

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser,

das Antidiskriminierungsgesetz hält uns weiterhin in Atem. Im Interesse einer alsbaldigen Verabschiedung des Gesetzes hatte das zuständige Ministerium nur 11 Tage nach der Sachverständigenanhörung bereits einen überarbeiteten Gesetzentwurf vorgelegt. Darin waren etliche Einwendungen aufgegriffen worden, auch solche aus der Stellungnahme des Arbeitsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins. Diese Rechnung hatte das Ministerium aber offensichtlich ohne den Wirt gemacht, d. h. die Fraktionen der SPD und der Grünen, denen die Änderungen wohl zu weit gingen, was in Anbetracht der Diskrepanz zwischen dem, was nach den EU-Richtlinien notwendig ist und dem, was auch der neuere Entwurf vorsieht, schon erstaunlich ist. Möglicherweise wird bis zum Erscheinen dieses Heftes wieder die vorherige Fassung des Gesetzes propagiert. Dass das Neue auch das Alte sein kann, überrascht uns ja nicht mehr wirklich.

Die Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht hat indessen ein anderes Ereignis, auf das sie sich ohne Einschränkung freuen kann, nämlich die 50. Tagung der Arbeitsgemeinschaft. Dieses Jubiläum wollen wir nicht nur mit wie immer hervorragenden Referaten begehen, sondern es auch von Herzen feiern. Wir haben uns deshalb das wunderschöne Titelblatt von Philipp Heinisch spendiert. Jeder von uns kann die Darstellung auf seine Weise deuten. Eine mögliche ist die, uns zu der großen Einmütigkeit zu beglückwünschen, in der diese Arbeitsgemeinschaft lebt, auch wenn ihre Mitglieder oft aus fachlicher und manchmal auch aus rechtspolitischer Sicht dezidiert unterschiedliche Meinungen vertreten. Bestimmend bleibt die hohe Professionalität der Veranstaltungen, die die Grundlage dafür bietet, sie als so etwas wie eine fachliche Einigungsstelle satirisch zu beschreiben.

Bis zu diesem Ereignis wünsche ich Ihnen viel Erfolg mit den Beiträgen und Entscheidungen aus diesem Heft und einen erholsamen Sommerurlaub.

Und wie immer gilt für die AE:
Möge sie nützen!

Berlin, im Juni 2005

Ihr
Dr. Hans-Georg Meier
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Inhalt:

Aufsätze

Roland Gross

Glosse? Ein gordischer Zuständigkeitsknoten oder wer muss die Statusklage zur Bildung des Aufsichtsrates bei einer gGmbH entscheiden?

Angela Leschnig

Blick über den Zaun, 2004 nach Budapest – Ein Reisebericht

Mitteilungen

Rahmenprogramm der Jubiläumsveranstaltung

Entscheidungen

Allgemeines Vertragsrecht

Kündigungsschutzrecht

Betriebsverfassungsrecht/Personalvertretungsrecht

Tarifrecht

Sonstiges

Streitwert und Gebühren

Rezensionen

Gaul (Hrsg.), Aktuelles Arbeitsrecht, Band 2/2004

Schwab/Weth, Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz

Tschöpe (Hrsg.), Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht

Glosse? Ein gordischer Zuständigkeitsknoten oder wer muss die Statusklage zur Bildung des Aufsichtsrates bei einer gGmbH entscheiden?

Rechtsanwalt Roland Groß, Leipzig

1. Zwischen dem antragstellenden Gesamtbetriebsrat einer gGmbH und der gGmbH steht die Bildung des Aufsichtsrates unter Wahl von Arbeitnehmervertretern in Streit.

Mit Verfügung vom 08.07.2004 gab das Landgericht Leipzig das Verfahren wegen der betreffenden Frage an das für zuständig erachtete Amtsgericht Leipzig nach § 145 Abs. 1 und 2 FGG formlos, auf Antrag der gGmbH, ab.

2. Daraufhin erklärte sich das Amtsgericht mit Beschluss vom 28.10.2004 für sachlich unzuständig und verwies den Rechtsstreit auf Antrag des Betriebsrats an das Landgericht Leipzig. In der Begründung führt es aus: „Die Klägerin hat gemäß § 9 Abs. 1 ihrer Satzung festgelegt, dass zusätzlich zu den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Bestimmungen der §§ 76 bis 77 a BetrVG 1952, die Bestimmung des AktG, auf welche § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG 1952 verweist – also § 90 Abs. 3, 4, 5 S. 1 und 2, §§ 95 bis 114, 116, 118 Abs. 2, 125 Abs. 3, §§ 171, 268 Abs. 2 AktG Anwendung finden sollen und somit auch die Vorschrift des § 98 Abs. 1 AktG, wonach das Landgericht zuständig ist. Es handelt sich um eine spezielle Zuständigkeitsvorschrift, die die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 FGG, 14 AktG verdrängt.“

3. Mit Verfügung vom 13.01.2005 wandte sich die 7. Zivilkammer des Landgerichts Leipzig an die Beteiligten, unter der Darlegung ihrer Rechtsauffassung, der ordentliche Gerichtsweg sei unzulässig und es sei beabsichtigt den Rechtsstreit nach § 17 a Abs. 2 GVG an das Arbeitsgericht Leipzig zu verweisen. In der Begründung heißt es: „Diese streitentscheidende Frage richtet sich danach, ob die Normen gem. § 129 Abs. 1 BetrVG (1972) i.V.m. den §§ 76, 77 Abs. 1 BetrVG (1952) vorliegend zur Anwendung kommen und somit ein Aufsichtsrat zu bilden wäre. Für derartige Streitigkeiten aus dem Betriebsverfassungsgesetz ist jedoch gemäß § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG das Arbeitsgericht ausschließlich zuständig. Nach der generalklauselartigen Formulierung des § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG gehören in das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren alle betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten und somit auch alle Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Betrieb überhaupt betriebsratfähig ist und welche im BetrVG oder in einem Tarifvertrag vorgesehenen Organe zu errichten sind (vgl. *Schwab/Walker*, ArbGG 2004 zu § 2 a Rn 18, 24).

Im vorliegenden Fall liegt keine Streitigkeit gemäß § 98 Abs. 1 AktG vor, für dessen Entscheidung ausschließlich das Landge-

richt Leipzig, Zivilkammer zuständig wäre. Dieses Verfahren, das so genannte Statusverfahren, ist dazu bestimmt, eine alsbaldige Entscheidung herbeizuführen, wenn Streit oder Ungewissheit über das für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates anzuwendende Recht besteht. Dies gilt jedoch nur für die Frage, ob die jeweilige Zusammensetzung des Aufsichtsrates den Regeln des § 96 Abs. 1 AktG entspricht (vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 26.08.1988, abgedruckt im WM 40/1988 Seite 1487 ff.) Im Statusverfahren kann das Gericht nur den Antrag abweisen oder aussprechen, dass der Aufsichtsrat nach anderen im Beschluss näher bezeichneten Vorschriften zusammenzusetzen ist (vgl. Beck'scher Kurzkommentar, Band 53 AktG, 2004 zu § 98 Rn 6).

Im vorliegenden Fall begehrt der Antragsteller jedoch die Bestellung eines Aufsichtsrates und nicht die Klärung, ob die Zusammensetzung des Aufsichtsrates dem Gesetz entspricht oder gesetzwidrig ist.

4. Am 18.02.2005 verfügte die 7. Kammer des Landgerichts Leipzig, dass die Sache zur Entscheidung über die funktionelle Zuständigkeit – Spezialzuständigkeit der 9. Zivilkammer für Streitigkeiten gemäß § 98 Abs. 1 S. 1 AktG – dem Präsidium vorgelegt werde. In der Begründung verweist die 7. Zivilkammer darauf, dass die 9. Zivilkammer zu Unrecht die Spezialzuständigkeit für das Statusverfahren nach § 98 Abs. 1 S. 1 AktG ablehne. Von dieser Spezialzuständigkeit der 9. Zivilkammer sei auszugehen, weil sich der antragstellende Betriebsrat ausdrücklich auf die Vorschrift des § 98 Abs. 1 S. 1 AktG stützt, wofür eine Spezialzuständigkeit der 9. Zivilkammer gegeben ist. „Ob diese Vorschrift letztlich zur Anwendung zu bringen ist oder nicht, ist von der Kammer zu prüfen und zu entscheiden, in dessen Spezialzuständigkeit des Statusverfahren gemäß § 98 Abs. 1 S. 1 AktG fällt, somit von der 9. Zivilkammer ungeachtet des von der 7. Zivilkammer bereits erfolgten Hinweises an die Verfahrensbeteiligten hinsichtlich einer möglicherweise in Betracht kommenden Verweisung des Verfahrens an das Arbeitsgericht Leipzig gemäß § 17 a Abs. 2 GVG mit Verfügung vom 13.01.2005.“

5. Das Präsidium des Landgerichts hat nunmehr die Zuständigkeit der 7. Zivilkammer bestimmt. Nach dem bisherigen Akteninhalt sei eine Zuständigkeit der 9. Zivilkammer nicht gegeben: Eine Zuständigkeit nach § 98 Abs. 1 AktG ist vorliegend nicht erkennbar, da es vorliegend nicht um die Frage der Besetzung des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft geht. Die allenfalls analoge Anwendung der Grundsätze des § 98

AktG, die aufgrund der notariellen Verträge in Betracht kommen könnten, sind nicht ausreichend, die Spezialzuständigkeit der 9. Zivilkammer zu begründen. Es ist terminiert. Die Antragsgegnerin hat während der nun fast ein Jahr andauernden Zuständigkeitsauseinandersetzung durch Satzungsän-

derung den Aufsichtsrat abgeschafft. Es ist terminiert. Die Antragsgegnerin hat während der ... Verfahrensdauer durch Satzungsänderung den Aufsichtsrat abgeschafft.

(114 C 7270/04 Amtsgericht Leipzig / 07 O 3873/04 Landgericht Leipzig)

„Blick über den Zaun“ 2004 nach Budapest Ein Reisebericht

Angela Leschnig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Würzburg

1. Reiseablauf und Kontakte

In der Zeit vom Mittwoch den 09.06.2004 bis Sonntag den 13.06.2004 fand in altbewährter Besetzung die 8. Reise mit dem Thema „Blick über den Zaun“ nach Budapest statt.

Die wichtigsten Programmpunkte waren der Besuch der deutschen Botschaft in Budapest am 10.06.2004, des arbeitsrechtlichen Instituts der Elte Universität, eine Besprechung im ungarischen Arbeitsministerium sowie am 11.06.2004 Vorträge über die Grundzüge des ungarischen Arbeitsrechts und die Geschichte der Rechtsentwicklung in Ungarn.

In der deutschen Botschaft wurden die Teilnehmer von der dortigen Botschafterin Frau Ursula Seiler-Albring, dem Referenten für Wirtschaft und Recht der deutschen Botschaft Herrn Eckhard Blaurock und Rechtsreferendarin Brigitta Stint empfangen.

Die Botschafterin verwies auf die Jahrhunderte alten deutsch-ungarischen Beziehungen und die derzeit engen Kontakte. Sie lobte die Rolle Ungarns bei der Aufnahme von Flüchtlingen aus der DDR im Jahr 1989. Die große Bedeutung des Außenhandels zeigt, dass Ungarn 25% seiner Waren aus Deutschland einführt, während 36 % nach Deutschland ausgeführt werden.

In der Budapester Universität wurden wir von der Kollegin Frau Dr. Rácz begrüßt. Frau Dr. Rácz ist gleichzeitig ehrenamtliche Geschäftsführerin des Budapester Forums für Europa. Dieses Forum wurde 2001 von der deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit ins Leben gerufen. Es hat sich zum Ziel gesetzt, ungarische Juristen in allen Rechtsgebieten mit starkem Bezug zum europäischen Gemeinschaftsrecht weiterzubilden. Neben der Ausrichtung von Diskussionsforen und der Konzeptionierung und Organisation von multilateralen Konferenzen soll eine Präsenzbibliothek zum europäischen und deutschen Recht aufgebaut werden. (Die Geschäftsstelle dieses Forums befindet sich in der Strasse Kossuth Lajos Tér 16–17 H / 1055 Budapest Tel: (+36–1) 354–1260, Email: buedforum@axelero.hu und Internet: www.buedforum.hu. Frau Rácz arbeitet mit deutschen Kanzleien zusammen, spricht fließend Deutsch ihre Adresse

lautet: Dr. Orsolya Rácz cz LL.M, Rechtsanwältin Winkler und Partner, 1118 Budapest, Sümegv r u. 20, Tel: (+36–1) 246–3818 oder (+36–1) 246–3849, Fax: (+36–1) 309–5242, Email: winkler@axelero.hu.)

Anschließend referierte eine juristische Mitarbeiterin des arbeitsrechtlichen Lehrstuhls der Universität über die Auswirkungen des EU-Beitritts auf das ungarische Arbeitsrecht. Insbesondere wurde die Umsetzung von EU-Richtlinien dargestellt.

2. Arbeitsmöglichkeiten in Ungarn

Zu einer Informationsveranstaltung im Arbeitsministerium, zu dem uns Frau Dr. Rácz freundlicherweise begleitete, empfingen uns die dortigen Mitarbeiter Frau Katharina Papa, Herr Boblaha Bohla, stellvertretender Abteilungsleiter im Büro für internationale Angelegenheiten, Herr Shadour Petber, der zuständig ist für Beschäftigungspolitik und Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen sowie ein Experte für Arbeitssicherheit.

Die Teilnehmer erfuhren, dass in Ungarn bezüglich der Arbeitsmöglichkeit von Bürgern anderer EU-Mitgliedsländer die so genannte 2+3+2 Regelung gilt. Zwei Jahre nach dem Beitritt bleiben die alten Regelungen in Kraft. Die Beitrittsländer wenden ihre eigenen Vorschriften an. Es besteht dann eine Verlängerungsmöglichkeit von drei Jahren und eine weitere von zwei Jahren.

Eine Firma, die einen Ausländer einstellen will, muss einen so genannten Arbeitskraftanspruch mit Hilfe eines Formulars beim Arbeitsamt anmelden. Das Arbeitsamt prüft ungefähr einen Monat, ob es einen ungarischen Arbeitnehmer gibt, der für diese Stelle qualifiziert ist. Wenn sich niemand meldet, darf das Genehmigungsverfahren eingeleitet werden. Es gelten zwei Ausnahmen: 1.) beim Geschäftsführer einer Firma mit ausländischer Beteiligung, 2.) wenn 2 % der Gesamtbelegschaft nicht überschritten wird. Es ist dann zwar beim Arbeitsamt diese Anfrage entbehrlich, jedoch muss das Genehmigungsverfahren gleichwohl durchgeführt werden.

Ungarn wendet die so genannte Gegenseitigkeit an. Bürger von Ländern, die bereits ohne große Formalitäten Ungarn in ihrem Land arbeiten lassen, erhalten in Ungarn unter erleichterten Voraussetzung eine Arbeitserlaubnis.

3. Rechtsharmonisierung

Die Rechtsharmonisierung stellt aus der Sicht des Ministeriums eine sehr große Aufgabe für die Staatsverwaltung dar. Aufgrund einer Novelle des ungarischen Arbeitsgesetzes im Jahre 2003 wurden eine Reihe von EU-Richtlinien übernommen, wie die zur Teilzeitarbeit, zu befristeten Arbeitsverhältnissen, zur Arbeitszeit, zu den Pflichten des Arbeitgebers und zur Tätigkeit von Seeleuten.

4. Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Ungarn

Einer der Höhepunkte des folgenden Tages war der Vortrag von Herrn Dr. Radnay, ehemals oberster Richter, über die Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Ungarn.

Danach war im Mittelalter die königliche Kurie das höchste ungarische Gericht, das auch nach der Justizreform 1723 erhalten blieb. Es gab zwei Abteilungen, nämlich die 1. Instanz, die königliche Tafel, und die 2. Instanz, die Tabula Septemporale. Nach der Märzrevolution 1848 wurde das Gericht aufgelöst. Das oberste Gericht war bis zur Niederlage in Solferino im österreichischen Kaiserreich in Wien angesiedelt. 1849 wurde die königliche Kurie wieder in der ursprünglichen Form gebildet und trug diesen Namen bis 24.03.1945. Erst danach nannte sie sich ungarische Kurie.

Es gab damals sechs Senate für privatrechtliche Streitigkeiten, drei Senate für strafrechtliche Streitigkeiten, einen erbrechtlichen, einen arbeitsrechtlichen, einen familienrechtlichen, einen handelsrechtlichen, einen sachenrechtlichen Senat und einen Senat für Schadensersatzrecht. Obwohl aufgrund eines Gesetzes im Jahre 1948 dem Justizminister das Recht eingeräumt wurde, Richter zu anderen Gerichten oder in den Ruhestand zu versetzen, wurde diese Vorschrift in Bezug auf die Kurie zunächst nicht angewendet. Am 20.08.1948 trat eine stalinistische Verfassung in Kraft und die Bezeichnung des Gerichts änderte sich in oberster Gerichtshof der ungarischen Volksrepublik. Heute heißt das Gericht oberster Gerichtshof der ungarischen Republik.

1951 wurden die den Oberlandesgerichten vergleichbaren Tafelgerichte abgeschafft. Heute gibt es Amtsgerichte, so genannte Komitatsgerichte, und den obersten Gerichtshof. 1997 wurden neue Justizgesetze verabschiedet, die die Errichtung von Tafelgerichten wieder vorsehen. Drei wurden schon installiert; zwei weitere werden im Jahr 2005 hinzukommen. Der oberste Gerichtshof der ungarischen Republik besteht nunmehr aus neun privatrechtlichen Senaten. Es gibt fünf wirt-

schaftsrechtliche, zwei arbeitsrechtliche, drei Straf- und vier Verwaltungssenate. In Ungarn gibt es insgesamt 2700 Richter bei 10,2 Mio. Einwohnern. Ein Richter kann bis zum 70. Lebensjahr tätig sein, er ist auf Lebenszeit ernannt.

Auf unterer Ebene gibt es separate Arbeitsgerichte, wobei immer wieder der Wunsch geäußert wird, die Arbeitsgerichte abzuschaffen. In der 2. Instanz gibt es nur Fachsenate; wobei die Arbeitsachen in der Regel gleich zum Revisionsgericht gehen. In der 1. Instanz besteht kein Anwaltszwang. Die 1. Instanz ist besetzt mit einem Berufsrichter und zwei ehrenamtlichen Richtern. In der 2. Instanz gibt es nur Berufsrichter. Die Berufungseinlegungs- und Berufsbegründungsfrist beträgt insgesamt 15 Tage. Das arbeitsgerichtliche Verfahren ist teils aus anderen Ländern, das Betriebsverfassungsrecht fast 1:1 aus Deutschland, aber mit einfacheren Lösungen übernommen worden.

Das Arbeitsrecht war in früheren Zeiten Richterrecht. 1951 wurde ein Arbeitskodex erarbeitet. Es gab keine Tarifverträge, eher staatliche Regelungen. Im Jahr 1953 gab es starke Einschränkungen, die jedoch 1964 auf Druck internationaler Arbeitsorganisationen teilweise wieder geändert wurden. 1967 wurden dann der zweite Arbeitskodex, immer noch als staatliche Lenkung, verabschiedet. Die schwerwiegendsten Beeinträchtigungen wurden jedoch beseitigt. Am 1.07.1992 trat dann das dritte Arbeitsgesetzbuch in Kraft. Es wurde der Betriebsrat eingeführt.

Dr. Radnay berichtete von den derzeitigen Schwierigkeiten, die daraus resultieren, dass die offizielle Zahl der Arbeitnehmer von früher 5 Mio. auf derzeit 2,7 Mio. zurückgegangen sei. Weitere 1 Mio. würden in der so genannten Schattenwirtschaften arbeiten. Die Gewerkschaften hatten sich nicht erneuern können.

5. Das ungarische Arbeitsrecht

Das nicht weniger interessante Referat von Frau Dr. Rác am selben Tag beschäftigte sich mit dem ungarischen Arbeitsrecht aus anwaltlicher Sicht und informierte über die ungarische Anwaltschaft.

Im Jahre 1992 trat das Arbeitsgesetzbuch in Kraft. Es ist in drei Teile unterteilt. Eine so genannte Einleitung regelt alle Grundsätze wie Verjährung, Anfechtung, Fristen. Der zweite Teil beschäftigt sich mit kollektivem Arbeitsrecht, Rechte der Gewerkschaft, der Betriebsräte und die Mitwirkungsmöglichkeiten. Der dritte Teil hat das individuelle Arbeitsrecht, Urlaub, Kündigungen usw. zum Gegenstand. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften sind in Ungarn in der ZPO geregelt. Es gibt ein Gesetz für Arbeitskontrolle; der europäische Betriebsrat ist in einem gesonderten Gesetz geregelt. Um ein Arbeitsverhältnis zu umgehen (wegen der Sozialversicherungsbei-

träge), versuchen Arbeitgeber immer wieder, Werkverträge abzuschließen. Die Aufsichtsbehörde kann den Vertrag überprüfen und diesen Werkvertrag zum Arbeitsvertrag deklarieren. Der Arbeitgeber muss dann Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen. Außerdem sind Geldbußen zu zahlen.

Ein ganz wichtiger Aspekt im ungarischen Arbeitsrecht ist die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers. Danach muss dieser den Arbeitnehmer auf alle Umstände aufmerksam machen, damit er seine eigenen Rechte wahrnehmen kann. Dies ist von großer Bedeutung, denn Maßnahmen des Arbeitgebers sind rechtswidrig, wenn er diese Vorschrift verletzt. Der Arbeitgeber muss alle Maßnahmen begründen, gegen die der Arbeitnehmer klagen kann.

Eine Kündigung hat schriftlich zu erfolgen und zwar mit schriftlicher Begründung. Weigert der Arbeitnehmer sich, die Kündigung in Empfang zu nehmen, kann ein Protokoll mit zwei Zeugen aufgenommen werden. Die Kündigung gilt dann als zugestellt. Gegen eine Kündigung kann der Arbeitnehmer binnen 30 Tagen klagen. Diese Kündigung muss ebenfalls mit dieser Rechtsmittelbelehrung versehen werden. Es ist nicht möglich, einem Arbeitnehmer während der Erkrankung ordentlich zu kündigen. Ist die Zeitdauer der Erkrankung länger als 15 Tagen kann die Kündigungsfrist erst nach dem Ablauf von 15 Tagen nach der Arbeitsaufnahme gerechnet anfangen zu laufen. Dauert die Erkrankung länger als 30 Tagen, ist diese Frist statt 15 Tagen 30 Tagen. Während dieser Zeitdauer kann aber die Kündigung schon übergeben werden, die fängt aber erst mit Ende der Frist an zu laufen. Eine fristlose Kündigung ist jederzeit möglich.

Wenn der Arbeitgeber versehentlich zu viel Lohn an den Arbeitnehmer ausgezahlt hat, dann kann er diesen zurückfordern. Dafür erforderlich ist die schriftliche Geltendmachung mit Begründung. Dieses Schreiben gilt dann als Zahlungsbefehl, wenn der Arbeitnehmer eine Rechtsmittelbelehrung erhalten hat. Dagegen kann binnen 30 Tagen geklagt werden, ansonsten kann aus dem Zahlungsbefehl vollstreckt werden. Der Nachweis einer Zustellung ist auch hier mit zwei Zeugen per Protokoll möglich. Die weitere Vorgehensweise erfolgt dann in der Form, dass beim Gericht nachgefragt wird, ob eine Klage eingereicht wurde. Wenn nicht, wird der Zahlungsbefehl ans Gericht geschickt. Auf diesem Zahlungsbefehl wird bestätigt, dass keine Klage eingereicht wurde. Dann kann aus diesem Schreiben vollstreckt werden.

Auf Verlangen muss der Arbeitgeber Weisungen schriftlich erteilen. Ohne Einhaltung der Schriftform ist dann eine ent-

sprechende Anweisung nichtig. Diese Problematik tritt oft bei der Anweisung, Überstunden zu leisten, auf.

6. Ausbildung und Arbeitssituation der Anwaltschaft

Was die Ausbildung der Anwälte betrifft, so setzt diese ein fünfjähriges universitäres Studium voraus. Der Abschluss ist verbunden mit dem Dokortitel. Danach arbeitet der Referendar in einer Kanzlei und absolviert nach drei Jahren das zweite Staatsexamen. Während des Referendariats wird der Referendar vom Anwalt bezahlt, der ihn anstellt. Der Mindestlohn in Ungarn beträgt 57.000,00 Forint, das sind umgerechnet ungefähr 228 €. Das zweite Staatsexamen erfolgt im Strafrecht und im Zivilrecht als große Gebiete. Das dritte Fach ist zusammengefasst in Europa – Arbeits- und Staatsrecht. Die Prüfungen in den einzelnen Fächern werden separat abgelegt.

Es gibt auch Referendare, die beim Gericht angestellt sind. Das sind dann die Referendare, die die Richterlaufbahn einschlagen wollen. Sie müssen dasselbe Examen absolvieren wie die Referendare, die bei einem Anwalt arbeiten. Die ungarischen Anwälte haben ein Beglaubigungsrecht, z. B. ist beim Immobilienkauf kein Notar nötig. In Ungarn sind überwiegend kleinere Kanzleien verbreitet. Kanzleien zwischen 5 und 6 Anwälten oder weniger überwiegen. Ca. 10 große internationale Kanzleien sind in Budapest mit je zwischen 40 und 50 Anwälten vertreten. Die Wirtschaft und die Anwaltschaft sind stark auf Budapest konzentriert. Eine Gebührenordnung gibt es nicht. Es erfolgt eine freie Vereinbarung der Parteien. Bei Prozessen bestimmt der Richter den Gegenstandswert nach billigem Ermessen und aufgrund einer Verordnung des Justizministers. Auch Beraterverträge sind nicht unüblich. Die unterlegene Partei hat die Gerichtskosten und alle Anwaltskosten zu bezahlen. Es gibt Prozesskosten- und Beratungshilfe, die allerdings sehr schlecht vergütet wird. Die Anwälte, die Prozesskostenhilfemandate übernehmen, melden sich im Ministerium und schließen dann mit dem Ministerium einen Vertrag und werden in einer Anwaltsliste aufgenommen. Der Rechtssuchende erhält eine Bescheinigung, dass er wirklich arm ist und kann sich aus dieser Anwaltsliste dann einen Anwalt aussuchen. In Budapest gibt es bei 2 Mio. Einwohnern ca. 4500 Anwälte. Rechtsschutzversicherungen haben versucht, in Ungarn Fuß zu fassen, bisher jedoch ohne großen Erfolg.

Aus dem Rahmenprogramm herauszuheben wäre noch die Besichtigung des dem britischen Vorbild nachempfundenen Parlamentsgebäudes mit sachkundiger Führung und der Besuch eines Zweigwerkes der Fa. OBO Bettermann.

Rahmenprogramm der Jubiläumsveranstaltung

Liebe Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Jubiläumstagung, der geschäftsführende Ausschuss hat schon vor drei Jahren beschlossen, die 50. Tagung mit ihrem Jubiläumscharakter festlich zu begehen. Trotz der unmittelbar danach einsetzenden Bemühungen scheiterte der Versuch, die Veranstaltung wieder im Hotel Intercontinental durchzuführen. Die für uns interessanten Zeiten waren bereits belegt. Für die nächste Jubiläumsveranstaltung verspreche ich im Namen Berlins mehr Hotelauswahl, denn etliche Objekte sind im Bau. Aber auch das nunmehr gewählte Hotel hat einen guten gehobenen Standard und gegen seine Lage kann man wohl nichts einwenden, denn das östliche Zentrum mit „den Linden“ und dem Brandenburger Tor, dem Deutschen Theater und dem Kabarett „Die Distel“, aber auch den politischen Zentren ist fußläufig erreichbar.

Nachdem wir den Freitagnachmittag mit sicherlich hohem fachlichen Kenntniszuwachs erlebt haben, soll der Abend relativ rasch mit dem üblichen Sektempfang beginnen, um dann in eine lange rauschende Ballnacht überzugehen, bei der die weiblichen Teilnehmer der Lust an schönen Kleidern fröhnen können, während es die Aufgabe der männlichen Teilnehmer ist, diesen Glanz durch festliche, aber leider wie immer schwarze oder nachtblaue Verkleidung, vorzugsweise in Smokingform, zu unterstreichen.

Wichtiger als jede äußere Gestaltung ist indessen die Bereitschaft (unter Stehvermögen), dem engagierten Tanzorchester

die Ehre zu erweisen und kräftig das Tanzbein zu schwingen. Daneben wird es eine kabarettistische Gesangseinlage geben und andere Überraschungen.

Nach dem fachlichen Teil am Samstag können diejenigen, die sich rechtzeitig angemeldet haben und einen Platz ergatterten, alsbald auf ein in der Nähe des Hotels anlegendes Schiff eilen. Dieses wird uns entlang der Sehenswürdigkeiten von Berlin, sowohl städtischer wie landschaftlicher Art, nach Potsdam bringen. Unterwegs ist für einen kleinen Imbiss und Getränke gesorgt. In Potsdam gibt es einen kurzen Bustransfer zum Krongut Bornstedt. In dem ehemaligen königlichen Mustergut gibt es Handwerkliches zu besichtigen und Landwirtschaftliches in preußischer Manier. Damit wir nicht an Auszehrung durch die anstrengenden Besichtigungen leiden, gibt es anschließend ein märkisch/preußisches Büfett. Dabei wird uns auch mancher „Büffel“ in flüssiger Form begegnen, weshalb es gut ist, dass wir uns für den gegen 22:30 Uhr geplanten Rückweg einem Chauffeur anvertrauen können.

Hat uns der Bus sicher zum Hotel zurückgebracht, dann ist bekanntlich in Berlin die Nacht gerade angebrochen. Für deren weiteren Verlauf ist allerdings jeder selbst verantwortlich.

Ihre Brigitte und Hans-Georg Meier

Nähere Informationen zu der 50. Tagung der Arbeitsgemeinschaft entnehmen sie bitte der Beilage in diesem Heft.

Inhaltsverzeichnis der Entscheidungen

Wie immer bedanken wir uns bei allen denjenigen, die Entscheidungen für die AE eingesandt haben. Eine Liste der Einsender wird ab dem nächsten Heft wieder in der gewohnten Form abgedruckt.

