



Die Präsidentin des  
**Bundesarbeitsgerichts**

---

# *Jahresbericht*

# *2005*

---

Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Postanschrift: 99113 Erfurt

Tel. (03 61) 26 36 - 14 28  
Fax (03 61) 26 36 - 20 00  
Internet: [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)  
E-Mail: [bag@bundesarbeitsgericht.de](mailto:bag@bundesarbeitsgericht.de)

**Präsidentin  
des Bundesarbeitsgerichts**

Ingrid Schmidt

**Vizepräsident  
des Bundesarbeitsgerichts**

Hans-Jürgen Dörner

**Pressesprecher**Richter am Bundesarbeitsgericht  
Burghard Kreft  
Telefon: (0361) 2636 - 1311**Vertreter**Richter am Bundesarbeitsgericht  
Christoph Schmitz-Scholemann  
Telefon: (0361) 2636-1313Richterin am Bundesarbeitsgericht  
Birgit Reinecke  
Telefon: (0361) 2636 - 1331**Hausanschrift**Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt**Postanschrift**Bundesarbeitsgericht  
99113 ErfurtTelefon: (0361) 2636 - 0  
Telefax: (0361) 2636 - 2000**Internet:**<http://www.bundesarbeitsgericht.de>**E-Mail:**[bag@bundesarbeitsgericht.de](mailto:bag@bundesarbeitsgericht.de)

<b>A. Geschäftsentwicklung</b> .....	<b>4</b>
<b>B. Rechtsprechungsübersicht</b> .....	<b>11</b>
<b>1. Abschnitt   <i>Recht des Arbeitsverhältnisses</i></b> .....	<b>15</b>
<b>I.   Arbeitnehmerbegriff und arbeitnehmerähnliche Personen</b> .....	<b>15</b>
<b>II.   Arbeitsbedingungen</b> .....	<b>17</b>
1.   Arbeitszeit .....	17
2.   Anspruch auf Teilzeitarbeit .....	18
3.   Befristung von Einzelarbeitsbedingungen.....	19
<b>III.   Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis</b> .....	<b>21</b>
1.   Vergütung .....	21
2.   Urlaub .....	35
3.   Altersteilzeit.....	37
4.   Vertragsstrafe .....	39
5.   Schadensersatz und Haftung.....	40
6.   Ausgleichsquittung.....	43
7.   Zeugnis .....	43
<b>IV.   Schutz vor Benachteiligung</b> .....	<b>44</b>
1.   Benachteiligung wegen des Geschlechts .....	44
2.   Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung.....	45
<b>V.   Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	<b>48</b>
1.   Befristung.....	48
2.   Kündigung.....	50
3.   Freiwillige Abfindung und Gleichbehandlung.....	64
4.   Tarifliche Entlassungsentschädigung .....	65
<b>VI.   Betriebsübergang</b> .....	<b>66</b>
<b>VII.   Betriebliche Altersversorgung</b> .....	<b>71</b>
<b>VIII.   Grenzüberschreitender Arbeitnehmereinsatz</b> .....	<b>77</b>
<b>2. Abschnitt   <i>Kollektives Arbeitsrecht</i></b> .....	<b>80</b>
<b>I.   Vereinigungsfreiheit</b> .....	<b>80</b>
<b>II.   Arbeitskampfrecht</b> .....	<b>81</b>
<b>III.   Tarifvertragsrecht</b> .....	<b>82</b>

---

1. Tarifzuständigkeit.....	82
2. Tarifkonkurrenz.....	83
3. Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien.....	84
<b>IV. Betriebsverfassungsrecht.....</b>	<b>85</b>
1. Betriebsratswahl.....	85
2. Sperrwirkung eines Tarifvertrags.....	88
3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats.....	90
4. Kosten der Betriebsratstätigkeit.....	95
<b>3. Abschnitt Prozessrecht.....</b>	<b>96</b>
I. Rechtsweg.....	96
II. Stufenklage.....	97
III. Prozesskostenhilfe.....	98
<b>C. Über das Bundesarbeitsgericht.....</b>	<b>99</b>
I. Bibliothek.....	99
II. Dokumentation.....	100
III. Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.....	102
IV. Personalien.....	111
<b>D. Tabellarischer Anhang.....</b>	<b>112</b>

## **Der Jahresbericht gibt einen Überblick über die Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts im Geschäftsjahr 2005**

Im Teil A wird die Geschäftsentwicklung anhand von statistischem Zahlenmaterial dargestellt. Teil B enthält eine Auswahl von Entscheidungen, die nach Auffassung der zehn Senate des Bundesarbeitsgerichts für die arbeitsrechtliche Praxis bedeutsam sind. Im Teil C wird über die Bibliothek, über die Dokumentationsstelle und über die Presse- und Öffentlichkeitsarbeit sowie über Personalien informiert. Tabellarische Angaben sind in Teil D des Berichts zusammengefasst.

### **A. Geschäftsentwicklung**

1. Die Geschäftslage des Bundesarbeitsgerichts ist weiterhin ausgeglichen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer beim Bundesarbeitsgericht betrug im abgelaufenen Geschäftsjahr sechs Monate bzw. in Kündigungssachen fünf Monate.

2. Insgesamt gingen im Geschäftsjahr 2005 2.294 Sachen ein (Vorjahr 1.908). Davon waren 909 (Vorjahr 710) oder 30,4 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1271 (Vorjahr 1.102) oder 42,5 % Nichtzulassungsbeschwerden. Hinzu kamen 81 (Vorjahr 76) Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 14 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie 19 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts. Die Eingänge bei den Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren haben also um 199 Verfahren (28 %) zugenommen, bei den Nichtzulassungsbeschwerden um 169 Verfahren (15,3 %) und bei den Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren gegenüber dem Vorjahr um 5 Verfahren (6,6 %) zugenommen.

3. Im Jahr 2005 sind 2.057 Sachen erledigt worden, also 201 Sachen mehr als im Jahr 2004 (1.856 Sachen). Es handelte sich um 733 (Vorjahr 737) oder 35,6 % Revisions- und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.225 (Vorjahr 1.040) oder 59,5 % Nichtzulassungsbeschwerden. Daneben wurden noch 70 Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 11 Anträge auf Bewilligung von Pro-

zesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie 18 Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts erledigt.

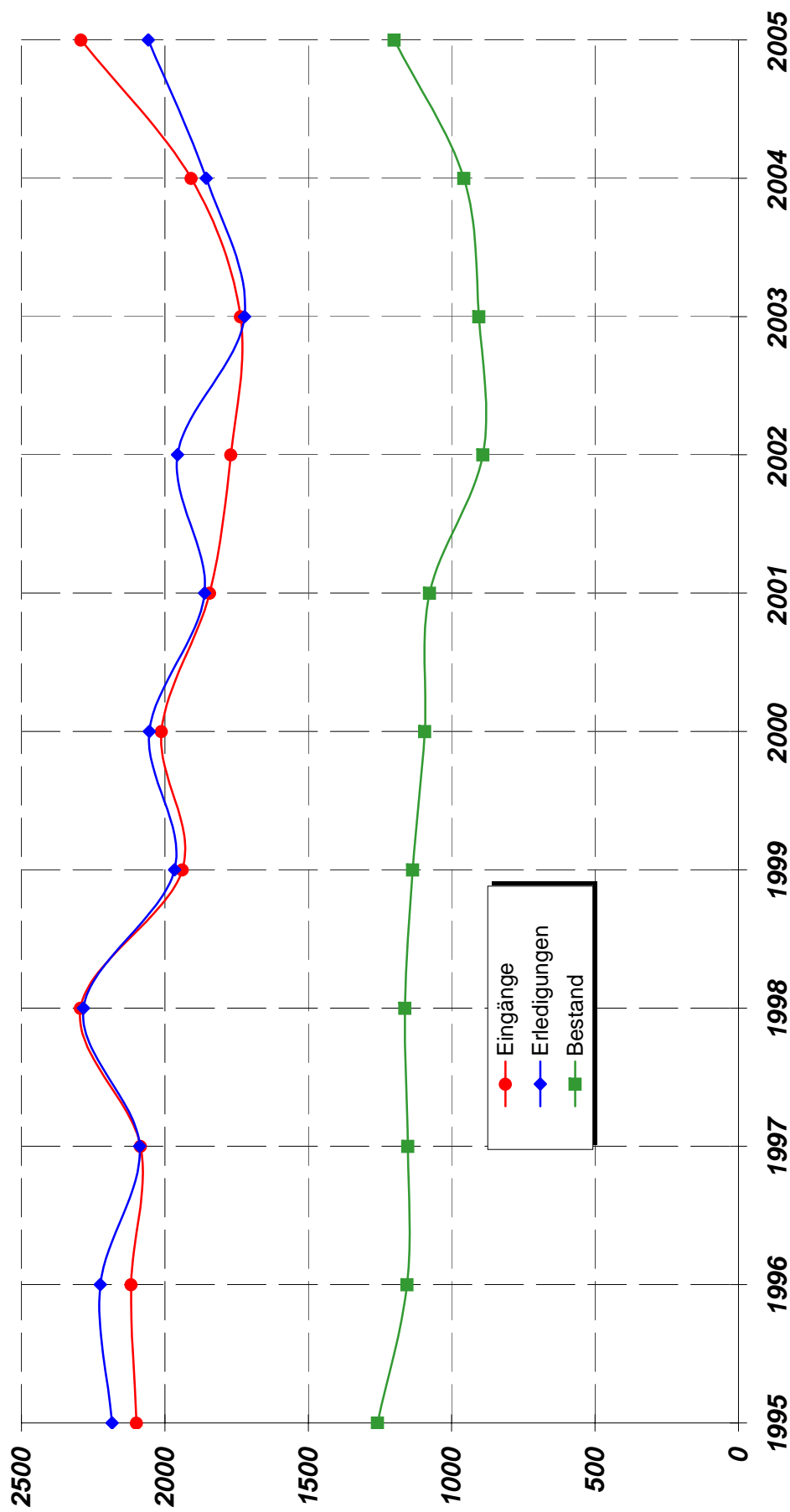
Von den erledigten Nichtzulassungsbeschwerden hatten 89 Erfolg, das entspricht einer Erfolgsquote von 7,3 % gegenüber 3,7 % (38 Sachen) im Vorjahr. Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 1196 Sachen (Vorjahr: 957; 2003: 905; 2002: 891; 2001: 1.077; 2000: 1.094; 1999: 1.136; 1998: 1.163; 1997: 1.153); davon sind 762 Revisionen (Vorjahr 593).

4. Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts und dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes liegen derzeit keine Sachen vor. Gegen verschiedene Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind beim Bundesverfassungsgericht Beschwerden anhängig. Beim Europäischen Gerichtshof ist kein Verfahren anhängig.

## Zuordnung nach Rechtsgebieten:

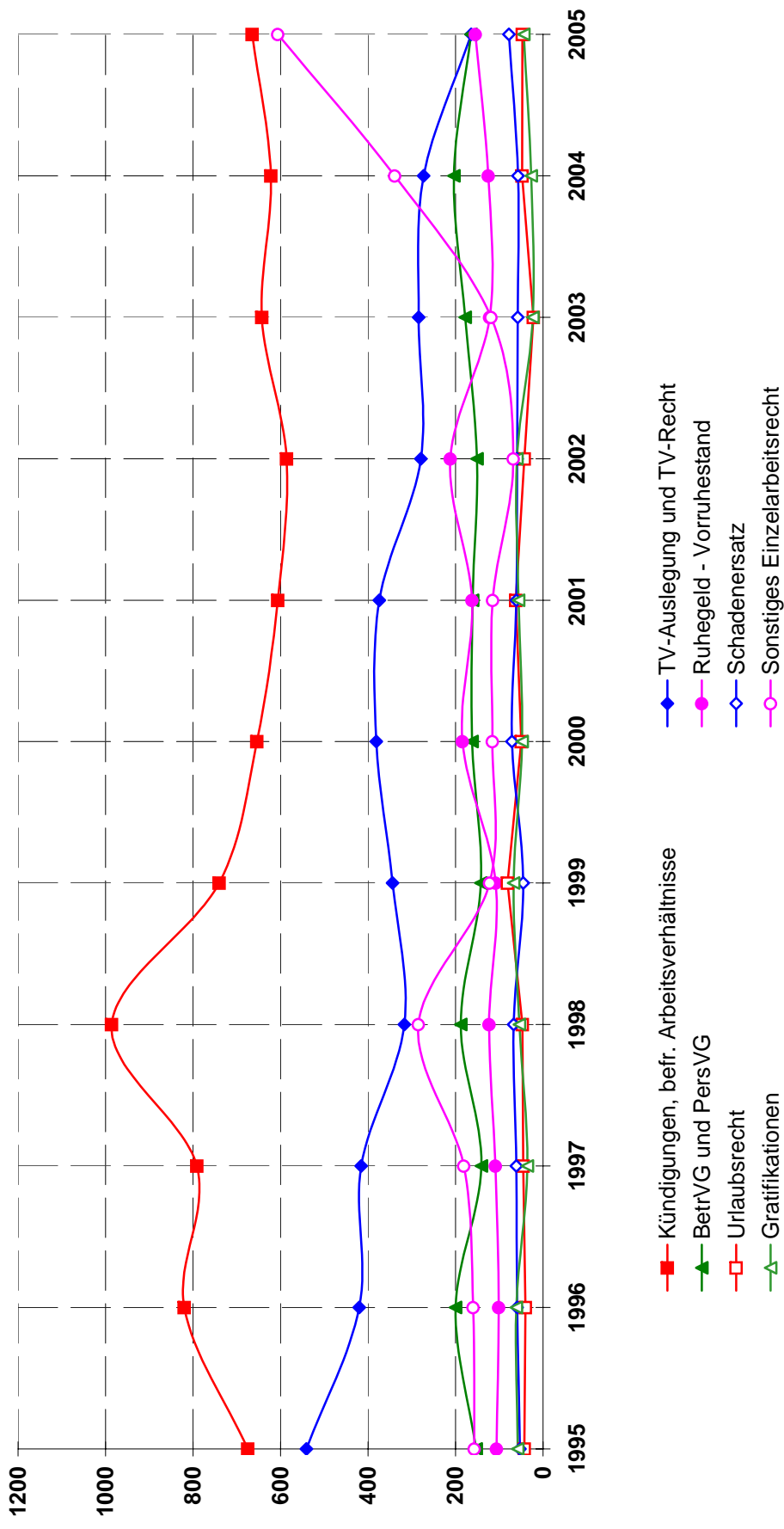
	<b>Eingänge</b> 2.294	<b>Erledigungen</b> 2.057	<b>Bestände</b> 1.200
Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Kündigungen, befristete Arbeitsverhältnisse; ohne Kündigungen nach § 613 a BGB)	24,34 % (558)	20,31 % (418)	25,33 % (304)
Entgelt für geleistete Arbeit	9,90 % (227)	12,44 % (256)	3,67 % (44)
Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB (einschl. Kündigung)	7,50 % (172)	6,37 % (131)	7,58 % (91)
Betriebsverfassung und Personalvertretung	7,20 % (165)	8,02 % (165)	7,75 % (93)
Tarifauslegung und Tarifvertragsrecht	7,16 % (164)	9,96 % (205)	9,5 % (114)
Ruhegeld (einschl. Vorruhestand)	6,76 % (155)	4,81 % (99)	10,92 % (131)
Schadensersatz	3,40 % (78)	3,45 % (71)	2,08 % (25)
Urlaubsrecht	2,05 % (47)	2,09 % (43)	2,75 % (33)
Gratifikation	1,92 % (44)	1,80 % (37)	1,25 % (15)
Entgeltfortzahlung bei Krankheit	0,74 % (17)	0,63 % (13)	0,5 % (6)
Sonstige	29,01 % (667)	30,13 % (619)	28,67 % (344)

# Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht

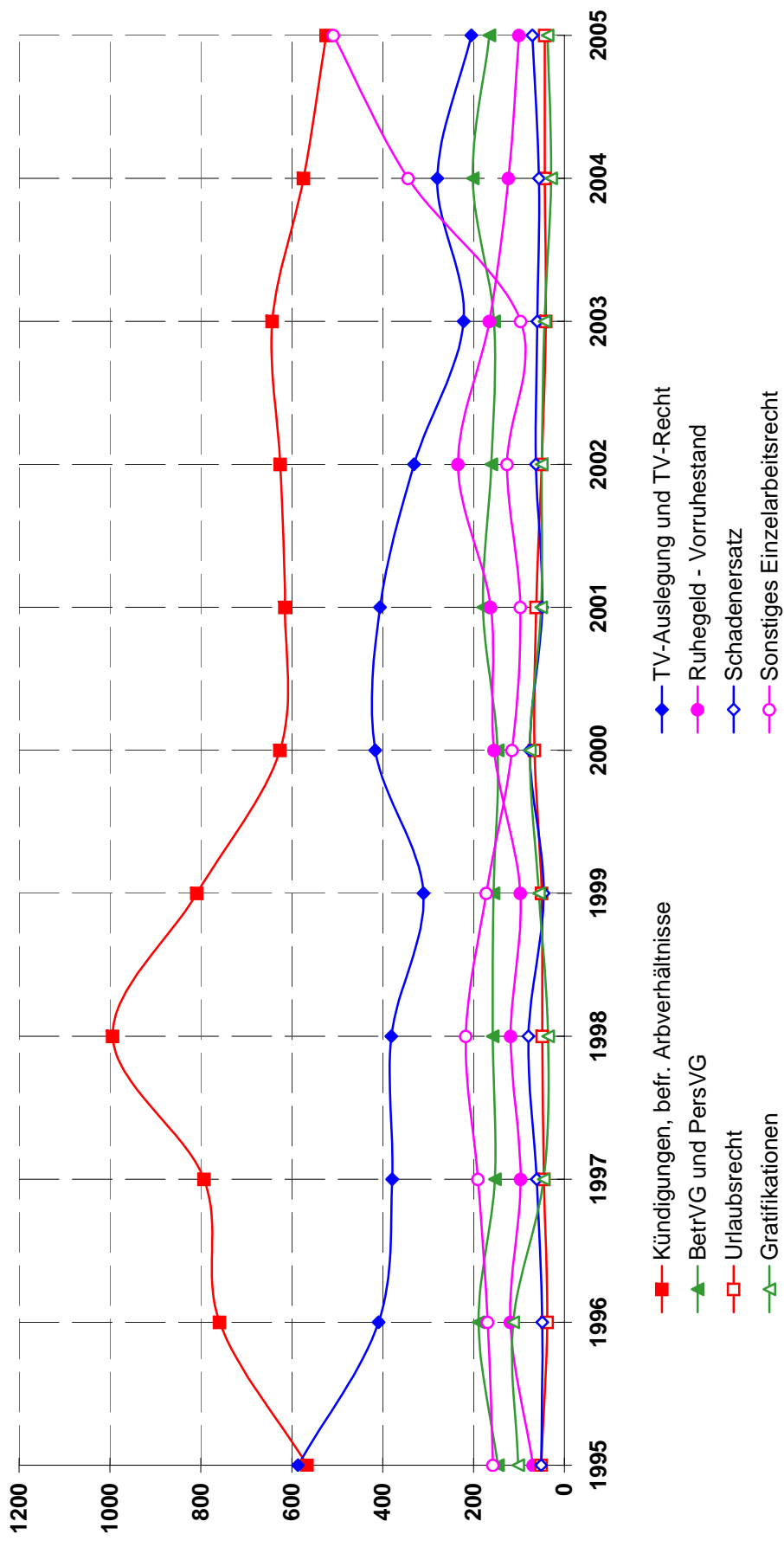




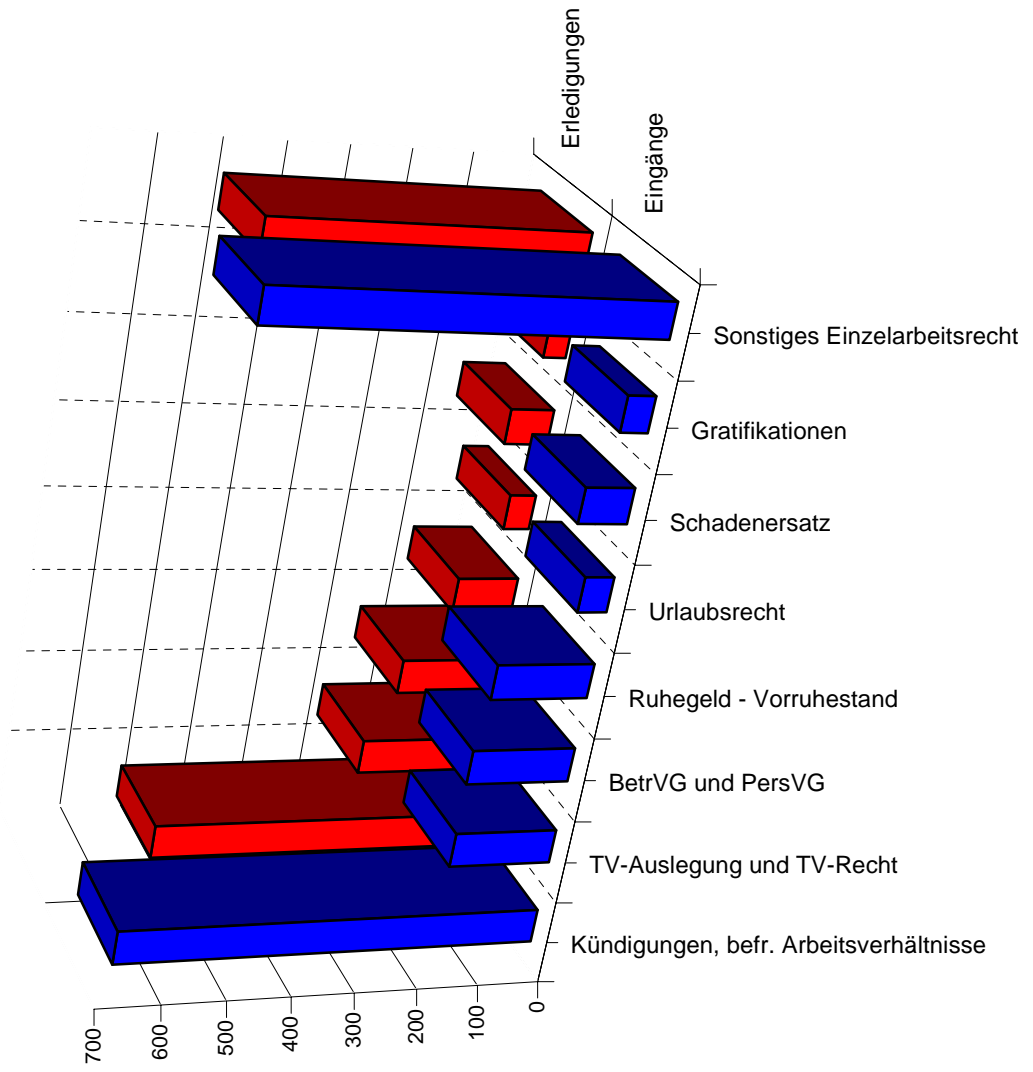
# Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht Aufteilung nach Hauptrechtsgebieten Eingänge



# Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht Aufteilung nach Hauptrechtsgebieten Erledigungen



# Eingänge und Erledigungen der Hauptrechtsgebiete 2005



## B. Rechtsprechungsübersicht

In den Jahresbericht wurden folgende Entscheidungen aufgenommen:

### 1. Entscheidungen des Ersten Senats:

Urteil vom 25. Januar 2005 - 1 AZR 657/03 -  
Beschluss vom 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 -  
Beschluss vom 25. Januar 2005 - 1 ABR 59/03 -  
Beschluss vom 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 -  
Beschluss vom 26. April 2005 - 1 ABR 1/04 -  
Urteil vom 31. Mai 2005 - 1 AZR 141/04 -  
Urteil vom 31. Mai 2005 - 1 AZR 254/04 -  
Beschluss vom 28. Juni 2005 - 1 ABR 26/04 -  
Urteil vom 26. Juli 2005 - 1 AZR 133/04 -  
Beschluss vom 27. September 2005 - 1 ABR 41/04 -

### 2. Entscheidungen des Zweiten Senats:

Urteil vom 20. Januar 2005 - 2 AZR 134/04 -  
Urteil vom 24. Februar 2005 - 2 AZR 211/04 -  
Urteil vom 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 -  
Urteil vom 17. März 2005 - 2 AZR 275/04 -  
Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 241/04 -  
Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 -  
Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 162/04 -  
Urteil vom 21. April 2005 - 2 AZR 255/04 -  
Urteil vom 12. Mai 2005 - 2 AZR 159/04 -  
Urteil vom 2. Juni 2005 - 2 AZR 158/04 -  
Urteil vom 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 -  
Urteil vom 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 -  
Urteil vom 22. September 2005 - 2 AZR 366/04 -  
Urteil vom 22. September 2005 - 2 AZR 208/05 -

### **3. Entscheidungen des Dritten Senats:**

Beschluss vom 1. November 2004 - 3 AZB 10/04 -  
Beschluss vom 18. Januar 2005 - 3 ABR 21/04 -  
Urteil vom 15. Februar 2005 - 3 AZR 298/04 -  
Beschluss vom 22. Februar 2005 - 3 AZR 499/03 -  
Urteil vom 19. April 2005 - 3 AZR 469/04 -  
Urteil vom 19. Mai 2005 - 3 AZR 649/03 -  
Beschluss vom 18. Juli 2005 - 3 AZB 65/03 -  
Beschluss vom 19. Juli 2005 - 3 AZR 502/04 -  
Urteil vom 28. Juli 2005 - 3 AZR 14/05 -  
Urteil vom 28. Juli 2005 - 3 AZR 457/04 -  
Urteil vom 18. Oktober 2005 - 3 AZR 506/04 -

### **4. Entscheidungen des Vierten Senats:**

Urteil vom 26. Januar 2005 - 4 AZR 171/03 -  
Urteil vom 26. Januar 2005 - 4 AZR 6/04 -  
Urteil vom 23. Februar 2005 - 4 AZR 139/04 -  
Urteil vom 23. März 2005 - 4 AZR 203/04 -  
Urteil vom 20. April 2005 - 4 AZR 292/04 -  
Urteil vom 11. Mai 2005 - 4 AZR 315/04 -  
Urteil vom 8. Juni 2005 - 4 AZR 396/04 -  
Urteil vom 8. Juni 2005 - 4 AZR 406/04 -  
Urteil vom 6. Juli 2005 - 4 AZR 27/04 -  
Urteil vom 14. Dezember 2005 - 4 AZR 474/04 -

### **5. Entscheidungen des Fünften Senats:**

Urteil vom 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 -  
Urteil vom 12. Januar 2005 - 5 AZR 617/01 -  
Urteil vom 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 -  
Urteil vom 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 -  
Urteil vom 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 -  
Urteil vom 13. Juli 2005 - 5 AZR 578/04 -  
Urteil vom 31. August 2005 - 5 AZR 517/04 -  
Urteil vom 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 -  
Urteil vom 28. September 2005 - 5 AZR 52/05 -  
Beschluss vom 5. Oktober 2005 - 5 AZB 27/05 -

**6. Entscheidungen des Sechsten Senats:**

Urteil vom 10. März 2005 - 6 AZR 317/01 -  
Urteil vom 12. Mai 2005 - 6 AZR 311/04 -  
Urteil vom 16. Juni 2005 - 6 AZR 476/04 -  
Urteil vom 21. Juli 2005 - 6 AZR 441/04 -  
Urteil vom 21. Juli 2005 - 6 AZR 592/04 -  
Urteil vom 22. September 2005 - 6 AZR 526/04 -  
Urteil vom 22. September 2005 - 6 AZR 579/04 -  
Urteil vom 15. Dezember 2005 - 6 AZR 227/05 -

**7. Entscheidungen des Siebten Senats:**

Beschluss vom 13. Oktober 2004 - 7 ABR 5/04 -  
Beschluss vom 13. Oktober 2004 - 7 ABR 6/04 -  
Urteil vom 10. November 2004 - 7 AZR 101/04 -  
Beschluss vom 10. November 2004 - 7 ABR 12/04 -  
Urteil vom 1. Dezember 2004 - 7 AZR 198/04 -  
Beschluss vom 16. März 2005 - 7 ABR 40/04 -  
Beschluss vom 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 -  
Urteil vom 27. Juli 2005 - 7 AZR 486/04 -  
Urteil vom 27. Juli 2005 - 7 AZR 443/04 -  
Beschluss vom 17. August 2005 - 7 ABR 56/04 -

**8. Entscheidungen des Achten Senats:**

Urteil vom 21. April 2005 - 8 AZR 425/04 -  
Urteil vom 24. Mai 2005 - 8 AZR 246/04 -  
Urteil vom 24. Mai 2005 - 8 AZR 398/04 -  
Urteil vom 14. Juli 2005 - 8 AZR 392/04 -  
Urteil vom 18. August 2005 - 8 AZR 523/04 -  
Urteil vom 18. August 2005 - 8 AZR 65/05 -  
Urteil vom 29. September 2005 - 8 AZR 571/04 -  
Urteil vom 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 -  
Urteil vom 27. Oktober 2005 - 8 AZR 568/04 -  
Urteil vom 24. November 2005 - 8 AZR 1/05 -

**9. Entscheidungen des Neunten Senats:**

Urteil vom 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 -  
Urteil vom 15. Februar 2005 - 9 AZR 51/04 -  
Urteil vom 15. Februar 2005 - 9 AZR 635/03 -  
Urteil vom 15. März 2005 - 9 AZR 104/04 -  
Urteil vom 15. März 2005 - 9 AZR 143/04 -  
Urteil vom 19. April 2005 - 9 AZR 233/04 -  
Urteil vom 10. Mai 2005 - 9 AZR 261/04 -  
Urteil vom 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 -  
Urteil vom 10. Mai 2005 - 9 AZR 251/04 -  
Urteil vom 16. August 2005 - 9 AZR 378/04 -  
Urteil vom 4. Oktober 2005 - 9 AZR 598/04 -  
Urteil vom 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 -

**10. Entscheidungen des Zehnten Senats:**

Urteil vom 24. November 2004 - 10 AZR 169/04 -  
Urteil vom 24. November 2004 - 10 AZR 202/04 -  
Urteil vom 26. Januar 2005 - 10 AZR 331/04 -  
Urteil vom 23. Februar 2005 - 10 AZR 602/03 -  
Urteil vom 12. Oktober 2005 - 10 AZR 640/04 -

# **1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses**

## **I. Arbeitnehmerbegriff und arbeitnehmerähnliche Personen**

Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften finden grundsätzlich nur auf Arbeitnehmer Anwendung. Arbeitnehmer ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Die vertraglich geschuldete Leistung ist im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Selbständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Es sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen<sup>1</sup>.

