

Der Informationsdienst für die Beratungspraxis

Der Arbeits- Rechts- Berater

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

- EGMR: Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen anderer Religion
- BVerfG: Gesetzlicher Arbeitgeberwechsel im Rahmen einer Privatisierung
- BAG: Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB – Vertrauensschutz

Kollektives Arbeitsrecht

- BAG: Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung (GKH)
- LAG Köln: BV über äußeres Erscheinungsbild und Dienstkleidung

Sonstiges Recht

- BGH: Pfändbarkeit betrieblicher Altersversicherungsansprüche
- Bay. LSG: Keine Haftung des Betriebserwerbers für Beitragsschulden des Veräußerers

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

- Statistik als Maßstab der Personalpolitik? Zur Berechenbarkeit von Diskriminierungen
Bonanni/Mückl
- „Die Rente ist sicher“ – Betriebsrenten-Zusagen sind lediglich eingeschränkt änderbar
Moderegger
- Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmererfinderrechts auf Neu- und Altfälle
Gennen
- Gewalt und Missstände in der Pflege – Wann kann Pflegekräften gekündigt werden?
Häcker

Hinweise zu Klagen und Anträgen

- Vertrauenskapital langjährig Beschäftigter – Interessenabwägung nach „Emmely“
Tiedemann

www.arbrb.de

Wo sich die meisten schwertun, machen wir es Ihnen leicht.

In dem Handbuch werden die Besonderheiten des Arbeitsrechts im öffentlichen Dienst systematisch dargestellt. Dabei beschränken die Autoren sich nicht darauf, Ihnen die aktuelle Rechtslage zu vermitteln, sondern sagen Ihnen immer ganz genau, was im konkreten Fall zu tun ist.

Damit Sie schnell zum jeweiligen Problem die angemessene Lösung finden, orientiert sich der Aufbau des Buches strikt am typischen Ablauf des arbeitsrechtlichen Mandats; von der Begründung des Arbeitsverhältnisses bis zu seiner Beendigung.

Und wie es sich für ein richtiges Handbuch gehört, gibt es Ihnen – optisch hervorgehoben –



Groeger (Hrsg.) **Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst**
Herausgegeben von RA Axel Groeger. Bearbeitet von 16
exzellenten Experten aus Praxis und Wissenschaft. 2010,
1.512 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,- €. ISBN 978-3-504-42054-3

auch die nötigen Hilfsmittel für die erfolgreiche Anwendung seiner Lösungsvorschläge in der Praxis an die Hand: lebensnahe Beispiele, Hinweise zur Strategie und taktischen Vorgehensweise im Einzelfall, Checklisten, rechtssichere Musterformulierungen.

Das Buch ist Nachschlagewerk und Leitfaden für alle Stadien der rechtlichen Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberbetreuung. Seine Autoren sind exzellente Experten, die mit dem Thema bestens vertraut sind; als praktizierende Anwälte, Richter oder Vertreter von Wissenschaft und Lehre.

Groeger (Hrsg.), **Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst**. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Groeger (Hrsg.) **Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst** gbd. 99,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42054-3

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 01/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

In diesem Heft

Täglich aktualisierter Nachrichtendienst unter www.arbrb.de

Aktuelle Kurzinformationen

- BAG veröffentlicht Gründe der CGZP-Entscheidung 65
- Einigung bei Hartz-IV und Mindestlöhnen für Leiharbeitnehmer 65
- BAG: Kündigung wg. Arbeitsverweigerung aus religiösen Gründen 65
- Fehlerhafte Lohnsteuerbescheinigungen: BMF gibt Entwarnung 65

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

- Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen anderer Religion
EGMR, Urt. v. 3.2.2011 – Beschwerde-Nr. 18136/02 – Siebenhaar ./ Deutschland 66
- Gesetzlicher Arbeitgeberwechsel im Rahmen einer Privatisierung – Arbeitnehmerrechte
BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09 66
- Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB
BAG, Urt. v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08 67
- Abmahnung wegen Tragens eines Kopftuches in Kindertagesstätte
BAG, Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 593/09 68
- Sozialauswahl bei Versetzung durch Änderungskündigung
BAG, Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 945/08 69
- Außerdienstliche Straftat als Kündigungsgrund im öffentlichen Dienst
BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 293/09 70
- Ablehnung eines Teilzeitwunsches – Betriebliches Organisationskonzept
LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 15.12.2010 – 3 SaGa 14/10 70
- Urlaubsanspruch bei Bezug von Erwerbsminderungsrente
LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10 71
- Frühzeitige Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung
LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 24.11.2010 – 6 Sa 248/10 72

Kollektives Arbeitsrecht

- Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung (GKH)
BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 72
- Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen
BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 73
- Tendenzträgerereignis von Arbeitnehmern
BAG, Beschl. v. 14.9.2010 – 1 ABR 29/09 74
- Schriftform des Einigungsstellenbeschlusses
BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 31/09 75
- Betriebsvereinbarung über äußeres Erscheinungsbild und Dienstkleidung
LAG Köln, Beschl. v. 18.8.2010 – 3 TaBV 15/10 75

Sonstiges Recht

- Pfändbarkeit betrieblicher Altersversorgungsansprüche
BGH, Beschl. v. 11.11.2010 – VII ZB 87/09 76
- Deckungsanspruch bei Aufhebungsvereinbarung vor dem Integrationsamt
BGH, Beschl. v. 2.6.2010 – IV ZR 241/09 77
- Insolvenzgeld – Reparaturkosten eines Firmenwagens
BSG, Urt. v. 8.9.2010 – B 11 AL 34/09 R 77
- Keine Haftung des Betriebserwerbers für Beitrags-schulden des Veräußerers
Bay. LSG, Beschl. v. 28.1.2011 – L 5 R 848/10 B ER 78
- Unzulässige Berufung auf Formnichtigkeit des AN-Überlassungsvertrags
OLG München, Urt. v. 8.12.2010 – 7 U 3874/10 78
- Akteneinsichtsrecht im Insolvenzverfahren
OLG München, Beschl. v. 27.1.2011 – 9 VA 8/10 79

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

RAin FAArbR Dr. Andrea Bonanni und RA Dr. Patrick Mückl

- **Statistik als Maßstab der Personalpolitik?** – Diskriminierungen sind nur begrenzt „berechenbar“! 80
- RA FAArbR Christian Moderegger*
- **Die Rente ist sicher** – Zusagen zur betrieblichen Altersversorgung sind lediglich eingeschränkt änderbar 83

RA FA IT-Recht FAArbR Klaus Gennen

- **Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmerfinderrechts** – Hinweise für den sicheren Umgang mit Neu- und Altfällen 86

RAin FAinArbR Franziska Häcker

- **Gewalt und Missstände in der Pflege** – Voraussetzungen der Kündigung von Pflegekräften wegen Pflichtverletzungen 90

Hinweise zu Klagen und Anträgen

RiArbG Dr. Jens Tiedemann

- **Vertrauenkapital langjährig Beschäftigter** – Interessenabwägung bei fristlosen Kündigungen wegen Bagatelldelikte nach „Emmely“ 93

shoppen gehen



Alle Neuerscheinungen und Neuauflagen werden portofrei geliefert, und vorab gibt's auch noch eine Leseprobe. In Ruhe aussuchen, bestellen und dann kommen lassen. Von www.otto-schmidt.de

Beilagenhinweis

Dieser Ausgabe liegen die Beilagen zum Seminar „Aktuelles Arbeitsrecht“, zu „Kölner Tage Arbeitsrecht“, Verlag Dr. Otto-Schmidt, zum „Informations-Dienst“ Struppe & Winckler sowie eine Beilage der Centrale für Mediation bei. Wir bitten unsere Leser um freundliche Beachtung.

Bearbeiter

Der Arbeits-Rechts-Berater (ArbRB)

Redaktion: Petra Rülfig (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-906 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: arbeitsrechtsberater@otto-schmidt.de, Internet: www.arbrb.de

Rechtsprechung: RA FAArbR Dr. Ulrich Boudon · RA FAArbR Axel Braun · RA FAArbR Axel Groeger · RA FAArbR Dr. Henning Hülbach · RAin FAinArbR Dr. Jessica Jacobi · RAin FAinArbR Ursel Kappelhoff · Elisabeth Kotthaus · RA FAArbR Prof. Dr. Stefan Lunk · RAin FAinArbR Dr. Cornelia Marquardt · RA FAArbR Werner M. Mues · RA Rolf Oetter · RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz · RA FAArbR Dr. Stefan Sasse · RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder

Arbeitsrecht kompakt: RAin FAinArbR Dr. Annett Böhm · RAin FAinArbR Dr. Andrea Bonanni · RA FAArbR Dr. Oliver Ebert · RA FAArbR Dr. Oliver Fröhlich · RA FAArbR Prof. Dr. Björn Gaul · RA FAArbR Dr. Detlef Grimm · Ass. jur. Prof. Dr. Wolfgang Kleinebrink · RiArbG Michael H. Korinth · RA FAArbR Dr. Jörg Laber · RA FAArbR Christoph Legerlotz · RA FAArbR Christian Moderegger · RAin FAinArbR Dr. Nathalie Oberthür · RAin Dr. Barbara Reinhard · RA FAArbR Prof. Dr. Martin J. Reufels · RA FAArbR Dr. Johannes Schipp · RA FAArbR Dr. Wienhold Schulte · RiArbG Dr. Jens Tiedemann

Anmerkung der Redaktion: Weitere Informationen zu den Autoren finden Sie unter www.arbrb.de („Das ArbRB-Team“).

Jetzt abonnieren!

Der
Arbeits-
Rechts-
Berater

Sie wollen regelmäßig vom Know-how des ArbRB profitieren? Dann bestellen Sie jetzt Ihr Probe-Abo und Sie erhalten die nächsten **drei Hefte kostenlos!**

Weitere Infos und Bestellung unter Telefon 02 21 / 9 37 38-499 oder www.otto-schmidt.de/zeitschriften

Aktuelle Kurzinformationen

■ BAG veröffentlicht Gründe der CGZP-Entscheidung

Das BAG hat jetzt die schriftliche Begründung zu seinem Beschluss vom 14.12.2010 (Az.: 1 ABR 19/10, ArbRB 2011, 12 [Braun]) veröffentlicht. Danach sind die von der Tarifgemeinschaft Christlicher Zeitarbeitsgewerkschaften (CGZP) abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam. Inwieweit dies auch rückwirkend gilt, welche weiteren Auswirkungen die Entscheidung hat und was insoweit in der Beratungspraxis zu beachten ist, wird Prof. Dr. Björn Gaul in der nächsten Ausgabe des Arbeits-Rechts-Beraters erläutern.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 1.3.2011

Quelle: oVs

■ Einigung bei Hartz-IV und Mindestlöhnen für Leiharbeitnehmer

Der Bundesrat hat dem zwischen Bund und Ländern erzielten Kompromiss zur Hartz-IV-Reform zugestimmt. Die neuen Regelsätze gelten rückwirkend zum 1.1.2011 und werden erstmals Anfang April ausgezahlt. Das Bildungspaket für bedürftige Kinder wird ebenfalls rückwirkend zum 1.1.2011 gewährt. Ein weiterer Bestandteil des Kompromisses waren neue Mindestlohnregelungen, vor allem für die Zeitarbeitsbranche.

Der „Hartz-IV“-Kompromiss im Überblick:

- Der Regelsatz steigt rückwirkend zum 1.1.2011 um fünf Euro auf 364 € monatlich und am 1.1.2012 als einmaliger Inflationsausgleich vor dem Hintergrund der Veränderung der Anpassungszeiträume um weitere drei Euro. Unabhängig davon erfolgt zum selben Zeitpunkt die im Gesetz geplante Regelsatzanpassung.
- Hinzuverdienstmöglichkeiten: Die ersten 100 € vom Erwerbseinkommen bleiben anrechnungsfrei. Bei einem Einkommen zwischen 100 und 1.000 € dürfen ALG-II-Empfänger künftig 20 Prozent ihrer Einkünfte behalten. Darüber (bis zur Höhe von 1.200 €, bzw. 1.500 € für Haushalte mit Kindern) bleiben weiterhin 10 Prozent der Einkünfte anrechnungsfrei.

Die geplanten Mindestlohnregelungen im Überblick:

- In das AÜG soll eine absolute Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit und für verleihfreie Zeiten aufgenommen werden – und zwar in Höhe des tariflichen Mindestlohns (derzeit 7,60 € im Westen und 6,65 € im Osten).
- Günstigkeitsklausel: Liegt in einem Entleihbetrieb die Equal-Pay-Marke unter der festzulegenden Lohnuntergrenze in der Leih- und Zeitarbeit, so ist

für die Entlohnung des Leiharbeitnehmers der Mindestlohn in der Leiharbeit maßgebend.

- Außerdem sollen Mindestlöhne im Wach- und Sicherheitsgewerbe sowie in der Aus- und Weiterbildungsbranche nach dem AEntG ermöglicht werden.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 28.2.2011

Quelle: BMAS PM vom 25.2.2011

■ BAG: Kündigung wg. Arbeitsverweigerung aus religiösen Gründen

Arbeitnehmer muslimischen Glaubens können nach einer aktuellen Entscheidung des BAG berechtigt sein, das Arbeiten mit alkoholischen Getränken zu verweigern. Dafür dürfe ihnen nur dann gekündigt werden, wenn ihnen im Rahmen der betrieblichen Organisation keine andere Tätigkeit zugewiesen werden könne. Arbeitnehmer müssten in einem solchen Fall allerdings konkret aufzeigen, welche Tätigkeiten sie aus religiösen Gründen nicht verrichten könnten, damit der Arbeitgeber das Vorliegen freier Arbeitsplätze prüfen könne (BAG, Urt. v. 24.2.2011 – 2 AZR 636/09).

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 25.2.2011

Quelle: BAG PM Nr. 16 vom 24.2.2011

Mehr zum Thema: Die Abmahnung einer Erzieherin wegen Tragens eines Kopftuchs in einer Kindertagesstätte hat das BAG dagegen als wirksam angesehen (BAG, Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 593/09, ArbRB 2011, 68 (Range-Ditz)).

■ Fehlerhafte Lohnsteuerbescheinigungen: BMF gibt Entwarnung

Bei freiwillig in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung versicherten Arbeitnehmern können in der Lohnsteuerbescheinigung für das Jahr 2010 fehlerhafte Eintragungen enthalten sein. Das Bundesfinanzministerium (BMF) hat insoweit allerdings Entwarnung gegeben: Es sei ausgeschlossen, dass irrtümlich zu viele Steuern gezahlt würden. Die Fälle fehlerhafter Lohnsteuerbescheinigungen würden maschinell erkannt und sodann vom Finanzamt korrigiert. Daten müssten auch nicht erneut übermittelt werden.

Konkret geht es um die Angabe des Krankenkassenbeitrags des Versicherten. Zahlreiche Arbeitgeber hatten hier irrtümlicherweise nicht – wie erforderlich – den gesamten Betrag (inklusive der vom Arbeitgeber gezahlten Zuschüsse) angegeben.

Verlag Dr. Otto Schmidt vom 1.3.2011

Quelle: BMF online

Mehr zum Thema: Weitere Informationen finden Sie unter www.arbrb.de/news_20488.html.

Rechtsprechung

Individualarbeitsrecht

➤ Kündigung kirchlicher Mitarbeiter wegen anderer Religion

Die fristlose Kündigung einer kirchlichen Mitarbeiterin wegen Mitgliedschaft in einer anderen Religionsgemeinschaft kann gerechtfertigt sein.

EGMR, Urt. v. 3.2.2011 – Beschwerde-Nr. 18136/02 – Siebenhaar ./.. Deutschland (BVerfG – 1 BvR 1962//01)
Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) Art. 8, 9, 11; GG Art. 140 i.V.m. Art. 137 WRV; Arbeitsrechtsregelungen über die Grundlage der Dienstverhältnisse der kirchlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bereich der Evangelischen Landeskirche und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Landeskirche in Baden (AR-Grundlagen-DV) § 9 (Verstöße gegen Loyalitätsobliegenheiten); BAT § 54 Abs. 1; BGB § 626

Das Problem: Die 1964 geborene Klägerin ist Mitglied der römisch-katholischen Kirche. Seit Mai 1997 war sie als Erzieherin/Gruppenleiterin in einer Kindertagesstätte einer evangelischen Kirchengemeinde tätig. Der Arbeitsvertrag verweist auf die AR-Grundlagen-DV.

Am 3.12.1998 erfuhr die Kirche durch einen anonymen Hinweis, dass die Klägerin Mitglied der „Universalen Kirche/Bruderschaft der Menschheit“ ist. Sie hatte für diese sog. „Primary-Lessons“ durchgeführt und war auf einem Anmeldungsschreiben für diese „Grundkurse für höheres geistiges Lernen“ als Ansprechpartnerin benannt worden. Nach Anhörung der Klägerin sprach die Kirche am 16.12.1998 mit Zustimmung der Mitarbeitervertretung die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum 31.12.1998 aus. Das Arbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Klage abgewiesen. Das LAG hat ihr stattgegeben. Revision (BAG, Urt. v. 21.2.2001 – 2 AZR 139/00) und Verfassungsbeschwerde (BVerfG, Beschl. v. 7.3.2002 – 1 BvR 1962/01) blieben erfolglos. War Deutschland gem. Art. 9 EMRK gehalten, dem Recht der Klägerin auf Religionsausübung ggü. der Kündigung der Beklagten den Vorrang einzuräumen?

Die Entscheidung des Gerichts: Der EGMR stellte fest, dass keine Verletzung der EMRK vorliegt. Das Recht der Klägerin auf **Schutz ihres Privatlebens** (Art. 8 EMRK) ist gegen das Interesse der Kirche auf **Nichteinmischung des Staates** (Art. 9, 11 EMRK) **abzuwägen**. Dies ist hier erfolgt: Die Klägerin hat nicht die Rechtsprechung deutscher Arbeitsgerichte zu kirchlichen Arbeitsverhältnissen angegriffen, sondern nur die konkrete Interessenabwägung. Das BAG hat eine vertretbare und mit Art. 8, 9, 11 EMRK vereinbare Abwägung der Interessen der Kläge-

rin mit denjenigen des kirchlichen Arbeitgebers vorgenommen. Die Mitgliedschaft und die **aktive Tätigkeit** der Klägerin in der „**Universellen Kirche**“ sind mit der **arbeitsvertraglichen Loyalitätspflicht nicht vereinbar**. Das BAG hat hinreichend dargelegt, dass die Loyalitätspflichten wegen der Stellung der Klägerin und dem Interesse der evangelischen Kirche an Glaubwürdigkeit ggü. der Öffentlichkeit und den Eltern der Kinder des Kindergartens für die Klägerin hinnehmbar sind. Angesichts dessen war Deutschland nicht gehalten, der Klägerin einen höheren Schutz zukommen zu lassen.

Konsequenzen für die Praxis: Der EGMR hat seine Rechtsprechung zu kirchlichen Arbeitsverhältnissen konsequent fortgeführt: Anders als im Fall „Schüth“ (EGMR, Urt. v. 23.9.2010 – Beschwerde-Nr. 1620/03 – Schüth ./.. Deutschland, ArbRB 2010, 294 [Kotthaus]) war hier die geforderte Interessenabwägung jedoch durch das nationale Gericht vorgenommen worden.

Allerdings ist zu beachten, dass das **Kammerurteil noch nicht** gem. Art. 43 und 44 EMRK **rechtskräftig** ist. Innerhalb von drei Monaten nach der Urteilsverkündung kann jede Partei die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer beantragen. Liegt ein solcher Antrag vor, berät ein Ausschuss von fünf Richtern, ob die Rechtssache eine weitere Untersuchung verdient. Ist das der Fall, verhandelt die Große Kammer die Rechtssache und entscheidet durch ein endgültiges Urteil. Lehnt der Ausschuss den Antrag ab, wird das Kammerurteil rechtskräftig.

Beraterhinweis: In einem weiteren aktuellen Fall hat der EGMR festgestellt, dass die zwangsweise Angabe der Religionszugehörigkeit auf der Lohnsteuerkarte bzw. die Eintragung „-“ auf der Lohnsteuerkarte nicht gegen die EMRK verstößt (EGMR, Urt. v. 14.2.2011 – Beschwerde Nr. 12884/03 – Wasmuth ./.. Deutschland). ◀

Elisabeth Kotthaus, Brüssel

Die Verfasserin ist Beamtin der Europäischen Kommission. Die vorstehenden Ausführungen entsprechen der persönlichen Auffassung der Verfasserin und sind für die Europäische Kommission nicht verbindlich.

Mehr zum Thema: Wortmann, „Kündigung im kirchlichen Arbeitsverhältnis“, ArbRB 2011, 52.

➤ Gesetzlicher Arbeitgeberwechsel im Rahmen einer Privatisierung – Arbeitnehmerrechte

Jedenfalls dann, wenn der Wechsel des Arbeitgebers unmittelbar kraft Gesetzes aus der Beschäftigung bei einem öffentlichen Arbeitgeber zu einem privaten Arbeitgeber führt oder wenn es sich um einen Zwischenschritt zu einer beabsich-

tigten Privatisierung handelt, muss der Gesetzgeber das Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes schützen.

BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09
(BAG – 8 AZR 692/07)
GG Art. 12 Abs. 1

Das Problem: Das Gesetz über die Errichtung des **Universitätsklinikums Gießen und Marburg (UKG)** regelt, dass alle Rechte, Pflichten und Zuständigkeiten der bislang selbständigen Universitätskliniken im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf das „Universitätsklinikum Gießen und Marburg“ als neu errichtete Anstalt des öffentlichen Rechts übergehen. Gemäß **§ 3 Abs. 1 Satz 1 und 3 UKG** wurden die Arbeitsverhältnisse der in der Krankenversorgung und Verwaltung der beiden Kliniken tätigen nichtwissenschaftlichen Beschäftigten, die bis dahin im Dienst des Landes Hessen standen, auf das „Universitätsklinikum Gießen und Marburg“ übergeleitet. Eine der Vorschrift des § 613a Abs. 6 BGB entsprechende Regelung, die bei einem rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang den betroffenen Arbeitnehmern ein **Widerspruchsrecht** gegen den Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf den neuen Betriebsinhaber einräumt, wurde **nicht** aufgenommen.

Die Entscheidung des Gerichts: Dieser **Eingriff** in das Grundrecht der Berufsfreiheit ist verfassungsrechtlich **nicht gerechtfertigt**. Zwar ist die Vorschrift des § 613a Abs. 6 BGB verfassungsrechtlich nicht geboten (offen gelassen: BAG, Urt. v. 25.1.2001 – 8 AZR 336/00). Soweit die in § 3 Abs. 1 Satz 1 und 3 UKG geregelte Überleitung des Arbeitsverhältnisses aber **überhaupt keine** Möglichkeit bietet, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Land geltend machen zu können, stellt dies eine unverhältnismäßige Beschränkung des durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interesses der betroffenen Arbeitnehmer an der Beibehaltung des gewählten Vertragspartners dar. Diese ist durch die mit der Privatisierung verfolgten Ziele nicht gerechtfertigt.

Privatisierungsgestaltungen der vorliegenden Art unterliegen einer **besonderen verfassungsgerichtlichen Kontrolle** daraufhin, ob der Gesetzgeber seiner Pflicht zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer bei der Wahl des Arbeitsplatzes gerecht geworden ist. Denn das Land tritt in einem Privatisierungsprozess in einer **Doppelrolle** auf, nämlich sowohl als (bisheriger) **Arbeitgeber** als auch als **Gesetzgeber**, der sich selbst unmittelbar durch Gesetz aus der Arbeitgeberstellung löst und sich damit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten entzieht.

Gerade die Rechtsfolge, die **allgemein** Arbeitgeber hinzunehmen haben, nämlich die Erschwerung eines Betriebsübergangs durch eine – ggf. auch massenhafte – Ausübung des Widerspruchsrechts (dazu: BAG, Urt. v. 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, MDR 2005, 514 = ArbRB 2005, 69 [Groeger]) sollte nach dem Willen des hessischen Gesetzgebers eine hinreichende Legitimation dafür sein, sich ohne Einräumung eines § 613a Abs. 6 BGB entsprechenden Widerspruchsrechts von Arbeitsverträgen lösen zu können und so den **Privatisierungsprozess zu erleichtern**. Der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Grundrechtsschutz der Arbeitnehmer sollte damit gerin-

ger sein, wenn sie beim Land beschäftigt sind und das Land ihre Arbeitsverhältnisse auf einen Dritten überleiten will. Für diese **Privilegierung des Landes** in seiner Doppelrolle als Arbeitgeber und Gesetzgeber reicht aber nach Ansicht des BVerfG das legitime Ziel der Privatisierung nicht aus.

Konsequenzen für die Praxis: Der Beschluss betrifft einen **Sonderfall** der stufenweisen, jedoch von vornherein beabsichtigten formellen und materiellen Privatisierung einer öffentlichen Einrichtung. Inwieweit er auf andere Fälle der Umstrukturierung im öffentlichen Dienst übertragbar ist (näher: *Steffek/Dietzel* in Groeger, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 12 A Rz. 4 ff., 144 ff.), bleibt nach den Entscheidungsgründen weitgehend offen.

Beraterhinweis: **Arbeitnehmer**, die von Umstrukturierungen im öffentlichen Dienst aufgrund Gesetzes betroffen sind oder waren, werden zu erwägen haben, ob das betreffende Gesetz (ebenfalls) mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist. (Ehemalige) **Arbeitgeber** solcher Arbeitnehmer werden zu prüfen haben, welche Unterschiede zwischen dem Gesetz und den hier für verfassungswidrig erklärten Regelungen bestehen und ob das Recht, sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu berufen, u.U. verwirkt ist. <

RA FAArbR Axel Groeger, Redeker Sellner Dahs, Bonn

Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB

Auf Kündigungen nach dem 2.12.2006 ist § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht mehr anzuwenden. Vertrauensschutz besteht insoweit nicht.

Der Arbeitnehmer kann die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist in den Grenzen der Verwirkung auch außerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG geltend machen.

BAG, Urt. v. 9.9.2010 – 2 AZR 714/08
(LAG Rheinland-Pfalz – 10 Sa 295/08)
BGB § 622 Abs. 2

Das Problem: Der Klägerin wurde **Ende 2007** wegen einer Betriebsstilllegung ordentlich gekündigt. Im Laufe des Kündigungsschutzprozesses rügte sie die nach ihrer Meinung zu kurze Kündigungsfrist und berief sich auf die Entscheidung des **EuGH** im Fall „**Kücükdeveci**“ (EuGH, Urt. v. **19.1.2010** – Rs. C-555/07, ArbRB 2010, 35 [Marquardt], sowie *Gaul/Koehler*, ArbRB 2010, 53). Danach dürften Vorbeschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Berechnung der gesetzlichen Kündigungsfrist nicht unberücksichtigt bleiben. Der beklagte Arbeitgeber reklamierte Vertrauensschutz. Zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sei die Entscheidung des EuGH noch nicht bekannt gewesen. Ferner müssten jedenfalls die Beschäftigungszeiten der Klägerin vor dem 25. Lebensjahr, die im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses zurückgelegt worden seien, unberücksichtigt bleiben.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG gab der Klage statt. Die Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebens-

jahr, und zwar auch die Ausbildungszeiten und nicht nur die Zeiten im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zur Beklagten, seien zu berücksichtigen. Soweit **§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB** Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr unberücksichtigt lasse, verstoße dies gegen Unionsrecht; die Vorschrift sei insoweit **nicht mehr anzuwenden**. Der Senat verwies dabei im Wesentlichen auf die Begründung des EuGH in der Entscheidung vom 19.1.2010 (a.a.O.).