	Seite		Seite
Allgemeines Vertragsrecht			
139. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages	98	159. Auslegung Kündigungserklärung, Feststellungsinteresse	104
140. Annahmeverzug/Tantieme	98	160. Betriebsbedingte Vorratskündigung, Darlegungslast des Arbeitgebers, Zeitpunkt der Prognose	104
141. unzulässige Rechtsausübung, Elternzeit und reduzierte Arbeitszeit während Stellenabbau	98	161. Betriebsbedingte Kündigung, Ultima-ratio-Prinzip, freier Arbeitsplatz	105
142. Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit, betriebliche Gründe, wirtschaftliche Belastungen	99	162. Betriebsbedingte Kündigung, Weiterbeschäftigung, Dissens, faktisches Arbeitsverhältnis	105
143. Auslegung gerichtlicher Vergleich, konstitutive Vergütungsvereinbarung im öffentlichen Dienst	99	163. Betriebsbedingte überholende fristlose Verdachtskündigung wegen Eingangs von E-Mails mit überwiegend pornographischem Inhalt nach Freistellung	106
144. Ausschlussfrist, Einzelvertrag	100	164. Betriebsbedingte ordentliche Kündigung, Kündigungsfrist, Dreiwochen-Klagefrist, Auslegung	106
145. Befristung des Arbeitsvertrages, Rundfunk	100	165. Benennungsherstellung bei außerordentlicher Kündigung	107
146. Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers, Abgrenzung zum bloßen Einverständnis	100	166. Allgemeine Feststellungsklage, Streitgegenstand, doppelte Rechtshängigkeit	107
147. Befristung, Diskriminierung, Probezeit	100	167. Anforderungen an Information des Betriebsrats bei Kündigung wegen „Auflösung einer Hierarchieebene“, Klageänderung bei Umstellung des Weiterbeschäftigungsanspruchs vom allgemeinen auf § 102 Abs. 5 BetrVG	108
148. Betriebsteilung	100	168. Sozialauswahl, Leistungsträger	108
149. Schadenersatz und Schmerzensgeld wegen „Mobbing“, Verschulden des „Täters“ auch in Bezug auf die Erkrankung	100	169. Sozialauswahl, Auswahlrichtlinie, Punkteschema, grobe Fehlerhaftigkeit, Altersdiskriminierung	109
150. Schriftform, Zweckbefristung, Auslegungsgrundsätze	100	169a. Besonderer Kündigungsschutz eines Mitglieds einer kommunalen Ausländer- und Ausländerinnenvertretung	109
151. Schriftformerfordernis Kündigung nach BMT-G; Auslagerung von Tätigkeiten während Altersteilzeit	101	170. Berücksichtigung von sog. Doppelverdienst im Rahmen der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 S. 1 1. HS KSchG i. d. bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung	109
152. Absenkung von Sonderzahlung für Versorgungsempfänger	101	171. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen Unpünktlichkeit; vertretungsweises Nachrücken eines Ersatzmitgliedes in den Betriebsrat	110
153. Verfall von Urlaub	101	172. Verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung, Beleidigung von Vorgesetzten	110
154. Bereitschaftsdienst, Vergütung	102		
155. Vertragsstrafe, keine wirkungserhaltende Reduzierung	102		
156. Zeugnis, Berichtigung im einstweiligen Verfügungsverfahren	103		
Kündigungsschutzrecht			
157. Arbeitsunfähigkeit wegen Mobbing und Kommunikationsstörung, Krankheitsursache	103		
158. Auflösungsantrag, Abrechnungsbetrug, Spesenbetrug	104		

	Seite		Seite
173. Verhaltensbedingte fristlose Kündigung, Verstoß gegen Arbeitsordnung, Verwarnung	111	194. Anspruch eines PR-Vorsitzenden auf Unterlassung und Widerruf ehrverletzender Äußerungen anderer PR-Mitglieder	119
174. Verhaltensbedingte fristlose Kündigung, Abgrenzung Vorbereitungs- zu Wettbewerbshandlungen	111	195. Zumutbarkeit Arbeitsplatz nach Sozialplan	120
175. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen privater Arbeitsleistungen während der Arbeitsunfähigkeit	111	196. Weiterbeschäftigungsanspruch, BR-Beschluss, Darlegungslast	120
176. Verhaltensbedingte Kündigung wegen Management Buy-Out und Umstrukturierung – Auflösungsantrag – Leitender Angestellter	112	Tarifvertragsrecht	
177. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung einer Pflegekraft	112	197. Gewährung von Altersteilzeit im Blockmodell, finanzielle Belastung	120
178. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen Diebstahls eines Stempels	112	198. Begriff der baugewerblichen Tätigkeit	122
179. Vorrang der Änderungskündigung	112	199. Eingruppierung, Vertragsänderung	122
180. Weiterbeschäftigung, Änderungskündigung	112	200. Gleichstellungsabrede, Auslegung, Tariflohnerhöhung	122
181. Zugangsvereitelung, nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage	113	201. Heimzulage	123
Betriebsverfassungs-/Personalvertretungsrecht		202. Versetzung eines Beamten zur Personal-Service-Agentur (PSA), jetzt Vivento	123
182. Betriebsrat, Betriebsübergang, Fluggastkontrolle	113	Sonstiges	
183. Neuwahl Personalausschusses des Betriebsrates, Anfechtung	113	203. Arbeitnehmer als Verbraucher, Zinsanspruch 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz	124
184. Betriebsratsmitglied, Versetzung, Wegfall der Wechselschichtzulage	114	204. Arbeitnehmer als Verbraucher, Zinsanspruch 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz	124
185. Betriebsratsschulung, Erforderlichkeit	114	205. Auflösungsantrag, Klageänderung	124
186. Wahlvorstand, unverzügliche Einleitung der Betriebsratwahl	115	206. Einstweilige Verfügung auf Beschäftigung	124
187. Informationspflicht trotz Interessenausgleich	116	207. Betriebliche Altersversorgung, Anrechnung einer kapitalisierten Rente, Auslegung der Versorgungszusage	125
188. einheitliche Verwaltung, gemeinsamer Betrieb	116	208. punktueller Befristungsantrag, Zulässigkeit allgemeiner Feststellungsantrag	125
189. Interessenausgleich, Nachteilsausgleich, Betriebsänderung	116	209. Kostenerstattung, Unterbevollmächtigter, Berufungsrücknahme, hypothetische Reisekosten	125
190. Interessenausgleich, Nachteilsausgleich, Abspaltung eines kleinen Betriebsteils	117	210. Nachträgliche Klagezulassung bei falsch verstandenem Kündigungsdatum; Wirksamkeit der Zustellung eines nicht verkündeten Beschlusses bei Unterbrechung des Verfahrens zwischen Beschlussfassung und Zustellung	125
191. Mitbestimmung des Betriebsrates, Versetzung, leitende Angestellte	118	211. Nachträgliche Klagezulassung, Stoffbeschränkung	126
192. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, kirchliche Mitarbeitervertretung, Umschüler, Wahlrecht zur Mitarbeitervertretung, Verfügungsgrund bei Ausbildungslücke	118	212. Ordnungsgeld, Unterlassungsanspruch, Einstweilige Verfügung	126
193. Mitbestimmung, Verteilung, Beförderungsstellen, Postbeamte, Entgeltstruktur	119	213. Ordnungsgeld, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung	126

Allgemeines Vertragsrecht

	Seite		Seite
214. örtliche Zuständigkeit, Erfüllungsort für nachträglich Ansprüche	127	226. Aussetzung Weiterbeschäftigung	132
215. Prozesskostenhilfe, Anforderungen und Wirkungen der Fristsetzung nach § 118 II ZPO	128	227. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	133
216. Prozesskostenhilfe, Gewerkschaftsmitglied, Unzumutbarkeit	128	228. Zwangsvollstreckung, Kosten, Zeugnis	133
217. Prozesskostenhilfe, Fristsetzung, Ablehnung der PKH, fehlende Mitwirkung	129	Streitwert und Gebühren	
218. Prozesskostenhilfe, eigenes Einkommen einer unterhaltsberechtigten Person	129	229. Streitwert, fristlose Kündigung, kurzes Arbeitsverhältnis	133
219. Rechtsweg, Zusammenhangsklage	129	230. Vergleichsmehrwert, Streitwert Änderungskündigung	133
220. Rechtsweg, Ärztin	130	231. Vergleichsmehrwert bei parallelen Kündigungsschutz- und Schmerzensgeldklagen	134
221. Bestimmtheit des Titels, Statthaftigkeit von Einwendungen bei der Vollstreckungsgegenklage, Rechtsschutzbedürfnis, Zwangsvollstreckung	130	232. Streitwert, Weiterbeschäftigungsantrag, Zwischenzeugnis	134
222. Tatbestandsberichtigung eines Berufungsurteils ohne Tatbestand	130	233. Streitwert, Widerklage	134
223. Urteilsberichtigung, Zinsbeginn	131	234. Streitwert einer Zahlungsklage bei Insolvenz; Wert Zeugnis	134
224. Vergleich, Anfechtung	131	235. Streitwert bei Antrag auf wiederkehrende Leistungen neben Kündigungsschutzklage	134
225. Rücktritt vom gerichtlichen Vergleich, Beiordnung von Prozessvertretern	131		

Allgemeines Vertragsrecht

139. Anfechtung eines Aufhebungsvertrages

1. Der Arbeitgeber (hier: Krankenhaus) darf eine außerordentliche Kündigung dann ankündigen bzw. androhen (Fehlen der Widerrechtlichkeit der Drohung), wenn die Arbeitnehmerin (hier: Krankenschwester) gegenüber einem frisch operierten und über Schmerzen klagenden Patienten mit italienischer Staatsangehörigkeit äußert, „die Italiener und die Türken seien sehr empfindlich ...“ eben diesen Patienten als „Alkoholiker und Simulanten“ bezeichnet ... schließlich äußert, dass man derartige Menschen erschießen müsse und auf das Eingreifen des Bettnachbarn, sie möge doch den Arzt rufen (22:00 Uhr) laut erklärt: das „A-loch komme sowieso nicht“.

2. Die Arbeitgeberin erfüllt ihre in diesem Zusammenhang zu beachtenden Sorgfaltspflichten, wenn sie vor dem Gespräch mit der Arbeitnehmerin, das schließlich in den Aufhebungsvertrag mündet, den behaupteten Sachverhalt durch Rücksprache bei dem Patienten und dem Bettnachbarn recherchiert.

3. Es ist nicht erforderlich, dass die Arbeitgeberin von sich aus weitere Schwestern (hier zweite Nachtschwester) befragt, von denen sie im Zeitpunkt des Aufhebungsgesprächs gar

nicht weiß, ob diese bei dem Gespräch mit dem Patienten überhaupt anwesend waren.

■ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein vom 22. Dezember 2004, 3 Sa 462/04 eingereicht von Rechtsanwältin Dr. Michael Purruker, Bahnhofstraße 7 c, 21465 Reinbek, Tel.: 040/727363-0, Fax: -63; E-Mail: info@anwaltsnotariat-reinbek.de, www.anwaltsnotariat-reinbek.de

140. Annahmeverzug/Tantieme

Ein Tantiemenanspruch unterfällt den Voraussetzungen des § 615 BGB (Annahmeverzug).

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 6. August 2004, 4 Sa 272/04

141. unzulässige Rechtsausübung, Elternzeit und reduzierte Arbeitszeit während Stellenabbau

Es ist nicht rechtsmissbräuchlich, als Vater eines 3 1/2 Monate jungen Kindes einen Antrag auf Elternzeit zu stellen, auch wenn die Kindesmutter nicht arbeitet, die konkrete betriebliche Situation jedoch schon die Gefährdung des Arbeitsplatzes andeutet.

Dem Verlangen des Klägers liegt ein eigenes schutzwürdiges

Eigeninteresse zugrunde. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger sein Recht nur als Vorwand für die Erreichung eines vertragsfremden oder unlauteren Zweckes ausübt und sich hierdurch ungerechtfertigte Vorteile verschafft.

Zwar ist zwischen der Mitteilung an den Kläger, sein Arbeitsplatz entfalle künftig, und dem Antrag des Klägers auf Durchführung von Elternzeit ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang anzunehmen. Es sind aber keine Gesichtspunkte ersichtlich, dass der Kläger mit diesem Antrag unzulässige Zwecke verfolgt, da er ausdrücklich erklärt, dass er sich nach Bewilligung der Elternzeit wegen der größeren Freizeit vermehrt der Erziehung und Betreuung seines Kindes widmen wolle. Anhaltspunkte dafür, dass dieses nicht der Fall ist, sind nicht vorhanden. Der Gesetzgeber hat auch insoweit eine Arbeitszeit von bis zu 30 Stunden während der Elternzeit noch zugelassen, wohl auch zur Aufrechterhaltung eines angemessenen Familieneinkommens, sodass aus der Höhe der Reduzierung nicht auf ein anderes Interesse des Klägers geschlossen werden kann.

Wenn auch gewisse Umstände aus Sicht der Beklagten dafür sprechen, dass der Antrag des Klägers nicht zuletzt wegen des besonderen Kündigungsschutzes erfolgt, so ist ein berechtigter Schluss hieraus nicht zulässig, dass der Kläger in Wirklichkeit nur dieses Ziel verfolgt. Ändert sich die betriebliche Situation und besteht die Gefahr eines Arbeitsplatzverlustes, so ist dies regelmäßig Anlass, seine Lebensplanung zu überdenken und gegebenenfalls Entscheidungen zu treffen, wie diese künftig aussehen soll. Wenn der Kläger in einer solchen Situation sich dafür entscheidet, sich mehr der Erziehung seines Kindes widmen zu wollen, andererseits meint, auch der Beklagten wegen der Reduzierung der Arbeitszeit entgegen zu kommen, so stellt sich dies als in jeder Hinsicht zulässige Rechtsausübung dar, die dem Kläger nicht vorgeworfen werden kann.

Auch die Tatsache, dass der Kläger erst am 04.11.2003 und damit ca. 3 1/2 Monate nach der Geburt den Erziehungsurlaub beantragt, steht der Annahme nicht entgegen, der Kläger wolle als Vater sich mehr der Betreuung und Erziehung seines Kindes widmen. Angesichts der Entwicklung eines Babys in den ersten Monaten und einer insoweit besonders starken Beziehung des Babys zu der Mutter nimmt das Kind nach wenigen Monaten seine Umwelt immer mehr wahr, sodass der Einfluss des Vaters auch insoweit eine zunehmend größere Bedeutung erlangt.

Auch die Tatsache, dass die Ehefrau des Klägers nicht arbeitet, führt zu keiner Beurteilung. Sinn und Zweck der Elternzeit ist gerade, dass möglichst erreicht werden soll, dass sich beide Eltern um das Kind kümmern können. Wenn der Kläger die Gelegenheit wahrnimmt, sich entsprechend der sozialpolitisch gewollten Situation zu stellen, so kann ihm dieses unter keinen Umständen vorgeworfen werden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger keinen ab-

soluten Kündigungsschutz erwirbt, vielmehr die Beklagte über einen Antrag nach § 18 Abs. 1 Satz 2 Bundeserziehungsgeldgesetz Möglichkeiten hat, eine Zustimmung zur Kündigung seitens der Behörde zu erhalten.

Die Tatsache, dass der Kläger nicht im Wege der einstweiligen Verfügung vorgegangen ist, spielt ebenfalls keine entscheidende Rolle, denn ein Verfügungsgrund ist unter keinen Umständen angesichts der persönlichen Lage des Klägers ersichtlich. Ein solcher Antrag wäre von vorn herein zum Scheitern verurteilt gewesen. Dem Kläger war es nur im Hauptsachverfahren möglich, seinen Anspruch durchzusetzen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 2. Juli 2004, 16 Sa 440/04

142. Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit, betriebliche Gründe, wirtschaftliche Belastungen

Dem Begehren einer Arbeitnehmerin auf Verringerung ihrer Arbeitszeit und deren Neuverteilung stehen betriebliche Gründe im Sinne des § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG entgegen, wenn die Beschäftigung einer Vollzeitkraft unabdingbar ist, weil die Verteilung der anfallenden Arbeiten auf zwei oder mehrere Teilzeitkräfte zu erheblichen Zeitverlusten – hier mehr als 1/5 der wöchentlichen Arbeitszeit –, als auch zu einem erhöhten Risiko von Informationsverlusten bzw. Fehlinformationen von einigem Gewicht führt. Diese wirtschaftlichen Belastungen sind einem Arbeitgeber nicht zuzumuten.

■ Arbeitsgericht Darmstadt

vom 12. Oktober 2004, 4 Ca 253/04,

eingereicht von Rechtsanwältin Susanne Schwandt, Frankfurter Straße 19, 64807 Dieburg, Tel.: 06071/9876–5, Fax: -65; E-Mail: RA-NO@ra-dieburg.de, www.ra-dieburg.de

143. Auslegung gerichtlicher Vergleich, konstitutive Vergütungsvereinbarung im öffentlichen Dienst

Wird in einem gerichtlichen Vergleich zwischen den Parteien eine Vergütungsvereinbarung dahingehend getroffen, dass der Kläger eine Vergütung unter Bezugnahme auf eine Vergütungsgruppe nach dem BAT-O „erhält“, so kann daraus der Wille der nicht tarifgebundenen Parteien entnommen werden, die Vergütungsgruppen nicht lediglich deklaratorisch „anzugeben“, sondern eine konstitutive Lösungsvereinbarung zu treffen.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 15. November 2004, 4 AZR 9/04,

bestätigend LAG Düsseldorf, AE Nr. 400 Heft 04/2004

eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek, Düsseldorfer Straße 21, 40878 Ratingen, Tel.: 02102/71140–12, Fax: -47; E-Mail: perlitz@matyssek-kirchmann.de

Allgemeines Vertragsrecht

144. Ausschlussfrist, Einzelvertrag

1. Eine einzelvertragliche Ausschlussklausel, die die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen in 4 Wochen nach Ablehnung vorschreibt, ist unwirksam.

2. Eine geltungserhaltende Reduktion von Ausschlussklauseln kann nicht stattfinden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 27. August 2004, 4 Sa 178/04, Rev. zugew. (vgl. Nr. 159)

145. Befristung des Arbeitsvertrages, Rundfunk

Die Befristung des Arbeitsvertrages eines Rundfunkredakteurs, der für eine Auslandsredaktion Beiträge erstellt, kann mit dem Erfordernis eines aktuellen Bezugs des Redakteurs zu den Verhältnissen im Zielgebiet gerechtfertigt werden.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 4. November 2004, 5 Sa 962/04

146. Befristung auf Wunsch des Arbeitnehmers, Abgrenzung zum bloßen Einverständnis

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 TzBfG wirksam, wenn sie auf Wunsch des Arbeitnehmers zustande kommt (BAG 5.6.2000 – NZA 2003, 149; 26.8.1998 – NZA 1999, 476). Dabei ist zu trennen zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers an einer Beschäftigung und dem Interesse des Arbeitnehmers an der Befristung. Von einem Wunsch des Arbeitnehmers oder einem sachgrundgebenden Interesse des Arbeitnehmers an der Befristung kann nur ausgegangen werden, wenn dem Arbeitnehmer ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angeboten worden ist oder wäre und wenn der Arbeitnehmer dieses Angebot ausgeschlagen hat oder hätte. Das bloße Einverständnis in Form der Zustimmung zum befristeten Vertrag genügt nicht. Es kommt damit darauf an, ob der Arbeitnehmer den befristeten Vertrag auch gewählt hätte, wenn ihm der Arbeitgeber einen unbefristeten Vertrag angeboten hätte. Diese Frage ist anhand der bei Vertragsschluss abgegebenen Erklärungen sowie weiterer die Erklärung verdeutlichender sonstiger Tatumstände zu ermitteln (*Dörner*, Der befristete Arbeitsvertrag, Rn 243 m. w. N.).

Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des von ihm behaupteten sachlichen Grundes für die Befristung trägt der Arbeitgeber (*HaKo-Mestwerdt*, TzBfG § 14 Rn 50; *Kittner/Zwanziger-Lakies*, Arbeitsrecht, § 134 Rn 365 ff, 368).

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 3. Februar 2005, 1 Ca 5842/04, Berufung eingelegt eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24;

E-mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

147. Befristung, Diskriminierung, Probezeit

Die Vereinbarung einer sechsmonatigen Probezeit im Rahmen eines einjährig befristeten Arbeitsverhältnisses ist rechtswirksam. Der Ausschluss der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Probezeit ändert daran nichts.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 21. Juli 2004, 3 Sa 411/04

148. Betriebsteilung

Verpflichtet sich der Inhaber eines Betriebes zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen gegenüber dem Betriebserwerber, so geht der dafür benötigte Betriebsteil nicht auf den Erwerber über, sondern es kommt entweder nur zu einer unternehmerischen Zusammenarbeit oder zur Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 1. Oktober 2004, 6 Sa 1191/04

149. Schadenersatz und Schmerzensgeld wegen „Mobbing“, Verschulden des „Täters“ auch in Bezug auf die Erkrankung

Behauptet eine Arbeitnehmerin, sie sei durch fortgesetzte Herabsetzungen und Schikanen ihres Arbeitgebers seelisch krank geworden, muss sie im Prozess um Schadenersatz und Schmerzensgeld die beanstandeten Verhaltensweisen so konkret darlegen und beweisen, dass in jedem Einzelfall beurteilt werden kann, ob diese Verhaltensweisen rechtswidrige und schuldhaft überschreitungen des Direktionsrechts gewesen sind und ob der Handelnde damit zu rechnen hatte, dass sein Verhalten eine Erkrankung bei der Arbeitnehmerin verursachen könnte.

Es genügt nicht, die beanstandeten Verhaltensweisen unter eine der inzwischen gebräuchlichen Definitionen von „Mobbing“ zu subsumieren; „Mobbing“ ist für sich genommen kein juristisch verwertbarer Begriff.

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 15. Juli 2004, 16 Sa 2280/03

150. Schriftform, Zweckbefristung, Auslegungsgrundsätze

Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag wird unter Berücksichtigung von § 17 Abs. 4 TzBfG nur wirksam, wenn der konkrete Zweck schriftlich vereinbart ist.

Nach der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung des Arbeitsvertrages der Schriftform. Im Falle einer Zeitbefristung folgt hieraus, dass der Zeitraum der Befristung schriftlich vereinbart werden muss; hingegen bedarf es – wenn die Zeitbefristung auf einem Sachgrund beruht – nicht der Aufnahme dieses Grundes in den schriftlichen Arbeitsvertrag. Insofern besteht kein Zitiergebot (vgl. BAG, Urt. v. 24.04.1996 = AP Nr. 180 zu § 260 BGB befristeter Arbeitsvertrag). Vorliegend enthält der befristete Arbeits-

vertrag vom 02.07.2003/09.07.2003 aber keine Zeit-, sondern ausschließlich eine Zweckbefristung. Dies folgt aus der vereinbarten Formulierung: „Es besteht Einvernehmen, dass ... das befristete Arbeitsverhältnis bis zur Erreichung des Zweckes verlängert wird“. Soweit sich hieran der Satz anschließt: „Dies wird aus heutiger Sicht spätestens zum 30.06.2004 der Fall sein“, ergibt sich hieraus keine, auch keine zusätzliche, Zeitbefristung, zumal hier lediglich von der Beklagten mitgeteilt wird, bis wann der Zweck spätestens aus ihrer Sicht erreicht sein wird. Mithin handelt es sich nicht um eine eigenständige Zeitbefristung, sondern lediglich um eine Prognose als Annex zu der Zweckvereinbarung.

Die getroffene Zweckvereinbarung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. § 17 Abs. 4 TzBfG enthält insoweit zwar keine eindeutige Regelung, die Auslegung des Gesetzes führt aber zur Geltung des Schriftformerfordernisses.

Bei der Gesetzesauslegung ist zunächst vom Wortlaut auszugehen. Dabei ist jedoch über den reinen Wortlaut hinaus der wirkliche Wille des Gesetzgebers und der damit von ihm beabsichtigte Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung mit zu berücksichtigen, sofern und soweit er in der Gesetzesnorm seinen Niederschlag gefunden hat. Hierzu ist auch auf den gesetzlichen Gesamtzusammenhang abzustellen, der häufig schon deswegen mit berücksichtigt werden muss, weil nur daraus und nicht aus der einzelnen Gesetzesnorm auf den wirklichen Willen des Gesetzgebers geschlossen und so nur bei Mitberücksichtigung des gesetzlichen Gesamtzusammenhangs der Sinn und Zweck der gesetzlichen Norm zutreffend ermittelt werden kann. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes kann Hinweise auf den beabsichtigten Normzweck geben (vgl. Palandt, BGB, 61. Aufl., Einleitung Rn 35 ff. m. w. N.).

Der Gesetzeswortlaut des § 17 Abs. 4 TzBfG, wonach „die Befristung des Arbeitsverhältnisses“ der Schriftform bedarf, weist auf einen weiten Geltungsbereich der Norm hin. Jede Befristung von Arbeitsverhältnissen, sei es eine Zeit- oder Zweckbefristung, wird erfasst.

Sinn und Zweck von § 17 Abs. 4 TzBfG entspricht jenem des § 623 BGB (Schriftform bei Kündigung oder Auflösungsvertrag). Dies folgt schon daraus, dass im Gesetzgebungsverfahren auf eine inhaltliche Übereinstimmung beider Normen hingewiesen wurde (vgl. die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 15.11.2000, BT-Drucksache 14/4625 S. 21). Mit § 623 BGB schuf der Gesetzgeber ein konstitutives Schriftformerfordernis, um „größtmögliche Rechtssicherheit“ bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu gewährleisten (vgl. den Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 23.03.1999, BT-Drucksache 14/626). Für den Fall einer Zweckbefristung bedarf es daher der schriftlichen Vereinbarung des Zweckes, da er der einzige Anhaltspunkt für den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist und nur so auch in diesem Bereich Rechtssicherheit erreicht werden kann.

Im Übrigen entspricht diese Interpretation auch der Gesetzesystematik. In § 21 TzBfG hat der Gesetzgeber nämlich durch eine Verweisung auf § 17 TzBfG die Geltung des gesetzlichen Schriftformerfordernisses für auflösend bedingte Arbeitsverträge ausdrücklich geregelt. Dementsprechend muss bei solchen Arbeitsverträgen die (auflösende) Bedingung zwingend schriftlich vereinbart werden. Bei der Zweckbefristung handelt es sich letztlich um eine solche Bedingung, allerdings mit der Besonderheit, dass hier für den Bedingungseintritt in der Regel eine hohe Wahrscheinlichkeit spricht. Dieser lediglich graduelle Unterschied rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung der auflösend bedingten gegenüber den zweckbefristeten Arbeitsverträgen. Vielmehr gebietet die strukturelle Gleichheit beider Verträge aus gesetzessystematischer Sicht eine Gleichbehandlung.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 11. August 2004, 9 Sa 142/04, Rev. zugel.

151. Schriftformerfordernis Kündigung nach BMT-G; Auslagerung von Tätigkeiten während Altersteilzeit

1. § 54 BMT-G II enthält in seiner Fassung ab 01. Januar 2002 kein zwingendes Schriftformerfordernis für eine Angabe des Kündigungsgrundes mehr.

2. Es ist dem Arbeitgeber zumutbar, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer in Altersteilzeit noch 11 Monate bis zum Eintritt in die Freistellungsphase fortzusetzen, auch wenn er dessen Tätigkeit einem externen Dienstleister übertragen hat.

3. Der Erwerb eines Anspruchs gegen einen externen Dienstleister macht dem Arbeitgeber die Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs seines Arbeitnehmers nicht unmöglich i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB

■ Landesarbeitsgericht Berlin vom 24. September 2004, 6 Sa 865/04

152. Absenkung von Sonderzahlung für Versorgungsempfänger

Durch § 5 SZG konnte die Sonderzahlung für Versorgungsempfänger im Land Berlin rechtmäßig auf 320,- Euro brutto für das Jahr 2003 gesenkt werden.

■ Landesarbeitsgericht Berlin vom 1. Oktober 2004, 13 Sa 1258/04

153. Verfall von Urlaub

1. Zur rechtzeitigen Geltendmachung von Urlaub bzw. Urlaubsabgeltungsansprüchen genügt es, wenn es in einer Klageschrift zur Kündigungsschutzklage unter anderem heißt, dass „sämtliche sonstigen Leistungen wie Urlaub, Urlaubsentgelt, Urlaubsabgeltung“ gefordert werden. Dabei ist unschädlich, dass die Urlaubsansprüche nicht näher spezifiziert werden.

Der Arbeitnehmer kann zwar „Urlaubswünsche“ äußern (§ 7

Allgemeines Vertragsrecht

Abs. 1 BUrlG) und tut dies auch üblicherweise. Verpflichtet ist er dazu jedoch nicht. Sieht er von solchen Wünschen ab, ist der Arbeitgeber hinsichtlich des Umfangs sowie der zeitlichen Lage des Urlaubs frei und kann dem Arbeitnehmer umgehend den gesamten (Rest-) Urlaub gewähren.

Die vom Arbeitsgericht in diesem Zusammenhang vertretene Auffassung, die rechtzeitige Geltendmachung scheitere daran, dass die Klägerin mit der damaligen Kündigungsschutzklage keinen „Eventualantrag“ verbunden habe, ist unzutreffend. Das gesetzliche wie tarifliche Urlaubsrecht verlangt nur die Geltendmachung der Urlaubsansprüche, nicht aber deren gerichtliche Verfolgung durch Klageerhebung. Die Geltendmachung kann somit ohne weiteres dadurch vorgenommen werden, dass sie als schlichte materiellrechtliche Erklärung in einem Kündigungsschutzprozess dem Anspruchsgegner über seinen Prozessbevollmächtigten zugeht.

2. Abgeltungs- bzw. Schadenersatzansprüche wegen verfallenen Urlaubs können dabei auch bereits vor Fälligkeit geltend gemacht werden.

Wer den – fälligen – Urlaub rechtzeitig geltend macht, hat damit zugleich die – noch nicht fällige – Urlaubsabgeltung rechtzeitig geltend gemacht, weil der Arbeitgeber sich darauf einzurichten hat, dass der Arbeitnehmer anstelle des nicht gewährten Urlaubs das Surrogat der Urlaubsabgeltung verlangen wird (BAG vom 24.11.1992 – 9 AZR 549/91 – DB 1993, 1423; BAG vom 16.03.1999 – 9 AZR 428/98 – DB 1999, 2167).

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 6. Juli 2004, 1 Sa 187/03

154. Bereitschaftsdienst, Vergütung

Die pauschale Vergütung von Bereitschaftszeit ist zulässig, wenn die Pauschale zu der tatsächlich anfallenden Arbeit in angemessenem Verhältnis steht.

Für die Vergütung von Bereitschaftsdiensten gibt es keinen Vergütungsgrundsatz dergestalt, dass Bereitschaftszeiten vollständig wertgleich zur Arbeitszeit abzugelten wären. Auch das Europarecht stellt keinen derartigen Grundsatz auf (BAG, 29.5.2002, NJOZ 2003, 1929 [1932 f.]; 5.6.2003, NZA 2004, 656 [659]; 5.6.2003, NZA 2004, 164 [170]; 19.2.2004, NJOZ 2004, 2039 [2041 f.]). Es ist mithin eine stundenweise Abrechnung möglich, ebenso aber auch eine pauschale Abgeltung. In beiden Fällen muss jeweils gewährleistet sein, dass das Entgelt für die während der Bereitschaftszeit zu erbringende Arbeitsleistung ein ungefähr angemessenes Äquivalent darstellt (BAG, 5.6.2003, NZA 2004, 656 [658 f.]; LAG Hamm, 10.6.1999, LAGE § 612 BGB Nr. 6). Hierbei kann die genauere Festlegung von Berechnungsfaktoren (etwa von Leistungs- und Lohnfaktoren) eine klarstellende Funktion hinsichtlich der Art und Weise der Abrechnung von Bereitschaftszeiten darstellen. Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich (vgl. BAG, 5.6.2003, NZA 2004, 656 [658]). Auch eine Pauschalierung des Gesamtlohns kann eine angemessene Abgeltung von

Bereitschaftszeiten beinhalten (BAG, 5.6.2003, NZA 2004, 656 [658]).

Die übliche Vertragspraxis geht stattdessen dahin, für Bereitschaftszeiten einen Entgeltkorridor von 10% bis 50% der üblichen Vergütung anzusetzen (BAG, 3.2.1988, 4 AZR 516/87, juris). Der genaue prozentuale Bemessungsfaktor kann an der typischerweise aufzubringenden Arbeitszeit während der Bereitschaft ausgerichtet werden (BAG, a. a. O.).

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 23. September 2004, 1 Sa 316/04

155. Vertragsstrafe, keine wirkungserhaltende Reduzierung

Eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe in einem Formulararbeitsvertrag kann nicht herabgesetzt werden.

Gemäß § 307 BGB sind Bestimmungen in Formulararbeitsverträgen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwendenden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, wobei hierfür grundsätzlich ein genereller, vom Einzelfall losgelöster Prüfungsmaßstab zu Grunde zu legen ist (vgl. BGH, Urteil vom 03.04.1998, Az. V ZR 6/97 in NJW 1998, 2600 bis 2602).

Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dann vor, wenn die Parteien eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe vereinbart haben. Die Vertragsstrafe darf zu einem möglichen Schaden nicht außer Verhältnis stehen. Dieses ist vorliegend der Fall. Die Kündigungsfrist des Klägers, der noch in der Probezeit war, betrug zwei Wochen. Die Vertragsstrafe ist aber vereinbart mit 20 Brutto-Tagesverdiensten, also dem doppelten Betrag, den die Beklagte im Rahmen der Kündigungsfrist aufzuwenden gehabt hätte und der bei weitem den Betrag übersteigt, den die Beklagte mit der Tätigkeit des Klägers bei einem Entleiher als Gewinn hätte erzielen können, wie im Übrigen von ihr auch vorgerechnet. Dieses Missverhältnis steht, jedenfalls im Rahmen der Probezeit eines Arbeitnehmers, außer Verhältnis und ist deshalb zu beanstanden.

Während nach früherem Recht eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auf Antrag des Arbeitnehmers durch Urteil nach § 343 Abs. 1 BGB herabgesetzt werden konnte, scheidet dieses nunmehr im Anwendungsbereich des § 307 BGB aus. § 343 BGB ist alleine auf Individualvereinbarungen zugeschnitten, nicht aber auf Regelungen in Formulararbeitsverträgen. Im Rahmen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt insoweit vielmehr § 306 BGB, der als Rechtsfolge bestimmt, dass diese Bestimmung dann nicht Vertragsbestandteil geworden ist und sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften regelt. Die gesetzlichen Vorschriften sehen aber eine Vertragsstrafe nicht vor. Nach alledem kommt deshalb eine Herabsetzung der Vertragsstrafe durch das Gericht nicht in Betracht.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 23. Januar 2004, 16 Sa 1400/03

156. Zeugnis, Berichtigung im einstweiligen Verfügungsverfahren

Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses, auf Verlangen eines qualifizierten Zeugnisses, § 109 Abs. 1 GewO. Der Kläger verhält sich nicht widersprüchlich, wenn er ein Zeugnis während des Streits in einem Kündigungsschutzprozess über die Rechtmäßigkeit der Kündigung verlangt (BAG 27.02.1987 – AP BGB § 630 Nr. 16 = NZA 1987, 628; ErfK/Müller-Glöge, § 109 GewO n.F. Rn 21 f.). Auch kann der Arbeitnehmer zwar grundsätzlich während des Laufs der Kündigungsfrist nur ein Zwischenzeugnis oder ein vorläufiges Zeugnis verlangen. Ab tatsächlichem Ausscheiden hat er aber Anspruch auf ein qualifiziertes Endzeugnis (vgl. ErfK/Müller-Glöge, § 109 GewO n.F. Rn 23 m.w.N.).

Nach § 109 Abs. 2 GewO muss das Zeugnis nicht nur klar und verständlich formuliert sein. Es darf auch keine Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen. Der Zeugnisanspruch ist erfüllt (§ 362 BGB), wenn das Zeugnis formell einwandfrei, inhaltlich vollständig, sowie in der Bewertung von mittlerer Art und Güte ist. Entspricht das Zeugnis diesen Voraussetzungen nicht, ist der Zeugnisanspruch des Dienstverpflichteten noch nicht erfüllt. Der Arbeitnehmer kann Berichtigung verlangen. Strebt er eine überdurchschnittliche Beurteilung an, trifft ihn dabei die Darlegungs- und Beweislast. Soll das Zeugnis „sehr gute“ oder „gute“ Leistungen bescheinigen, hat er deren tatsächliche Grundlagen darzulegen. Hingegen ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet, wenn er dem Arbeitnehmer eine nur „ausreichende“ oder noch schlechtere Bewertung zukommen lassen will. Daraus folgt, dass bei mangelndem Vortrag oder Beweisfähigkeit beider Parteien im Prozess ein Zeugnis mit durchschnittlicher, befriedigender Beurteilung ausgereicht werden muss (ErfK/Müller-Glöge, § 109 GewO n.F. Rn 156 f. mit zahlr.w. Nachweisen zur Rspr. insb. der Landesarbeitsgerichte).

In Ausnahmefällen ist es auch denkbar, dass ein solcher Zeugnisberichtigungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden kann. Nach §§ 935, 940 ZPO bedarf es dazu neben der Glaubhaftmachung, dass ein Obsiegen im Verfahren der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist (Verfügungsanspruch) der Darlegung und Glaubhaftmachung, dass das erteilte Zeugnis schon nach der äußeren Form und seinem Inhalt als Grundlage für eine Bewerbung ungeeignet ist (Verfügungsgrund). Entspricht das erteilte Zeugnis demgegenüber den formellen und inhaltlichen Anforderungen, sodass sie sich auch als Grundlage für eine erfolgreiche Bewerbung eignet, kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht (LAG Köln 05.05.2003 – 12 Ta 133/03). Ausgehend von dem weit gefassten Antrag, der auf insgesamt unsubstantiiertem und nicht glaubhaft gemachten Tatsachenvortrag beruht, ist es dem Gericht nicht möglich, in ei-

nem einstweiligen Verfügungsverfahren – gleichsam ins Blaue hinein – einen durchschnittlichen Zeugnisinhalt festzulegen. Abgesehen davon muss der Kläger im einstweiligen Verfügungsverfahren nachvollziehbar darlegen, weshalb von einer durchschnittlichen Arbeitsleistung auszugehen ist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 28. Dezember 2004, 5 Ta 744/04, rkr.
eingereicht von Rechtsanwalt Dieter Schäfer, Zweigertstraße 37/41, 45130 Essen, Tel.: 0201/720910, Fax: -797817; E-Mail: RA.DSCHAEFER@LINTEN.de, www.LINTEN.de

Kündigungsschutzrecht

157. Arbeitsunfähigkeit wegen Mobbing und Kommunikationsstörung, Krankheitsursache

Vor Ausspruch einer ordentlichen personenbedingten Kündigung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit, die auf Mobbing und Kommunikationsstörungen am Arbeitsplatz beruht, hat der Arbeitgeber alle Maßnahmen zu ergreifen, um die Kommunikationsstörungen zu beseitigen. Eine gleichwohl erklärte Kündigung ist entsprechend § 162 Abs. 2 BGB, § 242 BGB, ebenso wie wegen eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip unwirksam.

Der Gutachter hat frei von Widersprüchen und ohne weiteres einleuchtend und überzeugend festgestellt, dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin aus einer Kommunikationsstörung am Arbeitsplatz resultierte. Diese Kommunikationsstörung war derart eskaliert, dass es bei der Klägerin zu Symptomen von Krankheitswert gekommen war. Zwar sind danach auch anderweitige Ursachen für das Eintreten von Arbeitsunfähigkeit partiell zu berücksichtigen. Speziell im Zeitraum Juni bis November 1998, in dem auch zusätzliche gesundheitliche Probleme einer Fehlgeburt mit Komplikationen zu verarbeiten waren, sei dies der Fall gewesen. Im Übrigen basierte danach aber die Arbeitsunfähigkeit ab April 1999 allein auf den Auswirkungen der Kommunikationsstörungen am Arbeitsplatz.