In einer Entscheidung vom 25. Mai 2005 (- 5 AZR 347/04 -)<sup>2</sup> hat der Fünfte Senat die Arbeitnehmereigenschaft der Leiterin einer Außenwohngruppe zur Betreuung Minderjähriger verneint. Die von der Leiterin ausgeübte Tätigkeit war im Wesentlichen frei von Weisungen ihres Vertragspartners, der Freien und Hansestadt Hamburg. Sie war an kein von dieser vorgegebenes Betreuungskonzept gebunden. Ihre Arbeitszeit konnte sie im Wesentlichen frei gestalten. Einem Weisungsrecht in Bezug auf die Wahl des Ortes der Außenwohngruppe unterlag sie nicht. Soweit sie nach dem Dienstleistungsvertrag verpflichtet war, Weisungen der Aufsichtsbehörde zu erfüllen, folgt hieraus keine Weisungsabhängigkeit. Die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Anordnungen der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen, trifft jedermann. Sie ist kein Merk-

---

<sup>1</sup> Vgl. nur BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/89 - BAGE 93,218

<sup>2</sup> AP Nr 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit (demnächst); Die Beiträge Beilage 2005, 362-370; BAGReport 2005, 361-364; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 137/05 (L1); jurisPR-ArbR 46/2005 Anm 2 (Anm. Oesterle, Harald); EzA-SD 2005, Nr 22, 7 (L1, red.L1); DB 2005, 2529 (red.L1); ZMV 2005, 207 (K); FA 2005, 251 (K); RzK I 4a Nr 172 (K); ArbuR 2005, 462 (K)



mal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit<sup>3</sup>. Unerheblich für den Arbeitnehmerstatus ist, dass die Leiterin der Außenwohngruppe kaum wirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten besaß und keine unternehmerischen Risiken zu tragen hatte. Die sich hieraus möglicherweise ergebende wirtschaftliche Abhängigkeit lässt sie allenfalls als arbeitnehmerähnliche Person erscheinen.

Auf arbeitnehmerähnliche Personen finden die Vorschriften des Arbeitsrechts Anwendung, wenn diese das vorschreiben. § 12 a TVG bestimmt, dass auch für den Kreis der arbeitnehmerähnlichen Personen Tarifverträge abgeschlossen werden können. In § 12 a Abs. 1 Nr. 1 Eingangssatz TVG definiert der Gesetzgeber arbeitnehmerähnliche Personen als Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind. Nach einem Urteil des Neunten Senats vom 15. Februar 2005 (- 9 AZR 51/04 -)<sup>4</sup> sind die Tarifvertragsparteien befugt, den Geltungsbereich von Tarifverträgen für arbeitnehmerähnliche Personen selbst zu bestimmen, so lange sie sich am Leitbild des § 12 a TVG orientieren. Der Gesetzgeber hat den Kreis der arbeitnehmerähnlichen Personen durch unbestimmte Rechtsbegriffe definiert. Es obliegt den Tarifvertragsparteien, diese unbestimmten Rechtsbegriffe auszufüllen. Hierbei kommt ihnen – wie auch sonst bei der Rechtsetzung - ein Beurteilungsspielraum zu. In den Ziff. 2. und 3. des zwischen der IG Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst, der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und dem Deutschen Journalisten-Verband abgeschlossenen Tarifvertrags über arbeitnehmerähnliche Personen vom 1. Juli 1996 haben die Tarifvertragsparteien die wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit i.S. von § 12 a TVG wirksam näher definiert. Der Neunte Senat hat weiter entschieden, dass auch Rundfunkgebührenbeauftragte in den Anwendungsbereich dieses Tarifvertrags fallen und ihnen ein Anspruch auf das tarifvertraglich festgelegte Übergangsgeld zustehen kann.

---

<sup>3</sup> Aufgabe von BAG 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - BAGE 88,327

<sup>4</sup> AP Nr 6 zu § 12a TVG; ZUM-RD 2005, 422-428; AR-Blattei ES 120 Nr 20 (Anm. Bauschke, Hans-Joachim); EzA § 12a TVG Nr 3 (Anm. Schubert, Claudia); jurisPR-ArbR 37/2005 Anm 1 (Anm. Deinert, Olaf); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 87/05 (L1-2); ArbuR 2005, 341 (L1, K); BB 2005, 1972 (L1-2); ZTR 2005, 605 (red.L1-5)

## II. Arbeitsbedingungen

### 1. Arbeitszeit

Werden Arbeitnehmer an einem auf einen Werktag fallenden Feiertag beschäftigt, müssen sie gem. § 11 Abs. 3 Satz 2 ArbZG einen Ersatzruhetag haben, der innerhalb eines den Beschäftigungstag einschließenden Zeitraums von acht Wochen zu gewährleisten ist. Nach § 12 Satz 1 Nr. 2 ArbZG kann in einem Tarifvertrag abweichend von § 11 Abs. 3 ArbZG der Wegfall von Ersatzruhetagen für auf Werktage fallende Feiertage vereinbart werden. Nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 22. September 2005 (- 6 AZR 579/04 -)<sup>5</sup> haben die Tarifvertragsparteien in § 16 Abs. 1 des Tarifvertrags für die Musiker in Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK) einen solchen Wegfall bestimmt. Dies ergibt die Tarifauslegung. Nach § 16 Abs. 1 TVK gilt für die Musiker die Sechs-Tage-Woche. Da die Diensteinteilung unabhängig von einer Unterscheidung zwischen Werktagen einerseits und Sonn- und Feiertagen andererseits erfolgt, soll nach dem erkennbaren Willen der Tarifvertragsparteien allen Musikern einheitlich ein dienstfreier Tag je Kalenderwoche zustehen und nicht denjenigen, die - zufällig - an einem Wochenfeiertag Dienst geleistet haben, ein weiterer. Der Sechste Senat hat weiter entschieden, dass nach § 16 Abs. 5 TVK in der laufenden Spielzeit, d.h. außerhalb der Theater- und Konzertferien, acht Sonntage beschäftigungsfrei zu lassen sind. Während dieser Zeit hat der Musiker auch nicht erreichbar zu sein i.S. von § 14 TVK. § 14 TVK bestimmt, dass der Musiker, der nicht dienstfrei hat, verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass er bis drei Stunden vor Beginn der Aufführung zu erreichen ist. Bei der Verpflichtung zur Erreichbarkeit nach § 14 TVK handelt es sich zwar nicht um typische Rufbereitschaft, aber sie erfüllt auch nicht das Tarifmerkmal "beschäftigungsfrei" i.S. von § 16 Abs. 5 TVK. Der zur Erreichbarkeit nach § 14 TVK verpflichtete Musiker kann den betreffenden Tag zwar weitgehend unbeeinträchtigt verbringen, muss sich aber "spielfähig" halten. Demnach kann der Musiker, der evtl. für die Abendvorstellung erreichbar sein muss, den Nachmittag und Abend für seine Freizeitgestaltung nicht ungehindert verplanen.

Der Sechste Senat hatte über die von einer Lehrerin an einer Schule für Hörgeschädigte des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) zu leistende Pflichtstundenzahl zu entscheiden. Auf das Arbeitsverhältnis finden kraft Vereinbarung und Tarifbindung der

---

<sup>5</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) sowie die diesen ergänzenden und ändernden Tarifverträge Anwendung. § 15 Abs. 1 BAT legt für die Angestellten eine wöchentliche Arbeitszeit von 38,5 Stunden fest. Nach Nr. 3 der Sonderregelung für Angestellte als Lehrkräfte (SR 2l I BAT) richtet sich die Arbeitszeit angestellter Lehrkräfte nach den Bestimmungen für die entsprechenden Beamten. Die regelmäßige im Jahresdurchschnitt zulässige Arbeitszeit für Beamte wurde in NRW zum 1. Januar 2004 auf 41 Stunden in der Woche, zum 1. Februar 2004 wurde die Pflichtstundenzahl der beamteten Lehrkräfte um eine Stunde auf 27,5 Stunden in der Woche erhöht. Mit Urteil vom 15. Dezember 2005 (- 6 AZR 227/05 -)<sup>6</sup> hat der Sechste Senat entschieden, dass wegen Nr. 3 SR 2l I BAT § 15 BAT für die Arbeitszeit angestellter Lehrkräfte keine Anwendung findet. Selbst wenn die Wochenarbeitszeit der sonstigen Angestellten von der Wochenarbeitszeit der Beamten abweicht, gelten für die angestellten Lehrkräfte die Bestimmungen der entsprechenden Beamten. Die wöchentliche Pflichtstundenzahl für angestellte Lehrkräfte an Sonderschulen hat sich deshalb entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 der Verordnung zur Ausführung des § 5 Schulfinanzgesetz NRW auf 27,5 Stunden erhöht.

## 2. Anspruch auf Teilzeitarbeit

Einem Arbeitnehmer, der Elternzeit in Anspruch genommen hat, ist Erwerbstätigkeit gestattet, wenn die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit 30 Stunden nicht übersteigt. Gem. § 15 Abs. 6 und 7 BErzGG kann der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat von seinem Arbeitgeber - vorausgesetzt dieser beschäftigt in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer - während der Elternzeit die Verringerung seiner Arbeitszeit beanspruchen, soweit dem keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.

Mit Urteil vom 19. April 2005 (- 9 AZR 233/04 -)<sup>7</sup> hat der Neunte Senat entschieden, dass der Arbeitnehmer berechtigt ist, von vornherein bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes Elternzeit in Anspruch zu nehmen. § 16 Abs. 1 Satz 1 BErzGG, wonach der Arbeitnehmer zu erklären hat, für welche Zeiten er "innerhalb von zwei Jahren" Elternzeit nehmen wird, steht dem nicht entgegen. Der Vorschrift ist nicht

---

<sup>6</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

<sup>7</sup> AP Nr 44 zu § 15 BErzGG (demnächst); DB 2005, 2582-2585; EBE/BAG 2005, 180-184; NZA 2005, 1354-1358; AuA 2005, 373-374 (Anm. Laws, Ralf); EzA-SD 2005, Nr 23, 3 (L1-2, red.L1-5); KrV 2005, 190 (K); ArbuR 2005, 193-194 (K); ArbRB 2005, 129 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 5, 3 (K); ZMV 2005, 148 (K); FA 2005, 187-188 (K); JurBüro 2005, 502 (K)

zu entnehmen, dass ein solches Verlangen unwirksam ist oder den Arbeitnehmer nur für zwei Jahre bindet. An die dem Arbeitgeber gegenüber abgegebene Erklärung über die Dauer der Elternzeit ist der Arbeitnehmer nach allgemeinem Recht gebunden. Auch nach dem Beginn der verbindlichen Elternzeit ist jedoch ein Antrag auf Elternteilzeit zulässig. Dieser muss nicht zeitgleich mit der Inanspruchnahme von Elternzeit gestellt werden. Nur diese Auslegung wird dem Regelungszweck gerecht, die Teilerwerbstätigkeit zu erleichtern. Ihre Zulassung dient dem gesellschaftspolitischen Ziel der Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Dieser Absicht des Gesetzgebers entspricht es, einem Arbeitnehmer, der zunächst nur Elternzeit und keine Elternteilzeit beansprucht hat, das Recht zur nachträglichen Erhebung seines Anspruchs auf Elternteilzeit einzuräumen. Diese Flexibilität, die bei unvorhergesehenen familiären oder wirtschaftlichen Entwicklungen während der Erziehungszeit den Antrag auf Teilzeitarbeit noch zulässt, führt zu einer höheren Bereitschaft von Vätern und Müttern, Elternzeit in Anspruch zu nehmen. Einem während der Gesamtdauer der Elternzeit geltend gemachten Anspruch auf Elternteilzeit stehen jedoch regelmäßig dringende betriebliche Gründe entgegen, wenn der Arbeitgeber befristet einen Elternzeitvertreter eingestellt hat und sowohl dieser als auch mit dem Arbeitnehmer in Elternzeit vergleichbare Arbeitnehmer eine vorübergehende Verringerung ihrer vertraglichen Arbeitszeit abgelehnt haben. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Antragsteller trotz fehlender Arbeitskapazität in Elternteilzeit zu beschäftigen oder anderen Arbeitnehmern Kündigungen oder Änderungskündigungen auszusprechen, um Arbeitskapazität für den Arbeitnehmer in Elternzeit "frei zu machen".

### 3. Befristung von Einzelarbeitsbedingungen

Mit Urteil vom 27. Juli 2005 (- 7 AZR 486/04 -)<sup>8</sup> hat der Siebte Senat entschieden, dass die nach dem 31. Dezember 2001 mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern formularmäßig vereinbarte, für ein Jahr befristete Erhöhung der regelmäßigen Arbeitszeit als allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung unterliegt. Zur Wirksamkeit der Befristung der Arbeitszeiterhöhung bedarf es seit diesem Zeitpunkt keines sachlichen Grundes i.S. der bisherigen Rechtsprechung<sup>9</sup> mehr. Durch die Inhaltskontrolle der Befristung der Arbeitszeiter-

---

<sup>8</sup> EzA-SD 2005, Nr 25, 4-7; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 151/05 (L1); DB 2005, 2696 (red.L1-4); AuA 2005, 558 (K); ArbuR 2005, 379-380 (K); ZMV 2005, 263 (K); FA 2005, 322 (K); ZTR 2005, 526 (K); DStR 2005, 1538 (K)

<sup>9</sup> Vgl. zuletzt BAG 14. Januar 2004 - 7 AZR 213/03 - AP TzBfG § 14 Nr. 10

höhung wird nicht die Hauptleistung, die die Vertragsparteien selbst festlegen müssen, kontrolliert. Nicht der Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung, sondern deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung unterliegt der Kontrolle. Ist die Befristung unwirksam, ist der Umfang der Arbeitszeit für unbestimmte Zeit vereinbart. Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) stehen einer Inhaltskontrolle nicht entgegen.

Die Befristung der Arbeitszeiterhöhung ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn durch sie die betroffenen Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Das ist anhand einer umfassenden Berücksichtigung und Bewertung der rechtlich anzuerkennenden Interessen der Vertragspartner festzustellen. Dabei ist ein genereller, typisierender und vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen. Grundsätzlich reicht allein die Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf nicht aus, die Befristung von Arbeitszeiterhöhung zu rechtfertigen. Diese Ungewissheit gehört zum unternehmerischen Risiko, das nicht auf die Arbeitnehmer verlagert werden kann. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Vereinbart - wie im Streitfall - ein neues Bundesland, bei dem aufgrund rückläufiger Schülerzahlen ein Lehrkräfteüberhang besteht, auf der Grundlage einer Koalitionsvereinbarung mit der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft u.a. Pädagogenverbänden mit einer Vielzahl bei ihm teilzeitbeschäftigter Lehrkräfte die befristete Aufstockung des Stundendeputats für die Dauer eines Schuljahres, können die in dem Schulbereich des Landes bestehenden Besonderheiten dazu führen, dass die Befristung der Arbeitszeiterhöhung für die betroffenen Lehrkräfte keine unangemessene Benachteiligung i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Der Schulbereich unterscheidet sich von der Privatwirtschaft u.a. dadurch, dass die Schulverwaltung im Gegensatz zu einem Unternehmen der Privatwirtschaft nicht die Möglichkeit hat, den Beschäftigungsbedarf für Lehrkräfte durch Akquisition am Markt zu beeinflussen. Dieser hängt allein von der Anzahl der Schüler ab, auf die das beklagte Land keinen Einfluss hat.

### III. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

#### 1. Vergütung

##### a) Eingruppierung

Angestellte mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung und entsprechender Tätigkeit sowie sonstige Angestellte, die auf Grund gleichwertiger Fähigkeiten ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben, erhalten Vergütung nach der Vergütungsgruppe Ia Fallgr. 1 b der Anlage 1a zum BAT, wenn ihnen mindestens fünf Angestellte mindestens der Vergütungsgruppe IIa durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt sind. Nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 26. Januar 2005 (- 4 AZR 6/04 -)<sup>10</sup> erfordert das Tarifmerkmal der "Unterstellung" von Angestellten unmittelbare Weisungs- und Aufgabenbefugnisse des vorgesetzten Angestellten gegenüber den ihm zugeordneten Untergebenen. Ein Angestellter ist nicht schon dann einem Leiter im tariflichen Sinne "durch ausdrückliche Anordnung ständig unterstellt", wenn er unmittelbar einem Untergebenen des Leiters, nicht aber dem Leiter selbst unterstellt ist. Zur Eingruppierung in die Vergütungsgruppe Ia Fallgr. 1a der Anlage 1a zum BAT hat der Vierte Senat in diesem Urteil entschieden, dass das Heraushebungsmerkmal dieser Vergütungsgruppe, wonach die Tätigkeit sich durch das Maß der damit verbundenen Verantwortung erheblich aus der Vergütungsgruppe Ib Fallgr. 1a herausheben muss, nicht mit Umständen begründet werden kann, die die Heraushebungsmerkmale der "besonderen Schwierigkeit und Bedeutung" i.S. der Vergütungsgruppe IIa Fallgr. 1a erfüllen. Die mit der Tätigkeit nach Vergütungsgruppe Ib Fallgr. 1a vorausgesetzte gesteigerte Verantwortung muss, damit die Voraussetzungen der Eingruppierung in die Vergütungsgruppe Ia Fallgr. 1a erfüllt sind, erheblich überschritten sein.

Mit Urteil vom 8. Juni 2005 (- 4 AZR 396/04 -)<sup>11</sup> hat der Vierte Senat entschieden, dass ein Student, der neben seinem Studium im Akademischen Auslandsamt an einer Universität beschäftigt wird und dort ohne Bezug zu einer wissenschaftlichen Aufgabe als

---

<sup>10</sup> AP Nr 302 zu §§ 22, 23 BAT 1975 (demnächst); EzBAT §§ 22, 23 BAT B1 VergGr Ib Nr 3; ZTR 2005, 640-643; NZA-RR 2005, 660-664; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 116/05 (L1); BB 2005, 1972 (L1); ArbuR 2005, 384 (L1)

<sup>11</sup> ArbuR 2005, 464 (red.L1); BAGReport 2005, 382 (red.L1-3); PersR 2005, 470 (red.L1-3)

Teil der Studienberatung ein Internetportal für ausländische Studienbewerber neu gestaltet, vom persönlichen Geltungsbereich des BAT erfasst wird. Ein solcher Angestellter ist nicht gem. § 3 Buchst. g BAT vom Geltungsbereich des BAT ausgeschlossen, weil er keine wissenschaftliche Hilfskraft in diesem Sinne ist. Das Tatbestandsmerkmal der "wissenschaftlichen Hilfskraft" ist bei einer Tätigkeit in der Studienberatung nur erfüllt, wenn die ausgeübte Tätigkeit ihrer Art nach eine wissenschaftliche Dienstleistung ist. Daran fehlte es, weil es bei der Tätigkeit des Studenten allein um die EDV-technische Aufbereitung vorgegebener Informationen ging.

Angestellte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst, deren Tätigkeit sich durch das Maß der damit verbundenen Verantwortung erheblich aus der Vergütungsgruppe IVa Fallgr. 1b heraushebt, sind nach fünfjähriger Bewährung in Vergütungsgruppe III Fallgr. 1a in Vergütungsgruppe II der allgemeinen Vergütungsgruppen der Anlage 1a zum BAT/VKA eingruppiert. Wegen des Verbots des Selbstwiderspruchs kann es einem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes nach einem Urteil des Vierten Senats vom 8. Juni 2005 (- 4 AZR 406/04 -)<sup>12</sup> verwehrt sein, einem Verwaltungsangestellten nach Ablauf der Bewährungszeit entgegenzuhalten, seine Vergütung sei wegen Fehlens einer Tatbestandsvoraussetzung des seiner Eingruppierung bislang zugrunde gelegten Eingruppierungsmerkmals übertariflich, so dass er trotz der Bewährung in seiner Tätigkeit an dem tariflich für das Eingruppierungsmerkmal vorgesehenen Bewährungsaufstieg nicht teilnimmt. Ein solches widersprüchliches Verhalten hat der Vierte Senat im Streitfall verneint. Die Voraussetzung einer tarifgerechten Vergütung nach Vergütungsgruppe II hatte der Verwaltungsangestellte nicht dargelegt. Der Vierte Senat hat dahinstehen lassen, ob aufgrund der Verletzung des Nachweisgesetzes (NachwG) im Eingruppierungsrechtsstreit eine Umkehr der Beweislast eintreten kann. Den Nachweis einer kurzen Charakterisierung und Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 NachwG) erfüllt der öffentliche Arbeitgeber im Anwendungsbereich des BAT regelmäßig durch eine Arbeitsplatz- oder Stellenbeschreibung. In diesen Fällen besteht keine Verpflichtung, den Nachweis durch Angabe der Vergütungs- und Fallgruppe zu führen. Das NachwG sieht keine Pflicht zum Nachweis vor, ob die Möglichkeit zum Bewährungsaufstieg besteht.

Der Vierte Senat hatte über die Wirksamkeit einer Stichtagsregelung beim Zeitaufstieg von Gesamtschullehrern zu entscheiden. Die Stichtagsregelung betrifft Lehrkräfte, die über die Lehrbefugnis für die Sekundarstufen I und II (sog. Kombiniierer) verfügen. Sie

---

<sup>12</sup> AP Nr 8 zu § 2 NachwG (demnächst); ZTR 2005, 582-584; EzA § 2 NachwG Nr 7; jurisPR-ArbR 40/2005 Anm 1 (Anm. Mestwerdt, Wilhelm); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 118/05 (L1-2); ArbuR 2005, 384 (L1-2); AuA 2005, 689 (L1-2); FA 2005, 353 (L1-2); BB 2005, 2584 (L1-2); DB 2005, 2248 (red.L1-4)

sind als Angestellte im Schuldienst des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW) an Gesamtschulen tätig. Arbeitsvertraglich ist die Vergütung nach Lehrerrichtlinien vereinbart, die das Land NRW regelmäßig anwendet. Die Lehrkräfte erhalten Vergütung nach der Vergütungsgruppe III der Anlage 1 a zum BAT. Ende 2000 verabschiedete das Land NRW ein sog. Überleitungsgesetz. Dieses sieht für Beamte die Überleitung aller sog. Kombinierer an Gymnasien und derjenigen an Gesamtschulen, die spätestens im Schuljahr 1996/1997 eingestellt worden sind, in die Besoldungsgruppe A 13 vor. Für die sog. Kombinierer im Angestelltenverhältnis bestimmt ein Erlass des Landes vom 20. Dezember 2001, dass diese unter den selben Voraussetzungen, wie sie das Überleitungsgesetz vorsieht, mit Wirkung vom 1. Januar 2002 in die Vergütungsgruppe IIa BAT übergeleitet werden. Mit Urteil vom 6. Juli 2005 (- 4 AZR 27/04 -)<sup>13</sup> hat der Vierte Senat entschieden, dass die Regelungen des Überleitungsgesetzes mit ihren Differenzierungen zwischen Gymnasiallehrern und Gesamtschullehrern sowie innerhalb der Gruppe der Gesamtschullehrer nach ihrem Eintrittsdatum nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Der Gesetzgeber hat einen weiten Ermessensspielraum. Die unterschiedliche Vergütung von Lehrern nach der Schulform und der Dauer ihrer Tätigkeit lässt sich auf einleuchtende Gründe von hinreichendem Gewicht zurückführen. Ebenso wenig verstößt die Eingruppierung der angestellten Lehrer entsprechend den Regelungen des Überleitungsgesetzes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser greift nur bei einem gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers, nicht hingegen beim bloßen Normenvollzug ein. Um einen solchen handelt es sich bei der Höhergruppierung der angestellten Lehrer nach Maßgabe des Überleitungsgesetzes. Hierzu war das beklagte Land nach den Lehrerrichtlinien ohnehin verpflichtet.

