verpflichtet werden soll, eine bestehende Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit durchzuführen und Verstöße hiergegen nicht zu dulden, ist in Ermangelung besonderer Umstände mit dem Hilfwert (€ 4.000) von § 23 Abs. 3 S. 2 RVG zu bewerten.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 22.07.2009, 1 Ta 173/09

**424. Streitwert, Beschlussverfahren, Errichtung einer Einigungsstelle**

Der Streitwert für ein Verfahren über die Einrichtung einer Einigungsstelle gem. § 98 ArbGG beträgt regelmäßig € 4.000.

■ Landesarbeitsgericht Köln  
vom 03.06.2009, 4 Ta 167/09

**425. Streitwert, Beschlussverfahren, Freistellung eines Betriebsratsmitglieds**

Begehrt der Betriebsrat die Freistellung eines Betriebsratsmitglieds von der Arbeitsleistung für die Teilnahme an einer zentral durchgeführten Betriebsräteversammlung, dann kann hierfür nicht auf den Hilfwert von € 4000 abgestellt werden, sondern auf den Arbeitsverdienst des Betriebsratsmitglieds für die fragliche Zeit.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 20.07.2009, 1 Ta 171/09

**426. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, kein Rechtsmittelverzicht durch einvernehmliche Streitwertfestsetzung**

Die Zulässigkeit der Beschwerde scheidet nicht an einem seitens des Beschwerdeführers zunächst erklärten Einverständnis mit der vom Arbeitsgericht beabsichtigten Gegenstandswertfestsetzung. Zwar ist ein Rechtsmittelverzicht in entsprechender Anwendung des § 515 ZPO grundsätzlich auch bei Beschwerden gegen die Festsetzung des Gegenstandswertes der anwaltlichen Tätigkeit möglich (Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 03.09.2007 – 1 Ta 203/07). Mit einem Rechtsmittelverzicht gibt eine Partei, die ihn erklärt, jedoch endgültig das Recht auf, eine gerichtliche Entscheidung anfechten zu wollen (vgl. Schwab, Die Berufung im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Dissertation 2004, S. 127, 133 ff.). Wegen der rechtlichen Bedeutung und Tragweite muss ein Verzicht deshalb eindeutig einer Prozesshandlung entnommen werden können und muss unmissverständlich formuliert sein. Insbesondere darf an dem Willen des Erklärenden, die Entscheidung unwiderruflich als endgültig hinzunehmen, kein Zweifel bestehen (vgl. BAG, Beschl. v. 15.03.2006 – 9 AZN 885/05, NJW 2006, 1995 ff.). Erklärt eine Partei im Rahmen der gebotenen Anhörung vor einer Streitwertfestsetzung gegenüber dem Gericht ausdrücklich ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Festsetzung, ist allein hierin grundsätz-

lich keine unwiderrufliche und endgültige Entscheidung zu sehen, mithin auch keine Erklärung hinsichtlich eines Rechtsmittelverzichts gegen die spätere Festsetzung (GK ArbGG/Wenzel, § 78 Rn 63; Schwab/Weth/Schwab, ArbGG, § 78 Rn 42). Durch die bloße Erklärung des Einverständnisses zur beabsichtigten Streitwertfestsetzung bringt der Erklärende nur zum Ausdruck, er erachte die beabsichtigte Höhe nach erster Prüfung für zutreffend, nicht aber, dass er auf jegliches Beschwerderecht endgültig und definitiv verzichten will.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 02.07.2009, 1 Ta 141/09

#### 427. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, Gerichtskosten

Das Beschwerdeverfahren nach § 33 Abs. 3 RVG wird anders als das Verfahren über den Antrag auf § 33 Abs. 9 S. 1 und S. 2 RVG nicht gebührenfrei gestellt. Es fallen somit grundsätzlich

Gerichtsgebühren an. Dies gilt auch im Beschlussverfahren, da die Kostenfreiheit aus § 2 Abs. 2 GKG nicht das Gebühreninteresse des Rechtsanwaltes erfasst.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 02.06.2009, 1 Ta 125/09

#### 428. Streitwertfestsetzung, Beschwerde, Verschlechterungsverbot

Anders als im Verfahren nach § 68 Abs. 1 GKG zur Festsetzung der Gerichtsgebühren gilt im Beschwerdeverfahren von § 33 Abs. 3 RVG zur Festsetzung der anwaltlichen Gebühren das Verbot der reformatio in peius.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz  
vom 20.07.2009, 1 Ta 171/09

## Rezensionen

Tschöpe, Dr. Ulrich (Hrsg.)

### Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 6. Aufl. 2009, 3039 Seiten, Lexikonformat, geb., inkl. CD, 129,00 EUR  
ISBN 978-3-504-42038-3

Das von Rechtsanwalt *Dr. Ulrich Tschöpe* aus Gütersloh, herausgegebene Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht hat 22 Bearbeiter, überwiegend Fachanwälte für Arbeitsrecht und viele aus dem Kreis der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV, aber auch Richter und ehemalige Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit. Es ist weiterhin in sieben Kapitel aufgeteilt, die sich am Lauf des Arbeitsverhältnisses orientieren. Es beginnt demgemäß mit der Begründung von Arbeitsverhältnissen, also insbesondere mit der Gestaltung von Vertragsbedingungen, und setzt sich fort über Regelungen im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses, etwa von Urlaub bis zum Recht am Arbeitsergebnis und zur Betriebsnachfolge. Von besonderer Bedeutung ist natürlich der Teil Änderung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, das auch das Thema Arbeitszeugnis erfasst. Fortgesetzt wird mit den Teilen kollektives Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtsverfahren, Arbeitnehmerschutz sowie Arbeitsförderung und Rentenrecht.

Die beigefügte CD-ROM gestattet den Zugriff auf über 6.000 Gerichtsentscheidungen im Volltext. Zu zahlreichen praktischen Fragen gibt es Musterformulierungen, die sich allerdings nur durch das Lesen des jeweiligen Textes erschließen, nicht durch das Inhaltsverzeichnis. Selbstverständlich gibt die 6. Auflage den aktuellen Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wieder. Die durch das Pflegezeitgesetz neu geschaffenen Anspruchsgrundlagen werden ebenso be-

handelt wie die neuen Regelungen zu den Mindestarbeitsbedingungen und natürlich sind alle seit der Voraufgabe ergangenen Änderungen berücksichtigt, etwa bei der Regelaltersgrenze und den Unverfallbarkeitsfristen im BetrAVG. Die aktuelle Entwicklung der nationalen und europäischen Rechtsprechung im Bereich der AGB-Kontrolle, der Gleichbehandlung, im Tarif- und Arbeitskampfrecht etc. sind eingearbeitet.

Der Umfang der Bearbeitung und die Praxisorientierung seiner Bearbeiter erfüllen jeden Anspruch an ein Handbuch. Es ist daher uneingeschränkt empfehlenswert.

*Dr. Hans-Georg Meier*

*Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin*

Kittner, Michael/Zwanziger, Bertram (Hrsg.)

### Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis

Bund-Verlag, , 5. Aufl. 2009, 2736 Seiten, geb., 169,00 EUR  
ISBN 978-3-7663-3913-3

Noch ein umfassendes Handbuch des Arbeitsrechts, diesmal getragen u.a. von einigen Autoren, die sich der Arbeitnehmerseite besonders verpflichtet fühlen (ein Blick in § 1, was ist und was soll Arbeitsrecht, macht das deutlich), wogegen nichts einzuwenden ist, gibt es doch ausreichend Handbücher, die von Anhängern der anderen Couleur gestaltet wurden. Wesentlich ist, dass die persönliche Meinung, wo sie denn ausbreitet wird, als solche erkennbar ist und darunter die Wiedergabe anderer Meinungen und die Vollständigkeit der wiedergegebenen Rechtsprechung nicht leidet. So ist es in diesem Fall. Mancher Bearbeiter der anderen Seite wird gern auch in

dieses Werk sehen, damit er die Angreifbarkeit der eigenen Argumente erkennt. Inhaltlich fehlt selbstverständlich nichts, was das Arbeitsverhältnis bestimmt.