In einer derartigen Situation ist der Arbeitgeber nach Auffassung der Kammer als vertragliche Nebenpflicht gehalten, statt einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses alle Maßnahmen zu ergreifen, um die Kommunikationsstörungen zu beseitigen. Eine gleichwohl erklärte Kündigung ist entsprechend § 162 Abs. 2 BGB, § 242 BGB, ebenso wie wegen eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip unwirksam. Der Gutachter hat ausgeführt, dass ganz sicher ist, dass die vor allem von der Klägerin selbst und ihrem Berater der Mobbing-Stelle sowie auch vom Psychotherapeuten angebotene Supervision die Situation am Arbeitsplatz derart hätte verbessern können, dass auch die Arbeitsunfähigkeit beendet gewesen wäre. Zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bzw. der Arbeitsunfähigkeit wurde die Klägerin am 30.09.1999 sowie am 06.03.2000 durch den medizinischen Dienst der Krankenkasse untersucht und begutachtet. Seinerzeit wurde Arbeitsunfähigkeit atte-

Kündigungsschutzrecht

tiert und eine ausgeprägte reaktive Depression bei einer schwer wiegenden Konfliktsituation diagnostiziert. Es wurde auch betont, dass mit Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz bei nach wie vor bestehendem Arbeitsverhältnis binnen kurzem mit massiver psychischer Belastung zu rechnen wäre. Eine Supervision, die kurzfristig hätte anlaufen müssen, wäre danach eine gute Möglichkeit gewesen, Konflikte zu lösen. Sie ist jedoch – was zwischen den Parteien unstreitig ist – nicht zustande gekommen, was die Arbeitsunfähigkeit danach verlängert hat und die Rückkehr an den Arbeitsplatz erschwerte. Je länger die Arbeitsunfähigkeit andauert, desto weniger konnten die Konfliktsituationen danach adäquat bewältigt werden. Nur durch Aussprache und Supervision, für die sich die Klägerin aktiv eingesetzt hatte, hätte die Konfliktsituation besprochen und ausgeräumt werden können. Da dies nicht erfolgte, ist die Konfliktsituation eskaliert; umso unwahrscheinlicher war damit die Rückkehr an den Arbeitsplatz. Der Arbeitgeber habe damit den „Schlüssel zum Erfolg“ in den Händen gehabt, er habe ihn aber nicht genutzt.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 26. April 2004, 7 Sa 1220/01, Rev. zugl.

158. Auflösungsantrag, Abrechnungsbetrug, Spesenbetrug

1. Erstellt der Arbeitnehmer Reisekostenabrechnungen, die unzutreffende Kilometerangaben enthalten, und legt diese dem Arbeitgeber zur Erstattung der Reisekosten vor, obwohl er weiß, dass seine Angaben jederzeit leicht nachprüfbar sind und mit zumindest stichprobenartigen Kontrollen rechnen muss, so lässt dies einen Rückschluss auf das vorsätzliche Erstellen falscher Abrechnungen in Täuschungs- und Bereicherungsabsicht nicht zu. Vielmehr lässt sich aus einer derartigen Vorgehensweise nur schlussfolgern, dass der Arbeitnehmer nachlässig gehandelt hat. Eine derartige Nachlässigkeit rechtfertigt bei einem langjährig beschäftigten Arbeitnehmer in einem unbelasteten Arbeitsverhältnis, der regelmäßig beruflich veranlasste Fahrten unternehmen muss, rechtfertigt nur eine Abmahnung und keine außerordentliche Kündigung, wenn die falschen Abrechnungen nur einen Bruchteil der insgesamt geleisteten beruflichen Fahrten betreffen.

2. Wirft der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu Unrecht Spesenbetrug vor, so ist durch diese unzutreffende ehrverletzende Behauptung das Arbeitsverhältnis zerrüttet und deshalb aufzulösen.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 4. Juni 2004, 10 Sa 198/04, Rev. nicht zugl.

159. Auslegung Kündigungserklärung, Feststellungsinteresse

1. Kündigt ein Arbeitgeber das bestehende Arbeitsverhältnis fristgerecht, wenn auch unter Angabe einer zu kurz berechneten Kündigungsfrist, und erklärt, dass „bis zum Ablauf der Kündigungsfrist“ noch Resturlaub zustehe, so ergibt die

Auslegung der Kündigungserklärung für einen verständigen Arbeitnehmer den unbedingten Willen des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis fristgerecht unter Einbezug der einschlägigen Kündigungsfrist beenden zu wollen.

Die Kündigung ist danach auch nicht unwirksam, da es aufgrund der vorrangigen Auslegung der Kündigungserklärung keiner Umdeutung bedarf (vgl. z. B. *Bender/Schmid*, KSchG 2004; Neuer Schwellenwert und einheitliche Klagefrist, NZA 2004, 385, 363). Demnach sind Zahlungsansprüche bis zum Ablauf der Kündigungsfrist entstanden.

2. Bei einer zweistufigen Ausschlussfrist, nach deren erste Stufe Ansprüche innerhalb von 4 Wochen nach Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind und nach deren zweiten Stufe innerhalb von 4 weiteren Wochen nach Ablehnung der Zahlung Klage erhoben werden muss, beginnt die zweite Frist spätestens mit Fälligkeit des Anspruchs an zu laufen, wenn bereits vorher die Ablehnung dieses Anspruchs erfolgte.

3. Erhebt ein Kläger neben der punktuellen Kündigungsschutzklage, mit der er festgestellt haben will, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der für wirksam erachteten Kündigung lediglich zu einem späteren als in dem Kündigungsschreiben angegebenen Zeitpunkt beendet ist, parallel Leistungsklage auf Lohnzahlung für den selben Zeitraum, so fehlt für die Feststellungsklage das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Der Feststellungsklage bedarf es nur, wenn die Kündigung unwirksam ist, da die Rechtskrafterstreckung sich nicht zugleich auf die Entscheidungsgründe erstreckt, in denen zum Ausdruck gebracht ist, dass die Kündigung unwirksam ist, wobei auch die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG zu berücksichtigen ist.

■ Arbeitsgericht Lübeck
vom 6. Januar 2005, 2 Ca 2385/04
eingereicht von Rechtsanwalt Kurt-Jörg Hilligus, Lienustraße 1, 23730 Neustadt I. H., Tel.: 04561/5127-0, Fax: -20. E-Mail: info@anwaelte-neustadt.de

Anmerkung:

Die Wirksamkeit der kurzen Ausschlussklausel dürfte zweifelhaft sein (s. LAG Köln vom 27.08.2004 – 4 Sa 176/04 – in diesem Heft Nr. 144) (*gr*)

160. Betriebsbedingte Vorratskündigung, Darlegungslast des Arbeitgebers, Zeitpunkt der Prognose

1. Ein dringender betrieblicher Kündigungsgrund ist in aller Regel dann gegeben, wenn der Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung davon ausgehen muss, dass er mit Ablauf der Kündigungsfrist keine sinnvolle Beschäftigungsmöglichkeit mehr für den betroffenen Arbeitnehmer hat. Dafür bedarf es einer Prognose, die im Kündigungsschutzverfahren vom Gericht auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden muss.

Da die Beklagte Ende Mai 2004 sich nicht entschlossen hatte, ihren Betrieb in den Wintermonaten ab Januar 2005 komplett

zu schließen, oblag es ihr, näher zu begründen, aufgrund welcher genauen Umstände sie davon ausgegangen ist, den Kläger ab Januar 2005 nicht mehr sinnvoll einsetzen zu können. Dazu hat sie jedoch nicht ausreichend und überzeugend vorgebracht. Die Beklagte hat sich, insoweit gut nachvollziehbar, auf die Auftragsituation und die Auslastung der vorhandenen Mitarbeiter in den Monaten Januar bis März 2004 bezogen. Wenn sie seinerzeit aber eine Personalauslastung von 38,4 % hatte, so hätte es zur Begründung der Prognose, ab Januar 2005 keine gewerblichen Mitarbeiter mehr beschäftigen zu können und deswegen allen gewerblichen Arbeitnehmern kündigen zu müssen, weiteren Vortrags bedurft. Die Auslastung der Arbeitnehmer im vergangenen Winter für sich genommen lässt nur den Schluss zu, dass die Beklagte auch im folgenden Winter mehr als 3 gewerbliche Arbeitnehmer zur Erledigung der eingehenden Aufträge benötigt (38,4 % von 8 Arbeitnehmern).

2. Unerheblich ist, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Kammertermins nur noch Arbeit im Umfang von 271 Stunden in Auftrag hatte. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung ist der Zeitpunkt ihres Zuganges. Das war vorliegend der 28.05.2004. Unabhängig von der tatsächlichen späteren Entwicklung ist eine auf eine wirtschaftliche Prognose gestützte Kündigung begründet, wenn der Arbeitgeber die Tatsachen belegen kann, auf die er diese Prognose stützt. Die Kündigung ist unbegründet, wenn ihm das nicht gelingt. Richtig ist alleine, dass die spätere Entwicklung zur Beurteilung der Stichhaltigkeit einer im Übrigen substantiiert dargelegten Prognose herangezogen werden kann. Kann der Arbeitgeber die vorgenommene Prognose nicht mit Tatsachen belegen, so ist die Kündigung von vornherein unwirksam, auch wenn die Dinge sich später tatsächlich i.S. der – unsubstantiierten – Prognose entwickeln.

■ Arbeitsgericht Lübeck

vom 26. November 2004, 3 Ca 2058/04, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Kurt-Jörg Hilligus, LienustraÙe 1, 23730 Neustadt, Tel.: 04561/5127-0, Fax: -20; E-Mail: info@anwaelte-neustadt.de

161. Betriebsbedingte Kündigung, Ultima-ratio-Prinzip, freier Arbeitsplatz

Der Arbeitgeber kann zur Vermeidung einer betriebsbedingten Beendigungskündigung verpflichtet sein, dem Arbeitnehmer einen freien anderen Arbeitsplatz anzubieten, auch wenn die Vergütung für diesen Arbeitsplatz erheblich geringer ist als die bisherige Vergütung des Arbeitnehmers. Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn der Arbeitnehmer nach einer Kündigung voraussichtlich auf dem Arbeitsmarkt langfristig nicht zu vermitteln ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 22. Juli 2004, 5 (9) Sa 417/04, Rev. nicht zugel.

162. Betriebsbedingte Kündigung, Weiterbeschäftigung, Dissens, faktisches Arbeitsverhältnis

Es besteht kein unbefristetes Arbeitsverhältnis nach § 625 BGB, sondern nur ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitgeber nach Kündigung aller Arbeitnehmer wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung einigen Arbeitnehmern eine nur vorübergehende Weiterbeschäftigung über den Kündigungstermin hinaus anbietet und sie tatsächlich beschäftigt, ohne dass eine Einigung über die nur befristete Weiterbeschäftigung erzielt worden ist.

Der Widerspruch der Beklagten liegt zum einen im Klageabweisungsantrag gegenüber dem Kündigungsschutzbegehren des Klägers. Wenn ein gekündigter Arbeitnehmer wie vorliegend der Kläger nach Ablauf der Kündigungsfrist und Erhebung einer Kündigungsschutzklage seine Tätigkeit im Betrieb fortsetzt, sei es auf Veranlassung des Arbeitgebers oder aus eigener Initiative, der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess aber Klageabweisung beantragt und diesen Antrag aufrechterhält, dann mag er zwar einen Beschäftigungswillen haben, gleichzeitig macht er aber deutlich, dass er an der Wirksamkeit der Kündigung festhalten und mit der Weiterbeschäftigung nur eine Übergangsregelung treffen will. Das prozessuale Verhalten des Arbeitgebers stellt in einem solchen Fall regelmäßig einen Widerspruch im Sinne des § 625 BGB dar (vgl. LAG Köln, Urteil vom 10.03.1995 – 13 Sa 842/94 – NZA-RR 1996, 202, 204; KR-Fischermeier, § 625 BGB, Rn 34). So liegt der Fall hier. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 06.08.2002 Klageabweisung beantragt, im Gutetermin vom 16.09.2002 daran festgehalten und mit Schriftsatz vom 30.09.2002 ihren Klageabweisungsantrag begründet.

Der Widerspruch liegt außerdem und vor allem im Angebot einer nur vorübergehenden Weiterbeschäftigung bis zur Schließung auch der Abteilung Horizontalbohrtechnik und dem Kündigungstermin für den Abteilungsleiter zum Jahresende 2002. Die Weiterbeschäftigung des Klägers ging auf die Initiative des Abteilungsleiters zurück, der im Betrieb der Beklagten für die Auftragsaufnahme und -abwicklung zuständig war und seine Zeit während der Kündigungsfrist bis zum 31.12.2002 noch „effektiv“ gestalten wollte und für diese Zeit Mitarbeiter benötigte. Sowohl zur „Motivation“ der bereits gekündigten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist als auch für die nur vorübergehende Weiterbeschäftigung über den Kündigungstermin hinaus hatte die Beklagte den Arbeitnehmern in der Horizontalbohrtechnik, in der von den Arbeitnehmern bei den Bohrarbeiten je nach den Umständen und dabei auftretenden Schwierigkeiten Mehrarbeit abverlangt werden musste, höhere Prämien versprochen und gezahlt. Für den Kläger musste daher klar gewesen sein, dass er nur vorübergehend bis zum Kündigungstermin des Abteilungsleiters der Horizontalbohrtechnik und der endgültigen Schließung auch dieses Bereichs weiterarbeiten sollte. Da die Parteien nach dem Vortrag des Klägers keine Einigung über die Befristung erzielt haben, ist es wegen Dissenses

Kündigungsschutzrecht

weder zu einer befristeten noch zu einer unbefristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gekommen, sondern lediglich zu einem sog. faktischen Arbeitsverhältnis (*APS-Backhaus*, § 625 BGB, Rn 32; *Staudinger-Preis*, § 625, Rn 26). Das lediglich faktische Arbeitsverhältnis konnte daher jederzeit und ohne Kündigung zum Jahresende 2002 beendet werden. Wegen Dissenses über die Befristung spielt auch das Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes keine Rolle, weil diese Bestimmung eine Einigung über die Befristung eines Arbeitsvertrages voraussetzt.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 4. März 2004, 10 Sa 99/03, Rev. nicht zugel.

163. Betriebsbedingte überholende fristlose Verdachtskündigung wegen Eingangs von E-Mails mit überwiegend pornographischem Inhalt nach Freistellung

1. Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber eine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Der Verdacht stellt gegenüber dem Tatvorwurf einen eigenständigen Kündigungsgrund dar. Eine solche Kündigung ist möglich, wenn starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, wenn die Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören und wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (vgl. nur BAG Urteil vom 05.04.2001 – 2 AZR 217/00 – unter II. 1 der Gründe mit weiteren Nachweisen). Da es insoweit auch für die vom Arbeitgeber bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlende Vergütung ankommt, folgt die Zumutbarkeit einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zur vereinbarten Vertragsbeendigung nicht bereits aus dem Umstand, dass der Kläger tatsächlich wegen seines Urlaubsantritts ab 03., September 2003 bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war (vgl. BAG a. a. O. unter II. 3. der Gründe).

Voraussetzung für den Anspruch einer Verdachtskündigung ist jedoch stets, dass nicht nur der Verdacht schwer wiegend ist, sondern auch die strafbare Handlung oder die Pflichtverletzung, derer der Arbeitnehmer verdächtigt wird (*KR-Fischermeier*, 7. Aufl. § 626 BGB Rn 213 unter Verweis auf die vorgenannte Entscheidung des BAG). Das ergibt sich aus dem erforderlichen Vertrauensverlust, der erforderlich ist für die Berechtigung einer (außerordentlichen) Verdachtskündigung.

2. Soweit es um den Aufruf von Internetseiten mit pornographischem Inhalt am Arbeitsplatz geht, ist in aller Regel von den Gerichten auch im Bereich der Tat Kündigung eine Kündigung zu Recht – zum Teil auch als ordentliche – entweder nur nach vorheriger Abmahnung oder aber bei Bestehen ausdrücklicher Dienstanweisungen zum Verbot einer privaten

Nutzung des Internets für gerechtfertigt erachtet worden (vgl. etwa LAG Rheinland-Pfalz BB 2004,1682; LAG Niedersachsen Beschluss vom 26.04.2002 – 3 Sa 726/01 – B; Arbeitsgericht Düsseldorf NZA 2001, 1386; Arbeitsgericht Wesel NZA 2001, 786).

■ Landesarbeitsgericht Berlin

vom 25. Oktober 2004, 12 Sa 1302/04, Rev. nicht zugel.

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Christian Lampe, Hardenbergstraße 9A, 10623 Berlin, Tel.: 030/315067-47, Fax: -49; E-Mail: kontakt@lsrw.de, www.lsrw.de

164. Betriebsbedingte ordentliche Kündigung, Kündigungsfrist, Dreiwochen-Klagefrist, Auslegung

1. Generell gilt, dass die Auslegung der Kündigungserklärung der Umdeutung vorgeht (BGH WM 1959, 328; *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 358, 363; *Dollmann*, BB 2004, 2073 ff.). Zwischen Umdeutung und Auslegung besteht keine scharfe Grenze. Die Umdeutung wird als Spezialfall der ergänzenden Auslegung verstanden und von der erläuternden Auslegung unterschieden.

2. Gibt der Arbeitgeber einen bestimmten Beendigungszeitpunkt im Kündigungsschreiben an, welche die Kündigungsfrist nicht vollständig wahrt, so ergibt sich gleichwohl im Wege der Auslegung ein Wille des Kündigenden, eine Trennung unter Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist einzuleiten. Trotz falscher Kündigungsfrist ist für einen verständigen Arbeitnehmer der unbedingte Wille zur ordentlichen Kündigung erkennbar. Daher ist davon auszugehen, dass unter normalen Umständen der Kündigungsempfänger damit rechnen muss, der Kündigungserklärende wolle, auch bei Verwendung einer falschen Frist ebenfalls die Lösung des Arbeitsverhältnisses zum nächstmöglichen korrekten Termin (vgl. *Bender/Schmidt*, a. a. O.) Für das Vorhandensein eines dahingehenden Willens spricht eine tatsächliche Vermutung, welche nach dem Empfängerhorizont aus der Erklärung oder aus den Umständen regelmäßig abgeleitet werden kann. Vielfach genügt bereits die Diktion des Kündigungsschreibens, insbesondere die Wortwahl fristgerecht oder ordentlich ergibt zu erkennen, dass die Einhaltung der zutreffenden Frist beabsichtigt sei. Die Rechtsordnung stellt ja nur die Alternativen fristlose oder ordentliche Kündigung zur Verfügung. Erstere scheidet bereits aufgrund des Sprachgebrauches und der erkennbar beabsichtigten Fristwahrung. Selbst eine Kündigung zum ... (unzutreffendes Beendigungsdatum) ohne den Zusatz fristgerecht oder ordentlich kann im oben genannten Sinn ausgelegt werden, wenn aus den gesamten Begleitumständen deutlich wird, dass eine fristgerechte Kündigung angestrebt wurde (*Quecke*, RdA 2004, 86, 98). Hier spricht der Gebrauch der betrieblichen Situation eindeutig gegen eine außerordentliche Kündigung, die sich ja regelmäßig auf verhaltensbedingte Gründe aus der Sphäre des Arbeitnehmers stützt. Zudem zeigt die Einhaltung der Kündigungsfrist von

nahezu zwei Monaten, dass unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden soll.

3. Wenn aber lediglich die Nichteinhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist gerügt wird, besteht Einvernehmen, dass keine grundsätzlichen Einwendungen gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb gewisser Zeit existieren. Von dem bevorstehenden Ende des Dauerschuldverhältnisses gehen in der gegenständlichen Situation alle Beteiligten aus. Unklar ist lediglich der exakte, aber absehbare Zeitpunkt. Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt will mit der Ausweitung der Klagefrist zügig die Ungewissheit beenden, dass nach Fristablauf die Trennung grundsätzlich in Frage gestellt wird. Auf die Modalitäten der Abwicklung, wie etwa die exakte Dauer der einzuhaltenden Frist will es keinen, jedenfalls keinen erkennbaren, Einfluss nehmen. Folglich kann eine falsch gewählte Kündigungsfrist eine Kündigung nur dann unwirksam machen, wenn sie nicht im Sinne einer fristgerechten Kündigung ausgelegt werden kann.

■ Arbeitsgericht Kaiserslautern

vom 8. Dezember 2004, 4 Ca 809/04

eingereicht von Rechtsanwalt Thomas Fichter, Luisenstraße 19, 66953 Pirmasens, Tel.: 06331/7255-77, Fax: -79; E-Mail: mail@rechtsanwalt-fichter.de

165. Benehmensherstellung bei außerordentlicher Kündigung

Das Verfahren der Benehmensherstellung bei außerordentlicher Kündigung im öffentlichen Dienst ist nicht ordnungsgemäß abgeschlossen, wenn der Vorsitzende gleichzeitig als Vorsitzender und als Vertreter der Angestelltengruppe unterschreibt. Für diesen Fall ist die Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 19. Mai 2004, 16 Sa 1718/03, Rev. nicht zugel.

166. Allgemeine Feststellungsklage, Streitgegenstand, doppelte Rechtshängigkeit

1. Zur Frage, ob der neben einer Kündigungsschutzklage gestellte allgemeine Feststellungsantrag (§ 256 ZPO) alle bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz objektiv bestehenden Beendigungstatbestände (hier: weitere Kündigung) auch dann erfasst, wenn sie auf Frage des Gerichts nicht in das Verfahren eingeführt worden sind.

2. Zum Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit, wenn der Arbeitnehmer gegen die weitere Kündigung beim Arbeitsgericht gesondert Kündigungsschutzklage einreicht, gegen die als unzulässig abgewiesene allgemeine Feststellungsklage Berufung einlegt und später auf die Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG umsteigt“.

3. Nach Zugang einer unwirksamen Kündigung ist vor einer erneuten Kündigung eine nochmalige Betriebsratsanhörung auch bei unverändertem Kündigungssachverhalt erforderlich. Eine zunächst unzulässige Klage kann grundsätzlich auch in

der Berufungsinstanz zulässig werden. Fraglich ist allerdings, ob der allgemeine Feststellungsantrag alle bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung objektiv bestehenden Beendigungstatbestände erfasst (so offenbar das BAG vom 10.10.2002, NZA 2003, 684, 686 I. Sp.) oder nur solche Beendigungstatbestände, die die Parteien in den Rechtsstreit eingeführt haben. Im Streitfall haben weder der Kläger noch die Beklagte trotz ausdrücklichen Befragens durch das Gericht die bestehende und den Parteien bekannte Kündigung vom 18.03.2002 in das Verfahren eingeführt, obwohl sowohl der Kläger als auch die Personalleiterin der Beklagten persönlich im Termin anwesend waren. Es mag zweifelhaft sein, ob in einem solchen Fall das objektive Bestehen eines weiteren Beendigungstatbestandes gewissermaßen ipso jure Gegenstand des Feststellungsantrags wird. Ein derartiges Verständnis der „Schleppnetztheorie“ (*Bitter*, DB 1997, 1407, 1409) lässt sich auch nicht ohne weiteres mit der Rechtskonstruktion des § 6 KSchG begründen, wonach die einmal erhobene allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO ein späteres „Umsteigen“ auf die spezielle Klage nach § 4 KSchG erlaube, denn Satz 1 des § 6 KSchG bezieht sich jedenfalls nach seinem Wortlaut auf den Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz.

Ausgehend vom Streitgegenstand der allgemeinen Feststellungsklage spricht allerdings mehr dafür, auf das objektive Vorhandensein weiterer Beendigungstatbestände abzustellen mit der zeitlichen Zäsur des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz. Mit dem allgemeinen Feststellungsantrag verfolgt der Arbeitnehmer das Rechtsschutzbegehren, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht und er sich gegen alle weiteren eventuell vorsorglichen Kündigungen wenden will, sodass die Einhaltung der Dreiwochenfrist für die Einführung der konkreten Kündigung in den Prozess Förmelerei wäre (BAG, Urteil vom 13.03.1997, NZA 1997, 842, 846). Der Arbeitgeber weiß dies und kann sich darauf einstellen. Wird durch einen wie hier in der Klageschrift zunächst zulässigen allgemeinen Feststellungsantrag auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach § 256 ZPO eine eventuell später ausgesprochene Kündigung miterfasst, ist der beklagte Arbeitgeber gehalten, den ihm günstigen Beendigungstatbestand in den Prozess einzubringen, weil er sich auf diesen nach rechtskräftiger antragsgemäßer Feststellung nicht mehr berufen könnte. Der Arbeitnehmer muss seinerseits nach Kenntnis von einer weiteren Kündigung diese in den Prozess einführen und unter teilweiser Einschränkung des Feststellungsantrags (§ 264 Nr. 2 ZPO) eine dem Wortlaut des § 4 KSchG angepasste Antragstellung vornehmen (BAG a. a. O.). Führen weder Arbeitnehmer noch Arbeitgeber den im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht bestehenden weiteren Beendigungstatbestand in den Prozess ein, muss dies allerdings auch aus Gründen des Rechtsfriedens die Konsequenz haben, dass der Arbeitnehmer bei rechtskräftiger Feststellung der Unzulässigkeit der allgemeinen Feststellungsklage durch das Arbeitsgericht den weiteren Beendigungstatbestand spä-

Kündigungsschutzrecht

ter nicht mehr angreifen kann ebenso wie dies der Fall wäre, wenn er den Beendigungstatbestand in den Prozess eingeführt und das Arbeitsgericht den Feststellungsantrag in der Sache abgewiesen hätte.

Im Streitfall ist die Abweisung der allgemeinen Feststellungsklage durch das Arbeitsgericht nicht in Rechtskraft erwachsen, weil der Kläger Berufung eingelegt hat. Die von seinem allgemeinen Feststellungsantrag erfasste weitere Kündigung vom 18.03.2002 konnte daher, was nur konsequent ist, im Laufe des Berufungsverfahrens in eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG geändert werden, denn wenn ein Arbeitnehmer von dem erweiterten Streitgegenstand des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zu dem engeren und spezielleren Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage übergeht, ist damit keine Änderung, sondern nur eine Einschränkung des Streitgegenstandes verbunden (BAG, Urteil vom 13.03.1997, NZA 1997, 844, 846). Aus diesem Verständnis des Streitgegenstandes der allgemeinen Feststellungsklage ergibt sich, dass der Klage im vorliegenden Verfahren das Prozesshindernis anderweitiger Rechtshängigkeit nicht entgegensteht.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 18. März 2004, 10 Sa 903/02, Rev. zugel.

167. Anforderungen an Information des Betriebsrats bei Kündigung wegen „Auflösung einer Hierarchieebene“, Klageänderung bei Umstellung des Weiterbeschäftigungsanspruchs vom allgemeinen auf § 102 Abs. 5 BetrVG

1. Bei „Auflösung einer Hierarchieebene“ muss in dem Antrag zur Anhörung des Betriebsrates auch angegeben werden, in welchem Umfang die bisher vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen und es bedarf einer näher zu konkretisierenden Prognose, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistung erledigt werden können.

Ohne eine solche Unterrichtung ist die Anhörung objektiv unvollständig. Bei diesem weiteren notwendigen Vortrag handelt es sich auch nicht um eine bloße Erläuterung eines schon zuvor hinreichend mitgeteilten Sachverhalts, der auch ohne erneute Einschaltung des Vertretungsorgans im Kündigungsschutzprozess noch möglich wäre, da diese weiteren Informationen dem Kündigungssachverhalt überhaupt erst das Gewicht eines Kündigungsgrundes geben.

2. Die Auswechslung des Klagegrundes eines Weiterbeschäftigungsantrags vom sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch in erster Instanz zum Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs 5 BetrVG in zweiter Instanz stellt eine Klageänderung dar.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 14. Mai 2004, 4 Sa 829/03, Rev. nicht zugelassen

168. Sozialauswahl, Leistungsträger

1. Allein die Absicht des Arbeitgebers, den als Arbeitnehmer beschäftigten Sohn in die Unternehmensleitung einzubinden, stellt kein „sonstiges berechtigtes betriebliches Bedürfnis“ im Sinne der gesetzlichen Regelung dar.

2. Selbst wenn ein „familiäres Interesse“ grundsätzlich Berücksichtigung finden könnte, müsste vom Arbeitgeber ein konkreter Zeitpunkt vorgetragen werden, wann der als Arbeitnehmer beschäftigte Sohn in die Unternehmensleitung nachrücken soll. Da hierzu keine Tatsachen vorgetragen wurden, konnte die Herausnahme aus der Sozialauswahl nicht erfolgen.

Die Kammer hat zunächst Zweifel ob überhaupt ein familiäres Interesse ein „sonstiges betriebliches Bedürfnis“ im Sinne dieser Norm darstellen kann. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers klar zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine Sozialauswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 entbehrlich ist. Hätte der Gesetzgeber auch familiäre Gesichtspunkte im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG berücksichtigen wollen, hätte es an ihm gelegen, dies klar und deutlich zu bestimmen. Diese hat er aber nicht getan.

Aber auch dann, wenn solche familiären Belange im Sinne dieser Norm berücksichtigungsfähig wären, könnte sich die Beklagte hierauf in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht stützen. Der Geschäftsführer der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vom 14.12.2004 deutlich erklärt, dass Herr X in tatsächlicher Hinsicht in Bezug auf die wahrgenommenen Aufgaben vergleichbar ist mit dem Kläger und es noch keinen konkreten Zeitpunkt gäbe, zu dem der Sohn X den Bereich konventionellen Druck komplett übernehmen soll, es aber diesbezüglich noch kein klares Datum gebe, ab welchem Zeitpunkt ihm die Unternehmensleitung übertragen werden soll. Somit basiert die Einschätzung der Beklagten auf einer für das Gericht nicht nachvollziehbaren Überlegung, deren Umsetzung vollkommen offen ist.

Zur Darlegung eines sonstigen betrieblichen Bedürfnisses, welches die Weiterbeschäftigung des X bedingt, hätte es hier an der Beklagten gelegen, ein klares Unternehmenskonzept vorzulegen, aus dem eindeutig hervorgeht, dass der Sohn X auch tatsächlich zu einem absehbaren Zeitpunkt auch die Unternehmensleitung im Bereich konventionelle Druckvorstufe übernimmt. Mangels entsprechender Darlegung, konnte der Mitarbeiter X aus der Sozialauswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 nicht herausgenommen werden.

■ Arbeitsgericht Ludwigshafen

am Rhein vom 14. Dezember 2004, 6 Ca 801/04, Berufung eingelegt

eingereicht von Rechtsanwälte Plewa & Doppler, Ludwig-Erhard-Straße 4, 76726 Germersheim, Tel.: 07274/9474-0, Fax: -54; E-Mail: Rae.PLEWA-DOPPLER@t-online.de, www.dr-plewa-doppler.de

Anmerkung:

Der Einsender bittet um Mitteilung weiterer Entscheidungen zu der Rechtsfrage „Herausnahme von Familienangehörigen aus der Sozialauswahl im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG“ (gr)

169. Sozialauswahl, Auswahlrichtlinie, Punkteschema, grobe Fehlerhaftigkeit, Altersdiskriminierung

1. Eine Auswahlrichtlinie gemäß § 95 BetrVG, die bei der Bewertung der für die Sozialauswahl zugrunde zu legenden Kriterien bei der Betriebszugehörigkeit und beim Lebensalter Zeiten nach Vollendung des 55. Lebensjahres nicht berücksichtigt, verstößt nicht gegen § 75 Abs 1 Satz 2 BetrVG. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Richtlinie des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 00/78/EG, Juris: EGRL 78/2000). Eine solche Bewertung dient dem legitimen Ziel, solchen älteren, rentennahen Arbeitnehmern ein verhältnismäßig höheres Kündigungsrisiko zuzumuten, die bei typisierender Betrachtung wegen ihrer sozialversicherungsrechtlichen Absicherung von einer Kündigung wirtschaftlich weniger hart als jüngere Arbeitnehmer getroffen werden.

2. Eine solche Bewertung der sozialen Gesichtspunkte ist auch nicht völlig unausgewogen und damit nicht grob fehlerhaft i.S. von § 1 Abs. 4 KSchG.

3. Seit Einführung des § 1 Abs. 4 KSchG durch das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996 ist Voraussetzung für die Wirksamkeit von Auswahlrichtlinien nicht mehr, dass der Arbeitgeber Raum für eine abschließende Berücksichtigung individueller Besonderheiten haben muss. Der Arbeitgeber ist lediglich dann berechtigt und zugleich verpflichtet, eine Auswahlentscheidung vorzunehmen, wenn zwei Arbeitnehmer denselben Punktestand aufweisen oder ein krasser Ausnahmefall wie dauerhafte gesundheitliche Beeinträchtigungen eines nach der Auswahlrichtlinie zu kündigenden Arbeitnehmers vorliegt.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen vom 28. Mai 2004, 10 Sa 2180/03, Rev. nicht zugel.

169a. Besonderer Kündigungsschutz eines Mitglieds einer kommunalen Ausländer- und Ausländerinnenvertretung

Der Kläger ist Mitglied der kommunalen Ausländer- und Ausländerinnenvertretung der Stadt Frankfurt am Main. Die Beklagte betreibt in Hanau ein Brennelementewerk, welches sukzessive stillgelegt werden soll. Mit dem Betriebsrat wurden deswegen mehrere Betriebsvereinbarungen getroffen und ein Sozialplan erstellt. Dem Kläger wurde das Arbeitsverhältnis ausserordentlich mit einer sozialen Auslaufrist gekündigt. Die Kündigungsschutzklage des Klägers vor dem Arbeitsgericht Hanau hatte Erfolg, Az. 2 Ca 201/01. Die Berufung der Beklagten nicht, LAG Frankfurt am Main, Az. 7 Sa 2015/01.

Das Mitglied einer kommunalen Ausländervertretung ist

gem. § 86 a Abs. 6 Hessische Gemeindeordnung (HGO) den Gemeindevertretern gleichgestellt. Eine Kündigung von Gemeindevertretern kann gem. § 35 a HGO nur aus wichtigem Grund erfolgen. Das Landesarbeitsgericht bestätigt damit nicht nur das erstinstanzliche Urteil, sondern auch das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt vom 24. September 1998, 16 Ca 3282/98, AE 3/2004, Nr. 289, Seite 178 f m. w. N. In der Urteilsbegründung nimmt das LAG noch zu zwei weiteren Auffassungen der Beklagten Stellung:

1. Bei der Auslegung des § 35 a HGO seien nicht die Vorschriften anderer Bundesländer heranzuziehen. Der hessische Landesgesetzgeber habe die Vorschrift so ausgestaltet, dass eine Kausalität zwischen Mandatsausübung und Kündigung nicht erforderlich sei, auch wenn dies in vergleichbaren Vorschriften anderer Länder der Fall ist. Diese weitestgehende Absicherung von Mandatsträgern sei vom Landesgesetzgeber so gewollt, wogegen keine Bedenken bestünden. Auch sei kein verfassungsrechtlicher Eingriff in die Eigentumsgarantie der Beklagten gegeben, da der Kündigungsschutz ja nicht absolut sei, vielmehr könne bereits nach dem Wortlaut aus wichtigem Grund gekündigt werden.