Dem Vierten Senat lag die Frage der Eingruppierung eines Mitarbeiters einer Ratsfraktion von "Bündnis 90/Die Grünen" zur Entscheidung vor. Der Mitarbeiter war zunächst bei der Fraktion mit Vergütung nach der Vergütungsgruppe VI b der Anlage 1 a zum BAT angestellt. Seit dem 1. November 1986 steht er in den Diensten der Stadt. Er war zunächst befristet als Fraktionssekretär angestellt. Im Dezember 1991 vereinbarten die Parteien die unbefristete Weiterbeschäftigung des Klägers als "Verwaltungsangestellter" unter Angabe seiner Eingruppierung in Vergütungsgruppe VII BAT. Für die Dauer seiner Tätigkeit im Büro der Fraktion erhielt er eine Zulage. Nach einem Urteil des Vierten Senats vom 14. Dezember 2005 (- 4 AZR 474/04 -)<sup>14</sup> bestimmt sich die Ein-

---

<sup>13</sup> EBE/BAG Beilage 2005, Ls 155/05 (L1-3); ArbRB 2005, 225 (K); ZTR 2005, 526 (K)

<sup>14</sup> (Noch) nicht veröffentlicht



gruppierung des Mitarbeiters nicht nach seiner Tätigkeit als Fraktionsmitarbeiter, denn diese ist ihm nur vorübergehend übertragen worden. Dies folgt aus §§ 22, 23 BAT, wonach sich die Eingruppierung des Angestellten nach der von ihm nicht nur vorübergehend auszuübenden Tätigkeit bestimmt. Wird dem Angestellten vorübergehend eine andere höherwertige Tätigkeit übertragen, hat er gem. § 24 BAT nach Maßgabe der weiteren Voraussetzung dieser Tarifnorm für die Dauer der Ausübung dieser Tätigkeit Anspruch auf eine persönliche Zulage. Eine zeitliche Grenze für die vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit sieht der BAT nicht vor. Die Einordnung der Tätigkeit eines Fraktionsmitarbeiters als nur vorübergehend entspricht billigem Ermessen, da die nicht dauerhafte Übertragung einer solchen Tätigkeit in der Natur der Sache liegt. Der Senat hat deshalb die Tätigkeit als Fraktionsmitarbeiter eingruppierungsrechtlich nicht bewertet. Ein etwaiger Anspruch des Mitarbeiters auf eine höhere persönliche Zulage nach § 24 BAT war nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

#### **b) Widerrufsvorbehalt**

Mit Urteil vom 12. Januar 2005 (- 5 AZR 364/04 -)<sup>15</sup> hat der Fünfte Senat entschieden, dass nach § 308 Nr. 4 BGB die formularmäßige Vereinbarung eines Rechts des Arbeitgebers, die versprochene Vergütung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam ist, wenn nicht die vereinbarte Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Die Vereinbarung eines Widerrufsrechts ist gem. § 308 Nr. 4 BGB zumutbar, wenn der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll, sondern wegen der Unsicherheit der zukünftigen Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig ist. Im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Widerrufs<sup>16</sup> ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts zulässig, soweit der widerrufliche Anteil am Gesamtverdienst unter 25-30 % liegt, der Tariflohn nicht unterschritten wird und der Widerruf nicht grundlos erfolgen soll. Voraussetzung und Umfang der vorbehaltenen Änderung müssen gem. § 307 Abs. 1 und 2, § 308 Nr. 4 BGB im Vertragstext möglichst konkretisiert werden. Die widerrufliche Leistung muss nach Art und Höhe eindeutig sein. Die Vertragsklausel

---

<sup>15</sup> AP Nr 1 zu § 308 BGB (Anm. Bergwitz, Christoph); EzA § 308 BGB 2002 Nr 1 (Anm. Herresthal, Carsten); ArbuR 2005, 227-232 (Anm. Lindemann, Viola); AuA 2005, 179-180 (Anm. Hunold, Wolf); DB 2005, 669-671; ZIP 2005, 633-636; BB 2005, 833-836; NZA 2005, 465-469; BAGReport 2005, 132-135; PFB 2005, 135-136 (Anm. Polzin, Rainer); NJW 2005, 1820-1822; MDR 2005, 758-760; AR-Blattei ES 35 Nr 3; ZMV 2005, 209-212; EzBAT § 26 BAT Freiwillige Leistungen Nr 5; DRsp VI(608) 255a-b; dbr 2005, Nr 6, 39-40 (Anm. Däubler, Wolfgang); EWIR 2005, 379-380 (Anm. Bartz, Alexander); JuS 2005, 574-575 (Anm. Boemke, Burkhard); jurisPR-ArbR 17/2005 Anm 1 (Anm. Kohte, Wolfhard); jurisPR-ArbR 26/2005 Anm 2 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 51/2005 Anm 3 (Anm. Deinet, Olaf)

<sup>16</sup> Vgl. BAG 7. August 2002 - 10 AZR 282/01 - AP BGB § 315 Nr. 81

muss außerdem zumindest die Richtung angeben, aus der der Widerruf möglich sein soll (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers). Diesen Anforderungen stehen Besonderheiten des Arbeitsrechts (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) nicht entgegen. Die genannten Voraussetzungen finden seit dem 1. Januar 2003 auch auf formularmäßige Arbeitsverträge, die vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossen worden sind, Anwendung. Fehlt es bei einem solchen „Altvertrag“ an dem geforderten Mindestmaß der Konkretisierung der Widerrufsgründe, kann die entstandene Lücke im Vertrag durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden. Eine Bindung des Arbeitgebers an die vereinbarte Leistung ohne Widerrufsmöglichkeit würde rückwirkend unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen. Neben der Inhaltskontrolle der Vereinbarung über den Widerrufsvorbehalt nach den §§ 305 ff. BGB unterliegt die konkrete Ausübung des Widerrufs nach wie vor im Einzelfall der Kontrolle gem. § 315 BGB.

Der Zehnte Senat hatte über den Widerruf einer Funktionszulage gem. dem Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten und der Versuchsanstalt für Wasserbau und Schiffbau Berlin vom 1. Juli 1971 zu entscheiden. Grundlage für die Zahlung der Funktionszulage war eine vertragliche Nebenabrede vom März 1990, die unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs stand. Zusätzlich nahm der Arbeitsvertrag auf die Bestimmungen des Bundesmanteltarifvertrags für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe vom 31. Januar 1962 mit den zusätzlich abgeschlossenen Tarifverträgen sowie den an ihre Stelle tretenden Tarifverträgen – alle in ihrer jeweils geltenden Fassung - Bezug. Nach einem Urteil des Zehnten Senats vom 26. Januar 2005 (- 10 AZR 331/04 -)<sup>17</sup> ist der Widerruf der Nebenabrede unwirksam, weil im Anwendungsbereich des Personalvertretungsgesetzes (PersVG) Berlin der Widerruf einer vertraglich vereinbarten Funktionszulage der Mitbestimmung des Personalrates unterliegt. Ein Widerruf ohne vorherige Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens gem. § 87 Nr. 3 i.V.m. § 79 Abs. 1 PersVG Berlin ist unwirksam. Zudem bejaht der Zehnte Senat den Anspruch auf die Funktionszulage unabhängig von der Wirksamkeit des Widerrufs. Enthält der Arbeitsvertrag eines nicht tarifgebundenen Arbeitnehmers eine Gleichstellungsabrede und hätte der Arbeitnehmer danach auch ohne spezielle Nebenabrede Anspruch auf eine Funktionszulage gem. dem Zulagentarifvertrag, so lässt der Widerruf der Nebenabrede den Zulagenanspruch nicht entfallen,

---

<sup>17</sup> AP Nr 6 zu § 87 LPVG Berlin; ZTR 2005, 369-371; NZA-RR 2005, 389-392; PersV 2005, 257-261; PersR 2005, 289-292; EzBAT § 4 BAT Nebenabrede Nr 18 (Anm. Marschner, Andreas); jurisPR-ArbR 26/2005 Anm 2 (Anm. Beckmann, Dirk); EzA-SD 2005, Nr 8, 6 (L1, red.L1-4); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 50/05 (L1); FA 2005, 191 (L1); ArbuR 2005, 238 (L1)

wenn die Nebenabrede bestimmt, dass der Arbeitsvertrag durch einen Widerruf nicht berührt wird. Dies gilt auch, wenn der Zulagentarifvertrag inzwischen gekündigt wurde und für tarifgebundene Arbeitnehmer nur noch gem. § 4 Abs. 5 TVG nachwirkt.

### **c) Vergütung von Mehr-, Nacht- und Feiertagsarbeit**

Nach § 3 ArbZG darf die werktägliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer acht Stunden nicht überschreiten. Sie kann auf bis zu zehn Stunden nur verlängert werden, wenn innerhalb von sechs Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden werktäglich nicht überschritten werden. Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 28. September 2005 (- 5 AZR 52/05 -)<sup>18</sup> erfasst eine arbeitsvertragliche Regelung, nach der Überstunden durch das gezahlte Bruttogehalt abgegolten sind, nur die im Rahmen des § 3 ArbZG liegende zulässige Mehrarbeit und nicht darüber hinaus geleistete Arbeitsstunden. Für diese unzulässige Mehrarbeit besteht gem. § 612 Abs. 1 BGB ein Vergütungsanspruch. Das Beschäftigungsverbot des § 3 ArbZG bezweckt, die Arbeitsleistung und damit die Überforderung des Arbeitnehmers zu verhindern, nicht, den Vergütungsanspruch auszuschließen. Ist die Vergütung für die regelmäßige Arbeitszeit im Arbeitsvertrag bestimmt, sind Überstunden anteilig zu vergüten, wenn es insoweit an einer Regelung fehlt (§ 612 Abs. 2 BGB).

Gem. § 6 Abs. 5 ArbZG hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeiter, soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, für die während der Nacht geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu zahlen. Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann geleistete Nachtarbeit ausschließlich durch Zahlung eines Zuschlags ausgeglichen werden. Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 31. August 2005 (- 5 AZR 545/04 -)<sup>19</sup> ist für Angehörige eines Rettungsdienstes regelmäßig ein Nachzuschlag in Höhe von 10% des Arbeitsverdienstes i.S. von § 6 Abs. 5 ArbZG angemessen. Mit dem Zuschlag soll im Rettungsdienst nur die mit der Nachtarbeit verbundene Erschwernis abgegolten werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Rettungsdienst zu einem erheblichen Teil Arbeitsbereitschaft und damit auch Zeiten der Entspannung anfallen. Hinzu kommt, dass der ansonsten mit dem Zuschlag verbundene Zweck, Nachtarbeit einzuschränken, nicht erreichbar ist, weil ein Verzicht auf Nachtarbeit im Rettungsdienst ausgeschlossen ist. Die Zahlung

---

<sup>18</sup> EzA-SD 2005, Nr 21, 3 (K); ArbuR 2005, 412-413 (K); AuA 2005, 677 (K); PERSONAL 2005, Nr 12, 54 (K); FA 2005, 380 (K); DStR 2005, 2191-2192 (K)

<sup>19</sup> EzA-SD 2005, Nr 26, 5-6 (L1-3, red.L1-7); AuA 2005, 615 (K); ArbuR 2005, 381 (K); FA 2005, 351 (K)

eines angemessenen Zuschlags für Nachtarbeit nach § 6 Abs. 5 ArbZG kann in unterschiedlicher Art und Weise erfolgen. Neben der Zahlung gesonderter Zuschläge kommt eine Anhebung des Grundlohns in Betracht. Werden die Nachtarbeitszuschläge pauschal mit dem Grundlohn abgegolten, muss eine entsprechende Vertragsbestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB beachten. Danach müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Rahmen des Möglichen so genau beschrieben werden, dass für den Arbeitgeber keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Weil der Arbeitnehmer Verbraucher i.S. von § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist<sup>20</sup>, sind bei der Prüfung, ob die pauschale Abgeltung des Nachtarbeitszuschlags klar und verständlich geregelt ist, auch die den Vertragsschluss begleitenden individuellen Umstände zu berücksichtigen. Diese können - wie im vom Fünften Senat entschiedenen Fall - dazu führen, dass eine nach objektiven Maßstäben intransparente Regelung der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB standhält.

#### **d) Leistungszulage**

Nach § 4 Abs. 4 des Bezirkzusatztarifvertrags vom 11. September 1962 für gemeindliche Arbeiter in Nordrhein-Westfalen (BZT-G NRW) zu § 20 Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe werden an Arbeiter, deren Leistungen dauernd über dem Durchschnitt der Leistungen liegen, die normalerweise von Arbeitern der gleichen Berufsgruppe erwartet werden können, Leistungszuschläge gezahlt. Über diese ist jährlich neu zu entscheiden. Die jederzeit widerruflichen Leistungszuschläge gewährt der Arbeitgeber auf schriftlich begründeten Vorschlag der dafür tarifvertraglich vorgesehenen Kommission. Vor einem Widerruf ist diese Kommission zu hören. Nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 21. Juli 2005 (- 6 AZR 441/04 -)<sup>21</sup> ergibt die Auslegung des § 4 Abs. 4 BZT-G/ NRW die Befristung der Leistungszuschläge auf ein Jahr. Obwohl der Wortlaut der Tarifbestimmung keine eindeutige Befristung vorsieht, folgt diese aus der Verpflichtung zur jährlichen Neuentscheidung. Da das Gesamtvolumen der Zuschläge jedes Jahr neu zu bestimmen und zu verteilen ist, setzt die Tarifregelung voraus, dass die Verteilung des Vorjahres nur für ein Jahr wirksam ist. Die im Tarifvertrag vorgesehene Widerrufsmöglichkeit wird da-

---

<sup>20</sup> Hierzu BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - unter 1. Abschnitt III 1 h

<sup>21</sup> ArbRB 2005, 257 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 9, 3 (K); PERSONAL 2005, Nr 10, 60 (K); ZMV 2005, 262-263 (K); FA 2005, 323 (K); ZTR 2005, 526 (K), Vgl. auch die Parallelentscheidung Bundesarbeitsgericht 21.7.2005 - 6 AZR 442/04, (noch) nicht veröffentlicht

durch nicht gegenstandslos. Sie ermöglicht, die Leistungszuschläge vor Ablauf der regelmäßigen Bezugsdauer von einem Jahr zu widerrufen.

### e) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG gewährt einem arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer einen Entgeltfortzahlungsanspruch bis zur Dauer von sechs Wochen. Wird der Arbeitnehmer nach wiederhergestellter Arbeitsfähigkeit erneut krankheitsbedingt arbeitsunfähig, entsteht ein neuer Anspruch nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von sechs Wochen, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einer anderen Krankheit beruht. Ist dieselbe Krankheit Ursache für die erneute Arbeitsunfähigkeit, liegt eine Fortsetzungserkrankung vor. In diesem Fall entsteht die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht mit jeder einzelnen Erkrankung von Neuem. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 EFZG besteht bei einer Fortsetzungserkrankung ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch nur, wenn der Arbeitnehmer vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war (Nr. 1) oder seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist (Nr. 2).

Führen zwei Krankheiten jeweils für sich betrachtet nicht zur Arbeitsunfähigkeit, sondern nur, weil sie zusammen auftreten, liegt nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 13. Juli 2005 (- 5 AZR 389/04 -)<sup>22</sup> eine Fortsetzungserkrankung vor, wenn später eine der beiden Krankheiten erneut auftritt und allein zur Arbeitsunfähigkeit führt. Auch in diesem Fall ist eine vorausgegangene Arbeitsunfähigkeit Ursache der erneut aufgetretenen Krankheit gewesen. Der Fünfte Senat hat weiter entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG länger als sechs Wochen arbeitsunfähig ist, darlegen muss, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Wird dies vom Arbeitgeber bestritten, obliegt dem Arbeitnehmer die Darlegung der Tatsachen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen. Er hat dabei seinen Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Die objektive Beweislast für das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung trägt gleichwohl der Arbeitgeber. Dies folgt aus der sprachlichen Fassung des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 EFZG<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> AP Nr 25 zu § 3 EntgeltFG (demnächst); DB 2005, 2359-2360; EBE/BAG 2005, 173-176; BB 2005, 2642-2644; BAGReport 2005, 355-358; EzA-SD 2005, Nr 22, 3-4; ArbuR 2005, 424 (L1); AuA 2005, 689 (L1)

<sup>23</sup> Teilweise Aufgabe von BAG 4. Dezember 1985 - 5 AZR 656/84 - AP HGB § 63 Nr. 42

### **f) Annahmeverzug**

Aus § 297 BGB folgt, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig ist. Die in § 297 BGB nicht ausdrücklich genannte Voraussetzung der Leistungswilligkeit ergibt sich daraus, dass ein leistungsunwilliger Arbeitnehmer sich selbst außerstande setzt, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die subjektive Leistungsbereitschaft muss während des gesamten Verzugszeitraums vorliegen<sup>24</sup>.

Nach einem Urteil des Fünften Senats vom 13. Juli 2005 (- 5 AZR 578/04 -)<sup>25</sup> bezieht sich das Erfordernis der Leistungsbereitschaft auf die vertraglich vorgesehene Tätigkeit. Es muss unabhängig von der den Annahmeverzug begründenden Kündigung die Bereitschaft bestehen, die betreffende Arbeit bei dem Vertragspartner zu den vertraglichen Bedingungen zu leisten. Leistungsbereitschaft besteht nicht, wenn der Arbeitnehmer die Forderung nach einem Verzicht auf die Wirkungen der Kündigung zur Bedingung der Arbeitsaufnahme macht. Er hat kein berechtigtes Interesse daran, bei einer Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung seine Arbeitsbereitschaft davon abhängig zu machen, dass der Arbeitgeber seinen Rechtsstandpunkt insgesamt aufgibt. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nicht "zurücknimmt" und trotz der Kündigung der Art nach vertragsgemäße Arbeit anbietet.

### **g) Sonderzahlungen**

Nach der Rechtsprechung des Zehnten Senats kann der Anspruch auf eine Gratifikation aus betrieblicher Übung durch eine geänderte betriebliche Übung beendet werden, wenn der Arbeitgeber erklärt, die jährliche Zahlung der Gratifikation sei eine freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistung, auf die - auch zukünftig - kein Rechtsanspruch besteht und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren

---

<sup>24</sup> BAG 19. Mai 2004 - 5 AZR 434/03 - AP BGB § 615 Nr. 108, EzA BGB 2002 § 615 Nr. 6

<sup>25</sup> AP Nr 112 zu § 615 BGB (demnächst); EzA-SD 2005, Nr 24, 7-9; EBE/BAG 2005, 187-190; NZA 2005, 1348-1351

hinweg nicht widersprechen<sup>26</sup>. Mit Urteil vom 24. November 2004 (- 10 AZR 202/04 -)<sup>27</sup> hat der Zehnte Senat entschieden, dass diese Grundsätze zur sog. „gegenläufigen“ betrieblichen Übung nur auf Fälle anwendbar sind, in denen der Anspruch durch eine betriebliche Übung entstanden ist, und nicht in Fällen, in denen er auf einer ausdrücklichen vertraglichen Abrede beruht. Wird der Anspruch auf eine Sonderzahlung im Arbeitsvertrag durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag vereinbart, wird der in Bezug genommene Tarifvertrag Inhalt des Arbeitsvertrags. Die so vereinbarte Sonderzahlung kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abreden unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden. Das Schweigen zu einer dem Arbeitnehmer angebotenen nachteiligen Veränderung des Arbeitsvertrags kann dabei nur unter engen Voraussetzungen als Zustimmung gewertet werden. Dies setzt voraus, dass sich die Veränderung unmittelbar auswirkt und der Arbeitnehmer in Kenntnis dieser Auswirkungen weiter arbeitet, obwohl nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre.

Gewährt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nach von ihm gesetzten allgemeinen Regeln eine Weihnachtsgratifikation als freiwillige Leistung, ist er nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Dieser Grundsatz ist nicht nur bei einer willkürlichen Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer verletzt. Bildet der Arbeitgeber Gruppen von begünstigten und benachteiligten Arbeitnehmern, verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz eine sachfremde Gruppenbildung. Die Gruppenbildung entspricht sachlichen Kriterien, wenn sich der Grund für die Differenzierung aus dem Leistungszweck ergibt<sup>28</sup>. Nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 12. Oktober 2005 (- 10 AZR 640/04 -)<sup>29</sup> rechtfertigt es der Zweck einer Weihnachtsgratifikation, zu den anlässlich des Weihnachtsfestes zusätzlich entstehenden Aufwendungen beizutragen und in der Vergangenheit geleistete Dienste zusätzlich zu honorieren, in der Regel nicht, hinsicht-

---

<sup>26</sup> BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50; EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38

<sup>27</sup> AP Nr 70 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; EzA § 242 BGB 2002 Betriebliche Übung Nr 5; EBE/BAG 2005, 45-48; DB 2005, 615-617; NZA 2005, 349-352; BAGReport 2005, 112-115; MDR 2005, 760-761; DRsp VI(608) 256c-d; BB 2005, 1745-1748; AR-Blattei ES 820 Nr 159; ArbRB 2005, 100-101 (Anm. Reufels, Martin); AuA 2005, 438-439 (Anm. Möller, Reinhard); jurisPR-ArbR 36/2005 Anm 2 (Anm. Schütz, Silke); jurisPR-ArbR 25/2005 Anm 3 (Anm. Kokemoor, Axel); jurisPR-ArbR 19/2005 Anm 4 (Anm. Hamann, Wolfgang); jurisPR-ArbR 13/2005 Anm 4 (Anm. Boemke, Burkhard); ArbuR 2005, 164 (L1-4); ZAP EN-Nr 333/2005 (L1-4); FA 2005, 181 (L1-4, K); SAE 2005, 256 (L1-4)

<sup>28</sup> Vgl. BAG 19. März 2003 - 10 AZR 365/02 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 248; EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie NR. 6

<sup>29</sup> NZA 2005, 1418-1420; EzA-SD 2005, Nr 25, 9-10 (L1-3, red.L1-3); FA 2005, 381 (K); ArbRB 2005, 321 (K); dbr 2005, Nr 12, 5 (K); PERSONAL 2005, Nr 12, 54 (K); ArbuR 2005, 414 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 11, 4-5 (K); AuA 2005, 743 (K)

lich der Höhe zwischen Arbeitern und Angestellten zu differenzieren. Dem Arbeitgeber ist es jedoch nicht verwehrt, der Gruppe der Angestellten ein höheres Weihnachtsgeld zu zahlen, wenn sachliche Kriterien die Besserstellung gegenüber der Gruppe der gewerblichen Arbeitnehmer rechtfertigen. Sind seine Differenzierungsgesichtspunkte und der mit der Zahlung des höheren Weihnachtsgeldes verfolgte Zweck nicht ohne Weiteres erkennbar, hat der Arbeitgeber die Gründe für die unterschiedliche Behandlung so substantiiert darzulegen, dass die Beurteilung möglich ist, ob die Gruppenbildung sachlichen Kriterien entspricht. Begründet er die Besserstellung der Angestellten mit einer von ihm beabsichtigten stärkeren Betriebsbindung, genügt zur Darlegung sachlicher Kriterien für die Ungleichbehandlung nicht die allgemeine, subjektive Einschätzung des Arbeitgebers, Angestellte seien aufgrund ihres höheren Bildungs- und Qualifikationsstandes auf dem Arbeitsmarkt begehrter. Die Gruppenbildung muss auf den Betrieb des Arbeitgebers zugeschnitten sein und auf nachvollziehbaren, plausiblen Gesichtspunkten beruhen. Fehlt es für die Besserstellung der Angestellten an einem objektiven, wirklichen Bedürfnis, können die benachteiligten Arbeiter ein Weihnachtsgeld nach Maßgabe der begünstigten Gruppe der Angestellten verlangen.

#### **h) Ausschlussfristen**

Arbeitsverträge enthalten vielfach Ausschlussfristen, deren Versäumung zum Verfall von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis führt. Nachdem das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) seit dem 1. Januar 2002 auf Arbeitsverträge Anwendung findet, war umstritten, inwieweit Ausschlussfristen in vorformulierten Arbeitsverträgen noch zulässig sind<sup>30</sup>.

Mit Urteil vom 25. Mai 2005 (- 5 AZR 572/04 -)<sup>31</sup> hat der Fünfte Senat über die Wirksamkeit der zweiten Stufe einer Ausschlussfrist, nach der alle Ansprüche, die sich aus dem Angestelltenverhältnis ergeben, von den Vertragschließenden binnen einer Frist von sechs Wochen seit ihrer Fälligkeit schriftlich geltend zu machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenpartei binnen einer Frist von vier Wochen einzuklagen sind, entschieden. Die zweite Stufe der Ausschlussfrist betreffend die gerichtliche Anspruchserhebung ist unwirksam, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert

---

<sup>30</sup> Vgl. ErfK/Preis 6. Auflage 2006 § 194-218 Rn. 48 ff mwN

<sup>31</sup> AP Nr 1 zu § 310 BGB; ZIP 2005, 1699-1705; DB 2005, 2136-2141; BB 2005, 2131-2136; EBE/BAG 2005, 155-160; NZA 2005, 1111-1117; NJW 2005, 3305-3310; ZTR 2005, 596-599; BetrAV 2005, 689-692; EzA § 307 BGB 2002 Nr 3; EWiR 2005, 817-818 (Anm. Junker, Abbo); dbr 2005, Nr 12, 40-41 (Anm. Schwerdtfeger, Thomas Gordon); jurisPR-ArbR 48/2005 Anm 2 (Anm. Treber, Jürgen); FA 2005, 340 (L1-4, K); ArbuR 2005, 422 (L2-4)



vom Arbeitgeber gestellt ist (§ 305 Abs. 1 BGB), aber auch dann, wenn die Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt war und der Arbeitnehmer aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Inhalt der Klausel nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Die zweite Stufe der Ausschlussklausel ist nicht bereits gem. §§ 134, 202 Abs. 1 BGB insgesamt nichtig. § 202 Abs. 1 BGB verbietet zwar nicht nur eine im voraus vereinbarte Erleichterung der Verjährung bei Haftung wegen Vorsatz, sondern auch die Vereinbarung entsprechender Ausschlussfristen. Eine Ausschlussfrist kann deshalb nach §§ 202 Abs. 1, 134, 139 BGB teilweise nichtig sein, soweit sie die Haftung wegen Vorsatz mit umfasst. Der Senat hat die zu beurteilende zweite Stufe der Ausschlussfrist aber für teilbar erachtet und ist davon ausgegangen, dass sie nur insoweit unwirksam ist, als sie sich auf die rechtlich klar abgrenzbaren Fälle des gesetzlichen Verbots des § 202 Abs. 1 BGB bezieht. Im Übrigen ist sie wirksam.

Ausschlussfristen können grundsätzlich in Formulararbeitsverträgen (§ 305 Abs. 1 BGB) vereinbart werden. Die zweite Stufe einer Ausschlussfrist, die eine gerichtliche Anspruchserhebung verlangt, verstößt nicht bereits gegen § 309 Nr. 13 BGB. Eine Frist von vier Wochen für die gerichtliche Anspruchserhebung ist jedoch unwirksam, weil eine Frist von weniger als drei Monaten unangemessen kurz ist. Eine Ausschlussfrist, die eine gerichtliche Anspruchserhebung verlangt, weicht i.S. des § 307 Abs. 2 BGB von dem gesetzlichen Verjährungsrecht ab. Zwar lässt § 202 BGB eine Abkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren zu. Eine Klagefrist von vier Wochen ist aber mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar und führt deshalb entgegen den Geboten von Treu und Glauben zu einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers. Bei der Bestimmung der angemessenen Länge der Ausschlussfrist im Rahmen der AGB-Kontrolle ist zu berücksichtigen, dass arbeitsrechtliche Gesetze bevorzugt verhältnismäßig kurze Fristen zur Wahrung von Rechtspositionen vorsehen. Tarifverträge enthalten vielfach gegenüber den gesetzlichen Verjährungsfristen deutlich kürzere Ausschlussfristen von wenigen Wochen bis hin zu mehreren Monaten. Solche Fristen sind in ihrer Gesamtheit als im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten gem. 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen. Einen geeigneten Maßstab stellt die dreimonatige Frist des § 61 b Abs. 1 ArbGG dar. Die Unwirksamkeit der einzelvertraglichen Ausschlussklausel führt zu ihrem ersatzlosen Wegfall bei Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrags im Übrigen. Eine sog. geltungserhaltende Reduktion kommt nach § 306 BGB nicht in Betracht. Daran ändert eine salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag nichts.

Mit dem Urteil vom 25. Mai 2005 (- 5 AZR 572/04 -)<sup>32</sup> hat der Fünfte Senat zudem entschieden, dass die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach den Maßstäben des § 310 Abs. 3 BGB erweitert wird. Ihr unterliegen vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Arbeitnehmer aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Dies folgt daraus, dass der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrags Verbraucher i.S. von § 13 BGB ist und es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen Verbrauchervertrag i.S. von § 310 Abs. 3 BGB handelt. Mit der Definition des Verbrauchers in § 13 BGB hat sich der Gesetzgeber von dem allgemeinen Sprachgebrauch gelöst und eine eigenständige Begriffsbestimmung gewählt. Nach der systematischen Stellung im Allgemeinen Teil des BGB findet § 13 BGB auf alle Arten von Rechtsgeschäften Anwendung. Für die Einordnung des Arbeitnehmers als Verbraucher spricht ferner die Entstehungsgeschichte des § 13 BGB. Der Verbraucherbegriff bietet eine breite Grundlage für die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften. Ihm kommt aber kein abstrakt zu bestimmender Sinn zu. Aufschluss können nur die weiteren Normen geben, die auf die Eigenschaft als Verbraucher abstellen. Der Fünfte Senat hat ferner klargestellt, dass die §§ 305 ff. BGB sich nur auf Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 BGB) und Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) beziehen. Individuelle Vertragsabreden haben gem. § 305 BGB Vorrang. Ihnen gegenüber findet eine Billigkeitskontrolle i.S. einer allgemeinen, nicht auf die Besonderheiten des Falls bezogenen Angemessenheitsprüfung nach § 242 BGB nicht statt. Unberührt bleibt die richterliche Kontrolle bei strukturellen Störungen der Vertragsparität.

Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 31. August 2005 (- 5 AZR 545/04 -)<sup>33</sup> ist eine Ausschlussfrist, die in einem umfangreichen Formulararbeitsvertrag inmitten der Schlussbestimmung nach salvatorischen Klauseln und Schriftformklauseln geregelt ist, nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich, dass der Arbeitnehmer mit ihr nicht zu rechnen braucht. Sie wird gem. § 305 c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Arbeitsvertrags. Der Klausel muss zudem die Folge einer Fristversäumung, d.h. der Verfall der Ansprüche, hinreichend deutlich zu entnehmen sein. Dies folgt wegen der weitreichenden Folgen von Ausschlussfristen aus dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Fünfte Senat hat weiter entschieden, dass eine vorformulierte, einseitige Ausschlussfrist, nach der nur der Arbeitnehmer binnen einer

---

<sup>32</sup> Siehe Fußnote 31

<sup>33</sup> Siehe Fußnote 19

bestimmten Frist Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend zu machen hat, nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist, weil sie den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligt. Es ist nicht ersichtlich, dass die Anspruchsdurchsetzung für den Arbeitgeber schwerer möglich ist als für den Arbeitnehmer. Die einseitig den Arbeitnehmer treffende Erschwerung der Durchsetzung von Ansprüchen und der bei Fristversäumung nur für den Arbeitnehmer vorgesehene völlige Anspruchsverlust widerspricht einer ausgewogenen Vertragsgestaltung.

Im Anschluss an die Entscheidung vom 25. Mai 2005 (- 5 AZR 572/04 -)<sup>34</sup> hat der Fünfte Senat mit Urteil vom 28. September 2005 (- 5 AZR 52/05 -)<sup>35</sup> entschieden, dass eine Ausschlussklausel, die die schriftliche Erhebung aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von zwei Monaten ab Fälligkeit verlangt, den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie ist mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und schränkt wesentliche Rechte, die sich aus der Natur des Arbeitsvertrags ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Eine Frist für die erstmalige Erhebung von Ansprüchen von weniger als drei Monaten ist unangemessen kurz. Für den Fristbeginn darf die einzelvertragliche Ausschlussfrist an die Fälligkeit des Anspruchs anknüpfen. Das entspricht ihrem Zweck, schnell Rechtsklarheit zu schaffen. Der Begriff der Fälligkeit wird von den Gerichten für Arbeitssachen unter Einbeziehung des Kenntnisstandes des Gläubigers und subjektiver Zurechnungsgesichtspunkte interessengerecht bestimmt.

### **i) Zinsen**

Gem. § 288 Abs. 1 BGB ist eine Geldschuld während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Gem. § 288 Abs. 2 BGB beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, 8 Prozentpunkte über den Basiszinssatz.

---

<sup>34</sup> Siehe Fußnote 31

<sup>35</sup> Siehe Fußnote 18

Mit Urteil vom 23. Februar 2005 (- 10 AZR 602/03 -)<sup>36</sup> hat der Zehnte Senat entschieden, dass ein Arbeitsverhältnis kein Rechtsgeschäft i.S. von § 288 Abs. 2 BGB ist und der Arbeitnehmer im Hinblick auf seine Entgeltforderungen aus dem Arbeitsvertrag bei Verzug des Arbeitgebers nur Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen kann. Der höhere Verzugszinssatz von acht Prozentpunkten setzt voraus, dass sich die zu verzinsenden Ansprüche aus Geschäftsvorgängen zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen ergeben, weil der Gesetzgeber mit § 288 Abs. 2 BGB die EU-Richtlinie 2000/35/EG vom 29. Juni 2000 umgesetzt hat, deren Anwendungsbereich auf derartige Geschäftsvorgänge beschränkt ist. Der Zehnte Senat hat offen gelassen, ob ein Arbeitnehmer im Hinblick auf seinen Arbeitsvertrag Verbraucher i.S. des § 13 BGB ist.

## 2. Urlaub

Nach dem niedersächsischem Gesetz über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (NBildUG) ist der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitnehmer für Maßnahmen bezahlt freizustellen, die der politischen, beruflichen, allgemeinen und kulturellen Bildung dienen. Nach einem Urteil des Neunten Senats vom 15. März 2005 (- 9 AZR 104/04 -)<sup>37</sup> kann ein Verkäufer in einem Textilhaus nach § 2 i.V.m. § 5 NBildUG von seinem Arbeitgeber die bezahlte Freistellung für die Teilnahme an den Sprachkursen Schwedisch II und III verlangen. Diese Sprachkurse dienen der allgemeinen Weiterbildung. Die Einbeziehung der allgemeinen Bildung des Arbeitnehmers in den vom niedersächsischen Gesetzgeber aufgestellten Positivkatalog zulässiger Bildungsveranstaltungen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Diese Verpflichtung greift zwar in die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit der Arbeitgeber ein. Diese Beeinträchtigung ist jedoch durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach Maßgabe landesrechtlicher Vorschriften für die Teilnahme an Veranstaltungen der beruflichen oder politischen Bildung freizustellen, mit

---

<sup>36</sup> AP Nr 9 zu § 55 InsO; ZIP 2005, 873-876; EBE/BAG 2005, 84-87; DB 2005, 1339-1340; BB 2005, 1393-1396; NZA 2005, 694-697; BAGReport 2005, 208-211; NZI 2005, 408-410; Eza § 209 InsO Nr 4; DZWIR 2005, 376-380 (Anm. Hollich, Markus); ZTR 2005, 491-492; AR-Blattei ES 50 Nr 19; EWIR 2005, 473-474 (Anm. Lindemann, Silvio); jurisPR-ArbR 34/2005 Anm 2 (Anm. Oesterle, Harald); jurisPR-ArbR 33/2005 Anm 5 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 49/2005 Anm 2 (Anm. Berscheid, Ernst-Dieter); jurisPR-InsR 12/2005 Anm 6 (Anm. Dziesiaty, Frank); jurisPR-InsR 18/2005 Anm 3 (Anm. Berscheid, Ernst-Dieter); FA 2005, 215 (L1-4); SAE 2005, 259 (L1-4); ArbuR 2005, 460 (L1-2,L4)

<sup>37</sup> AP Nr 1 zu § 1 BildungsurlaubsG Niedersachsen (demnächst); EzBAT § 52 BAT Bildungsurlaub Niedersachsen Nr 1; Eza Art 12 GG Nr 46; MDR 2005, 1358-1359; SAE 2005, 272-281 (Anm. Jousen, Jacob); ZTR 2005, 605 (L1); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 114/05 (L1); BB 2005, 1972 (L1); FA 2005, 356 (red.L1-3); BAGReport 2005, 349 (red.L1-2); ArbuR 2005, 385 (K)

dem Grundgesetz vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht hat das Gemeinwohlinteresse an der Förderung der Arbeitnehmerweiterbildung u.a. damit begründet, lebenslanges Lernen werde unter den Bedingungen fortwährenden und sich beschleunigenden technischen und sozialen Wandels zur Voraussetzung individueller Selbstbehauptung und gesellschaftlicher Anpassungsfähigkeit im Wechsel der Verhältnisse<sup>38</sup>. Diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts treffen nach der Entscheidung des Neunten Senats für die allgemeine Weiterbildung in gleicher Weise zu. Sie dient der Persönlichkeitsbildung des Arbeitnehmers und kann zum Ziel gesetzgeberischer Maßnahmen gemacht werden. Die Allgemeinbildung des Beschäftigten steht nicht außerhalb der Verantwortungsbeziehung zum Arbeitgeber. Sie kommt ihm zumindest mittelbar zugute. Der Erwerb von Wissen im organisierten Lernprozess fördert die geistige Beweglichkeit der Arbeitnehmer. Die für den Arbeitgeber eintretenden Belastungen hat der Gesetzgeber angemessen berücksichtigt, indem er u.a. die Inanspruchnahme bezahlter Freistellung für Veranstaltungen mit Freizeitwert ausgeschlossen hat.

Nach dem gesetzlichen Urlaubsrecht ist nicht gewährter Urlaub bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Beginnt für einen Arbeitnehmer in Altersteilzeit die Blockfreizeit, liegt hierin nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 15. März 2005 (- 9 AZR 143/04 -)<sup>39</sup> keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Offene Urlaubsansprüche sind daher nach der gesetzlichen Regelung nicht abzugelten. Das Risiko, dass ein Urlaub wegen andauernder Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Freistellungsphase nicht mehr eingebracht werden kann, trägt der Arbeitnehmer. Eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 4 BUrlG ist nicht geboten. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke. So hat der Gesetzgeber zum Beispiel im Mutterschutzrecht die Fristen für den Verfall von Urlaubsansprüchen verlängert (§ 17 MuSchG). Obwohl im Blockmodell der Altersteilzeitarbeit vergleichbare Probleme auftreten, hat er davon abgesehen, im Altersteilzeitgesetz eine entsprechende Regelung zu treffen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet keine analoge Anwendung des § 7 Abs. 4 BUrlG. Es liegt keine unzulässige Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer im Blockmodell und derjenigen vor, die während der Altersteilzeit durchgehend mit verringerter Arbeitszeit weiter arbeiten. Beide Fallgestaltungen sind aufgrund ihrer tatsächlichen und rechtlichen unterschiedlichen Ausgestaltung nicht miteinander ver-

---

<sup>38</sup> BVerfG 15. Dezember 1997 - 1 BvR 563/82 u.a. - BVerfGE 77, 308

<sup>39</sup> AP Nr 31 zu § 7 BUrlG (demnächst); DB 2005, 1858-1860; EBE/BAG 2005, 142-144; NZA 2005, 994-996; BAGReport 2005, 298-300; ZTR 2005, 530-532; EzBAT TV Altersteilzeit Nr 35; DZWIR 2005, 504-506 (Anm. Weisemann, Ulrich); sj 2005, Nr 24, 38 (Anm. Leising, Marion); jurisPR-ArbR 48/2005 Anm 1 (Anm. Thau, Jens T.); BB 2005, 2584 (L1); SAE 2005, 296 (L1); EzA-SD 2005, Nr 16, 4-5 (L1, red.L1-5); FA 2005, 324 (L1); ArbuR 2005, 425 (L1); MDR 2005, 1234 (L1)

gleichbar. Der Bundesangestelltentarifvertrag und der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeit vom 5. Mai 1998 enthalten keine abweichende Regelung.

Mit Urteil vom 10. Mai 2005 (- 9 AZR 251/04 -)<sup>40</sup> hat der Neunte Senat entschieden, dass ein ehrenamtlicher Helfer des technischen Hilfswerks (THW) der während seines Erholungsurlaubs zu einem Einsatz herangezogen wird, gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Nachgewährung der Urlaubstage hat, an denen er für das THW Dienst verrichten muss. Zwar geht der durch die Festlegung des Arbeitgebers konkretisierte Freistellungsanspruch des ehrenamtlichen Helfers des THW nach § 243 Abs. 2 i.V.m. § 275 Abs. 1 BGB ersatzlos unter, wenn der Helfer während des Erholungsurlaubs zum Dienst für das THW herangezogen wird. Diese Unmöglichkeit hat der Arbeitgeber nicht nach § 280 Abs. 1 BGB zu vertreten, denn grundsätzlich fallen alle urlaubsstörenden Ereignisse als Teil des persönlichen Lebensschicksals in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers. § 9 BUrlG, der vorsieht, dass Zeiten der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit auf den Jahresurlaub nicht anzurechnen sind, ist weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Der Arbeitnehmer ist jedoch aufgrund des Benachteiligungsverbots des § 3 Abs. 1 Satz 1 THW - Helferrechtsgesetz so zu stellen, dass der Arbeitgeber den festgelegten Urlaub nicht anrechnet, sondern erneut gewährt. Hat der Arbeitnehmer diesen Anspruch innerhalb des Übertragungszeitraums geltend gemacht, der Arbeitgeber ihn aber abgelehnt, so gerät der Arbeitgeber in Schuldnerverzug. Dies hat zur Folge, dass er diesen Urlaub nach Ablauf des Übertragungszeitraums im Wege des Schadensersatzes als Ersatzurlaub gewähren muss (§§ 275 Abs. 1, 280 Abs. 1, 286 Abs. 1 Satz 1, 287 Satz 2, 249 Abs. 1 BGB).

### 3. Altersteilzeit

Nach § 41 BAT-O erhält beim Tod des Angestellten u.a. der überlebende Ehegatte als Sterbegeld die Vergütung (§ 26 BAT-O) für die restlichen Kalendertage des Sterbemonats und für zwei weitere Monate. Nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 12. Mai 2005 (- 6 AZR 311/04 -)<sup>41</sup> berechnet sich der Anspruch des Hinterbliebenen auf Sterbegeld nach § 41 BAT-O bei Angestellten in Altersteilzeit nach den Teilzeitbezügen und zwar unabhängig davon, ob der Tod des im Blockmodell in Altersteilzeit beschäftigten Angestellten in der Arbeitsphase oder in der Freistellungsphase eingetreten ist.

---

<sup>40</sup> EBE/BAG &, 2006, 6-8; EzA-SD 2005, Nr 25, 11 (L1); PERSONAL 2005, Nr 6, 61 (K); ArbRB 2005, 161 (K); SuP 2005, 400 (K); FA 2005, 224 (K); ZTR 2005, 415 (K); ArbN 2005, Nr 5, 37 (K)

<sup>41</sup> AP Nr 1 zu § 41 BAT-O (demnächst); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 159/05 (L1); DB 2005, 2698 (red.L1-2)

Dies ergibt die Auslegung des § 41 BAT-O. Auch während der Zeit, in der der Arbeitnehmer im Blockmodell vollbeschäftigt arbeitet, erhält er bereits das verminderte Entgelt. Das ist seine Vergütung i.S. des § 26 BAT-O. Er arbeitet vor, um in der Freistellungsphase weiter wie ein Teilzeitbeschäftigter vergütet zu werden, obwohl er nicht arbeitet. Dem entspricht, dass das Sterbegeld an den Lebensstandard des verstorbenen Angestellten im Zeitpunkt des Todes anknüpft. Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 9 Abs. 3 des Tarifvertrags zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 15. Mai 1998 (TV ATZ). Nach dieser Vorschrift ist die Differenz zu der Vergütung, die der Arbeitnehmer ohne die Altersteilzeit verdient hätte, nachzuzahlen, wenn das Altersteilzeitarbeitsverhältnis durch Tod während der Arbeitsphase des Blockmodells endet. Dies führt nicht dazu, dass sich die Höhe des Sterbegelds gem. § 41 BAT-O nach der Vollzeitvergütung bestimmt. § 9 Abs. 3 TV ATZ regelt abschließend die arbeitsrechtlichen Folgen der vorzeitigen Beendigung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Blockmodell. Ein Bezug zu § 41 BAT-O bzw. § 26 BAT-O ist nicht hergestellt.

Im Anschluss an die Rechtsprechung des Neunten Senats<sup>42</sup> hat der Zehnte Senat mit Urteil vom 23. Februar 2005 (- 10 AZR 602/03 -)<sup>43</sup> entschieden, dass, soweit in einem Altersteilzeitverhältnis nach dem Blockmodell die Arbeitsphase in die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers fällt, die Ansprüche des Arbeitnehmers für diese Zeit Masseverbindlichkeiten i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO sind. Dies gilt auch für die Aufstockungsleistungen und die Aufstockungsbeiträge zur Rentenversicherung und unabhängig davon, ob der Insolvenzverwalter die Arbeitsleistung in Anspruch genommen hat. Die Masseverbindlichkeiten können nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) nicht mehr im Wege der Leistungsklage eingefordert werden. Dies folgt aus dem Vollstreckungsgebot des § 210 InsO. Der Arbeitnehmer kann nur noch die Feststellung der Ansprüche als Masseverbindlichkeiten erreichen. Eine wirksame Anzeige der Masseunzulänglichkeit kann grundsätzlich nur nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter erfolgen. Allerdings kann häufig schon der vorläufige Insolvenzverwalter die Frage der Masseunzulänglichkeit beurteilen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er vom Insolvenzgericht mit der Erstattung eines Gutachtens gem. § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO be-

---

<sup>42</sup> BAG 19. Oktober 2004 (- 9 AZR 645/03 -) ZIP 2005, 457-460; NZA 2005, 527-529; jurisPR-ArbR 33/2005 Anm 5 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 49/2005 Anm 2 (Anm. Berscheid, Ernst-Dieter); jurisPR-InsR 8/2005 Anm 5 (Anm. Berscheid, Ernst-Dieter); jurisPR-InsR 12/2005 Anm 6 (Anm. Dzielaty, Frank); jurisPR-InsR 18/2005 Anm 3 (Anm. Berscheid, Ernst-Dieter); AiB 2004, 709 (K); AuA 2004, Nr 12, 45 (K); ArbuR 2005, 460 (red.L1); ArbRB 2004, 358 (K); FA 2005, 25 (K); EzA-SD 2005, Nr 8, 17 (red.L1)

<sup>43</sup> Siehe Fußnote 36

auftragt wurde. Hat der vorläufige Insolvenzverwalter bereits in diesem von ihm zu erstellenden Gutachten Masseunzulänglichkeit festgestellt und dem Insolvenzgericht angezeigt, so ist eine erneute Anzeige nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausnahmsweise entbehrlich, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter zum Insolvenzverwalter bestellt wird und das Insolvenzgericht die Massearmut im Eröffnungsbeschluss feststellt. Der Zehnte Senat hat weiter entschieden, dass dann, wenn ein Insolvenzverwalter das Altersteilzeitverhältnis nicht zum ersten Termin kündigt, zu dem ihm dies nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit rechtlich möglich ist, für die Folgezeit Neumasseverbindlichkeiten entstehen. Dies gilt auch dann, wenn der Verwalter die Arbeitsleistung nicht in Anspruch nimmt, sondern den Arbeitnehmer von der Arbeit freistellt. Der Senat hält daran fest, dass sich aus § 1 KSchG ein rechtliches Hindernis für die Kündigung nicht entnehmen lässt<sup>44</sup>. Neumasseverbindlichkeiten können grundsätzlich im Wege der Leistungsklage geltend gemacht werden.

#### 4. Vertragsstrafe

Im Anschluss an seine Entscheidung vom 4. März 2004 (- 8 AZR 196/03 -)<sup>45</sup> war der Achte Senat im Berichtszeitraum erneut mit der Frage der Wirksamkeit von Vertragsstrafenversprechen befasst. Mit Urteil vom 21. April 2005 (- 8 AZR 425/04 -)<sup>46</sup> hat er entschieden, dass eine Vertragsstrafe unwirksam ist, die durch "schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses veranlasst", verwirkt wird. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist inhaltlich gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Die genannte Vertragsstrafenabrede ist wegen mangelnder Bestimmtheit unwirksam, weil sie nicht erkennen

---

<sup>44</sup> Vgl. BAG 31. März 2004 - 10 AZR 253/03 - AP InsO § 209 Nr. 3

<sup>45</sup> BAGE 110, 8-27; AP Nr 3 zu § 309 BGB (Anm. von Koppenfels-Spies, Katharina); ZIP 2004, 1277-1285; ZGS 2004, 275-280; NZA 2004, 727-734; DB 2004, 1616-1620; BAGReport 2004, 249-255; BB 2004, 1740-1747 (Anm. Melot de Beauregard, Paul); sj 2004, Nr 19, 38-39; ZTR 2004, 479-481; MDR 2004, 1062-1063; EzA § 309 BGB 2002 Nr 1 (Anm. Thüsing, Gregor); DRsp VI(604) 226a-d; AR-Blattei ES 1710 Nr 17; SAE 2005, 148-157 (Anm. v Hoyningen-Huene, Gerrick); ArbRB 2004, 231 (Anm. Range-Ditz, Daniela); AuA 2004, Nr 4, 45-46 (Anm. Laws, Ralf); EWiR 2004, 789-790 (Anm. Schaub, Günter); JuS 2004, 1031-1032 (Anm. Boemke, Burkhard); jurisPR-ArbR 34/2004 Anm 1 (Anm. Brors, Christiane); jurisPR-ArbR 12/2005 Anm 2 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 44/2005 Anm 5 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 50/2005 Anm 1 (Anm. Hamann, Wolfgang)

<sup>46</sup> AP Nr 3 zu § 307 BGB; NZA 2005, 1053-1056; AiB 2005, 633-635 (Anm. Mayer, Udo); BAGReport 2005, 295-298; EzA § 309 BGB 2002 Nr 3; BB 2005, 2822-2824; AuA 2005, 619-620 (Anm. Holtkamp, Werner); jurisPR-ArbR 44/2005 Anm 5 (Anm. Beckmann, Dirk); jurisPR-ArbR 50/2005 Anm 1 (Anm. Hamann, Wolfgang); DB 2005, 1913 (red.L1-4); NJW-Spezial 2005, 421-422 (red.L1, K); AuA 2005, 619-620 (red.L1-2, K); FA 2005, 350-351 (red.L1-4)



lässt, durch welche Pflichtverletzung die Vertragsstrafe verwirkt wird. Die auslösende Pflichtverletzung muss so klar bezeichnet sein, dass sich der Versprechende darauf einstellen kann. Globale Strafversprechen, die auf die Absicherung aller vertraglichen Pflichten zielen, sind unwirksam. Die genannte Vertragsstrafenregelung ist auch inhaltlich unangemessen. Unangemessen i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird. Die Vertragsstrafenregelung wird nicht den Interessen beider Arbeitsvertragsparteien gerecht, weil sie einseitig an die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers anknüpft. Hierfür fehlt es an einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers. Bei einem schuldhaft vertragswidrigen Verhalten, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung veranlasst, wird der Interessenausgleich in erster Linie durch die Möglichkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitgebers herbeigeführt. Eine Vertragsstrafe, die durch jedes schuldhaft, vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers verwirkt wird, das den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung veranlasst, zielt auf die Absicherung aller vertraglichen Pflichten und enthält eine unangemessene Übersicherung.

Nach einem Urteil des Achten Senats vom 18. August 2005 (- 8 AZR 65/05 -)<sup>47</sup> ist eine Regelung, wonach eine Vertragsstrafe im Falle eines gravierenden Vertragsverstoßes („etwa gegen das Wettbewerbsverbot ...“) in jedem Einzelfall in Höhe des ein- bis dreifachen Monatsgehalts verwirkt wird, gem. 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Hierin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers, denn das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers innerhalb des von ihm gesetzten Rahmens ist unbillig und nicht gerechtfertigt. Es fehlt bereits an einem angemessenen Rahmen, weil eine Vertragsstrafe für jeden Einzelfall eines Wettbewerbsverstoßes in Höhe von ein- bis drei Monatsgehältern nicht mehr als angemessen angesehen werden kann, sondern eine unangemessene Übersicherung enthält. Dient die Vertragsstrafe in erster Linie zur bloßen Schöpfung neuer, vom Sachinteresse des Verwenders losgelöster Geldforderungen, fehlt es an einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers.

## 5. Schadensersatz und Haftung

Personen, deren Arbeitsverhältnis endet, müssen sich schon vor Inanspruchnahme von Leistungen der Agentur für Arbeit nach Maßgabe des § 37 b SGB III unverzüglich

---

<sup>47</sup> EzA-SD 2005, Nr 25, 8-9

nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts arbeitsuchend melden. Im Falle eines befristeten Arbeitsverhältnisses hat die Meldung frühestens drei Monate vor dessen Beendigung zu erfolgen. Die Verletzung der Pflicht führt bei Eintritt der Arbeitslosigkeit zur Minderung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld (§ 140 SGB III). Arbeitgeber sollen die Arbeitnehmer nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses frühzeitig über diese Verpflichtung zur unverzüglichen Meldung informieren. Mit Urteil vom 29. September 2005 (- 8 AZR 571/04 -)<sup>48</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber kein Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Aufklärung über die Pflicht, sich frühzeitig arbeitsuchend zu melden, zusteht. Die Verletzung der Hinweispflicht aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III durch den Arbeitgeber führt nicht zu einem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. Die Hinweispflicht bezweckt nicht den Schutz des Vermögens des Arbeitnehmers und konkretisiert nicht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Eine Begünstigung des einzelnen Arbeitnehmers aus § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III tritt lediglich als Rechtsreflex ein. Es handelt sich zudem um eine Soll-Vorschrift. Systematische Stellung und Normzweck sprechen für einen rein sozialrechtlichen Regelungszusammenhang. § 37 b SGB III begründet hinsichtlich der Meldepflicht eine sozialrechtliche Pflicht eindeutig zu Lasten des Arbeitnehmers. Dieser muss die Pflicht eigenverantwortlich erfüllen und sich dabei ggf. Kenntnisse über seine sozialversicherungsrechtlichen Pflichten bzw. Obliegenheiten verschaffen. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III verlagert diese Pflicht nicht auf den Arbeitgeber. Die Rechtsfolgen der verspäteten Meldung nach § 140 SGB III, die von der Informationspflicht des Arbeitgebers nicht erfasst werden, treffen nur den säumigen Arbeitnehmer. Bei § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III handelt es sich nicht um eine Schutznorm gem. § 823 Abs. 2 BGB. Eine aus § 242 BGB abgeleitete, allgemeine vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer über eine frühzeitige Meldung bei der Agentur für Arbeit zu informieren, besteht nicht.

Der Neunte Senat hatte über die Haftung eines Arbeitgebers zu befinden, der den Kauf von nicht börsennotierten Belegschaftsaktien der Muttergesellschaft durch die Gewährung von zweckgebundenen zinsgünstigen Darlehen gefördert hat. Mit Urteil vom 4. Oktober 2005 (- 9 AZR 598/04 -)<sup>49</sup> hat er entschieden, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitnehmer über die besonderen Risiken des Erwerbs nicht handel-

---

<sup>48</sup> NZA 2005, 1406-1409; DB 2005, 2751-2753; EzA-SD 2005, Nr 26, 16 (L1, red.L1-3); ArbuR 2005, 413 (K); AuA 2005, 677 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 11, 3-4 (K); ZMV 2005, 306-307 (K); DStR 2005, 2191 (K); FA 2005, 378 (K); Vgl. auch die Parallelentscheidung BAG 29. September 2005 - 8 AZR 49/05 - (Noch) nicht veröffentlicht

<sup>49</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

barer Aktien aufzuklären. Dies betrifft nicht nur den Umstand der fehlenden Börseneinführung, sondern auch den Umstand, dass ohne Börseneinführung die Unternehmensbeteiligung am Markt nicht gehandelt werden kann und mit dem zusätzlichen Risiko verbunden ist, wirtschaftlich nicht verwertet werden zu können. Diese Aufklärungspflicht folgt aus der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (§ 241 Abs. 2 BGB nF). Grundsätzlich kann und muss ein Arbeitnehmer nicht davon ausgehen, dass sein Arbeitgeber ihm durch die Finanzierung von Belegschaftsaktien möglicherweise wirtschaftlich sinnlose Investitionen andient. Die schuldhaftige Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Arbeitgeber führt zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers. Dieser kann vom Arbeitgeber verlangen, von der wirtschaftlich sinnlos eingegangenen Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehens Zug um Zug gegen Rückgabe der Aktien befreit zu werden. Dem Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, dass die Muttergesellschaft die Arbeitgeberin auf sich verschmilzt und es so zu einem nach § 71 AktG unzulässigen Erwerb eigener Aktien kommt. Dies folgt daraus, dass § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG anordnet, dass von der Gesamtrechtsnachfolge die Ansprüche ausgenommen sind, die ihrer Natur nach nicht auf einen Gesamtrechtsnachfolger übergehen. Die Verschmelzung bedeutet nicht, dass die an ihr beteiligten Rechtsträger sich hierdurch ihren Schadensersatzansprüchen entziehen können. Der Schadensersatzanspruch geht dem aktienrechtlichen Gebot der Kapitalerhaltung vor.