Vertrauensschutz habe das BAG **nicht einräumen dürfen**. Denn hier sei es um die Auslegung von Unionsrecht gegangen, nämlich das Verbot der Diskriminierung wegen Alters gem. der Richtlinie 2000/78/EG. Diese hätte **bis zum 2.12.2006 umgesetzt** werden müssen. Für die Gewährung von Vertrauensschutz bei Verstößen gegen Primärrecht, zu dem das Verbot der Altersdiskriminierung gehöre, sei wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nur der EuGH zuständig. Er müsse Vertrauensschutz ausdrücklich gewähren, was hier nicht erfolgt sei. Daran sei der Senat gebunden. Letztlich sei es der Klägerin auch nicht verwehrt gewesen, die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist außerhalb der Frist des § 4 KSchG geltend zu machen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist eindeutig und vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben richtig: § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB findet keine Anwendung mehr. Somit sind für die Berechnung der gesetzlichen Kündigungsfrist auch solche Zeiten zu berücksichtigen, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres lagen. Wie der Senat klarstellt, sind insoweit auch Zeiten eines Ausbildungsverhältnisses bei dem identischen Arbeitgeber zu berücksichtigen.

Beraterhinweis: Die insbesondere für Arbeitgeber maßgebliche Frage des **Vertrauensschutzes** ist zwar einfallabhängig. Die Entscheidung über die Gewährung von Vertrauensschutz in Bezug auf das **Primärrecht** der EU **obliegt** jedoch dem **EuGH**. Nach Art. 6 Abs. 1 EUV stellt seit dem Vertrag von Lissabon auch die EU-Grundrechtscharta Primärrecht dar. Da sich kaum Richtlinien finden, die nicht auf ein Diskriminierungsverbot und damit auf ein Unionsgrundrecht als Primärrecht zurückzuführen sind, dürfte die Gewährung von Vertrauensschutz durch das BAG zukünftig nur noch ausnahmsweise zulässig sein. Dass somit die Arbeitsvertragsparteien in bestimmten Konstellationen nicht mehr auf ein im Bundesgesetzblatt verkündetes Gesetz, welches nicht vom BVerfG für unanwendbar erklärt wurde, vertrauen dürfen, ist misslich, entspricht jedoch dem vom BVerfG jüngst gebilligten Grundrechtsverständnis (BVerfG, Beschl. v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06, ArbRB 2010, 273 [Grimm]). <

RA FAArbR Prof. Dr. Stefan Lunk, LATHAM & WATKINS LLP, Hamburg

Abmahnung wegen Tragens eines Kopftuches in Kindertagesstätte

Das Verbot, ein „islamisches Kopftuch“ in einer kommunalen Kinderbetreuungseinrichtung zu

tragen, ist nicht verfassungswidrig und berechtigt bei Missachtung zu einer Abmahnung.

BAG, Urt v. 12.8.2010 – 2 AZR 593/09

(LAG Baden-Württemberg – 7 Sa 84/08)

GG Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 u. 2, 6 Abs. 2, 28 Abs. 2, 74 Abs. 1 Nr. 7; EMRK Art. 9; BGB §§ 242, 1004; AGG §§ 1, 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, 8 Abs. 1; SGB VIII § 24; Kindertagesbetreuungsgesetz B-W § 7 Abs. 6 u. 7

Das Problem: Die Klägerin ist in einer kommunalen Kindertagesstätte als Erzieherin beschäftigt. Sie ist muslimischen Glaubens und trägt regelmäßig – auch während ihrer Tätigkeit – ein Kopftuch. Auf der Grundlage des seit 2006 in Baden-Württemberg bestehenden Kindertagesbetreuungsgesetzes (KiTaG BW) sind **religiöse Bekundungen** in Kindertagesbetreuungseinrichtungen durch Fachkräfte **verboten**, § 7 Abs. 6 KiTaG BW. Da die Klägerin trotz entsprechender Hinweise das islamische Kopftuch weiterhin während des Dienstes in der Kindertagesstätte getragen hatte, erhielt sie eine Abmahnung. Mit der Klage verfolgt sie die Entfernung der Abmahnung aus ihrer Personalakte.

Die Entscheidung des Gerichts: Die Klage war in allen Instanzen erfolglos. Zwar bestehe grds. ein Entfernungsanspruch, wenn die Abmahnung z.B. auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruhe, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletze oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte mehr bestehe (vgl. BAG, Urt. v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, ArbRB 2009, 163 [Boudon]). Die bewusste Wahl einer religiös bestimmten Kleidung wie das **islamische Kopftuch** falle aber unter das **Verbot des § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW**.

Der Einwand der Klägerin, sie trage das Kopftuch neben Gründen der religiösen Anschauung auch aus modischen oder gesundheitlichen Aspekten, sei unbeachtlich. Das Verhalten der Klägerin sei geeignet, die **Neutralität der Kommune** gegenüber Kindern und Eltern und damit den religiösen Einrichtungsfrieden **zu gefährden**. § 7 Abs. 6 Satz 1 KiTaG BW, sei ein **abstrakter Gefährdungstatbestand**. Religiöse Bekundungen seien daher schon dann verboten, wenn sie nur „geeignet“ seien, die genannten Schutzgüter zu gefährden, ohne dass es auf eine mögliche tatsächliche Gefährdung oder Störung ankomme.

Die Vorschrift verstoße auch nicht gegen höherrangiges Recht, da die betroffenen Grundrechtspositionen der widerstrebenden Interessen hinreichend berücksichtigt seien. Die **weltanschauliche Neutralität der Kindertagesstätten** und deren Einrichtungsfrieden zu sichern, stelle ein **gewichtiges Gemeingut** dar, hinter dem sowohl die positive Glaubensfreiheit als auch die Berufsausübungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Erzieherin zurückstehen müssten.

Konsequenzen für die Praxis: Das Urteil führt die Rechtsprechung des BAG fort (vgl. BAG, Urt. v. 20.8.2009 – 2 AZR 499/08, MDR 2010, 394 = ArbRB 2010, 38 [Schewiola]). Es besteht damit auch kein Unterschied zur Rechtsprechung zu den Schulgesetzen aufgrund der gesetzlichen Schulpflicht: Da die Eltern nach § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII einen Anspruch auf Besuch

einer Tageseinrichtung zur Kinderbetreuung haben, sind die Grundsätze der Rechtsprechung zu den Schulgesetzen auch auf Kitas zu übertragen.

Andere Maßstäbe können im nicht-staatlichen Bereich gelten: Hier hat das BAG jüngst entschieden, dass Arbeitgeber im Rahmen ihres Weisungsrechts die Religionsfreiheit ihrer Arbeitnehmer beachten müssen und einem muslimischen Mitarbeiter nicht ohne weiteres kündigen dürfen, weil er sich aus religiösen Gründen weigert, mit Alkoholika umzugehen. Die Kündigung sei nur wirksam, wenn dem Arbeitnehmer keine andere Arbeit übertragen werden könne (BAG, Urt. v. 24.2.2011 – 2 AZR 636/09).

Beraterhinweis: Das KiTaG BW stellt klar, dass nur die Bekundung religiöser Werte, nicht aber die Darstellung, also deren Erörterung und die Diskussion derselben verboten ist. Außerdem gilt nach der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, dass die Erziehung „in Ehrfurcht vor Gott und im Geiste der christlichen Nächstenliebe“ zu erfolgen hat, woraus sich ein Auftrag zur Weitergabe christlicher Bildungs- und Kulturwerte **unabhängig von der religiösen Überzeugung** des jeweiligen Arbeitnehmers ergibt. ◀

RAin FAinArbR Daniela Range-Ditz, Dr. Ditz und Partner, Rastatt

Sozialauswahl bei Versetzung durch Änderungskündigung

Sollen Arbeitnehmer wegen Stilllegung eines Betriebsteils im Wege der Änderungskündigung an andere Arbeitsorte versetzt werden, so hat der Arbeitgeber im Rahmen einer sozialen Auswahl analog § 1 Abs. 3 KSchG zu entscheiden, welchem Arbeitnehmer er die Weiterbeschäftigung an welchem Ort anbietet.

Im Rahmen der Sozialauswahl sind auch im Fall der Änderungskündigung allein die Kriterien Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten, Lebensalter und Schwerbehinderung maßgebend, nicht aber freiwillige Unterhaltsleistungen.

BAG, Urt. v. 12.8.2010 – 2 AZR 945/08
(LAG Berlin-Brandenburg – 20 Sa 1594/07)
KSchG §§ 1, 2

Das Problem: Die Klägerin wendet sich gegen eine Änderungskündigung, mit der sie gegen ihren Willen in einen weiter entfernt gelegenen Betrieb versetzt wurde. Die Änderungskündigung erfolgte wegen der Schließung des bisherigen Beschäftigungsbetriebs im Rahmen einer Restrukturierung, die mehrere Betriebsstätten betraf. Für die Entscheidung darüber, welche Arbeitnehmer in einen wohnortnahen Betrieb versetzt werden sollten, hatte der Arbeitgeber mit dem Gesamtbetriebsrat in einem Interessenausgleich ein **Punktesystem** vereinbart. Hierin wurde die Pflegebedürftigkeit von im Haushalt des Arbeitnehmers lebenden Angehörigen und die Betreuungsbedürftigkeit von Kindern bis zur Vollendung des zwölften Le-

bensjahres **unabhängig vom Bestehen einer Unterhaltsverpflichtung** mit einer hohen Punktzahl bewertet.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG hat die klageabweisende Entscheidung des LAG aufgehoben und die Sache zurückverweisen.

Sind von einer Organisationsmaßnahme des Arbeitgebers – wie hier – mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen und konkurrieren diese um anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, hat der Arbeitgeber durch eine **Sozialauswahl nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG** zu entscheiden, welchen Arbeitnehmer er auf dem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt. Dies gilt auch, wenn er zur Vermeidung einer Beendigungskündigung gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG freie Arbeitsplätze in einem anderen Betrieb des Unternehmens besetzen kann und für die Versetzung durch Änderungskündigung eine Auswahlentscheidung unter konkurrierenden Arbeitnehmern über die Zuweisung jeweils günstigerer Beschäftigungsmöglichkeiten getroffen werden muss.

Wird für das einer Änderungskündigung vorgeschaltete Auswahlverfahren eine Richtlinie vereinbart, findet eine Beschränkung der Überprüfbarkeit der Auswahlentscheidung gem. § 1 Abs. 4 KSchG nur statt, wenn auch bei einer Änderungskündigung **ausschließlich auf die gesetzlichen Kriterien**

- Betriebszugehörigkeit,
- Unterhaltspflichten,
- Lebensalter und
- Schwerbehinderung

abgestellt und auf eine **Heranziehung zusätzlicher Faktoren verzichtet** wird. Die Berücksichtigung freiwilliger Unterhaltsleistungen und der Pflegebedürftigkeit von Angehörigen führen im Streitfall dazu, dass die Richtlinie nicht den Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 KSchG entspricht und eine uneingeschränkte Überprüfung des Auswahlverfahrens für die Versetzungen analog § 1 Abs. 3 KSchG hätte erfolgen müssen, was das LAG unterlassen und deshalb nachzuholen hat.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung ist ein weiterer Beitrag zur Erschwerung von Änderungskündigungen im Rahmen einer unternehmensweiten Restrukturierung. Die uneingeschränkte Übertragung der für die Sozialauswahl innerhalb eines Betriebs geltenden Grundsätze auf die Auswahlentscheidung bei betriebsübergreifenden Versetzungen führt zu einer weiteren Erhöhung der Rechtsunsicherheit in der Praxis.

Beraterhinweis: Das Gericht weist darauf hin, dass diese Grundsätze auch anzuwenden sind, wenn vor Ausspruch einer Änderungskündigung **einvernehmliche Versetzungen** auf andere freie Arbeitsplätze stattfinden. Der Arbeitgeber kann eine Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG also nicht dadurch vermeiden, dass er zunächst die freien, günstiger gelegenen Arbeitsplätze auf freiwilliger Basis besetzt. Erfolgen Stellenbesetzungen und spätere Änderungskündigungen aufgrund eines einheitlichen Entschlusses, sind bei der Prüfung der Kündigungsvoraussetzungen beide Erklärungen des Arbeitgebers als Einheit zu würdigen. ◀

RA FAarbR Werner M. Mues, CBH – Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln

Außerdienstliche Straftat als Kündigungsgrund im öffentlichen Dienst

Über die Pflicht zur ordnungsgemäßen Dienstauführung und zum Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung hinaus enthält § 41 TVöD-BT-V keine Anforderungen an die private Lebensführung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes. Für diese gilt die allgemeine Pflicht des § 241 Abs. 2 BGB, auch außerhalb der Arbeitszeit auf die Interessen der anderen Vertragspartei Rücksicht zu nehmen.

Ein außerdienstliches Verhalten des Beschäftigten vermag die berechtigten Interessen des öffentlichen Arbeitgebers nur zu beeinträchtigen, wenn es einen Bezug zur dienstlichen Tätigkeit hat.

BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 293/09

(LAG Hamm – 17 Sa 1567/08)

KSchG § 1 Abs. 2; BGB § 241 Abs. 2; TVöD-BT-V § 41; MTArb § 8

Das Problem: Der rechtskräftig wegen gemeinschaftlicher Zuhälterei und Körperverletzung verurteilte Kläger war als Straßenbauarbeiter bei der beklagten Gemeinde beschäftigt. Im Strafprozess hatte er sich dahingehend eingelassen, dass er mit dem bei der Beklagten erzielten Gehalt nicht zufrieden gewesen sei und einen zusätzlichen Verdienst benötigt habe, um seine Familie zu ernähren. Aus diesem Grund habe er im Wege der Zuhälterei Geld verdienen wollen. Nachdem Presseberichte über den Fall erschienen waren, hatte die Gemeinde das Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt.

Die Entscheidung des Gerichts: Wie auch die Vorinstanzen wies das BAG die Kündigungsschutzklage ab. Unter der Geltung der weggefallenen § 8 Abs. 1 Satz 1 BAT und § 8 Abs. 8 Satz 1 MTArb habe auch eine außerdienstlich begangene Straftat von einigem Gewicht oder in Verbindung mit der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die Kündigung eines Mitarbeiters im öffentlichen Dienst rechtfertigen können. Neben der Pflicht zur ordnungsgemäßen Dienstaufführung und zum Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung enthalte das seit dem 1.10.2005 geltende öffentliche Tarifrecht keine weitergehenden Pflichten mehr; beim Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst handele es sich (nur noch) um eine normale „Leistungsaustauschbeziehung“ (BAG, Urt. v. 10.9.2009 – 2 AZR 257/08, MDR 2010, 453 = ArbRB 2010, 108 (Range-Ditz)).

§ 241 Abs. 2 BGB verpflichte allerdings alle Arbeitnehmer dazu, unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen und ihrer Stellung und Tätigkeit auf den Arbeitgeber Rücksicht zu nehmen. Eine Verletzung dieser Pflicht sieht das BAG hier in dem durch die Presseerklärungen des Klägers selbst vermittelten Bezug zur Beklagten, der eine Verbindung zwischen seiner angeblich zu geringen Vergütung und seinem Tatmotiv hergestellt und auf diese Weise die Beklagte „mitverantwortlich“ gemacht habe. Dadurch habe er deren Integritätsinteresse verletzt. Die an Recht und Gesetz gebundene Beklagte habe ein berechtigtes Interesse daran, in keinen – noch

so abwegigen – Zusammenhang mit Straftaten der Angeklagten in Verbindung gebracht zu werden.

Konsequenzen für die Praxis: Das Urteil führt die Rechtsprechung zum neuen Tarifrecht des öffentlichen Dienstes in Bezug auf die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten der Beschäftigten fort und stellt klar, dass keine weitergehenden Verhaltenspflichten mehr bestehen, als dies auch für Beschäftigte in der Privatwirtschaft der Fall ist. Die Praxis hat nun einheitliche Maßstäbe (dazu HWK/Quecke, § 1 KSchG Rz. 180, 227).

Beraterhinweis: Das außerdienstliche Verhalten hat Bezug zur dienstlichen Tätigkeit,

- wenn ein Arbeitnehmer eine Straftat unter Nutzung von Betriebsmitteln oder betrieblichen Einrichtungen begeht,
- wenn sich der öffentliche Arbeitgeber staatlichen Ermittlungen ausgesetzt sieht oder
- wenn er mit der Straftat durch den Arbeitnehmer selbst in Verbindung gebracht wird.

Bei Fehlen eines solchen Zusammenhangs scheidet eine Kündigung aus. ◀

RA FAArbR Dr. Detlef Grimm, Loschelder Rechtsanwältin, Köln

Ablehnung eines Teilzeitwunsches – Betriebliches Organisationskonzept

Der Arbeitgeber kann die Arbeitszeitverteilung im Rahmen eines Teilzeitwunsches nicht allein unter Berufung auf ein im Betrieb praktiziertes Organisationskonzept ablehnen, wonach alle Beschäftigten des Betriebs im Schichtbetrieb arbeiten müssen. Er muss vielmehr konkret darlegen, dass die gewünschte zeitliche Lage der Arbeit nicht durch zumutbare Änderung der Betriebsabläufe ermöglicht werden kann.

LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 15.12.2010 – 3 SaGa 14/10

(ArbG Neumünster – 3 Ga 21a/10)

TzBfG § 8

Das Problem: Die Verfügungsklägerin hatte bereits während ihrer Schwangerschaft in Teilzeit von 10.00 Uhr bis 15.30 Uhr im Betrieb der Beklagten als Schneiderin gearbeitet. Nunmehr ist sie wieder in Vollzeit als Änderungsschneiderin tätig. Sie begehrt eine Reduzierung der Arbeitszeit und eine Verteilung auf Dienstag, Mittwoch und Donnerstag von 9.00 Uhr bis 14.30 Uhr und Samstag von 9.00 Uhr bis 18.30 Uhr. Dies begründet sie damit, dass nur während dieser Zeiten eine Betreuungsmöglichkeit in der Kindertagesstätte bestehe.

Im August 2010 kam es zu einem Gespräch mit der Beklagten. Die Inhalte sind streitig. Mit Schreiben vom 29.9.2010 beantragte die Klägerin eine Verkürzung der Arbeitszeit und Arbeitszeitverteilung entsprechend ihrer Wünsche. Die Beklagte widersprach der Arbeitszeitverteilung unter Hinweis auf ihr Organisationskonzept. Jeder Mitarbeiter im Betrieb sei danach verpflichtet, im Schichtdienst und damit auch nachmittags zu arbeiten.

Dies gelte auch für die in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmer. Eine Berücksichtigung der Wünsche der Klägerin würde dieses Konzept aufbrechen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das Gericht hat im Rahmen einer einstweiligen Verfügung dem **Antrag der Klägerin entsprochen**. Bei Teilzeitanträgen bestünden folgende **drei Prüfungsstufen**:

- Zunächst sei festzustellen, ob ein betriebliches Organisationskonzept vorliege, welches der vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitszeitregelung zugrunde liege.
- Dann sei zu prüfen, inwieweit diese Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen tatsächlich entgegenstehe.
- Schlussendlich sei das Gewicht der entgegenstehenden betrieblichen Gründe zu prüfen.

Die Begründung der Beklagten bewege sich auf der ersten Stufe. Mit dem von ihr für richtig gehaltenen **Modell der Arbeitszeitverteilung** allein könne sie die Ablehnung nicht begründen. Dieses Modell **lasse** nämlich **Ausnahmen zu**. Dass eine anderweitige Abdeckung der Arbeitszeit möglich sei, ergebe sich schon daraus, dass die Verfügungsklägerin während ihrer Schwangerschaft aufgrund eines Beschäftigungsverbots die Arbeitszeit habe reduzieren müssen. Dies habe die Beklagte durch eine Beschäftigung im Zeitraum von 10.00 Uhr bis 15.30 Uhr gewährleistet. Auch habe die Beklagte nicht über die **Einstellung einer Ersatzkraft** nachgedacht, um die Arbeitszeiten am Nachmittag zu kompensieren. Dies hätte jedoch zu ihren Obliegenheiten gehört.

Im Übrigen habe die Klägerin dargelegt, dass sie bereit gewesen wäre, die von ihr begehrte Arbeitszeit dienstags, mittwochs und donnerstags um eine Stunde zu verlängern. Dies habe die Beklagte ohne weitere Begründung abgelehnt und sich wiederum nur auf ihr Organisationskonzept berufen. Die Beklagte hat damit **keinerlei Abwägungsvorgang** vorgenommen. Hierzu sei sie aber **gem. § 8 Abs. 4 TzBfG verpflichtet**. Es müsse ein erheblicher betrieblicher Grund vorliegen. Ansonsten wäre es jedem Arbeitgeber möglich, sich durch Berufung auf ein Prinzip der gewünschten Arbeitszeitverringerung zu entziehen.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des Gerichts macht noch einmal deutlich, dass die Ablehnung von Seiten des Arbeitgebers wohl begründet sein muss. Im Gegensatz zum Kündigungsschutzrecht ist die grundlegende Organisationsentscheidung des Arbeitgebers für ein bestimmtes Arbeitszeitmodell im Bereich des Teilzeitrechts nicht verbindlich (HWK/Schmalenberg, 4. Aufl., § 8 TzBfG Rz. 24). Die Entscheidung macht zudem deutlich, dass sich der Arbeitgeber mit dem Teilzeitwunsch und den Einwendungen des Arbeitnehmers dezidiert auseinandersetzen muss.

Beraterhinweis: Der Berater eines Arbeitgebers darf die Ablehnung eines Teilzeitwunsches nicht lediglich mit einem Organisationskonzept begründen. Vielmehr muss er die gewichtigen betrieblichen Gründe darlegen, wel-

che gegen eine Durchbrechung dieses Organisationskonzeptes sprechen. ◀

RA FAArbR Dr. Stefan Sasse, Göhmann Rechtsanwälte, Magdeburg

Urlaubsanspruch bei Bezug von Erwerbsminderungsrente

Auch in einem wegen Bezugs einer befristeten Erwerbsminderungsrente ruhenden Arbeitsverhältnis entsteht Jahr für Jahr der gesetzliche Mindesturlaubsanspruch (abweichend zu LAG Köln, Urt. v. 29.4.2010 – 6 Sa 103/10, ArbRB 2010, 336 [Windeln]).

LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 16.12.2010 – 4 Sa 209/10
(ArbG Kiel – 4 Ca 268 a/10)
BUrlG §§ 7 Abs. 4, 13 Abs. 1; EGRL 88/2003 Art. 7 Abs. 1

Das Problem: Generiert ein ruhendes Arbeitsverhältnis Urlaub?

Die Parteien streiten über einen Urlaubsabgeltungsanspruch. Der Kläger war bei der Beklagten als Funkelektroniker tätig. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Bestimmungen des TVöD Anwendung. Im Jahr 2004 erkrankte der Kläger. Ihm wurde zunächst eine befristete und später eine unbefristete Rente wegen voller Erwerbsminderung bewilligt. Während des Bezugs der befristeten Erwerbsminderungsrente ruhte das Arbeitsverhältnis gem. § 33 Abs. 2 Satz 6 TVöD-AT. Mit der Bewilligung der unbefristeten Erwerbsminderungsrente endete es nach § 33 Abs. 2 Satz 1 TVöD-AT. Der Kläger begehrt mit seiner Klage die **Abgeltung**

- des gesetzlichen Mindesturlaubs,
- des Zusatzurlaubs für Schwerbehinderte sowie
- des tariflichen Mehrurlaubs

für die Zeit ab 2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Entscheidung des Gerichts: Das LAG Schleswig-Holstein hat der Klage **mit Ausnahme** der Abgeltung des **tariflichen Mehrurlaubs stattgegeben**. Nach Auffassung des Gerichts generiert auch ein tariflich angeordnetes, ruhendes Arbeitsverhältnis den gesetzlichen Mindesturlaub und den gesetzlichen Zusatzurlaub für Schwerbehinderte.

Für das **Entstehen eines Urlaubsanspruchs** setzten die §§ 1 und 4 BUrlG lediglich den **Bestand des Arbeitsverhältnisses** und den Ablauf der Wartezeit voraus. Auch der Umstand, dass bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis die wechselseitigen Hauptleistungspflichten entfallen, ändere hieran nichts. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Urlaubsgewährung sei keine Hauptpflicht, sondern eine Nebenpflicht. Ihr entspreche keine Gegenleistung des Arbeitnehmers. Etwas anderes gelte nur, wenn eine nationale Vorschrift das Entfallen des Mindesturlaubsanspruchs vorsehe. Ein Tarifvertrag sei wegen § 13 Abs. 1 BUrlG keine taugliche Grundlage. Die Tarifver-

tragsparteien könnten allerdings festlegen, dass der tarifliche Mehrurlaub während des Ruhens nicht entstehe.

Konsequenzen für die Praxis: Das LAG Schleswig-Holstein vertritt eine andere Rechtsauffassung als das LAG Köln (Urt. v. 20.4.2010 – 6 Sa 103/10, ArbRB 2010, 336 [*Windeln*]). Dieses hat entschieden, dass in einem ruhenden Arbeitsverhältnis kein Urlaubsanspruch entsteht. Beide Urteile berufen sich zur Begründung auf § 4 Abs. 1 Satz 1 ArbZSchG sowie auf § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG. Die Vorschriften werden jedoch unterschiedlich ausgelegt. Sowohl das LAG Schleswig-Holstein als auch das LAG Köln haben die Revision zum BAG zugelassen. Das Verfahren des LAG Köln ist bereits beim BAG anhängig (Az.: 9 AZR 442/10). Ein Verhandlungstermin ist noch nicht anberaumt. In dieser für die Praxis eminent wichtigen Frage zeichnet sich somit eine baldige Entscheidung des BAG ab.

Beraterhinweis: Sollte sich das BAG der Auffassung des LAG Schleswig-Holstein anschließen, würden Arbeitgebern in vergleichbaren Konstellationen empfindliche Urlaubsabgeltungsansprüche drohen. Dies könnte zu einer weiteren Flut von krankheitsbedingten Kündigungen führen. Nach wie vor ist zudem höchstrichterlich nicht geklärt, für welchen Zeitraum erkrankte Arbeitnehmer Urlaubsansprüche ansparen können. <

RA FAArbR Dr. Sascha Schewiola, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Köln

Frühzeitige Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung

Eine mit einer Vorlaufzeit von zwei Jahren ausgesprochene frühzeitige Kündigung wegen Betriebsstilllegung ist rechtsmissbräuchlich, wenn sie zu einer Umgehung des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz führt.

LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 24.11.2010 – 6 Sa 248/10
(ArbG Lübeck – 4 Ca 67/10)
KSchG § 1 Abs. 2

Das Problem: Die Beklagte betreibt in Deutschland an mehreren Standorten Hotels. Ende 2009 entschließt sie sich, in einem dieser Hotels den Betrieb zum 31.12.2011 einzustellen. Nachdem sie den Mietvertrag für das Hotelgebäude gekündigt und die bevorstehende Massenentlassung der Agentur für Arbeit angezeigt hat, hält die Beklagte im Dezember 2009 eine Betriebsversammlung in dem betroffenen Hotel ab. Hierbei informiert sie über die bevorstehende Einstellung des Hotelbetriebs und übergibt den anwesenden Mitarbeitern, unter ihnen die Klägerin, die Kündigung zum 31.12.2011. Die Klägerin hält die Kündigung aufgrund der langen Kündigungsfrist für rechtsmissbräuchlich.

Die Entscheidung des Gerichts: Das LAG Schleswig-Holstein erachtet die Kündigung für **unwirksam** und bestätigt damit die Entscheidung der Vorinstanz. Der Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes allein genüge nicht für die soziale Rechtfertigung der ausgesprochenen betriebs-

bedingten Kündigung. Hinzukommen müsse die **fehlende anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit ab dem 1.1.2012**, wobei insoweit im Kündigungsschutzprozess eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast gelte. Bestreite der Arbeitgeber – wie vorliegend – eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit, so müsse zunächst der Arbeitnehmer hierzu näher vortragen.

Problematisch sei nun, dass die frühzeitige Kündigung einen **substantiierten Vortrag zu anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten verhindere**. Es sei praktisch unmöglich, bei einer Kündigungsfrist von mehr als zwei Jahren konkrete Anhaltspunkte für eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zum Kündigungstermin zu nennen. Im Ergebnis benachteilige die frühzeitige Kündigung damit die Klägerin und führe zu einer **Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes**. Dies sei rechtsmissbräuchlich.

Konsequenzen für die Praxis: Die Frage, ob und ggf. wann durch eine frühzeitige Kündigung der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem Kündigungsschutzgesetz umgangen wird, ist höchstrichterlich noch nicht beantwortet worden. Die Beklagte hat gegen die Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein Revision eingelegt, so dass wohl demnächst eine Klärung durch das BAG erfolgen wird.

Beraterhinweis: Maßgeblich für die frühzeitige Kündigung der Arbeitsverhältnisse als Maßnahme zur Durchführung der Stilllegung könnte vorliegend auch der Umstand gewesen sein, dass der Hotelbetrieb der Beklagten im **Dezember 2009 noch betriebsratslos** war. Ein erst später, während der Durchführung der Stilllegung gewählter Betriebsrat kann nach der Rechtsprechung des BAG die Aufstellung eines Sozialplanes nicht verlangen (BAG, Beschl. v. 22.10.1991 – 1 ABR 17/91). Auch dies zeigt, dass eine frühzeitige Kündigung nicht immer durch das Interesse der Belegschaft an einer möglichst rechtzeitigen Information motiviert sein muss. <

RA FAArbR Dr. Norbert Windeln, LL.M., avocado rechtsanwälte, Köln

Kollektives Arbeitsrecht

Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung (GKH)

Die Tariffähigkeit einer jungen Arbeitnehmervereinigung kann ohne Angaben zur Zahl ihrer Mitglieder und der organisatorischen Leistungsfähigkeit nicht allein durch die Anzahl der von ihr geschlossenen Tarifverträge belegt werden.

BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09
(LAG Hamm – 10 TaBV 89/08)
GG Art. 9 Abs. 3; ArbGG § 97

Das Problem: Die IG Metall stellte in dem von ihr geführten Beschlussverfahren die Tariffähigkeit der Ge-

werkschaft für Kunststoffgewerbe und Holzverarbeitung (GKH) in Frage.

Die GKH beschäftigt keine hauptamtlichen Mitarbeiter, sondern wird nebenamtlich durch Mitglieder des Hauptvorstands geführt. Auf Grundlage einer Rahmenvereinbarung mit der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM) teilt sie sich mit dieser Geschäftsstellen. Die arbeits- und sozialrechtliche Beratung der Mitglieder erfolgt durch Gewerkschaftssekretäre der CGM. Einen Monat nach ihrer Gründung vereinbarte die GKH mit dem Deutschen Handels- und Industrieangestelltenverband (DHV) die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Holz-Kunststoff, Modellbau und Holzindustrie. Sie schloss insgesamt 120 Flächentarifverträge größtenteils in Tarifgemeinschaft mit dem DHV.

Mit Beschluss des Arbeitsgerichts Gera wurde 2002 festgestellt, dass die Christliche Gewerkschaft Deutschlands (CGD) keine Gewerkschaft im arbeitsrechtlichen Sinn ist. Die IG Metall machte geltend, dass die GKH aus der CGD hervorgegangen sei und es ihr an einer hinreichend leistungsfähigen Organisation fehle. Die in der Vergangenheit abgeschlossenen Tarifverträge würden weder soziale Mächtigkeit noch organisatorische Leistungsfähigkeit belegen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG konnte die Tariffähigkeit der GKH nicht feststellen, weil es an **Angaben zur Zahl und Verteilung der Mitglieder fehlte**, und verwies die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurück.

Da die GKH weder hauptamtliche Mitarbeiter noch eigene Geschäftsstellen hatte, konnte das BAG auf keine hinreichende organisatorische Leistungsfähigkeit schließen. Auch die in der Vergangenheit abgeschlossenen **Tarifverträge belegten die Tariffähigkeit nicht**, da diese überwiegend in Tarifgemeinschaft mit dem DHV abgeschlossen worden waren. Das BAG hat hierzu ausgeführt, dass eine tariffähige Arbeitnehmervereinigung sozial mächtig und von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein muss, die ihr erstellten Aufgaben zu erfüllen. Dabei komme der **Mitgliederzahl eine entscheidende Bedeutung** zu. Es müsse gewährleistet sein, dass die Vereinigung über loyale Mitarbeiter verfüge, die ihr und ihren Mitgliedern im Konfliktfall verpflichtet seien und nicht dem bestimmenden Einfluss Dritter unterlägen.

Soweit Zweifel an der durch die Mitglieder vermittelten sozialen Mächtigkeit bleiben, soll auch die **langjährige Teilnahme am Tarifgeschehen** in die Beurteilung einbezogen werden können. Wenn sich jedoch eine junge Arbeitnehmerkoalition im zeitlichen Zusammenhang mit ihrer Gründung am Aushandeln von Tarifverträgen beteilige, könne ohne Angaben zur Zahl ihrer Mitglieder und zur organisatorischen Leistungsfähigkeit die Anzahl der abgeschlossenen Tarifverträge allein die Tariffähigkeit nicht belegen. Die Tariffähigkeit entstehe nicht mit dem Abschluss von Tarifverträgen, sondern sei hierfür Wirksamkeitsvoraussetzung.

Konsequenzen für die Praxis: Der Abschluss von Tarifverträgen mit nicht tariffähigen Gewerkschaften führt zur Unwirksamkeit der geschlossenen Tarifverträge. Die Wirksamkeit kann nur dann gegeben sein, wenn die mit

einer nicht tariffähigen Gewerkschaft geschlossenen Tarifverträge von einer tariffähigen Gewerkschaft bestätigt werden.

Beraterhinweis: Gerade beim Abschluss von Tarifverträgen mit kleinen und noch jungen Gewerkschaften ist Vorsicht geboten. ◀

RA FAArbR Axel Braun, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

► Nachwirkung einer Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen

Kündigt der Arbeitgeber eine teilmitbestimmte Betriebsvereinbarung über freiwillige finanzielle Leistungen mit dem Ziel, diese Leistungen vollständig und ersatzlos einzustellen, tritt keine Nachwirkung ein.

Es ist aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit jedoch geboten, dass sich der Arbeitgeber festlegt, ob er die freiwillige Leistung künftig einstellen oder nur ändern will.

Bis zum Zugang einer entsprechenden Erklärung wirkt der Inhalt einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen weiter.

BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 20/09
(LAG Berlin-Brandenburg – 13 TaBV 1961/08)
BetrVG §§ 77 Abs. 6, 87 Abs. 1 Nr. 10

Das Problem: Der Arbeitgeber hatte eine Betriebsvereinbarung über die Gewährung einer freiwilligen Sonderzahlung i.H.v. 100 % des Bruttomonatsgehalts mit dem Hinweis gekündigt, er beabsichtige die Einführung eines flexiblen und leistungsorientierten Vergütungssystems, bei dem die Zahlung von der Erreichung unternehmensbezogener und individueller Ziele abhängig sein solle. Der Gesamtbetriebsrat meint, der Arbeitgeber sei über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus weiterhin zur Durchführung der gekündigten Betriebsvereinbarung verpflichtet, weil er die geänderte Leistung aufrechterhalten wolle.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG wies die Rechtsbeschwerde des Gesamtbetriebsrats zurück. Betriebsvereinbarungen über freiwillige finanzielle Leistungen des Arbeitgebers sind regelmäßig **teilmitbestimmt**. Während der Arbeitgeber den **Dotierungsrahmen** mitbestimmungsfrei vorgeben kann, bedarf er für die **Ausgestaltung**, also für den Verteilungs- und Leistungsplan nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Bei einer Kündigung der Betriebsvereinbarung hängt die Nachwirkung davon ab, ob der Arbeitgeber die finanziellen Leistungen **ersatzlos beseitigen** oder lediglich ändern möchte. Im Fall der vollständigen Einstellung der finanziellen Leistungen tritt **keine Nachwirkung** ein.

Da die Nachwirkung damit ausschließlich vom Willen des Arbeitgebers abhängt, ist dieser gehalten, sich entweder ggü. dem Betriebsrat oder den Arbeitnehmern über seine Vorstellungen über das weitere Schicksal der bisher

in der Betriebsvereinbarung ausgestalteten Leistung zu **erklären**, wenn er den Eintritt der Rechtsfolgen aus § 77 Abs. 6 BetrVG vermeiden will. Diese Angaben können bereits mit der Kündigung der Betriebsvereinbarung verbunden werden. Bis zu deren Zugang **wirkt der Inhalt** einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung über freiwillige Leistungen allerdings **weiter**.

Im Streitfall hat der Arbeitgeber mit dem Hinweis, die bisher pauschal in Höhe eines Monatsgehalts gewährte Leistung nicht mehr gewähren und eine von der Erreichung unternehmensbezogener und individueller Ziele abhängige flexible Leistung einführen zu wollen, die vollständige und ersatzlose Einstellung der bisherigen Leistung hinreichend deutlich kommuniziert, um eine Nachwirkung zu vermeiden.

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung stellt eine Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar. Für die Praxis ist sie ein gefährlicher Schritt in die Richtung, den Arbeitgeber durch die Wahrnehmung der Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zur Gewährung freiwilliger finanzieller Leistungen zu verpflichten, die er nicht mehr erbringen will, und damit doch in seine Dotierungsentscheidung einzugreifen. Wenn die Entscheidung von dem unkalkulierbaren Risiko abhängen soll, ob ein Arbeitsgericht im Streitfall die Bekundung des Willens einer vollständigen Einstellung der Leistung für ausreichend erachtet, wird der Arbeitgeber künftig gehalten sein, stets die vollständige Einstellung der Leistung ausdrücklich anzukündigen.

Beraterhinweis: Das Gericht weist in der Entscheidung auch ausdrücklich darauf hin, dass der nicht tarifgebundene Arbeitgeber eine freiwillige Leistung aus einer Betriebsvereinbarung nur dann mitbestimmungsfrei beseitigen kann, wenn diese Leistung alleiniger Gegenstand der gekündigten Betriebsvereinbarung ist. Werden in einer Betriebsvereinbarung auch andere Vergütungsbestandteile geregelt, für die ein vertraglicher oder gesetzlicher Anspruch besteht, sind sämtliche Vergütungskomponenten Teil der Gesamtvergütung, bei deren Ausgestaltung der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen hat. ◀

RA FAArbR Werner M. Mues, CBH – Cornelius Bartenbach Haesemann & Partner, Köln

► Tendenzträgereigenschaft von Arbeitnehmern

Bei karitativen Arbeitgebern, deren Betätigung keinen besonderen Grundrechtsbezug aufweist, setzt die Tendenzträgerschaft ihrer Arbeitnehmer voraus, dass diese im Wesentlichen frei über die tendenzbezogene Aufgabenerledigung entscheiden können. Daran fehlt es, wenn die Arbeitnehmer nur über einen geringen Gestaltungsspielraum verfügen oder der zeitliche Anteil der tendenzbezogenen Aufgaben unbedeutend ist.

BAG, Beschl. v. 14.9.2010 – 1 ABR 29/09
(LAG Berlin-Brandenburg – 16 TaBV 2196/08)
BetrVG § 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Das Problem: Arbeitgeber und Betriebsrat streiten über die **Tendenzträgereigenschaft von pädagogischen Mitarbeitern**. Das Unternehmen dient unmittelbar und überwiegend karitativen und erzieherischen Zwecken i.S.v. § 118 Abs. 1 BetrVG. Der Arbeitgeber betreibt u.a. **Wohnheime für behinderte Menschen**. Deren Betreuung erfolgt durch pädagogische Mitarbeiter. Der Betriebsrat macht geltend, dass er bei der Einstellung und Versetzung dieser Mitarbeiter nach den §§ 99 ff. BetrVG mitzubestimmen hat.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BAG verneint die Tendenzträgereigenschaft der pädagogischen Mitarbeiter und damit eine Einschränkung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats aus § 99 BetrVG nach Maßgabe von § 118 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Bei **karitativen Unternehmen**, deren Betätigung **außerhalb des grundrechtlich geschützten Bereichs** erfolge, sei Voraussetzung für die Tendenzträgereigenschaft der Arbeitnehmer, dass diese bei den tendenzbezogenen Tätigkeitsinhalten im Wesentlichen frei über die Aufgabenerledigung entscheiden könnten. Daran fehle es, wenn sie nur über einen geringen Gestaltungsfreiraum verfügten, weil sie einem umfassenden Weisungsrecht oder Sachzwängen ausgesetzt seien. Ferner müssten die tendenzbezogenen Aufgaben **auch in zeitlicher Hinsicht einen bedeutenden Anteil** an der Gesamtarbeitszeit ausmachen.

Danach seien die in den Wohnheimen beschäftigten pädagogischen Mitarbeiter keine Tendenzträger. Sie hätten keinen inhaltlich gestaltenden Spielraum und entschieden nicht über der Art der Hilfeleistung für die von ihnen betreuten Behinderten. Ihre Tendenzträgereigenschaft folge auch nicht aus ihrer Beteiligung bei der Aufstellung der Hilfepläne. Die Entscheidungen über die medizinisch erforderlichen Hilfen würden von den Ärzten und Psychologen getroffen.

Konsequenzen für die Praxis: Neu ist in dieser Entscheidung, dass für die Prüfung der Tendenzträgereigenschaft der Beschäftigten zwischen Tendenzunternehmen mit und ohne besonderen Grundrechtsbezug differenziert wird.

Hinzuweisen ist auch auf den Beschluss in dem Parallelverfahren, dasselbe Unternehmen betreffend (BAG, Beschl. v. 14.9.2010 – 1 ABR 16/09): Dort hat das BAG für die Psychologen die Tendenzträgereigenschaft bejaht. Diese erbrächten ihre therapeutische Arbeit frei von Weisungen des Arbeitgebers. Darüber hinaus wirkten sie bei der konzeptionellen Arbeit mit. Demgegenüber sei die Übertragung einer Vorgesetztenstellung nicht erforderlich.

Beraterhinweis: Arbeitnehmer von **tendenzgeschützten Unternehmen**, deren Betätigung **Grundrechtsbezug** hat, erfüllen die Voraussetzungen für die Tendenzträgereigenschaft schon dann, wenn ihnen **in nicht völlig**

unbedeutendem Umfang tendenzbezogene Arbeiten übertragen sind. ◀

RAin FAinArbR Ursel Kappelhoff, Vahle Kühnel Becker, FAeArbR, Hamburg

► Schriftform des Einigungsstellenbeschlusses

Ein lediglich elektronisch übersandter Einigungsstellenbeschluss ist formunwirksam.

BAG, Beschl. v. 5.10.2010 – 1 ABR 31/09
(LAG Mecklenburg-Vorpommern – 3 TaBV 7/08)
BetrVG § 76 Abs. 3 Satz 4; BGB §§ 126a, 126b

Das Problem: In einer auf Antrag des Betriebsrats eingerichteten Einigungsstelle wurde am 28.2.2007 gegen die Stimmen der Arbeitgeberin eine Entscheidung durch einen Spruch getroffen. Die Parteien erhielten von der Einigungsstellenvorsitzenden das Protokoll und die Begründung des Spruchs lediglich als Anhang zu einer E-Mail. Auch den Text des Einigungsstellenspruchs übermittelte sie nur als Textdatei per E-Mail. Erst im Rahmen eines von der Arbeitgeberin eingeleiteten Anfechtungsverfahrens erhielten die Beteiligten im September 2010 ein unterzeichnetes Exemplar des Einigungsstellenspruchs.

Die Entscheidung des Gerichts: Der Senat stellte die Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs fest. Die Zuleitung eines Einigungsstellenspruchs als bloße **Textdatei genüge nicht den gesetzlichen Anforderungen**. Die Wirksamkeit eines Einigungsstellenbeschlusses setze voraus, dass er schriftlich niedergelegt und mit der Unterschrift des Vorsitzenden versehen beiden Betriebsparteien zugeleitet werde. Diese Handlungsanleitung ergebe sich aus § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG, der eine auf dem Normcharakter des Einigungsstellenspruchs beruhende Sonderregelung darstelle. Aus diesem Grund könne die dort festgelegte Schriftform **nicht** nach dem Gedanken des § 126 Abs. 3 BGB durch die **elektronische Form** (§ 126a BGB) oder **Textform** (§ 126b) **ersetzt werden**.

Weiter führte der Senat aus, dass maßgeblicher **Zeitpunkt** für die Beurteilung der Formwirksamkeit der Zeitpunkt sei, in dem der Einigungsstellenvorsitzende den Betriebsparteien den Spruch mit der Absicht der Zuleitung i.S.d. § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG **übermittelt** habe. Eine nachträgliche, **rückwirkende Heilung** eines Verstoßes gegen die in § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG bestimmten Formvorschriften sei **nicht möglich**. Hiergegen spreche bereits die unmittelbare und zwingende Wirkung des Einigungsstellenspruchs, der vom Arbeitsgeber ungeachtet einer Anfechtung durchzuführen sei und damit sowohl das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis der Betriebsparteien gestalte als auch Rechte und Pflichten der normunterworfenen Arbeitnehmer unmittelbar bestimme. Ob möglicherweise eine unverzügliche Unterzeichnung des Einigungsstellenspruchs nach seiner Zuleitung abweichend hiervon noch den Formmangel beseitigen kann, hat das Gericht allerdings offengelassen.

Konsequenzen für die Praxis: Auch wenn das Gesetz kaum Vorschriften hinsichtlich des Verfahrens einer Einigungsstelle enthält, macht diese Entscheidung deutlich, dass die wenigen Vorschriften, die vorhanden sind, sehr sorgfältig beachtet werden müssen. Insbesondere im Hinblick auf die fehlende Heilungsmöglichkeit können die Folgen eines Schriftformmangels sonst gravierend sein.

Beraterhinweis: Gerade in der heutigen Zeit, in der ein Großteil der Kommunikation über E-Mail-Verkehr erfolgt, muss darauf geachtet werden, dass für die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs eine Versendung des Beschlusses per E-Mail nicht ausreichend ist. Es ist ggf. in der Einigungsstelle noch einmal ausdrücklich auf das Formerfordernis hinzuweisen, um spätere Probleme zu vermeiden. ◀

RA FAArbR Axel Braun, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln

► Betriebsvereinbarung über äußeres Erscheinungsbild und Dienstkleidung

Eine Betriebsvereinbarung, die das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer verletzt, ist unwirksam. Die jeweilige Regelung muss geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen.

LAG Köln, Beschl. v. 18.8.2010 – 3 TaBV 15/10
(ArbG Köln – 2 BV 104/09)
GG Art. 2 Abs. 1; BetrVG §§ 75 Abs. 2, 87 Abs. 1 Nr. 1

Das Problem: Die Arbeitgeberin betreibt im Auftrag der Bundespolizei Fluggastkontrollen. In einer Betriebsanweisung waren den Arbeitnehmern bestimmte Verhaltensweisen untersagt worden. Hiergegen wendet sich der Betriebsrat mit einem Unterlassungsantrag, weil sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG missachtet worden sei. Zugleich will er festgestellt wissen, dass Regelungen aus der seit 2004 bestehenden Gesamtbetriebsvereinbarung zur Kleiderordnung wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht angewendet werden dürfen.

Die Entscheidung des Gerichts: Das LAG nimmt eine nach den einzelnen Regelungsgegenständen differenzierte Bewertung vor. Im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG habe der Betriebsrat nur bei das sog. **Ordnungsverhalten** betreffenden Maßnahmen mitzubestimmen. Zu unterscheiden sei dies vom mitbestimmungsfreien **Arbeitsverhalten**. Darum handele es sich, wenn der Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechts näher bestimme, in welcher Weise die Arbeit ausgeführt werden solle. Wirke sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, komme es darauf an, welcher **Regelungszweck überwiege** (HWK/Clemenz, § 87 BetrVG Rz. 62). Das LAG sieht deshalb die Anweisung, an der Kontrollstelle lautstarke Privatgespräche oder Diskussionen zu unterlassen, als mitbestimmungsfrei an, weil dies die Erbringung der Arbeitsleistung betreffe. Hingegen sei nicht nur das Arbeitsverhalten, sondern auch das Ord-

ungsverhalten betroffen, wenn das Mitbringen privater Kommunikationseinrichtungen (Mobiltelefone, MP3-Player) untersagt werde. Es hätte ausgereicht, alleine deren Nutzung während der Arbeit zu untersagen.

Soweit das LAG die Regelungen der **Gesamtbetriebsvereinbarung zur Kleiderordnung** prüft, zieht es die BAG-Rechtsprechung (BAG, Beschl. v. 13.2.2007 – 1 ABR 18/06, ArbRB 2007, 200 [Mues]) heran. Zur Bewertung, ob die Betriebsparteien das durch Art. 2 Abs. 1 GG und § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG geschützte Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer hinreichend gewahrt haben, stellt das LAG Köln auf den aus dem Leitsatz ersichtlichen Maßstab ab. Bei der Angemessenheitsprüfung wird auf die **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn** abgestellt, also im Gesamten zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe abgewogen, wobei die **Grenze der Zumutbarkeit** nicht überschritten werden darf.

Das LAG hat wegen der Verletzungsgefahr für die Passagiere die Anweisung, Fingernägel „in maximaler Länge von 0,5 cm über der Fingerkuppe zu tragen“, als wirksam angesehen. Einfarbigkeit der Fingernagellackierung dürfe aber nicht vorgeschrieben werden. Unter Berücksichtigung der Ziele des Schutzes der vom Arbeitgeber gestellten Dienstkleidung und einem ordentlichen Erscheinungsbild bei der Fluggastkontrolle sei das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiterinnen **nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt**, soweit Folgendes geregelt sei:

Das Tragen von BHs, Bustiers, bzw. eines Unterhemdes ist vorgeschrieben.

Diese Unterwäsche ist in weiß oder in hautfarbenen ohne Muster/Beschriftungen/Embleme, etc. zu tragen, bzw. andersfarbige Unterwäsche darf in keiner Form durchscheinen. (...)

Feinstrumpfhosen sowie Socken dürfen keinerlei Muster, Nähte oder Laufmaschen ausweisen.

Für männliche Arbeitnehmer hat das LAG Folgendes gebilligt:

Grundsätzlich sind Haare immer sauber, niemals ungewaschen oder fettig wirkend zu tragen.

Eine gründliche komplette Gesichtsrasur bei Dienstantritt ist Voraussetzung; alternativ ist ein gepflegter Bart gestattet.

Konsequenzen für die Praxis: Das LAG Köln stellt heraus, dass die von ihm gebilligten Regelungen das widerspiegeln, „...was den normalen und allgemein üblichen Umgangsformen jedenfalls solcher Menschen entspricht, die beruflich in engem Kundenkontakt stehen“ und deshalb das betriebliche Interesse überwiegt. Will der Arbeitgeber Verhaltensregeln mitbestimmungsfrei anweisen, muss er sich allerdings auf das zur Erbringung der Arbeitsleistung Erforderliche beschränken.

Beraterhinweis: Das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (BAG-Az.: 1 ABN 2/11) wird weitere Klarheit über die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien bringen. ◀

RA FAArbR Dr. Detlef Grimm, Loschelder Rechtsanwältin, Köln

Sonstiges Recht

▶ Pfändbarkeit betrieblicher Altersversorgungsansprüche

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Auszahlung der Versicherungssumme aus einer Firmendirektversicherung ist bereits vor Eintritt des Versicherungsfalls als zukünftige Forderung pfändbar. (Amtl. LS)

BGH, Beschl. v. 11.11.2010 – VII ZB 87/09

(LG Nürnberg-Fürth – 5 T 5747/09)

BetrAVG § 2 Abs. 2; ZPO § 851 Abs. 1

Das Problem: Kann der Gläubiger im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens den Anspruch des Schuldners aus einem Lebensversicherungsvertrag pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, wenn es sich bei dieser Lebensversicherung um eine der Altersversorgung dienende Firmendirektversicherung handelt? Allein der Arbeitgeber hatte Beiträge entrichtet. Der Schuldner war bereits mit unverfallbaren Versorgungsansparungen aus dem zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis ausgeschieden. Sein Anspruch auf Auszahlung eines voraussichtlichen Kapitals von 14.196,26 € wird am 1.11.2011 fällig.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH entschied, den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass der zukünftige Anspruch des Schuldners auf **Auszahlung der Versicherungssumme** gepfändet ist. Dieser Anspruch des Schuldners sei als **künftige Forderung** pfändbar.

Nach § 2 Abs. 2 Satz 4 BetrAVG dürfe der ausgeschiedene Arbeitnehmer die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag in Höhe des durch Beitragszahlungen des Arbeitgebers gebildeten geschäftsplanmäßigen Deckungskapitals weder abtreten noch beleihen. Durch diese **Verfügungsbeschränkungen** solle erreicht werden, die bestehende Anwartschaft im Interesse des Versorgungszwecks aufrechtzuerhalten, d.h. zu verhindern, dass der Arbeitnehmer die Anwartschaft liquidiert und für andere Zwecke verwendet.