2. Ein solcher Ausnahmefall sei aber hier nicht gegeben. Die Beklagte verkenne, dass es hier nicht um eine Kündigung aus wichtigem Grund wegen einer Betriebsstilllegung gehe, sondern nur nach erfolgter Sozialauswahl um den Rückgang anfallender Arbeit. Eine Kündigung auf Grund durchgeführter Sozialauswahl sei aber bei fortbestehendem, wenn auch reduziertem Arbeitskräftebedarf wegen des gesetzlichen Kündigungsverbots in § 35 a HGO unwirksam, § 134 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind Arbeitnehmer, die einen besonderen Kündigungsschutz genießen, nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Auch wenn hierdurch diese Arbeitnehmer gegenüber Kollegen, die eventuell sogar sozial schwächer sind, privilegiert seien, ändere das nichts an der Rechtsfolge. Schliesslich sei dies so vom Gesetzgeber gewollt. Es sei nicht zu erkennen, dass vor dem Hintergrund vielfältiger gesetzlicher Kündigungsverbote, die ebenfalls für die Geschützten eine Herausnahme aus der Sozialauswahl bedeutete, die hessische Regelung gegen höherrangiges Recht verstossen soll.

■ Landesarbeitsgericht Frankfurt am Main vom 10.02.2003, 7 Sa 2015/01 eingereicht von Rechtsanwalt Nikolaus Jung, Oberursel E-mail: www.ra-jung.de

170. Berücksichtigung von sog. Doppelverdienst im Rahmen der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 S. 1 1. HS KSchG i. d. bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung

1. Die Berücksichtigung des sog. Doppelverdienstes bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S 1 Halbs. 1 a.F. ist sachlich gerechtfertigt, da dieser Gesichtspunkt in einem Zusammenhang mit den nach der genannten Vorschrift zu beachtenden Unterhaltsverpflichtungen steht, die sich nach familienrechtlich

Kündigungsschutzrecht

chen Bestimmungen der §§ 1360 ff, 1569 ff, 1601 ff BGB richten. Berücksichtigt man nämlich bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 S 1 Halbs. 1 KSchG a.F. zugunsten eines Arbeitnehmers Unterhaltspflichten, muss man zur näheren Bestimmung der Höhe dieser Pflichten auch mögliche Unterhaltsansprüche aus § 1360 BGB gegenüber dem mitverdienenden Ehegatten beachten. Hierin liegt kein Verstoß gegen Art 6 Abs. 1 GG.

2. Zur Feststellung, ob die Höhe des sog Doppelverdienstes die Unterhaltspflicht eines in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmers entfallen lässt, trifft den Arbeitgeber eine entsprechende Erkundigungspflicht bei den für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmerinnen. Auf die Eintragungen in den Lohnsteuerkarten kann sich der Arbeitgeber in diesem Zusammenhang nicht verlassen, weil diese unvollständig sein können (so schon LAG Hamm 29.03.1985–2 Sa 560/85 = LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr 1).

3. Offen bleibt, wie zu entscheiden wäre, wenn der Arbeitgeber seine Erkundigungspflicht nachgekommen wäre, die betreffenden Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerinnen ihm aber keine Auskunft über die Höhe des Doppelverdienstes gegeben hätten.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 4. November 200, 11 Sa 957/04, Rev. zugel.

171. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen Unpünktlichkeit; vertretungswises Nachrücken eines Ersatzmitgliedes in den Betriebsrat

1. Wiederholte Unpünktlichkeit eines Arbeitnehmers stellt einen wichtigen Kündigungsgrund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar (BAG Urteil vom 17.03.1988, AP Nr. 99 zu § 626 BGB). Kommt ein Arbeitnehmer häufig zu spät zur Arbeit, bzw. tritt er seine Arbeitsleistung häufig unpünktlich an, so kommt eine außerordentliche Kündigung dann in Betracht, wenn die Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers den Grad und die Auswirkung einer beharrlichen Verletzung (Verweigerung) seiner Arbeitspflicht erreicht hat. Eine solche beharrliche Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsvertrag liegt insbesondere dann vor, wenn eine Pflichtverletzung trotz Abmahnung wiederholt begangen wird und sich daraus der nachhaltige Wille der vertragswidrig handelnden Partei ergibt, den arbeitsvertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen zu wollen (BAG, 17.03.1988; BAG Urteil vom 12.01.1956, AP Nr. 5 zu § 123 GewO).

Der Arbeitnehmer muss zu den behaupteten Vorwürfen der Unpünktlichkeit im Einzelnen Stellung nehmen und die Entschuldigungsgründe konkret und bezogen auf den jeweiligen Einzelfall benennen, um den Vorwurf verwerfen zu können.

2. Unpünktlichkeit liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt nicht in der Lage ist zu erscheinen, aus Kollegialität aber doch verspätet kommt, allerdings ohne sich im Zeitpunkt des Arbeitsbeginns beim Arbeitgeber krank zu melden. Insoweit der Arbeitnehmer noch in der Lage ist,

die Arbeitsstelle aufzusuchen, ist er nicht derart schwer erkrankt, dass er der Entschuldigungspflicht überhaupt nicht hätte nachkommen können.

3. Der besondere Kündigungsschutz eines Ersatzmitgliedes des Betriebsrats nach § 103 BetrVG beginnt im Falle der Urlaubsvertretung mit dem Nachrücken in den Betriebsrat, unabhängig vom Wissen des Ersatzmitglieds um den Vertretungsfall. Er endet jedoch mit Ablauf des letzten Tages, an dem das ordentliche Betriebsratsmitglied an der Amtsausübung verhindert ist (KR-Etzel, 7. Aufl., § 103 BetrVG, Rn 44 ff, 51). Sind folglich zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruches alle Betriebsratsmitglieder aus dem Urlaub zurückgekehrt, liegt kein Nachrücken des Ersatzmitgliedes vor. Damit kommt § 103 BetrVG nicht zur Anwendung und dem Ersatzmitglied bleibt nur der nachwirkende Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG.

■ Arbeitsgericht Stuttgart
vom 17. Juni 2004, 4 Ca 10514/03
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5, 70174 Stuttgart, Tel.: 0711//224199–00, Fax: –79; E-Mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

172. Verhaltensbedingte Kündigung ohne Abmahnung, Beleidigung von Vorgesetzten

Abfällige Äußerungen über den Vorgesetzten können auch bei einer über 50-jährigen, dem Vorstand direkt unterstellten Abteilungsleiterin, eine ordentliche Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen, wenn die Äußerungen im Zorn ausgestoßen wurden, der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin nach Ausspruch der Äußerungen noch zur Prokura vorschlägt und sich im Übrigen mit dem Ausspruch der Kündigung fast 3,5 Monate Zeit lässt.

Bei der Bewertung der Schwere des Vertragsverstoßes (hierzu HaKo-Fiebig, 2. Aufl., Rn 387 f. zu § 1 KSchG; GK-Dörner, Rn 294 ff. zu § 1 KSchG) stellt die Kammer wesentlich darauf ab, dass die Klägerin unmittelbar an den Vorstand berichtete, sie also in Anbetracht ihrer hervorgehobenen Stellung und der erforderlichen engen Zusammenarbeit eine besondere Pflicht zur Loyalität traf.

Ein weiterer entscheidender Umstand ist, dass die Klägerin die Äußerung gegenüber Untergebenen abgab, also gegenüber denjenigen Personen, die sie – unter Beachtung der Unabhängigkeit der Revisionsabteilung – zur Einhaltung der Vorgaben des Vorstands anzuhalten hatte. Durch ihre Bemerkungen hat die Klägerin die Autorität des Vorstandes, insbesondere des Vorstandsmitgliedes X, bei den ihr unterstellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern untergraben.

Die Äußerungen sind auch nicht etwa im privaten oder halb privaten Raum gefallen, sondern innerhalb einer üblichen Besprechung anlässlich der Urlaubsrückkehr eines Mitgliedes der Abteilung. Die Äußerungen fielen, ohne dass der Vorstand zu einer Eskalation beigetragen hätte und auch nicht lediglich in einer einzigen emotionsgeladenen Situation. Seit der Vor-

standssitzung, über deren Verlauf die Klägerin so verärgert war, waren bereits mehrere Tage vergangen. Überdies hatte sich die Klägerin, wie die beiden Zeuginnen bestätigten, bei mehreren Gelegenheiten in gleich abfälliger Weise über den Vorstand geäußert. Dies belegt, dass die Vorbehalte der Klägerin gegenüber dem Vorstand, insbesondere gegenüber der Person von Herrn X, tief sitzend und grundlegend waren.

Der vorherige Ausspruch einer Abmahnung ist entbehrlich. Darauf, ob die Klägerin die beanstandeten Äußerungen in Zukunft wiederholt, kommt es dabei nicht an. Selbst wenn sich die Klägerin in Zukunft solcher Bemerkungen enthalten würde, ist eine Wiederherstellung des – wie dargelegt – erforderlichen besonders großen Vertrauens nicht mehr zu erwarten. Die Herabsetzung des Vorstandes in den Augen der Beschäftigten der Revisionsabteilung hat bereits stattgefunden. Auch der Vorstand hat von den ehrkränkenden und – wie aus der Häufigkeit der abfälligen Bemerkungen zu schließen ist – ernst gemeinten Äußerungen der Klägerin erfahren. Damit ist das Vertrauensverhältnis so belastet, dass eine Zusammenarbeit zwischen dem Vorstand der Beklagten und der Klägerin nicht zumutbar ist (zur Entbehrlichkeit von Abmahnungen im Falle von fortdauernder Störung *HaKo-Fiebig*, a. a. O., Rn 205, 220 zu § 1 KSchG; GK, a.a.O., Rn 294 zu § 1 KSchG).

Gegen die Zumutbarkeit spricht nicht der Umstand, dass der Vorstand die Erteilung von Prokura an die Klägerin vorschlug. Zum einen steht nicht fest, wann überhaupt der Vorstand von den hier streitgegenständlichen Bemerkungen erfahren hat. Zum anderen aber kam es trotz der Zustimmung des Personalausschusses eben gerade nicht zu einer Erteilung von Prokura.

■ Arbeitsgericht Frankfurt am Main

vom 17. November 2004, 9 Ca 2913/04

eingereicht von Rechtsanwalt Axel Weber, Hansaallee 30–32, 60322 Frankfurt am Main, Tel.: 069/74749–0, Fax: -100; E-Mail: frankfurt@schmalzlegal.com, www.schmalzlegal.com

Anmerkung:

Ob man mit dieser Einzelfallentscheidung ganze Betriebe „aufräumen“ kann, sollte doch eher zweifelhaft sein. (*gr*)

173. Verhaltensbedingte fristlose Kündigung, Verstoß gegen Arbeitsordnung, Verwarnung

1. Sieht eine Betriebsvereinbarung „Arbeitsordnung“ bei einem Verstoß gegen Ordnungs- und Sicherheitsvorschriften ein abgestuftes System von Rügen vor, nämlich eine Verwarnung u. a. „als Missbilligung eines Verstoßes gegen die Ordnung“ und einen Verweis „bei ernsteren Verstößen, wenn der Betroffene bereits eine Verwarnung erhalten hat oder wenn eine Verwarnung nicht der Schwere des Verstoßes entsprechen würde“, so muss nach dem Ausspruch von zwei Verwarnungen wegen eines gleichartigen Pflichtverstoßes dem Arbeitnehmer zunächst bei einem dritten gleichartigen Ver-

stoß ein Verweis erteilt werden, bevor fristlos gekündigt werden darf.

2. Dies gilt auch dann, wenn in dem zweiten Verwarnungsschreiben ein Hinweis auf eine fristlose Kündigung bei einem weiteren Verstoß gegen die betriebliche Ordnung enthalten ist. Eine nach zweimaliger Verwarnung ausgesprochene fristlose Kündigung entspricht nicht dem „ultima-ratio-Prinzip“, da in dem betrieblichen Sanktionssystem der Verweis „übersprungen“ wurde, und ist deshalb unwirksam.

■ Landesarbeitsgericht Bremen

vom 18. November 2004, 3 Sa 170/04

174. Verhaltensbedingte fristlose Kündigung, Abgrenzung Vorbereitungs- zu Wettbewerbshandlungen

Mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist davon auszugehen, dass ein Angestellter, der sich selbstständig machen will, sein künftiges Handelsgewerbe zwar schon vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorbereiten darf und insbesondere solche Maßnahmen zulässig sind, die auf die Schaffung der formalen und organisatorischen Voraussetzungen für das geplante Eigenunternehmen gerichtet sind, dass hingegen unzulässig sind solche Vorbereitungshandlungen, die schon als Teil der werbenden Tätigkeit aufzufassen sind, weil sie unmittelbar in die Interessen des Arbeitgebers eingreifen (vgl. dazu BAG 11.11.1980 – 6 AZR 292/78). Eine unmittelbare Gefährdung der Geschäftsinteressen des Arbeitgebers wird nach dieser Rechtsprechung insbesondere in der Abwerbung von Arbeitnehmern und der Kontaktaufnahme mit Kunden oder anderen Vertragspartnern des Arbeitgebers gesehen. Die Kammer weist indes darauf hin, dass, wenn bei einer Verletzung der daraus resultierenden Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein Grund für eine fristlose Kündigung „an sich“ vorliegt, stets noch im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen ist, ob im konkreten Fall eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 25. Februar 2004, 4 Sa 1311/03

175. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen privater Arbeitsleistungen während der Arbeitsunfähigkeit

1. Verrichtet ein im Bauhof mit ähnlichen Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer während bestätigter Arbeitsunfähigkeit umfangreiche Garten- und Baumfällarbeiten, dann stellt dies auch dann einen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung dar, wenn er sich damit verteidigt, er habe sich nicht genesungswidrig verhalten, weil seine Arbeitsunfähigkeit auf psychische Probleme zurückzuführen gewesen sei, die auf Mobbing seiner Kollegen beruhen.

2. Dies gilt zumindest dann, wenn der Arbeitnehmer bereits einschlägig abgemahnt ist; der Einwand, es habe sich nur um „Nachbarschaftshilfe“ gehandelt, ist zumindest dann unbeachtlich, wenn der Kläger derartige Tätigkeiten in einem

Kündigungsschutzrecht

eigens hierfür angemeldeten Gewerbe auch gegen Entgelt anbietet.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 7. September 2004, 6 Sa 116/04

176. Verhaltensbedingte Kündigung wegen Management Buy-Out und Umstrukturierung – Auflösungsantrag – Leitender Angestellter

1. Die Absicht eines Angestellten, die Arbeitgeberin im Wege eines Management Buy-Outs zu übernehmen, stellt keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar. Solange die entsprechenden Planungen nicht über den Status der Vorbereitungshandlungen hinausgehen, besteht keine Offenbarungspflicht.

2. Ein Gesamtpersonalleiter für Werke mit mehr als 1000 Beschäftigten ist leitender Angestellter im Sinne von § 14 Abs. 2 KSchG, wenn er zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von einer nicht unerheblichen Zahl von Arbeitnehmern berechtigt ist. Das ist nicht der Fall, wenn für eine Einstellung oder Entlassung die Zustimmung des jeweiligen Fachvorgesetzten oder die Abstimmung mit dem Geschäftsführer oder anderen Mitgliedern des Management-Teams erforderlich ist.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 8. Januar 2004, 7 Sa 219/03, Rev. nicht zugel.

177. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung einer Pflegekraft

Nicht jede vorsätzlich oder fahrlässig begangene Körperverletzung zum Nachteil einer zu betreuenden Person führt bei bisher mehrjähriger beanstandungsfreier Tätigkeit einer Pflegekraft zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist; vielmehr ist eine Handlung im Affekt schuld mindernd zu berücksichtigen.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 20. August 2004, 9 Sa 923/03

178. Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung wegen Diebstahls eines Stempels

1. Der Diebstahl eines Stempels, der seit zwölf Jahren nicht mehr in Gebrauch ist, ist Grund für eine außerordentliche Kündigung. Im Rahmen der Interessensabwägung scheitert die Kündigung nicht am geringen Wert des Stempels, wenn der Stempel aufgrund der Verwechslungsgefahr mit dem derzeit gültigen Dienstsiegel und der Möglichkeit des unbefugten Gebrauchs für den Arbeitgeber noch einen hohen Stellenwert hat. Bei besonders schweren Verstößen, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei denen es offensichtlich ausgeschlossen ist, dass sie der Arbeitgeber hinnimmt, ist eine Abmahnung nicht erforderlich (BAG Urteil v. 12.08.1999 – 2 AZR 923/98).

2. Ein lediglich in fachlichen Fragen weisungsbefugter Mitarbeiter kann für die Wegnahme von Eigentum des Arbeitge-

bers kein Einverständnis geben. Ein Einverständnis liegt auch dann nicht vor, wenn dieser oder andere Mitarbeiter gleichen Ranges den Arbeitnehmer in der Vergangenheit angewiesen haben, „Unbrauchbares zu entfernen“ oder „ausgemustertes Material“ zu entsorgen. Es ist zu unterscheiden, ob es sich lediglich um eine Anweisung zur Aussonderung und Vernichtung handelt oder um eine Anweisung zur Verfügung von Eigentum, das dem Arbeitgeber gehört, zugunsten eines Dritten.

■ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
vom 30. September 2004, 19 Sa 37/04
eingereicht von Rechtsanwalt Jürgen Schmitt, Friedrichstraße 5, 70174 Stuttgart, Tel.: 0711//224199-00, Fax: -79; E-Mail: kanzlei@shp-anwaltskanzlei.de

179. Vorrang der Änderungskündigung

1. Trägt der Arbeitgeber zur Begründung der betriebsbedingten Kündigung wegen Umstrukturierung vor, der Vorgesetzte habe dem Arbeitnehmer die Umstrukturierung in mehreren Gesprächen erläutert, ihm einen anderen Arbeitsplatz angeboten und ihm gesagt, dass sein – des Arbeitnehmers – Arbeitsplatz wegfallen, so ist trotz der Erklärung des Arbeitnehmers, er wolle nicht den angebotenen, sondern einen Arbeitsplatz in einem anderen Bereich, die folgende Beendigungskündigung sozial nicht gerechtfertigt.

2. Der Arbeitnehmer kann sich im Prozess nach dem Grundsatz des „Vorrangs der Änderungskündigung“ auf den angebotenen Arbeitsplatz berufen. Der Ausspruch einer Änderungskündigung wäre nicht als bloßer Formalismus überflüssig, weil es an der Eindeutigkeit der Arbeitgebererklärung, bei Nichtannahme des Angebots sei die Beendigungskündigung die Folge, und an der Einräumung einer Bedenkzeit von einer Woche fehlt (so ausdrücklich schon BAG vom 27.09.1984, 2 AZR 62/83).

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg
vom 16. November 2004, 6 Sa 869/03

180. Weiterbeschäftigung, Änderungskündigung

1. Der Vorrang einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit vor einer Beendigungskündigung gilt entsprechend, wenn der Arbeitgeber statt einer Änderungskündigung den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz zu im Wesentlichen gleichen Arbeitsbedingungen beschäftigen könnte, die den Arbeitnehmer weniger belasten würden.

2. Für die Frage, ob eine Weiterbeschäftigung möglich ist, ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem bei dem Arbeitgeber der Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit erkennbar ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 4. November 2004, 5 Sa 1301/03, Rev. nicht zugel.

181. Zugangsvereitelung, nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage

Ermächtigt eine, sich einer auswärtigen Reha-Maßnahme unterziehende, Arbeitnehmerin ihre Tochter zum Empfang von Briefpost, und verschweigt die Empfangsbotin, aus Sorge um die Gesundheit der Mutter, den Erhalt eines Kündigungsschreibens, so läuft zwar die Dreiwochenfrist ab diesem Tag, die Klage ist jedoch nachträglich zuzulassen, weil das Verschulden der Tochter weder nach § 85 Abs. 2 ZPO, noch nach § 278 der Klägerin zuzurechnen ist.

Eine Zurechnung nach § 85 Abs. 2 ZPO scheidet schon deswegen aus, weil die Tochter nicht Prozessbevollmächtigte der Klägerin war. Sie war lediglich dazu ermächtigt, Post in Empfang zu nehmen und weiterzuleiten (zur Problematik LAG Frankfurt/Main v. 15.11.1988 – 7 Ta 347/88, LAGE Nr. 41 zu § 5 KSchG). Das Verschulden der Tochter ist der Klägerin auch nicht gemäß § 278 BGB zuzurechnen. Dies käme nur dann in Betracht, wenn sich die Beauftragung der Tochter auf die Prozessführung bezogen hätte (KR-Friedrich, 6. Aufl. 2002, Rz 69 a zu § 5 KSchG).

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 30. Juni 2004, 3 Ca 1657/04, sof. Beschwerde zugel.

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 02224/2638 und 967565, Fax: - 78544; E-Mail: mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

Betriebsverfassungs-/ Personalvertretungsrecht

182. Betriebsrat, Betriebsübergang, Fluggastkontrolle

1. Bei einem Betriebsübergang bleibt der für den Betrieb gewählte Betriebsrat im Amt und für die Ausübung der Mitbestimmungsrechte zuständig.

2. Auch bei der Übernahme eines Bewachungsauftrags (hier: Fluggastkontrolle in einem Verkehrsflughafen) kann ein Betriebsübergang vorliegen, wenn die übernommenen Mitarbeiter über besondere Fachkunde verfügen und die zu erfüllende Aufgabe durch die Übernahme spezieller Betriebsmittel geprägt ist (im Anschluss an EuGH 20.11.2003 – Rs. C-340/01 – *Abler*, NZA 2003, 1385).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 12. August 2004, 6 TaBV 42/04

183. Neuwahl Personalausschusses des Betriebsrates, Anfechtung

Der Betriebsrat braucht bei der Bildung von Ausschüssen nach § 28 Abs. 1 Satz 1 BetrVG keine Ersatzmitglieder zu wählen. Eine Ersatzmitgliedschaft ergibt sich nicht ohne weiteres aus einer entsprechenden Anwendung des § 25 Abs. 2 BetrVG. Es

fällt in der Gestaltungsfreiheit des Betriebsrats, ob und wie er auf ein Absinken der Zahl der Mitglieder eines Arbeitsausschusses reagiert. Es ist ihm unbenommen, den Ausschuss neu zu konstituieren und dabei die Zahl seiner Mitglieder neu festzusetzen.

Da eine gesetzliche Regelung über die Ersatzmitgliedschaft in Betriebsratsausschüssen fehlt, fällt es in die Gestaltungsfreiheit des Betriebsrates, ob und wie er auf ein Absinken der Zahl der Mitglieder eines Ausschusses reagiert. Das gilt insbesondere für Arbeitsausschüsse nach § 28 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, deren Bildung und Größe im Ermessen des Betriebsrates steht. Eine analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BetrVG ist nicht zwingend erforderlich.

Zweck des § 25 Abs. 2 BetrVG ist es, die Arbeitsfähigkeit des Betriebsrates zu sichern, was nicht gewährleistet ist, wenn die Zahl seiner Mitglieder unter die gesetzlich vorgeschriebene Zahl sinkt. Im Fall des Absinkens der Mitglieder eines freiwillig gebildeten Arbeitsausschusses ist die Gefahr der Beeinträchtigung der Betriebsratsarbeit dagegen nicht gegeben, weil das Betriebsratsgremium als solches arbeitsfähig bleibt. Wenn es dafür hält, dass ein Arbeitsausschuss die ihm gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 27 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BetrVG übertragenen Aufgaben infolge des Absinkens seiner Mitgliederzahl nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann, kann es dem Arbeitsausschuss die Aufgaben oder Teile der Aufgaben wieder entziehen (§ 28 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 27 Abs. 2 Satz 4 BetrVG), um sie selbst zu erledigen oder um sie an andere Ausschüsse gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 27 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BetrVG zu übertragen. Der Betriebsrat kann aber auch für einen Ersatz ausgeschiedener Mitglieder sorgen, wobei über das Verfahren vorliegend nicht zu befinden ist, insbesondere nicht darüber, ob dabei auf § 25 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BetrVG zurückgegriffen werden muss (vgl. zum Meinungsstand: FHES, a. a. O., § 27, Rn 30 ff.; *Richardi-Thüsing*, a. a. O., § 27, Rn 18 ff.; *GK-Wiese/Raab*, 7. Auflage, § 27, Rn 46 ff.). Der Betriebsrat kann sich jedoch auch dazu entschließen, den Ausschuss neu zu konstituieren, indem er das Absinken der Zahl seiner Mitglieder zum Anlass nimmt, die verbliebenen Mitglieder gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 27 Abs. 2 Satz 5 BetrVG abzurufen, um sodann gemäß § 28 Abs. 1 Sätze 1 und 3 i.V.m. § 27 Abs. 2 Sätze 2 und 3 und Abs. 2 Sätze 2 bis 4 BetrVG die Größe und die Aufgaben des Ausschusses neu zu bestimmen und seine Mitglieder neu zu wählen. Erst recht kann er das, wenn, wie vorliegend geschehen, alle Mitglieder des Ausschusses ihr Amt niederlegen.

Betriebsratsmitglieder sind nicht verpflichtet, ein Amt in einem Ausschuss zu übernehmen. Daher können die gewählten Mitglieder ihr Amt auch jederzeit niederlegen (FHES, a. a. O., § 27, Rn 44; *Richardi-Thüsing*, a. a. O., § 27, Rn 23; *GK-Wiese/Raab*, a. a. O., § 27, Rn 30).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 12. Mai 2004, 15 TaBV 75/03, Rechtsbeschwerde zugel.

Betriebsverfassungsrecht

184. Betriebsratsmitglied, Versetzung, Wegfall der Wechselschichtzulage

Der Arbeitgeber darf ein einschlägig abgemahntes Betriebsratsmitglied, das außerhalb seiner Arbeitszeit im Betrieb erscheint und Mitarbeiter über eine Stunde lang in Gespräche verwickelt und dadurch von der Arbeit abhält mit der Folge entsprechender Beschwerden in eine andere Abteilung versetzen, auch wenn es dort nur noch in Tagesschicht beschäftigt werden kann und deshalb über 500,- Euro brutto monatlich an Zulagen verliert.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 24. September 2004, 6 Sa 1116/04

185. Betriebsratsschulung, Erforderlichkeit

Die Schulung von örtlichen Betriebsratsmitgliedern bei einer bevorstehenden unternehmensweiten Betriebsänderung ist erforderlich, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats weder der Interessenausgleich noch der Sozialplan abgeschlossen gewesen sind, sondern erst umfangreiche Verhandlungen zwischen dem Unternehmen und dem Gesamtbetriebsrat stattgefunden haben.

Wenn auch die Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits ein konkretes Ziel bezüglich der Neustrukturierung des Außenendienstes verfolgt hat, so konnte letztlich erst mit Abschluss der Interessenausgleichsverhandlungen feststehen, welche Maßnahmen konkret durchgeführt werden.

Während für die Interessenausgleichsverhandlungen einer unternehmerischen Neustrukturierung jedenfalls der Gesamtbetriebsrat zuständig sein dürfte, so ist dieses nicht ohne weiteres für den Abschluss des Sozialplans gegeben. Aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für die Vereinbarung über den Interessenausgleich folgt nicht automatisch die Zuständigkeit für den Abschluss des Sozialplans. Hierfür muss insoweit ein zwingendes Bedürfnis nach einer betriebsübergreifenden Regelung bestehen, da vorrangig der örtliche Betriebsrat zuständig ist und eine Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nur ausnahmsweise gemäß § 50 BetrVG gegeben ist, wenn die Angelegenheit nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können.

Ein Sozialplan soll die sozialen Belange der von einer wirtschaftlichen Entscheidung des Unternehmens betroffenen Arbeitnehmer wahren. Ob die mit dieser Entscheidung verbundenen Nachteile unternehmenseinheitlich oder betriebsbezogen auszugleichen sind, bestimmt sich insbesondere nach Gegenstand und Ausgestaltung der Betriebsänderung im Interessenausgleich sowie nach den im Einzelfall den Arbeitnehmern hierdurch entstehenden Nachteilen (so BAG, Beschluss vom 23.10.2002, a. a. O.).

Welche Art der Betriebsänderung vorgenommen werden soll, entscheidet sich deshalb letztlich erst im Interessenausgleich, in dessen Folge zu überprüfen ist, ob nunmehr die Sozial-

planverhandlungen gemäß der zu treffenden Maßnahmen auf Betriebsebene oder auf Unternehmensebene und damit auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats stattfinden. Regelt ein mit dem Gesamtbetriebsrat vereinbarter Interessenausgleich eine Betriebsänderung, die einzelne Betriebe unabhängig voneinander betrifft, oder eine solche, die sich auf einen Betrieb beschränkt, ist ein unternehmensweit zu findender Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile im Sozialplan nicht zwingend. Erfassen die im Interessenausgleich vereinbarten Betriebsänderungen hingegen mehrere oder sogar sämtliche Betriebe des Unternehmens und ist die Durchführung des Interessenausgleichs abhängig von betriebsübergreifend einheitlichen Kompensationsregelungen in dem noch abzuschließenden Sozialplan, so kann diese Aufgabe von den Betriebsräten der einzelnen Betriebe nicht mehr wahrgenommen werden; sie ist dem Gesamtbetriebsrat zuzuweisen (so BAG, Urteil vom 11.12.2001, Az. 1 AZR 193/01 a. a. O.).

Da zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats nicht feststand, wie der Interessenausgleich im Einzelnen aussah, musste sich der Betriebsrat darauf vorbereiten, dass auch eine Sozialplanregelung auf örtlicher Ebene möglich gewesen ist. Da beim Betriebsrat die vorrangige Zuständigkeit liegt, war der Betriebsrat auch aus der Sicht eines vernünftigen Dritten berechtigt, sich auf Sozialplanverhandlungen vorzubereiten, ggf. unverzüglich nach Abschluss des Interessenausgleichs Verhandlungen aufzunehmen. Für den Betriebsrat gab es deshalb vorliegend einen konkreten betrieblichen Anlass, Informationen fachlicher Art einzuholen, um demnächst anfallende Aufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können. Der Betriebsrat musste sich Kenntnisse darüber verschaffen, ob er einerseits überhaupt berechtigt war, Sozialplanverhandlungen aus seiner Sicht zu fordern und ggf. dieses auch durchzusetzen und wie dieses zu geschehen hat.

Hierfür war das angebotene Seminar geeignet. Hierbei wurden nicht nur die Definition der Betriebsänderungen und damit zusammenhängende Rechtsfragen behandelt, vielmehr auch das Verhältnis zwischen Sozialplan und Interessenausgleich wie auch insbesondere die Stellung des Gesamtbetriebsrats und des Betriebsrats. Gerade hieraus konnte der Betriebsrat Informationen für sich herleiten, inwieweit er selbst oder der Gesamtbetriebsrat aufgrund der konkreten Betriebsänderung Sozialplanverhandlungen fordern konnte. Insoweit waren die Vermittlungen dieser speziellen Kenntnisse für den Betriebsrat insgesamt erforderlich.

Wenn sich auch rückblickend nach Abschluss des Interessenausgleichs ergeben hat, dass die Teilnahme an der Schulungsveranstaltung im objektiven Sinne letztlich nicht erforderlich gewesen ist, so spielt das für die vorliegende Frage der Erforderlichkeit der Schulung keine entscheidende Rolle, da es auf den Zeitpunkt der Fassung des Betriebsratsbeschlusses ankam. Wenn die Beklagte im vorliegenden Verfahren auch vielfach darauf hinweist, dass der Gesamtbetriebsrat zuständig gewesen ist, so mag dieses letztlich zutreffen, ist für die

Prüfung, ob zum damaligen Zeitpunkt die Erforderlichkeit der Schulung gegeben war, aber nicht von entscheidender Bedeutung.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 10. September 2004, 16 Sa 142/04

186. Wahlvorstand, unverzügliche Einleitung der Betriebsratwahl

Der Wahlvorstand hat die Wahl des Betriebsrats unverzüglich einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen, ohne Rücksicht darauf, ob Rechtsfragen offen sind, die sich auf das Wahlverfahren auswirken können. Kommt der Wahlvorstand dieser Verpflichtung nicht nach, ersetzt ihn das Arbeitsgericht.

Aber auch bei näherer Betrachtung der Umstände des Einzelfalles ist die Kammer zu der Überzeugung gelangt, dass der Wahlvorstand die Einleitung der Wahl schuldhaft verzögert. Der Wahlvorstand ist zwar nicht untätig geblieben. Er hat durchaus eine Reihe von Aktivitäten entwickelt, die sich im Einzelnen aus der von ihm eingereichten Anlage „Aktionsliste Wahlvorstand 2003/04“ ergeben. Der Wahlvorstand trägt z. B. unbestritten vor, dass allein in der Zeit bis zum 18.12.2003 23 Wahlvorstandssitzungen stattgefunden haben. Zu berücksichtigen ist aber, dass auch „blinder Aktionismus“ in Wirklichkeit eine Untätigkeit darstellen kann; dies gilt insbesondere dann, wenn Maßnahmen oder Entscheidungen des Wahlvorstandes in so hohem Maße unzweckmäßig oder unrechtmäßig sind, dass sie letztlich die Wahl überhaupt *unmöglich machen* (GK-Kreutz, BetrVG, 7. Aufl., §18 BetrVG Rn 45; Fitting/Kaiser/Heitner/Engels/Schmidt, BetrVG, § 18 BetrVG Rn 48).

Der Erstellung der Wählerlisten standen nach Auffassung des Wahlvorstandes zunächst zwei klärungsbedürftige Fragen entgegen, nämlich, ob Personen, die aufgrund von Werkverträgen für die Beteiligte zu 5. tätig wurden, in Wahrheit als Arbeitnehmer anzusehen und damit wahlberechtigt sind und darüber hinaus, ob die Beteiligte zu 5. mit dem VKA einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetz bildet.

Die erste Frage hatte der Wahlvorstand allerdings spätestens am 16.10.2003 geklärt. Denn nach seinem eigenen Vortrag hat er in der Wahlvorstandssitzung am 16.10.2003 die Unterlagen zu den Werkverträgen durchgesehen und festgestellt, dass es sich bei den meisten Verträgen nicht um Werkverträge handelt. Daraus ergibt sich, dass sich der Wahlvorstand eine abschließende Meinung zu der Frage gebildet hat, ob und ggf. welche „Werkvertragler“ in die Wählerliste aufgenommen werden sollen. Weiterer Tätigkeiten des Wahlvorstandes zur Klärung dieser Frage bedurfte es mithin nicht.