Fällt eine in der Rechtsform einer GmbH betriebene Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft in Insolvenz, so können nach einem Urteil des Achten Senats vom 24. November 2005 (- 8 AZR 1/05 -)<sup>50</sup> die Mitarbeiter für den Ausfall ihrer Ansprüche grundsätzlich weder die Gesellschafter noch den Geschäftsführer der Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft persönlich in Anspruch nehmen. Diese haften nur dann persönlich, wenn ein besonderer Haftungsgrund gegeben ist. Ein solcher wird ausnahmsweise anerkannt, wenn Vertreter, Vermittler oder Sachwalter in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen haben oder ein unmittelbares eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Geschäfts hatten. Diese Voraussetzungen hat der Achte Senat verneint.

---

<sup>50</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

## 6. Ausgleichsquittung

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterzeichnen Arbeitnehmer oftmals eine „Ausgleichsquittung“. Mit Urteil vom 23. Februar 2005 (- 4 AZR 139/04 -)<sup>51</sup> hat der Vierte Senat entschieden, dass eine vom Arbeitgeber vorformulierte Klausel, nach der sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und aus dessen Beendigung, gleich aus welchem Rechtsgrund sie entstanden sein mögen, abgegolten und erledigt sind, gem. § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil geworden ist. Nach § 305 c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Die genannte Vertragsklausel, die als negatives Schuldanerkenntnis i.S. von § 397 Abs. 2 BGB auszulegen ist, wird nicht Vertragsinhalt, wenn der Arbeitgeber sie in eine Erklärung mit falscher oder missverständlicher Überschrift - hier: „Rückgabe Ihrer Unterlagen“ - ohne besonderen Hinweis oder drucktechnische Hervorhebung einfügt. Zudem wurde das negative Schuldanerkenntnis dem Arbeitnehmer anlässlich eines Termins vorgelegt, der allein zum Zweck der Übergabe seiner Arbeitspapiere vereinbart worden war. Er konnte nicht davon ausgehen, er solle bei diesem Termin noch weitere, auch rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben.

## 7. Zeugnis

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu erteilen. Auf Verlangen des Arbeitnehmers muss sich das Zeugnis auf Leistung und Führung erstrecken (bis zum 31. Dezember 2002 §§ 73 HGB, 113 GewO, 630 BGB; seit dem 1. Januar 2003 § 109 GewO). Nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 10. Mai 2005 (- 9 AZR 261/04 -)<sup>52</sup> darf der Arbeitgeber in einem Zeugnis die Elternzeit eines Arbeitnehmers erwähnen, sofern sich die Ausfallzeit als eine wesentliche tatsächliche Unterbrechung der Beschäftigung darstellt. Dies folgt aus dem Grundsatz der Zeugniswahrheit. Erheb-

---

<sup>51</sup> AP Nr 42 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie; BB 2005, 1795-1800; DB 2005, 2025-2028; NZA 2005, 1193-1199; MDR 2005, 1300-1302; AR-Blattei ES 1020 Nr 378; EzA-SD 2005, Nr 16, 15-16 (L1-3, red.L1-10); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 105/05 (L1-3); ArbuR 2005, 383 u. 386 (L1-3); FA 2005, 354-355 (L1-3, red.L1-10); BAGReport 2005, 351 (red.L1-3); ZAP EN-Nr 852/2005 (L3)

<sup>52</sup> AP Nr 30 zu § 630 BGB (demnächst); EzA-SD 2005, Nr 21, 6-8; EBE/BAG 2005, 163-165; DB 2005, 2474-2476; NZA 2005, 1237-1239; NJW 2005, 3659-3661; BB 2005, 2755-2756

liche Ausfallzeiten eines Arbeitnehmers sind vom Arbeitgeber im Zeugnis zu dokumentieren, wenn ansonsten bei Dritten der falsche Eindruck erweckt würde, die Beurteilung des Arbeitnehmers beruhe auf einer der Dauer des rechtlichen Bestands des Arbeitsverhältnisses entsprechenden tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung. Lediglich dann, wenn sich der beurteilende Arbeitgeber nach seiner Einschätzung in der Lage sieht, trotz der wesentlichen Ausfallzeiten des Arbeitnehmers, diese im Zeugnis objektiv zu beurteilen, bedürfen sie keiner Erwähnung. Eine schematische Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Ausfallzeiten kann nicht gezogen werden. Die Erwähnung, dass ein Arbeitnehmer sich während eines 50 Monate dauernden Arbeitsverhältnisses 33 1/2 Monate im Erziehungsurlaub befunden hat, hat der Neunte Senat für zulässig erachtet. Hierin liegt weder eine ungerechtfertigte Erschwerung des beruflichen Fortkommens noch eine Benachteiligung i.S. von § 612 a BGB.

## **IV. Schutz vor Benachteiligung**

### **1. Benachteiligung wegen des Geschlechts**

Nach 612 Abs. 3 Satz 1 BGB darf bei einem Arbeitsverhältnis für gleiche oder gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Nach herrschender Meinung gibt § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB dem diskriminierten Arbeitnehmer einen Anspruch auf diejenige Vergütung, die Arbeitnehmer des anderen Geschlechts erhalten, die gleiche oder gleichwertige Arbeit erbringen<sup>53</sup>.

Der Vierte Senat war mit der Frage befasst, ob eine Reinigungskraft einer karitativen Einrichtung die gleiche Vergütung wie ein Pförtner dieser Einrichtung verlangen kann. Auf das Arbeitsverhältnis fanden die Arbeitsvertragsrichtlinien des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche in Deutschland (AVR DW) Anwendung. Die AVR DW waren durch Aufnahme einer Anlage 18 so geändert worden, dass bestimmte Vergütungsgruppen, einschließlich derjenigen, in welche die Reinigungskraft bisher eingruppiert war, aufgehoben wurden. Sie wurde in einen neuen in der Anlage 1d geregelten Berufsgruppenkatalog W eingruppiert. Die Grundvergütung in den neuen Vergütungsgruppen W ist deutlich geringer als in den bisherigen Vergütungsgruppen. Die Pförtner wurden nicht in den Berufsgruppenkatalog W eingruppiert, sondern verbleiben in der

---

<sup>53</sup> Vgl. nur BAG 10. Dezember 1997 - 4 AZR 264/06 - BAGE 87,272

Vergütungsgruppe A IX b. Mit Urteil vom 26. Januar 2005 (- 4 AZR 171/03 -)<sup>54</sup> hat der Vierte Senat entschieden, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Vergütung entsprechend der Vergütungsgruppe A VIII der AVR DW hat. Ein solcher Anspruch folgt nicht aus § 612 Abs. 3 Satz 1 BGB. Die Reinigungskraft übt keine gleichwertigen Tätigkeiten wie die bei der karitativen Einrichtung angestellten Pförtner aus. Arbeiten sind gleichwertig, wenn sie nach objektiven Maßstäben der Arbeitsbewertung denselben Arbeitswert haben. Ob Arbeiten gleichwertig sind, kann nur festgestellt werden, indem die geschuldeten Tätigkeiten insgesamt miteinander verglichen werden. Für die qualitative Wertigkeit einer Arbeit ist u.a. das Maß der erforderlichen Vorkenntnisse und Fähigkeiten nach Art, Vielfalt und Qualität bedeutsam. Zum Anforderungsprofil der Pförtner, nicht aber zu dem der Reinigungskräfte gehörte u.a. die Beherrschung der deutschen Sprache und EDV-Kenntnisse. Weiter liegt nach der Entscheidung des Vierten Senats selbst bei unterstellter gleichwertiger Tätigkeit eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht vor, auch wenn man davon ausgeht, dass in der Gruppe der der Berufsgruppeneinteilung W unterfallenden Reinigungskräfte die Anzahl der weiblichen Arbeitnehmer im Vergleich zu der Gruppe der Pförtner im Geltungsbereich der AVR DW signifikant höher ist. Die Einführung der Berufsgruppeneinteilung W ist durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Ziel ist es, eine an der gewerblichen Wirtschaft orientierte Vergütungsstruktur zu schaffen, um Auslagerungen von Wirtschaftszweigen aus dem Bereich der Diakonie aus Kostengründen in Zukunft zu vermeiden. Diese Gefahr besteht bei Pförtnern nicht. Die Einführung der Berufsgruppeneinteilung W dient dem Erhalt der Arbeitsplätze in den Wirtschaftsbereichen innerhalb des Diakonischen Werks.

## 2. Benachteiligung wegen einer Schwerbehinderung

Nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Satz 1 SGB IX hat ein schwerbehinderter Bewerber, der bei der Einstellung wegen seiner Schwerbehinderteneigenschaft diskriminiert wurde, Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von bis zu drei Monatsgehältern, wenn er auch bei benachteiligungsfreier Personalauswahl nicht eingestellt worden wäre. Damit soll der durch die Diskriminierung entstehende immaterielle Schaden ausgeglichen werden. Dies unterliegt nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 15. Februar

---

<sup>54</sup> AP Nr 1 zu AVR Diakonisches Werk Anlage 18; NZA 2005, 1059-1064; DB 2005, 2301-2303; EzA § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr 5; EzBAT § 8 BAT Gleichbehandlung Nr 64; AR-Blattei ES 960 Nr 75; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 93/05 (L1); BB 2005, 1972 (L1); ArbuR 2005, 383 (L1); FA 2005, 322 (red.L1-5); BAGReport 2005, 382-383 (red.L1); ZMV 2005, 326 (K)

2005 (- 9 AZR 635/03 -)<sup>55</sup> keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich nicht um eine nach dem Rechtsstaatsprinzip bedenkliche Zivilstrafe. Jede Diskriminierung wegen Schwerbehinderung stellt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar, die auch nach allgemeinen Grundsätzen zu Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen führen würde. Der Anspruch auf Entschädigung ist nach § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SGB IX innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Ablehnung schriftlich geltend zu machen. Nach der Entscheidung des Neunten Senats wird diese Frist eingehalten, wenn der Bewerber vor Fristablauf schriftlich zum Ausdruck bringt, eine Entschädigung wegen Diskriminierung zu verlangen. Die Angabe der genauen Höhe ist nicht erforderlich. Gem. § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 SGB IX trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf die Behinderung bezogene Gründe seine Einstellungsentscheidung rechtfertigen, wenn der Bewerber glaubhaft macht, wegen seiner Behinderung benachteiligt worden zu sein. Hierzu hat der Neunte Senat weiter entschieden, dass der klagende Bewerber die Beweislast des Arbeitgebers dadurch herbei führen kann, dass er Hilfstatsachen darlegt und ggf. unter Beweis stellt, die eine Benachteiligung wegen der Schwerbehinderteneigenschaft vermuten lassen. Eine solche Benachteiligung ist stets zu vermuten, wenn der Arbeitgeber gegen § 81 Abs. 1 Satz 4 und 6 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung im Bewerbungsverfahren nicht beteiligt. Aufgabe der Schwerbehindertenvertretung ist es, durch einen Vergleich der Qualifikation die benachteiligungsfreie Stellenbesetzung zu überprüfen. Unterrichtet der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung nicht, kann sie diese Aufgabe nicht erfüllen. Dies begründet eine Vermutung für die Benachteiligung des schwerbehinderten Stellenbewerbers.

Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX hat der Arbeitgeber den schwerbehinderten Arbeitnehmer so zu beschäftigen, dass dieser seine Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiter entwickeln kann. Nach einem Urteil des Neunten Senats vom 10. Mai 2005 (- 9 AZR 230/04 -)<sup>56</sup> umfasst dieser besondere Beschäftigungsanspruch auch Arbeitsplätze, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht aufgrund seines Weisungsrechts zuweisen kann. Einer vorherigen Änderung des Arbeitsvertrags bedarf es dazu nicht. Der besondere Beschäftigungsanspruch entsteht unmittelbar

---

<sup>55</sup> AP Nr 7 zu § 81 SGB IX; NZA 2005, 870-873; EBE/BAG 2005, 125-128; DB 2005, 1802-1804; BAG-Report 2005, 275-277; dbr 2005, Nr 10, 41 (Anm. Friedrich, Günter); Behindertenrecht 2005, 168-172; EzBAT § 8 BAT Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers Nr 38; EZA § 81 SGB IX Nr 6; ZTR 2005, 599-602; AR-Blattei ES 1440 Nr 134; BB 2005, 2816-2819; jurisPR-ArbR 38/2005 Anm 1 (Anm. Kohte, Wolfhard); ArbuR 2005, 344 (L1-4); AiB Newsletter 2005, Nr 8, 6 (red.L1-3); FA 2005, 288 (L1-4); PersF 2005, Heft 11, 93 (L1, L4)

<sup>56</sup> AP Nr 8 zu § 81 SGB IX (demnächst); EZA-SD 2005, Nr 23, 15-16 (L1, red.L1-5); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 147/05 (L1)

kraft Gesetzes und kann ohne vorherige Vertragsänderung geltend gemacht werden. Die Darlegungs- und Beweislast zur Durchsetzung des Anspruchs ist abgestuft. Der Anspruch ist schlüssig vorgetragen, wenn der Arbeitnehmer unter Darlegung seines eingeschränkten Leistungsvermögens seine Weiterbeschäftigung geltend macht und Beschäftigungsmöglichkeiten aufzeigt, die seinen Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechen sollen. Hierauf hat sich der Arbeitgeber substantiiert einzulassen und die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass keine für den Arbeitnehmer geeignete behinderungsgerechte Beschäftigung besteht. Hierzu gehört die Darlegung, dass kein entsprechender freier Arbeitsplatz vorhanden ist und auch nicht durch Versetzung frei gemacht werden kann. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer, die Tatsachen zu konkretisieren und ggf. zu beweisen, aus denen gleichwohl auf eine bestehende Beschäftigungsmöglichkeit zu schließen ist. Will der Arbeitgeber geltend machen, die Beschäftigung des Arbeitnehmers sei unzumutbar, trägt er für diesen anspruchsausschließenden Grund die Beweislast. Der Senat hat weiter entschieden, dass der Arbeitnehmer im Klageantrag in prozessual zulässiger Weise mehrere Beschäftigungsmöglichkeiten auflisten darf. Ein solcher Antrag ist hinreichend bestimmt. Der Arbeitnehmer überlässt dann im Rahmen der angegebenen Beschäftigungsmöglichkeiten die Entscheidung über seinen künftigen Arbeitseinsatz dem Arbeitgeber. Dies entspricht dem materiellen Recht. Das Schwerbehindertenrecht räumt grundsätzlich keinen Anspruch auf einen selbstbestimmten Arbeitsplatz ein.

Der Arbeitgeber ist nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX zur behinderungsgerechten Ausgestaltung des Arbeitsplatzes verpflichtet. Ein Verstoß gegen diese Pflicht führt nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 4. Oktober 2005 (- 9 AZR 632/04 -)<sup>57</sup> nicht zur Begründung von Annahmeverzug. Der Arbeitgeber hat Annahmeverzugslohn zu zahlen, wenn er die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung nicht annimmt. Kein Annahmeverzug wird begründet, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die an dem zugewiesenen Arbeitsplatz anfallenden Tätigkeiten auszuführen (§ 297 BGB). Kann der Arbeitnehmer davon nur einen Teil verrichten, gerät der Arbeitnehmer nicht in Annahmeverzug, es sei denn, dem Arbeitnehmer kann ein anderer Arbeitsplatz zugewiesen werden, den dieser ausfüllen kann (§ 106 GewO). Der Arbeitgeber ist regelmäßig nicht gehalten, dazu seine Arbeitsorganisation zu ändern oder den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers mit technischen Arbeitshilfen auszustatten. Verletzt der Arbeitgeber die Pflicht zur behinderungsgerechten Ausgestaltung des Arbeitsplatzes nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, 4 und 5 SGB IX macht er sich jedoch schadens-

---

<sup>57</sup> (Noch) nicht veröffentlicht



ersatzpflichtig. Er schuldet dann die entgangene Vergütung als Schadensersatz nach § 280 BGB i.V.m. § 81 Abs. 4 SGB IX, es sei denn, die behinderungsgerechte Einrichtung des Arbeitsplatzes wäre ihm unzumutbar oder sie wäre mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX).

## V. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 1. Befristung

Die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverhältnisse ist grundsätzlich im Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt. Dieses unterscheidet zwischen Befristung mit Sachgrund (§ 14 Abs. 1 TzBfG) und Befristungen ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes (§ 14 Abs. 2 und 3 TzBfG). Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Sachgrund gem. § 14 Abs. 2 TzBfG nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Im Anschluss an seine Rechtsprechung zur Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 BeschFG in der Fassung des Gesetzes vom 25. September 1996<sup>58</sup> hat der Siebte Senat mit Urteil vom 10. November 2004 (- 7 AZR 101/04 -)<sup>59</sup> entschieden, dass Arbeitgeber i.S.d. § 14 Abs. 2 TzBfG der Vertragsarbeitgeber, d.h. die natürliche oder juristische Person ist, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat mit demselben Arbeitgeber in diesem Sinne nur bestanden, wenn der vormalige Vertragspartner des Arbeitnehmers dieselbe natürliche oder juristische Person wie der jetzige Arbeitgeber war und beide Arbeitgeber identisch sind. Eine Verschmelzung führt nicht dazu, dass übertragender und übernehmender Rechtsträger rechtlich als derselbe Arbeitgeber anzusehen sind. Der übertragende Rechtsträger erlischt nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit der Eintragung der Verschmelzung. Zwar ordnet § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG die Gesamtrechtsnachfolge des übernehmenden Rechtsträgers in die Rechtsposition des übertragenen Rechtsträgers an. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die gesetzliche Einschränkung, nach welcher der übertragende Rechtsträger mit einem zuvor beschäftigten Arbeitnehmer nicht noch einmal in

---

<sup>58</sup> Vgl. BAG 25. April 2001 - 7 AZR 376/00 - AP BeschFG 1996 § 1 Nr. 10

<sup>59</sup> AP Nr 14 zu § 14 TzBfG; ZIP 2005, 772-774; DB 2005, 950-951; NZA 2005, 514-516; BAGReport 2005, 171-172; BB 2005, 1343-1344; EzA § 14 TzBfG Nr 15; NJW 2005, 2474-2475; EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr 11; AR-Blattei ES 380 Nr 133; ZTR 2005, 537; EzB-VJA TzBfG § 14 Nr 3; ArbRB 2005, 199 (Anm. Marquardt, Cornelia); EWIR 2005, 683-684 (Anm. Hollich, Markus); jurisPR-ArbR 46/2005 Anm 1 (Anm. Mestwerdt, Wilhelm); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 67/05 (L1-3); FA 2005, 236 (L1-3, K); SAE 2005, 255 (L1-3)

zulässiger Weise einen sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrag abschließen kann, auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht. Die nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorausgesetzte Personenidentität auf Arbeitgeberseite ist auch im Falle eines Betriebsübergangs nach § 324 UmwG in der bis zum 31. März 2002 geltenden Fassung i.V.m. § 613 a Abs. 1 BGB nicht gegeben, wenn das Arbeitsverhältnis bereits vor einem im Zuge der Verschmelzung vollzogenen Betriebsübergang beendet war und daher nicht kraft Gesetzes vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übergegangen ist.

Nach § 623 BGB in der bis zum 31. Dezember 2000 geltenden Fassung (seit 1. Januar 2001: § 14 Abs. 4 TzBfG) bedarf die Wirksamkeit der Befristung eines Arbeitsvertrags der Schriftform. Nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 1. Dezember 2004 (- 7 AZR 198/04 -)<sup>60</sup> ist diese nicht gewahrt, wenn die Parteien nur mündlich einen befristeten Arbeitsvertrag vereinbaren und sie diesen Vertrag einschließlich der Befristungsabrede nach Antritt der Arbeit schriftlich niederlegen. Die nur mündlich vereinbarte Befristung ist mangels Schriftform nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Dies hat nicht die Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags zur Folge. Vielmehr entsteht anstelle des befristeten ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Die nach Vertragsbeginn und nach Aufnahme der Arbeit erfolgte schriftliche Niederlegung der mündlich vereinbarten Befristung führt nicht dazu, dass die Befristung rückwirkend wirksam wird. Eine derartige Rechtsfolge ergibt sich nicht aus § 141 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift ist auf die nach Vertragsbeginn vorgenommene schriftliche Fixierung einer zunächst nur mündlich getroffenen Befristungsvereinbarung in einem wirksamen Arbeitsvertrag nicht anwendbar. Ihre Voraussetzungen liegen nicht vor. Der mündlich geschlossene Arbeitsvertrag ist - abgesehen von der Befristung - von Anfang an wirksam und bildet die rechtliche Grundlage für die daraus resultierenden Rechte und Pflichten der Parteien. Eine entsprechende Anwendung des § 141 Abs. 2 BGB scheidet aus. Halten die Parteien in einem nach Vertragsbeginn unterzeichneten Arbeitsvertrag eine zuvor mündlich getroffene Befristungsabrede schriftlich fest, liegt darin in der Regel nicht die nachträgliche Befristung des zunächst entstandenen Arbeitsverhältnisses. Die Parteien wollen

---

<sup>60</sup> AP Nr 15 zu § 14 TzBfG (Anm. Bauer, Jobst-Hubertus); EBE/BAG 2005, 74-76; BB 2005, 1116-1119; NZA 2005, 575-578; BAGReport 2005, 168-171; AiB 2005, 441-443 (Anm. Gregull, Olaf); NJW 2005, 2333-2335; EzA § 623 BGB 2002 Nr 3; MDR 2005, 877-879; ZTR 2005, 428-429; NJ 2005, 382-384 (Anm. Lakies, Thomas); EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr 12; AR-Blattei ES 380 Nr 134; PersR 2005, 510-512; ArbRB 2005, 162-163 (Anm. Hülbach, Henning); AuA 2005, 50-51 (Anm. Laws, Ralf); dbr 2005, Nr 8, 39-40 (Anm. Schwerdtfeger, Thomas Gordon); sj 2005, Nr 16/17, 53-54 (Anm. Linnartz, Edith); jurisPR-ArbR 19/2005 Anm 1 (Anm. Sievers, Jochen); jurisPR-ArbR 41/2005 Anm 3 (Anm. Weyand, Joachim)

regelmäßig nur das zuvor mündlich Vereinbarte schriftlich festhalten, aber keine Vertragsänderung herbeiführen.

Mit Urteil vom 27. Juli 2005 (- 7 AZR 443/04 -)<sup>61</sup> hat der Siebte Senat bekräftigt, dass eine einzelvertraglich vereinbarte Altersgrenze, die eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses für den Zeitpunkt des Erreichens der sozialversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze vorsieht, zulässig ist. Die hierin liegende Befristung des Arbeitsverhältnisses ist sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Beschäftigung eine gesetzliche Altersrente erwerben kann. Die Wirksamkeit der Befristung ist nicht von der konkreten wirtschaftlichen Absicherung des Arbeitnehmers bei Erreichen der Altersgrenze abhängig. Das verfassungsrechtliche Untermaßverbot erfordert keine am individuellen Lebensstandard des Arbeitnehmers und seinen subjektiven Bedürfnissen orientierte Altersversorgung. Der sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflicht ist bereits dann genügt, wenn der befristet beschäftigte Arbeitnehmer nach dem Vertragsinhalt und der Vertragsdauer eine Altersversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben kann. Dem steht es gleich, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer durch Gesetz gleichgestellten anderweitigen Alterssicherung von der Rentenversicherungspflicht befreit worden (§ 6 SGB VI) und die Altersgrenze auf den Zeitpunkt des gesetzlichen Rentenalters bezogen ist. Die Befristung ist in diesem Fall auch, unabhängig davon wirksam, für welche Versorgungsform der Arbeitnehmer sich entschieden hat. Der Senat hat weiter entschieden, dass eine Altersgrenze, die in allgemeinen Arbeitsbedingungen unter der Überschrift "Beendigung des Arbeitsverhältnisses" enthalten ist, keine überraschende Klausel i.S. von § 305 c Abs. 1 BGB darstellt.

## 2. Kündigung

### a) Kleinbetriebsklausel

Betriebe mit in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmern ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten werden durch § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der vor dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung vom Geltungsbereich des ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen. Für Arbeitnehmer in diesen Betrieben besteht kein allgemeiner Kündigungsschutz. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Zweiten Senats trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorlie-

---

<sup>61</sup> EzA-SD 2005, Nr 25, 8 (L1, red.L1); AiB Newsletter 2005, Nr 9, 4 (K); ZMV 2005, 263 (K); FA 2005, 322 (K); ZTR 2005, 526 (K); ArbRB 2005, 257 (K); Die Beiträge Beilage 2005, 261 (K)

gen der betrieblichen Voraussetzungen für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes<sup>62</sup>. Der Arbeitnehmer muss im Einzelnen darlegen und ggf. beweisen, in einem Betrieb tätig zu sein, in dem in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt sind. In seinem Urteil vom 24. Februar 2005 (- 2 AZR 373/03 -)<sup>63</sup> hat der Zweite Senat offen gelassen, ob an dieser Verteilung der Darlegungs- und Beweislast festzuhalten ist. Da sich der Stellenwert der Grundrechte, hier des Art. 12 GG, in der verfahrensrechtlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast widerspiegeln, dürften jedenfalls keine unzumutbar strengen Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers gestellt werden. Dementsprechend genügt der Arbeitnehmer regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl sprechenden Tatsachen und ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen die substantiierten Darlegungen des Arbeitnehmers sprechen.

#### **b) Ordentliche Beendigungskündigung im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes**

Nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats kann eine ordentliche Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers sozial gerechtfertigt sein (§ 1 Abs. 1 KSchG), wenn für den Arbeitnehmer ein Beschäftigungsverbot besteht<sup>64</sup>. Mit Urteil vom 24. Februar 2005 (- 2 AZR 211/04 -)<sup>65</sup> hat der Zweite Senat entschieden, dass das gleiche gilt, wenn nicht die Beschäftigung mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wohl aber der Arbeitgeber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat und die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, gesetzliche Verpflichtungen, die mit der Beschäftigung verbunden sind, nicht erfüllen kann. Auch in diesem Fall besteht ein Beschäftigungshindernis. Der Zweite Senat hat des-

---

<sup>62</sup> Vgl. BAG 15. März 2001 - 2 AZR 151/00 - EZA KSchG § 23 Nr. 23

<sup>63</sup> AP Nr 34 zu § 23 KSchG 1969; NZA 2005, 764-766; BB 2005, 1629-1631; BAGReport 2005, 228-230; EzA § 23 KSchG Nr 28; RzK I 4c Nr 51; ArbuR 2005, 418-420 (Anm. Mittag, Reinold); ArbRB 2005, 229 (Anm. Nägele, Stefan); jurisPR-ArbR 30/2005 Anm 3 (Anm. Bertzbach, Martin); jurisPR-ArbR 25/2005 Anm 6 (Anm. Ziemann, Werner); jurisPR extra 2005, 112-113 (Anm. Bertzbach, Martin); DB 2005, 2030 (red.L1-4); ZAP EN-Nr 513/2005 (red.L1); DStR 2005, 1537-1538 (K)

<sup>64</sup> Vgl. BAG 31. Januar 1996 - AZR 68/95 - BAGE 82,139

<sup>65</sup> AP Nr 51 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; EBE/BAG 2005, 106-108; DB 2005, 1466-1467; NZA 2005, 759-761; MDR 2005, 995-996; BB 2005, 2022-2024; EzA § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr 18; NJW 2005, 3447-3449; AR-Blattei ES 1010.9 Nr 105; AuA 2005, 683 (Anm. Weingarten, Kerstin); JuS 2005, 863-864 (Anm. Boemke, Burkhard); sj 2005, Nr 16/17, 52-53 (Anm. Linnartz, Edith); jurisPR-ArbR 31/2005 Anm 3 (Anm. Boemke, Burkhard); PersF 2005, Heft 11, 92 (L1); SAE 2005, 295 (L1); FA 2005, 287 (L1, red.L1-4); ZAP EN-Nr 667/2005 (L1)

halb die Kündigung einer Arbeitnehmerin, die der Arbeitgeber zum Austragen von Sonntagszeitungen eingestellt hatte, für wirksam erachtet, weil diese bei einem weiteren Arbeitgeber von Montag bis Samstag ebenfalls Zeitungen austrug. Werden nämlich Arbeitnehmer ausnahmsweise zum Austragen von Presseerzeugnissen sonntags beschäftigt, müssen sie nach § 11 Abs. 3 ArbZG einen Ersatzruhetag haben, der innerhalb der nächsten zwei Wochen zu gewähren ist. Dies war nicht möglich, weil die Arbeitnehmerin an allen übrigen Tagen der Woche in dem anderen Arbeitsverhältnis arbeitete. Das Gebot der Gewährung eines Ersatzruhetags muss objektiv erfüllt werden. Es ist nicht ausreichend, dass der "Sonntags-Arbeitgeber" an einem Wochentag keine Arbeit abfordert. Vielmehr darf an dem Ersatzruhetag überhaupt keine Arbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden. Auf den Ersatzruhetag kann der Arbeitnehmer nicht verzichten.