Die Autoren haben es sich zur Aufgabe gemacht, ihr Handbuch im Zweijahresrhythmus zu erneuern. Insofern gibt es Einiges aber nicht allzu Vieles, was wirklich neu ist. Anderes bedurfte nur der Aktualisierung. Insgesamt realisiert man dennoch mit Erstaunen, wie viel sich in diesem kurzen Zeitraum geändert hat. Das Vorwort listet es auf: das neue Pflegezeitgesetz, Sicherung von Arbeitszeitkonten, Änderungen des Befristungsrechts, im Arbeitnehmerentsendegesetz und im Betriebsrentengesetz. In der Rechtsprechung geht es vornehmlich um den Widerspruch/die Unterrichtung anlässlich eines Betriebsübergangs, die AGB-Kontrolle, Tarifbindungen und Freiwilligkeitsvorbehalte. Will man etwas Besonderes an dem Buch hervorheben, dann fällt einem die Bearbeitung besonderer Branchen in eigenen Kapiteln auf, Ärzte, Bühnen, Luftfahrt, Schifffahrt, Sportler und Trainer, um nur einige zu nennen.

Eingeschränkt ist das Werk insofern, als es sich wirklich auf das Arbeitsverhältnis konzentriert. Die Probleme von Organvertretern finden entsprechend der Zielsetzung keine Beachtung. Für den Arbeitnehmervertreter handelt es sich hierbei um eine sinnvolle Konzentrierung. Für ihn lässt die Kommentierung nichts zu wünschen übrig.

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

Gudera, L.; Schiele, G.; Palonka, A.; Palonka, B.; Bauckhage, A.  
**Das Mandat im Arbeitsrecht**  
Berliner Wissenschafts-Verlag, 577 Seiten, kartoniert,  
65,00 EUR  
ISBN 978-3-8305-1259-2

Wer es nicht ganz so umfangreich mag und auch nicht ganz so teuer, was sicherlich vor allem von Interesse für noch nicht etablierte Rechtsanwälte ist, der kann auf dieses Buch zurückgreifen, das bewusst auf diesen Leserkreis zugeschnitten ist, in die Materie praxisnah einführen soll und deshalb Arbeitsrecht mit anwaltlichem Grundwissen verbindet. Es beschreibt daher auch die Umstände der Mandatsannahme einschließlich der Zurückweisung eines Mandats und der Kontaktaufnahme mit dem Gegner ebenso wie die Frage der anwaltlichen Vergütung, von der Belehrungspflicht nach § 12a ArbGG über die Rechtsschutzversicherung, die Prozesskostenhilfe und die Sinnhaftigkeit eines Vorschusses. In Kapitel 1 geht es um das Arbeitsrecht und das Personalmanagement, es folgen die Grundbegriffe des Arbeitsrechts vom Arbeitnehmerbegriff bis zum Prozessrubrum.

Erklärt werden besondere Beschäftigungsverhältnisse von der Scheinselbständigkeit bis zu geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen und den Bedingungen für kirchliche Arbeitnehmer. Erläutert werden die Rechtsquellen des Arbeitsrechts, u.a. Tarifverträge und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Es folgen die allgemein üblichen Inhalte wie die Beschreibung der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses über

den Abschluss des Arbeitsverhältnisses und die Probleme während der Ausübung des Arbeitsverhältnisses von der Leistungsstörung bis zur Entgeltfortzahlung an Feiertagen. Selbstverständlich werden die besonderen Probleme im Zusammenhang mit schwerbehinderten Menschen beschrieben. Der Leser wird über die einzelnen Kündigungsarten unterrichtet wie auch über die Möglichkeiten der Erhebung einer verspäteten Klage bzw. des Nachschiebens von Gründen im Prozess. Das Betriebsverfassungsgesetz wird ebenso beschrieben wie das Arbeitsgerichtsverfahren und schließlich die Anwaltsgebühren und Gerichtskosten.