Mit diesen Verfügungsbeschränkungen korrespondiere zwar ein **Pfändungsverbot**, § 851 Abs. 1 ZPO. Die Unpfändbarkeit gelte uneingeschränkt für die vor Verfügungen des Arbeitnehmers umfassend geschützte Versorgungsansparung. Die Verfügungsbeschränkung erfasse aber nicht den Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme im Versicherungsfall. Dieser **zukünftige Anspruch auf Auszahlung** der Versicherungssumme aus einem bestimmten Versicherungsvertrag könne gepfändet werden.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem BetrAVG. Zwar spreche § 2 Abs. 2 Satz 4 BetrAVG unterschiedslos von „Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag“ und differenziere nicht zwischen gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen. Dieser Wortlaut stehe aber einer am Gesetzeszweck orientierten Auslegung nicht entgegen,

dass **zukünftige Forderungen vom Pfändungsverbot nicht umfasst** sein sollen. Diese erst nach Eintritt des Versicherungsfalls fälligen Forderungen habe die Norm nicht im Blick. § 2 BetrAVG enthalte nur Regelungen für die Zeit vor Eintritt des Versicherungsfalls. Der Gesetzeszweck hindere daher nicht, einen Gläubiger des Arbeitnehmers im Wege der Pfändung auf die mit Eintritt des Versicherungsfalls fälligen Ansprüche als zukünftige Forderungen zugreifen zu lassen. Andernfalls würde der Schuldner am Tag des Eintritts des Versicherungsfalls durch frühzeitige Verfügungen über seine Versorgungsansprüche die erst dann zulässige Pfändung durch den Gläubiger ins Leere laufen lassen können.

Konsequenzen für die Praxis: Gläubigern eröffnet sich mit diesem grundlegenden Beschluss des BGH nun die Möglichkeit, neben den zukünftigen Ansprüchen aus einer Direktzusage oder gegen einen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auch die Ansprüche aus einer Direktversicherung zu pfänden.

Beraterhinweis: Die Pfändung von zukünftigen Ansprüchen aus einer Firmendirektversicherung bietet Gläubigern eine einfache und sichere Vollstreckungsmöglichkeit. ◀

RAin FAinArbR Annegret Müller-Mundt, Norton Rose LLP, München

gen der daraus resultierenden sozialrechtlichen Konsequenzen besteht für den Versicherungsnehmer insoweit sogar ein **gesteigerter Beratungsbedarf**. Damit liegt eine notwendige Interessenwahrnehmung vor.

Konsequenzen für die Praxis: Der BGH bestätigt nochmals die Rechtslage: Ist ein Versicherungsfall gegeben (z.B. auch bei Androhung einer Kündigung: BGH, Urt. v. 19.11.2008 – IV ZR 305/07, MDR 2009, 201 = ArbRB 2009, 9 [*Schäder*]), so hat der Rechtsschutzversicherer die durch den Vergleich entstehenden Kosten, auch die Mehrkosten (BGH, Urt. v. 14.9.2005 – IV ZR 145/04, MDR 2006, 392 = ArbRB 2006, 81 [*Schäder*]) zu tragen.

Beraterhinweis: Für die Vertretung im Verfahren vor dem Integrationsamt entsteht eine Geschäftsgebühr (Nr. 2300 RVG-VV) und bei Abschluss einer Einigung eine 1,5 Einigungsgebühr (Nr. 1000 RVG-VV). Erfolgt nicht nur eine Vertretung hinsichtlich der **Zustimmung zur Kündigung**, sondern auch eine Tätigkeit wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, berechnet sich diese Tätigkeit aus dem Vierteljahresentgelt (§ 42 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 GKG). Erfolgt eine Vertretung für beide Gegenstände, werden die Gegenstandswerte aus beiden Tätigkeiten zusammengerechnet (§ 5 ZPO). ◀

RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko Rechtsanwälte Partnerschaft, München

Deckungsanspruch bei Aufhebungsvereinbarung vor dem Integrationsamt

Die Einleitung des Zustimmungsverfahrens zur Kündigung eines Schwerbehinderten durch den Arbeitgeber stellt einen Versicherungsfall dar. Die Deckungspflicht der Rechtsschutzversicherung umfasst auch den Abschluss eines Aufhebungsvertrags.

BGH, Beschl. v. 2.6.2010 – IV ZR 241/09
(LG München I – 31 S 10228/08)
ARB § 4 Abs. 1c

Das Problem: Der Arbeitgeber des Klägers hat beim Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung des Klägers beantragt. Im Erörterungstermin vor dem Integrationsamt schlossen die Arbeitsvertragsparteien unter Mitwirkung der Rechtsanwälte eine Aufhebungsvereinbarung. Die beklagte Rechtsschutzversicherung gewährte zwar Kostenschutz, jedoch nicht für „die Aushandlung von Aufhebungsverträgen“, und lehnte eine Erstattung der Einigungsgebühr ab. Die ersten beiden Instanzen gaben der hiergegen gerichteten Klage statt.

Die Entscheidung des Gerichts: Der BGH wies in einem Beschluss gem. § 552a ZPO darauf hin, dass die Vorinstanzen richtig entschieden haben. Mit Einleitung des Zustimmungsverfahrens gem. §§ 85 ff. SGB IX hat der Arbeitgeber des Klägers den Rechtsschutzfall gem. § 4 Abs. 1c ARB ausgelöst. Das Integrationsamt ist gem. § 87 Abs. 3 SGB IX verpflichtet, in jeder Lage auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, was sich auch auf den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung bezieht. We-

Insolvenzgeld – Reparaturkosten eines Firmenwagens

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Insolvenzgeld für verauslagte Reparaturkosten eines Firmenwagens, wenn er mit diesem seine Arbeitspflicht erfüllt.

BSG, Urt. v. 8.9.2010 – B 11 AL 34/09 R
(LSG Nordrhein-Westfalen – L 9 AL 89/07)
SGB III § 183 Abs. 1 Satz 1 u. 3; BGB § 670

Das Problem: Der Kläger war bei seinem Arbeitgeber bis einen Monat vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Betriebsleiter beschäftigt. Nach dem Arbeitsvertrag erhielt er ein Firmenfahrzeug, das er auch privat nutzen konnte. Die Betriebskosten hatte der Arbeitgeber zu tragen.

In den letzten drei Monaten vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verauslagte der Kläger Reparaturkosten für das Firmenfahrzeug, da er dieses für seine Einsätze benötigte und die Werkstatt den Wagen nur noch gegen Barzahlung herausgeben wollte. Vor Begleichung der Reparaturkosten hatte der Kläger mit seinem Arbeitgeber Rücksprache genommen. Die beklagte Bundesagentur für Arbeit lehnte die Zahlung von Insolvenzgeld in Höhe der Reparaturkosten ab.

Die Entscheidung des Gerichts: Das BSG gab der Klage statt. Zu den Ansprüchen nach § 183 Abs. 1 Satz 3 SGB III zählen alle Leistungen, die eine **Gegenleistung für die Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers darstellen und in **unlösbarem Zusammenhang** mit der Beschäftigung stehen. Damit sind auch Ansprüche auf **Ersatz von Aufwendungen** umfasst, die mit der Erbringung der Ar-

beitsleistung eng verknüpft sind. Die vom Kläger verauslagten Reparaturkosten stehen in direktem Zusammenhang mit der Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag. Dabei handelt es sich auch nicht um eine Erstreckung des Insolvenzgeldes auf Nebenforderungen.

Konsequenzen für die Praxis: Hinsichtlich des hier geltend gemachten Aufwendungsersatzes nach § 670 BGB ist das BSG davon ausgegangen, dass es sich nicht um eine Nebenforderung handelt. Aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles war die Zahlung eine Leistung, die mit der Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag in direktem Zusammenhang stand. Dies wird nicht für sämtliche Ansprüche auf Aufwendungsersatz gelten, sondern nur für solche Aufwendungen, die der Arbeitnehmer in Erfüllung seiner Arbeitsleistung tätigt.

Beraterhinweis: Zwar hat der Gesetzgeber mit § 184 Abs. 1 Nr. 1 SGB III **Urlaubsabgeltungsansprüche** ausdrücklich vom Insolvenzgeldanspruch ausgenommen. Bei einer **Jahressonderleistung** besteht aber ein Anspruch auf **Insolvenzgeld**, wenn die Fälligkeit im Insolvenzgeldzeitraum eintritt. Lässt sich die Zahlung allerdings einzelnen Monaten zuordnen, besteht (nur) ein zeitanteiliger Anspruch für den Insolvenzgeldzeitraum (BSG, Urt. v. 18.3.2004 – B 11 57/03 R, ArbRB 2004, 130, 267 [*Schäder*]). Berater müssen auf diese möglichen Ansprüche, die neben dem monatlichen Gehalt bestehen können, hinweisen und dies beim Insolvenzgeldantrag berücksichtigen. ◀

*RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko
Rechtsanwälte Partnerschaft, München*

Keine Haftung des Betriebserwerbers für Beitragsschulden des Veräußerers

Betriebserwerber haften nicht für Sozialversicherungsbeitragsschulden des Betriebsveräußerers.

Bay. LSG, Beschl. v. 28.1.2011 – L 5 R 848/10 B ER (SG München – S 11 R 1910/10 ER)
BGB § 613a; SGB IV §§ 28d, 28e

Das Problem: Haftet der Betriebserwerber für Beitragsnachforderungen der Sozialversicherungen bzgl. der Zeit vor der Betriebsübernahme? Die Antragstellerin hatte das Unternehmen der Firma U. GmbH & Co.KG gepachtet, dieses fortgeführt und die Beschäftigten übernommen, so dass deren Arbeitsverhältnisse gem. § 613a BGB auf die Antragstellerin übergangen. Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verlangt die Antragstellerin die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen einen Beitragsbescheid der Antragsgegnerin.

Die Entscheidung des Gerichts: Das LSG verneinte eine Haftung des Betriebserwerbers für Beitragsnachforderungen, die sich auf Zeiträume vor der Betriebsübernahme beziehen.

Die Antragsgegnerin habe Sozialversicherungsbeiträge für einen **vor dem Betriebsübergang** liegenden Zeitraum geltend gemacht. Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes dürfe sie solche Beiträge nur dann von der Antrag-

stellerin fordern, wenn eine gesetzliche **Ermächtigungsgrundlage** bestehe. Eine solche fehle aber, denn vor dem Betriebsübergang sei die Antragstellerin nicht der zahlungspflichtige Arbeitgeber i.S.d. § 28e SGB IV gewesen, der die Gesamtsozialversicherungsbeiträge nach § 28d SGB IV ab deren Fälligkeit gem. § 23 SGB IV schulde.

Zwar gingen aufgrund des Betriebsübergangs gem. § 613a BGB die Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen vom abgebenden Arbeitgeber auf den Übernehmer – hier die Antragstellerin – über, **nicht** jedoch eventuelle **Beitragsrückstände zur Sozialversicherung**. Die rückständigen Beiträge seien auch hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile keine Verpflichtung des Arbeitgebers aus dem laufenden Arbeitsverhältnis. § 613a BGB diene lediglich dazu, den arbeitsrechtlichen Schutz der Arbeitnehmer im Fall von Betriebsübergängen zu wahren, und erfasse daher die öffentlich-rechtlich begründeten, im SGB normierten Ansprüche der Sozialversicherung auf Beitragszahlung nicht.

Eine Haftung der Antragstellerin lasse sich auch nicht aus anderen Rechtsquellen ableiten:

- Aus Art. 3 ff. der **Richtlinie 2001/23/EG** ergebe sich kein anderes Verständnis des § 613a BGB.
- Die öffentlich-rechtlichen Beiträge zur Sozialversicherung stellten keine Geschäftsverbindlichkeiten des Betriebs i.S.v. **§ 25 HGB** dar.
- **§ 75 AO** sehe zwar eine Haftung des Übernehmers bzgl. **Steuerschulden** vor, könne aber mangels ausdrücklicher Verweisung nicht auf das Sozialversicherungsrecht angewendet werden.
- Es bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin im Wege der **Konzernhaftung** von der Antragsgegnerin in Anspruch genommen werden könne.

Konsequenzen für die Praxis: Dieser Beschluss schafft Klarheit hinsichtlich der beitragsrechtlichen Folgen eines Betriebsübergangs. Er ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

Beraterhinweis: Will ein Betriebsveräußerer sicherstellen, dass er später nicht mehr auf eventuelle Beitragsrückstände in Anspruch genommen wird, muss dies entsprechend vertraglich vereinbart werden. ◀

*RAin FAinArbR Annegret Müller-Mundt, Norton Rose
LLP, München*

Unzulässige Berufung auf Formnichtigkeit des AN-Überlassungsvertrags

Der Entleiher kann sich ggü. dem Verleiher nicht auf die Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags berufen, wenn er durch sein eigenes Verhalten die Wahrung der Schriftform treuwidrig verhinderte.

OLG München, Urt. v. 8.12.2010 – 7 U 3874/10 (LG München I – 8 HKO 21399/09)
AÜG §§ 12 Abs. 1 Satz 1; BGB §§ 125 Satz 1, 126, 242, 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2

Das Problem: Die Klägerin ist im Besitz einer Erlaubnis zur gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Sie stellte der Beklagten vier Arbeitnehmer zur Verfügung. Zunächst hatte sie die Arbeitnehmer einem anderen Unternehmen auf der gleichen Baustelle überlassen. Die Beklagte war dann aber mit der Klägerin übereingekommen, dass nunmehr die Überlassung direkt an sie erfolgen solle. Obwohl die Beklagte die schriftliche Fixierung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags in Aussicht gestellt und die Klägerin die Vertragsunterzeichnung angemahnt hatte, unterschrieb die Beklagte den Vertrag nicht. Als die Klägerin die Zahlung noch offener Rechnungsbeträge geltend machte, wandte die Beklagte die Formnichtigkeit des Vertrags ein.

Die Entscheidung des Gerichts: Das Gericht verurteilte die Beklagte zur Zahlung. Zwar setzt ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag den formwirksamen Abschluss gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG voraus. Sofern die **Schriftform nicht gewahrt** wird, führt dies gem. § 125 Satz 1 BGB zur **Nichtigkeit** des Vertrags. Der Beklagten ist es allerdings unter Berücksichtigung des Grundsatzes von **Treu und Glauben** versagt, sich auf die Formnichtigkeit zu berufen. Das ergibt sich aus folgenden Umständen:

- Die Beklagte hat die Tätigkeitsnachweise unterzeichnet und in diesen sich selbst als Entleihfirma benannt.
- Sie hat ggü. der Klägerin ausdrücklich mündlich die Annahme der Arbeitnehmerüberlassung erklärt,
- die Vergütung zugesagt und
- auch die Unterzeichnung eines schriftlichen Vertrags in Aussicht gestellt.

Dies hat zur Folge, dass der Vertrag als gültig zu behandeln ist und der Klägerin die vertraglichen Ansprüche zustehen.

Das Gericht weist darauf hin, dass dies letztendlich aber dahinstehen kann. Sofern im Rahmen eines formnichtigen Überlassungsvertrags bereits Leistungen erbracht wurden, erfolgt die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht nicht nur in Form des Anspruchs auf Erstattung der Lohnkosten; es besteht vielmehr ein Anspruch auf die gesamte in den Rechnungen niedergelegte Vergütung (BGH, Urt. v. 17.2.2000 – III ZR 78/99, NJW 2000, 1557 [1559]).

Konsequenzen für die Praxis: Die Entscheidung des OLG München ergänzt die Rechtsprechung zum Bereicherungsausgleich beim abgewickelten Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Sie macht überzeugend deutlich, dass unter gewissen Voraussetzungen auch ein vertraglicher Anspruch in Betracht kommt. Letztendlich dürfte es sich aber angesichts des sehr eindeutigen Sachverhalts eher um einen Ausnahmefall handeln.

Beraterhinweis: Der Berater eines Verleihunternehmens tut gut daran, den Sachverhalt umfassend zu würdigen, darzustellen und ggf. sich sogar auf einen – auch nur mündlichen – Vertrag zu berufen und nicht nur bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend zu machen. ◀

RA FAArbR Dr. Stefan Sasse, Göhmann Rechtsanwälte, Magdeburg

▶ Akteneinsichtsrecht im Insolvenzverfahren

Ein Arbeitnehmer, der mit einer Kündigungsschutzklage den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend macht, hat im Insolvenzverfahren des Arbeitgebers grds. einen Anspruch auf Akteneinsicht.

OLG München, Beschl. v. 27.1.2011 – 9 VA 8/10
(AG München – 1507 IN 2731/09)
ZPO § 299 Abs. 1 u. 2; InsO § 4

Das Problem: Über das Vermögen des Arbeitgebers wurde am 1.11.2009 das Insolvenzverfahren eröffnet, das noch nicht beendet ist. Der Arbeitnehmer erhob am 10.12.2009 Kündigungsschutzklage und beantragte am 29.4.2010 Akteneinsicht unter Berufung auf § 4 InsO i.V.m. § 299 Abs. 1 u. Abs. 2 ZPO. Das Amtsgericht wies dieses Gesuch zurück. Dagegen beantragte der Arbeitnehmer gerichtliche Entscheidung.

Die Entscheidung des Gerichts: Dem Antragsteller steht gem. § 299 Abs. 2 ZPO grds. ein Akteneinsichtsrecht zu. Das hierfür notwendige Individualinteresse ist gegeben, da persönliche Rechte des Antragstellers durch den Akteninhalt berührt werden, denn es besteht ein rechtlicher Bezug zu dem Streitstoff der einzusehenden Akten (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 299 ZPO Rz. 6a). Der Antragsteller hat ein solches **rechtliches Interesse** durch Vorlage der **Klagebegründung des Kündigungsschutzverfahrens** glaubhaft gemacht, da er behauptet, in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zu stehen.

Das Verfahren wurde an das Amtsgericht zurückverweisen, damit es die bislang fehlende **Interessenabwägung** zwischen dem rechtlichen Interesse des Antragstellers und dem Geheimhaltungsinteresse der Insolvenzgläubiger und des Insolvenzverwalters nachholen kann.

Konsequenzen für die Praxis: Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (z.B. BGH, Beschl. v. 5.4.2006 – IV AR (VZ) 1/06, Rz. 16) hat jeder **Insolvenzgläubiger** während des laufenden Verfahrens ein Akteneinsichtsrecht gem. **§ 299 Abs. 1 ZPO**. Hat der Arbeitnehmer Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit **Masseverbindlichkeiten** behauptet, ergibt sich das Akteneinsichtsrecht aus **§ 299 Abs. 2 ZPO**. Das OLG bestätigt zutreffend die bestehenden Rechte der Arbeitnehmer.

Beraterhinweis: Da sich aus der Akteneinsicht im Insolvenzverfahren eine Vielzahl von wesentlichen Informationen für den Arbeitnehmer ergibt, sollte der Anspruch durchgesetzt werden. Das Akteneinsichtsgesuch ist unter Hinweis auf die Rechtslage und Glaubhaftmachung der geltend gemachten Ansprüche (durch Vorlage der Forderungsanmeldung oder Geltendmachung der Masseforderungen) zu stellen. ◀

*RA FAArbR Dr. Gerhard Schäder, Dr. Schäder & Schittko
Rechtsanwälte Partnerschaft, München*

Arbeitsrecht kompakt

Arbeitsrechtsfragen aus der Praxis

■ Statistik als Maßstab der Personalpolitik?

Diskriminierungen sind nur begrenzt „berechenbar“!

von RAin FAArbR Dr. Andrea Bonanni und RA Dr. Patrick Mückl*

Diskriminierungsklagen scheitern in der Praxis häufig an der mangelnden Nachweisbarkeit einer Diskriminierung. § 22 AGG verlangt vom Arbeitnehmer deshalb zunächst nur, dass er Indizien glaubhaft macht („beweist“), die eine Diskriminierung vermuten lassen. Dies kann auch durch geeignete Statistiken geschehen. Die Anforderungen an die Eignung entsprechender Statistiken hat das BAG in der jüngst veröffentlichten Begründung seines Urteils vom 22.7.2010 (8 AZR 1012/08, ArbRB 2011, 35 – GEMA) nun erstmals präzisiert und dabei wichtige Weichenstellungen zur Verhinderung missbräuchlicher, mithilfe von Statistiken begründeter Klagen vorgenommen.

I. Einleitung

In dem zugrunde liegenden Fall waren die Klägerin und ein männlicher Arbeitnehmer (R) als Leiter der Personalverwaltung von zwei Generaldirektionen des Beklagten beschäftigt. Vorgesetzter von beiden war der Personaldirektor des Unternehmens, der der Klägerin mitteilte, R solle sein Nachfolger werden. Die Klägerin bemängelte diese Beförderungsentscheidung. Sie fühle sich als Frau benachteiligt, weil die 27 Stellen auf den ersten drei Führungsebenen des Beklagten ausschließlich mit Männern besetzt seien, während der Frauenanteil an der gesamten Belegschaft 69 % betrage. Die 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg hatte der daraufhin erhobenen Klage vor allem unter Hinweis auf die von der Klägerin vorgelegten statistischen Daten stattgegeben.¹ Das BAG hat diese Entscheidung mit überzeugender Begründung aufgehoben.

II. Statistiknachweis bei unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Das BAG hat zunächst den Grundsatz bestätigt, dass **Statistiken** zur Glaubhaftmachung einer mittelbaren oder unmittelbaren Geschlechterdiskriminierung i.S.d. § 22 AGG **genutzt werden können**.² Hiervon war bereits die Regierungsbegründung zum AGG ausgegangen.³

III. Anforderungen an den Statistiknachweis einer Diskriminierung wegen des Geschlechts

Eine Vermutung i.S.d. § 22 AGG vermögen Statistiken nach den Feststellungen des BAG allerdings nur zu begründen, wenn sie sich

- konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen⁴ und
- im Hinblick auf dessen Verhalten aussagekräftig sind⁵.

1. Bezug zum betreffenden Arbeitgeber

a) Irrelevanz der Beschäftigungszahlen anderer Unternehmen

Für irrelevant erklärt das BAG zunächst ausdrücklich die Zahlenverhältnisse in anderen Unternehmen.⁶ Es fehle insoweit an vergleichbarem und damit aussagekräftigem Tatsachenmaterial.

Beraterhinweis: Bereits mit dieser Einschränkung nimmt das BAG dem Statistikbeweis seine Variabilität und damit einen erheblichen Teil seiner Anreizwirkung für missbräuchliche Klagen.⁷ Denn nur, wenn keine Kriterien zur Bestimmung der Bezugsgröße vorliegen, kann nahezu beliebig manipuliert werden.⁸ ◀

b) Irrelevanz der Geschlechterquote der Gesamtbelegschaft

Selbst die Quote der Gesamtbelegschaft des betreffenden Unternehmens ist allerdings nicht aussagekräftig. Es fehlt sowohl an der Üblichkeit als auch an irgendwelchen rechtlichen Vorgaben dafür, dass auf allen Hierarchieebenen eines Unternehmens eine annähernd gleiche Verteilung der Geschlechter vorliegen muss.⁹ Dazu sind nicht nur schon die Tätigkeiten in Führungspositionen und in unteren Ebenen (z.B. Produktion, Verwaltung) zu unter-

* Dr. Andrea Bonanni ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin, Dr. Patrick Mückl Rechtsanwalt im Fachbereich Arbeitsrecht von CMS Hasche Sigle, Köln.

1 LAG Berlin-Bdb. v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08, LAGE § 22 AGG Nr. 1; a.A. LAG Berlin-Bdb. v. 12.2.2009 – 2 Sa 2070/08, LAGE § 22 AGG Nr. 2.

2 Wohl h.M.; zum Streitstand vgl. *Bayreuther*, NJW 2009, 806 m.w.N.

3 BT-Drucks. 16/1780, 47.

4 Vgl. III. 1.

5 Vgl. III. 2.

6 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 75), ArbRB 2011, 35 (*Jacobi*).

7 Vgl. z.B. *Bayreuther*, NJW 2009, 806 (807).

8 Vgl. die Beispiele von *Bayreuther*, NJW 2009, 806 (807).

9 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 75), ArbRB 2011, 35 (*Jacobi*).

schiedlich. Auch fällt die Vereinbarkeit von Familie und Beruf in der Regel umso schwerer, je höher der Arbeitnehmer in der Betriebshierarchie aufsteigt.¹⁰

Beraterhinweis: Maßgeblich kann daher bei Beförderungentscheidungen nur ein Vergleich innerhalb derselben Berufsgruppe¹¹ zwischen **objektiv vergleichbar geeigneten Arbeitnehmern** sein.¹² ◀

Dies folgt letztlich bereits aus § 3 Abs. 1 AGG, der eine Ungleichbehandlung in einer vergleichbaren Situation fordert. Dies setzt nach dem BAG die Vergleichbarkeit des potentiell Diskriminierten mit einem potentiell bevorzugten Arbeitnehmer voraus:

[...] vergleichbar (nicht: gleich) ist die Auswahl-situation [aber] nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen.¹³

Beraterhinweis: Maßgeblich für die erforderliche objektive Eignung ist indes **nicht das formelle Anforderungsprofil**, über das der Arbeitgeber grds. frei entscheiden kann.¹⁴ Durch das Stellen von Anforderungen an Bewerber, „die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt sind“, darf er nämlich die Vergleichbarkeit nicht willkürlich manipulieren und dadurch den Schutz des AGG faktisch beseitigen.¹⁵ Deshalb ist die **objektive** (d.h. abstrakte) **Eignung maßgeblich**. Hiervon ist die individuelle fachliche und persönliche Qualifikation des Bewerbers zu trennen, die erst bei der Frage der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenen Merkmal eine Rolle spielt.¹⁶ ◀

c) Irrelevanz der Beschäftigungszahlen innerhalb derselben Branche

Ausgehend vom Erfordernis der Vorlage von Statistiken über die Behandlung objektiv vergleichbarer Arbeitnehmer durch denselben Arbeitgeber überrascht es nicht, wenn das BAG ergänzend klarstellt, dass für den konkreten Fall auch **Vergleichszahlen aus derselben Branche irrelevant** sind. Diese zeigten nur, welcher Frauenanteil dort üblich sei. Für die Vermutung, dass im konkreten

Einzelfall eine Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliege, reiche dies aber nicht aus.¹⁷ Schließlich bestehen auch Berufsbilder, in denen – ohne erkennbare Diskriminierung – die Merkmalsgruppen des AGG nach wie vor ungleichmäßig vertreten sind: So sind Frauen in Ingenieurs- oder IT-Berufen regelmäßig unterrepräsentiert. Umgekehrt verhält es sich bei der Gebäudereinigung oder Flugbegleitung.¹⁸ Führungsebenen sind je nach Art der zu erbringenden Dienstleistung folgerichtig auch innerhalb derselben Branche nicht mit gleich ausgebildeten Arbeitnehmern besetzt.¹⁹

Beraterhinweis: Sind bereits die Beschäftigtenzahlen innerhalb derselben Branche nicht maßgeblich, gilt dies erst recht für **Beschäftigungsquoten innerhalb anderer Branchen oder Berufsgruppen**²⁰ oder gar in der Bundesrepublik. ◀

2. Aussagekraft in Bezug auf das Verhalten des betreffenden Arbeitgebers

Liegen Statistiken über die Behandlung vergleichbarer Arbeitnehmer durch denselben Arbeitgeber vor, müssen diese in Bezug auf dessen Verhalten aussagekräftig sein. Dies konkretisiert das BAG wie folgt:

a) Ausgangspunkt statistischer Bewertungen von Beförderungentscheidungen

Um beurteilen zu können, ob z.B. signifikant weniger Frauen als Männer die Hierarchiestufe oberhalb einer angenommenen „gläsernen Decke“ erreichen, bedarf es zunächst der Feststellung, wie viele Frauen überhaupt auf der Ebene **unterhalb** dieser angeblichen „gläsernen Decke“ angekommen sind.²¹ Diese Zahl muss in der Statistik dargelegt und berücksichtigt werden. Das BAG will sie offenbar zum Ausgangspunkt einer statistischen Bewertung der konkreten Beförderungentscheidung machen.