Eine aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Entwicklung veranlasste unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers kann nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats<sup>66</sup> ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG begründen, wenn sie sich konkret auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt. Die Organisationsentscheidung muss ursächlich für den vom Arbeitgeber behaupteten Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses sein. Ist eine derartige Unternehmerentscheidung getroffen worden, so ist sie nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung und ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Mit Urteil vom 22. September 2005 (- 2 AZR 208/05 -)<sup>67</sup> hat der Zweite Senat eine unternehmerische Entscheidung akzeptiert, die zum zeitgleichen Ausspruch von Beendigungs- und Änderungskündigungen führt. Das Gesamtkonzept setzt sich aus zwei gleichzeitig umgesetzten Veränderungen gegenüber der bisherigen Organisation zusammen. Zum einen wurde die Erfüllung des bisherigen Beschäftigungsbedarfs reorganisiert, indem die Verteilung der anfallenden Aufgaben auf die Arbeitsplätze verändert wurde. Anstatt die Tätigkeiten wie bisher nach ihrer Art Spezialarbeitsplätzen zuzuweisen, sieht die neue Struktur die Zuständigkeit aller Arbeitnehmer für alle anfallenden Arbeiten vor (Allround-Arbeitsplätze). Zum anderen hat die Arbeitgeberin - in einem zugleich mit dem ersten ins Werk gesetzten zweiten Schritt - eine Reduzierung der für die betrieblichen Aufgaben zur Verfügung gestellten Arbeitskapazität vorgenommen und vorgesehen, dass die bisherigen Tätigkeiten in Zukunft nur noch in dem Umfang ausgeführt werden, in dem die von ihr fest-

---

<sup>66</sup> Vgl. BAG 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92,71

<sup>67</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

gelegte personelle Kapazität dies ermöglicht. Ein derartiges Gesamtkonzept ist als unternehmerische Entscheidung grundsätzlich nicht zu beanstanden. Weder kann der Arbeitgeberin vorgehalten werden, sie müsse die verbliebene Arbeit auf alle Arbeitnehmer verteilen und deshalb allen Arbeitnehmern gegenüber Änderungskündigungen aussprechen, noch verlangt das Gesetz, dass sie ihre Reorganisation so gestaltet, dass sie zunächst nach den Grundsätzen der Sozialauswahl die schutzwürdigsten Arbeitnehmer ermittelt und die Reorganisation dann dem nach sozialen Gesichtspunkten verbliebenen Arbeitskräftepotential anpasst. Vielmehr bildet - gerade umgekehrt - das betriebliche Bedürfnis die Grundlage für die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und diese ihrerseits die Grundlage für die vorzunehmende soziale Auswahl. Die Arbeitgeberin muss die Reorganisationsmaßnahme auch nicht in zeitlichen Stufen dergestalt vornehmen, dass sie zunächst Änderungskündigungen ausspricht, abwartet, wie die hiervon betroffenen Arbeitnehmer reagieren, und die etwa abgelehnten Arbeitsplätze den nach dem ursprünglichen Konzept zur Beendigungskündigung vorgesehenen Arbeitnehmern anbietet, um erst danach die dann noch notwendigen Beendigungskündigungen auszusprechen.

Für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung kommt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs an<sup>68</sup>. Mit Urteil vom 21. April 2005 (- 2 AZR 241/04 -)<sup>69</sup> hat der Zweite Senat entschieden, dass diese Grundsätze auch für die Frage gelten, ob die Kündigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer ist nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung zu bilden. Arbeitnehmer, denen gegenüber eine ordentliche Kündigung in diesem Zeitpunkt aufgrund von Vorschriften des Sonderkündigungsschutzes ausgeschlossen ist, sind in diesen Personenkreis nicht einzubeziehen. Dies gilt auch dann, wenn aus der Sicht im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung der Sonderkündigungsschutz voraussichtlich alsbald auslaufen wird und aufgrund der kurzen Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis des besonders geschützten Arbeitnehmers zu demselben Termin beendet werden könnte, zu dem auch das Arbeitsverhältnis des konkurrierenden, sozial schwächeren Arbeitnehmers gekündigt werden kann. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, mit der Kündigung zu warten, bis der Son-

---

<sup>68</sup> Vgl. BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64; EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128

<sup>69</sup> AP Nr 74 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl (demnächst); BB 2005, 2471-2472; EBE/BAG 2005, 170-171; DB 2005, 2527-2528; NZA 2005, 1307-1309; EzA-SD 2005, Nr 22, 13 (L1, red.L1-4); ArbuR 2005, 463 (L1); ZAP EN-Nr 853/2005 (L1); PersR 2005, 470 (L1)

derkündigungsschutz ausgelaufen ist. Für eine solche Verpflichtung findet sich im Gesetz keine Stütze. Zudem kann in dem früheren Zeitpunkt nicht sicher beurteilt werden, ob die spätere Kündigung wirksam wäre. So ist unwägbar, wie zu dieser Zeit der vergleichbare Personenkreis zu bestimmen wäre.

Nach der Konzeption des § 1 Abs. 3 KSchG ist die Sozialauswahl betriebsbezogen. Regelmäßig sind deshalb alle vergleichbaren Arbeitnehmer in die Entscheidung einzu beziehen, die in demselben Betrieb wie der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer beschäftigt sind. Diese strenge Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl hat der Zweite Senat mit Urteil vom 2. Juni 2005 (- 2 AZR 158/04 -)<sup>70</sup> bekräftigt und entschieden, dass auch bei einer entsprechenden Ausweitung des Direktionsrechts des Arbeitgebers die Sozialauswahl grundsätzlich nicht unternehmensbezogen vorzunehmen ist. Wortlaut, Sinn und Zweck und Gesamtzusammenhang des § 1 KSchG sprechen eindeutig für die Betriebsbezogenheit der sozialen Auswahl. Besteht in einem der Betriebe eines Unternehmens ein dringendes betriebliches Erfordernis, so kann dies grundsätzlich nur die Kündigung gegenüber Arbeitnehmern dieses Betriebs sozial rechtfertigen. Dafür, im Wege der Sozialauswahl für die zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer Arbeitsplätze in einem anderen Betrieb des Unternehmens frei zu kündigen, besteht auf den anderen Betrieb bezogen kein dringendes Erfordernis. Dies gilt auch dann, wenn in Arbeitsverträgen ein unternehmensweites Versetzungsrecht vereinbart ist. Eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl würde zudem zu nur schwer lösbaren Problemen im Rahmen der Beteiligung des Betriebsrats führen.

Im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG muss der Arbeitgeber die vier sozialen Auswahlkriterien - die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung - ausreichend berücksichtigen. Mit Urteil vom 2. Juni 2005 (- 2 AZR 480/04 -)<sup>71</sup> hat der Zweite Senat entschieden, dass an sich nicht anrechnungsfähige frühere Beschäftigungszeiten bei demselben Arbeitgeber oder einem anderen Unternehmen für die Dauer der Betriebszugehörigkeit nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG durch eine vertragliche Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien berücksichtigt werden können. Zwar sind die Regelungen über die Sozialauswahl nicht dispositiv. § 1 Abs. 3 KSchG steht aber mittelbaren Verschlechterun-

---

<sup>70</sup> EBE/BAG 2005, 154-155; BB 2005, 2244-2245; DB 2005, 2196-2197; NZA 2005, 1175-1176; AuA 2005, 680-681; NJW 2005, 3446-3447; ZIP 2005, 2077-2079; jurisPR-ArbR 47/2005 Anm 5 (Anm. Brors, Christiane); EzA-SD 2005, Nr 20, 10 (L1, red.L1-3); ArbuR 2005, 424 (L1); AiB Newsletter 2005, Nr 10, 6 (red.L1-3); NJW-Spezial 2005, 516 (red.L1, K)

<sup>71</sup> AP Nr 74 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl (demnächst); EzA-SD 2005, Nr 24, 14 (L1); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 158/05 (L1); ArbuR 2005, 268-269 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 7, 5 (K); ArbRB 2005, 194 (K); AuA 2005, 493 (K); FA 2005, 252 (K); RzK 00, I d Nr 153 (K)

gen in der kündigungrechtlichen Position eines Arbeitnehmers, die sich aus einer zulässigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen mit einem anderen Arbeitnehmer ergeben, nicht entgegen. Die sich zu Lasten anderer Arbeitnehmer auswirkende Individualvereinbarung darf aber nicht rechtsmissbräuchlich sein und nicht nur die Umgehung der Sozialauswahl bezwecken.

Für eine Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Betriebszugehörigkeitszeit muss ein sachlicher Grund vorliegen. Dieser ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn der Berücksichtigung früherer Beschäftigungszeiten ein arbeitsgerichtlicher Vergleich wegen eines streitigen Betriebsübergangs zugrunde liegt. Der Zweite Senat hat weiter bekräftigt, dass keinem der genannten sozialen Gesichtspunkte ein Vorrang gegenüber den anderen zukommt, auch nicht der Betriebszugehörigkeit.

### **c) Ordentliche Beendigungskündigungen durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter**

Nach § 113 Satz 2 InsO kann das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers vom Insolvenzverwalter mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende gekündigt werden, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Mit Urteil vom 20. Januar 2005 (- 2 AZR 134/04 -)<sup>72</sup> hat der Zweite Senat entschieden, dass diese verkürzte Kündigungsfrist nur der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für sich in Anspruch nehmen kann. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm und der Systematik der Insolvenzordnung findet die spezifische Kündigungsfristenregelung auf den sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 22 Abs. 1 InsO keine unmittelbare Anwendung. Die Regelung des § 113 InsO ist auf die Kündigung des starken vorläufigen Insolvenzverwalters auch nicht entsprechend anzuwenden, denn die Voraussetzungen für eine Analogie liegen nicht vor. Die Insolvenzordnung enthält keine planwidrige Regelungslücke. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter und der endgültige Insolvenzverwalter haben unterschiedliche Funktionen und sind vom Gesetzgeber nicht völlig gleichgestellt worden.

---

<sup>72</sup> AP Nr 18 zu § 113 InsO; ZIP 2005, 1289-1292; EBE/BAG 2005, 114-115; DB 2005, 1691-1693; BB 2005, 1685-1687; BAGReport 2005, 273-275; DZWIR 2005, 422-425 (Anm. Weisemann, Ulrich); MDR 2005, 1175-1176; EzA § 113 InsO Nr 15; DRsp IV(438) 445a; AR-Blattei ES 915 Nr 49; EWIR 2005, 867-868 (Anm. Thüsing, Gregor); SAE 2005, 294 (L1); FA 2005, 253 (L1); PersF 2005, Heft 11, 92 (L1); ZAP EN-Nr 663/2005 (L1); StuB 2005, 822 (L1)



§ 113 InsO verdrängt nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 22. September 2005 (- 6 AZR 526/04 -)<sup>73</sup> Unkündbarkeitsklauseln in Betriebsvereinbarungen. Auch § 323 Abs. 1 UmwG, nach dem sich im Fall einer Unternehmensspaltung die kündigungsrechtliche Stellung der betroffenen Arbeitnehmer aufgrund der Spaltung für die Dauer von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens nicht verschlechtert, steht dem nicht entgegen. Bei insolvenzbedingter Stilllegung des Betriebs des abgespaltenen Unternehmens kann trotz § 323 Abs. 1 UmwG wirksam gekündigt werden. Weiter hat der Senat entschieden, dass hinsichtlich einer Sozialauswahl, die gem. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit zu überprüfen ist, nicht auf die Verhältnisse vor Wirksamwerden der Spaltung abzustellen ist. Von einer im abgespaltenen Unternehmen getroffenen Unternehmerentscheidung werden die Arbeitnehmer in den übrigen Unternehmen nicht erfasst, wenn im Zeitpunkt der Kündigung kein Gemeinschaftsbetrieb mehr besteht. Es bedarf dann keiner unternehmensübergreifenden Sozialauswahl.

Der Sechste Senat war mit der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers in Altersteilzeit durch den Insolvenzverwalter befasst. Nach seiner Entscheidung vom 16. Juni 2005 (- 6 AZR 476/04 -)<sup>74</sup> stellt die Stilllegung des Betriebs ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S. von § 1 Abs. 2 KSchG dar, das die Kündigung eines dort beschäftigten Arbeitnehmers auch dann bedingt, wenn er sich in der Arbeitsphase der Altersteilzeit nach dem Blockmodell befindet. Für eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter gilt nichts anderes, selbst wenn zwischen Kündigungstermin und Freistellungsphase nur ein Monat Arbeitsphase liegt. Eine einzelfallbezogene Interessenabwägung kann sich bei betriebsbedingten Kündigungsgründen allenfalls in seltenen Ausnahmefällen zugunsten des Arbeitnehmers auswirken. Das kann dann der Fall sein, wenn die betriebsbedingte Kündigung zu unverhältnismäßigen Nachteilen für den Arbeitnehmer führt, während der Vorteil für den kündigenden Arbeitgeber oder für die Insolvenzmasse dem gegenüber als gering erscheint. Daran fehlte es im vom Sechsten Senat entschiedenen Fall. Der Arbeitnehmer konnte als Alternative zur Altersrente nach Altersteilzeit auch Altersrente wegen Arbeitslosigkeit beziehen. Die Fortführung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses hingegen hätte zu einer nicht unerheblichen Belastung der Insolvenzmasse geführt. Eine Änderungskündigung mit dem Ziel, zur Entlastung der Masse Forderungen des Arbeitnehmers in Altersteilzeit auf die vereinbarten

---

<sup>73</sup> (Noch) nicht veröffentlicht. Vgl. auch die Parallelentscheidungen BAG 22. September 2005 - 6 AZR 527, 533, 534, 547, 569/04, (Noch) nicht veröffentlicht

<sup>74</sup> AP Nr 13 zu § 3 ATG (demnächst); ZIP 2005, 1842-1845; BB 2005, 2357-2360; DB 2005, 2303-2305; EBE/BAG 2005, 162-163; BAGReport 2005, 369-371; EzA-SD 2005, Nr 20, 9 (L1, red.L1-5); ArbuR 2005, 424 (L1, K); AuA 2005, 689 (L1)

Aufstockungsbeiträge zu beseitigen, ist kein milderes Mittel gegenüber einer Beendigungskündigung. Der Insolvenzverwalter konnte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Frist des § 113 InsO kündigen. Bei dem Altersteilzeitarbeitsverhältnis handelt es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis, das der Insolvenzverwalter gem. § 113 InsO kündigen kann, auch wenn eine Kündigungsmöglichkeit weder vertraglich noch tarifvertraglich vorgesehen ist.

Kündigt der Insolvenzverwalter einem Arbeitnehmer wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung, so spricht es nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 29. September 2005 (- 8 AZR 647/04 -)<sup>75</sup> gegen eine endgültige Stilllegungsabsicht, wenn dem Insolvenzverwalter vor Erklärung der Kündigung ein Übernahmeangebot eines Interessenten vorliegt, das wenige Tage später zu konkreten Verhandlungen und einer teilweisen Betriebsübernahme führt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn im vorausgegangenen Interessenausgleich dessen Neuverhandlung vereinbart war, falls ein Betriebsübergang auf einen dritten Interessenten erfolgt.

Mit Urteil vom 21. Juli 2005 (- 6 AZR 592/04 -)<sup>76</sup> hat der Sechste Senat entschieden, dass grobe Fehlerhaftigkeit einer Sozialauswahl i.S.v. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO vorliegt, wenn einem Arbeitnehmer gekündigt wird, der ein 30 Jahre höheres Lebensalter und eine 20 Jahre längere Betriebszugehörigkeit aufweist als ein Mitarbeiter, der einem minderjährigen Kind gegenüber zum Unterhalt verpflichtet ist. Diese Sozialauswahl ist grob fehlerhaft, weil ihr ein evidenter Fehler anhaftet und sie bei der Gewichtung der Auswahlkriterien jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Der Senat hat weiter entschieden, dass im massearmen Insolvenzverfahren ein Insolvenzverwalter, der mit dem Betriebsrat einen aufschiebend bedingten Interessenausgleich vereinbart hat, regelmäßig Neumasseverbindlichkeiten gem. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO begründet, wenn er mit Kündigungen bis zum Bedingungseintritt zuwartet. Der Senat konnte offen lassen, ob ein Interessenausgleich grundsätzlich bedingungsfeindlich ist. Liegen die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen (zB Schriftform) vor, ist der Interessenausgleich als zumindest „versucht“ iSv. § 113 Abs. 3 BetrVG anzusehen, auch wenn er wegen der Bedingung unwirksam sein sollte. Der Insolvenzverwalter hat deshalb ohne Rücksicht auf die Bedingung die erste Kündigungsmöglichkeit nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit zu nutzen, wenn er die Entstehung von Neumasseverbindlichkeiten vermeiden will.

---

<sup>75</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

<sup>76</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

#### d) Außerordentliche Kündigung

Mit Urteil vom 7. Juli 2005 (- 2 AZR 581/04 -)<sup>77</sup> hat der Zweite Senat erstmals über die fristlose Kündigung wegen privater Nutzung des Internets während der Arbeitszeit entschieden. Eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht sowie anderer vertraglicher Nebenpflichten kann sich bei der privaten Internetnutzung aus verschiedenen Umständen ergeben: 1) durch eine Nutzung entgegen einem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers; 2) durch das Nichterbringen der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung während des "Surfens" im Internet zu privaten Zwecken; 3) durch das Herunterladen erheblicher Datenmengen aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme ("unbefugter Download"), insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireninfiltration oder anderer Störungen des Betriebssystems verbunden sein kann oder Daten herunter geladen werden, bei deren Rückverfolgung es zu möglichen Rufschädigungen des Arbeitgebers kommen kann, beispielsweise weil es sich um strafbare oder pornografische Darstellungen handelt; 4) durch die mit der privaten Nutzung entstehenden zusätzlichen Kosten. Bei einer privaten Internetnutzung während der Arbeitszeit verletzt der Arbeitnehmer grundsätzlich seine Hauptleistungspflicht zur Arbeit. Dabei wiegt eine Pflichtverletzung umso schwerer, je mehr der Arbeitnehmer bei der privaten Nutzung des Internets seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt. Nicht in allen Fällen einer privaten Nutzung des Internets und damit im Zusammenhang stehender vertraglicher Pflichtverletzungen muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vorher abgemahnt haben. Nutzt der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit das Internet in erheblichem zeitlichen Umfang zu privaten Zwecken, kann er grundsätzlich nicht darauf vertrauen, der Arbeitgeber werde dies tolerieren. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber keine klarstellende Nutzungsregelung für den Betrieb aufgestellt hat. Bei einer fehlenden ausdrücklichen Gestattung oder Duldung des Arbeitgebers ist eine private Nutzung des Internets grundsätzlich nicht erlaubt. Weist in solchen Fällen die Nichtleistung der vertraglich geschuldeten Arbeit einen erheblichen zeitlichen Umfang auf, kann der Arbeitnehmer nicht ernsthaft mit der Duldung seines Verhaltens durch den Arbeitgeber rechnen. In diesen Fällen bedarf es keiner Abmahnung.

---

<sup>77</sup> EzA-SD 2005, Nr 26, 7 (L1, red.L1-3); StuB 2005, 778 (K); KrV 2005, 260 (K); D-spezial 2005, Nr 40, 8 (K); Altenpflege 2005, Nr 12, 52 (K); ArbuR 2005, 331 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 8, 4-5 (K); ArbRB 2005, 225 (K); PersR 2005, 298 (K); PERSONAL 2005, Nr 9, 76 (K); FA 2005, 286 (K); ZMV 2005, 262 (K)

### e) Änderungskündigung

Im Urteil vom 21. April 2005 (- 2 AZR 132/04 -)<sup>78</sup> hat sich der Zweite Senat mit dem Vorrang der Änderungskündigung vor einer Beendigungskündigung befasst. Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anzubieten. Das Angebot kann lediglich in Extremfällen (z. B. Angebot einer Pförtnerstelle an den bisherigen Personalchef) unterbleiben. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer selbst zu entscheiden, ob er eine Weiterbeschäftigung unter möglicherweise erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen für zumutbar hält oder nicht. Der Senat stellt klar, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, mit dem Arbeitnehmer eine einvernehmliche Lösung zu suchen. Er kann Änderungsangebot und Kündigung miteinander verbinden, indem er ohne vorherige Verhandlung mit dem Arbeitnehmer sofort eine Änderungskündigung ausspricht. Es bestehen erhebliche Bedenken, dem Arbeitnehmer bei einem Änderungsangebot ohne gleichzeitige Kündigung eine Überlegungsfrist von nur einer Woche einzuräumen, während ihm bei einer Änderungskündigung die in der Regel deutlich längere Frist des § 2 Satz 2 KSchG zur Verfügung steht<sup>79</sup>. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert keine zwingend vorgeschaltete Überlegungsfrist. Den Interessen des Arbeitnehmers ist durch § 2 KSchG genügend Rechnung getragen. Machte der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dem Arbeitnehmer das Angebot, den Vertrag der noch bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzupassen, und lehnt der Arbeitnehmer dieses Angebot ab, so ist der Arbeitgeber regelmäßig nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, trotzdem eine Änderungskündigung auszusprechen. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen. Hierfür trägt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzverfahren die Darlegungs- und Beweislast. Hat der Arbeitnehmer erkennen lassen, dass er das Änderungsangebot in keinem Fall annehmen werde, ist sein Verhalten widersprüchlich,

---

<sup>78</sup> AP Nr 79 zu § 2 KSchG 1969 (demnächst); EzA-SD 2005, Nr 22, 9-13; NZA 2005, 1289-1294; BB 2005, 2691-2696; AuA 2005, 752-753 (Anm. Deich, Svenja); jurisPR-ArbR 49/2005 Anm 1 (Anm. Ziemann, Werner); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 144/05 (L1); DB 2005, 2528 (red.L1-7); ZAP EN-Nr 819/2005 (L1); ArbuR 2005, 463-464 (L1); PersR 2005, 469-470 (L1); NJW-Spezial 2005, 562-563 (K)

<sup>79</sup> Entgegen BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47,26

wenn er sich später auf eine mögliche Änderungskündigung beruft. Der Senat stellt in Frage, ob bei sofortigem Ausspruch einer Beendigungskündigung an der bisherigen Rechtsprechung<sup>80</sup> zur fiktiven Überprüfung der Bereitschaft des Arbeitnehmers, zu den neuen Arbeitsbedingungen weiterzuarbeiten, festzuhalten ist.

#### **f) Betriebsratsanhörung**

Soll der Betrieb aufgrund des durch den vorläufigen Insolvenzverwalter erstatteten Gutachtens stillgelegt werden, reicht es für die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats i.S. von § 102 BetrVG aus, wenn die Anhörung zu der nach der Insolvenzeröffnung vorgesehenen Kündigung schon durch den Geschäftsführer der Schuldnerin und den vorläufigen Insolvenzverwalter erfolgt, sofern dieser auch zum endgültigen Insolvenzverwalter bestellt wird. Dies hat der Sechste Senat mit Urteil vom 22. September 2005 (- 6 AZR 526/04 -)<sup>81</sup> entschieden.

#### **g) Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern**

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>82</sup> hat der Zweite Senat mit Urteil vom 17. März 2005 (- 2 AZR 275/04 -)<sup>83</sup> entschieden, dass die Übertragung des Zustimmungsrechts des Betriebsrats zu einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds nach § 103 BetrVG auf einen Betriebsausschuss gem. § 27 Abs. 2 Satz 2 BetrVG oder einen besonderen Ausschuss nach § 28 BetrVG grundsätzlich zulässig ist. Die Bedeutung des betriebsverfassungsrechtlichen Zustimmungsrechts nach § 103 BetrVG steht dem nicht entgegen. Das Zustimmungsrecht nach § 103 BetrVG muss dem Ausschuss ausdrücklich übertragen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss sich aus dem schriftlichen Übertragungsbeschluss zweifelsfrei ergeben, in welchen Angelegenheiten der Betriebsausschuss anstelle des Betriebsrats rechtsverbindliche Beschlüsse fassen kann. Weiter muss der Betriebsrat bei der Übertragung von Aufgaben die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs beachten. Er darf sich nicht aller wesentlichen Befugnisse dadurch entäußern, dass er seine Aufgaben weitestgehend auf Ausschüsse überträgt. Er muss als Gesamtorgan in

---

<sup>80</sup> Siehe Fußnote 79

<sup>81</sup> Siehe Fußnote 73

<sup>82</sup> BAG 22. März 1979 - 2 AZR 361/77 - nv

<sup>83</sup> AP Nr 6 zu § 27 BetrVG 1972; NZA 2005, 1064-1069; AR-Blattei ES 530.10 Nr 99; EZA § 28 BetrVG 2001 Nr 1; jurisPR-ArbR 36/2005 Anm 5 (Anm. Wolmerath, Martin); DB 2005, 1693 (red.L1-7); AiB Newsletter 2005, Nr 9, 1 (red.L1-3); FA 2005, 319 (red.L1-7)

einem Kernbereich der gesetzlichen Befugnisse zuständig bleiben. Für die Bestimmung dieses Kernbereichs ist nicht auf die Wesentlichkeit des einzelnen Mitbestimmungstatbestandes, sondern auf den gesamten Aufgabenbereich des Betriebsrats abzustellen. Mit der Übertragung "aller mitbestimmungsrelevanten Personalmaßnahmen nach § 99-103 BetrVG" auf den Betriebsausschuss ist dieser Kernbereich noch nicht betroffen. Weiter hat der Zweite Senat entschieden, dass der besondere Kündigungsschutz des Wahlbewerbers nach § 15 Abs. 3 KSchG bereits besteht, wenn der Wahlvorschlag behebbare Mängel aufweist. Der Arbeitgeber genügt seiner Mitteilungspflicht nach § 102 BetrVG, wenn er zunächst ein Verfahren nach § 103 BetrVG einleitet und den Betriebsrat entsprechend unterrichtet, im Kündigungszeitpunkt aber zweifelsfrei feststeht, dass ein Schutz nach § 103 BetrVG nicht besteht und deshalb nur eine Anhörung nach § 102 BetrVG erforderlich ist. Im umgekehrten Fall kann eine Anhörung nach § 102 BetrVG die Einleitung des Zustimmungsverfahrens grundsätzlich nicht ersetzen, es sei denn, der Betriebsrat hat in Kenntnis des Vorliegens der Voraussetzung des Sonderkündigungsschutzes von sich aus seine Zustimmung nach § 103 BetrVG erteilt.