Die zweite Frage, d. h. die Frage, ob die Beteiligte zu 5. mit dem VKA einen gemeinsamen Betrieb bildet, mag – aus Sicht des Wahlvorstandes – weiterhin klärungsbedürftig sein. Dies kann aber nicht dazu führen, dass die Neuwahl des Betriebsrates bis zur rechtskräftigen Entscheidung über das

vom Wahlvorstand zur Klärung dieser Frage am 17.02.2004 eingeleitete Beschlussverfahren hinausgezögert wird. Denn dies würde aufgrund des Zeitablaufs mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Vereitelung der gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG erforderlichen Neuwahl führen. Hinzukommt, dass die Frage des gemeinsamen Betriebes zwischen der Beteiligte zu 5. und dem VKA bereits seit langem Thema im Betrieb der Beklagten zu 5. ist. Bisher hat dies jedoch die Durchführung der Betriebsratswahlen nicht gehindert. Den Erörterungen in der mündlichen Verhandlung hat die Kammer entnommen, dass bisher die bei dem VKA eingestellten, aber im Betrieb der Beteiligte zu 5. tätigen Arbeitnehmer, in die Wählerliste aufgenommen worden sind. Da der Wahlvorstand die Auffassung vertritt, es handele sich um einen gemeinsamen Betrieb, ist er auch bei der Durchführung der nun anstehenden Wahl nicht daran gehindert, entsprechend vorzugehen.

Soweit der Wahlvorstand nunmehr anführt, er benötige die von dem Rektor der RWTH begehrten Auskünfte über die Arbeitnehmer des VKA, die im VKA tätig sind, da diese – sofern sie nicht ausschließlich mit Hochschulaufgaben betraut sind – bei der anstehenden Betriebsratwahl wahlberechtigt seien, so mag dieses Begehren aus Sicht des Wahlvorstandes nachvollziehbar sein. Da der Rektor der RWTH bisher aber nicht bereit war, die begehrten Auskünfte zu erteilen, muss der Wahlvorstand die Wahl ohne Berücksichtigung dieser Arbeitnehmer des VKA durchführen. Er kann nicht abwarten bis die Frage des gemeinsamen Betriebes abschließend gerichtlich geklärt ist, oder eine einvernehmliche Lösung mit dem Rektor der RWTH gefunden wird. Denn dies würde faktisch zu einer Aussetzung der Durchführung der Wahl führen. Dies ist aber mit der gesetzlichen Regelung des §§ 13 Abs. 2 Nr. 2, 18 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht vereinbar.

Der Wahlvorstand muss daher in diesem Fall die Wahl so durchführen, dass der neu zu wählende Betriebsrat sein Amt *möglichst bald* antreten kann. Damit ist die vorherige endgültige gerichtliche Klärung einer Streitfrage, die das Wahlverfahren betrifft, nicht vereinbar. Spätestens nachdem der Rektor der RWTH die Erteilung der Auskünfte über die beim VKA tätigen Arbeitnehmer abgelehnt hatte, hätte der Wahlvorstand die Wählerlisten erstellen müssen, und zwar auf der Grundlage der ihm vorliegenden Informationen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der Wahlvorstand die Wahl mit den ihm zur Verfügung stehenden Informationen, d. h. ohne Berücksichtigung der Arbeitnehmer des VKA, hätte einleiten müssen. Die endgültige Klärung von Rechtsfragen, die sich auf das Wahlverfahren auswirken können, kann im Hinblick auf die Dringlichkeit, mit der die Wahl durchzuführen ist, nicht abgewartet werden. Würde man dem Wahlvorstand zugestehen, alle möglicherweise für die Wahl erheblichen Streitfragen erst abschließend gerichtlich klären zu lassen, bevor die Wahl eingeleitet und durchgeführt wird, würde dies zu einer Vereitelung der gesetzlich vorgesehenen Neuwahl des Betriebsrates führen. Dies kann nach Auffassung

Betriebsverfassungsrecht

der Kammer nicht hingenommen werden. Für den Fall, dass rechtskräftig festgestellt werden sollte, dass ein gemeinsamer Betrieb der Beteiligten zu 5. und des VKA besteht, verbleibt die Möglichkeit, die Wahl gemäß § 19 BetrVG anzufechten.

■ Arbeitsgericht Aachen

vom 5. März 2004, 9 BV 71/03, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Dieter Brammertz, Prämienstraße 19, 52076 Aachen, Tel.: 02408/14578–0, Fax: -30; E-Mail: dr.brammertz@rae-aachen.de

187. Informationspflicht trotz Interessenausgleich

Trotz Abschlusses eines Interessenausgleichs besteht eine umfangreiche Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG. Enthält der Interessenausgleich keine konkreten Angaben zum Kündigungsgrund und zur unternehmerischen Entscheidung, die der Kündigung zugrunde liegt, sondern behauptet der Arbeitgeber, dem Betriebsrat mündlich im Rahmen von gemeinsamen Verhandlungen zur Festlegung der zu kündigenden Arbeitnehmer informiert zu haben, ist er hierfür vollumfänglich darlegungs- und beweispflichtig.

■ Arbeitsgericht Siegburg

vom 28. Juli 2004, 2 (5) 3798/03, rkr.

eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 02224/2638 und 967565, Fax: -78544; E-Mail: mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

188. einheitliche Verwaltung, gemeinsamer Betrieb

Schließt ein Abwasserverband, den drei Gemeinden bilden, mit einer Mitgliedsgemeinde einen Betriebsführungsvertrag ab, so bildet der Verband mit dieser Mitgliedsgemeinde eine einheitliche Verwaltung analog dem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen (noch offen gelassen in BAG-Urteil vom 21.02.2001, Az. 2 AZR 579/99) mit der Folge, dass eine ohne Anhörung des bei der Mitgliedsgemeinde bestehenden Personalrats ausgesprochene Kündigung gem. §§ 77, 72 LPVG Baden-Württemberg, § 108 Abs. 2 Bundespersonalvertretungsgesetz unwirksam ist.

Der beklagte Verband bildet mit der Stadt Haigerloch eine einheitliche Verwaltung analog dem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen. Eine solche rechtliche Verbindung mehrerer an sich selbstständiger Verwaltungsträger des öffentlichen Dienstes ist möglich (noch offen gelassen in BAG, Urteil vom 21.02.2001, Az. 2 AZR 579/99). Voraussetzung ist, dass die Verbindung der Verwaltungsträger den Kriterien des Bundesarbeitsgerichts entspricht, welche für den gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen aufgestellt wurden. Nach der Rechtsprechung des BAG zu § 1 BetrVG besteht ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebs-

mittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Hierzu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Die einheitliche Leistung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genügt nicht, BAG, Beschluss vom 21.02.2001, Az. 7 ABR 9/00, vom 11.02.2004, AZ. 7 ABR 27/03.

Die Einheitlichkeit der Leitung im Hinblick auf personelle und soziale Angelegenheiten kann insbesondere anhand der folgenden Indizien ermittelt werden (vgl. APS/Moll, 2. Auflage, § 23 KSchG, Rand-Nr. 17): gemeinsame Nutzung von Betriebsmitteln und gemeinsame Unterbringung, organisatorische, personelle und technische Verknüpfung der Arbeitsabläufe, gemeinsame zentrale Betriebseinrichtungen, Personenidentität der Geschäftsführung oder auf der Ebene leitender Angestellter, Austausch und Fluktuation von Arbeitnehmern, übergreifender Personaleinsatz, koordinierte Urlaubsplanung, durchgehendes Weisungsrecht, gemeinsame Einstellungen und Entlassungen.

Ausgehend hiervon ist vorliegend von einer einheitlichen Verwaltung im Sinne eines einheitlichen Betriebes analog auszugehen: Beklagter und Stadt Haigerloch haben sich aufgrund des Betriebsführungsvertrages zum Betrieb auch der Kläranlage des Beklagten gemeinsam mit den Kläranlagen der Stadt Haigerloch verbunden. Innerhalb ihres Zuständigkeitsgebietes verfolgen beide Verwaltungsträger aufgrund dessen mit ihren gemeinsamen eingesetzten Betriebsmitteln (Einrichtungen, Fahrzeuge) einen gemeinsamen arbeitstechnischen Zweck, welcher in der Durchführung von Abwasserreinigung besteht. Insoweit ist hinsichtlich des arbeitstechnischen Zwecks nicht auf die Aufgabe der Abwasserreinigung der im einen oder anderen Gebiet anfallenden Abwässer abzustellen, sondern auf den Zweck an sich, eine Abwasserreinigung für das Gebiet der beteiligten Verwaltungen zu gewährleisten. Dass dies in verschiedenen Kläranlagen und somit räumlicher Trennung von Betriebsstätten erfolgt, steht der Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs nicht entgegen (*Däubler/Kittner*, BetrVG, 7. Auflage, § 1 Rn 75 f).

■ Arbeitsgericht Reutlingen

vom 12. November 2004, 3 Ca 460/03

eingereicht von Rechtsanwalt Gerd Kahle, Friedrichstraße 28, 72336 Balingen, Tel.: 07433/7098, Fax: /20325; E-Mail: Anwaltskanzlei.Karle@t-online.de

189. Interessenausgleich, Nachteilsausgleich, Betriebsänderung

1. Ein Arbeitgeber ist verpflichtet, durch Anrufung der Einigungsstelle einen schriftlichen Interessenausgleich auch dann zu versuchen, wenn der Betriebsrat – mündlich – mehrfach

kundgetan hat, an einer beabsichtigten Betriebsänderung in keiner Weise mitwirken zu wollen. Unterlässt der Arbeitgeber einen derartigen Versuch, ist er zu Zahlung eines Nachteilsausgleichs nach § 113 Abs. 3 BetrVG verpflichtet.

2. Eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, die eine Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Ziffer 4 BetrVG darstellt, ist auch dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber eine neue Organisationsstruktur einführt bei der die hierarchische Ebene der Regionalleiter vollständig beseitigt wird und die Außendienstmitarbeiter unmittelbar dem Außendienstleiter unterstellt werden.

Wenn zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat kein wirksamer Interessenausgleich zustande kommt, muss der Arbeitgeber vor der tatsächlichen Durchführung der Betriebsänderung alle Möglichkeiten einer Einigung über den Interessenausgleich ausschöpfen (vgl. BAG 18. Dezember 1984 – 1 AZR 176/82 – BAGE 47, 329, 333 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 12, zu I 2 b der Gründe; 9. Juli 1985 – 1 AZR 323/83 – BAGE 49, 160, 167 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 13, zu I 4 der Gründe; 20. November 2001 – 1 AZR 97/01 – BAGE 99, 377, 380 = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 39, zu I 1 d der Gründe). Ihn trifft dabei die Obliegenheit, erforderlichenfalls auch die Einigungsstelle anzurufen (BAG 18. Dezember 1984, a.a.O., zu I 2 b der Gründe; 20. April 1994 – 10 AZR 186/93 – BAGE 76, 255, 260 f. = AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 113 Nr. 22, zu II 2 a der Gründe; 20. November 2001, a.a.O., zu I 1 d der Gründe). Dies gilt auch in Fällen, in denen der Betriebsrat mit der Maßnahme einverstanden ist, es für einen wirksamen Interessenausgleich jedoch an der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform fehlt (BAG 9. Juli 1985, a.a.O., zu I 4 der Gründe). Nur das weitere Verfahren vor der Einigungsstelle kann zu der notwendigen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit führen, auf welche die Beteiligten und die betroffenen Arbeitnehmer angewiesen sind.

Vom Arbeitgeber wird damit nichts Unzumutbares verlangt. Sofern eine Einigung mit dem Betriebsrat erfolgt ist, hat der Betriebsratsvorsitzende keinen Grund, das Verlangen des Arbeitgebers nach einer gemeinsamen schriftlichen Niederlegung abzulehnen. Tut er dies gleichwohl, kann die Ursache gerade darin liegen, dass ein entsprechender ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss noch fehlt. Sollte sich aber tatsächlich einmal ein Betriebsratsvorsitzender pflichtwidrig weigern, trotz eines Betriebsratsbeschlusses über die Zustimmung zur geplanten Betriebsänderung dem Verlangen des Arbeitgebers nach schriftlicher Niederlegung nachzukommen, mag ausnahmsweise der Weg zur Einigungsstelle entbehrlich sein. Diesen Ausnahmefall darzutun und erforderlichenfalls zu beweisen, ist freilich Sache dessen, der sich auf ihn beruft.

Mit formlosen Mitteilungen des Betriebsratsvorsitzenden, der Betriebsrat halte die Maßnahme nicht für mitbestimmungspflichtig, wolle sich an ihr nicht beteiligen, habe gegen sie

keine Einwendungen oder stimme ihr zu, darf sich daher der Arbeitgeber in seinem eigenen Interesse nicht begnügen. Der Betriebsrat ist verpflichtet, sich auf Verhandlungen mit dem Arbeitgeber einzulassen und sie ebenso wie dieser mit dem ernsthaften Willen zur Einigung zu führen (vgl. *Fitting*, §§ 112, 112 a Rn 26). Diese gemeinsame Verpflichtung von Arbeitgeber und Betriebsrat besteht im Interesse der von der geplanten Betriebsänderung betroffenen Arbeitnehmer. Der Betriebsrat kann deshalb auf seine gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung an der Entscheidung über das Ob, Wann und Wie der Betriebsänderung auch nicht etwa wirksam verzichten. Ebenso wenig wird der Arbeitgeber durch das Desinteresse des Betriebsrats an einem Interessenausgleich von seiner Verpflichtung zu diesem Versuch befreit.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 25. Oktober 2004, 1 AZR 493/03

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Volker Hertwig, Contrescarpe 10, 28203 Bremen, Tel.: 0421/335810, Fax: -321970; E-Mail: auctor@wagner-ohrt.de, www.wagner.ohrt.de

190. Interessenausgleich, Nachteilsausgleich, Abspaltung eines kleinen Betriebsteils,

1. Der Annahme einer Spaltung gemäß § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG steht nicht entgegen, dass es sich um einen verhältnismäßig kleinen Betriebsteil handelt, der veräußert wird (im vorliegenden Fall mit 8 von 188 Arbeitnehmern des gesamten Betriebes). Maßgeblich ist allein, ob es sich um eine veräußerungsfähige bzw. „abspaltungsfähige“ Einheit handelt. Davon ist auszugehen, wenn eine Cafeteria eines Einkaufsmarktes, in der 8 Arbeitnehmer beschäftigt werden, veräußert wird, auch wenn in dem Einkaufsmarkt 180 Arbeitnehmer verbleiben.

2. Verhandelt der Arbeitgeber mit dem Betriebsrats eines Unternehmens mit 188 Arbeitnehmern nicht über einen Interessenausgleich wegen des Teilbetriebsübergangs einer Cafeteria mit 8 Arbeitnehmern, der zugleich als Abspaltung nach § 111 BetrVG anzusehen ist, können zumindest die Arbeitnehmer des abgespaltenen Betriebsteils Nachteilsausgleichsansprüche nach § 113 BetrVG geltend machen.

3. Voraussetzung eines Anspruches auf Nachteilsausgleich gemäß § 113 BetrVG ist, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Betriebsänderung und dem eingetretenen Nachteil besteht, wobei ein mittelbarer Zusammenhang ausreicht.

4. Widerspricht ein Arbeitnehmer einem Teilbetriebsübergang, der gleichzeitig als Spaltung gemäß § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG anzusehen ist, und wird er deshalb zu Recht gekündigt, beruht diese Kündigung nicht auf der Spaltung, sondern auf dem Widerspruch gegen den Betriebsübergang. Ein Kausalzusammenhang zwischen der Betriebsänderung und dem Verlust des Arbeitsplatzes besteht nicht. Bei der Kündigung handelt es sich nicht um eine „spaltungsbedingte Folge“, der Kausalzusammenhang ist durch den Widerspruch unterbrochen.

Betriebsverfassungsrecht

5. Wenn mehrere Arbeitnehmer einem Teilübergang widersprechen und im „Altbetrieb“ nicht weiterbeschäftigt werden können und deshalb gekündigt werden, sind allerdings diese Kündigungen ihrerseits interessenausgleichspflichtig, wenn die Voraussetzungen des § 17 KSchG vorliegen.

■ Landesarbeitsgericht Bremen
vom 21. Oktober 2004, 3 Sa 77/04

191. Mitbestimmung des Betriebsrates, Versetzung, leitende Angestellte

1. Wenn eine Arbeitnehmerin von der Position einer leitenden Angestellten auf die Position einer nicht leitenden Angestellten versetzt wird, ist dies nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

2. Eine zur Einordnung als leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 S. 2 BetrVG erforderliche Schlüsselposition im Unternehmen hat nicht bereits eine Regionalleiterin inne, die zwar von Standardverträgen abweichen darf, die Verträge allerdings noch einmal von der Rechtsabteilung auf Risiken überprüft lassen muss. Der Angestellten ist insofern ein Verwaltungsverfahren vorgegeben, das sie in ihrer Entscheidungsfreiheit einschränkt.

Gemäß § 5 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG ist leitender Angestellter, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebes von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst.

Nach der Rechtsprechung des BAG's (vgl. etwa 25.10.2001, 2 AZR 358/00 kommt es bei § 5 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 BetrVG entscheidend auf Folgendes an: Die Norm enthält eine funktionsgebundene Umschreibung des leitenden Angestellten. Die der Norm verwandten Worte „sonstigen Aufgaben“ bringen zum Ausdruck, dass der Angestellte nicht nur nach Nr. 1 und Nr. 2 der Norm, sondern auch nach Nr. 3 spezifische unternehmerische Führungsaufgaben wahrnehmen muss. Entscheidend ist demnach, inwieweit dem Angestellten unternehmerische (Teil-) Aufgaben übertragen worden sind und er diese ausgeführt hat. Der Status des leitenden Angestellten ist allein von dessen Funktion zu bestimmen und entzieht sich einer Festlegung durch Einkommensgrenzen, durch Leitungsebenen der Unternehmenshierarchie, durch bestimmte Aus- und Vorbildungen oder durch zahlenmäßig fixierte Sach- oder Personalverantwortungen. Unternehmerische Funktionen machen einen Angestellten nur dann zum leitenden Angestellten, wenn er Aufgaben von einer gewissen Breite für das Unternehmen annimmt. Solche Aufgabenstellungen, die den Angestellten in die Nähe zum Unternehmer (Arbeitgeber) rücken, müssen von der Leitung des Unternehmens auf ihn übertragen worden sein und ihm

Einwirkungsmöglichkeiten eröffnen, die regelmäßig für das Unternehmen, zumindest für den Bestand und die Entwicklung eines Betriebs des Unternehmens, von Bedeutung sind. Durch die gesetzliche Formulierung wird deutlich, dass nur solche Schlüsselpositionen im Unternehmen erfasst werden sollen, die für die Verwirklichung der unternehmerischen Zielsetzung besonders wichtig sind. Die Schlüsselfunktion muss dabei nicht auf personellem Gebiet liegen. Es genügt, dass der Angestellte mit wirtschaftlichen, technischen, kaufmännischen, organisatorischen oder wissenschaftlichen Führungsaufgaben betraut worden ist. Um aber von einer unternehmerischen Teilaufgabe sprechen zu können, muss dem Angestellten ein rechtlich und tatsächlich eigener, erheblicher Entscheidungsspielraum zur Verfügung stehen. Der Angestellte muss also mit weitgehender Weisungsfreiheit und Selbstbestimmung im Rahmen seiner Tätigkeit handeln können. Auf die Funktionsbezeichnung im Anstellungsvertrag des Angestellten kommt es für die Qualifizierung seines Status nicht an.

■ Arbeitsgericht Düsseldorf
vom 8. November 2004, 7 BV 121/04
eingereicht von Rechtsanwalt Rüdiger Matyssek, Düsseldorfer Str. 21, 40878 Ratingen, Tel.: 02102-71140-12, Fax: -47;
E-Mail: perlitz@matyssek-kirchmann.de

192. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, kirchliche Mitarbeitervertretung, Umschüler, Wahlrecht zur Mitarbeitervertretung, Verfügungsgrund bei Ausbildungslücke

1. Umschüler sind nicht Mitarbeiter im Sinne des Mitarbeitervertretungsrechts, wenn die Ausbildung überwiegend der beruflichen Rehabilitation dient und der Umschüler keine Ausbildungsvergütung von dem Vertragspartner erhält.

2. Es fehlt an einem Verfügungsgrund zur Fortsetzung der Umschulung im Rahmen einer vorläufigen Regelung, da die Verfügungsklägerin seit 5 Monaten nicht mehr an der Ausbildung teilgenommen hat, sodass es nicht möglich ist, sie in die laufende Ausbildung zu integrieren; theoretische und praktische Anteile würden in nicht unerheblichem Ausmaß fehlen. Das Begehren der Verfügungsklägerin, dass der Verfügungsbeklagte das Umschulungsverhältnis zur staatlich anerkannten Altenpflegerin mit ihr fortsetzen soll, ähnelt im Kern einem Beschäftigungsanspruch nach Kündigung in einem Arbeitsverhältnis. Deshalb sind nach Auffassung des Berufungsgerichts die zum allgemeinen Beschäftigungsanspruch nach Kündigung entwickelten Grundsätze heranzuziehen (ähnlich Sächsisches LAG Urteil vom 08.03.1996 – 3 Sa 77/96 – NZA-RR 1997,4). Ein derartiger Beschäftigungsanspruch setzt voraus, dass die Kündigung mit hoher Wahrscheinlichkeit als unwirksam zu erachten ist und eine Beschäftigungslage zweifelsfrei besteht, sowie keine Möglichkeit gegeben ist, die Beschäftigung im Hauptsacheverfahren in angemessener Zeit durch-

zusetzen (vgl. Erfurter Kommentar-*Ascheid*, 3. Aufl., Rn 102 zu § 4 KSchG m. w. N.).

Eine mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmende Unwirksamkeit der von dem Verfügungsbeklagten ausgesprochenen Kündigung vom 19.02.2004 könnte nur dann angenommen werden, wenn die bei ihm gebildete Mitarbeitervertretung zu der Kündigung der Verfügungsklägerin hätte eingeschaltet werden müssen und dies nicht geschehen wäre. Im Gegensatz zu der Annahme der Verfügungsklägerin musste jedoch die bei dem Verfügungsbeklagten gebildete Mitarbeitervertretung nicht bei der gegenüber der Verfügungsklägerin beabsichtigten Kündigung beteiligt werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Mitarbeitervertretungsgesetz (MVG), das bei dem Verfügungsbeklagten gilt, sind Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen im Sinne dieses Kirchengesetzes alle in öffentlichrechtlichen Dienst- oder privatrechtlichen Dienst- und Arbeitsverhältnissen sowie zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten einer Dienststelle, soweit die Beschäftigung oder Ausbildung nicht überwiegend ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, beruflichen oder sozialen Rehabilitation oder ihrer Erziehung dient.

Der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien liegt der Vertrag über die Umschulung in der Altenpflege vom 15. September 2003 zu Grunde. Aus diesem schriftlichen Vertrag geht hervor, dass die Ausbildung der Verfügungsklägerin überwiegend der beruflichen Rehabilitation dienen sollte. Nicht nur wurde ausdrücklich vereinbart, dass eine Umschulung erfolgen sollte, sondern es wurde auch in § 8 des Vertrages geregelt, dass keine Ausbildungsvergütung gewährt wurde und die anspruchsberechtigten Umschüler/-innen gegebenenfalls ein Unterhaltsgeld im Rahmen des SGB III nach eigener Antragstellung erhalten sollten, sowie die Lehrgangsgebühren auch durch unmittelbare Abrechnung zwischen dem Verfügungsbeklagten und dem Kostenträger erfolgen sollten. Daraus folgt, dass eine berufliche Rehabilitation angestrebt wurde und es nicht darauf ankommt, ob das Vertragsverhältnis als Berufsausbildungsverhältnis eingeordnet werden kann. Der Verfügungsklägerin wurde auch tatsächlich Unterhaltsgeld vom Arbeitsamt Bremen gewährt. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob es auch denkbar wäre, die der Verfügungsklägerin gewährte Ausbildung als überwiegend ihrer Erziehung dienend im Sinne des § 2 Abs. 1 MVG einzuordnen.

Da sich aus der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien nach § 2 Abs. 1 MVG ergibt, dass die Verfügungsklägerin nicht in den Geltungsbereich des MVG fällt, bedurfte es auch keiner Beteiligung der Mitarbeitervertretung nach diesem Gesetz bei der ihr gegenüber beabsichtigten Kündigung. Deshalb führt eine etwaige Nichtbeteiligung der Mitarbeitervertretung bei der ausgesprochenen Kündigung nicht zu deren offensichtlicher Unwirksamkeit, so dass ein Verfügungsanspruch der Verfügungsklägerin nicht gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Bremen

vom 10. August 2004, 1 Sa 97/04

eingereicht von Rechtsanwalt Dr. Werner Schmalenberg, Baumwollbörse, 28195 Bremen, Tel.: 0421/339530, Fax: /326485; E-Mail: bremen@goehmann-kh.de, www.goehmann-kh.de

193. Mitbestimmung, Verteilung, Beförderungsstellen, Postbeamte, Entgeltstruktur

Die Verteilung von Planstellen auf die einzelnen Betriebe der Post AG, die zur Beförderung von Beamten zur Verfügung gestellt werden, ist nicht mitbestimmt. Auch wenn die Arbeitgeberin die Zuweisung der Planstellen an die Betriebe nach von ihr aufgestellten Kriterien vornimmt, handelt es sich nicht um von ihr geschaffene Entgeltstrukturen, sondern um Vorgaben hinsichtlich der nicht mitbestimmten Personalstruktur.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 6. September 2004, 2 TaBV 1/04, Rechtsbeschwerde zugel.

194. Anspruch eines PR-Vorsitzenden auf Unterlassung und Widerruf ehrverletzender Äußerungen anderer PR-Mitglieder

Erklären die zurückgetretenen Mitglieder des Personalrats per E-Mail und am Schwarzen Brett, sie würden eine Wiederwahl des bisherigen Vorsitzenden nicht mittragen, weil unter seinem Vorsitz eine sachliche, zielführende, ausgewogene Personalratsarbeit nicht bzw. nur unter schwierigen Bedingungen möglich sei, so liegt darin in der Regel keine herabsetzende Schmähkritik, sondern eine im demokratischen Prozess hinzunehmende Meinungsäußerung. Sie vermag weder einen Anspruch des Personalratsvorsitzenden auf Widerruf noch auf Unterlassung zu begründen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dieser zuvor seinerseits scharfe Kritik erhoben hat (hier: der Vorwurf der Wahlverschleppung).

Verletzt ein Arbeitnehmer durch ehrverletzende Äußerungen das nach § 823 Abs. 1, 2 BGB geschützte Persönlichkeitsrecht eines anderen Arbeitnehmers, kann er von diesem analog §§ 12, 1004 Abs. 1 BGB Unterlassung und Widerruf verlangen. Ein Unterlassungsanspruch setzt dabei die Gefahr wiederholter ehrverletzender Äußerungen voraus. Für einen Widerrufsanspruch ist Voraussetzung, dass durch die unwahre Tatsachenbehauptung eine fortdauernde Rufbeeinträchtigung vorliegt. Der Widerruf muss erforderlich sein, um diese Rufbeeinträchtigung zu beseitigen und darf nicht nur als Ehrenerklärung oder Genugtuung für den Verletzten dienen. Darüber hinaus muss der Widerruf geeignet sein, die Ansehensminderung zu beseitigen oder zu mildern (LAG Niedersachsen 24.06.2003 – 13 Sa 54/03 – unter Hinweis auf BGH 15.11.1994 – VI ZR 56/94).

Rechtlicher Ausgangspunkt ist der von Art. 1 und 2 GG garantierte Persönlichkeitsschutz (vgl. BAG 27.02.1985 = BAGE GS 48, 122, 136, 139 = AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht mit Hinweis auf BVerfGE 34, 269, 280 = AP Nr. 21 zu

Tarifvertragsrecht

Art. 2 GG). Das Persönlichkeitsrecht wird als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB vor objektiv rechtswidrigen Eingriffen geschützt. Gegenstand dieses Rechts ist die Achtung der individuellen Persönlichkeit. Beschränkt wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch kollidierende Grundrechte Dritter, insbesondere durch das Recht der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG sowie durch Persönlichkeitsrechte Dritter (Erfurter Kommentar/*Dieterich* Art. 2 GG Rn 65 unter Hinweis auf BVerG 06.05.1997 E 96, 56 = NJW 1997, 1769). Im Bereich des Zivilrechts müssen Persönlichkeitsrechte und andere Grundrechte der Teilnehmer am Rechtsverkehr zum Ausgleich gebracht werden. Soweit nicht beiden Grundrechtspositionen Geltung verschafft werden kann, ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat. Dazu sind im Zweifel die Gerichte durch Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften verpflichtet (Erfurter Kommentar/*Dieterich* Art. 2 GG Rn 66).

Ob ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch eine ehrverletzende Äußerung objektiv rechtswidrig ist, hängt wesentlich davon ab, inwieweit es sich hierbei um eine zulässige Ausübung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG handelt. Tragendes Merkmal des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit ist die persönliche Meinung. Kennzeichnend ist ihre Subjektivität, also das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens und Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung. Unerheblich sind die Bedeutsamkeit, die Richtigkeit oder gar Vernünftigkeit einer Äußerung (BVerfG 22.06.1982 E 61, 1, 7 ff. = NJW 1983, 1415). Selbst polemische und beleidigende Werturteile fallen in den Schutzbereich, soweit sie als Teil des Meinungskampfes verstanden werden müssen. Diese Grenze überschreitet erst die so genannte „Schmähekritik“, die nur noch auf Verunglimpfung abzielt und für die Meinungsbildung – und sei es auch in noch so polemischer zugespitzter Form – keine Rolle mehr spielt (BVerfG 26.06.1990 E 82, 272, 283 f.; Erfurter Kommentar/*Dieterich* Art. 5 GG Rn). Zwar ist von einer subjektiv wertenden Meinungsäußerung theoretisch die reine Tatsachenbehauptung zu unterscheiden, die an sich einem Wahrheitsbeweis zugänglich ist. Allerdings sind die subjektiven und objektiven Elemente einer Meinungsäußerung regelmäßig so eng verknüpft und wechselseitig aufeinander bezogen, dass sie sich praktisch nicht trennen lassen. Meinungsbezogene Tatsachenbehauptungen fallen deshalb im Zweifel ebenfalls in den Schutzbereich des Art. 5, 1 GG, wenn sie offensichtlich falsch sind (BVerfG 09.10.1991 E 85, 1 = NJW 1992 1439; kritisch Erfurter Kommentar/*Dieterich* Art. 5 GG Rn 7, der mit weiteren Schrifttumsnachweisen der Auffassung ist, falsche Tatsachenbehauptungen seien ebenso wie unhaltbare Meinungen prinzipiell in den Grundrechtsschutz einzubeziehen). Die tolerable Grenze eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit lässt sich mithilfe genereller und abstrakter Normen nicht abschließend festlegen. Es kommt auf den konkreten Inhalt

sowie die Form der Meinungsäußerung und die gesamten Begleitumstände sowie auf die Folgen an. Das zeigt sich besonders deutlich bei der Abgrenzung zum Ehrenschutz. Was beleidigend ist und von den Betroffenen in der konkreten Situation noch hingenommen werden muss, hängt von der Feststellung und Bewertung vielfältiger Faktoren ab, die sich jeder Verallgemeinerung entziehen. Grundsätzlich allerdings ist zu berücksichtigen, dass gegen Meinungsäußerungen im Zusammenhang mit einem politischen Diskurs um ein Wahlamt nur in äußersten Fällen eingeschritten werden darf. Dies gilt im Wahlkampf der politischen Parteien (BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415) und entsprechend bei anderen demokratischen Wahlen, so auch bei der Personalratswahl.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 7. Juni 2004, 5 Sa 2024/03

195. Zumutbarkeit Arbeitsplatz nach Sozialplan

Innendienstmitarbeiter im Versicherungsgewerbe, die das Angebot eines Außendienstarbeitsplatzes ablehnen, verlieren nicht den Abfindungsanspruch nach Sozialplan. Außendiensttätigkeit ist in der Regel nicht als zumutbares Arbeitsplatzangebot für vormalige Innendienstmitarbeiter zu bewerten.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 24. August 2004, 13 Sa 1699/03, Rev. zugel.

196. Weiterbeschäftigungsanspruch, BR-Beschluss, Darlegungslast

1. Im einstweiligen Verfügungsverfahren, in welchem der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG geltend macht, muss er auch vortragen, inwieweit ein ordnungsgemäß getroffener Betriebsratsbeschluss vorliegt.

2. Der Arbeitgeber muss dann substantiell – in analoger Anwendung der Grundsätze zum Bestreiten der Betriebsratsanhörung durch den Arbeitnehmer (BAG vom 16.03.2000 – 2 AZR 75/79) – und im Einzelnen bestreiten, wobei er sich (nur) bei Umständen außerhalb seiner Wahrnehmung auf Nichtwissen beziehen kann. Ein pauschales Bestreiten reicht nicht aus.

3. Der Darlegung und Glaubhaftmachung von Tatsachen, die einen Verfügungsgrund belegen sollen, bedarf es im Hinblick auf den drohenden endgültigen Rechtsverlust nicht.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 16. September 2004, 10 Sa 1763/04

Tarifvertragsrecht

197. Gewährung von Altersteilzeit im Blockmodell, finanzielle Belastung

Gem. § 9 Abs. 1 TV-ATZ endet das Arbeitsverhältnis zu dem in der Altersteilzeitvereinbarung festgelegten Zeitpunkt. Gem. § 9 Abs. 2 TV-ATZ endet das Arbeitsverhältnis unbe-

schadet der sonstigen tariflichen Beendigungstatbestände unter anderem mit Ablauf des Kalendermonats vor dem Kalendermonat, für den Arbeitnehmer eine Rente wegen Alters oder, wenn er von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit ist, eine vergleichbare Leistung einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder eines Versicherungsunternehmens beanspruchen kann; dies gilt nicht für Renten, die vor dem für den Versicherten maßgebenden Rentenhalter in Anspruch genommen werden können. Aus dem letzten Halbsatz dieser Regelung ergibt sich, dass die Tarifvertragsparteien davon ausgegangen sind, dass ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich mit der Erlangung des Anspruchs auf eine ungekürzte Altersrente enden soll. Deshalb haben Arbeitnehmer nach Auffassung des erkennenden Gerichts auch grundsätzlich einen Anspruch auf den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses bis zur Gewährung einer ungekürzten Altersrente, sofern nicht dringende dienstliche bzw. betriebliche Belange im Sinne des § 2 Abs. 3 TV-ATZ der Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses entgegenstehen. Derartige Belange sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Als entgegenstehende dringende betriebliche bzw. dienstliche Belange hat die Beklagte finanzielle Belastungen angeführt. Das erkennende Gericht ist der Auffassung, dass die dargelegten finanziellen Belastungen wegen der Gewährung von Altersteilzeit dem Anspruch des Klägers auf Gewährung der Altersteilzeit bis zu einer ungekürzten Altersrente, im vorliegenden Fall also bis zum 31. Oktober 2008, nicht entgegenstehen. Dies folgt insbesondere daraus, dass dem rechtlich zwingenden Anspruch aus § 2 Abs. 2 TV-ATZ eine gewisse finanzielle Mehrbelastung immanent ist. Die finanzielle Mehrbelastung ergibt sich daraus, dass der Arbeitgeber 13% der Lohnkosten und Beiträge zur Sozialversicherung bis zu 90% der Beträge bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu tragen hat. Diese Kosten machen beim Kläger ca. 13.500,00 Euro aus. Sollten diese bereits in der tarifvertraglichen Regelung angelegten Mehrbelastungen den vorgesehenen Anspruch des Arbeitnehmers auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ausschließen, wenn der Arbeitgeber nicht bereit ist, die Mehrkosten zu tragen, „würde dies die tarifvertragliche Regelung konterkarieren“. Diese Mehrbelastungen können deshalb nicht „dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe“ im Sinne des § 2 Abs. 3 TV-ATZ sein.