Beraterhinweis: Sind nur wenige Frauen dort „angekommen“ und steht daher nur eine begrenzte Zahl weiblicher Kandidaten für eine Beförderung zur Verfügung, indiziert die Auswahl eines Mannes bei der in Rede stehenden Beförderungentscheidung statistisch eher keine Diskriminierung. ◀

b) Berücksichtigung von Beförderungsmöglichkeiten und -wahrscheinlichkeiten

Nach Auffassung des BAG muss zudem feststehen, welche Positionen auf den Ebenen ab der mit der Bewerbung angestrebten Position „aufwärts“ im Einzelnen existieren und von welchen Positionen darunter liegender Ebenen tatsächlich eine Beförderung dorthin denkbar war und ist.²² Denn nicht für jeden Inhaber einer Position einer niedrigeren Ebene besteht objektiv betrachtet eine Beförderungsmöglichkeit auf eine höhere Ebene.

c) Berücksichtigung der gesellschaftlichen Verhältnisse

Ergänzend müssen bei der Bewertung der Aussagekräftigkeit einer Statistik die gesellschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Denn ein Arbeitgeber ist gar nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet, gesell-

10 Vgl. dazu III. 2. c).

11 Vgl. BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 75), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

12 Vgl. auch Dahm, BB 2010, 1792 (1795).

13 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 55), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

14 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 55), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

15 BAG v. 18.3.2010 – 8 AZR 77/09, ArbRB 2010, 233 = DB 2010, 1534.

16 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 55), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

17 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 75), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

18 Weitere Beispiele bei Bayreuther, NJW 2009, 806 (807).

19 Beispiele bei Dahm, BB 2010, 1792 (1794).

20 Vgl. BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 75), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

21 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 71), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

22 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 71), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

schaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg z.B. von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen.²³

Nach dem BAG entspricht es allgemeiner Lebenserfahrung, dass ein beruflicher Aufstieg häufig eine nicht unerhebliche Flexibilität voraussetzt, die sich mit der häufig von Frauen ausschließlich oder überwiegend wahrgenommenen Kindererziehung nicht oder nur schlecht vereinbaren lässt, und die auf niedrigeren Hierarchiestufen nicht in gleichem Maße gefordert wird. Auch wirkten sich längere Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit wegen Arbeitsfreistellungen infolge von Schwangerschaft, Mutterschutz und (bislang überwiegend von Frauen in Anspruch genommener) Elternzeit negativ auf die Chancen zum beruflichen Aufstieg aus, obwohl der Arbeitsplatz als solcher während dieser Zeiten grds. garantiert sei.

Dabei müssen solche Aufstiegsvoraussetzungen bzw. „-hindernisse“ nach den Feststellungen des BAG „durchaus nicht ihrerseits immer verbotene Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen darstellen“. Häufig könnten sie „i.S.d. § 3 Abs. 2 AGG sachlich gerechtfertigt oder in Einzelfällen sogar nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig sein“. Sie begründen also ihrerseits nicht unbedingt ein Indiz für eine Diskriminierung durch den konkreten Arbeitgeber.

Beraterhinweis: Den vorgenannten Erfahrungssatz berücksichtigend begründet z.B. der Umstand, dass bei einem Arbeitgeber in Führungspositionen zahlreiche Männer mit sehr langen Betriebszugehörigkeiten arbeiten, ohne weitere Anhaltspunkte nicht die Vermutung für eine frühere diskriminierende Haltung gegenüber Frauen.²⁴ ◀

d) Darlegungs- und Beweislast

Nach Auffassung des BAG gilt für statistische Nachweise im Zusammenhang mit einer unterbliebenen Beförderung, dass der Schluss auf eine regelhafte Nichtberücksichtigung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen es **nicht erforderlich** macht, dass vom Bewerber im Rahmen der Darlegung von Indizien (§ 22 Halbs. 1 AGG) oder vom Arbeitgeber im Rahmen der Vermutungswiderlegung (§ 22 Halbs. 2 AGG) **alle konkreten Bewerbersituationen bei den bisherigen Beförderungsentscheidungen dargelegt** werden. Eine Benachteiligung könne nämlich auch gerade in der Gestaltung des dem Bewerbungsverfahren zeitlich vorgelagerten Verfahrens liegen.²⁵

Beraterhinweis: Diese Feststellungen relativiert das BAG indes scheinbar an anderer Stelle dadurch, dass vom Bewerber offenbar im Rahmen der Darlegung von Indizien (§ 22 Halbs. 1 AGG) **Zahlenmaterial** darüber **vorgelegt werden muss**, ob und ggf. in welchem Umfang es externe oder interne Bewerbungen von Frauen oder im Betrieb für die Beförderungsstelle **geeignete Mitarbeiterinnen** gegeben hat.²⁶ Andernfalls könne aus der bloßen Feststellung des Ist-Zustands nicht auf ein diskriminierendes Verhalten geschlossen werden. ◀

Auch dieser in der Entscheidung zumindest angelegten Einschränkung ist zuzustimmen.²⁷ Denn wenn eine Statistik aussagekräftig sein soll, müssen nicht nur die maß-

geblichen Bezugsgruppen geklärt werden. Die Aussagefähigkeit der Statistik ist vielmehr im Einzelfall zu begründen.

Beraterhinweis: Konkret ist zu erläutern, wie der Status quo entstanden ist, um aus den Fällen der Vergangenheit und ihrem Niederschlag in der Statistik Rückschlüsse auf aktuelle Entscheidungen ziehen zu können. Insbesondere muss dargelegt werden,

- wie frühere Bewerberrunden mit Blick auf diskriminierungsrelevante Kriterien zusammengesetzt waren und
- welches Schicksal die verschiedenen Gruppen bei der abschließenden Arbeitgeberentscheidung haben hinnehmen müssen. ◀

Informationen hierüber kann der Betroffene regelmäßig über dieselben Stellen erhalten, die ihn bei der Erstellung der Statistik unterstützt haben (z.B. durch den Betriebsrat, Antidiskriminierungsbeauftragten, etc.). Nur wenn insoweit Anhaltspunkte für eine Benachteiligung bestehen, obliegt es dem Arbeitgeber, zulässige Gründe für die vorgenommene Differenzierung darzulegen, wobei auch dessen Darlegungslast nicht überspannt werden darf.²⁸

3. Fazit zur Bedeutung von Statistiken zum Nachweis einer Geschlechterdiskriminierung

Werden die Vorgaben des BAG berücksichtigt, besteht für missbräuchliche, allein auf Statistiken gestützte und nicht mit Blick auf den konkreten Einzelfall begründete Klagen wegen angeblicher Geschlechterdiskriminierung kaum noch Raum. Die Verhinderung derartiger Klagen dürfte das BAG auch durchaus im Blick gehabt haben. Die (vermutlich) bewusste Relativierung der Bedeutung des Statistikbeweises für die Geschlechterdiskriminierung wird vor allem durch die folgende, leitsatzmäßige Feststellung deutlich:

Für die Annahme einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen bedarf es über die bloße Statistik hinaus weiterer Anhaltspunkte.²⁹

Dies bedeutet, dass einer Klage in aller Regel nicht allein aufgrund eines mithilfe einer Statistik nachgewiesenen Indizes stattgegeben werden darf.

IV. Nutzbarkeit von Statistiken in Bezug auf sonstige Diskriminierungsmerkmale

Noch weniger aussagekräftig als geschlechtsbezogene Statistiken sind solche in Bezug auf andere Diskriminie-

23 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 74), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

24 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 73), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

25 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 71), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

26 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 79), ArbRB 2011, 35 (Jacobi).

27 Vgl. *Gaull/Mückl*, FAZ v. 17.3.2010, S. 23.

28 Vgl. *Bayreuther*, NJW 2009, 806 (809 f.).

29 BAG v. 22.7.2010 – 8 AZR 1012/08 (Tz. 76), ArbRB 2011, 35 (Jacobi); ähnlich *Bayreuther*, NJW 2009, 806 (809).

rungsmerkmale (mit Ausnahme von Behinderungen).³⁰ Denn bei Merkmalen wie der Ethnie, Religion oder dem Alter stehen sich mehr als zwei Vergleichsgruppen gegenüber. Hier werden die Bezugsgruppen noch unschärfer,³¹ so dass die strengen Anforderungen des BAG erst recht beachtet werden müssen.

Beraterhinweis: Vorläufig wird man einen statistischen Nachweis insoweit allerdings ohnehin nicht zulassen können. Denn mit Ausnahme von Geschlecht und Schwerbehinderung durfte bis zum Inkrafttreten des AGG nach nun verpönten Merkmalen differenziert werden. Insofern lässt eine mögliche (damals zulässige) Differenzierung in der Vergangenheit keinen Schluss darauf zu, dass der Arbeitgeber sein Verhalten nicht zwischen-

zeitlich – entsprechend der Zielsetzung des AGG – geändert hat.³² ◀

V. Fazit

In seinem Urteil vom 22.7.2010 hat das BAG die Bedeutung des durch Statistiken geführten Beweises von Diskriminierungsindizien zu Recht erheblich relativiert und damit einen wichtigen Schritt zur Verhinderung missbräuchlicher Diskriminierungsklagen unternommen. Um ein Indiz i.S.d. § 22 AGG begründen zu können, müssen sich Statistiken auf den konkreten Arbeitgeber beziehen und in Bezug auf dessen Verhalten aussagekräftig sein. Einer Klage darf in aller Regel nicht allein aufgrund eines mithilfe einer Statistik nachgewiesenen Indizes stattgegeben werden. Vielmehr müssen zu dem durch eine bloße Statistik begründeten Indiz weitere, sich aus den Umständen des Einzelfalls ergebende Indizien hinzutreten.

³⁰ Vgl. Bayreuther, NJW 2009, 806 (808).

³¹ Beispiele bei Gaul/Mückl, FAZ v. 17.3.2010, S. 23.

³² Bayreuther, NJW 2009, 806 (808).

■ Die Rente ist sicher

Zusagen zur betrieblichen Altersversorgung sind lediglich eingeschränkt änderbar

von RA FAArbR Christian Moderegger*

Betriebliche Versorgungszusagen stellen langfristig angelegte Verpflichtungen dar. Gerade in Zeiten sich verändernder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ist eine Ablösung oder Beendigung derartiger Zusagen manchmal geboten, jedoch nicht grenzenlos möglich. Vielmehr ist der Arbeitgeber in angemessenem Rahmen zur Wahrung der seitens der Arbeitnehmer erworbenen Besitzstände verpflichtet. Daher prüft das BAG die Änderung kollektiver Regelungen von Versorgungszusagen nach Maßgabe der sog. 3-Stufen-Theorie. Nachfolgend werden unter Darstellung der aktuellen Rechtsprechung die materiellen Aspekte einer rechtswirksamen Neuordnung dargestellt.

I. Rechtsgrundlagen

1. Individualvertragliche Zusage

Ob und inwieweit betriebliche Versorgungszusagen geändert werden können, hängt wesentlich von der zugrunde liegenden Rechtsgrundlage ab. So können rein individualrechtliche Versorgungszusagen ohne kollektiven Bezug – von einer einvernehmlichen Änderung abgesehen – nur durch Änderungskündigung oder Widerruf verschlechtert werden.

a) Änderungskündigung

Voraussetzung für eine Änderungskündigung i.S.v. § 2 KSchG ist, dass über das bloße Interesse des Arbeitgebers hinaus, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu reduzieren, weitere Umstände (z.B. Auftragsrückgang oder wesentliche Störungen des Betriebsfriedens wegen Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern) vorhanden sein müssen, die eine solche Änderung als billigenwert erscheinen lassen.¹ Theoretisch ist eine solche Änderungskündigung zwar denkbar, praktisch dürfte sie jedoch kaum durchführbar sein, da eine soziale Rechtfertigung in jedem Einzelfall individuell geprüft wird und darüber hinaus alle anderen Einsparungsmöglichkeiten ausgeschöpft sein müssen.

b) Widerrufsvorbehalt

Sofern die zu ändernde Versorgungszusage einen ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt enthält, ist im Fall des Widerrufs der erworbene Besitzstand nach Maßgabe der 3-Stufen-Theorie zu beachten.

Beraterhinweis: Bei der Formulierung eines solchen Widerrufsvorbehalts ist insbesondere auf dessen **Steuerunschädlichkeit** zu achten. So dürfen nach § 6a Abs. 1 Nr. 2 EStG Rückstellungen für Pensionsverpflichtung nur dann gebildet werden, wenn die Pensionszusage keinen Vorbehalt enthält, dass die Pensionsanwartschaft oder -leistung gemindert werden kann. Unschädlich sind lediglich Vorbehalte, die eine Minderung oder einen Entzug der Pensionsanwartschaft oder -leistung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter Beachtung billigen Ermessens erlauben.² Das EStG orientiert sich damit an der Rechtsprechung des BAG. ◀

* www.RechtsanwaltArbeitsrecht.de.

¹ BAG v. 28.4.1982 – 7 AZR 1139/79, MDR 1982, 963 = ArbRB online.

² Zu steuerunschädlichen Formulierungen vgl. R 6a Abs. 4 EStR zu § 6a EStG.

Im Ergebnis stellen derartige Widerrufsvorbehalte nicht mehr als einen allgemeinen Hinweis auf das Institut der **Störung der Geschäftsgrundlage** dar. Insoweit kann eine Anpassung wegen Äquivalenzstörung z.B. verlangt werden, wenn der bei Schaffung des Versorgungssystems zugrunde gelegte Dotierungsrahmen aufgrund von Änderungen der Rechtslage zum Anpassungstichtag um mehr als 50 % überschritten wird.³ Ein Widerruf wegen wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers ist nicht möglich, da eine solche Notlage keinen Sicherungsfall mehr nach § 7 BetrAVG darstellt.⁴

Soweit der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag mit Gesamterledigungsklausel vereinbart hat, werden hiervon Betriebsrentenansprüche regelmäßig nicht erfasst. Die große Bedeutung von Versorgungsansprüchen erfordert eine unmissverständliche Erklärung. Kein Arbeitnehmer wird ohne besonderen Grund auf derartige Rechte verzichten wollen. Diese Bedeutung der Versorgungsansprüche erfordert deshalb eine unmissverständliche Erklärung.⁵

2. Individualvertragliche Zusage mit kollektivem Bezug

Größere Gestaltungsspielräume stehen dem Arbeitgeber zu, wenn die Versorgungszusage zwar auf individueller Grundlage basiert, jedoch einen kollektiven Bezug aufweist (z.B. Gesamtzusage oder Einheitsregelung). Derartige Zusagen können, soweit sie „betriebsvereinbarungsoffen“ gestaltet sind, durch eine Betriebsvereinbarung geändert bzw. abgelöst werden.⁶

Eine „Betriebsvereinbarungsoffenheit“ wird jedoch nicht schon dann anzunehmen sein, wenn in einem Arbeitsvertragsformular eine Regelung zur betrieblichen Altersversorgung getroffen und in einer anderen Bestimmung „im Übrigen“ auf Betriebsvereinbarungen verwiesen wird.⁷ Gleiches gilt, wenn in einer vertraglichen Versorgungszusage auf Satzung und Versicherungsbedingungen verwiesen wird und es in den „Schlussbestimmungen“ heißt, die jeweils gültigen Betriebsvereinbarungen seien „Bestandteil dieses Vertrags“.⁸ Selbst wenn eine „betriebsvereinbarungsoffene“ Regelung vorliegt, müssen die Grenzen der 3-Stufen-Theorie beachtet werden.⁹

Einen kollektiven Bezug weist auch eine Versorgungszusage auf, die durch **betriebliche Übung** begründet wurde.¹⁰ Für den Bereich von Sonderzahlungen hatte das BAG die Beseitigung einer derartigen Übung über den Weg einer sog. gegenläufigen betrieblichen Übung bereits verbaut.¹¹ Nunmehr hat das BAG bestätigt, dass es auch für den Bereich der betrieblichen Altersversorgung eine gegenläufige Übung nicht anerkennt. Insoweit verbietet es die unterschiedliche Struktur der Rechtsbeziehung, den für das Arbeitsverhältnis ursprünglich entwickelten Rechtsgedanken der gegenläufigen Übung auf das Versorgungsverhältnis zu übertragen.¹²

3. Betriebsvereinbarung

Eine Altersversorgung, die auf einer Betriebsvereinbarung basiert, kann durch eine **nachfolgende Betriebsvereinbarung** geändert werden. Insoweit gilt die Zeitkollisionsregel, d.h. die jüngere Norm ersetzt die ältere. Bei

umstrukturierenden bzw. leistungsverschlechternden Änderungen findet zwar das Günstigkeitsprinzip keine Anwendung, allerdings müssen die Betriebspartner insoweit die Grundsätze der Besitzstandswahrung achten.¹³

Im Übrigen kann eine **Betriebsvereinbarung** auch gem. § 77 Abs. 5 BetrVG **gekündigt** werden. Die Kündigung bedarf keines rechtfertigenden Grundes. Ebenso ist ein Verhandlungsversuch über eine abändernde Betriebsvereinbarung nicht erforderlich. Eine gekündigte Betriebsvereinbarung über Leistungen einer betrieblichen Altersversorgung wirkt auch grds. nicht gem. § 77 Abs. 6 BetrVG nach.¹⁴ Durch eine Kündigung erreicht der Arbeitgeber allerdings nur die Schließung der betrieblichen Altersversorgung für künftige Neueintritte. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist in einer solchen Schließung nicht zu sehen. Für Arbeitnehmer, die zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung durch die Betriebsvereinbarung bereits begünstigt sind, ist die Wirkung der Kündigung nach Maßgabe der 3-Stufen-Theorie zu begrenzen.¹⁵

Will der Arbeitgeber die Altersversorgung nicht völlig beseitigen, sondern nur eine Verteilung der Vermögensmittel vornehmen, ist das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 8 bzw. 10 BetrVG zu beachten.¹⁶

II. Besitzstandswahrung

Das BAG hat mit dem sog. **3-Stufen-Modell** in ständiger Rechtsprechung eine Besitzstandsregelung aufgestellt und dabei die Anforderungen an eine zulässige leistungsermächtigende Änderung von Versorgungszusagen formuliert.

Wichtig! Diesem Modell liegt die Überlegung zugrunde, dass an die Begründung für verschlechternde Versorgungszusagen **umso höhere Anforderungen** zu stellen sind, **je stärker in Besitzstände** des Versorgungsberechtigten **eingegriffen** wird.

Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung ist eine Gegenüberstellung der finanziellen Auswirkungen bei Beibehaltung des bisherigen Versorgungssystems und

3 BAG v. 19.2.2008 – 3 AZR 290/06, ArbRB 2008, 238 (Müller-Mundt).

4 BAG v. 17.6.2003 – 3 AZR 396/02, MDR 2004, 354 = ArbRB 2004, 45 (Braun).

5 BAG v. 20.4.2010 – 3 AZR 225/08, MDR 2010, 1333 = ArbRB online.

6 BAG v. 16.9.1986 – GS 1/82, MDR 1984, 522 = ArbRB online.

7 BAG v. 17.6.2008 – 3 AZR 254/07, ArbRB online.

8 BAG v. 17.6.2008 – 3 AZR 553/06, ArbRB 2008, 328 (Marquardt).

9 BAG v. 21.4.2009 – 3 AZR 674/07, ArbRB online.

10 BAG v. 19.5.2005 – 3 AZR 660/03, ArbRB online.

11 Moderegger, ArbRB 2009, 239 ff.

12 BAG v. 16.2.2010 – 3 AZR 118/08, ArbRB online.

13 BAG v. 22.5.1990 – 3 AZR 128/89, MDR 1990, 1145 = ArbRB online.

14 BAG v. 17.8.2004 – 3 AZR 189/03, ArbRB 2004, 337 (Braun).

15 BAG v. 17.8.1999 – 3 ABR 55/98, ArbRB online.

16 BAG v. 9.12.2008 – 3 AZR 384/07, ArbRB 2009, 263 (Sulberg).

der Neuordnung anhand von Modellrechnungen vorzunehmen. Allein das Unterlassen solcher Vorausberechnungen kann den Schluss rechtfertigen, dass eine sorgfältige Interessenabwägung unterblieben ist.¹⁷

Beraterhinweis: Es spielt bei der Besitzstandswahrung keine Rolle, ob die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen des § 1b BetrAVG zum Neuordnungsstichtag tatsächlich erfüllt sind. ◀

1. Erste Stufe

Die erste Stufe umfasst bei leistungsorientierten Zusagen den bereits erdienten Teil der Versorgungsanwartschaft, der sich aus einer dienstzeit-proportionalen Berechnung (sog. m/n-tel) gem. § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt. Bei einer beitragsorientierten Versorgungszusage entspricht diese Besitzstandsstufe der erreichten Anwartschaft gem. § 2 Abs. 5b BetrAVG.

Beispiel

- Leistungsplan: 1 % des ruhegehaltstfähigen Einkommens pro Beschäftigungsjahr
- Eintrittsalter: 25
- Altersgrenze: 65
- Ruhegehaltstfähiges Einkommen bei Neuordnung: 3.000 €
- Ruhegehaltstfähiges Einkommen im Alter 65: 6.000 €
- Neuordnung im Alter: 45

Die im Zeitpunkt der Neuordnung **bereits erdiente statische** Versorgungsanwartschaft beträgt dann:

$$3.000 \text{ €} \times 1 \% \times 40 \times (20:40) = 600 \text{ €}.$$

Eingriffe in erdiente bzw. erreichte Anwartschaften sind nur bei Vorliegen **zwingender Gründe** zulässig. Solche können z.B. eine mit Zeitablauf auf der Grundlage der bisherigen Regelung eingetretene planwidrige Überversorgung, eine bei Schaffung des Versorgungswerks nicht vorhersehbare, ganz außergewöhnliche Mehrbelastung¹⁸ oder eine insolvenznahe Notlage¹⁹ sein. Die erste Besitzstandsstufe ist in vielen Fällen praktisch unantastbar.

2. Zweite Stufe

Der Besitzstand der zweiten Stufe umfasst die auf die erste Stufe entfallende Dynamik, mithin den Teil der Versorgungsanwartschaft, der zwar schon durch die erbrachte Diensttreue erdient ist, aber nicht dem gesetzlichen Unverfallbarkeits- bzw. Insolvenzschutz unterliegt. Dies ist bei allen Versorgungssystemen der Fall, bei denen die Höhe der Betriebsrente vom Endgehalt abhängig ist.

17 BAG v. 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, *ArbRB online*.

18 BAG v. 11.12.2001 – 3 AZR 512/00, *ArbRB online*.

19 BAG v. 19.2.2008 – 3 AZR 290/06, *ArbRB* 2008, 238 (*Müller-Mundt*).

20 BAG v. 17.4.1996 – 3 AZR 56/95, *ArbRB online*.

21 BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, MDR 2010, 217 = *ArbRB* 2009, 367 (*Müller-Mundt*).

22 BAG v. 3.5.2000 – 3 AZR 146/99, *ArbRB* 2001, 14 (*Braun*).

23 BAG v. 26.10.2010 – 3 AZR 502/08, BAG-Pressemitteilung Nr. 78/10.

24 BAG v. 11.9.1990 – 3 AZR 380/89, MDR 1991, 280 = *ArbRB online*.

25 BAG v. 19.4.2005 – 3 AZR 468/04, *ArbRB online*.

26 BAG v. 10.9.2002 – 3 AZR 635/01, *ArbRB online*.

Beispiel

Bei einer Ausgangslage wie oben beträgt die **erdiente dynamische** Versorgungsanwartschaft

$$6.000 \text{ €} \times 1 \% \times 40 \times (20:40) = 1.200 \text{ €}.$$

Eingriffe auf der zweiten Stufe erfordern **triftige Gründe**. Solche liegen z.B. vor, wenn ein unveränderter Fortbestand des Versorgungswerks langfristig zu einer Substanzgefährdung des Versorgungswerks führen würde, z.B. weil das Unternehmen die Verbindlichkeiten aus der Altersversorgung langfristig nicht aus den künftigen Erträgen finanzieren kann.²⁰

Hierbei können die zu § 16 BetrAVG entwickelten Regeln als Orientierungsmaßstab herangezogen werden. Danach liegt eine zur Verweigerung der Rentenanpassung rechtfertigende schlechte wirtschaftliche Lage vor, wenn die Eigenkapitalrendite des versorgungspflichtigen Arbeitgebers (nicht eines etwaigen Konzerns²¹) die Umlaufrendite öffentlicher Anleihen zzgl. eines Risikozuschlags von 2 % längerfristig nicht erreicht.²² Für diesen 2-prozentigen Risikozuschlag, wie er werbenden Unternehmen zugebilligt wird, ist allerdings bei einer Renten- oder Abwicklungsgesellschaft kein Raum.²³

Ein deutliches Anzeichen sowohl für das Bedürfnis der Änderung als auch für die Ausgewogenheit einer Neuregelung ist darin zu sehen, dass der Betriebsrat einer solchen zugestimmt hat.²⁴

3. Dritte Stufe

Zur dritten Besitzstandsstufe gehört schließlich der gesamte Teil des Versorgungsrechts, der nicht bereits unter die erste und zweite Stufe fällt, insbesondere also die in künftigen Dienstzeiten noch erdienbaren Anwartschaftszuwächse.

Beispiel

Bei einer Ausgangslage wie oben beträgt die **erdienbare dynamische** Versorgungsanwartschaft

$$6.000 \text{ €} \times 1 \% \times 40 = 2.400 \text{ €}.$$

In diese Stufe dürfen Eingriffe bei Vorliegen **sachlich-proportionaler Gründe** vorgenommen werden.²⁵ Hierunter sind willkürfreie, nachvollziehbare und anerkennewerte Eingriffsgründe zu verstehen. Diese können insbesondere auf einer wirtschaftlich ungünstigen Lage des Versorgungsschuldners oder einer Fehlentwicklung des betrieblichen Versorgungswerks beruhen.