#### **h) Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer**

Die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers bedarf gem. §§ 91 Abs. 1, 85 SGB IX der Zustimmung des Integrationsamts. Nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats kann der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung - auch eine solche mit notwendiger Auslauffrist - bereits dann erklären, wenn die Zustimmungsentscheidung vom Integrationsamt i.S. des § 91 Abs. 3 SGB IX "getroffen" ist und dieses die Entscheidung dem Arbeitgeber mündlich oder fernmündlich bekannt gegeben hat. Anders als bei einer ordentlichen Kündigung bedarf es der Zustellung der schriftlichen Entscheidung des Integrationsamts vor dem Zugang der Kündigungserklärung nicht. § 91 SGB IX enthält eine von § 88 SGB IX abweichende spezielle Regelung<sup>84</sup>. Mit Urteil vom 12. Mai 2005 (- 2 AZR 159/04 -)<sup>85</sup> hat der Zweite Senat entschieden, dass die Zustimmungsentscheidung des Integrationsamts im Zeitpunkt ihrer mündlichen Mitteilung an den Arbeitgeber nicht schriftlich vorliegen muss. Es reicht aus, dass sie tatsächlich getroffen worden war. Weder § 85 SGB IX noch § 91 SGB IX enthalten eine Regelung über die Form der Zustimmungserklärung. Auch aus dem

---

<sup>84</sup> Vgl. BAG 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 7; EzA SchwbG 1986 § 21 Nr. 10

<sup>85</sup> AP Nr 5 zu § 91 SGB IX (demnächst); NZA 2005, 1173-1174; NJW 2005, 3514-3515; dbr 2005, Nr 12, 41 (Anm. Trittin, Wolfgang); EzA-SD 2005, Nr 18, 10-11 (red.L1-3); FA 2005, 310 (red.L1, K)

Sachzusammenhang der gesetzlichen Regelung der §§ 85 ff. SGB IX lässt sich nicht ableiten, dass bei Bekanntgabe einer positiven Zustimmungsentscheidung des Integrationsamts ein schriftlicher Bescheid schon vorliegen muss. Der Sinn und Zweck der §§ 85 ff. SGB IX erfordern dies nicht. Gegen ein solches Erfordernis sprechen § 91 Abs. 3 und Abs. 5 SGB IX, die das Beschleunigungsinteresse des Arbeitgebers schützen.

Die außerordentliche Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers kann noch nach Ablauf der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamts erklärt wird (§ 91 Abs. 5 SGB IX). Wie ausgeführt, kann der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung erklären, sobald die Entscheidung des Integrationsamts i.S. des § 91 SGB IX getroffen ist, was bereits dann der Fall ist, wenn das Integrationsamt dem Arbeitgeber die Entscheidung mündlich oder fernmündlich bekannt gegeben hat. Dann hat er sichere Kenntnis davon, dass in seinem Sinne entschieden ist. Er braucht mit der Kündigung nicht mehr zu warten und darf es auch nicht, weil er ansonsten nicht unverzüglich kündigen würde. Wird die Zustimmung erst durch den Widerspruchsbescheid erteilt, gelten nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 21. April 2005 (- 2 AZR 255/04 -)<sup>86</sup> dieselben Grundsätze. Zwar regelt § 91 Abs. 5 SGB IX unmittelbar nur die Zustimmung durch das Integrationsamt. Die weitgehende Übereinstimmung der Interessenlagen und Verfahrenskonstellation rechtfertigt jedoch die Anwendung des in § 91 Abs. 5 SGB IX zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens. Der Arbeitgeber kann - und muss - auch dann, wenn die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung vom Widerspruchsausschuss erteilt wird, unverzüglich kündigen, wenn er sichere Kenntnis davon hat, dass der Widerspruchsausschuss die Zustimmung erteilt. Zwar hatte der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung erst unverzüglich nach Zustellung des Widerspruchsbescheides erklärt. Gleichwohl kann ihm kein Verschuldensvorwurf i.S. des § 121 BGB gemacht werden. In dem Zeitpunkt, in dem er darüber entscheiden musste, ob er die Kündigung bereits nach mündlicher Bekanntgabe der Zustimmung aussprechen konnte, war die jetzt vom Zweiten Senat entschiedene Rechtsfrage ungeklärt. Er durfte und hat seinem rechtlich relevanten Verhalten eine nachvollziehbare Rechtsauffassung zugrunde gelegt. Dies begründet keinen Verschuldensvorwurf i.S. des § 121 BGB.

---

<sup>86</sup> AP Nr 4 zu § 91 SGB IX (demnächst); EBE/BAG 2005, 130-132; DB 2005, 2028-2030; NZA 2005, 991-994; BB 2005, 2306-2308; ZTR 2005, 537-539; MDR 2005, 1298-1300; BAGReport 2005, 327-329; EzA § 91 SGB IX Nr 1; EzBAT § 54 BAT Schwerbehinderte Nr 19; AR-Blattei ES 1440 Nr 135; NJW-Spezial 2005, 466-467 (red.L1, K); AuA 2005, 620-621 (Anm. Reichel, Michael E)

### i) Schriftform

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform wird nach § 126 Abs. 1 BGB dadurch erfüllt, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird. Mit Urteil vom 21. April 2005 (- 2 AZR 162/04 -)<sup>87</sup> hat der Zweite Senat über die Schriftform des § 623 BGB bei einer durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Arbeitgeber erklärten Kündigung entschieden. Für die Einhaltung der Schriftform ist es erforderlich, dass alle Erklärenden die schriftliche Erklärung unterzeichnen. Unterzeichnet für eine Vertragspartei ein Vertreter, muss dies in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Die Wahrung der gesetzlichen Schriftform setzt bei einer GbR danach voraus, dass die Urkunde erkennen lässt, dass die Unterschrift der handelnden Gesellschafter auch die Erklärung eines nicht unterzeichnenden Gesellschafters decken soll, sie also auch in dessen Namen erfolgt ist. Es reicht nicht, wenn in dem Kündigungsschreiben alle Gesellschafter sowohl im Briefkopf als auch maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt sind, aber lediglich ein Teil der Gesellschafter ohne weiteren Vertretungszusatz das Kündigungsschreiben handschriftlich unterzeichnet. Eine solche Kündigungserklärung enthält keinen hinreichend deutlichen Hinweis darauf, dass es sich nicht lediglich um den Entwurf eines Kündigungsschreibens handelt, der versehentlich von den übrigen Gesellschafter der GbR noch nicht unterzeichnet ist.

### j) Treuwidrige Zugangsvereitelung

Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung<sup>88</sup> hat der Zweite Senat mit Urteil vom 22. September 2005 (- 2 AZR 366/04 -)<sup>89</sup> entschieden, dass der Empfänger einer Willenserklärung sich nach Treu und Glauben nicht auf den verspäteten Zugang dieser Erklärung berufen kann, wenn er die Zugangsverzögerung selbst zu vertreten hat. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe der Erklärende die entsprechenden

---

<sup>87</sup> AP Nr 4 zu § 623 BGB; BB 2005, 1627-1629; NZA 2005, 865-866; NJW 2005, 2572-2573; BAGReport 2005, 269-271; EzA § 623 BGB 2002 Nr 4; DRsp VI(610) 294a-b; AuA 2005, 435-436 (Anm. Laws, Ralf); DB 2005, 1743 (red.L1-3); NJW-Spezial 2005, 420 (red.L1, K); dbr 2005, Nr 11, 42 (Anm. Jungraithmayr, Martin); FA 2005, 323 (red.L1-3); sj 2005, Nr 21, 34-35 (Anm. Linnartz, Edith); jurisPR-ArbR 35/2005 Anm 3 (Anm. Sievers, Jochen)

<sup>88</sup> Vgl. BAG 25. April 1996 - 2 AZR 13/95 - BAGE 83,73

<sup>89</sup> (Noch) nicht veröffentlicht



Fristen gewahrt. Wer aufgrund bestehender vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, muss geeignete Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen erreichen. Auch bei schweren Sorgfaltsverstößen kann der Adressat nach Treu und Glauben regelmäßig nur dann so behandelt werden, als habe ihn die Willenserklärung erreicht, wenn der Erklärende alles Erforderliche und ihm Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung den Adressaten erreichen konnte. Muss ein Arbeitnehmer mit dem Zugang einer Kündigung rechnen, so verletzt er die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten erheblich, wenn er dem Arbeitgeber, dem die derzeitige Anschrift des Arbeitnehmers nicht bekannt ist, bei der Übersendung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als Absender eine Anschrift mitteilt, unter der er tatsächlich nicht erreichbar ist. Ist ein Arbeitnehmer nach Treu und Glauben so zu behandeln, als sei ihm die Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses zugegangen, bedarf die Kündigung nach § 90 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nicht der Zustimmung des Integrationsamts.

### 3. Freiwillige Abfindung und Gleichbehandlung

Der Neunte Senat war mit der Frage befasst, ob einem Arbeitnehmer auf der Grundlage eines einseitig vom Arbeitgeber aufgestellten freiwilligen Leistungsplans für von betriebsbedingten Kündigungen betroffene Arbeitnehmer, ein Anspruch auf eine Abfindung zusteht. Mit Urteil vom 15. Februar 2005 (- 9 AZR 116/04 -)<sup>90</sup> hat der Neunte Senat entschieden, dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist. Dieser ist nicht verletzt, wenn er Arbeitnehmer von der Abfindung ausnimmt, die gegen die Kündigung gerichtliche Schritte einleiten. Das Interesse des Arbeitgebers an Planungssicherheit und Vermeidung des mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung verbundenen Aufwands an Sach- und Personalkosten ist ein sachlicher Grund zur unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber darf die Zahlung der Abfindung als Steuerungsmittel einsetzen, um die Betriebsänderung störungsfrei durchzuführen. Diese unterschiedliche Behandlung verstößt nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Das gesetzliche Ziel dieser Vorschrift bedingt eine einschränkende Auslegung. Schutzziel des Maßregelungsverbotes ist es nicht, den Arbeitsvertragsparteien die anerkannt zulässigen Möglichkeiten zur Gestaltung der Arbeits- und Ausscheidensbedingungen zu nehmen.

---

<sup>90</sup> AP Nr 15 zu § 612a BGB; EBE/BAG 2005, 147-152; DB 2005, 2245-2248; NZA 2005, 1117-1122; MDR 2005, 1235-1236; NJ 2005, 572-573; EZA § 612a BGB 2002 Nr 2; NJ 2005, 572-573; ZTR 2005, 657-658; ZAP EN-Nr 708/2005 (red.L1); NJW 2005, 3310 (L1); ArbuR 2005, 424 (red.L1); NJW-Spezial 2005, 515-516 (red.L1, K)

§ 612 a BGB lässt sog. Abwicklungsverträge zu, nach denen der Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Abfindung unter Verzicht auf sein Klagerecht aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Für einseitig aufgestellte Abfindungsbedingungen, die dem Arbeitnehmer vor oder nach der Kündigung bekannt gemacht werden, gilt nichts anderes. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, der mit dem Arbeitsmarktreformgesetz zum 1. Januar 2004 einen gesetzlichen Anspruch auf Abfindung in § 1 a KSchG geschaffen hat, der ebenfalls ein Junktim zwischen Abfindung und Hinnahme der Kündigung vorsieht. In der Entscheidung - der Arbeitnehmer war als Haustechniker an der Botschaft der Vereinigten Staaten beschäftigt - hat der Neunte Senat weiter entschieden, dass ein ausländischer Staat keine Staatenimmunität in Rechtsstreitigkeiten genießt, die sein nicht hoheitliches Handeln betreffen. Wartung und Instandhaltung technischer Einrichtungen zur Zugangskontrolle einer Botschaft betreffen nicht hoheitliches Handeln.

#### **4. Tarifliche Entlassungsentschädigung**

Mit Urteil vom 23. Februar 2005 (- 4 AZR 139/04 -)<sup>91</sup> hat der Vierte Senat über einen Anspruch auf Entschädigung wegen Entlassung nach § 8 i.V.m. § 3 des Tarifvertrags zur Abwendung sozialer Härten bei Rationalisierungsmaßnahmen für die gewerblichen Arbeitnehmer in der Druckindustrie vom 6. Juli 1984 (Ratio-TV) entschieden. Der Anspruch auf die Entschädigung setzt nach diesen Vorschriften voraus, dass eine Änderung von Arbeitstechniken erfolgt und diese mit technischer Entwicklung sowie - im Sinne eines zweiten selbständigen Erfordernisses - mit Rationalisierung zu begründen ist. Die Entlassung des Arbeitnehmers muss Folge dieser Maßnahmen sein. Nach der Entscheidung des Vierten Senats besteht der Anspruch auf die Entlassungsentschädigung nach § 8 i.V.m. § 3 Ratio-TV auch dann, wenn die Entlassung darauf beruht, dass der Arbeitnehmer mit seiner Qualifikation die durch die Rationalisierungsmaßnahmen geschaffenen Arbeitsplätze nicht ausfüllen kann. Dies ergibt die Auslegung des Tarifvertrags. Ein Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, der Arbeitsplatzverlust des Arbeitnehmers beruhe darauf, dass dieser seine Qualifikation nicht der technischen Entwicklung angepasst habe. § 8 Abs. 3 Satz 3 Ratio-TV sieht vor, dass der Anspruch auf die Entlassungsentschädigung entfällt, wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt. Hierauf darf sich ein Arbeitgeber nicht berufen, wenn er selbst in Abrede gestellt hat, die Kündigung beruhe auf einer Rationalisierungsmaßnahme i.S. des Tarifvertrags und das Vorliegen dieser Voraussetzung für den gekün-

---

<sup>91</sup> Siehe Fußnote 51

digten Arbeitnehmer mangels entsprechender Kündigungsbegründung nicht erkennbar ist. In einem solchen Fall handelt der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens.

## VI. Betriebsübergang

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäfte auf einen anderen Inhaber über, tritt dieser gem. § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Nach der ständigen Rechtsprechung des Achten Senats, die an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>92</sup> anschließt, setzt die Annahme eines Betriebsübergangs den Übergang einer wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus. Bei der Prüfung, ob eine solche Einheit übergegangen ist, müssen sämtliche den betreffenden Vorgang kennzeichnenden Tatsachen berücksichtigt werden. Dazu gehören als Teilaspekte der Gesamtwürdigung namentlich die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebs, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude oder bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeiten. Die Identität der Einheit kann sich auch aus anderen Merkmalen wie ihrem Personal, ihren Führungskräften, ihrer Arbeitsorganisation, ihren Betriebsmethoden und ggf. den ihr zur Verfügung stehenden Betriebsmitteln ergeben. Den für das Vorliegen eines Übergangs maßgeblichen Kriterien kommt je nach der ausgeübten Tätigkeit und je nach Produktions- und Betriebsmethoden unterschiedliches Gewicht zu.

Diese Rechtsprechung hat der Achte Senat mit Urteil vom 27. Oktober 2005 (- 8 AZR 568/04 -)<sup>93</sup> bekräftigt. Bei Handels- und Dienstleistungsbetrieben stehen bei einer Bewertung, ob ein Betriebsübergang vorliegt, die immateriellen Betriebsmittel, d.h. Geschäftsbeziehungen zu Dritten, der Kundenstamm und etwaige Kundenlisten, das Know-how und die Einführung des Unternehmens auf dem Markt im Vordergrund. Bei einer Dienstleistungs- und Projektverwirklichungsgesellschaft, deren Unternehmensgegenstand vor allem die wirtschaftliche Betreuung von Objekten im Wohn- und Gewerbebereich ist, kommt der Übernahme der Büroausstattung und sächlicher Be-

---

<sup>92</sup> EuGH 11. März 1997 - C-13/95 - AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14; BAG 18. März 1999 - 8 AZR 159/98 - BAGE 91,121

<sup>93</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

etriebsmittel keine identitätsprägende Wirkung zu. Um den genannten Geschäftszweck weiter zu führen, bedurfte es nicht einer bestimmten Büroausstattung, sondern vor allem des Einstiegs in die Betreuungsverträge und des Zugriffs auf die Kundendaten.

Erfolgt die Übernahme der Betriebsmittel in mehreren Schritten, ist der Betriebsübergang jedenfalls zu dem Zeitpunkt erfolgt, in dem die wesentlichen, zum Fortführen des Betriebs erforderlichen Betriebsmittel übergegangen sind und die Entscheidung über den Betriebsübergang nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

Mit Urteil vom 18. August 2005 (- 8 AZR 523/04 -)<sup>94</sup> hat der Achte Senat seine bisherige Rechtsprechung<sup>95</sup>, wonach ein Aufhebungsvertrag im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang gem. § 134 BGB nichtig sein kann, wenn er objektiv der Umgehung der zwingenden Rechtsfolgen des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB dient, bestätigt und weitergeführt. Die Arbeitsvertragsparteien können die Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang grundsätzlich ohne Vorliegen eines besonderen Sachgrunds wirksam durch einen Aufhebungsvertrag auflösen, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. Der Senat hält daran fest, dass ein Aufhebungsvertrag wegen gesetzwidriger Umgehung der Rechtsfolgen des § 613 a BGB unwirksam ist, wenn zugleich ein neues Arbeitsverhältnis zum Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird. Ist beim Abschluss des Aufhebungsvertrags weder ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber begründet, noch ein solcher verbindlich in Aussicht gestellt oder versprochen, liegt keine Umgehung des Kündigungsverbots des § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB vor. Auch bei einer objektiv bezweckten Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes ist ein Aufhebungsvertrag nur dann unwirksam, wenn die mit dieser Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen sachlich unberechtigt ist. Dies gilt auch, wenn ein Arbeitnehmer von einer Auffanggesellschaft nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags zu verschlechterten Arbeitsbedingungen eingestellt wird. Eine Umgehung des § 613 a BGB liegt vor, wenn vor einem geplanten Betriebsübergang durch den Aufhebungsvertrag die Übernahme in eine Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft nur zum Schein vorgeschoben oder offensichtlich bezweckt ist, die Sozialauswahl zu umgehen. Hieran fehlte es im Streitfall, denn es lag ein Sanie-

---

<sup>94</sup> StuB 2005, 1030 (K); EzA-SD 2005, Nr 18, 4 (K); DStR 2005, 1537 (K); AuA 2005, 615 (K); ArbUR 2005, 380 (K); ZMV 2005, 263-264 (K); RzK 00, I 9i Nr 101 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 10, 4 (K); FA 2005, 350 (K); ArbRB 2005, 257 (K)

rungsfall zur Vermeidung einer drohenden Insolvenz vor.

Mit Urteil vom 24. Mai 2005 (- 8 AZR 246/04 -)<sup>96</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass der Betriebsveräußerer trotz des späteren Verlustes der Arbeitgeberstellung durch einen Betriebsübergang befugt ist, einen Auflösungsantrag gem. § 9 KSchG zu stellen, wenn der Betriebsübergang nach dem Auflösungszeitpunkt stattfindet. Der Betriebsveräußerer verfolgt in diesem Fall nicht die Rechte des Betriebserwerbers, sondern die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welches bis zum Betriebsübergang bei ihm fortbestand. Der Betriebsveräußerer kann nicht allein wegen des Betriebsübergangs gezwungen werden, die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu erfüllen, obwohl ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war. Von ihm kann nicht verlangt werden, dass er den Auflösungsantrag vor dem Betriebsübergang stellt, weil dies gegen die ausdrücklich in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG vorgesehene Möglichkeit der rückwirkenden Antragstellung verstieße. Zudem spricht für diese Lösung die praktische Handhabung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Achten Senats bleibt der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis vor einem Betriebsübergang gekündigt hat, für die gerichtliche Klärung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung auch nach dem Betriebsübergang passiv legitimiert<sup>97</sup>. Zur Begründung des Auflösungsantrages kann der Betriebsveräußerer geltend machen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei ihm bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht zumutbar.

§ 613 a Abs. 5 BGB bestimmt, dass der bisherige Arbeitgeber oder neue Inhaber die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform über den (geplanten) Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten hat. Gem. 613 a Abs. 6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 5 schriftlich widersprechen. Nach einem Urteil des Achten Senats vom 24. Mai 2005

---

<sup>95</sup> BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90,260

<sup>96</sup> AP Nr 282 zu § 613a BGB; ZIP 2005, 1611-1614; DB 2005, 2082-2085 (Anm. Andelewski, Utz); NZA 2005, 1178-1182; EzA § 613a BGB 2002 Nr 32; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 121/05 (L1); ArbuR 2005, 383 (L1, K); MDR 2005, 1232 (L1); SAE 2005, 299-300 (L1); ArbuR 2005, 227 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 7, 3-4 (K); ArbRB 2005, 194 (K); FA 2005, 245 (K)

<sup>97</sup> BAG 18. März 1999 - 8 AZR 306/98 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 44

(- 8 AZR 398/04 -)<sup>98</sup> führt die Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 613 a Abs. 5 BGB auch unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zur Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung des Veräußerers gegenüber einem Arbeitnehmer, der dem Betriebsübergang widersprochen hat. Rechtsfolge der unterbliebenen oder unvollständigen Unterrichtung nach § 613 a Abs. 5 BGB ist, dass die Widerspruchsfrist gem. § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht zu laufen beginnt. Wird die Unterrichtungspflicht des § 613 a Abs. 5 BGB verletzt, sind weder die Voraussetzungen des § 242 BGB mit der Folge der Unwirksamkeit der Kündigung erfüllt, noch besteht ein Bedürfnis für ein derartiges Kündigungsverbot. Das Entstehen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes ist nicht Folge der unvollständigen Unterrichtung, sondern der Entscheidung des Arbeitnehmers, von seinem Widerspruchsrecht gem. § 613 a Abs. 6 BGB Gebrauch zu machen. Weil die unvollständige Unterrichtung den Lauf der Widerspruchsfrist gem. § 613 a Abs. 6 Satz 1 BGB hindert, ist der Arbeitnehmer ausreichend geschützt. Er ist nicht im Zugzwang und kann abwarten und z.B. seinen Unterrichtungsanspruch nach § 613 a Abs. 5 BGB verfolgen.

Der Fünfte Senat hatte über die Frage zu entscheiden, ob ein Gewerkschaftssekretär der DAG nach Verschmelzung der fünf Einzelgewerkschaften DAG, HBV, IG-Medien, ÖTV und DPG auf die Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di verlangen kann, so behandelt zu werden wie Gewerkschaftssekretäre, die vor der Gründung von ver.di bei der Gewerkschaft HBV beschäftigt waren. Mit Urteil vom 31. August 2005 (- 5 AZR 517/04 -)<sup>99</sup> hat der Fünfte Senat dies verneint. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet keine Anwendung. Mit der Verschmelzung sind die Arbeitsverhältnisse der bei den früheren Einzelgewerkschaften beschäftigten Arbeitnehmer auf ver.di übergegangen. Da mit der Verschmelzung die Identität der früheren Betriebe aufgelöst worden ist, gelten die bei den früheren Einzelgewerkschaften durch Gesamtbetriebsvereinbarungen geregelten Arbeitsbedingungen nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB arbeitsvertraglich fort. Gewährt der Rechtsnachfolger den übernommenen Arbeitnehmern weiterhin die Arbeitsvergütung, die sie von ihren jeweiligen früheren Arbeitgebern erhalten haben, vollzieht er nur die sich aus dem Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Rechtsfolgen. Er trifft selbst keine verteilende Entscheidung, die Vor-

---

<sup>98</sup> AP Nr 284 zu § 613a BGB (demnächst); ZIP 2005, 1978-1982; DB 2005, 2472-2474; NZA 2005, 1302-1307; BAGReport 2005, 364-368; AuA 2005, 748-749 (Anm. Ostmann, Petra); jurisPR-ArbR 47/2005 Anm 3 (Anm. Oesterle, Harald); EzA-SD 2005, Nr 22, 14 (L1, red.L1-4); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 142/05 (L1); StuB 2005, 910 (Leitsatz); NJW 2005, 3661 (L1); ArbuR 2005, 463 (L1); PersR 2005, 470 (L1)

<sup>99</sup> ZIP 2005, 2225-2227; EzA-SD 2005, Nr 19, 3 (K); ArbuR 2005, 380-381 (K); ZMV 2005, 264 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 10, 4-5 (K); AuA 2005, 677 (K); FA 2005, 351 (K)

aussetzung für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist. Dies gilt auch, wenn in Folge der Verschmelzung durch Aufnahme eine bestehende Betriebsorganisation vollständig aufgelöst wird und die übernommenen Arbeitnehmer unterschiedslos in die neue Betriebsorganisation eingegliedert werden. Der Arbeitgeber wendet nur § 324 UmwG i.V.m. § 613 a Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB auf die Arbeitsverhältnisse an. Bei einem Betriebsübergang ist der Erwerber nicht verpflichtet, nach längerer Zeit eine Angleichung der unterschiedlichen Arbeitsbedingungen herzustellen. Hierfür besteht keine Rechtsgrundlage. Nur dann, wenn der Arbeitgeber neue Vergütungsstrukturen schafft, ist er an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.

Der Vierte Senat war mit der Frage befasst, ob die Verschmelzung der Gewerkschaften DAG, HBV, IG-Medien, ÖTV und DPG zur Gewerkschaft ver.di eine kongruente Tarifgebundenheit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber an einen Tarifvertrag begründen kann, der gem. § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB die nach einem Betriebsübergang gem. § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses gewordenen Tarifverträge verdrängt. Mit Urteil vom 11. Mai 2005 (- 4 AZR 315/04 -)<sup>100</sup> hat der Vierte Senat diese Frage bejaht. Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung<sup>101</sup> geht der Senat davon aus, dass für die Verdrängung nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB weiterteltender Tarifbedingungen durch einen anderen Tarifvertrag die kongruente Tarifgebundenheit beider Parteien des Arbeitsverhältnisses an den neuen Tarifvertrag erforderlich ist. Eine solche kongruente Tarifgebundenheit kann durch die Verschmelzung auf die Gewerkschaft ver.di begründet werden, weil die von den verschmolzenen Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifverträge auf ver.di übergegangen sind. Die Mitglieder der Einzelgewerkschaften sind zu diesem Zeitpunkt Mitglieder von ver.di geworden. § 95 der Satzung der Gewerkschaft ver.di steht dem nicht entgegen. Diese Regelung betrifft nur die Konkurrenz normativ geltender Tarifverträge. Sie erfasst nicht den Fall der Verdrängung eines nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB weiterteltenden Tarifvertrags gem. § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB. Nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB ist nicht erforderlich, dass die beiderseitige Tarifgebundenheit bereits zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestand. Sie kann erst nach dem Betriebsübergang begründet werden. Das Gesetz sieht dafür keine zeitliche Grenze vor.

---

<sup>100</sup> AP Nr 30 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz (demnächst); DB 2005, 2141-2143; ZIP 2005, 1889-1892; BB 2005, 2467-2471 (Anm. Seitz, Stefan); NZA 2005, 1362-1365; EzA-SD 2005, Nr 20, 4 (L1-4); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 132/05 (L1-4); ArbuR 2005, 426 (L1-4); FA 2005, 353 (L1-4); EWIR 2005, 821-822 (Anm. Wißmann, Tim); AuA 2005, 751-752 (Anm. Stück, Volker); ArbRB 2005, 161 (K)

<sup>101</sup> BAG 21. Februar 2001 - 4 AZR 18/00 - BAG 97,107

Mit Urteil vom 20. April 2005 (- 4 AZR 292/04 -)<sup>102</sup> hat der Vierte Senat entschieden, dass ein notarieller Klinikkaufvertrag nach den §§ 133, 157 BGB ausgehend vom Wortlaut und unter Berücksichtigung der Begleitumstände bei Vertragsabschluss dahingehend ausgelegt werden kann, dass die dynamische Anwendbarkeit der Vergütungstarifverträge des öffentlichen Diensts nach dem Betriebsübergang zugesichert werden soll. Die Arbeitnehmer können hieraus unmittelbare Rechte herleiten, weil es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter i.S. des § 328 Abs. 1 BGB handelt. Zwar können durch Vertrag keine Lasten für nicht am Vertrag beteiligte Dritte begründet werden. Die Zusicherung der dynamischen Anwendbarkeit der Vergütungstarifverträge nach dem Betriebsübergang begründet trotz der Möglichkeit zukünftiger verschlechternder Tarifverträge jedoch keine Lasten für die nicht am Vertrag beteiligten Arbeitnehmer, wenn dadurch die bisherige dynamische Anwendbarkeit gesichert und den Arbeitnehmern darüber hinaus ein Abwahlrecht eingeräumt wird.