Die Beklagte kann sich auch nicht erfolgreich auf das Argument stützen, bei Beamten seien finanzielle Auswirkungen der Altersteilzeit als dienstliche Gründe anerkannt worden. Zum einen scheitert der Vergleich mit Beamten bereits daran, dass die wirtschaftlichen Folgen bei Beamten viel gravierender sind als bei Arbeitern, weil die Bundesagentur für Arbeit keine Zuschüsse leistet. Zum anderen hat auch das Bundesverwaltungsgericht nicht allein auf die Kosten, sondern auf die dienstlichen Entscheidungen, die der Gewährung von Altersteilzeit folgen, abgestellt. So war bei der bundesverwaltungs-

gerichtlichen Entscheidung vom 29. April 2004 (Aktenzeichen 2 C 22/03) neben der allgemeinen Haushaltslage auch von Bedeutung, dass die Grenze der Belastbarkeit für die verbleibenden Mitarbeiter erreicht war und – anders als im vorliegenden Fall einer tarifvertraglichen Regelung – der Verwaltung ein Ermessen dahingehend eröffnet worden ist, allgemein dringende dienstliche Belange bei der Entscheidung über die Gewährung von Altersteilzeit zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen der Gewährung von Altersteilzeit aufgrund des Tarifvertrages über Altersteilzeit und aufgrund landesgesetzlicher Regelungen in den Beamtengesetzen ist zudem zu berücksichtigen, dass die Bundesagentur für Arbeit auch bei Wiedereinstellungen von Arbeitern Zuschüsse leistet, die bei der Einstellung von Beamten nicht geleistet werden. Die wirtschaftliche Situation der Beklagten steht der begehrten Vereinbarung von Altersteilzeit ebenfalls nicht entgegen. Im Verhältnis zum Gesamthaushalt der Beklagten erscheint die tatsächliche zusätzliche Belastung durch die Gewährung von Altersteilzeit eher gering. Zudem ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass den Tarifvertragsparteien nicht nur bewusst war, dass der Tarifvertrag über Altersteilzeit Belastungen mit sich bringt. Ihnen war auch die bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Tarifvertrages bestehende schwierige wirtschaftliche Lage der öffentlichen Haushalte bekannt. Dasselbe gilt auch für die Tatsache, dass Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes auch in der Vergangenheit häufig vor Erreichen des 65. Lebensjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind. Sollte der Altersteilzeittarifvertrag nunmehr dazu führen, dass mehr Arbeitnehmer bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres in einem Arbeitsverhältnis bleiben, so wurde dies hingenommen, da dadurch zugleich die Rentenkassen entlastet werden.

Der Kläger hat auch Anspruch auf Gewährung von Altersteilzeit im Blockmodell. Die Beklagte hat bei der Ausübung ihrer Rechte auf der Grundlage billigen Ermessens im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB zu entscheiden, also die Interessen des Klägers angemessen zu berücksichtigen. Will sie von dem Begehren des Klägers auf Gewährung von Altersteilzeit im Blockmodell abweichen, muss sie dafür plausible Gründe vortragen. Derartige Gründe sind nicht ersichtlich. Die Beklagte hat kein Konzept dargelegt, wie sie die Arbeitskraft des im Schichtbetrieb eingesetzten Klägers anders als im Blockmodell sinnvoll nutzen kann. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, welche besonderen Erfahrungen des Klägers sie bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres nutzen möchte.

■ Arbeitsgericht Neumünster
vom 23. September 2004, ÖD 2 Ca 711d/04
eingereicht von Rechtsanwalt Stephan Riedel, Niemannsweg 46, 24105 Kiel, Tel.: 0431/80099-0, Fax: -11 E-Mail: stephan@riedel-kiel.de, www.riedel-kiel.de

Tarifvertragsrecht

198. Begriff der baugewerblichen Tätigkeit

Eine baugewerbliche Tätigkeit i.S. § 1 Abs. 2 VTV-Bau wird auch dann ausgeübt, wenn der Eigentümer mehrerer größerer Miethäuser mit angemeldeten Gewerbebetrieben nur diese saniert und instand setzt, ohne daneben auf dem freien Markt baugewerbliche Leistungen anzubieten oder zu erbringen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 8. Oktober 2004, 2 Sa 1340/04

199. Eingruppierung, Vertragsänderung

Auch im Geltungsbereich des Tarifvertrages über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter des Bundes und der Länder vom 09.01.1987 kann eine Zuweisung einer Tätigkeit, die zu einer niedrigeren tariflichen Einreihung führt, nicht einseitig durch Ausübung des Direktionsrechts erfolgen. Die Zumutbarkeitsregelungen im Rahmen der Arbeitsplatzsicherung ändern hieran nichts.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz
vom 3. Juni 2004, 4 Sa 113/04, Rev. zugel.

200. Gleichstellungsabrede, Auslegung, Tariflohnerhöhung

Eine auf Vergütungstarifverträge dynamisch bezugnehmende Verweisklausel in einem Arbeitsvertrag ist grundsätzlich nicht als Gleichstellungsabrede auszulegen (entgegen BAG Urteil vom 26.09.2001, Az. 4 AZR 544/00, in NZA 2002, 634 bis 637; BAG, Urteil vom 25.09.2002, Az. 4 AZR 294/01, in NZA 2003, 807 bis 809; BAG, Urteil vom 19.03.2003, Az. 4 AZR 331/02, in NZA 2003, 1207 bis 1209).

In diesen Entscheidungen vertritt das Bundesarbeitsgericht die Auffassung, dass eine solche dynamische Bezugnahme typischerweise eine Gleichstellungsabrede beinhalte. Diese Auffassung folge aus dem Zweck der von einem tarifgebundenen Arbeitgeber allgemein mit seinen Arbeitnehmern vereinbarten Bezugnahme auf die einschlägigen tariflichen Regelungen, der Interessenlage und der soziotypischen Ausgangslage bei Vertragsschluss.

Diese Auffassung des Bundesarbeitsgerichts teilt die entscheidende Kammer nicht.

Sie widerspricht dem Wortlaut der getroffenen Vereinbarung, in der eindeutig geregelt ist, dass das Arbeitsverhältnis nach dem BAT und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen abzuwickeln ist.

Eine Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB so vorzunehmen, dass zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen sind, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Vereinbarung zulassen, ist zwar grundsätzlich möglich, jedoch orientiert das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidung zu sehr an Interessen der Arbeitgeberseite, ohne die Arbeitnehmerinteressen ausreichend zu berücksichtigen.

Ob der Arbeitgeber letztlich tarifunterworfen ist oder nicht,

ist für den Arbeitnehmer grundsätzlich nicht durchschaubar. Liegt eine Tarifunterworfenheit des Arbeitgebers vor, so kann zwar grundsätzlich auf einen Willen des Arbeitgebers geschlossen werden, er wolle Arbeitnehmer bei einer solchen Abrede nicht besser stellen als die tarifunterworfenen Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer auf der anderen Seite sind jedoch in großem Umfang daran interessiert, die Geltung eines Tarifvertrags zu vereinbaren, insbesondere dann, wenn es um die Anwendung des BAT und der damit zusammenhängenden Regelungen geht. Der Arbeitnehmerseite ist regelmäßig nicht bekannt, inwieweit eine Tarifgebundenheit des Arbeitgebers besteht, zumal vorliegend die Kurbetriebe B. E. GmbH privatrechtlich organisiert waren und ein Schluss von vornherein nicht berechtigt war, diese würden auch dem BAT unterliegen. Für die Arbeitnehmerseite ist deshalb nicht erkennbar, welches Interesse der Arbeitgeber bei Abschluss einer solchen Vereinbarung hat, ob er eine schlichte Gleichstellung begehrt oder ob er, etwa weil er nicht tarifgebunden ist, die Regelungen des BAT und der damit zusammenhängenden Tarifverträge insgesamt unabhängig von einer Gleichstellung mit anderen Mitarbeitern anwenden will. Ist der Zweck, den die Arbeitgeberseite mit der Abrede verfolgt, für den Vertragspartner aber nicht erkennbar, insbesondere für einen Arbeitnehmer als typischer Vertragspartner auch nicht ohne weiteres ersichtlich, können die Motive des Arbeitgebers letztlich nicht zum Gegenstand der Auslegung des Arbeitsvertrags werden.

Grundsätzlich hat ein Arbeitnehmer bei Vertragsschluss auch keine Veranlassung, sich nach der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers näher zu erkundigen. Es stellt nach Ansicht der Kammer eine Überziehung der Anforderungen an den jeweiligen Arbeitnehmer dar, wenn von ihm verlangt wird, dass er sich zur Interpretation der Regelung des Arbeitsvertrags nach der Tarifgebundenheit erkundigt. Wird ihm vielmehr ein Arbeitsvertrag vorgelegt, nach dem konkrete Regelungen über die Anwendbarkeit von Tarifverträgen vorhanden sind, geht ein Arbeitnehmer vielmehr typischerweise davon aus, dass diese Tarifverträge auch insgesamt Anwendung finden und diese auch solange gelten, solange diese Tarifverträge im Arbeitsleben anzuwenden sind, weil der Arbeitsvertrag nach wie vor Gültigkeit hat.

Es ist nach Ansicht der Kammer nicht möglich, eine Vereinbarung im Arbeitsvertrag bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers anders zu interpretieren als bei Tarifungebundenheit.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen
vom 27. August 2004, 16 Sa 502/04, Rev. zugel.

Anmerkung:

Das LAG wendet sich gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede und führt zutreffend den Gesichtspunkt der Vertragsautonomie ins Feld. Es scheint in der Tat eine Rückbesinnung auf das geschriebene Wort bei der Vertragsauslegung angezeigt. Für Arbeitnehmer wird die Klausel über den Einbezug eines Tarifvertrages in vorformu-

lierte Arbeitsverträge ansonsten in ihrer Tragweite nicht erfassbar und es kann eine Wirkung über die Gleichstellung hinaus kaum verhandelt oder formuliert werden. (gr)

201. Heimzulage

Für die Betreuung einer Wohngemeinschaft mit sechs Behinderten i.S.d § 39 BSHG steht dem Arbeitnehmer eine tarifvertragliche Heimzulage zu, wenn die Bewohner sich nicht allein eine Ordnung für ihr Zusammenleben gegeben haben, deren Beachtung sie im Wesentlichen allein durchsetzen.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 10. September 2004, 6 Sa 994/04

202. Versetzung eines Beamten zur Personal-Service-Agentur (PSA), jetzt Vivento

Für die Versetzung eines Beamten der Deutschen Telekom AG zur PSA bzw. Vivento besteht keine Rechtsgrundlage.

1. Das Gericht folgt insoweit der neuen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, vgl. Beschlüsse vom und 27.10.2004 – 1 B 1329/04 – und 29.10.2004 – 1 B 1325/04 –.

Danach findet sich eine Rechtsgrundlage für die mit der „Zuweisung“ zu Vivento verbundene Arbeitsfreistellung zunächst nicht im Postpersonalrechtsgesetz (PostPersRG) vom 14.09.1994 (BGB I S. 2325, 2353). Dieses enthält Sonderregelungen allein hinsichtlich der Beurlaubung von Beamten zur Wahrnehmung einer Tätigkeit bei einer der in § 1 Postumwandlungsgesetz genannten Aktiengesellschaften (§ 4 Abs. 3 PostPersRG). Ferner erlaubt es den vorübergehenden Einsatz eines Beamten auf einem unterwertigen Dienstposten (§ 6 PostPersRG). Die Freistellung von der Arbeit im Falle eines Personalüberhangs oder einer organisatorischen Umstrukturierung einzelner Tätigkeitsbereiche ist demgegenüber nicht vorgesehen (Letzteres gilt im Übrigen auch hinsichtlich des – hier allerdings zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides noch nicht verkündeten – ersten Gesetzes zur Änderung des Postpersonalrechtsgesetzes vom 09.11.2004 (BGBl I S. 2774 ff).

2. Auch kann die Maßnahme nicht auf den Tarifvertrag Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung (TV Ratio) bzw. die entsprechenden Regelungen zum Rationalisierungsschutz für Beamte vom 02.10.2002 gestützt werden: Insoweit geht die Kammer davon aus, dass die Beklagte bei ihrer Entscheidung, welche Mitarbeiter zur PSA/zu Vivento „versetzt“ werden, ihr Ermessen dahin gebunden hat, tarifvertraglich ausgehandelte Auswahlkriterien zugrunde zu legen. Mithin handelt es sich um eine bestehende Verwaltungspraxis bzw. bezüglich der hier maßgeblichen Regelungen für Beamte vom 02.10.2002 um Anweisungen des Vorstandes. Letztere sind in ihrem Rechtscharakter allgemeinen Verwaltungsvorschriften in der staatlichen Verwaltung vergleichbar, vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom und 27.10.2004 – 1 B 1329/04 – und 29.10.2004 – 1 B 1325/04 –.

Als Regelungen im Rang von Verwaltungsvorschriften setzen sie Indessen eine – hier nicht gegebene – gesetzliche Ermächtigung voraus.

3. Die Maßnahme kann auch nicht als eine – grundsätzlich im weiten organisatorischen Ermessen des Dienstherrn stehende – Umsetzung angesehen werden. Die Umsetzung ist die Übertragung eines anderen Amtes im konkret-funktionellen Sinne, ohne dass das Amt im statusrechtlichen und im abstrakt-funktionellen Sinne berührt würden oder die Beschäftigungsbehörde sich änderte, vgl. *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Auflage, Rn 141.

Zum einen beinhaltet die Zuordnung zu Vivento wie oben erläutert eine Änderung des abstrakt-funktionellen Amtes. Zum anderen ändert sich die Beschäftigungsbehörde: Die Vivento stellt eine organisatorisch hinreichend verselbstständigte Einheit innerhalb der Deutschen Telekom AG dar; sie ist mit einem eigenen Personalbestand und Sachmitteln ausgerüstet und in einem abgegrenzten Bereich im Rahmen der zu erfüllenden Aufgaben selbstständig tätig, vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom und 27.10.2004 – 1 B 1329/04 – und 29.10.2004 – 1 B 1325/04 –.

Organisatorisch gehört die Vivento zu den sog. Shared Services und ist somit einer „anderen Behörde“ vergleichbar.

4. Auch die Regelungen über Abordnung und Versetzung (§§ 27 und 26 Bundesbeamtengesetz (BBG)) kommen als Rechtsgrundlage nicht in Betracht:

Eine Abordnung scheitert daran, dass die organisationsrechtliche Zuordnung zu der bisherigen Dienststelle nicht erhalten bleibt.

Aber auch eine organisationsrechtliche Versetzung im Sinne des § 26 BBG liegt nicht vor. Hierunter ist die auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne bei einer anderen Behörde desselben oder eines anderen Dienstherrn zu verstehen. Die Zuweisung zur PSA/zu Vivento beinhaltet indes nicht die Übertragung eines neuen Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne, also eines nach abstrakten Kriterien umschriebenen und der statusrechtlichen Rechtsstellung eines Beamten entsprechenden Aufgabenkreises. An dieser Einschätzung ändern auch die neueren von der Beklagten mitgeteilten Zahlen zur Vermittlungstätigkeit von Vivento nichts: Insbesondere rechtfertigen diese nicht den Schluss, die Zuweisung stelle sich als zeitlich eng begrenzte Durchgangsstation auf dem Weg zu einer auf Dauer angelegten Zuweisung eines abstrakt-funktionellen Amtes dar, vgl. hierzu Beschlüsse der Kammer vom 03.06.2004 in den Eilverfahren – 15 L 408/04 – und – 15 L 182/04 –.

Unbeschadet dessen, dass grundsätzlich auf die Situation bei Erlass des Widerspruchsbescheides abzustellen ist, sind auch nach der derzeitigen – nach den Darlegungen der Beklagten verbesserten – Situation noch 2.238 von 7.262 Beamten (rd. 30 %) gänzlich ohne Beschäftigung. Weitere 4.389 Beamte (rd. 60 %) befinden sich in befristeten Projekteinsätzen; insoweit fehlt es indes an einer organisatorischen Eingliederung in

Sonstiges

die Arbeitsabläufe der Beschäftigungsstelle. Im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung waren sogar rd. 57 % der zugeordneten Beamten gänzlich ohne Beschäftigung.

Damit kann die Zuordnung zu Vivento nicht als erster Teilakt einer (einheitlichen) Versetzungsmaßnahme angesehen werden. Dass eine nur kurzfristige Freisetzung vor einer bereits ins Auge gefassten Zuteilung eines neuen abstrakt-funktionellen Amtes nicht gewollt ist, ergibt sich im Übrigen auch aus der Selbstdarstellung (Leistungsportfolio) der Vivento. Die Vivento sieht nach der in der Beiakte 6 enthaltenen Selbstbeschreibung ihre oberste Zielsetzung in der dauerhaften Vermittlung von Transfermitarbeitern an den *externen* Markt. Die Transfermitarbeiter sollen bei der Suche nach vorwiegend externen, temporären und dauerhaften Jobs unterstützt werden. In der Übergangszeit stelle die Vivento ein Sicherheitsnetz dar.

Nach diesen Erkenntnissen bleibt es bei der Einschätzung, dass mit der Zuweisung zu Vivento nicht die Übertragung eines neuen abstrakt-funktionellen Amtes verbunden ist.

Die Kammer folgt in diesem Zusammenhang der Auffassung des OVG NRW in den oben zitierten Beschlüssen, wonach die Übertragung eines neuen Amtes im abstrakt-funktionellen Sinne bei der aufnehmenden Stelle dem zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) gehörenden Grundsatz der Verknüpfung von Statusamt und Funktion entspringt. Das statusrechtliche Amt des Beamten ist danach dergestalt mit der Übertragung von Funktionen bestimmter Art und Wertigkeit an den Beamten verknüpft, dass eine dauerhafte Trennung von Status und Funktion nicht mit Art. 33 Abs. 5 zu vereinbaren ist. Demzufolge steht dem Beamten ein Recht auf Führung seines (abstrakt-funktionellen) Amtes zu; er ist seinem statusrechtlichen Amt entsprechend (amts-)angemessen zu beschäftigen (vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 27.10.2004 – 1 B 1329/04 – und 29.10.2004 – B 1325/04 –). Eine Versetzung im Sinne des § 26 BBG ist damit nicht gegeben.

■ Verwaltungsgericht Köln

vom 9. Dezember 2004, 15 K 6837/03

eingereicht von Rechtsanwalt Volker Thiele, Oberstraße 1/ Jesuitengasse 2, 52349 Düren, Tel.: 02421/13040, Fax: -17469; E-Mail: RA.Thiele@t-online.de

Anmerkung:

Blick über den arbeitsrechtlichen Tellerrand im Anschluss an die Veröffentlichung der Entscheidung des OVG NRW vom 24.07.2003 in AE 02/2004, Nr. 220. (gr)

Sonstiges

203. Arbeitnehmer als Verbraucher, Zinsanspruch 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz

Es ist umstritten, in welcher Höhe der Arbeitnehmer Zinsen verlangen kann. Bei Zahlungsverzug sind Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz anerkannt. Dieses Ergebnis ergibt sich aufgrund des Rückgriffs auf die zugrund liegende EU-Richtlinie 2000/35/EG vom 29.06.2000. Von ihr sollten nur Geschäftsvorfälle zwischen Unternehmen erfasst werden. Nach der Begründung zu § 288 Abs. 2 BGB sollte der Verzugszins nur für den Geschäftsverkehr angehoben werden (*Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 11. Aufl., § 71 Lohnabzüge Rn 9 b). Dieser Auffassung wird gefolgt, daher war der über die 5 Prozentpunkte über dem jeweiligen Basiszinssatz hinaus gehenden Zinsanspruch abzuweisen.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 14. Januar 2005, 8 Ca 5653/04, Berufung

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24 E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

204. Arbeitnehmer als Verbraucher, Zinsanspruch 5 Prozentpunkte über Basiszinssatz

Zinsen hat der Zehnte Senat den beiden Klägern nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zugesprochen (§ 288 Abs. 1 BGB), weil der höhere Zinssatz von 8 Prozentpunkten nach § 288 Abs. 2 BGB nur bei Geschäftsvorgängen zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen in Ansatz zu bringen ist.

■ Bundesarbeitsgericht

vom 23. Februar 2005, 10 AZR 600-603/03

205. Auflösungsantrag, Klageänderung

Der erstmals in der Berufungsinstanz vom Berufungsbeklagten gestellte Auflösungsantrag unterliegt nicht den Vorschriften über die Zulässigkeit der Klageänderung. Ebenso wenig findet auf den ihn stützenden Tatsachenvortrag das Novenrecht Anwendung. Der Antrag erfordert nicht die Form der Anschlussberufung, sondern kann zu Protokoll gestellt und begründet werden. § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG ist *lex specialis* gegenüber den verfahrensrechtlichen Beschränkungen der Klagerweiterung in der Berufungsinstanz.

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 4. Juni 2004, 10 Sa 198/04, Rev. nicht zugel.

206. Einstweilige Verfügung auf Beschäftigung

Finanzielle Schwierigkeiten können keinen Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung auf Beschäftigung darstellen (ebenso schon LAG Köln – 11 Ta 151/96 – LAGE § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 40).

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 10. September 2004, 4 Ta 298/04, unanfechtbar

207. Betriebliche Altersversorgung, Anrechnung einer kapitalisierten Rente, Auslegung der Versorgungszusage

Soll nach der Versorgungszusage eine Sozialversicherungsrente auf die betriebliche Altersversorgung angerechnet werden, so gilt dieses auch für eine kapitalisierte Auszahlung der sozialversicherungsrechtlichen Rente.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 16. Juli 2004, 4 Sa 283/04, Rev. nicht zugel.

208. punktueller Befristungsantrag, Zulässigkeit allgemeiner Feststellungsantrag

Für den punktuellen Befristungsantrag nach § 17 S. 1 TzBfG gelten die gleichen Grundsätze, die das BAG zum punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG entwickelt hat. Dementsprechend fehlt einem als Annex hierzu angeführten allgemeinen Feststellungsantrag das erforderliche Feststellungsinteresse, wenn nicht die Tatsache oder die Gefahr weiterer Befristungen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

vom 11. August 2004, 9 Sa 142/04, Rev. zugel.

209. Kostenerstattung, Unterbevollmächtigter, Berufungsrücknahme, hypothetische Reisekosten

Ist die Beauftragung eines Unterbevollmächtigten günstiger als die hypothetischen Reisekosten zum auswärtigen Termin, so sind die Gebühren des Unterbevollmächtigten jedenfalls bei erst kurz vor dem Termin erfolgter Berufungsrücknahme erstattungsfähig, obwohl Reisekosten nicht angefallen wären. Dies gilt insbesondere dann, wenn bei Wahl eines am Gerichtsort ansässigen Prozessbevollmächtigten eine Informationsreise der Partei notwendig geworden wäre und diese ebenfalls höhere Kosten verursacht hätte, als die Beauftragung des Unterbevollmächtigten.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 1. September 2004, 2 (7) Ta 323/04 – unanfechtbar

210. Nachträgliche Klagezulassung bei falsch verstandenem Kündigungsdatum; Wirksamkeit der Zustellung eines nicht verkündeten Beschlusses bei Unterbrechung des Verfahrens zwischen Beschlussfassung und Zustellung

1. Hat das Arbeitsgericht einen Beschluss über die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage gefasst, bevor die Unterbrechung des Verfahrens durch Insolvenzeröffnung eingetreten ist, kann der Beschluss an die nicht von der Insolvenz betroffene Gegenpartei noch wirksam zugestellt werden. Für diesen nicht verkündeten Beschluss gilt § 249 Abs. 3 ZPO entsprechend, nicht § 249 Abs. 2 ZPO.

2. Die Frist für die sofortige Beschwerde läuft in diesem Fall nicht; sie beginnt aber mit der Zustellung der Aufnahme des Verfahrens durch den Insolvenzverwalter (§ 249 Abs. 1

ZPO). Eine nochmalige Zustellung des Beschlusses über die nachträgliche Klagezulassung setzt keine neue Frist in Lauf.

Zwar sind nach Beginn der Unterbrechung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 ZPO Prozesshandlungen des Gerichts den Parteien gegenüber wirkungslos. Dies gilt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 249 Abs. 3 ZPO allerdings nicht für die Verkündung von Urteilen. Diese Verkündung einer Entscheidung hat, zumindest wenn sie nach Schluss der mündlichen Verhandlung bereits getroffen ist, trotz der Unterbrechung des Verfahrens stattzufinden (vgl. *Zöller-Greger*, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 249 Rn 8; *Musielak-Stadler*, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 249 Rn 5).

Vorliegend ist die Vorschrift des § 249 Abs. 3 ZPO zwar nicht unmittelbar anwendbar, weil das Arbeitsgericht den Beschluss über die nachträgliche Zulassung nicht verkündet hat und nicht zu verkünden brauchte. Es ist jedoch angebracht, sie entsprechend auf solche Entscheidungen anzuwenden. Zumindest dann, wenn die Entscheidung durch das Gericht unter Einhaltung der Vorschriften des rechtlichen Gehörs bereits getroffen war, soll dies den Parteien nach dem Rechtsgedanken des § 249 Abs. 3 ZPO nicht vorenthalten werden. Sie werden durch die Bekanntgabe der Entscheidung nicht in ihren Rechten verletzt. Im Verfahren nach § 5 KSchG erfolgt die Bekanntgabe aber durch Zustellung. Es sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die der Wirksamkeit einer solchen – an die materiell betroffene und postulationsfähige Partei erfolgten – Zustellung entgegenstehen könnten. Diese Auffassung wird in Literatur und Rechtsprechung für den Fall der Unterbrechung des Verfahrens weitestgehend geteilt (vgl. *Zöller-Greger*, a. a. O., § 249 Rn 8; *Feiber* in MK-ZPO, Band 1, 2. Aufl. 2000, § 249 Rn 28; *Musielak-Stadler*, a. a. O., § 249 Rn 5; *Thomas/Putzo-Hüßtege*, ZPO, 26. Aufl. 2004, § 249 Rn 8; BSG vom 25.01.1966, Az. 4 RJ 485/65; BFH vom 28.02.1991, Az. V R 117/85; BFH vom 25.02.1992, Az. IX R 171/87, sämtlich zitiert nach juris). Die Auffassung des BGH im Beschluss vom 29.03.1990 (Az. III ZB 39/89, NJW 1990, 1854), nach der ein nach Unterbrechung verkündetes Urteil dann nicht mehr wirksam zugestellt werden kann, überzeugt schon deswegen nicht, weil sogar eine Entscheidung, die während des Verfahrensstillstandes außerhalb des Anwendungsbereichs des § 249 Abs. 3 ZPO erging, bei der also die Unterbrechungswirkung bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung – unerkannt – eingetreten ist, existent ist. Sie ist nicht nichtig, sondern lediglich mit dem allgemein zulässigen Rechtsmittel anfechtbar (allg. Meinung, vgl. BGH vom 31.03.2004, Az. XII ZR 167/00, zitiert nach juris). Es erscheint als widersprüchlich, wenn die Zustellung in einer Konstellation wirkungslos sein soll, in der das Gericht zum Erlass der Entscheidung befugt war. Letztlich kann dies aber dahinstehen, weil vorliegend eine Konstellation, in der Verkündung und Zustellung auseinander fallen, nicht gegeben ist.

■ Landesarbeitsgericht Nürnberg

vom 29. September 2004, 6 Ta 101/04, unanfechtbar

Sonstiges

211. Nachträgliche Klagezulassung, Stoffbeschränkung

Im Verfahren über eine nachträgliche Klagezulassung wird nicht mit Bindungswirkung für das Verfahren zur Hauptsache darüber entschieden, ob eine vorsorglich mit einem Kündigungsschutzantrag angegriffene Kündigung überhaupt ausgesprochen worden ist, weshalb es darüber in der Beschwerdeinstanz keiner weiteren Beweisaufnahme bedarf.

■ Landesarbeitsgericht Berlin
vom 4. November 2004, 6 Ta 1733/04

212. Ordnungsgeld, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung

Die Obergrenze des § 23 Abs. III BetrVG – 10.000,00 € – gilt im Rahmen des § 890 ZPO nicht.

1. Die einstweilige Verfügung betrifft nicht eine Unterlassungsverpflichtung nach § 23 Abs. 3 BetrVG, sondern nach § 890 ZPO in Verbindung mit § 87 BetrVG, worauf die Kammer bereits in den Gründen der einstweiligen Verfügung hingewiesen hat. Eine vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses war der Beteiligten zu 2 ebenfalls zuvor zugestellt worden. Der Beschluss enthält auch die erforderliche Androhung im Sinne des § 890 ZPO. Die jeweiligen Ordnungsmittel, nämlich Ordnungsgeld und Ordnungshaft, sind genau bezeichnet. Die maximale Höhe des zu verhängenden Ordnungsgeldes ergibt sich aus dem Gesetz (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 890 Rn 12 b).

2. Die Beteiligte zu 2 hat schuldhaft ihrer Verpflichtung aus dem Beschluss zuwider gehandelt. Ordnungsmittel stellen nicht nur Maßnahmen zur Beugung des Willens des Schuldners dar, sondern enthalten auch strafrechtliche Elemente. Der Schuldner muss alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen treffen, um Zuwiderhandlungen – auch durch Mitarbeiter – zu verhindern.

Bei der Höhe des zu verhängenden Ordnungsgeldes war zu berücksichtigen, dass sich die Beteiligte zu 2 nach ihrem eigenen Vorbringen vorsätzlich über die gerichtliche Unterlassungsverfügung hinweggesetzt und keinerlei Maßnahmen getroffen hat, der gerichtlichen Verpflichtung nachzukommen. Soweit sie einwendet, dass der Betriebsrat kein berechtigtes Interesse am Erlass der einstweiligen Verfügung gehabt hätte und diese nicht hätte ergehen dürfen, entlastete dies die Beteiligte zu 2 nicht. Die einstweilige Verfügung ist erlassen worden. (...)

Das Gericht sah daher, auch wenn die Zuwiderhandlung als Handlungseinheit anzusehen ist, da der Wille der Beteiligten zu 2 von vornherein auf mehrere gleichartige Einzelhandlungen gerichtet war, die Verhängung eines Ordnungsgeldes in Höhe von 30.000 € als erforderlich aber auch ausreichend an, um sie dazu zu bewegen, ihrer Verpflichtung aus dem Beschluss nachzukommen. Die Obergrenze des § 23 Absatz III BetrVG gilt im Rahmen des § 890 ZPO nicht.

Die Verhängung einer Ordnungshaft gegen die Beteiligte zu

2 als Arbeitgeberin bzw. gegen ihre gesetzlichen Vertreter ist dagegen ausgeschlossen (vgl. *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, Kommentar zum ArbGG, 5. Auflage, Rn 27 zu § 85).

■ Arbeitsgericht Berlin
vom 18. Februar 2005, 6 BVGa 1044/05, sofortige Beschwerde zugel.

eingereicht Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24;
E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

213. Ordnungsgeld, Unterlassungsanspruch, einstweilige Verfügung

1. Die Voraussetzungen für die Festsetzung eines Ordnungsgeldes liegen vor. Gemäß § 85 Abs. 1 S. 3 ArbGG in Verbindung mit § 890 Abs. 1 ZPO kann gegen den Schuldner eines im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ergangenen Beschlusses auf Antrag des Gläubigers ein Ordnungsgeld festgesetzt werden, wenn er der Verpflichtung zuwider handelt, eine Handlung zu unterlassen. Als Vollstreckungstitel kommt nach § 85 Abs. 1 S. 1 ArbGG zwar grundsätzlich nur ein rechtskräftiger Beschluss in Betracht, einstweilige Verfügungen sind jedoch auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren sofort vollstreckbar (vgl. LAG Berlin 12.11.2003, 3 Ta 2142/03, AR-Blattei ES 650 Nr. 5 *Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG § 85 Rn 29).

2. Voraussetzung für die Festsetzung eines Ordnungsgeldes ist, dass dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels erteilt und dem Schuldner die Verhängung eines Ordnungsgeldes angedroht wurde, § 724, § 890 ZPO. Beides ist vorliegend geschehen.

Die Beteiligte zu 2) hat am 16.01.2005 gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen, indem sie Mehrarbeit bzw. Überstunden von 8 Beschäftigten angeordnet bzw. geduldet hat, ohne zuvor die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen bzw. die Einigungsstelle anzurufen.

3. Bei der Festsetzung der Höhe des Ordnungsgeldes war zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beschäftigung von 8 Mitarbeitern im Bereich der Niederlassung Leipzig um einen einheitlichen Verstoß handelt, sodass ein Ordnungsgeld maximal in Höhe von 10.000,00 EUR in Betracht kommt. Nicht zu folgen ist dagegen der Auffassung der Beteiligten zu 2), es liege bundesweit nur ein einheitlicher Verstoß vor. Die Betrachtung hat vorliegend bezogen auf die das Verfahren führenden Betriebspartner und damit bezogen auf die Niederlassung Leipzig zu erfolgen.

4. Angesichts der Gesamtumstände erscheint ein Ordnungsgeld in Höhe von 4.500,00 EUR angemessen.

Der Umstand, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrates offenbar an allen Standorten nicht gewahrt wurden und die Beteiligte sich an allen Standorten über erlassene einstweilige Verfügungen hinweg gesetzt hat, war vorliegend nicht erschwerend zu berücksichtigen. Nach den Darlegungen der

Beteiligten zu 2) war der Termin am 16.01.2005 langfristig festgelegt und geplant, der Relaesewechsel musste bundesweit rechtzeitig durchgeführt werden. Hieran bestand ein nicht unerhebliches Interesse der Beteiligten zu 2).

5. Eine Kostenentscheidung war nicht erforderlich. Das Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 85 Abs. 1 ArbGG zählt zu den Beschlussverfahren des § 2 a Abs. 1 ArbGG, für die nach § 2 Abs. 2 ArbGG keine Kosten erhoben werden (vgl. LAG Düsseldorf, 26.06.2003, 16 Ta 47/03, NZA-AR 2004, 1054 f; GK-ArbGG/Vossen, § 85 Rn 30).