Beraterhinweis: Der Arbeitgeber muss auf dieser Stufe die Gesamtheit der Maßnahmen zur Kosteneinsparung darlegen. Im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung ist allerdings nicht zu untersuchen, welche anderweitigen Einsparungsmöglichkeiten sinnvoll oder vertretbar gewesen wären, insbesondere muss der Arbeitgeber keinen Sanierungsplan vorlegen.²⁶ Solche anderweitigen Sanierungsmöglichkeiten müssen jedoch zumindest erwogen und ihre Unterlassung plausibel erläutert werden. ◀

Auch die Einbeziehung neuer, bislang unversorgter Arbeitnehmergruppen können sachlich-proportionale Eingriffsgründe für eine Neuverteilung der zur Verfügung stehenden Mittel darstellen. Eine angestrebte Vereinheitlichung der betrieblichen Altersversorgung im Konzern

liefert jedoch nicht stets und ohne weiteres den erforderlichen sachlich-proportionalen Eingriffsgrund. Der Arbeitgeber hat im Einzelnen darzulegen, woraus sich sein Vereinheitlichungsinteresse im konkreten Fall ergibt und wie gewichtig es ist.²⁷

4. Härtefallregelung

Zusätzlich muss geprüft werden, ob bestimmte Personengruppen, die von einer Leistungseinschränkung besonders hart und ungleich nachteiliger als die übrigen Versorgungsberechtigten betroffen werden, nicht eines besonderen Schutzes bedürfen.²⁸ Haben Arbeitnehmer ein bestimmtes Alter vollendet, dürften sie nicht mehr in der Lage sein, merkbare Verschlechterungen ihrer Versorgung durch Gegenmaßnahmen auszugleichen. Für derartige „rentennahe“ Jahrgänge sind daher zur Vermeidung grob unbilliger Sachverhaltsgestaltungen Härtefallregelungen aufzustellen.²⁹

III. Informationen

Der Arbeitgeber hat darauf zu achten, dass die Auskünfte zur betrieblichen Altersversorgung, die von den für Personalfragen zuständigen Mitarbeitern erteilt werden, **sachlich richtig bzw. wahrheitsgemäß** sowie eindeutig und vollständig sind.³⁰ Arbeitnehmer dürfen sich insoweit darauf verlassen, sachgerecht unterstützt zu werden.³¹ Für den Arbeitgeber kann insoweit als vertragliche Nebenpflicht sogar eine Informationspflicht bestehen.³² Bei schuldhafter Verletzung dieser Nebenpflicht können sich für den Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche ergeben.³³

IV. Betriebsrentner

Bei ehemaligen Arbeitnehmern, welche mit einer nach §§ 1b und 2 BetrAVG unverfallbaren Versorgungsanswartschaft ausgeschieden sind, kommt eine **einzelvertragliche Verschlechterung** schon deshalb nicht in Betracht, weil insoweit gem. § 17 Abs. 3 Satz 3 BetrAVG nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmer von den gesetzlichen Bestimmungen abgewichen werden darf.

Auch eine altersvorsorgewirksame Leistungen einschränkende **Betriebsvereinbarung** wirkt nicht mehr hinsichtlich der Arbeitnehmer, die beim Inkrafttreten der neuen Betriebsvereinbarung bereits Bezüge nach einer früheren Regelung erhalten. Mit ihrem Ausscheiden haben sie gegen den Arbeitgeber einen selbständigen schuldrechtlichen Anspruch erworben. Dieser besteht über die Geltungsdauer der Betriebsvereinbarung hinaus fort.³⁴ Etwas anderes dürfte nur gelten, wenn im Arbeitsvertrag mit den Versorgungsempfängern Klauseln enthalten sind, welche auf die jeweils geltende Betriebsvereinbarung verweisen. Eine solche dynamische Inbezugnahme unterliegt jedoch gleichfalls der 3-Stufen-Theorie.³⁵ In jedem Fall ist das Interesse am Fortbestand laufender Leistungen im Allgemeinen besonders groß, da sich die Rentner darauf eingestellt haben.³⁶

V. Fazit

Die Neuordnung einer betrieblichen Altersversorgung birgt eine Vielzahl möglicher Stolperfallen, die teilweise bis zum Rentenbeginn eines jeweiligen Arbeitnehmers fortbestehen. Die Beachtung der durch die Rechtsprechung geprägten Besitzstandsgrenzen ist daher unerlässlich.

27 BAG v. 24.1.2006 – 3 AZR 483/04, ArbRB 2007, 106 (*Schäder*).

28 BAG v. 21.1.1992 – 3 AZR 21/91, *ArbRB online*.

29 BAG v. 8.12.1981 – 3 ABR 53/80, *ArbRB online*.

30 BAG v. 21.11.2000 – 3 AZR 13/00, *ArbRB online*.

31 BAG v. 14.1.2009 – 3 AZR 71/07, *ArbRB online*.

32 BAG v. 22.5.2007 – 3 AZR 834/05, MDR 2007, 1431 = ArbRB 2007, 322 (*Range-Ditz*).

33 BAG v. 4.5.2010 – 9 AZR 184/09, ArbRB 2010, 332 = *ArbRB online*.

34 BAG v. 25.10.1988 – 3 AZR 483/86, *ArbRB online*.

35 BAG v. 16.2.2010 – 3 AZR 181/08, MDR 2011, 111 = *ArbRB online*.

36 BAG v. 14.12.2010 – 3 AZR 799/08, BAG-Pressemitteilung Nr. 92/10.

■ Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmererfinderrechts

Hinweise für den sicheren Umgang mit Neu- und Altfällen

von RA FA IT-Recht FAArbR Klaus Gennen*

Der Beitrag beschreibt die wesentlichen Auswirkungen der am 1.10.2009 mit dem Patentrechtsmodernisierungsgesetz (BGBl. I, 2521) in Kraft getretenen – im Vergleich zu früheren, eher behutsamen Änderungen – durchgreifenden Neuerungen im Arbeitnehmererfinderrecht.

I. Übersicht über die materiell-rechtlichen Neuerungen

Die materiell-rechtlichen Neuerungen des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen (ArbEG) beziehen sich auf die nachfolgenden Bereiche.

* Der Autor ist Partner der Sozietät LLR LegerlotzLaschet Rechtsanwälte, www.llr.de.

1. Wegfall des Schriftformerfordernisses

Für einige wichtige nach dem ArbEG abzugebende Erklärungen galt bis zum 1.10.2009 (vorbehaltlich eines wirksamen Verzichts) nach dem Wortlaut des Gesetzes als Wirksamkeitsvoraussetzung die **Schriftform des § 126 BGB**. Sie wurde, soweit sie außerhalb der Vorschriften über das Schiedsstellenverfahren (§§ 28 ff ArbEG) galt, durchgehend¹ durch die einfachere **Textform des § 126b BGB** als Mindestanforderung ersetzt. Diese Form ist insbesondere in folgenden Fällen ausreichend:

- Erfindungsmeldung (§ 5 ArbEG),
- Inanspruchnahme- oder Freigabeerklärung (§§ 6, 7, 8 ArbEG),
- Festsetzung der Vergütung bzw. Widerspruch gegen die Festsetzung (§ 12 ArbEG),
- Mitteilung einer freien Erfindung (§ 18 ArbEG) und
- bei der Erklärung zur Geltendmachung der erheblichen Unbilligkeit (§ 23 Abs. 2 ArbEG).

Damit vereinfachen sich unternehmensinterne Abläufe im Erfinderrecht ganz erheblich; die Vereinfachung hat jedoch auch ihre Tücken.

2. Umstellung des Konzepts zur Überleitung von Rechten an Erfindungen

a) Alte Rechtslage

Nach der **alten** Rechtslage löste der Zugang der Erfindungsmeldung beim Arbeitgeber den Beginn einer **viermonatigen Ausschlussfrist** aus, innerhalb derer der Arbeitgeber

- die vermögenswerten Rechte an der Erfindung durch Erklärung der sog. „unbeschränkten“ Inanspruchnahme auf sich überleiten konnte,
- die sog. „beschränkte“ Inanspruchnahme erklären konnte, die einer einfachen Lizenz gleichkam, und
- die Erfindung ausdrücklich freigeben konnte (§ 8 Nr. 1 ArbEG a.F.).

Unternahm der Arbeitgeber also bis zum Ablauf der Frist nichts und verstrich die Frist, ohne dass dem Arbeitnehmererfinder eine Inanspruchnahmeerklärung zugegangen war, wurde die **Erfindung (vollständig) frei**. Der Arbeitgeber war also gezwungen zu handeln, wenn er Rechte an der Erfindung beanspruchen wollte.

Die eher formlose Handhabung von Arbeitnehmererfindungen in vielen mittelständischen Unternehmen, bei der insbesondere oft eine ausdrückliche und schriftliche² Inanspruchnahmeerklärung fehlte, stellte in der Praxis ein weit verbreitetes Problem dar.

b) Neue Rechtslage

Diese Probleme haben Arbeitgeber nun nicht mehr, weil das gesetzliche Modell der Überleitung gleichsam „um 180 Grad gewendet“ wurde: Das Gesetz sieht für Erfindungen, die ab dem 1.10.2009 gemeldet worden sind

bzw. werden, eine **gesetzliche Fiktion der Inanspruchnahme** mit Ablauf der (sogar einvernehmlich verlängerbaren) viermonatigen Frist vor. Erfindungen gelten also als in Anspruch genommen, wenn der Arbeitgeber sie nicht innerhalb der mit Zugang der Erfindungsmeldung beginnenden viermonatigen Frist freigibt (§ 6 Abs. 2 ArbEG).

Damit muss der Arbeitgeber nunmehr aktiv werden, wenn er die vermögenswerten Rechte an der Erfindung nicht auf sich überleiten will. Ein Versäumen der Frist hat dementsprechend zur Folge, dass dem Arbeitgeber die Erfindung gleichsam „zuwächst“, ggf. auch ohne oder gegen seinen Willen. Arbeitgeberseitiges Schweigen führt also nicht mehr zum Verlust, sondern zum Anwachsen von Rechten beim Arbeitgeber.

Es ist leicht nachvollziehbar, dass diese Änderung eine ganz erhebliche Erleichterung aus Sicht solcher Arbeitgeber darstellt, die das ArbEG von jeher eher formlos handhabten, zumal die (nach früherem Recht) unbeschränkte Inanspruchnahme gemeldeter Erfindungen stets die Regel war und die beschränkte Inanspruchnahme sowie die Freigabe eher Ausnahmen darstellten.

3. Weitere Änderungen

Die in der Praxis bedeutungslose **beschränkte Inanspruchnahme** ist entfallen. Es gibt seit dem 1.10.2009 nur noch diejenige Form der Inanspruchnahme, die zuvor als „unbeschränkt“ bezeichnet wurde, die zum Übergang aller vermögenswerten Rechte auf dinglicher Ebene auf den Arbeitgeber führt.

Die Regelung über den betrieblichen „**Erfinderberater**“ in § 21 ArbEG ist wegen ihrer geringen Bedeutung aufgehoben worden.

Die Vorschrift zu **Arbeitnehmererfindungen in der Insolvenz (§ 27 ArbEG)** wurde geändert. Bisher bestand in bestimmten Fällen ein Vorkaufsrecht des Arbeitnehmererfinders in der Insolvenz des Arbeitgebers für die Schutzrechtspositionen, die auf seine Erfindungen erwirkt wurden. Das Vorkaufsrecht setzte notwendig den Abschluss eines Vertrags über die Erfindung zwischen dem Insolvenzverwalter und einem Dritten voraus. Nunmehr ist das Vorkaufsrecht durch eine **Anbietungspflicht** des Insolvenzverwalters ggü. dem Arbeitnehmererfinder (§ 27 Nr. 3 ArbEG) ersetzt worden.

4. Anwendung der Neuregelung

a) Inkrafttreten der Änderungen

Die reformierten Vorschriften gelten für alle **ab dem Inkrafttreten gemeldeten Erfindungen**.

Beraterhinweis: Damit gilt die alte Rechtslage für alle vor dem 1.10.2009 gemeldeten Erfindungen fort. Bedenkt man, dass bei üblichem Verlauf die Schutzrechtsanmeldung i.d.R. rund drei bis zwölf Monate nach der Meldung erfolgt und die Laufzeit des Patents 20 Jahre ab Anmeldedatum währt, ist der alten Rechtslage noch bis zu gut 20 Jahren, gerechnet ab dem 1.10.2009, Aufmerksamkeit zu schenken. ◀

¹ Abgesehen jedoch von der nach Eintritt des Streitfalls nach § 28 ArbEG zulässigen Vereinbarung der Parteien, von der Anrufung der Schiedsstelle abzusehen, vgl. § 37 Abs. 2 Nr. 4 ArbEG.

² S. unter I. 1.

b) Fortwirkung der alten Rechtslage zum Schriftformerfordernis

aa) Ausgangslage

Seit den ersten veröffentlichten Entscheidungen im Jahr 2000,³ jedenfalls aber in Anbetracht der BGH-Entscheidung „Haftetikett“ v. 4.4.2006⁴ musste die im Arbeitnehmererfinderrecht beratende Praxis im Hinblick auf Erfindungsmeldungen nach § 5 ArbEG davon ausgehen, dass diese jedenfalls dann nicht mehr zwingend an die vom Wortlaut des Gesetzes vorgegebene strenge Schriftform des § 126 BGB gebunden waren, wenn der Arbeitgeber diejenigen Kenntnisse, die ihm eine Erfindungsmeldung vermitteln soll, bereits auf andere Weise in einer ordentlich dokumentierten Form erhalten hat. Letzteres war nach Ansicht des BGH der Fall, wenn der Arbeitgeber auf die Erfindung eine Schutzrechtsanmeldung getätigt hat. In einem solchen Fall läuft die viermonatige Inanspruchnahmefrist nach Ansicht des BGH jedenfalls ab dem Anmeldetag der Patentanmeldung an. Gegenüber der damit wohl auch eher formlos möglichen „Wissenserklärung“ in der Erfindungsmeldung ist die Inanspruchnahmeerklärung eine bedeutsame Willenserklärung, die unbedingt schriftlich erfolgen muss.

bb) Auswirkungen vor der Reform

Diese Grundsätze führten in der Praxis dazu, dass bei nicht schriftlichem Vorgehen bei Meldung und Inanspruchnahme die Erfindung bzw. der Miterfinderanteil zugunsten des Arbeitnehmers frei wurde, weil die Erfindung bei einer Schutzrechtsanmeldung des Arbeitgebers zwar als gemeldet galt, aber nicht innerhalb der Inanspruchnahmefrist in der gebotenen Form übergeleitet wurde.

Die Entscheidung ist – in Teilen m.E. zu Recht – vielfach kritisiert worden, aber sie ist nach wie vor maßgeblich, und der BGH rückt hiervon offensichtlich nicht ab.

Sieht man diese Entscheidung aus Arbeitnehmersicht, kann man sie sogar so verstehen, dass jedwede nachweislich dem Arbeitgeber zur Kenntnis gelangte ordnungsgemäße und konzentrierte Zusammenstellung der in einer Erfindungsmeldung enthaltenen Informationen den Beginn der Inanspruchnahmefrist auslösen konnte.

cc) Auswirkungen nach der Reform

Die Reform hat hier zwar aus Arbeitgebersicht Abhilfe geschaffen. Die aus der Entscheidung „Haftetikett“ resultierende Problematik ist aber noch für alle vor dem 1.10.2009 gemeldeten Erfindungen virulent. Für die arbeitsrechtliche Praxis in mittelständischen Unternehmen und, wie die Erfahrung zeigt, bisweilen auch in der an dieser Stelle sonst gut organisierten Großindustrie, besteht daher weiterhin Beratungsbedarf im Hinblick auf Altfälle. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmererfinders aus dem Arbeitsverhältnis.

Beraterhinweis: In den meisten Fällen lässt sich die durch den BGH heraufbeschworene Problematik über finanzielle Regelungen lösen. Die von der Entscheidung „Haftetikett“ profitierenden (Allein-)Erfinder⁵ verlangen i.d.R. nicht das Schutzrecht heraus, sondern belassen es

bei der weiteren Nutzung durch ihren Arbeitgeber, allerdings gegen Zahlung einer Vergütung. Diese stellt – jedenfalls nach ihrer Vorstellung – nicht mehr eine Arbeitnehmererfindervergütung da, sondern kommt der Vergütung eines freien Erfinders gleich und soll damit bei etwa dem Acht- bis Zehnfachen der gesetzlichen Erfindervergütung liegen. ◀

II. Arbeitnehmererfinderrechtlicher „Workflow“ nach der Reform

Der arbeitnehmererfinderrechtliche Workflow im Hinblick auf Erfindungsmeldungen und die Überleitung von Erfindungsrechten wird sich ggü. dem von Unternehmen heutzutage bereits gehandhabten Ablauf wahrscheinlich nicht nennenswert verändern.

1. Wirkung der viermonatigen Frist

An dem arbeitgeberseitigen Workflow im Unternehmen zur Überwachung der **viermonatigen Frist** nach Zugang der Erfindungsmeldung ändert sich im Grunde nichts, lediglich die Blickrichtung ist eine andere. Der Arbeitgeber muss zum Fristablauf die Freigabe im Auge behalten und nicht die Inanspruchnahme. Die unternehmensinterne Prüfung, ob die Erfindung technisch und wirtschaftlich eine Schutzrechtsanmeldung bzw. Umsetzung lohnt, ist ebenfalls unverändert.

Eine frühe Inanspruchnahmeerklärung vor Fristablauf anstelle des Ablaufenlassens der Frist ist möglich und wirksam. Sie kommt in Betracht, wenn der Arbeitgeber gegenüber Dritten zu einer möglichst frühzeitigen Übertragung der Erfindung verpflichtet ist – z.B. bei Vorausabtretung von Rechten im Rahmen einer Auftragsentwicklung – oder hieran auf schuldrechtlicher Ebene Rechte eingeräumt hat.

2. Erleichterungen durch die Textform

Die Textform erleichtert insbesondere den Umgang mit Miterfindern in **räumlich weit auseinander liegenden Betrieben** eines Unternehmens, die schon aus Zeitgründen kaum die Möglichkeit haben, gemeinsam ein ein-

3 S. hierzu bereits LG Düsseldorf v. 17.9.1991 – 4 O 13/91 – Reißverschluss (rkr.), Entscheidungen der 4. Zivilkammer des LG Düsseldorf 2000, 25 ff. = Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2000, 363 ff.; v. 29.2.2000 – 4 O 415/98 – Müllbehältergreifvorrichtung, Entscheidungen der 4. Zivilkammer des LG Düsseldorf 2000, 32 ff.; OLG Düsseldorf v. 18.9.2003 – 2 U 70/99 – Haftetikett, BeckRS 2003, 10242; s. auch *Frickel/Meier-Beck*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2000, 199 ff.

4 BGH v. 4.4.2006 – X ZR 155/93 – Haftetikett, MDR 2006, 1181.

5 Bei Miterfinderkonstellationen ist die Angelegenheit einerseits einfacher, andererseits ungleich schwieriger: Ist bei einigen Erfindern der Anteil übergeleitet, bei einem einzelnen Erfinder aber nicht, besteht eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB. Der Arbeitgeber hat dann zwar ein Nutzungsrecht, läuft also nicht Gefahr, dass er von der Nutzung des Schutzrechts vollkommen abgeschnitten ist, aber der Erfinder hat gegen ihn (neben den Ansprüchen aus der Vergangenheit vor Eintreten der Bruchteilsgemeinschaft) nach Ansicht des BGH (Gummielastische Masse II) u.a. einen sog. Ausgleichsanspruch, sobald er ihn verlangt.

ziges Dokument als Erfindungsmeldung handschriftlich zu zeichnen.

Viele Unternehmen betreiben ohnehin die **interne Kommunikation per Groupware-Lösung oder E-Mail** oder über **zentrale Dokumentenverwaltungsserver** (hier: für das Erfindungs- und Patentwesen). Zu solchen Servern erhalten die Beteiligten (Erfinder, Vorgesetzte, Patentabteilung, externer Patentanwalt) jeweils einen ihrer Rolle entsprechenden Zugriff; die notwendigen Willenserklärungen werden dort ebenfalls hinterlegt.

Viele Unternehmen verfügen seit Jahren oder Jahrzehnten über ein formalisiertes Erfindungswesen. Diese Unternehmen haben detaillierte **Erfindungsmeldeformulare** entwickelt, die, korrekt ausgefüllt und mit Anlagen (Beschreibung und Zeichnungen) versehen, alle Informationen enthalten, die nach § 5 ArbEG erforderlich bzw. nützlich sind. Solche Dokumente können nunmehr **elektronisch** (z.B. als **PDF**) ausgefüllt und verschickt werden, ohne dass – wie dies früher geschah – ein Exemplar in Schriftform nachgereicht werden muss. Dies gilt auch für die sonstigen Formulare bzw. Formschriften, die im Erfindungswesen verwendet werden, bis hin zu einer Formalisierung der Vergütungsvereinbarung. Diese bedurfte im Übrigen schon nach dem alten Recht nicht der Schriftform, wurde aber und wird auch weiterhin i.d.R. gleichwohl schriftlich abgeschlossen.

Beraterhinweis: Auch die tunlichst in der Erfindungsmeldung unterzubringende **Miterfinderanteilsvereinbarung** kann – selbstverständlich vom Arbeitgeber inhaltlich unbeeinflusst – nunmehr elektronisch zustande kommen, ohne dass die Miterfinder aufwendig im Umlaufverfahren eine papierne Fassung herumschicken müssen. ◀

3. Probleme mit der Textform

Aus Sicht der Praxis gehen die Befürchtungen dahin, dass eine Partei – wie bei sonstigen online geführten Geschäften auch – **über die Identität täuscht** oder sich auf einen **fehlenden Zugang** (§ 130 BGB) der elektronischen Erklärung beruft.

a) Zugang

Fristgerecht abzugebende Erklärungen sollten trotz kurzer Übertragungszeit mit ausreichendem Vorlauf übermittelt werden.

Beraterhinweis: Die Adressaten sollten dazu angehalten werden, den Zugang mittels der Antworten-Funktion mit einer kurzen Mitteilung zu bestätigen. Falls diese Bestätigung nicht zeitnah eintrifft, sollte ein Fax mit qualifiziertem Sendenachweis genutzt werden. ◀

Wurde der Empfang der E-Mail nicht bestätigt und besteht auch keine Faxverbindung, muss nach wie vor ein mindestens in Textform gehaltenes Dokument offline übermittelt werden (Übergabe von Hand zu Hand unter Zeugen im Unternehmen, Zustellung über Gerichtsvollzieher, Einschreiben/Rückschein mit Zeugnis des das Einschreiben kuvertierenden Mitarbeiters o.Ä.). Sich schlicht darauf zu berufen, dass in heutigen Zeiten eine E-Mail typischerweise übermittelt wird und nicht verloren geht, ist demgegenüber regelmäßig wohl nicht ausreichend.

Widrigkeiten bei der Übertragung oder dem Zugangsnachweis müssen also bei einer Frist wahren Erklärung nach wie vor eingeplant werden.

Besondere Probleme mag es insoweit bei ausgeschiedenen Erfindern geben, die keine Verbindungsdaten mitteilen, unter denen sie per E-Mail oder Telefax erreichbar sind.

b) Elektronischer Workflow

Bei Collaboration-Lösungen mit elektronischem Workflow und zentraler Dokumentenverwaltung im Patent- und Erfindungswesen ist darauf zu achten, dass die Systeme elektronische Erklärungen durch Setzen von Häkchen oder in anderer Weise so vornehmen und protokollieren, dass die **Textform** des § 126b BGB gewahrt ist.

c) Identitätsprobleme

Notwendig ist, dass eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit im Hinblick auf die **Identität des Erklärenden** erreicht wird. Daher müssen die Personen, die Zugang zu dem elektronischen System haben, das als Transportmedium dienen soll, insbesondere die Erfinder, dazu angehalten werden, die ihnen übermittelten Zugangsdaten (unternehmensinterner **E-Mail-Account und Passwort** zur Benutzeranmeldung) **geheim** zu halten. Anderenfalls kann es problematisch werden, Erklärungen mit ausreichender Wahrscheinlichkeit bestimmten Personen zuzuordnen.

Eher unwahrscheinlich ist, dass die qualifizierte elektronische Signatur (§ 126a BGB) allgemein genutzt wird. Diese könnte zwar die Schriftform ersetzen, also mehr Sicherheit ermöglichen als die reine Textform. Bisher halten die Unternehmen dies aber für zu aufwendig und nehmen lieber Zweifel an der Authentizität in Kauf.

d) Keine Veränderung der Erfindungsmeldung bei Miterfinderschaft

Es ist es für den (Regel-)Fall der Miterfinderschaft erforderlich, eine Erfindungsmeldung zu erhalten, die in unveränderter Form von allen Miterfindern in Textform gebilligt und nach Billigung durch den in der Reihenfolge letzten Miterfinder von diesem an den Arbeitgeber weitergeleitet wird. So wird sichergestellt, dass die Erfindungsmeldung einerseits einen Konsens aller Miterfinder darstellt und andererseits für alle beteiligten Miterfinder die Form des § 126b BGB eingehalten ist, sie also alle als Absender bzw. Verfasser erscheinen. Bei einer E-Mail-Weiterleitung der Erfindungsmeldungsdatei über alle Miterfinder besteht durchaus die Gefahr, dass Manipulationen erfolgen.

e) Geheimnisschutz

Bei der Übersendung per E-Mail oder dem Ablegen von Informationen auf durch Externe angreifbaren Systemen stellt sich die Frage nach dem Geheimnisschutz.

Beraterhinweis: Insoweit ist anzuraten, die gesamte E-Mail bzw. das Dokument, zumindest aber die Anhänge, die technische Einzelheiten enthalten, also die Erfindungsmeldung und etwa beigefügte Beschreibungen und Zeichnungen, zu verschlüsseln. ◀

■ Gewalt und Misstände in der Pflege

Voraussetzungen der Kündigung von Pflegekräften wegen Pflichtverletzungen

von RAin FAinArbR Franziska Häcker*

In Zeiten einer immer älter werdenden Gesellschaft, von knappen Pflegekassen und Fachkräftemangel stehen Pflegebetriebe vor der schwierigen Aufgabe, mit einem geringen Budget sowie mit zu wenigen und manchmal schlecht ausgebildeten Pflegekräften qualitativ hochwertige Leistungen zu erbringen. Dabei bleibt es nicht aus, dass trotz interner Qualitätssicherungsmaßnahmen immer wieder Pflegemängel auftreten, auf die der Arbeitgeber reagieren muss. Der Beitrag gibt einen Überblick darüber, was bei der Kündigung von Pflegekräften wegen Pflichtverletzungen ggü. Heimbewohnern oder Patienten zu beachten ist.