Mag der erfahrene Arbeitsrechtler bei dieser Auflistung milde lächeln. Der noch nicht so erfahrene Gegner wird mit Hilfe dieses Buches den Eindruck der Unterlegenheit vermeiden können. Ausgehend von der Zielgruppe erfüllt dieses Buch, auch wegen vieler Formulierungshilfen, seinen Zweck zu einem günstigen Preis.

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

Herausgegeben vom  
Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts 2009  
**BVerfGK – Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Band 11**  
C.F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, 515 Seiten  
geb., Einzelbezug 59,00 EUR, bei Fortsetzung 49,00 EUR  
ISBN 978-3-81114-4502-4

Dieser Band enthält Entscheidungen, die verkündet wurden von April bis Juli 2007 und dann dauert es eben bis August 2009, bis die Gründe in gebundener Form vorliegen.

Aus der Entscheidungssammlung kann der Arbeitsrechtler einige direkte arbeitsrechtliche Entscheidungen entnehmen und einige, die die anwaltliche Tätigkeit an sich betreffen und auch im arbeitsrechtlichen Verfahren helfen können.

In direkter Hinsicht geht es um die fehlerhafte Verwerfung einer Anhörungsrüge als unzulässig. Es ging um die Berechnung der Frist zur Erhebung der Anhörungsrüge nach § 78a Abs. 2 Satz 1 ArbGG, die entgegen der Annahme in der aufgehobenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln erst mit der tatsächlichen Kenntnisnahme und nicht aufgrund von fiktiven Fristberechnungen beginnt (Nr. 3). Das Bundesverfassungsgericht hat sich ferner mit Sonderregelungen im öffentlichen Dienst für die betriebliche Altersversorgung vorzeitig ausgeschiedener Arbeitnehmer befasst (Nr. 16). Zum Personalvertretungsrecht hat es die Frage der Beschränkung von Wahlvorschlägen untersucht (Nr. 53). Eine gelegentlich auch an Arbeitsrechtler gestellte Frage wurde entschieden bei den Anforderungen an effektiven Rechtsschutz im beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren (Nr. 45). Dem Rezensenten fiel insbesondere die Entscheidung Nr. 31 auf. Gegenstand war die Mitteilung in einer dienstlichen Beurteilung einer Frau: „die Beurteilungsgrundlage sei u.a. wegen der nur halbbezeitigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin nicht besonders breit gewesen“. Die Behauptung einer mittelbaren Diskriminierung hierdurch wies die 1. Kammer des 2. Senats mit dem Hin-

weis zurück, diese Passage hätte „einen eher feststellenden Charakter und brachte keine negative Wertung ... über die Beschwerdeführerin zum Ausdruck“.

Die reinen arbeitsrechtlichen Entscheidungen sind natürlich auch in den üblichen arbeitsrechtlichen Gazetten wahrzunehmen gewesen, die übrigen fielen sicherlich nicht so auf. Das gilt dann auch für die, die sich mit der allgemeinen Vertretungsproblematik befassen, wie der Rüge einer fehlenden Prozessvollmacht (Nr. 2), des ungebührlichen Verhaltens vor Gericht (Nr. 5), des Formerfordernisses von Schriftsätzen im Zusammenhang mit der Übermittlung per Telefax oder Computerfax (Nr. 7) oder die Entscheidung zu „faïres Verfahren“ – Ablehnung der Verlängerung einer Klageerwiderungsfrist und Erlass eines Urteils vor Ablauf dieser Frist (Nr. 51).

Bei genauer Lektüre wird sich allerdings aus nahezu jeder Entscheidung eine Erkenntnis ergeben, die vielleicht nicht gleich aber später eine große Hilfe sein wird.