■ **Arbeitsgericht Leipzig**

vom 11. Februar 2005, 1 BVGa 2/05, sofortige Beschwerde eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

Anmerkung:

Vergleiche auch den vorstehenden Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 18.02.2005 – 6 BVGa 1044/05 – (Nr. 212 in diesem Heft), das ein Ordnungsgeld von 30.000,00 € in paralleler und völlig gleich gelagerter Sache verhängt hat (dort waren von der Mehrarbeit zwei ArbeitnehmerInnen betroffen, in Leipzig sechs). Am Arbeitsgericht Nürnberg hatte sich das Unternehmen in einem ebenfalls parallelen, gleich gelagerten EV-Verfahren (betroffen waren dort zwei Mitarbeiter) schon im Anhörungstermin vor Erlass der einstweiligen Verfügung zur vergleichsweisen Zahlung von 15.000,00 € für die Tsunami-Flutopfer bereitgefunden. Es gilt der Werbeslogan: Leipzig kommt – hier werden Rechtsverstöße am Billigsten geahndet. (gr)

214. örtliche Zuständigkeit, Erfüllungsort für nachträglich Ansprüche

Der Ort, an dem die streitige Verbindlichkeit i.S.d. § 29 ZPO zu erfüllen ist, ist der Ort, an dem nach materiellem Recht die Leistung zu erbringen ist, die den Gegenstand des Rechtsstreites bildet, also der nach § 269 Abs. 1, 2 BGB zu bestimmende gesetzliche Leistungsort. Leistungsort für die Zahlung von Schadenersatz durch den Arbeitgeber ist gem. §§ 269 Abs. 1, 2 270 Abs. 4 BGB im Zweifel der Betriebssitz der beklagten Partei.

Auch für Arbeitsverhältnisse ist, wie bei allen Schuldverhältnissen, für die jeweilige Leistung der gesetzliche Leistungsort einzeln und gesondert zu bestimmen (*Schwab/Weth*, ArbGG, § 2 Rn 230) Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 29 ZPO, der nicht vom Erfüllungsort des Vertrages, sondern vom Ort, „an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist“ spricht. Daher ist bei Schuldverhältnissen mit mehreren Pflichten der Erfüllungsort für jede Pflicht gesondert festzustellen. Das gilt grundsätzlich, vor allem auch für den gegenseitigen Vertrag (BGH NJW 1995, 1546 ff.). Einen Erfüllungsort hat nicht der Vertrag als ganzer, sondern die konkrete Leistungspflicht. Daher können sich für Leistungs- und Gegenleis-

tungspflicht eines einzelnen Vertrages jeweils verschiedene Erfüllungsorte ergeben. Das schließt aber nicht aus, dass sich gleichwohl vor allem durch die Umstände des Vertrages und aus einer bestehenden Verkehrssitte (Arg. § 269 BGB) ein einheitlicher einziger Erfüllungsort ergibt (vgl. *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 22. Aufl. § 29 ZPO Rn 19). Danach ist in der Rechtsprechung die Tendenz feststellbar, dass der Ort, an dem die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen ist, als Schwerpunkt des Vertrages und nach der Natur des Schuldverhältnisses als Erfüllungsort für die beiderseitigen Verpflichtungen anzusehen ist (*Palandt/Heinrichs*, § 269 Rn 13). Auf diese Weise wird ein gemeinsamer Erfüllungsort für beide Vertragsparteien erreicht. Bei Arbeitsverhältnissen entscheidet somit grundsätzlich der wirtschaftliche und technische Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses. In aller Regel ist daher Erfüllungsort für beide Seiten der Ort des Betriebes (BAG DB 1983, 395).

Vorliegend handelt es sich aber gerade nicht um eine vertragscharakteristische Leistung. Zwar lag der wirtschaftliche und technische Mittelpunkt des Arbeitsverhältnisses in Espenhain. Das Arbeitsverhältnis wurde aber bereits im Jahr 1992 beendet. Nach dem klägerischen Vortrag ist die behauptete Pflicht der Beklagten, den Kläger auf die Ursprungsliste zu setzen mit der Stilllegung der C. zum 31.12.1996 mithin erst 4 Jahre nach Ausscheiden des Klägers aus dem Arbeitsverhältnis entstanden. Mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses befand sich der Erfüllungsort nicht mehr in Es. Selbst wenn man der Rechtsprechung insoweit folgt, dass alle vertragscharakteristischen Leistungen dem einheitlichen Erfüllungsort Es. zuzurechnen gewesen wären (so z. B. der Zeugnisananspruch oder Rückforderung von Überzahlungen), so kann dies für den streitgegenständlichen Anspruch keine Anwendung finden. Dieser steht in keinem rechtlichen Zusammenhang mit den gegenseitigen Verpflichtungen aus dem geschuldeten Arbeitsverhältnis, sondern stellt lediglich allenfalls eine nachvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar, die zudem erst Jahre nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstanden sein soll (so auch ArbG Dortmund, Beschl. V. 21.05.2002, 9 Ca 2490/02 in NZA 2002, 1359). Dies entspricht im Übrigen dem Grundsatz, wonach an dem Ort, an dem die vertragliche Leistung gefordert werden kann, auch die prozessuale Durchsetzung betrieben werden darf (BAG, Urteil v. 09.03.1995, 5 AZR 848/03, BAGE 79, 258–262).

Für die Gegenansicht, es sei stets und allein auf den Ort der Arbeitsleistung abzustellen, sind somit keine durchschlagenden Gründe vorhanden. Insbesondere geht der Hinweis auf die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) und Bundesarbeitsgericht (BAG) gegebene Begründung für die Anknüpfung der internationalen Zuständigkeit einheitlich am Arbeitsort fehl.

Die vom EuGH und BAG vorgenommene Anknüpfung an die vertragstypische Leistung für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 1 des europäischen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und

Handelssachen vom 27.09.1968 (BGBl 1972 II Seite 774 – EuGVÜ) ergibt sich allein aus dem international verfahrensrechtlichen Charakter der Norm und hat für die Auslegung des § 269 Abs. 1 BGB kein Gewicht. Art. 5 EuGVÜ regelt nicht die örtliche, sondern die internationale Zuständigkeit (hier dazu ausdrücklich BAG Urt. v. 12.06.1986 – 2 AZR 398/95 AP Nr. 1 zu Art. 5 Brüsseler Abkommen).

Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 Abs. 1 ZPO bestimmt sich somit nach dem Betriebssitz und ist nach alledem hier also nicht gegeben.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich daher nach dem allgemeinen Gerichtsstand der beklagten Partei. Hierfür ist gemäß § 17 Abs. 1 ZPO der Firmensitz, im Zweifel der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, in Berlin maßgeblich.

Gemäß § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17 a GVG wurde der Rechtsstreit nach Anhörung der Parteien nach Durchführung eines Gütertermins von Amts wegen durch Beschluss der Vorsitzenden (§ 55 Abs. 1 Nr. 7 ArbGG) an das bezeichnete Gericht verwiesen.

■ **Arbeitsgericht Leipzig**

vom 8. Februar 2005, 19 Ca 9023/04 – unanfechtbar eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

215. Prozesskostenhilfe, Anforderungen und Wirkungen der Fristsetzung nach § 118 II ZPO

Die Frist nach § 118 Abs. 2 S 4 ZPO ist keine Ausschlussfrist. Nachgeholtes Vorbringen und nachgereichte Belege müssen berücksichtigt werden, solange die Instanz noch nicht beendet ist.

I. Die Bewilligung der Prozesskostenhilfe konnte nicht unter Berufung auf § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO abgelehnt werden.

1. Die Fristsetzung ist nämlich nur dann wirksam, wenn die Frist in der ordnungsgemäßen Form gesetzt wurde (vgl. statt vieler *Baumbach/Hartmann*, § 118 ZPO Rn 40). Die notwendige Form ergibt sich aus § 329 ZPO. Nach dessen Abs. 2 Satz 2 ist die Entscheidung des Gerichts zuzustellen, wenn sie eine Frist in Lauf setzt. Dieses ist im Falle des § 118 Abs. 2 Satz 4 gegeben (vgl. *Baumbach/Hartmann*, a. a. O. und derselbe § 329 ZPO Rn 32). Zustellung in diesem Sinne bedeutet Amtszustellung (*Baumbach/Hartmann*, § 329 Rn 32). Ohne eine Zustellung kann das Gericht gar nicht feststellen, wann die Frist abläuft.

Im vorliegenden Fall ist die Verfügung vom 20.04.2004 nicht förmlich zugestellt worden. Daher setzte sie die Frist nicht Gang.

2. Dahinstehen kann dabei, dass nicht erkennbar ist, dass die Verfügung (Blatt 13 der PKH-Akte) mit vollem Namenszug unterschrieben ist (vgl. dazu *Baumbach/Hartmann*, § 118 Rn 40 in Verbindung mit § 329 Rn 11).

3. Schließlich hätte auch bei wirksamer Fristsetzung die Prozesskostenhilfe nicht wegen der nicht fristgemäßen Ergän-

zung der Angaben über die Einkommensverhältnisse der Ehefrau ohne nähere Prüfung der bis dahin erfolgten Angaben gänzlich versagt werden dürfen. Denn die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers war allenfalls lückenhaft. Nach dem Wortlaut des § 118 Abs. 4 ZPO lehnt das Gericht bei nicht genügender Beantwortung die Bewilligung der Prozesskostenhilfe „insoweit“ ab. Dieses bedeutet, dass die Prozesskostenhilfe insoweit zu bewilligen ist, als sie ohne die gemachten Angaben bewilligt werden kann, z. B. nur gegen Ratenzahlung statt ohne Raten (vgl. *Baumbach/Hartmann*, § 118 ZPO Rn 41; *Zöller/Philippi*, § 118 Rn 17).

II. Selbst dann aber, wenn der angefochtene Beschluss als solcher wirksam gewesen wäre, hätte das Arbeitsgericht die Abhilfe der Beschwerde nicht mit der von ihm gegebenen Begründung versagen dürfen. Die Frist nach § 118 Abs. 2 Satz 4 ZPO ist nämlich keine Ausschlussfrist (*Zöller/Philippi*, a. a. O. m. w. N.). Nachgeholtes Vorbringen und nachgereichte Belege müssen deshalb berücksichtigt werden, solange die Instanz noch nicht beendet ist (*Zöller/Philippi*, a. a. O.; ebenso jetzt BAG 03.12.2003 – 2 AZB 19/03 – MDR 2004, 415). Dem entspricht es, dass die Ablehnung nicht rechtskräftig wird. Nachgereichte Unterlagen sind ggf. als neuer Antrag auszulegen und – jedenfalls soweit die Instanz noch nicht beendet ist – für eine erneute Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. *Zöller/Philipp* a. a. O.).

■ **Landesarbeitsgericht Köln**

vom 5. August 2004, 4 Ta 269/04, unanfechtbar

216. Prozesskostenhilfe, Gewerkschaftsmitglied, Unzumutbarkeit

1. Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwalts kann nicht bewilligt werden, wenn die antragstellende Partei Gewerkschaftsmitglied ist und ihr die Inanspruchnahme gewerkschaftlichen Rechtsschutzes im Einzelfall zumutbar ist.

2. Eine Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme gewerkschaftlichen Rechtsschutzes für die Betreuung einer Kündigungsschutzklage liegt nicht vor, wenn sich das Gewerkschaftsmitglied in einer außergerichtlichen Vergütungsangelegenheit mit seinem Arbeitgeber im Vorjahr von einer bestimmten Rechtssekretärin einer Fachgewerkschaft schlecht vertreten gefüllt hatte, sie deshalb mit Erfolg eine Rechtsanwältin eingeschaltet hatte und sie sich nun rund 6 Monate später in einem Kündigungsschutzverfahren gegen eine Kündigung zu Wehr setzt.

■ **Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz**

vom 18. August 2004, 2 Ta 187/04

Anmerkung:

Die Entscheidung erscheint als problematisch: Es bleibt außer Betracht, dass Gewerkschaftsmitgliedschaft regelmäßig nicht primär wegen des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes besteht, sondern einer höchstpersönlichen, meist politisch

motivierten, Einstellung entspringt. Diese muss aber nicht das Vertrauensverhältnis zum gewerkschaftlichen Rechtsschutz umfassen. Rechtliche Vertretung bedarf aber unabdingbar eines Vertrauensverhältnisses, weshalb die freie Wahl des Rechtsvertreters auch bei Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe gewährleistet bleiben sollte. Und außerdem sollten Arbeitnehmer nicht wegen der Beantragung von PKH in den Gewissenskonflikt eines Austritts aus der Gewerkschaft gedrängt werden. (gr)

217. Prozesskostenhilfe, Fristsetzung, Ablehnung der PKH, fehlende Mitwirkung

Die erstmalige Vorlage einer Gehaltsbescheinigung im Beschwerdeverfahren ist dann zu berücksichtigen, wenn die zuvor gesetzte Ausschlussfrist des § 118 ZPO wegen fehlender Zustellung nicht in Gang gesetzt wurde.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30. August 2004, 2 Ta 257/04

218. Prozesskostenhilfe, eigenes Einkommen einer unterhaltsberechtigten Person

Die angeordnete Ratenzahlung aus dem Einkommen der Klägerin in Höhe von 45,00 € monatlich musste entfallen, da das einzusetzende Einkommen der Klägerin unterhalb des Betrages liegt, der nach der Tabelle zu § 115 Abs. 1 ZPO die Anordnung von Monatsraten vorsieht.

Zutreffend ist das Arbeitsgericht zunächst davon ausgegangen, dass nach § 115 Abs. 1 Nr. 2 ZPO bei gesetzlicher Unterhaltspflicht für weitere unterhaltsberechtigte Personen neben dem Ehegatten des Antragstellers vom Einkommen derzeit ein Betrag in Höhe von 256,00 € abzusetzen ist, wobei sich der Unterhaltsfreibetrag um eigenes Einkommen der unterhaltsberechtigten Person vermindert. Dies würde angesichts eines eigenen Einkommens des Kindes der Klägerin in Höhe von 385,00 € monatlich dazu führen, dass ein Freibetrag zugunsten der Klägerin nicht berücksichtigt werden könnte mit der Folge, dass der Klägerin – wie geschehen – Monatsraten aus ihrem Einkommen in Höhe von 45,00 € aufzuerlegen wären.

Hierbei würde indessen nicht berücksichtigt, dass nach § 115 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ZPO in den Fällen, in denen der Unterhaltsverpflichtete an den Unterhaltsberechtigten eine Geldrente zahlt, diese anstelle des Freibetrages abzusetzen ist, soweit dies angemessen ist.

Im Streitfall zahlt die Klägerin an ihren außerhalb ihres Haushalts lebenden Sohn eine monatliche Unterhaltsrente in Höhe von 120,00 €. Dieser Betrag ist vom Einkommen der Klägerin abzusetzen, da er sich unbeschadet des eigenen Einkommens des Sohnes in Höhe von 385,00 € monatlich als angemessen erweist. Dies folgt schon daraus, dass z. B. der Höchstförderbetrag nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz bei auswärtiger Unterbringung sich auf 585,00 € beläuft, während dem Sohn der Klägerin unter Berücksichtigung der ge-

zahlten Monatsrente und des eigenen Einkommens nur ein Betrag in Höhe von 505,00 € monatlich zur Verfügung steht. Zieht man vom Einkommen der Klägerin neben den Freibeträgen und sonstigen Belastungen auch die Unterhaltsrente für den Sohn in Höhe von 120,00 € ab, beläuft sich das einzusetzende Einkommen der Klägerin auf 14,74 €. Dies führt zur Ratenfreiheit der Klägerin.

■ Landesarbeitsgericht Düsseldorf
vom 12. Januar 2005, 2 Ta 725/04
eingereicht von Rechtsanwalt Stefan Weufen, Hohenzollernstraße 44, 41061 Mönchengladbach, Tel.: 02161/175841, Fax: -294906; E-Mail: info@ra-weufen.de

219. Rechtsweg, Zusammenhangsklage

Für die Zusammenhangszuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 3 ArbGG kann auf die Kriterien nach § 33 Abs. 1 ZPO für den Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage abgestellt werden.

Für den vorliegend abgetrennten Streitgegenstand (Zahlungsklage) ist der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen zulässig, weil – zumindest – die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 ArbGG (Zusammenhangsklage) gegeben sind.

Nach der vorerwähnten Vorschrift können vor die Gerichte für Arbeitssachen auch nicht unter die Absätze 1 und 2 des § 2 ArbGG fallende Streitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer beim Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit (Hauptklage) in der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art im rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichen Zusammenhang steht und für seine Geltendmachung nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. § 2 Abs. 3 ArbGG will diejenigen Rechtsstreitigkeiten noch mit erfassen, deren Behandlung von einem anderen Gericht sonst zu einer Teilung innerlich zusammenhängender Verfahren führen würde (vgl. *Dersch/Volkmar*, Arbeitsgerichtsgesetz 6. Auflage, § 3 ArbGG, Rn 37 unter Hinweis auf die Begründung zum Entwurf des ArbGG 1953). Deshalb ist bei Zweifeln über die Anwendung des § 2 Abs. 3 ArbGG keine einengende, sondern eine weite Auslegung geboten (vgl. *Grunsky*, ArbGG 7. Auflage, § 2 ArbGG Rn 142m. w. N.).

Die Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG setzt eine die Rechtswegvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 oder 2 ArbGG erfüllende Hauptklage und eine oder mehrere bürgerlich-rechtlichen Ansprüche, die mit der Hauptklage im rechtlichen oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, voraus. Aus welchen Gründen – etwa weil ein sic-non-Fall vorliegt oder die den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen begründeten Tatsachen unstreitig oder bewiesen sind – für die Hauptklage für § 2 Abs. 1 oder 2 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben ist, ist unerheblich. Erforderlich und zugleich ausreichend ist, dass er zulässig ist. Mehr und Anderes verlangt § 2 Abs. 3 ArbGG und der Sinn und Zweck der

Zusammenhangsklage nicht (vgl. zutreffend LAG München Beschluss vom 26.02.1998 – 3 Ta 1/98). Für den rechtlichen Zusammenhang im Sinne von 2 Abs. 3 ArbGG sind diejenigen Kriterien maßgeblich, die im Rahmen des § 33 Abs. 1 ZPO für den Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage gelten (zutr. *Kissel*, Gerichtsverfassungsgesetz 2. Auflage § 13 GVG Rn 171). Danach liegt ein rechtlicher Zusammenhang vor, wenn die Haupt- und Zusammenhangsklage aus demselben Tatbestand abgeleitet werden oder demselben Rechtsverhältnis entspringen (*Zöller/Vollkommer*, ZPO 21. Auflage § 33 ZPO Rn 15). Unter unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang ist im wesentlichen und letztlich Ähnliches oder doch Entsprechendes wie mit dem rechtlichen Zusammenhang gemeint, sodass die Grenzen zwischen den beiden Rechtsbegriffen fließend sind (*Grunsky*, Arbeitsgerichtsgesetz, § 2 ArbGG Rn 143). Ein wirtschaftlicher Zusammenhang im Sinne von § 2 Abs. 3 ZPO wird dann angenommen, wenn die Streitgegenstände der Haupt- und Zusammenhangsklage aus demselben einheitlichen Lebenssachverhalt entspringen und nicht nur eine zufällige Verbindung zueinander haben (vgl. *Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Auflage, § 2 ArbGG Rn 119). Zwischen der erhobenen Klage auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, für die das Arbeitsgericht den Rechtsweg für eröffnet gehalten hat und dem streitgegenständlichen Zahlungsanspruch besteht sowohl ein rechtlicher als auch unmittelbar wirtschaftlicher Zusammenhang; denn die Streitgegenstände dieses Rechtsstreits leiten sich – auch nicht nur zufällig – aus dem selben einheitlichen Lebenssachverhalt, einem – behaupteten – Arbeitsverhältnis, zwischen den Parteien ab.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 12. Juli 2004, 8 Ta 127/04

220. Rechtsweg, Ärztin

1. Eine Ärztin, für die nach der Vereinbarung der Parteien keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden sollen, weil sie als freie Mitarbeiterin angesehen wird, hat in der Regel den Status einer Arbeitnehmerin, wenn sie durch Schichtpläne von Montag bis Freitag durchgängig in den Schichtbetrieb eingegliedert ist und sie auch sonst im gleichem Umfang wie die anderen angestellten Ärzte die Bereitschaftsdienste, incl. Wochenenddienste in der Hals-Nasen-Ohren-Praxis versieht.

2. Soweit die Beschwerdeführer ihr Vorbringen darauf stützen, aus kassenarz- bzw. vertragsarztrechtlichen Gründen sei es ausgeschlossen gewesen, die Beschwerdegegnerin als angestellte Ärztin in der Praxis zu beschäftigen, mag dieser Aspekt das Verhältnis der Praxis zur Kassenärztlichenvereinigung betroffen haben, weil die Beschwerdeführer damit wohl vorbringen wollen, sie seien von dieser Vereinigung als Kassenarztpraxis anerkannt und zugelassen worden. Damit haben sie die Verantwortung gegenüber dieser Vereinigung zu tragen. Ob sie sich im Innenverhältnis bei der

Wahrnehmung ihrer Dienste eines angestellten Arztes unter ihrer Verantwortung bedienen oder eines Arztes als freier Mitarbeiter, kann für die Beurteilung des Statut der Beschwerdegegnerin nicht entscheidend sein. Hier kommt es auf das Vertragsverhältnis zwischen den Vertragsparteien, das sind die Beschwerdeführer einerseits und die Beschwerdegegnerin andererseits, an.

Nach alledem war vorliegend der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen gegeben, sodass das unbegründete Rechtsmittel der Beschwerdeführer mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen war.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 12. Mai 2004, 2 Ta 81/04, Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

221. Bestimmtheit des Titels, Statthaftigkeit von Einwendungen bei der Vollstreckungsgegenklage, Rechtsschutzbedürfnis, Zwangsvollstreckung

1. Der Einwand, der Titel sei zu unbestimmt, ist im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage nicht statthaft.

2. Bei zu unbestimmtem und daher nicht vollstreckbarem Titel ist die Vollstreckungsgegenklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses auch nicht mit materiellen Einwendungen zum Inhalt des Titels zulässig.

3. Die Vollstreckungsurkunde muss – das gilt auch für Vollstreckungstitel nach § 794 ZPO (vgl. *Zöller/Stöber*, § 794 ZPO, Rn 26 b) – inhaltlich den vollstreckbaren Anspruch bestimmt ausweisen. Der Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme ist bestimmt (dass er bestimmbar ist, genügt nicht), wenn der Betrag entweder ziffernmäßig festgelegt ist oder sich ohne weiteres aus den Angaben der Urkunde berechnen lässt (vgl. BGH NJW 1957, 23; BGH 1995, 1162; ferner *Zöller/Stöber*, § 794 ZPO, Rn 26 b).

■ Landesarbeitsgericht Köln vom 26. März 2004, 4 Sa 1393/03

222. Tatbestandsberichtigung eines Berufungsurteils ohne Tatbestand

1. Die Voraussetzungen für eine Tatbestandsberichtigung (§ 320 ZPO) liegen nicht vor.

Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung ist unzulässig, weil es hier an einem „Tatbestand“ i.S. der Regelungen in §§ 320 Abs. 1, 313 Abs. 2 S. 1 ZPO fehlt.

An einem Tatbestand fehlt es hier, weil das Berufungsgericht aufgrund der Regelung in § 69 Abs. 2 ArbGG n.F. von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen und dies auch ausdrücklich festgestellt hat. (...)

2. Ein Tatbestand stellt die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel unter Hervorhebung der gestellten Anträge dar (vgl. § 313 Abs. 2 S. 2 ZPO). (...)

3. Richtig ist allerdings, dass nach der Auffassung sowohl des Bundesgerichtshofes als auch des Bundesarbeitsgerichts

tatsächliche Feststellungen berichtigungsfähig sind, die sich in den „Entscheidungsgründen“ eines Urteils finden.

Es kann dahinstehen, ob dieser Rechtsprechung ohne weiteres gefolgt werden kann: Sie betrifft jedoch nur Urteile mit „Tatbestand“.

Jedenfalls dann, wenn ein Berufungsgericht – wie hier – gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen hat, können die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils auch insoweit nicht nach § 320 ZPO berichtigt werden, als dort im Zusammenhang mit der Darstellung der Gründe, auf denen das Urteil beruht, einzelne Bestandteile des Vorbringens der Parteien erwähnt sind. Eine Änderung der Ausführungen in den Entscheidungsgründen, die die Begründung der getroffenen Entscheidung enthalten, ist nach der Regelung in § 320 Abs. 5 ZPO ausgeschlossen.

4. Der Satz: „Denn nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung streiten die Parteien nur noch um Amtszulage.“ in Abschnitt I.1. der Entscheidungsgründe sowie das Wort „weiter“ im letzten Satz von Abschnitt I.2. der Entscheidungsgründe enthalten keine tatbestandlichen Feststellungen.

Der wiedergegebene Satz betrifft eine Folgerung zur Rechtslage. Insoweit spielt die Bezugnahme auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils keine Rolle. Denn es handelt sich um eine erst aus der Berufungsverhandlung ergebene Forderung. Von einer Zahlung unter Vorbehalt war in der Berufungsverhandlung keine Rede. Die Bezugnahme auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils hat nur berichtigenden Charakter und enthält weder Ergänzungen noch Änderungen des erstinstanzlichen Tatbestandes.

Ähnlich verhält es sich mit dem Wort „weiter“. Hier vollzieht sich die Rechtsanwendung (der Subsumtionsschluss). Dieser ist keiner tatbestandlichen Berichtigung zugänglich. Ein bei der Subsumtion unterlaufener Fehler bedarf der Korrektur durch ein Rechtsmittel. Um ein solches handelt es sich bei einem Tatbestands-Berichtungsantrag nicht.

5. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nach § 320 Abs. 4 S. 4 ZPO nicht statt.

An der Unanfechtbarkeit ändert sich nichts durch die teilweise vertretene Ansicht, wonach ein den Tatbestands-Berichtungsantrag aus prozessualen Gründen als unzulässig verwerfender Beschluss (...) eben deshalb anfechtbar sei, weil es insoweit nicht auf die Erinnerungsfähigkeit der am Urteil beteiligten Richter ankäme. Denn statthaft wäre dafür nach neuem Prozessrecht lediglich die Rechtsbeschwerde. Diese ist jedoch nicht zuzulassen, weil es an Zulassungsgründen fehlt. Dabei ist die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde nicht ihrerseits selbstständig anfechtbar

Zulassungsgründe fehlen deshalb, weil der Tatbestands-Berichtungsantrag – wäre er zulässig – jedenfalls als unbegründet (und damit ohnehin unanfechtbar) zurückzuweisen gewesen wäre.

Die Unrichtigkeit des Tatbestandes wird nicht dadurch begründet, dass eine Divergenz zwischen tatsächlichen Feststel-

lungen und der Wirklichkeit vorkommt, sondern dadurch, dass der Tatbestand das Parteivorbringen nicht richtig beurkundet. Wenn etwa die Parteien einen bislang strittigen Sachverhalt – aus welchen Gründen auch immer – überraschend unstrittig stellt, ist davon auszugehen und nicht nun seitens des Gerichts das unstrittige Vorbringen infrage zu stellen.

Hier ist nicht der Ort für eine Entscheidung darüber, ob eine Partei von einem objektiv möglicherweise fehlerhaften Urteil Gebrauch machen darf, das nach der von ihr vertretenen Rechtsansicht aber im Ergebnis nicht ohnehin ebenso hätte ausfallen müssen.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 5. November 2004, 2 Sa 421/02

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

223. Urteilsberichtigung, Zinsbeginn

Wenn in einem Urteil der Anfangstermin der Zinszahlungspflicht nicht bestimmt ist, beruht dies regelmäßig auf einem offenbaren Versehen im Sinne von § 319 Abs. 1 ZPO (BAG, NZA 2001, 386, 307). Ein solcher Fehler kann daher jederzeit von dem Gericht, auch von Amts wegen, berichtigt werden.

■ Arbeitsgericht Leipzig

vom 26. November 2004, 11 Ca 9410/03

eingereicht von Rechtsanwalt Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

224. Vergleich, Anfechtung

Die Anfechtung eines Prozessvergleichs hat gegenüber dem Vertragspartner, also der gegnerischen Partei, zu erfolgen. Eine Anfechtungserklärung, die an das Gericht gerichtet ist und erst durch dieses an den Prozessgegner weitergeleitet wird, ist nicht unverzüglich, da der Anfechtende durch unmittelbare Zustellung einen schnelleren Zugangsweg hätte wählen können. Für das Vorliegen eines Irrtums oder eine Täuschung kommt es im Anwaltsprozess auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale beim Prozessbevollmächtigten an. Das Äußern einer Rechtsmeinung durch das Gericht, insbesondere der Hinweis auf das voraussichtliche Prozessergebnis, erfüllt den Tatbestand des § 123 BGB nicht, da das Gericht immer Dritter ist.

■ Landesarbeitsgericht Köln

vom 17. Mai 2004, 2 (12) Sa 459/03

225. Rücktritt vom gerichtlichen Vergleich, Beiordnung von Prozessvertretern

1. Bei einem gerichtlichen Vergleich, durch den ein Kündigungsschutzrechtsstreit erledigt wird, ist in der Regel davon auszugehen, dass ein Rücktrittsrecht nach § 323 BGB stillschweigend ausgeschlossen sein soll.

Sonstiges

2. Eine Beiordnung nach § 11 a ArbGG scheidet auch aus, wenn die Gegenseite durch Assessoren eines Verbandes vertreten wird, die berechtigt wären, als Rechtsanwälte aufzutreten (a.A. *Germelmann*, ArbGG, 4. Aufl. § 11 a Rn 48, m. w. N.).

■ Landesarbeitsgericht Niedersachsen

vom 20. Januar 2005, 11 Ta 52/05

eingereicht von Rechtsanwalt Rolf Schaefer, Ludwig-Barnay-Straße 1, 30175 Hannover, Tel.: 0511/6949-21, Fax: -51; E-Mail: r.schaefer@rs-ra.de

226. Aussetzung Weiterbeschäftigung

1. Gemäß § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder z. T. von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen ist. Voraussetzung für eine Aussetzung nach § 148 ZPO ist, dass die Entscheidung in einem anderen Rechtsstreit vorgreiflich ist für die Entscheidung, die in dem ausgesetzten Verfahren ergehen soll; der in dem anderen Verfahren zu erwartenden Entscheidung muss präjudizielle Bedeutung zukommen (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Auflage, Rn 5 zu § 148). Die Anordnung der Aussetzung gemäß § 148 ZPO steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts (vgl. *Zöller/Greger*, a. a. O., Rn 7; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 60. Auflage, Rn 32 zu § 148 jeweils m. w. N.).

Die Entscheidung des Gerichts über die Anordnung der Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO kann vom Beschwerdegericht nur auf Verfahrens- und Ermessensfehler überprüft werden. Das Beschwerdegericht ist nicht befugt, in die zur Hauptsache ergangene rechtliche und tatsächliche Würdigung des Prozessgerichts einzugreifen (vgl. *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 21. Auflage, Rn 10 zu § 252 Abs. 2 m. w. N.; *MK-Feiler*, ZPO, Rn 28 zu § 252 m. w. N.). Das Beschwerdegericht hat nur zu prüfen, ob die angefochtene Entscheidung die gesetzlichen Voraussetzungen der Aussetzung verkannt oder nicht befolgt hat oder ob sie gegen Denkgesetze verstößt (*MK-Feiler*, a. a. O., Rn 27).

Die gesetzlichen Voraussetzungen der Aussetzung liegen hier aus mehreren Gründen nicht vor:

1. (...)

2. Darüber hinaus ergibt sich ein Ermessensfehler des Arbeitsgerichts in seiner Aussetzungsentscheidung bereits aus dem Tenor des Beschlusses. Diesem lässt sich nämlich die Dauer der Aussetzung nicht entnehmen. Bis wann sollte der Rechtsstreit betreffend die Kündigung vom 30.09.2004 gemäß § 148 ZPO ausgesetzt werden? Nach dem Wortlaut des Beschlusses vom 15.10.2004 ist die Verhandlung „bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits“ auszusetzen.

3. Schließlich ist auch die vom Arbeitsgericht in seinem Nichtabhilfebefehl vom 26.11.2004 vertretene Auffassung, dass der Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers nur bis zum 31.03.2005 fortduere, unzutreffend.

Gerade das Gegenteil ist der Fall. Eine Aussetzung des Rechtsstreits über den Weiterbeschäftigungsanspruch kommt vielmehr regelmäßig nicht in Betracht. Es fehlt schon an der Vorgreiflichkeit i.S. von § 148 ZPO, da der Weiterbeschäftigungsanspruch gerade nicht vom rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens abhängig ist. Vielmehr ist dem Weiterbeschäftigungsverlangen regelmäßig stattzugeben, wenn das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung bejaht und der Arbeitgeber neue Tatsachen für ein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers vortragen hat (LAG Köln 17.05.1991, NZA 1992, 84; BAG, Urteil vom 19.02.1985 – 2 AZR 190/85).

Hinzu kommt, dass der ursprüngliche Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers vom 23.12.2003 noch immer mangels einer Entscheidung hierüber durch das Arbeitsgericht anhängig ist.

Für den vorliegenden Fall heißt dies folgendes:

Der Weiterbeschäftigungsanspruch aus der Klage vom 23.12.2003 betreffend die Kündigung vom 18.12.2003 endete zwar mit Ablauf der Kündigungsfrist hinsichtlich der zweiten Kündigung vom 30.12.2003 zum 30.06.2004 am 30.06.2004. Der Weiterbeschäftigungsanspruch hinsichtlich der Kündigung vom 30.12.2003 fand vorliegend jedoch noch keine Beendigung, nachdem die zweite Kündigung vom 30.12.2003 nunmehr rechtskräftig das Arbeitsverhältnis nicht zum 30.06.2004 beendet hat, sodass der Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers aufgrund der Kündigung vom 30.12.2003 nach wie vor besteht und aufgrund der Kündigung vom 30.09.2004 nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts weder durch die Kündigung vom 30.12.2003 noch durch die geltend gemachte Unwirksamkeit der Kündigung vom 30.09.2004 beendet wurde.

4. Schließlich verstößt die Aussetzung des Rechtsstreits auch gegen den Beschleunigungsgrundsatz des § 61 a Abs. 1 ArbGG.

Die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils gemäß § 301 Abs. 1 ZPO lagen hier nicht vor, nachdem auch die Kündigung vom 30.09.2004, die auf denselben Kündigungssachverhalt wie die beiden vorherigen Kündigungen vom 18.12.2003 und 30.12.2003 gestützt wurde, bereits entscheidungsreif war. Für eine Aussetzung hinsichtlich der Kündigung vom 30.09.2004 und den Weiterbeschäftigungsanspruch des Klägers bestand daher keine Notwendigkeit. Nach alledem war daher auf die sofortige Beschwerde des Klägers der Beschluss des Arbeitsgerichts Leipzig vom 15.10.2004 aufzuheben.