I. Pflegemängel als Kündigungsgrund

Bei der Ausübung von Pflege Tätigkeiten können verschiedenartige Pflichtverletzungen auftreten. Im Wesentlichen sind dies Schlechtleistungen, bei denen im Kündigungsfall ein **zwingendes Abmahnungserfordernis** besteht.

1. Pflegefehler bzw. unterlassene Pflegemaßnahmen

Grundsätzlich rechtfertigen erhebliche Pflichtverletzungen, die schwere Schäden an Leib und Leben eines zu Pflegenden zur Folge haben können, an sich eine Kündigung.¹ Im Regelfall handelt es sich um qualitativ ungenügende Leistungen der Pflegekraft, die ein typischer Anlass für eine **ordentliche Kündigung** sind. Sie rechtfertigen nur ausnahmsweise eine außerordentliche Kündigung, wenn der Arbeitnehmer beharrlich seine Arbeitsleistung verweigert oder diese vorsätzlich zurückhält.² In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Pflichtverletzung **dem Arbeitnehmer allein anzulasten** ist. Gegebenenfalls trifft den Arbeitgeber ein „Organisationsverschulden“, wenn er z.B. unzureichend geschulte Arbeitnehmer in schwierigen Pflegesituationen einsetzt.

Beraterhinweis: Liegt der kündigungsrelevante Vorwurf in einem Unterlassen, ist zu prüfen, ob auch die Arbeitnehmer der vorherigen oder nachfolgenden Schicht hätten tätig werden müssen. <

Beispiele

Nach einem Urteil des LAG Schleswig-Holstein³ war die **ordentliche Kündigung** einer **einschlägig abgemahnten Pflegehilfskraft wirksam**. Sie hatte einen sturzgefährdeten Bewohner entgegen klarer Anweisungen allein zu dem fünf Meter entfernten Fahrstuhl geschickt oder ihn allein dort stehen gelassen.⁴ Dieser war gestürzt und hatte sich erheblich verletzt.

In einem weiteren Fall hielt das Gericht⁵ eine Kündigung **mangels vorheriger Abmahnung für unwirksam**. Die gekündigte Fachkraft, hatte mehrere dokumentierte Lagerungen tatsächlich unterlassen, was schwere Wundliegegeschwüre zur Folge hatte.⁶

In einem Fall, der dem LAG Köln⁷ zur Entscheidung vorlag, hatte ein Pflegehelfer einen Bewohner nach dem Duschen im Rollstuhl unbeaufsichtigt gelassen, ohne ihn zu sichern. Dieser war sodann aus dem Rollstuhl gefallen und hatte sich verletzt. Ferner hatte der-

selbe Arbeitnehmer bei mehreren Transfers von Bewohnern Unfälle verursacht. Eine pflegebedürftige Bewohnerin hatte er zudem unbeaufsichtigt in einer Badewanne sitzen gelassen. Das Gericht erachtete die Kündigung als **unverhältnismäßig**, da der Arbeitnehmer an anderer Stelle weiterbeschäftigt werden könne.

2. Unzutreffende Eintragungen in die Pflegedokumentation

Häufig gehen mit unterlassenen Pflegemaßnahmen Dokumentationsverstöße einher, wie der oben dargestellte Fall des LAG Schleswig-Holstein⁸ zeigt, in dem die Arbeitnehmerin die nicht durchgeführten Lagerungen dokumentiert hatte.

Solche Dokumentationsverstöße stellen für sich genommen eine **kündigungsrelevante Pflichtverletzung** dar. Die Pflegedokumentation gehört bei Pflegefachkräften zu den Hauptpflichten. Die ordnungsgemäße Erfüllung ist nicht nur für die Bewohner (Dokumentation aller Vorkommnisse, Information des Folgedienstes, etc.) und deren Angehörige, sondern auch für Dritte (z.B. Heimaufsicht, MDK) und zu Abrechnungszwecken wichtig. Folgende Dokumentationsverstöße sind nach vorheriger Abmahnung kündigungsrelevant:

- Vorabtragungen in die Pflegedokumentation,⁹
- falsche und unvollständige Eintragungen,¹⁰
- Eintragung und Abzeichnung nicht erbrachter Leistungen¹¹ und

* Göhmann Rechtsanwälte, Magdeburg.

1 Vgl. BAG v. 15.11.2001 – 2 AZR 380/00, ArbRB 2002, 225 (Kappelhoff) = NZA 2002, 970.

2 BAG v. 20.3.1969 – 2 AZR 283/68; KR/Fischermeyer, § 626 BGB Rz. 442.

3 LAG Schl.-Holst. v. 12.6.2005 – 5 Sa 96/07.

4 Dies blieb zwischen den Parteien streitig.

5 LAG Schl.-Holst. v. 16.5.2007 – 6 Sa 441/06.

6 Ähnlich: ArbG Mönchengladbach v. 22.4.2010 – 1 Ca 497/10 – zur unterlassenen Weitergabe einer Information.

7 LAG Köln v. 29.11.2005 – 9 Sa 510/05.

8 LAG Schl.-Holst. v. 16.5.2007 – 6 Sa 441/06.

9 LAG Hamm v. 7.7.2006 – 10 Sa 332/06: Die Arbeitnehmerin hatte bereits für die gesamte Nachtschicht in der Dokumentation Vorabtragungen von Pflegeleistungen getätigt. Dass dies mehr als einmal geschah, ließ sich nicht mehr nachweisen.

10 LAG Hamm v. 10.5.2010 – 15 Sa 1391/06: Die Pflegefachkraft hatte falsche Eintragungen zum Zeitpunkt ihrer Tätigkeiten gemacht. Ferner hatte sie nicht eingetragen, dass eine Insulinspritze nicht gesetzt wurde. Die wegen Dokumentationsverstößen ausgesprochene Änderungskündigung, um die Arbeitnehmerin nur noch als Hilfskraft zu beschäftigen, war rechtmäßig.

11 LAG München v. 26.4.2007 – 4 TaBV 11/07: Die Zustimmung gem. § 103 BetrVG wurde wegen Unverhältnismäßigkeit versagt; v. 18.10.2005 – 6 Sa 1985/04: Wirksame Kündigung einer Arbeitnehmerin, die über 18 Monate hinweg nach einschlägigen Abmahnungen notwendige Eintragungen nicht getätigt hatte.

- Zerreißen eines Blattes und nachträgliche Dokumentation¹².

Die Pflegeakte ist eine Urkunde i.S.d. § 267 Abs. 1 StGB. Durch die Eintragung oder die Abzeichnung von tatsächlich nicht erbrachten Pflegeleistungen oder Änderungen in den Eintragungen können Urkundsdelikte verwirklicht sein.¹³

3. Ergebnis

Bei Schlechtleistungen dürfte **lediglich eine ordentliche Kündigung nach einschlägiger Abmahnung** wirksam sein. Sofern tatsächlich Personen zu Schaden kommen, ist dies häufig unbefriedigend, da viele Arbeitgeber gerade dann nicht auf einen „Wiederholungsfall“ warten möchten. Die oben dargestellte Entscheidung des LAG Köln¹⁴ ist hier beispielhaft.

Beraterhinweis: Es empfiehlt sich, jedem Hinweis von Bewohnern, Angehörigen oder internen Anzeigen von Mitarbeitern über mögliche Pflichtverletzungen nachzugehen. Sofern ein Pflichtverstoß vorliegt, ist frühzeitig abzumachen. Je nach Lage des Falls kommt auch eine Versetzung oder Änderungskündigung in Betracht. ◀

II. Misshandlungen als Kündigungsgrund

Körperliche Misshandlungen oder sexuelle Belästigungen sind kündigungsrelevant.

1. Kündigungsgrund an sich

a) Körperliche Misshandlungen und Tätlichkeiten

Wendet eine Pflegekraft ggü. einem Bewohner oder Patienten **Gewalt** an, so ist dies ein wichtiger Grund für eine **außerordentliche Kündigung**.¹⁵ Auch Tätlichkeiten wie das Ohrfeigen eines Bewohners¹⁶ und andere grobe Pflegehandlungen (z.B. gewaltsames Füttern oder Zähneputzen)¹⁷ sind wichtige Gründe. Dabei können zudem die Straftatbestände der §§ 223 ff. StGB verwirklicht sein.

Nach der Kommentarliteratur¹⁸ kann ein wichtiger Grund entfallen, wenn Tatsachen vorliegen, die einen **Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund** begründen. Die Anforderungen hieran dürften hoch sein. Ein

12 ArbG Dortmund v. 19.12.2006 – 2 Sa 4292/06.

13 Vgl. BAG v. 21.4.2005 – 2 AZR 255/04.

14 LAG Köln v. 29.11.2005 – 9 Sa 510/05.

15 LAG Hess. v. 30.3.2000 – 5 Sa 1230/99.

16 LAG Schl.-Holst. v. 13.7.2000 – 5 Sa 240/00; ArbG Magdeburg v. 29.11.2007 – 4 BV 92/07 (n. rkr.).

17 Vgl. LAG Schl.-Holst. v. 8.12.2009 – 2 Sa 223/09.

18 ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rz. 135; HWK/Sandmann, § 626 BGB Rz. 226.

19 Vgl. ArbG Magdeburg v. 29.11.2007 – 4 BV 92/07.

20 BAG v. 12.3.2009 – 2 ABR 24/08; LAG Hess. v. 7.2.2002 – 3 Sa 781/01.

21 Hierzu kann der Begriff aus § 3 Abs. 4 AGG herangezogen werden.

22 HWK/Quecke, § 1 KSchG Rz. 242; ErfK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rz. 129 a.

23 BAG v. 25.3.2004 – 2 AZR 341/03.

24 BAG v. 12.3.2009 – 2 ABR 24/08.

25 Vgl. BAG v. 8.6.2000 – 2 ABR 1/00.

Entschuldigungsgrund dergestalt, ein Schlag sei nicht absichtlich erfolgt oder ein alter bzw. dementer Mensch habe „abgewehrt“ werden müssen, dürfte nicht eingreifen. Vielmehr ist zu verlangen, dass der Pflegende ausweicht. Unter keinen Umständen darf dieser sich dazu hinreißen lassen, ggü. einem Bewohner tötlich zu werden.¹⁹ Der Arbeitgeber muss dafür Sorge tragen, dass die Pflegekräfte für solche Situationen ausreichend geschult sind.

b) Sexuelle Belästigung und Übergriffe

aa) Sexueller Missbrauch

Missbraucht eine Pflegekraft einen Bewohner dadurch, dass er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit an dieser Person sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich vornehmen lässt, so stellt dies eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, die eine **außerordentliche Kündigung** an sich rechtfertigen kann.²⁰ Gleichzeitig können die Straftatbestände der §§ 174 ff. StGB verwirklicht sein.

Beraterhinweis: Bei Körperverletzungen und Sexualdelikten sollte der Arbeitgeber erwägen, eine Strafanzeige zu stellen, wenn dies nicht schon durch Angehörige oder Dritte geschehen ist. Einerseits können die behördlichen Ermittlungen bei der internen Sachverhaltsaufklärung helfen. Andererseits kann u.U. einer drohenden Rufschädigung und dem Vorwurf einer Vertuschung entgegen gewirkt werden. ◀

bb) Sexuelle Belästigung

Für die Frage, ob wegen sexueller Belästigung²¹ eine Kündigung ohne vorherige **Abmahnung** gerechtfertigt ist, kommt es in jedem Einzelfall auf die Intensität der Belästigung an.²² Soweit aber bei sexueller Belästigung durch einen Vorgesetzten oder Kollegen ggü. einer Arbeitnehmerin ein erkennbar ablehnendes Verhalten des Betroffenen erforderlich sein soll,²³ kann dieser Maßstab nicht gelten, wenn durch eine Pflegekraft ein psychisch kranker Mensch belästigt wird. Denn diesem fehlt u.U. aufgrund seiner Erkrankung die Fähigkeit, seiner Ablehnung Ausdruck zu verleihen.

Existiert in einer Einrichtung ein Pflegekonzept, wonach Arbeitnehmern das Unterhalten jeglicher privater und demgemäß auch sexueller Beziehungen zu Patienten oder Bewohnern verboten ist, so rechtfertigt der Verstoß hiergegen eine Kündigung nur nach vorheriger Abmahnung.²⁴

c) Genaue Sachverhaltsvermittlung

In diesen sensiblen Bereichen ist der Sachverhalt genau zu ermitteln. Häufig wenden sich die Bewohner selbst, Angehörige oder Kollegen mit etwaigen Vorwürfen gegen eine Pflegekraft an den Arbeitgeber.

aa) Verdachtskündigung

Lässt sich eine Pflichtverletzung nicht eindeutig nachweisen, ist zwingend im Wege einer Verdachtskündigung vorzugehen oder zumindest die Kündigung hilfsweise auf den Verdacht zu stützen.²⁵ Dabei müssen alle Sach-

verhaltensmomente, die für oder gegen den Arbeitnehmer sprechen, ermittelt werden.²⁶ Kann das Opfer, was in der Praxis häufig der Fall ist, aufgrund einer bestehenden Demenzerkrankung oder einer psychischen Erkrankung nicht mehr zum Vorfall befragt werden, kommen nur **Zeugen** in Betracht, die den **Vorfall unmittelbar wahrgenommen** haben, oder **Zeugen vom Hörensagen**, denen sich der Bewohner nach dem Vorfall anvertraut hat. Bei Bestreiten des Arbeitnehmers kann der Nachweis des dringenden Verdachts, der allein auf den Angaben Dritter beruht, schwierig sein.²⁷

Beraterhinweis: Unabhängig von einer Anhörung zur Verdachtskündigung, empfiehlt es sich, den verdächtigen Arbeitnehmer nach dem Vorfall sofort zu befragen und dies zu dokumentieren. Damit kann der Arbeitgeber möglichen Schutzbehauptungen des Arbeitnehmers im Prozess entgegentreten. ◀

bb) Ärztliches Gutachten

Wird die körperliche Misshandlung eines Bewohners vermutet, kann es sinnvoll sein, eine (weitere) ärztliche Stellungnahme²⁸ einzuholen, um Vorerkrankungen oder andere Verletzungen (z.B. durch einen vorangegangenen Sturz) auszuschließen. Gegebenenfalls kann so geklärt werden, ob Verletzungen tatsächlich unter Anwendung von körperlicher Gewalt hervorgerufen wurden.

Beispiel

In einem durch die Verfasserin zu beratenden Fall sprachen alle äußeren Umstände für eine Gewaltanwendung durch eine Pflegekraft bei einer Bewohnerin. Diese krampfte sehr stark und hatte erhebliche Bewegungseinschränkungen im Arm und Schultergelenk. Die Pflegekraft hatte ihr beim Umkleiden das Schultergelenk gebrochen, als sie den Arm nach oben gezogen hatte. Erst das ärztliche Attest der behandelnden Klinik ergab, dass die Bewohnerin – der betreffenden Einrichtung bis dato unbekannt – an Osteoporose litt und bereits Frakturen am Schultergelenk vorhanden waren. Der Arbeitnehmerin war kein Vorwurf zu machen.

2. Interessenabwägung

Neben den sozialen Belangen ist im Rahmen der Interessenabwägung Folgendes zu berücksichtigen:

a) Arbeitnehmerinteressen

Häufig werden Arbeitnehmer einwenden, sie seien überlastet, hätten unter Zeitdruck gestanden und sich in einer Stresssituation befunden. Dabei muss der Arbeitnehmer aber konkret nachweisen, dass bei ihm in dem Zeitpunkt, in dem er die Pflichtverletzung begangen hat, eine solche Situation vorlag.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass in der Pflege – im Gegensatz zu anderen Berufen – schon kleinste Mängel Gefahren für Leib und Leben in sich bergen. Ebenso geht es zulasten des Arbeitgebers, wenn er Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers bisher geduldet hat.

b) Arbeitgeberinteressen

Auch in schwierigen Situationen muss der Arbeitgeber sich darauf verlassen können, dass die von ihm eingesetzten Mitarbeiter behutsam und vertrauensvoll mit den ihnen anvertrauten Heimbewohnern umgehen. Da diese

häufig auch wehrlos sind, sind hieran hohe Anforderungen zu stellen. Der Arbeitgeber, der auch aufgrund seiner Pflichten aus dem Heimvertrag²⁹ zum Handeln verpflichtet ist, muss zudem bei pflegerischen Missständen mit einer erheblichen Rufschädigung und in der Folge mit einem Rückgang an Bewohnern, schlimmstenfalls sogar mit der Schließung der Einrichtung rechnen.

III. Beleidigungen und Beschimpfungen als Kündigungsgrund

Beleidigt³⁰ eine Pflegekraft einen durch sie zu betreuenden Bewohner, so **rechtfertigt** dies eine **Kündigung**. In diesem Bereich sind die Grenzen zwischen Leistungs- und Vertrauensbereich fließend.

Beispiel

Das LAG München³¹ erachtete eine außerordentliche Kündigung bei grob beleidigendem Verhalten einer in der Nachtwache beschäftigten Altenpflegerin auch ohne vorherige Abmahnung für wirksam. Die Arbeitnehmerin hatte sich ggü. mehreren Heimbewohnern, die sich eingenässt oder eingekotet hatten, herabwürdigend geäußert (u.a. „Pissau“ und „Dreckschwein“). Das Gericht führte zu Recht aus, es mutete gerade zynisch an, wenn die Klägerin sich darauf berufe, die angesprochenen Personen seien nicht „beleidigungsfähig“. Hierauf komme es nicht an. Ähnlich entschied auch das LAG Schleswig-Holstein.³²

IV. Fazit

Mit Ausnahme von Misshandlungen und Beleidigungen ggü. anvertrauten Bewohnern sind **Kündigungen bei Pflegemängeln** – wenn überhaupt – **erst nach einschlägiger Abmahnung** möglich. Dies ist im Unternehmen oder auch für Angehörige des betroffenen Bewohners oft unbefriedigend. Auch wenn die Entscheidungen des LAG Schleswig-Holstein und LAG München³³ zu den Beleidigungsfällen richtig sind, so stehen diese doch in einem gewissen Wertungswiderspruch zu Fällen, in denen Menschen verletzt wurden.

Gleichwohl ist jedem Pflegebetrieb anzuraten, jeglichem Hinweis auf einen Pflegemangel sofort nachzugehen, diesen aufzuklären und nachgewiesene Pflichtverletzungen frühzeitig zu ahnden. Betriebsinterne Präventionsmaßnahmen, wie z.B. regelmäßige Schulungen des Pflegepersonals, klare Pflegekonzepte, Compliance-Regelungen oder interne Beschwerdestellen³⁴ sind hilfreich, um etwaigen Verstößen vorzubeugen.

26 Sasse/Freihube, ArbRB 2006, 15.

27 Vgl. ArbG Magdeburg v. 8.12.2010 – 5 Ca 1672/10: Die Angaben der dementen Bewohnerin gegenüber mehreren Personen seien zu pauschal, um einen dringenden Tatverdacht zu begründen.

28 Vorab muss die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht herbeigeführt werden.

29 §§ 2, 11 HeimG.

30 Zum Begriff: Häcker, ArbRB 2008, 118.

31 LAG München v. 8.8.2007 – 11 Sa 496/06.

32 LAG Schl.-Holst. v. 17.5.2001 – 5 Sa 315/00.

33 LAG München v. 8.8.2007 – 11 Sa 496/06; LAG Schl.-Holst. v. 17.5.2001 – 5 Sa 315/00.

34 Vgl. zum „Whistleblowing“ in der Pflege: Deiseroth, ZRP 2007, 25.

Hinweise zu Klagen und Anträgen

■ Vertrauenskapital langjährig Beschäftigter

Interessenabwägung bei fristlosen Kündigungen wegen Bagatelldelikte nach „Emmely“

von RiArbG Dr. Jens Tiedemann*

Die schriftlichen Urteilsgründe des BAG im sog. „Emmely-Fall“ haben die Gemüter ersichtlich nicht beruhigt. Zwar hat das BAG einige Eckpfeiler seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt, insbesondere dass Vermögens- und Eigentumsdelikte zum Nachteil des Arbeitgebers auch im sog. Bagatellbereich weiterhin einen wichtigen Grund „an sich“ (erste Stufe) für eine fristlose Kündigung darstellen. Der 2. Senat hat aber einige neue Aspekte in die Diskussion um die zutreffende juristische Bewertung von Kündigungen im Bagatellbereich eingebracht. Diese führen zur Aufwertung der Interessenabwägung (zweite Stufe) bei einer außerordentlichen Kündigung. Hier ist künftig insbesondere das sog. „Vertrauenskapital“ langjährig Beschäftigter zu berücksichtigen. Nachfolgend soll dargestellt werden, welche Fragen und Probleme sich hieraus ergeben.

I. Einleitung

Bei der zweistufigen Prüfung, ob ein **wichtiger Grund** i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, der eine fristlose Kündigung rechtfertigt, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – zumutbar ist. Dieses Prüfprogramm kann man verkürzt als **Interessenabwägung** bezeichnen. Das BAG weist im sog. „Emmely“-Fall¹ zutreffend darauf hin, dass es keine absoluten Kündigungsgründe gibt und jeder Fall einzeln zu beurteilen ist.² Es existiert also kein Automatismus à la „Wer stiehlt, der fliegt!“.³

II. Neujustierung bei der Interessenabwägung

Im „Emmely“-Fall erweist sich die **Interessenabwägung** als die **entscheidende Prüfungsstufe**. Sie ist die Weichenstellung dahingehend, dass trotz eines „an sich“ ge-

gebenen wichtigen Grundes lediglich eine Abmahnung erforderlich sein soll. Ausgehend von der ständigen Rechtsprechung des BAG seit dem sog. „Bienenstich“-Fall⁴ kann man die diesbezüglichen Ausführungen des BAG – je nach Standpunkt – als **überraschend** oder gar als **kopernikanische Wende** bezeichnen. Dementsprechend werden sie in der Literatur zum Teil heftig kritisiert, da sie im Gewande des scheinbar „Althergebrachten“ Neuerungen enthalten, deren Auswirkungen nicht absehbar sind.

1. Ultima-ratio-Grundsatz und Prognoseprinzip

Das BAG führt im Ausgangspunkt noch zutreffend aus, dass im Rahmen der Interessenabwägung u.a.

- die wirtschaftlichen Folgen der arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung,
- das Maß des hierdurch bewirkten Vertrauensverlusts sowie
- die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf⁵

gegeneinander abzuwägen sind. Ziel ist es hierbei zu bewerten, ob ausgehend vom **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (die Kündigung als „ultima ratio“) und dem Prognoseprinzip dem Arbeitgeber mildere Reaktionsmöglichkeiten zumutbar sind, insbesondere eine **Abmahnung** (s. § 314 Abs. 2 BGB). Diese ist nur entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach Abmahnung nicht zu erwarten steht (= Prognoseentscheidung) oder es sich um eine derart schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist.⁶

2. Abmahnungserfordernis im Vertrauensbereich und Kassiertätigkeit

Das Abmahnungserfordernis gilt unstreitig auch bei Störungen im **Vertrauensbereich**. Es war aber die bisherige Linie der Rechtsprechung, dass bei Störungen im Vertrauensbereich, auch bei Eigentums- oder Vermögensdelikten im Bagatellbereich, grds. nicht mit einer Wiederherstellung des Vertrauens zu rechnen ist, obgleich es nicht per se ausgeschlossen war und ist, verlorenes Vertrauen durch künftige Vertragstreue zurückzugewinnen.⁷ Regelmäßig bestand insofern eine **negative Prognose**, denn bspw. Einzelhandelsunternehmen müssen sich auf die Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit einer Kassiererin in besonderem Maße verlassen können. Sie müssen davon ausgehen können, dass Weisungen zum Umgang mit Sach- und Vermögenswerten **unabhängig** von deren **Wert** und den jeweiligen **Eigentumsverhältnissen** ein-

* Der Verfasser ist Richter am ArbG Frankfurt/M.

1 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = NJW 2011, 167 ff. = ArbRB 2010, 328 (Boudon).

2 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (Boudon) = NJW 2011, 167 (Rz. 16).

3 Vgl. BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (329) (Boudon).

4 BAG v. 17.5.1984 – 2 AZR 3/83, NJW 1985, 284 f. = AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

5 BAG v. 28.1.2010 – 2 AZR 1008/08, ArbRB 2010, 298 (Boudon) = DB 2010, 1709 (1710).

6 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (Boudon) = NJW 2011, 167 (Rz. 34-38).

7 BAG v. 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP Nr. 137 zu § 626 BGB = NJW 1998, 554 ff.

Hinweise zu Klagen und Anträgen

gehalten werden. Verstößt eine solche Arbeitnehmerin vorsätzlich und zur persönlichen Bereicherung gegen eine Pflicht, die gerade dem Schutz des Eigentums und Vermögens des Arbeitgebers oder eines Kunden dient, liegt darin ein erheblicher, das Vertrauen in ihre Redlichkeit beeinträchtigender Vertragsverstoß.⁸

Beraterhinweis: Da „Emmely“ als Kassiererin beschäftigt und ihr damit Geld ihres Arbeitgebers anvertraut war, war nach der m.E. sorgsam begründeten Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg⁹, die sich auf jahrelange Rspr. des BAG stützen konnte, an sich zu erwarten gewesen, dass die Revision zurückgewiesen wird. ◀

3. Entscheidender Aspekt: Vertrauenskapital

Dieser Erwartung entsprach das BAG jedoch nicht. Zum entscheidenden Aspekt bei der Interessenabwägung wurde das sog. „**Vertrauenskapital**“¹⁰, das langjährig Beschäftigte erwerben. Zwar war die Beschäftigungsdauer stets ein Aspekt, der in die Interessenabwägung einzustellen war, aber bis dato war er in dieser Ausprägung noch unbekannt. Wörtlich führt das BAG aus:¹¹

Eine für lange Jahre ungestörte Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner wird nicht notwendig schon durch eine erstmalige Vertrauensenttäuschung vollständig und unwiederbringlich zerstört. Je länger eine Vertragsbeziehung ungestört bestanden hat, desto eher kann die Prognose berechtigt sein, dass der dadurch erarbeitete Vorrat an Vertrauen durch einen erstmaligen Vorfall nicht vollständig aufgezehrt wird. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Befindlichkeit und Einschätzung des Arbeitgebers oder bestimmter für ihn handelnder Personen an. Entscheidend ist ein objektiver Maßstab. Maßgeblich ist nicht, ob der Arbeitgeber hinreichendes Vertrauen in den Arbeitnehmer tatsächlich noch hat. Maßgeblich ist, ob er es aus der Sicht eines objektiven Betrachters haben müsste. Im Arbeitsverhältnis geht es nicht um ein umfassendes wechselseitiges Vertrauen in die moralischen Qualitäten der je anderen Vertragspartei. Es geht allein um die von einem objektiven Standpunkt aus zu beantwortende Frage, ob mit einer korrekten Erfüllung der Vertragspflichten zu rechnen ist.