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

Benecke, Martina/Hergenröder, Carmen Silvia  
**Berufsbildungsgesetz. Kommtar**  
 Verlag C.H. Beck 2009, 450 Seiten in Leinen, EUR 72,00  
 ISBN 978-3-406-508937-9

Frau *Professorin Dr. Martina Benecke* (Universität Augsburg) und Frau Rechtsanwältin *Dr. Carmen Silvia Hergenröder* kommentieren fünf Jahre nach der Neugestaltung des BBiG im April 2005. Von ihrer beruflichen Herkunft verbinden sie prak-

tische Erfahrung mit wissenschaftlichem Überblick in einem handlichen Format, denn die 450 Seiten haben Din-A-5-Größe. Entsprechend der Systematik eines Kommentars werden folgend der gesetzlichen Gestaltung u.a. erörtert die Anerkennung von Ausbildungsberufen, die Begründung des Ausbildungsverhältnisses und die beiderseitigen Pflichten aus dem Ausbildungsvertrag. Den Regeln über die Beendigung des Ausbildungsverhältnisses folgen die Bestimmungen über die Eignung von Ausbildungsstätte und Ausbildungspersonal, Darstellungen der beruflichen Fortbildung und Umschulung, auch für besondere Personengruppen, die zuständigen Stellen im Bereich der Kirchen und sonstigen Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts ebenso wie die Bußgeldvorschriften, um dem Leser nur einmal aufzuzeigen, was so im Berufsbildungsgesetz alles enthalten ist.

Im Anhang abgedruckt sind zudem die zum 1. August 2009 in Kraft getretene Ausbilder-Eignungsverordnung und die Musterprüfungsordnung.

Ausbildung heute ist weit entfernt vom ehemaligen Lehrlingsdasein. Die Berufe sind anspruchsvoller geworden, die Förderungsmöglichkeiten und Regelungen vielfältiger. Aus Überzeugung aber auch aus Personalbedarf lässt die Gesellschaft heute kaum noch einen zurück, der ausbildungswillig ist. Umso wichtiger ist die richtige Behandlung des einschlägigen Gesetzes. Hierzu leistet dieses Werk eine wesentliche Unterstützung.

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

**Impressum**

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

**Herausgeber, Chefredaktion- und Anschrift:**

Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier  
 Budapester Straße 40  
 10787 Berlin  
 Telefon (030) 25 45 91 55  
 Telefax (030) 25 45 91 66  
 E-Mail: m.bendel@advocati.de

**Redaktion:**

Rechtsanwalt Roland Gross  
 Kanzlei gross::rechtsanwälte  
 Petersstr. 15  
 04109 Leipzig  
 Telefon (0341) 984 62-0  
 Fax (0341) 984 62-24  
 E-Mail: leipzig@advo-gross.de;  
 www.advo-gross.de

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

und die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DeutschenAnwaltverein (Adresse s. unten)

**Geschäftsführender Ausschuss:**

Dr. Jobst-Hubertus Bauer (Vors.)  
 Geschäftsstelle:  
 c/o Dr. Johannes Schipp  
 Münsterstraße 21  
 33330 Gütersloh  
 Telefon (0 52 41) 90 33-0  
 Telefax (0 52 41) 1 48 59

**Deutscher Anwaltverein**

**Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht**

Geschäftsstelle  
 Dr. Katharina Freytag  
 Littenstraße 11  
 10179 Berlin  
 Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134  
 Telefax (030) 72 61 52-195

**Verlag:**

Deutscher AnwaltVerlag  
 Wachsbleiche 7  
 53111 Bonn  
 Telefon: (0228) 9 19 11-0  
 Telefax: (0228) 9 19 11-23  
 E-Mail: kontakt@anwaltverlag.de

**Anzeigen**

sales friendly Verlagsdienstleistungen  
 Bettina Roos  
 Siegburger Str. 123  
 53229 Bonn  
 Telefon: (0228) 9 78 98-0  
 Telefax: (0228) 9 78 98-20  
 E-Mail: roos@sales-friendly.de  
 Gültig ist die Preisliste Nr. 4 vom 1.1.2007

**Lektorat**

Anne Krauss

**Satz**

Cicero Computer GmbH, 53225 Bonn

**Druck**

Hans Soldan Druck GmbH, 45356 Essen

**Erscheinungsweise**

Die AE erscheint vierteljährlich

**Bezugspreise 2009**

Inland € 96,- (zzgl. Versand)  
 Einzelheft € 25,- (zzgl. Versand)

Alle Preise verstehen sich inkl. Mehrwertsteuer. Der Abonnementpreis wird im Voraus in Rechnung gestellt.