Als Beschwerdewert erscheint ein Betrag von 255,65 Euro angemessen.

■ Sächsisches Landesarbeitsgericht

vom 18. Februar 2005, 4 Ta 398/04,

eingereicht von Rechtsanwalt Roland Groß, Christianstraße 27, 04105 Leipzig, Tel.: 0341/98462-0, Fax: -24; E-Mail: leipzig@advo-gross.de, www.advo-gross.de

227. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Zur Schlüssigkeit eines Wiedereinsetzungsgesuchs gehört es, dass der Antragsteller einen Verfahrensablauf vorträgt, der ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten zweifelsfrei ausschließt. Unklarheiten gehen im Rahmen eines Wiedereinsetzungsgesuchs zulasten der Partei (BGH Versicherungsrecht 1983, 401; BAG 10.01.2003, NJW 2003, 12.70).

Da es für den Fristbeginn darauf ankommt, wann der Rechtsanwalt das Empfangsbekenntnis unterzeichnet hat, bedarf es darüber eines besonderen Vermerks. Um zu gewährleisten, dass ein solcher Vermerk angefertigt wird und das maßgebliche Datum zutreffend wiedergibt, darf ein Rechtsanwalt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2003, 453; NJW 1998, 1900) und des Bundesarbeitsgerichts (10.01.2003, NJW 2003, 1269) das Empfangsbekenntnis über die Urteilszustellung nur unterzeichnen und zurückgeben, wenn in den Handakten die Rechtsmittelfrist festgehalten und vermerkt ist, dass sie im Fristenkalender notiert wurde.

Daran fehlt es. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers trägt vor, es sei keinerlei Frist notiert worden. Dementsprechend hat er seine Kontrollpflicht bei der Unterzeichnung des Empfangsbekenntnisses versäumt.

Hätte er seine Kontrollpflicht wahrgenommen, wäre die Frist im Fristenkalender (mit der erforderlichen Vorfrist) vermerkt worden und damit mit hoher Wahrscheinlichkeit das vorliegende Fristversäumnis ausgeschlossen worden.

Erneut versäumte der Prozessbevollmächtigte des Klägers Sorgfaltspflichten, als er die Berufungsbegründung vor dem 04.11.2003 fertigte. Denn dafür benötigte er die Handakten. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des BAG hat der Rechtsanwalt, dem die Handakten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt werden, eigenverantwortlich den Fristablauf zu überprüfen (BAG a. a. O. m. w. N.). Auch bei dieser Überprüfung hätte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers wiederum auffallen müssen, dass eine Frist in den Handakten nicht notiert war.

■ Landesarbeitsgericht Köln
vom 30. April 2004, 4 Sa 955/03, Rev. nicht zugel.

228. Zwangsvollstreckung, Kosten, Zeugnis

Der Arbeitgeber hat die Kosten eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, mit dem ein Arbeitnehmer einen titulierten Zeugnisanspruch durchsetzen will, zu tragen, wenn der Arbeitgeber das Zeugnis zwar zur Abholung durch den Arbeitnehmer bereit gelegt, den Arbeitnehmer hierüber jedoch nicht informiert hat.

■ Arbeitsgericht Koblenz
vom 7. Dezember 2004, 6 Ca 2141/03
eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 02224/2638 oder 967565, Fax: -78544; E-Mail: www.anders-peter.de, www.anders-peter.de

Streitwert und Gebühren

229. Streitwert, fristlose Kündigung, kurzes Arbeitsverhältnis

Der Streitwert einer Kündigungsschutzklage, mit der sich der Kläger gegen eine fristlose Kündigung wehrt, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem späteren Zeitpunkt aber akzeptiert, kann unter Berücksichtigung eines „Makelzuschlages“ mit einem Bruttomonatsentgelt bemessen werden, wenn das Arbeitsverhältnis nur 4 Monate bestanden hat.

■ Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern
vom 17. Januar 2005, 1 Ta 68/04

mitgeteilt von Rechtsanwalt Bernhard Dribusch, Moltkestraße 4, 32756 Detmold, Tel.: 05231/7608-0, Fax: -76; E-Mail: info@kdanwalt.de

Anmerkung:

Ähnlich Hess. LAG, LAGE ArbGG §§ 1979 § 12 Nr. 117 Streitwert; das BAG geht bei einem Bestand des Arbeitsverhältnisses von bis zu 6 Monaten von 1 Monatsverdienst aus, BAG vom 30.11.1984 – 2 AZN 572/82; LAG Hamm: doppeltes Monatsentgelt, LAGE ArbGG 1979 § 12 Nr. 55 Streitwert. (gr)

230. Vergleichsmehrwert, Streitwert Änderungskündigung

1. Der Wert eines Änderungschutzverfahrens bemisst sich grundsätzlich nach dem dreifachen Jahresbetrag der sich aus der Änderungskündigung ergebenden Vergütungsdifferenz, wobei jedoch zur Bestimmung einer Höchstgrenze die Regelungen in § 42 Abs. 4 S. 1 und S. 2 GKG (früher in § 12 Abs. 7 S. 1 und 2 ArbGG) entsprechend heranzuziehen sind mit der Maßgabe, dass der Streitwert keine der beiden dort genannten Grenzen überschreiten darf, sondern der niedrigere von beiden maßgeblich ist (vgl. BAG, EzA § 12 ArbGG 1979 Streitwert Nr. 64).

2. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer kommt den im Vergleich vom 28.07.2004 getroffenen Regelungen – mit Ausnahme der vereinbarten Freistellung, welche das Arbeitsgericht zutreffend mit 1.330,00 € bewertet hat – keine streitwerterhöhende Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der in Ziffer 1 des Vergleichs enthaltenen Formulierung, wonach sich die Parteien darüber einig sind, dass ihr Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher betriebsbedingter Arbeitgeberkündigung zum 31.12.2004 enden wird. Streitgegenstand des Bestandsschutzverfahrens war nämlich ausschließlich die mit Schreiben vom 31.03.2004 ausgesprochene Änderungskündigung. Hieran ändert sich auch nichts durch den Umstand, dass die Beklagte im Schriftsatz vom 23.06.2004 im Hinblick auf den Sachvortrag und das außerprozessuale Verhalten der Klägerin die Auffassung vertreten hat, aufgrund der ablehnenden Haltung der Klägerin gegenüber den Änderungsangebot gehe es „eigentlich“ nur noch um eine Beendigungskündigung. Diese, von der Beklag-

Streitwert und Gebühren

ten vertretenen Rechtsansicht hat entgegen der Auffassung des Beschwerdeführerin nicht dazu geführt, dass ein weiterer Streitgegenstand in das Bestandsschutzverfahren eingeführt worden ist. Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses waren vielmehr nach wie vor allein durch die Erklärung der Beklagten vom 31.03.2004 tangiert, welche die Klägerin mit ihrer Klage vom 07.04.2004 angegriffen hat. Es handelt sich somit unabhängig davon, ob eine Beendigungskündigung oder lediglich eine Änderungskündigung ausgesprochen worden war, um einen einheitlichen Streitgegenstand, der mit Vergleich vom 28.07.2004 insgesamt erledigt wurde.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 3. Dezember 2004, 10 Ta 241/04 eingereicht von Rechtsanwalt Michael Peter, Bismarckstraße 10, 53604 Bad Honnef, Tel.: 02224/2638 und 967565, Fax: -78544; E-Mail: mail@anders-peter.de, www.anders-peter.de

231. Vergleichsmehrwert bei parallelen Kündigungsschutz- und Schmerzensgeldklagen

Soweit ein Vergleich lediglich die Verpflichtung zu einer Klagerücknahme betreffend ein anderes Verfahren enthält, ist dafür kein separater Vergleichsmehrwert anzusetzen (Kammerbeschluss vom 16. August 1999 – 15 Ta 307/99 – n.v.). Es wird insoweit nämlich keine materielle Regelung getroffen – anderenfalls hätte man den anderen Rechtsstreit auch mit vergleichen können, d. h. regeln können, dass der andere Rechtsstreit unmittelbar durch den Vergleich mit erledigt ist –, sondern es wird gerade geregelt, dass das andere Verfahren erst durch eine gesonderte Prozessklärung beendet werden soll. Hinter einer derartigen Handhabung steht häufig gerade die Absicht, insoweit nicht die Vergleichsgebühr auslösen zu wollen.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht vom 22. November 2004, 15/13 Ta 396/04 eingereicht von Rechtsanwalt Martin Müller, Holzhausenstraße 42, 60322 Frankfurt am Main, Tel.: 069/915062-0, Fax: -19. E-Mail: info@kanzleigroll.de, www.kanzleigroll.de

Anmerkung:

Die Argumentation erscheint schon bezüglich § 20 BRAGO nicht als überzeugend, denn ein Vergleich war nicht davon abhängig, ob die Parteien die Vergleichsgebühr anfallen lassen wollten oder nicht; maßgeblich waren nur die Kriterien von § 779 BGB. Hinsichtlich der Einigungsgebühr gem. Nr. 1003 VV dürfte der Streit obsolet sein. (gr)

232. Streitwert, Weiterbeschäftigungsantrag, Zwischenzeugnis

Werden mit einer Kündigungsschutzklage im Wege einer objektiven Klagehäufung Ansprüche auf

- a) Erteilung eines Zwischenzeugnisses und
- b) der allgemeine Weiterbeschäftigungsantrag

geltend gemacht, dann beträgt der Streitwert grundsätzlich

- a) für das Zwischenzeugnis: 1/2 Monatsgehalt und
- b) für den Weiterbeschäftigungsantrag: 1 Monatsgehalt. Dabei spielt es keine Rolle, wenn dieser Antrag nur als unechter Hilfsantrag geltend gemacht wird.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 25. Mai 2004, 2 Ta 113/04

233. Streitwert, Widerklage

Bei einer Klage über die Höhe der Vergütung wirkt eine Widerklage, mit der Überzahlungen zurückgefordert werden, nicht streitwerterhöhend.

■ Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz vom 29. Juni 2004, 6 Ta 138/04

234. Streitwert einer Zahlungsklage bei Insolvenz; Wert Zeugnis

1. Eine Verringerung des Wertes einer Zahlungsklage wegen der Insolvenz der Beklagten zu 1 scheidet aus, wenn alle Anträge sich auch gegen eine nicht insolvente Beklagte zu 2 richten.

2. Der Zeugnisantrag (Zwischenzeugnis) wird mit einem halben Bruttomonatsverdienst bewertet.

■ Hessisches Landesarbeitsgericht vom 19. Januar 2005, 15 Ta 594/04 eingereicht von Rechtsanwalt Michael Lodzik, Rheinstraße 30, 64283 Darmstadt, Tel.: 06151/26264, Fax: -25461

235. Streitwert bei Antrag auf wiederkehrende Leistungen neben Kündigungsschutzklage

Der neben einem arbeitsgerichtlichen Feststellungsantrag gestellte Antrag auf wiederkehrende Leistungen ist im Wege der Streitwertaddierung nach § 39 GKG, § 22 Abs. 1 RVG zusätzlich mit dem dreifachen Jahresbetrag gem. § 42 Abs. 3 S. 1 GKG zu bewerten.

Für den Antrag auf wiederkehrende Leistungen ist die Streitwertbegrenzung des § 42 Abs. 4 GKG nicht anwendbar, weil diese Norm nur und explizit für Bestandsstreitigkeiten gilt.

Der Kläger hat mit seiner Klage vom 18.09.2004 mehrere Streitgegenstände anhängig gemacht. Neben der Klage um die Wirksamkeit der Kündigung vom 28.08.2004 hat er insbesondere eine Klage auf wiederkehrende Leistungen gemäß § 259 ZPO erhoben. Dieser Antrag stellt einen gegenüber dem Kündigungsschutzantrag eigenständigen prozessualen Anspruch dar. Ein derartiger Anspruch ist zwar unter anderem davon abhängig, dass der Kläger die Kündigungsschutzklage gewinnt. Die sich daraus ergebende Vorgreiflichkeit des Kündigungsschutzantrags stellt indes die Eigenständigkeit der Klage auf wiederkehrende Bezüge nicht in Frage.

Mehrere Streitgegenstände sind gemäß § 39 GKG zusammenzurechnen. Eine abweichende Regelung besteht vorliegend

nicht. Insbesondere stellt § 42 Abs. 4 GKG eine solche Regelung nicht dar. § 42 Abs. 4 GKG enthält eine Höchstgrenze für Bestandstreitigkeiten und stellt insoweit eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitnehmer dar. Dies gilt allerdings nur für den jeweiligen Streitgegenstand. Eine analoge Anwendung auf weitere, mit der Kündigungsschutzklage zusammen erhobene Ansprüche kommt nach Auffassung des erkennenden Gerichts nicht in Betracht. Vielmehr verbieten die eindeutigen Regelungen der §§ 39 Abs. 1 und 42 Abs. 3 S. 1 GKG eine Beschränkung des Streitwerts für einen anderen Streitgegenstand. Gegen eine solche Beschränkung spricht auch, dass der Streitwert auch nach Auffassung derer, die eine Streitwertbeschränkung befürworten, dann nicht reduziert wird, wenn Lohnansprüche nicht zusammen mit dem Feststellungsantrag eingeklagt, sondern in einem gesonderten Verfahren geltend gemacht werden.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Erhebung der Klage auf wiederkehrende Leistung vorliegend ohne Erfolgsaussichten war. Der Kläger hatte nicht einmal ansatzweise dargelegt, inwiefern ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erhebung einer Klage nach § 259 ZPO bestand. Für die Festsetzung des Streitwerts ist es ohne Belang, wie über den beantragten Gegenstand entschieden wird.

Danach verbleibt es bei der Regelung des § 42 Abs. 3 S. 1 GKG mit der Folge, dass der 36fache Wert einer Monatsvergütung in Ansatz zu bringen ist.

■ Arbeitsgericht Weiden

vom 1. Februar 2005, 1 Ca 1516/04 C

eingereicht von Rechtsanwalt Marko Heimann, Schwanenstraße 2, 93413 Cham, Tel.: 09971/9943-56, Fax: -57; E-Mail: info@anwalt-cham.de, www.anwalt-cham.de

Rezensionen

Gaul, Björn (Hrsg.)

Aktuelles Arbeitsrecht, Band 2/2004

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004

342 Seiten, broschiert, Euro 39,80

ISBN 3-504-42626-8

Die Bände „Aktuelles Arbeitsrecht“ erscheinen seit fünf Jahren halbjährlich in der Absicht, jeweils eine aktuelle Zusammenfassung der wichtigsten arbeitsrechtlichen Entwicklungen des letzten Halbjahres und eine Vorschau auf anstehende Neuerungen zu liefern. Die Darstellung spannt den Bogen von gesetzlichen Entwicklungen in Deutschland über europäisches Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Rechtsprechung zu Einzelfragen des Individualarbeitsrechts, des Tarifrechts und des Betriebsverfassungsrechts und zu Betriebsänderung und Betriebsübergang. Aktuelles aus dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht rundet den regelmäßigen Themenkanon ab.

Der Band 2/2004 enthält u. a. eine Analyse der steuerrechtlichen Auswirkungen des Alterseinkünftegesetzes und eine systematische Kurzdarstellung des Entwurfes des Antidiskriminierungsgesetzes. Er wertet die Rechtsprechung des EuGH zur Unternehmensmitbestimmung bei Sitzverlegung einer ausländischen Gesellschaft nach Deutschland aus. Schwerpunkte bilden aktuelle Urteile zur AGB-Kontrolle des Arbeitsvertrages (Schriftformklausel, Widerruf übertariflicher Leistungen, Ausgleichsquittung, Rückerstattung von Ausbildungskosten), zur Kündigung leistungsschwacher Mitarbeiter, zur Kündigung einer betrieblichen Versorgungszusage sowie zur Vermeidung

einer Sperrzeit bei Vertragsbeendigung. Ferner wird etwa die aktuelle BAG-Rechtsprechung zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz, zur Mindestdotierung von Sozialplänen und zur Bewertung von Betriebsmittelübertragungen beim Outsourcing von Logistikaufgaben erörtert.

Sowohl die Übersicht über Gesetzesinhalte als auch die Urteilsbesprechungen, die den größten Teil des Werkes ausmachen, zeichnen sich durch Klarheit, Verständlichkeit und Beschränkung auf das Wesentliche aus. Stets wird der Leser zugleich auch in die Grundzüge des jeweiligen Regelungsbereichs eingeführt, und regelmäßig wird er auf weitere instruktive Entscheidungen hingewiesen. Den Verfassern gelingt es dadurch, die Bedeutung aktueller Rechtsprechungsentwicklungen im Zusammenhang deutlich zu machen und auf beständig hohem Niveau tatsächlich ein Panorama des aktuellen Arbeitsrechts zu skizzieren. Mit Augenmaß entwickeln die Beiträge zugleich Leitlinien und Hinweise, in welche Richtungen sich die aufgezeigten Entwicklungen auswirken und wie mit ihnen in der Praxis umzugehen sein wird.

Deshalb bietet die an Personalleiter, Rechtsanwälte und Verbandsvertreter adressierte Reihe „Aktuelles Arbeitsrecht“ nicht nur eine umfassende, konzise und eingängige Übersicht über die aktuellen Rechtsentwicklungen. Sie eignet sich zudem als Arbeitshilfe für gestaltende Aufgabenstellungen in Bereichen, die von den aktuellen Entwicklungen berührt werden. Die hohe fachliche Qualität der Beiträge sichert dabei, wie der Band 2/2004 erneut belegt, auch dem arbeitsrechtlich versierten Anwalt Gewinn und Anregung.

Hingewiesen sei darauf, dass der Verlag neben dem Einzelbezug der Bände auch ein Abonnement zum Jahrespreis von Euro 69,80 anbietet. Das Abonnement umfasst über die beiden Halbjahresbände hinaus eine Zugangsberechtigung für die Internet-Nutzung, dort sind die einzelnen Beiträge ebenfalls abrufbar.

Dr. Thomas Baumgarten
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Schwab/Weth

Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004

2561 Seiten, 168,00 Euro

ISBN 3-504-42609-8

Dieses Werk, das sich selbst einen Newcomer nennt, lässt schon vom Umfang her keinen Zweifel daran, dass es bei der Kommentierung eines Gesetzes von nur 121 Paragraphen keine Frage auslassen will. Dennoch will der Kommentar praxisorientiert eine Hilfe sein (Vorwort). Dafür bürgt dann auch die Zusammensetzung der Autoren (fünf Richter, dreimal Universität, aber auch drei Anwälte).

Das Werk ist in fünf Teile untergliedert und in diverse Abschnitte sowie Unterabschnitte. Die allgemeinen Vorschriften nehmen gut 500 Seiten in Anspruch, der Aufbau der Gerichte für Arbeitssachen knapp 200 Seiten, das Verfahren vor den Arbeitsgerichten in erster Instanz 600 Seiten, das Berufungsverfahren 200 Seiten und das Revisionsverfahren 150 Seiten. Dem Beschlussverfahren sind 350 Seiten gewidmet und die Probleme des Schiedsvertrages in Arbeitsstreitigkeiten werden auf 130 Seiten erläutert.

Das belegt zum Einen die Tiefe der Darstellung, zum Anderen aber auch einen deutlichen Schwerpunkt im reinen Verfahrensrecht, mit dem sich wohl die ganz überwiegende Zahl der anwendenden Rechtsanwälte ausschließlich befassen wird. Hier aber wird dann auch umfassende Unterstützung angeboten, zum Beispiel bei der ausführlichen Erörterung der Fehlerquellen bei der Einlegung von Berufungen, insbesondere bei den häufig geradezu sträflich vernachlässigten Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung. Diese Ausführungen beschränken sich nicht auf allgemeine Erwägungen, sondern es werden auch immer wieder Beispielfälle gebildet anhand zahlreich eingesetzter Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, womit und wie sich der Berufungsführer auseinander zu setzen hat. Oft wünscht man sich als Berufungsgegner, die Landesarbeitsgerichte würden diese Anforderungen noch ernsthafter prüfen, aber man sollte auch selbst nicht versäumen, sich, z. B. anhand des *Schwab/Weth*, diese Anforderungen immer wieder vor Augen zu führen.

Wie es sich für ein Werk gehört, das einen umfassenden Informationsanspruch erfüllen will, werden auch Verfahren an-

gesprochen, mit denen nicht alle Arbeitsrechtler häufig umzugehen haben. Dazu gehören nicht nur die Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof, sondern auch die Tätigkeit in einer betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle. Gerade dann aber bietet der *Schwab/Weth* eine wertvolle Unterstützung, denn das Einigungsstellenverfahren ist von einem Kenner der Materie, dem Kollegen Kliemt, vom Einsetzungsverfahren über die anzuwendenden Verfahrensregelungen in der Einigungsstelle bis zur Bemessung des Honorars der Beisitzer so dargestellt, dass sich auch der bisher mit der Materie nicht Vertraute nach einer Stunde als befähigt ansehen kann, an dem Verfahren sachkundig teilzunehmen.

Wenn es auch diesem Werk trotz seines jungen Erscheinungsdatums nicht vergönnt ist, die Rechtslage in allen Bereichen noch richtig zu beschreiben, dann liegt das an dem ständigen Wandel des Rechts, z. B. an der Neuordnung des Revisionsrechts unter dem Stichwort „Verletzung des rechtlichen Gehörs“. Da sich das Werk aber zu Recht gut verkaufen wird, werden die Autoren Gelegenheit haben, in der zweiten Auflage den dann gerade aktuellen Stand darzustellen.

Dr. Hans-Georg Meier
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Tschöpe (Hrsg.)

Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 4. Auflage 2005

2917 Seiten, Euro 134,00 Euro

ISBN 3-504-42036-7

Was ist an einem „Anwalts-Handbuch“ das spezifisch anwaltliche? Nach Möglichkeit soll das Werk aller relevanten Sachfragen zu seinem Thema erörtern. Um die Fülle der Themen zugreifbar zu machen, bedarf es eines gutgegliederten Inhaltsverzeichnisses und eines detaillierten Stichwortverzeichnisses. Die einzelnen Themen sollen zur Vermeidung unnötigen Zeitaufwandes knapp dargestellt werden, ohne wesentliche Problemstellungen zu übergehen. Zum Schriftsatzdiktat oder zur vertiefenden Überprüfung bedarf es der Nennung der wesentlichen Rechtsprechung. Alle diese Anforderungen erfüllt die Neuauflage des *Tschöpe* in vollem Umfang. Er geht aber noch darüber hinaus, indem er eine CD-Rom mitliefert, auf der die zitierte Rechtsprechung im Volltext nachlesbar ist und damit natürlich auch in Auszügen in Schriftsätze übertragbar. Mindestens für den Normalfall kann man die materielle Bearbeitung eines Arbeitsrechtsstreits also allein unter Benutzung dieses Werkes rationell und rechtssicher durchführen. Eine weitere Erleichterung stellen Mustertexte dar. Der *Tschöpe* ist kein Formularbuch, bietet aber auch in diesem Bereich hin und wieder Hilfen. Schön wäre es, würde es eine gesonderte Übersicht über die Themen geben, zu denen Mustertexte angeboten werden. Wünschenswert wäre auch eine

Verstärkung der Querverweise. So gibt es beispielsweise im Kapitel über die personenbedingte Kündigung natürlich eine Erörterung der krankheitsbedingten Kündigung und eine weitere zu diesem Thema unter dem Kapitel „Kündigungen von A – Z“. Im Text selbst wird allerdings nicht aufeinander Bezug genommen.

Der *Tschöpe* bietet aber nicht nur in der Handhabung, sondern auch im gedanklichen Zugriff eine praxisorientierte Unterstützung, indem Rechtsfragen anhand von konkreten Sachverhalten erläutert werden, die Gegenstand von Entscheidungen waren, und Gesetze beispielhaft angewendet werden, z. B. die Berechnung von Kündigungsfristen etc.

Handbücher dieser Art gibt es inzwischen viele. Einige sind

gut. Dazu gehört ohne jede Einschränkung der *Tschöpe*. Dass man sich dennoch auf ihn allein nicht verlassen kann, dafür sorgt in erster Linie der Gesetzgeber, aber auch die Rechtsprechung, wie der Herausgeber im Vorwort zu Recht beklagt. So sind beispielsweise die Ausführungen zum Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte ebenso wenig aktuell, wie es an einer Darstellung des Wiedereingliederungsverfahrens nach § 84 Abs. 2 SGB IX für den Fall der krankheitsbedingten Kündigung fehlt. Den Autoren wird die Arbeit also nicht ausgehen.

Dr. Hans-Georg Meier

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Impressum

AE-Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Herausgeber und Redaktionsanschrift:

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

Redakteur:

Rechtsanwalt Roland Gross
Christianstr. 27
04105 Leipzig
Telefon (0341) 984 62-0
Fax (0341) 984 62-24
E-Mail: leipzig@advo-gross.de;
www.advo-gross.de

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

Geschäftsführender Ausschuss:

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

Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht
Geschäftsstelle
Dr. Peter Hamacher
Littenstraße 11
10179 Berlin
Telefon (030) 72 61 52-0, Sekr. 134
Telefax (030) 72 61 52-195

Verlag:

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

Anzeigen

sales friendly Verlagsdienstleistungen
Bettina Roos
Maarweg 48
53123 Bonn
Telefon: (0228) 9 78 98-10
Telefax: (0228) 9 78 98-20
E-Mail: roos@sales-friendly.de
Gültig ist die Preisliste vom 1.1.2005

Lektorat

Anne Krauss

Satz

Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck

Druckhaus Köthen, Köthen

Erscheinungsweise

Die AE erscheint vierteljährlich

Bezugspreise 2005

Inland € 88,- (zzgl. Versand)
Einzelheft € 23,- (zzgl. Versand)

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

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

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

Urheber- und Verlagsrecht

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

Manuskripte

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

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben sind lfd. Nummern der Entscheidungen)

Altersteilzeit

- Anspruch auf – 197
- betriebsbedingte Kündigung – 151

Änderungskündigung

- Vorrang der – 161, 179
- Vorrang des Direktionsrechts – 180

Anfechtung

- Aufhebungsvertrag – 139
- Erklärungsempfänger – 224
- Prozessvergleich – 224
- Unverzüglichkeit –

Annahmeverzug

- Tantieme – 140

Arbeitnehmer

- Verbraucher – 203, 204

Arbeitnehmerstatus

- Ärztin in Praxis – 220

Arbeitsvertrag

- Gleichstellungsabrede – 200

Arbeitszeit

- Arbeitszeitverkürzung – 142

Arbeitszeitreduzierung

- betriebliche Gründe – 142

Aufhebungsvertrag

- Anfechtung – 139

Auflösungsantrag

- des Arbeitnehmers – 158
- Klageänderung – 205

Auslegung

- Kündigungserklärung – 159, 164
- Prozessvergleich – 143

Aussetzung

- Weiterbeschäftigungsanspruch – 226

Ausschlussfrist

- vertragliche Verfallklausel – 144
- Zweistufige – 159

Außerordentliche Kündigung

- betriebliches Sanktionssystem – 173
- Diebstahl – 178
- Körperverletzung Pflegekraft – 177
- Nebentätigkeit während Krankheit – 175
- Spesenbetrug – 158
- Unpünktlichkeit – 171
- Wettbewerb 174

Befristung des Arbeitsverhältnisses

- auf Wunsch des Arbeitnehmers – 146
- Dissens über Befristung – 162
- Klagenantrag – 208
- Probezeit im – 147
- Rundfunk – 145
- Schriftform – 150
- vorangegangene Kündigung – 62
- Weiterbeschäftigung im Prozess – 162

Beleidigung

- Unterlassungsanspruch – 194
- Widerrufsanspruch – 194

Bereitschaftsdienst

- Vergütungspauschale – 154

Beschluss

- Rechtsmittelfrist – 210
- Zustellung – 210

Beschlussverfahren

- Ordnungsgeld – 212, 213
- Unterlassungsanspruch – 212, 213
- Zwangsvollstreckung – 212, 213

Betriebliche Altersversorgung

- Anrechnung kapitalisierter Rente – 207

Betriebsänderung

- Einigungsstelle Interessenausgleich 189, 190

Betriebsausschuss

- Ersatzmitglied – 183

- Teilnahmepflicht – 183

Betriebsbedingte Kündigung

- Auftragsmangel – 160
- außerordentliche Kündigung – 151
- Bedarfprognose – 160
- berechtigte betriebliche Interessen – 168
- freier Arbeitsplatz – 161
- Sozialauswahl – 168
- unkündbare Arbeitnehmer – 151
- unternehmerische Entscheidung – 167
- Vorratskündigung – 160
- zumutbare Überbrückung – 151

Betriebsrat

- Anhörung zur Kündigung – 167
- Anhörung zur Kündigung bei Interessenausgleich – 187
- Betriebsübergang und Amtsdauer – 182

Betriebsratsinterne Wahlen

- Betriebsausschuss – 183

Betriebsratsmitglied

- Ersatzmitglied, Kündigungsschutz – 171
- Tätigkeitspflicht – 183
- Versetzung – 184

Betriebsratsschulung

- Erforderlichkeit – 185

Betriebsratswahl

- unverzügliche Durchführung – 186
- Wahlvorstand – 186

Deutsche Telekom

- Versetzung von Beamten – 202

Direktionsrecht

- Außendienst statt Innendienst – 195
- Beamte zur Personal-Service-Agentur (PSA) – 202

Dissens

- Befristung – 162

Eingruppierung

- Arbeitsplatzsicherungsvereinbarung – 199
- Heimzulage – 201
- Vereinbarung einer Vergütungsgruppe – 143

Einstweilige Verfügung

- Verfügungsgrund – 192, 196, 206
- Weiterbeschäftigungsanspruch – 206
- Zeugnisberichtigung – 156

Elternzeit

- rechtsmissbräuchlicher Antrag – 141

Faktisches Arbeitsverhältnis

- Dissens über Befristung – 162

Feststellungsinteresse

- Kündigungsfrist fehlerhaft – 159

Gemeinschaftsbetrieb

- nach Betriebsstilllegung – 148
- Verwaltungsträger des öffentlichen Dienstes – 188

Insolvenz

- Zustellung von Beschlüssen – 210

Interessenausgleich

- Minimalspaltung – 190
- Zwang zum Versuch – 189, 190

Klageänderung

- Begründungswechsel – 167

Klagefrist

- Kündigungsfrist streitig – 164

Kommunale Ausl.vertr.

- Kündigungsschutz – 169a

Kostenerstattung im Arbeitsgerichtsverfahren

- auswärtiger Prozessbevollmächtigter – 209
- Reisekosten – 209

Krankheitsbedingte Kündigung

- Arbeitsunfähigkeit wegen Mobbing – 157

Kündigung

- personenbedingte – 157

Kündigungserklärung

Auslegung – 159, 164
Zugang – 181

Kündigungsschutzklage

allgemeiner Feststellungsantrag – 166
Feststellungsinteresse – 159
Klagefrist – 164
Mitglied kommunaler Ausländer/innenvertretung – 169a
nachträgliche Zulassung – 181, 211

Leitender Angestellter

Begriffsbestimmung – 191
Einstellungsbefugnis – 176
Rücksprachepflicht – 191

Mitarbeitervertrag Evangelische Kirche

Umschüler – 192
Wahlrecht – 192

Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten

Planstellen für Postbeamte – 193
Versetzung – 191

Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten

Entgeltstruktur – 193

Mitwirkung des Personalrates

Benehmensherstellung – 165

Mobbing

Darlegung – 149
Verschulden – 149
krankheitsbedingte Kündigung – 157

Nachteilsausgleich

Anspruchsvoraussetzung – 191

Beschlusszustellung in der Insolvenz

Umfang der Rechtskraft – 211

Örtliche Zuständigkeit

nachvertragliche Ansprüche – 214

Personalrat

Anhörung von Kündigung – 165
Benehmensherstellung – 165

Probezeit

befristetes Arbeitsverhältnis – 147

Prozesskostenhilfe

Anwaltsbeordnung – 216
Gewerkschaftsmitglied – 216
Unterhaltungspflichten – 218
verspätete Einreichung von Unterlagen – 215, 217

Prozessvergleich

Anfechtung – 224
Auslegung – 143
Rücktritt – 225

Rechtsmissbrauch

Elternzeitantrag – 141

Rechtsweg

Ärztin in Praxis – 220
Zusammenhangsklage – 219

Schriftform

befristetes Arbeitsverhältnis – 150
Kündigungsbegründung § 54 BMT-GII – 151

Sonderzuwendung

Versorgungsempfänger – 152

Sozialauswahl

Altersdiskriminierung – 169
berechtigte betriebliche Interessen – 168
Doppelverdienst – 170
grobe Fehlerhaftigkeit – 169
Punkteschema und betriebliche Belange – 169
Unterhaltungspflicht – 170

Sozialplan

zumutbares Arbeitsplatzangebot – 195

Streitwert

Vergütungsanspruch in der Insolvenz – 234
Vergütungsanspruch und Widerklage auf Rückzahlung – 233
Wiederkehrende Leistungen – 235
Zwischenzeugnis – 232, 234

Streitwerte im Kündigungsschutzverfahren

kurze Vertragsdauer – 229
uneigentlicher Hilfsantrag – 232
Vergütungsansprüche neben – 235

Vergütungsklage neben Kündigungsschutzklage

Weiterbeschäftigungsantrag – 232

Tarifbindung

baugewerbliche Tätigkeit – 198

Tarifvertrag

einzelvertragliche Abmachung – 200
dynamische Verweisung – 200

Tatbestandsberichtigung

Urteil oder Tatbestand – 222

Urlaubsabgeltung

Anspruchverfall – 153

Urlaubsanspruch

Geltendmachung – 153

Urlaubsgewährung

Zuweisung durch Arbeitgeber – 153

Urteilsberichtigung

Zulässigkeit – 223

Verdachtskündigung

Begriff der – 163

Vergleichswert

Einbeziehung anderweitig rechtshängiger Ansprüche – 231
Rechtsansichten – 230

Vergütungshöhe

Bereitschaftsdienst – 154

Verhaltensbedingte Kündigung

Abmahnung entbehrlich – 172
Beleidigung – 139, 172
betriebliches Sanktionssystem – 173
Internet – 163
Nebentätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit – 175
Pornographie – 163
Spesenbetrug – 158
Unpünktlichkeit – 171
Vortäuschung von Arbeitsunfähigkeit – 175
Wettbewerb – 174, 176

Versorgungsempfänger

Sonderzahlung – 152

Vertragsstrafe

unangemessene – 155

Verzugsschaden

Zinsen – s. dort

Vollstreckungsgegenklage

unbestimmter Titel – 221

Weiterbeschäftigung

widerspruchslose – 162

Weiterbeschäftigungsanspruch

einstweilige Verfügung – 196

Wiedereinsetzung

Anwaltsverschulden – 227

Zeugnis

Berichtigungsanspruch – 156

Zinsen

Arbeitnehmer als Verbraucher – 203, 204

Zwangsvollstreckung

Bestimmtheit des Vollstreckungstitels – 221
Kosten – 228