III. Zum Begriff „Vertrauenskapital“

Mit dem Begriff „Vertrauenskapital“ werden zwei Begriffe zusammengefügt, die auf den ersten Blick nicht zusammenpassen, da der eine ideeller und der andere materieller Natur ist. Richtig ist allerdings, dass es im Arbeitsverhältnisse wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen nicht nur um den Austausch von Leistungen (hier: Arbeit gegen Geld) geht, sondern der Arbeitgeber auch darauf vertrauen darf, dass seine Arbeitnehmer ihre vertraglichen Pflichten erfüllen, ohne dass sie minutiös überwacht werden (dürfen). Außerdem ist der Arbeitgeber zur Fürsorge gegenüber seinen Arbeitnehmern gesetzlich verpflichtet (vgl. § 618 BGB). Dementsprechend besteht auch ein – gesetzlich gewolltes – Näheverhältnis zwischen den Beteiligten.¹²

Bildhaft kann man sich das Vertrauenskapital als fiktives Konto vorstellen, auf das regelmäßig eingezahlt wird. Bei einem (Bagatell-)Delikt im Vertrauensbereich wäre somit zu fragen, ob das Konto leergeräumt wurde oder ob noch Restbeträge vorhanden sind. Allerdings funktioniert das tägliche Miteinander am Arbeitsplatz nicht dertart. **Vertrauen ist nicht quantifizierbar** und kann nicht einfach bei Bedarf wieder „abgehoben“ werden.¹³ Wenn

Vertrauen enttäuscht ist, ist es im Regelfall zugleich verbraucht. Gleichwohl mag im Einzelfall trotz eines sog. Bagatelldelikts noch ein **Vertrauensrest** beim Arbeitgeber vorhanden sein, der die **Basis für eine weitere Zusammenarbeit** bilden kann.

Beraterhinweis: Die nach Bagatelledelikten von Arbeitgebern im Kündigungsschutzprozess geäußerte „völlige Zerstörung jeglichen Vertrauens“ wird künftig einer umfassenden Prüfung auf „objektivierter Basis“ mittels des sog. „Vertrauenskapitals“ weichen müssen. ◀

IV. Ungeklärte Aspekte des sog. Vertrauenskapitals langjährig Beschäftigter

Der Begriff des „Vertrauenskapital“ langjährig Beschäftigter ist bisher noch **konturlos** und wirft eine Vielzahl von Fragen auf, deren Beantwortung durch das BAG nicht einmal ansatzweise vorgezeichnet ist.

1. Wie soll ein „objektiver Maßstab“ aussehen?

Es ist zunächst fraglich, wie ein „objektiver Maßstab“ für die Beurteilung des sog. „Vertrauenskapitals“ aussehen soll. Zwar ist richtig, dass es auf subjektive Empfindlichkeiten im Recht im Allgemeinen nicht ankommt. Aber ein Postulat, dass es nur auf den objektiven Standpunkt ankommt bzw. auf einen objektiven Betrachter, darf nur formuliert werden, wenn dieses auch umgesetzt werden kann. Objektiv bestimmbar sind lediglich die Dauer des Arbeitsverhältnisses¹⁴ sowie Art und Anzahl etwaiger Beanstandungen. Weitere objektive Kriterien sind nicht zu erkennen. Es wird also schwierig sein, die eigentlich subjektiv zu beurteilende Frage, ob ein Vertrauensverlust eingetreten ist, zu verobjektivieren.

2. Ab wann wird Vertrauenskapital aufgebaut?

Nach dem „Emmely-Urteil“ wird man wohl davon ausgehen müssen, dass Vertrauen **unmittelbar ab Vollzug des Arbeitsverhältnisses** und nicht bspw. erst nach Ablauf einer Probezeit aufgebaut wird. Allerdings ist fraglich, ob diese Bewertung auch für – zunächst – befristete Arbeitsverträge gilt. Hier ist für beide Seiten klar, dass das Arbeitsverhältnis enden wird, so dass möglicherweise

⁸ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (*Boudon*) = NJW 2011, 167 (Rz. 42).

⁹ LAG Berlin-Bdb. v. 24.2.2009 – 7 Sa 2017/08, LAGE § 626 BGB 2002, Rz. 59 = NZA-RR 2009, 188 ff.

¹⁰ Der Begriff stammt aus der Pressemitteilung Nr. 42/2010 des BAG v. 10.6.2010. In den Urteilsgründen verwendet das BAG hierfür die Synonyme „Vertrauensvorrat“ und „Maß an Vertrauen in die Korrektheit der Aufgabenerfüllung“. Gleichwohl wird, der übrigen Literatur folgend, der prägnante Begriff des Vertrauenskapitals aufgegriffen.

¹¹ BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (*Boudon*) = NJW 2011, 167 (171) (Rz. 47).

¹² Hierauf weist zutreffend *Birnbaum*, <http://www.tagesspiegel.de/meinung/emmely-oder-das-ende-der-verbindlichkeit/3680570.html>, hin.

¹³ *Weller*, GWR 2010, 560.

¹⁴ *Fischer*, jurisPR-ArbR 48/2010, Anm. 1, scheint den „messbaren Zeitablauf“ als entscheidendes Kriterium für die obj. Bestimmung des Vertrauenselements anzusehen.

se ein Aufbau von Vertrauen weder beabsichtigt ist noch tatsächlich umgesetzt wird.

3. Wann sind Arbeitnehmer langjährig beschäftigt?

Der Begriff „langjährig beschäftigt“ ist unbestimmt. Da aber Vertrauen nicht in kurzer Zeit, sondern erst langwierig erworben wird,¹⁵ wird man eine feste zeitliche Untergrenze nicht ziehen können. Anderenfalls wäre dies ein Signal an Arbeitnehmer, dass sie ab einer bestimmten **Mindestbeschäftigungsdauer** „einen Diebstahl frei“ hätten (Stichwort: „Langjährig Beschäftigte dürfen dies!“¹⁶). Es spricht einiges dafür, dass eine Beschäftigungsdauer von unter zehn Jahren wohl kaum ausreichend sein dürfte, ein **hinreichendes Vertrauenskapital** zu akkumulieren. Danach wird voraussichtlich die Grauzone beginnen, ab der man ernsthaft von einem Vertrauenskapital reden kann. Gleichwohl müssen die Gerichte im Einzelfall entscheiden, ob schon 15, 20 oder erst 25 Jahre ausreichend sind.

4. Was bedeutet „beanstandungsfrei“?

Im „Emmely-Fall“ war für das BAG entscheidend, dass von einem 31-jährigen, „**ohne rechtlich relevante Beanstandungen**“¹⁷ verlaufenen Arbeitsverhältnis auszugehen war. Was bedeutet dies konkret?

a) Verschiedene Formen von Beanstandungen

Zunächst ist **zweifelhaft**, ob „rechtlich relevante Beanstandungen“ **ausschließlich Abmahnungen** sind. Auch Ermahnungen oder sonstige arbeitgeberseitigen Anweisungen nach einem Fehlverhalten dürften rechtlich relevant sein, denn auch hiermit hätte der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit beanstandet.

Des Weiteren ist fraglich, ob **einschlägige Beanstandungen** vorliegen müssen.¹⁸ Die diesbezüglichen Ausführungen des BAG legen dies nahe, was jedoch nicht überzeugt. Es wäre ein seltsames Ergebnis, wenn tatsächlich erteilte, allerdings nicht einschlägige Abmahnungen im Ergebnis als unbeachtlich eingestuft würden, so dass (fiktiv) von einem ungestörten Verlauf des Arbeitsverhältnisses auszugehen wäre. Fraglich ist des Weiteren, ob es auf die Rechtmäßigkeit der Beanstandungen ankommt. Aber auch eine bspw. aus formellen Gründen rechtswidrige Abmahnung dürfte als relevante Beanstandung im Arbeitsverhältnis anzusehen sein.

b) Folgeprobleme bei Abmahnungen

Nach gefestigter Rechtsprechung kommt einer Abmahnung durch den Arbeitgeber u.a. eine Warnfunktion zu,

deren Wirkung im Laufe der Zeit abnimmt. Zwar gibt es keine feste Grenze, aber die Praxis behilft sich damit, dass nach rund **zwei bis drei Jahren** eine Abmahnung ihre **Warnfunktion** verliert. Sie darf dann bei einer Kündigung nicht mehr herangezogen werden und der Arbeitnehmer hat einen rein durch den Zeitablauf bedingten Anspruch auf Entfernung der Abmahnung, weil der Arbeitgeber kein schutzwürdiges Interesse mehr am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte¹⁹ hat.

Ist aber eine Abmahnung aus der Personalakte entfernt, hat es der Arbeitgeber bei einem späteren Kündigungsschutzstreit schwer darzulegen, dass das Arbeitsverhältnis nicht beanstandungsfrei verlief. Dies gilt umso mehr, als die Ausführungen des BAG nahelegen, dass aus der Personalakte entfernte Abmahnungen „per se“ dazu führen, dass von einem beanstandungsfreien Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Daher spricht einiges dafür, dass Abmahnungen, selbst wenn ihnen keine Warnfunktion mehr zukommt, **nicht mehr wegen Zeitablaufs aus der Personalakte zu entfernen** sind. Man wird einem Arbeitgeber, der zur Verhinderung eines größeren Vertrauenskapitals Abmahnungen nicht mehr aus Personalakten entfernt, insofern das berechtigte Interesse an deren Verbleib nicht absprechen können.²⁰

Beraterhinweis: Zum einen dürfte zukünftig der Personalakte und dem darin dokumentierten Verlauf des Arbeitsverhältnisses größeres Gewicht beizumessen sein. Zum anderen werden sich Arbeitgeber genauer überlegen müssen, ob sie sich bspw. im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs verpflichten, eine Abmahnung (vorzeitig) aus der Personalakte zu entfernen. ◀

5. Wie wird Vertrauenskapital aufgebaut?

Es ist ferner unklar, ob das „Vertrauenskapital“ werktäglich aufgebaut wird oder „Kapitalgutschriften“ monatlich, quartalsweise oder gar erst jährlich erfolgen. Dies hängt letztlich von der **Genauigkeit** ab, mit der man die **beanstandungsfreie Dauer** des Arbeitsverhältnisses beschreiben will. Wenn jedoch Arbeitgeber berechtigte Abmahnungen erteilt haben und es damit Beanstandungen im Arbeitsverhältnis gibt, ist zudem fraglich, ob sich dies mindernd auf das „Vertrauenskapital“ auswirkt. Nach dem vom BAG postulierten „objektiven Maßstab“ dürften die Abmahnungen allerdings für den Aufbau des Vertrauenskapitals irrelevant sein. Vielmehr dürfte diesem wegen der Beanstandungen lediglich keine so große Bedeutung beizumessen sein.

6. Verbrauch des Vertrauenskapitals durch einen Vorfall?

Da das sog. „Vertrauenskapital“ über Jahre und gegebenenfalls Jahrzehnte aufgebaut wird, wird man nach des Diktion des BAG kaum annehmen können, dass es bereits durch einen Vorfall unmittelbar verbraucht sein kann. Solange noch ein Vertrauensrest besteht, gilt das Abmahnungserfordernis. Im Grunde schränkt sich das BAG damit argumentativ selbst ein²¹ obwohl es doch gerade die Abwägung der gegenseitigen Interessen betont. Allerdings sollte zumindest ein **Bumerangeffekt** erwogen werden. Wenn langjährig loyale Arbeitnehmer, de-

15 So zutreffend Koch, BB 45/2010, „Die erste Seite“.

16 So provozierend Koch, BB 45/2010, „Die erste Seite“.

17 BAG v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, MDR 2011, 236 = ArbRB 2010, 328 (Boudon) = NJW 2011, 167 (171 = Rz. 49).

18 Diesen Aspekt reißt Lembke, DB 2010, Heft 47, M 1 an.

19 Vgl. BAG v. 27.11.2008 – 2 AZR 675/07, ArbRB 2009, 163 (Boudon) = AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 33.

20 Daher kommt es auf die von Ritter, DB 2011, 175 (176), kreierte „Vertrauensvorratsbestimmungsfunktion“ als mögliche vierte Funktion einer Abmahnung nicht an.

21 Vgl. Walker, NZA 2011, 1 (3).

Hinweise zu Klagen und Anträgen

nen gerade deswegen eine Vertrauensstellung eingeräumt oder besonderes Vertrauen entgegen gebracht wird,²² ein Bagatelldelikt begehen, könnte die Vertrauensgrundlage umso heftiger erschüttert und das sog. Vertrauenskapital umso schneller und möglicherweise schon beim ersten Mal aufgebraucht sein. Dann wirkt sich das über die Dauer der Betriebszugehörigkeit erworbene Vertrauenskapital nachteilig aus.²³

V. Ausblick

Durch die Akzentuierung des sog. Vertrauenskapitals hat das BAG die Bedeutung der Interessenabwägung (zweite Stufe) bei der Prüfung eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB erheblich aufgewertet. Die Wirksamkeit von außerordentlichen Kündigungen bei sog. Bagatelldelikten richtet sich zukünftig maßgeblich nach dem Ergebnis der Interessenabwägung.

Dementsprechend hat das Stichwort des sog. „Vertrauenskapitals“ schnell Eingang in Schriftsätze von Arbeitnehmervertretern gefunden, die nunmehr versuchen darzulegen, dass ein Arbeitsverhältnis vollkommen beanstandungsfrei verlaufen ist, so dass sich der kündigungsrelevante Sachverhalt als „einmaliger Ausrutscher“ bzw. als „verzeihlicher Fehlgriff“ darstellt. Arbeitgeber versuchen konsequenterweise, das Gegenteil darzulegen.

Allerdings hängt das Ergebnis der Interessenabwägung stark von der individuellen Bewertung und Gewichtung

der einschlägigen Aspekte durch die Instanzgerichte ab, wobei angesichts von § 563 Abs. 3 ZPO nicht auszuschließen ist, dass das BAG seine Interessenabwägung im Einzelfall wieder durchsetzt.²⁴

Beraterhinweis: Eine halbwegs verlässliche Bewertung der Wirksamkeit einer (außer-)ordentlichen Kündigung bei sog. Bagatelldelikten langjährig Beschäftigter ist derzeit kaum unmöglich. Es wird in den nächsten Jahren wegen des „Vertrauenskapitals“ zu divergierenden und einzelfallspezifischen Entscheidungen kommen, bis sich die Rspr. wieder eingependelt hat.²⁵ Ferner steht zu befürchten, dass das sog. Vertrauenskapital auch außerhalb des sog. Bagatellbereichs herangezogen wird.²⁶ ◀

22 Vgl. *Stoffels*, NJW 2011, 118 (120).

23 Vgl. BAG v. 16.10.1986 – 2 AZR 695/85, RzK I 6d Nr. 5, zitiert bei KR/*Fischermeier*, 9. Aufl. 2009, § 626 BGB Rz. 446.

24 Die damit verbundenen Fragen werden demnächst in einem Folgeaufsatz näher untersucht.

25 Diese Bewertung teilen *Fandel/Kock*, BB 2011, 61 (62).

26 So hat das LAG Berlin (v. 16.9.2010 – 2 Sa 509/10, *juris*) allein auf Basis der Pressemitteilung Nr. 42/2010 des BAG (!) die fristlose Kündigung einer rund 40 Jahre beschäftigten Mitarbeiterin, die einen Betrug i.H.v. 165 € begangen hat, angesichts deren Vertrauenskapital für unwirksam erklärt. Dass die Schadenssumme außerhalb des Bagatellbereichs liegt, wird nicht erwogen; vgl. *Walker*, NZA 2011, 1 (4).

Impressum

Der Arbeits-Rechts-Berater (ArbRB)

Redaktion: Petra Rülfig (verantw. Redakteurin) · Adriane Braun (Redaktionsassistentin), Anschrift des Verlags, Tel. 0221/93738-186 (Redaktions-Sekr.) bzw. -499 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 0221/93738-906 (Redaktions-Sekr.) bzw. -943 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), E-Mail: arbeitsrechtsberater@otto-schmidt.de, Internet: www.arbrb.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 511026, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Anzeigenleitung: Thorsten Deuse, Tel. 02 21/9 37 38-4 23, Fax 02 21/9 37 38-9 42, E-Mail: anzeigen@otto-schmidt.de, gültig ist die Preisliste 9 vom 1.1.2011.

Satz: Boyens Offset GmbH & Co. KG, Wulf-Isebrand-Platz 1–3, 25746 Heide

Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, 57537 Wissen

Erscheinungsweise: Jeweils zum 20. eines Monats.

Bezugspreis: Jahresabonnement 144,- €, Einzelheft 14,40 €. Alle Preise verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig).

Bestellungen bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahreschluss.

ISSN 1618-0143

Hinweis für den Leser: Der Zeitschrifteninhalt wird nach bestem Wissen erstellt, Haftung und Gewähr müssen jedoch wegen der Komplexität und des ständigen Wandels der Rechtslage ausgeschlossen werden.

Leitsätze des Bearbeiters bleiben ohne Kennzeichnung. Soweit ein amtlicher Leitsatz abgedruckt wird, ist er als solcher bezeichnet.

Urheber- und Verlagsrechte: Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Entscheidungsbearbeitung) gehen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

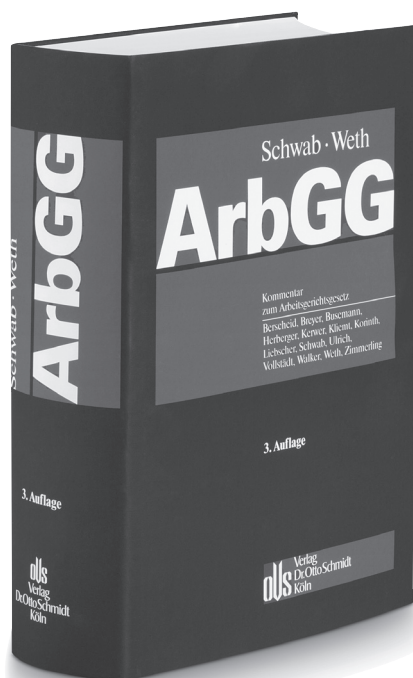
Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

Es ist wieder angerichtet.

Der „Schwab/Weth“ hat sich längst als unverzichtbarer Praxiskommentar seinen Platz auf den Schreibtischen von Anwälten und Richtern erobert. Und das aus einer ganzen Reihe von guten Gründen.

Das Werk gibt Ihnen neben der detaillierten Erläuterung des Gesetzes vor allem bei strittigen Fragen überzeugende Argumente an die Hand. Seine besondere Praxisnähe, gepaart mit wissenschaftlicher Tiefe, zeigt selbst in verfahrenen Situationen innovative Lösungswege auf. Und: Viele praktische Hinweise und Tipps unterstützen Sie bei der täglichen Arbeit.

Als zusätzliches Plus machen die renommierten Autoren Sie in separaten, systematischen Beiträgen auch mit den Verfahren außerhalb des normalen arbeitsgerichtlichen Instanzenzuges vertraut: Arbeitsrechtliche Verfahren vor dem BVerfG und vor dem EuGH sowie Einigungsstellenverfahren.



Schwab/Weth (Hrsg.) **Arbeitsgerichtsgesetz**. Kommentar. Herausgegeben von Präs. am LAG Dr. Norbert Schwab und Prof. Dr. Stephan Weth. Bearbeitet von VorsRi am LAG a.D. Ernst-Dieter Bierscheid, Ass. iur. Thomas Breyer, VorsRi am LAG Andreas Busemann, Prof. Dr. Maximilian Herberger, Prof. Dr. Christoph Kerwer, RA Prof. Dr. Micheal Kliemt, Ri am ArbG Michael H. Korinth, Riin am ArbG Dr. Brigitta Liescher, Präs. am LAG Dr. Norbert Schwab, Ri am ArbG Dr. Christoph Ulrich, RA Dr. Oliver Vollstädt, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker, Prof. Dr. Stephan Weth, RA Dr. Wolfgang Zimmerling. 3. neu bearbeitete Auflage 2011, 1.737 Seiten, Lexikonformat, geb. 139,- €. ISBN 978-3-504-42678-1.

Neben zahlreichen neuen Entscheidungen insbesondere von BGH und BAG zu den zivilen Prozessordnungen hat die Vielzahl von Gesetzesänderungen im arbeitsrechtlichen Verfahrensrecht die Überarbeitung des Werkes erforderlich gemacht. Zum Beispiel das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, das Gesetz zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes, das Gesetz zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Forderungsdurchsetzung und Zustellung sowie das Gesetz zur Verbesserung der Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen.

Kurz: Mit dem neuen ArbGG liegt dem Nutzer eine topaktuelle Handlungsanleitung mit Rechtsstand von September 2010 vor.

Es ist wieder angerichtet. Schwab/Weth, **ArbGG**. Sie möchten erstmal Probe lesen? Schlagen Sie nach unter www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Schwab/Weth (Hrsg.) **ArbGG** 3. neu bearbeitete Auflage, 1.737 Seiten, Lexikonformat, geb. 139,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42678-1.

Name	Straße	PLZ	Ort
Telefon	Fax	Datum	Unterschrift

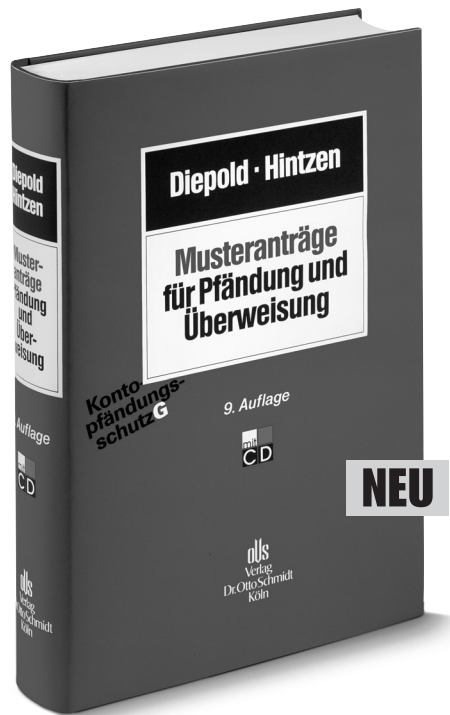
01/11

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben.

Hält man den Vollstreckungstitel endlich in Händen, heißt es: schnell sein! – soll die Realisierung des titulierten Anspruchs am Ende nicht doch noch ins Leere laufen. Wie Sie und Ihre Mitarbeiter das am besten anstellen, steht in diesem Buch.

Nach einer Einführung in das Vollstreckungsverfahren nach der ZPO und detailliert erläuterten Mustern für Anträge und Erklärungen, die der Pfändung regelmäßig vorausgehen, finden Sie über 200 Muster und Formulierungsvorschläge für praktisch jeden denkbaren Fall der Forderungs- und Rechtspfändung. Alphabetisch geordnet, ausführlich und verständlich



Diepold/Hintzen **Musteranträge für Pfändung und Überweisung** Begründet von Kurt Gross, bis zur 6. Auflage fortgeführt von RA Dr. Hugo Diepold. Von Dipl.-Rpfil. Prof. Udo Hintzen und Richter am OLG Hans-Joachim Wolf. 9., komplett überarbeitete Auflage 2011, 569 Seiten Lexikonformat, gbd., inkl. CD 79,80 €. ISBN 978-3-504-47130-9

erläutert und selbstverständlich auf allerneuestem Stand. Mit Hinweisen auf Besonderheiten, die richtige Vorgehensweise, auf häufig gemachte Fehler und Haftungsfallen.

Ein Buch von Praktikern für Praktiker, ganz aus der Sicht des vollstreckenden Gläubigers geschrieben. Und für die direkte Weiterverarbeitung am PC übernehmen Sie die passenden Muster einfach von der beiliegenden CD.

Jetzt sind Sie dran. Bestellen Sie die neue Auflage ohne Zeitverlust. Am besten sofort. Sie wissen ja: Wer zu spät kommt, den bestraft das Leben. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Diepold/Hintzen **Musteranträge für Pfändung und Überweisung** 9. Auflage, gbd., inkl. CD 79,80 € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-47130-9

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 12/10
Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Verbessern Sie Ihre Arbeitsbedingungen.

Dieser Kommentar bringt alles mit, was der Arbeitsrechtler heute braucht: Das gesamte Arbeitsrecht in einem Band – materielles Recht und Verfahrensrecht.

Rund 40 einzelne Gesetze werden ganz oder in Auszügen – je nach ihrer arbeitsrechtlichen Relevanz – kommentiert. Erläutert werden auch die wichtigen Nebengebiete an den Schnittstellen zum klassischen Arbeitsrecht: Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und die Bezüge zum internationalen, vor allem zum Europarecht. Eine komplette kleine Handbibliothek.

Die Autoren: vom Feinsten.
Ihre Erläuterungen entbehren



Henssler Willemsen Kalb (Hrsg.) Arbeitsrecht Kommentar
Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler, RA Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen und Vizepräsident des LAG Köln Dr. Heinz-Jürgen Kalb. Bearbeitet von 39 angesehenen Autoren aus Anwaltschaft, Wissenschaft und Gerichtspraxis. 4., neu bearbeitete Auflage 2010, 3.273 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,- €. ISBN 978-3-504-42661-3

nicht der nötigen wissenschaftlichen Tiefe und kommen ausgewogen aus allen praxisrelevanten Perspektiven: Anwaltschaft, Wissenschaft, Gerichtspraxis. Alles auf dem neuesten Stand natürlich.

Und weil die Herausgeber ein feines Gespür dafür haben, was bei der praktischen Arbeit erforderlich und sinnvoll ist, geben sie Ihnen auch Beispiele, Checklisten, Prüfschemata, Stichwort-ABCs, Formulierungsvorschläge und tabellarische Übersichten an die Hand.

Verbessern Sie Ihre Arbeitsbedingungen. Mit dem Arbeitsrecht Kommentar von Henssler/Willemsen/Kalb. Noch eine Leseprobe?

www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen **(02 21) 9 37 38-9 43** ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht **Henssler Willemsen Kalb (Hrsg.) Arbeitsrecht Kommentar** 4. Auflage, gbd. 149,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-42661-3

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 12/10

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Andere Länder, andere Sitten.



Wer wissen will, worin sich das Arbeitsrecht der europäischen Nachbarn von unserem unterscheidet, befragt am besten dieses Buch.

26 Länderberichte ermöglichen Ihnen den einzigartigen Vergleich der arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen in fast allen EU-Mitgliedstaaten und bei unseren wichtigsten europäischen Handelspartnern, um Ihre Mandanten vor bösen Überraschungen an einem fremden Standort zu bewahren.

Henssler/Braun (Hrsg.), *Arbeitsrecht in Europa*. Kompakt, umfassend, aktuell. Schauen sie mal rein und bestellen Sie's direkt bei www.otto-schmidt.de



Henssler/Braun (Hrsg.) **Arbeitsrecht in Europa** Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Henssler und RA Axel Braun. Bearbeitet von einem internationalen Autorenteam aus Wissenschaft und Praxis. 3., neu bearbeitete Auflage 2011, rd. 2.000 Seiten Lexikonformat, gbd. 169,- €. Erscheint im Februar. ISBN 978-3-504-42681-1