Das Abonnement verlängert sich zu den jeweils gültigen Bedingungen um ein Jahr, wenn es nicht 8 Wochen vor Ablauf des Bezugsjahres gekündigt wird.

Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft für Arbeitsrecht erhalten die AE im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

**Urheber- und Verlagsrecht**

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

**Manuskripte**

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

# Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

## Abfindungsanspruch § 628 Abs. 2 BGB

Bemessung – 367

## Abmahnung

entbehrlich – 393  
Minderleistung – 378  
Verwirkung – 374

## AGB-Kontrolle

Befristung von Vertragsbedingungen – 362  
Dienstwagenleasingvertrag – 363  
Tarifvertrag – 380

## AGG

Altersdiskriminierung – 359, 395  
Behinderung – 358  
Heilung eines Verfahrens – 358  
Sozialplan – 395

## Allgemeine Geschäftsbedingung

überraschende Klausel – 360  
unangemessene Benachteiligung – 361,362, 363

## Anfechtung

Aufhebungsvertrag – 369

## Arbeitgeberhaftung

Eigenkündigung des Arbeitnehmers – 367

## Arbeitnehmerstatus

Lehrkraft – 357

## Arbeitsverweigerung

Direktionsrecht – 375

## Arbeitszeitreduzierung

Antragsfrist – 366  
betriebliche Gründe – 366  
Teilzeitgesetz – 366

## Arzt

Krankenakten – 411

## Aufhebungsvertrag

Anfechtung – 369

## Auflösungsantrag

Abfindungshöhe – 367  
Arbeitgeber – 385

## Ausschlussfrist

Beginn – 404  
Dauer – 405  
Vereinbarung, tarifliche – 405

## Befristung des Arbeitsverhältnisses

Arzt in Weiterbildung – 381  
Hochschulrecht – 381  
Fortsetzung/Widerspruch – 384  
Klagefrist bei Widerspruch – 386  
Sachgrund – 382, 383  
Saisonbetrieb – 382

## Berufung

Bestimmung des Berufungsbeklagten – 409

## Beschäftigungsanspruch

einstweilige Verfügung – 408

## Beschlussverfahren

einstweilige Verfügung – 392  
Gerichtskosten – 427  
örtliche Zuständigkeit – 407

## Betriebliche Altersversorgung

Anpassung von Betriebsrenten – 370, 371  
Anrechnung anderweitiger Versorgungsansprüche – 372  
Berechnungsdurchgriff – 370  
dynamische Verweisung – 372

## Betriebsänderung

einstweilige Verfügung / Unterlassung – 394

## Betriebsrat

Auflösungsantrag – 382  
Anfechtung – 388  
Unterlassungsanspruch – 392, 394

## Betriebsratsausschuss

Bestellungszwang (?) – 388

## Betriebsratsmitglied

Besserstellungsverbot – 388

## Bewährungszeit

nach Abmahnung – 378  
nach betrieblichem Eingliederungsmanagement – 379

## Dienst-Pkw

Übernahmepflicht – 363

## Direktionsrecht

Arbeitszeit – 365  
billiges Ermessen – 375, 408  
Vergütungsbestandteile – 365  
vertragswidrige Beschäftigung – 375

## Eigenkündigung

Schadensersatz § 628 Abs. 2 BGB – 361  
Sozialplan – 397, 398

## Einigungsgebühr

nicht rechtshängige Ansprüche – 413

## Einigungsstelle

Bestimmung des Vorsitzes – 400  
offensichtliche Unzuständigkeit – 399

## Einstweilige Verfügung

Auflösung des Betriebsrates – 387  
Beschäftigungsanspruch – 408  
Beschlussverfahren – 392  
Krankenakten – 411

## Ersatzzustellung

Kenntnisnahme unerheblich – 410

## Gewerkschaft

Tariffähigkeit – 401

## Gleichbehandlung

Maßregelungsverbot – 396  
Sozialplan – 395

## Interessenausgleich

ausgleichspflichtige Nachteile – 399

## Krankenakten

einstweilige Verfügung – 411  
Herausgabe – 411

## Krankheitsbedingte Kündigung

betriebliches Eingliederungsmanagement – 379  
Bewährungszeit – 379

## Kündigung

*betriebsbedingte-, krankheitsbedingte-, verhaltensbedingte-, außerordentliche und personenbedingte – siehe dort*  
Teilkündigung – 380

**Kündigungserklärung**

Zugang – 368

**Mitbestimmung des Betriebsrates in personellen Angelegenheiten**

Aufhebungsvertrag – 392  
 Befristung – 391  
 betriebsstörender Arbeitnehmer – 393  
 einstweilige Verfügung – 392  
 Informationsumfang – 391  
 Unterlassungsanspruch – 293

**Mitbestimmung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten**

Betriebsprache – 390  
 Ordnung des Betriebes – 390

**Örtliche Zuständigkeit**

Beschlussverfahren – 407

**Personenbedingte Kündigung**

Minderleistung – 378

**Prozesskostenhilfe**

Einigungsgebühr – 413  
 Terminsgebühr – 413, 414  
 Vergleichsumfassung – 412, 414

**Rechtsmissbrauch**

Zugangsverhinderung – 368

**Rechtsweg**

Verbundausbildungsvertrag – 406

**Schwerbehindertenvertretung**

Schulung – 389

**Sonderzuwendung**

Rückzahlungsklausel – 361  
 tarifliche – *siehe dort*

**Sozialkasse Baugewerbe**

Geltungsbereich – 402

**Sozialplan**

Eigenkündigung – 387, 398  
 Gleichbehandlung – 395  
 Rentenanspruch – 395  
 Stichtag – 395  
 Turbo-Prämie – 396

**Streitwert**

Beschlussverfahren – *siehe dort*  
 Betriebsübergang – 420  
 Zeugnisberichtigung – 419

**Streitwert im Beschlussverfahren**

Durchführungsanspruch – 423  
 Einigungsstelle, Errichtung – 424  
 Feststellung von Mitbestimmungsrechten – 422  
 Freistellung – 425

mehrere Anträge – 421  
 personelle Einzelmaßnahme – 421

**Streitwert im Kündigungsschutzverfahren**

allgemeiner Feststellungsantrag – 415  
 Entfristungsklage neben Kündigungsschutz – 416  
 kurze Vertragsdauer – 415  
 Vergütungsanspruch neben – 417

**Streitwertfestsetzung**

Beschwerdebefugnis – 426  
 Gerichtskosten im Beschwerdeverfahren – 427  
 Rechtsmittelverzicht – 426  
 reformatio in peus – 428

**Tariffähigkeit**

Überprüfung – 401

**Tarifliche Sonderzahlung**

öffentlicher Dienst – 403

**Tarifvertrag**

Bezugnahmeklausel – 364  
 Sozialkasse Baugewerbe – 402

**Teilkündigung**

zulässige Vereinbarung – 380

**Terminsgebühr**

Vergleichsschluss außerhalb Gerichts – 413, 414

**Urteil**

Zustellung – 410

**Verdachtskündigung**

Anforderungen – 377

**Verfallfrist**

*s. Ausschlussfrist*

**Vergleichsgebühr**

Prozesskostenhilfe – 412, 414

**Vergleichswert**

Vergleichserfolg unerheblich – 418  
 Zeugnisberichtigung – 419

**Verhaltensbedingte Kündigung**

Abmahnung entbehrlich wegen Uneinsichtigkeit – 392  
 Bedrohung – 393  
 Beleidigung – 393  
 Schmiergeld – 376  
 Tätlichkeit – 393  
 Verdacht – 377

**Wiedereinsetzung**

Anwaltsverschulden – 409

**Zeugnis**

Berichtigungsanspruch – 373