## VII. Betriebliche Altersversorgung

Im Berichtszeitraum betrafen mehrere Entscheidungen des Dritten Senats Fragen der betrieblichen Altersversorgung im Zusammenhang mit Umwandlungen oder Betriebsübergängen. Mit Beschluss vom 22. Februar 2005 (- 3 AZR 499/03 -)<sup>103</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass der Übergang von Versorgungsverbindlichkeiten im Rahmen einer Spaltung zur Neugründung sich nicht nach § 613 a BGB i.V.m. § 324 UmwG, sondern ausschließlich nach Umwandlungsrecht richtet, wenn der Versorgungsberechtigte vor Wirksamwerden der Spaltung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war. Entscheidend für die Zuordnung von Versorgungsverbindlichkeiten zu dem übertragenden oder dem neu gegründeten Unternehmen ist der Spaltungsplan. Hierbei dürfen die Anforderungen an die Kennzeichnung einzelner Gegenstände nicht überspannt werden. Im Anschluss an den Bundesgerichtshof<sup>104</sup> geht der Dritte Senat davon aus, dass es genügt, wenn sich nach Auslegung unter Berücksichtigung aller Umstände ergibt, dass ein Gegenstand bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Unternehmensteils, der abgespalten werden soll,

---

<sup>102</sup> AP Nr 35 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (demnächst); ArbuR 2005, 194 (K); ArbRB 2005, 129 (K); AuA 2005, 368 (K); FA 2005, 223-224 (K); EzA-SD 2005, Nr 22, 7 (red.L1-2); PersR 2005, 469 (red.L1-2)

<sup>103</sup> AP Nr 1 zu § 168 UmwG; DB 2005, 954-956; ZIP 2005, 957-962; BetrAV 2005, 404-407; NZA 2005, 639-643; Der Konzern 2005, 370-374; EzA § 126 UmwG Nr 1; MDR 2005, 875-876; ZTR 2005, 438-440; EzBAT § 46 BAT Beamtenrechtliche Versorgung Nr 8 ; AR-Blattei ES 1625 Nr 2; DZWIR 2005, 425-428; BB 2005, 2414-2418; NJW 2005, 3371-3374

<sup>104</sup> BGH 8. Oktober 2003 - XII ZR 50/02 - NJW-RR 2004,123



zuzurechnen ist. Die Zuordnung von Versorgungsverbindlichkeiten durch Spaltungsplan zu einer neu gegründeten Gesellschaft wird unabhängig davon wirksam, ob die Versorgungsberechtigten und/oder der Pensions-Sicherungs-Verein dem zustimmen oder widersprechen. Weder §§ 414, 415 oder 613 a Abs. 6 BGB noch § 4 BetrAVG sind im Rahmen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge, wie sie das Umwandlungsrecht anordnet, anwendbar. Dies gilt auch bei einer Spaltung zur Neugründung, mit der kommunale Einrichtungen privatisiert werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Dritten Senats sind anspruchsausschließende Wartezeiten in einer Versorgungsordnung grundsätzlich zulässig (§ 1 b Abs. 1 Satz 2 und Satz 5 BetrAVG)<sup>105</sup>. Mit einem Urteil vom 19. April 2005 (- 3 AZR 469/04 -)<sup>106</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass der neue Arbeitgeber bei der Aufstellung von Berechnungsregeln die Beschäftigungszeit beim früheren Arbeitgeber als wertbildenden Faktor außer Ansatz lassen kann, wenn Arbeitnehmer nach einem Betriebsübergang erstmals eine Versorgungszusage erhalten. Dies verstößt nicht gegen den Schutzzweck des § 613 a BGB. Sofern der Arbeitnehmer des übergehenden Betriebs zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs keine Versorgungsanwartschaft erworben hatte, steht es dem Erwerber grundsätzlich frei, ob und in welcher Höhe er Versorgungsleistungen erbringen will. Es wird nicht in bereits erworbene Besitzstände übernommener Arbeitnehmer eingegriffen. Aus § 613 a BGB ergibt sich nicht, dass durch den Betriebsübergang neue Betriebsrentenansprüche der übernommenen Arbeitnehmer begründet werden. Dem steht nicht entgegen, dass bei der Anwendung der Unverfallbarkeitsgrundsätze des § 1 BetrAVG die Beschäftigungszeiten beim Veräußerer und Erwerber zusammen zu rechnen sind. Dies erfolgt deshalb, weil das Arbeitsverhältnis durch den Betriebsinhaberwechsel nicht unterbrochen wird. Mit einer qualifizierten Wartezeitbestimmung hingegen wird eine Voraussetzung dafür normiert, dass überhaupt ein Betriebsrentenanspruch entstehen kann.

Mit Urteil vom 19. Mai 2005 (- 3 AZR 649/03 -)<sup>107</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass ein Arbeitsverhältnis auf den Betriebserwerber übergeht, wenn es wirksam auf das Ende des Tags vor dem Betriebsübergang befristet ist und der Erwerber es nahtlos durch Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses fortsetzt. Der Schutzzweck des

---

<sup>105</sup> BAG 20. Februar 2001 - 3 AZR 21/00 - EZA BetrAVG § 1 Wartezeit Nr. 2

<sup>106</sup> AP Nr 19 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung (demnächst); EZA § 1b BetrAVG Nr 3; DB 2005, 1748; NZA 2005, 840 (red.L1-3); FA 2005, 348 (red.L1-3)

<sup>107</sup> AP Nr 283 zu § 613a BGB; ZIP 2005, 1706-1710; DB 2005, 2362-2364; EZA § 613a BGB 2002 Nr 33; sj 2005, Nr 21, 36-38 (Anm. Bahnsen, Volker); dbr 2005, Nr 11, 39 (Anm. Silberberger, Uwe); EWIR 2005, 855-856 (Anm. Richter, Marcus); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 130/05 (L1-2); ArbuR 2005, 423 (L1-2); SAE 2005, 299 (L1-2); ArbRB 2005, 195 (K); FA 2005, 245 (K)

§ 613 a Abs. 1 BGB gebietet, mehrere Arbeitsverhältnisse als ein einheitliches zu behandeln, wenn ein hinreichend enger Zusammenhang zwischen beiden Arbeitsverhältnissen besteht. Geht ein Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs auf einen Betriebserwerber über, tritt dieser in die Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung ein. Der Veräußerer haftet nur unter den Voraussetzungen des § 613 a Abs. 2 BGB neben dem Erwerber. Dies setzt voraus, dass die Ansprüche auf Betriebsrente innerhalb eines Jahres seit dem Betriebsübergang fällig werden. Erfolgt der Betriebsübergang im Rahmen eines insolvenzrechtlichen Verfahrens, ist die Haftung des Erwerbers eingeschränkt, soweit der insolvenzrechtliche Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung eingreift. § 613 a BGB ist nicht anzuwenden, soweit Forderungen den besonderen Verteilungsgrundsätzen des Insolvenzverfahrens unterliegen. Nur insoweit können diese Verteilungsgrundsätze den allgemeinen Regeln über den Eintritt des Betriebserwerbers in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vorgehen. Deshalb ist aus insolvenzrechtlichen Gründen die Haftung des Betriebserwerbers für Masseansprüche, also Ansprüche, die aus der Masse ohne insolvenzrechtliche Einschränkungen vollständig zu befriedigen sind, nicht eingeschränkt. Die bloße Möglichkeit der Masseunzulänglichkeit ist kein insolvenzrechtlicher Grundsatz, der die Haftung des Erwerbers gem. § 613 a BGB einschränkt. Ob dies anders ist, wenn Masseunzulänglichkeit vorliegt und damit die besonderen Verteilungsgrundsätze des § 209 InsO gelten, hat der Senat offen gelassen.

Sieht eine Versorgungsordnung zur Ermittlung der bei Betriebstreue bis zum Versorgungsfall erreichbaren Vollrente eine sog. aufsteigende Berechnung vor, bedeutet dies nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 15. Februar 2005 (- 3 AZR 298/04 -)<sup>108</sup> nicht, dass deshalb der Wert einer unverfallbaren Anwartschaft "aufsteigend" bis zum Zeitpunkt des vorzeitigen Ausscheidens zu berechnen wäre. Enthält die Versorgungsordnung - hier die Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder - für diesen Fall keine entsprechende Regelung, ist grundsätzlich die erreichbare Vollrente aufsteigend bis zum Versorgungsfall zu ermitteln und der sich ergebende Betrag sodann zeitanteilig im Verhältnis der tatsächlich erreichten zu der bis zur Altersgrenze erreichbaren Beschäftigungszeit zu kürzen. Zugleich bestätigt der Senat seine bisherige Rechtsprechung<sup>109</sup>, wonach das Verbot der zweifach mindernden Berücksichtigung der fehlenden Beschäftigungszeit zwischen dem vorgezogenen Eintritt in den Ruhe-

---

<sup>108</sup> AP Nr 48 zu § 2 BetrAVG (demnächst); ZTR 2005, 487-489; EzBAT § 46 BAT Nr 58; EzA-SD 2005, Nr 10, 11 (red.L1-3); NZA-RR 2005, 671 (red.L1-3); jurisPR-ArbR 23/2005 Anm 2 (Anm. Langohr-Plato, Uwe); ArbuR 2005, 108-109 (K); AuA 2005, 174 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 3, 3-4 (K); FA 2005, 119 (K)

<sup>109</sup> BAG 21. August 2001 - 3 AZR 649/00 - BAGE 98, 344

stand und dem Erreichen der festen Altersgrenze auf den im § 2 Abs. 1 BetrAVG geregelten Fall der Berechnung der Invaliditätsrente nach vorzeitigem Ausscheiden nicht zu übertragen ist.

Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu vier vom Hundert der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersvorsorge verwendet werden. Die Durchführung dieses Anspruchs wird durch Vereinbarung geregelt (§ 1 a Abs. 1 Satz 1, 2 BetrAVG). Mit Beschluss vom 19. Juli 2005 (- 3 AZR 502/04 -)<sup>110</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass ein Arbeitnehmer im Rahmen der Entgeltumwandlung nicht den Versicherungsträger wählen kann, über den eine Direktversicherung durchgeführt werden soll. Nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG ist die Altersvorsorge über einen Pensionsfond oder eine Pensionskasse durchzuführen, wenn der Arbeitgeber dazu bereit ist. Andernfalls kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber für ihn eine Direktversicherung abschließt. Ein gesetzliches Recht des Arbeitnehmers, in diesen Fällen nicht nur die Durchführung der Altersvorsorge über eine Direktversicherung zu verlangen, sondern auch den Versicherungsträger auszuwählen, besteht nicht. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, nach dem die Wahl des Versicherungsunternehmens dem Arbeitgeber zustehen soll, um dessen Verwaltungsaufwand in Grenzen zu halten. Zudem macht es wegen der so erreichbaren günstigeren Versicherungsbedingungen nur Sinn, die Direktversicherung als Gruppenversicherung durchzuführen.

Der Dritte Senat hat für die materielle Überprüfung von Eingriffen in Versorgungsanwartschaften ein dreistufiges Prüfungsschema entwickelt<sup>111</sup>. Mit Urteil vom 28. Juli 2005 (- 3 AZR 14/05 -)<sup>112</sup> hat der Senat bekräftigt, dass dieses Schema nicht unbesehen auf Tarifverträge angewandt werden kann. Die Tarifautonomie ist als Teil der Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützt. Den Tarifvertragsparteien steht daher bei der inhaltlichen Gestaltung ihrer Regelungen ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Tarifverträge unterliegen keiner Billigkeitskontrolle. Die Tarifvertragsparteien sind allerdings an die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gebunden. Die an das Gewicht der Änderungsgründe zu stellenden Anforderungen hängen von den

---

<sup>110</sup> DB 2005, 2252; Die Beiträge Beilage 2005, 382-384; EzA-SD 2005, Nr 19, 21 (red.L1-2); sj 2005, Nr 22, 38 (Anm. Leising, Marion); ZIP 2005, 1982 (red.L1); jurisPR-ArbR 39/2005 Anm 6 (Anm. Langohr-Plato, Uwe)

<sup>111</sup> Ständige Rechtsprechung seit BAG 17. April 1985 - 3 AZR 72/93 - BAGE 49,57

<sup>112</sup> EzA-SD 2005, Nr 26, 15 (L1 red.L1-3)

Nachteilen ab, die den Versorgungsberechtigten durch die Änderung der Versorgungsregelung entstehen. Wird nicht in den erdienten Besitzstand einer Versorgungsanwartschaft eingegriffen und sind die Eingriffe nicht schwerwiegend, reicht jeder sachliche Grund aus. Im zu entscheidenden Fall hatten die Tarifvertragsparteien abweichend von der bisher geltenden Regelung die Gesamtversorgung der Betriebsrentner und die der aus gesundheitlichen Gründen beurlaubten Arbeitnehmer von der Einkommensentwicklung der aktiven Arbeitnehmer abgekoppelt. Ein sachlicher Grund für diesen Eingriff lag schon deswegen vor, weil die Tarifvertragsparteien eine Überversorgung eingegrenzt haben.

In seinem Urteil vom 28. Juli 2005 (- 3 AZR 457/04 -)<sup>113</sup> war der Dritte Senat mit einer Versorgungsordnung befasst, die für die Gewährung einer Witwen- oder Witwerversorgung voraussetzt, dass die Ehe mindestens 10 Jahre bestanden hat, wenn sie nach Vollendung des 50. Lebensjahres des verstorbenen Ehegatten geschlossen worden ist. Diese Spätehenklausel hat der Dritte Senat für wirksam erachtet. Sie verstößt nicht gegen das Gebot des § 75 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, Arbeitnehmer nicht wegen Überschreitung bestimmter Altersstufen zu benachteiligen. Die Spätehenklausel dient einer sachlich gerechtfertigten Risikobegrenzung des Arbeitgebers. Ein Leistungsversprechen im Bereich der Hinterbliebenenversorgung birgt zusätzliche Unwägbarkeiten und Risiken in sich, die insbesondere den Zeitpunkt des Leistungsfalls und die Dauer der Leistungserbringung betreffen. Zudem schränkt die Kombination von Höchstalter und Mindestehedauer den Ausschlussstatbestand ein. Es ist auch sachlich gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber bei einer längeren Ehe auf die Risikobegrenzung verzichtet. Ein Höchstalter von 50 Jahren und eine Mindestehedauer von 10 Jahren ist gemessen am Regelungszweck vertretbar. Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf von 27. November 2000, die nach Art. 1 einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen des Alters bezweckt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Umsetzungsfrist für die Richtlinie ist noch nicht abgelaufen. Ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Auf die Ehepartner ist kein unzulässiger Zwang ausgeübt worden. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine Eheschließung durch Einräumung von Ansprüchen zu fördern.

Nach § 1 b BetrAVG nF wird die Anwartschaft auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unverfallbar, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls,

---

<sup>113</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

aber nach Vollendung des 30. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens 5 Jahre bestanden hat. Nach der bis zum 31.12.2000 gültigen Fassung des § 1 BetrAVG (aF) wurde die Anwartschaft unverfallbar, wenn der Arbeitnehmer bei Ausscheiden 35 Jahre alt war und entweder die Versorgungszusage mindestens 10 Jahre bestanden hat oder der Beginn der Betriebszugehörigkeit mindestens 12 Jahre zurückliegt und die Versorgungszusage mindestens 3 Jahre bestanden hat. Nach einem Urteil des Dritten Senats vom 18. Oktober 2005 (- 3 AZR 506/04 -)<sup>114</sup> ist diese Altregelung mit höherrangigem Recht vereinbar. Sie verstößt weder gegen Art. 3 GG noch gegen das europarechtliche Lohnleichheitsgebot. Eine etwaige Ungleichbehandlung ist durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Mit der Unverfallbarkeitsvorschrift des § 1 Abs. 1 BetrAVG aF hat der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber zugunsten des Sozialschutzes der Arbeitnehmer eingeschränkt. Er hat seinen Gestaltungsspielraum nicht dadurch überschritten, dass er lange vor der Regelaltersgrenze erworbene Anwartschaften für weniger schutzwürdig hielt als später erworbene.

In seinem Beschluss vom 18. Januar 2005 (- 3 ABR 21/04 -)<sup>115</sup> war der Dritte Senat mit einem Streit der Betriebspartner befasst, wie die in einer Betriebsvereinbarung geregelten Betriebsrentenansprüche der Arbeitnehmer zu berechnen sind, die vor Inanspruchnahme der vorgezogenen Altersrente zum Zwecke des Vorruhestands ausscheiden. Der Dritte Senat hat entschieden, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat gegenüber verpflichtet ist, eine Betriebsvereinbarung so durchzuführen, wie sie abgeschlossen ist. Dieser auf abredemäßige Durchführung der Betriebsvereinbarung gerichtete Anspruch ist eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit i.S. des § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, in der nach § 80 Abs. 1 ArbGG das Beschlussverfahren stattfindet. Er ist von den durch die Betriebsvereinbarung begründeten individualrechtlichen Ansprüchen der Arbeitnehmer zu unterscheiden. Diese Ansprüche kann der Betriebsrat nicht im eigenen Namen geltend machen. Der Individualrechtsschutz darf nicht auf das Verhältnis Arbeitgeber/Betriebsrat verlagert werden. Die Arbeitnehmer können nicht die Kosten für die Durchsetzung ihrer Rechte durch Einschaltung des Betriebsrats auf den Arbeitgeber abwälzen. Im Beschlussverfahren können die Betriebspartner nicht nur die Wirksamkeit oder Geltung einer Betriebsvereinbarung klären lassen, son-

---

<sup>114</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

<sup>115</sup> AP Nr 24 zu 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung (demnächst); DB 2005, 2417-2419; MDR 2006, 33-34; EzA-SD 2005, Nr 20, 13-14 (L1, red.L1-6); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 134/05 (L1); ArbuR 2005, 465 (L1); jurisPR-ArbR 43/2005 Anm 1 (Anm. Matthes, Hans-Christoph); Rbeistand 2005, 39 (K); ZBVR 2005, 37 (K); ArbRB 2005, 33 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 2, 3 (K); AuA 2005, 174-175 (K); FA 2005, 119 (K)

dern auch deren Auslegung. Der Auslegungsstreit muss aber den Inhalt der in der Betriebsvereinbarung getroffenen Abreden betreffen. Soweit die Betriebsvereinbarung keine Regelung enthält und der Arbeitgeber tarifliche oder gesetzliche Vorschriften vollzieht, hat der Betriebsrat keinen betriebsverfassungsrechtlichen Durchführungsanspruch. In dem vom Senat entschiedenen Verfahren haben die Beteiligten darüber gestritten, zu welchem Rechenweg die gesetzlichen Grundwertungen der §§ 2, 6 BetrAVG führen. Auf diese Meinungsverschiedenheit erstreckt sich der betriebsverfassungsrechtliche Durchführungsanspruch nicht.

## VIII. Grenzüberschreitender Arbeitnehmereinsatz

Nach § 1 a AEntG haftet ein Generalunternehmer, der einen Nachunternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Mindestlohnansprüche der bei dem Nachunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. Nach einem Urteil des Fünften Senats vom 12. Januar 2005 (- 5 AZR 617/01 -)<sup>116</sup> ist diese Vorschrift verfassungsgemäß. Die in § 1 a AEntG geregelte Bürgenhaftung greift zwar in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ein. Diese Beeinträchtigung ist jedoch durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. § 1 a AEntG dient der wirksamen Durchsetzung des § 1 AEntG. Die verschuldensunabhängige Bürgenhaftung des Bauunternehmers soll diesen veranlassen, verstärkt darauf zu achten, dass seine Nachunternehmer die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen - insbesondere die verbindlichen Mindestlöhne - einhalten und tatsächlich erfüllen. Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG entspricht noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die in § 1 a AEntG geregelte Bürgenhaftung ist zum Erreichen der gesetzlichen Ziele geeignet. Ein anderes gleich wirksames Mittel, das weniger einschränkend wirkt, steht nach der nicht zu beanstandenden Auffassung des Gesetzgebers nicht zur Verfügung. Nach dieser ist eine Verstärkung und Ausweitung der Baustellenkontrollen durch die Gewerbeaufsicht nicht in gleicher Weise wie die verschuldensunabhängige Nettolohnhaftung geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu verwirklichen. Der durch die Bürgenhaftung bewirkte Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG steht noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dieser Regelung verfolgten Zweck. Eine verfassungskonforme Einschränkung des Umfangs der Bürgenhaftung auf zumutbare Erkennungs- und Abwehrmaßnahmen ist nicht erforderlich. Im Anschluss an das auf der Grundlage

---

<sup>116</sup> AP Nr 2 zu § 1a AEntG; DB 2005, 1061-1064; NZA 2005, 627-634; EzA § 1a AEntG Nr 3; AR-Blattei ES 370.3 Nr 17; EzAÜG § 1a AEntG Nr 8; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 71/05 (L1-2); IBR 2005, 406 (red.L.); FA 2005, 216 (L1-2); ArbuR 2005, 275 (L1-2); ZIP 2005, 1292 (L1-2); ZBB 2005, 292 (red.L.); MDR 2005, 997 (L1-2); BAGReport 2005, 383 (L1-2)

eines Vorlagebeschlusses des Fünften Senats in diesem Verfahren<sup>117</sup> ergangene Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften<sup>118</sup> hat der Senat entschieden, dass die in § 1 a AEntG angeordnete Bürgenhaftung mit der durch Art. 49 EG gewährleisteten Freiheit des Dienstleistungsverkehrs vereinbar ist. Der Senat hat weiter entschieden, dass der nach § 1 Abs. 1 AEntG vom Arbeitgeber zu zahlende Mindestlohn ausschließlich für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen geschuldet wird, weil die Rechtsnormen des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags zur Regelung eines Mindestlohns im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vom 26. Mai 1999 nur insoweit international zwingend i.S. von Art. 34 EGBGB sind. Die Haftung nach § 1 a AEntG erfasst nicht Ansprüche aus Annahmeverzug sowie Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Verzugszinsen wegen verspäteter Lohnzahlung.

Erhält ein früher bei den Stationierungsstreitkräften beschäftigter Arbeitnehmer Überbrückungsbeihilfe gem. § 4 Ziff. 1 Buchst. b des Tarifvertrags vom 31. August 1971 zur sozialen Sicherung der Arbeitnehmer bei den Stationierungsstreitkräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV SozSich), schreibt § 4 Ziff. 3 Buchst. b TV SozSich die Ermittlung der Bemessungsgrundlage unter Abzug der fiktiv berechneten Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge vor. Mit Urteil vom 10. März 2005 (- 6 AZR 317/01 -)<sup>119</sup> hat der Sechste Senat entschieden, dass die Berücksichtigung der fiktiven deutschen Lohnsteuer sich nachteilig auf die Situation der Grenzgänger auswirken kann. Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften ansässig und steuerpflichtig sind, können gegenüber Arbeitnehmern benachteiligt werden, die in Deutschland ihren Wohnsitz haben und dort steuerpflichtig sind. Nach den Vorgaben des aufgrund des Vorlagebeschlusses des Sechsten Senats in diesem Verfahren<sup>120</sup> ergangenen Urteils des Europäischen Gerichtshofs<sup>121</sup> stehen Art. 39 EG und Art. 7 Abs. 4 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 einer solch benachteiligenden tariflichen Regelung entgegen. Diese Vorschriften gebieten, dass bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Überbrückungsbeihilfe im Falle des § 4 Ziff. 1 Buchst. b TV SozSich bei einem in Frankreich ansässigen ehemaligen Arbeitnehmer nicht die fiktive deutsche Lohnsteuer, sondern die fiktive in Frankreich zu entrichtende Lohn-/Einkommensteuer zu berücksichtigen ist.

---

<sup>117</sup> BAG 6. November 2002 - 5 AZR 617/01 (A) - BAGE 103, 240

<sup>118</sup> EuGH 12. Oktober 2004 - C-60/03 - AP EG Art. 49 Nr. 9

<sup>119</sup> AP Nr 1 zu § 4 TV SozSich (demnächst); DB 2005, 2248-2249; AR-Blattei ES 1500 Nr 76; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 115/05 (L1); ArbuR 2005, 387 (L1); FA 2005, 349 (red.L1)

<sup>120</sup> BAG 27. Juni 2002 - 6 AZR 317/01 (A) - AP EG Art. 39 Nr. 12

<sup>121</sup> EuGH 16. September 2004 - C-400/02 - DStRE 2005, 236

Dem Achten Senat lag im Berichtszeitraum folgende Konstellation der Auslandsentsendung eines Arbeitnehmers zur Entscheidung vor: Der Arbeitnehmer war zunächst bei der Arbeitgeberin in Deutschland beschäftigt. Aufgrund einer zwischen den Parteien abgeschlossenen Entsendevereinbarung wurde er befristet für die Dauer von vier Jahren für die Arbeitgeberin in Libyen tätig. Mit Urteil vom 14. Juli 2005 (- 8 AZR 392/04 -)<sup>122</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass es sich bei dem Entsendevertrag um einen weiteren, zweiten Arbeitsvertrag der Parteien handelt und sie den bisherigen Arbeitsvertrag für die Dauer der Entsendung zum Ruhen gebracht haben. Dies ergibt die Auslegung der von den Parteien geschlossenen Vereinbarung. Diesem Auslegungsergebnis steht nicht entgegen, dass wesentlicher Zweck der Entsendevereinbarung ist, dem Arbeitnehmer die deutsche Sozialversicherung zu erhalten. Hierfür ist gem. § 4 Abs. 1 SGB IV lediglich erforderlich, dass die Beschäftigung im Ausland vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt sein muss. Wie dieses Erfordernis umzusetzen ist, regelt § 4 Abs. 1 SGB IV nicht. Vereinbaren die Parteien, dass ein Arbeitsverhältnis im Inland für die Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber zur Entsendung ins Ausland ruht, so leben die Rechte und Pflichten aus dem Ursprungsarbeitsverhältnis nach Fristablauf wieder auf. War dieses Arbeitsverhältnis einem inzwischen auf einen Betriebserwerber übergegangenen Betriebsteil zugeordnet, ist der Betriebserwerber nach Auslauf des Auslandsarbeitsverhältnisses alleiniger Arbeitgeber. Der Achte Senat hat weiter entschieden, dass die Befristung des Auslandsarbeitsverhältnisses wirksam ist, wenn sie dazu dient, dem Arbeitnehmer eine gesicherte Rückkehrmöglichkeit zu gewährleisten und die deutsche Sozialversicherung gem. § 4 SGB IV zu erhalten. Maßgeblich war insoweit noch die Rechtslage vor Inkrafttreten des Teilzeit- und Befristungsgesetzes, nach der die Befristung eines Arbeitsvertrags einer Rechtfertigung bedurfte, wenn dem Arbeitnehmer durch die Befristung der ihm ansonsten zustehende gesetzliche Kündigungsschutz vorenthalten wird.

---

<sup>122</sup> AP Nr 4 zu § 611 BGB Ruhen des Arbeitsverhältnisses (demnächst); Die Beiträge Beilage 2005, 260-261 (K); ArbuR 2005, 331 (K); ArbRB 2005, 225 (K); FA 2005, 283 (K); AuA 2005, 558 (K); ZIP 2005, 2080 (red.L1-2); EzA-SD 2005, Nr 23, 3-4 (red.L1-2); DB 2005, 2754 (red.L1-2)



## **2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht**

### **I. Vereinigungsfreiheit**

Mit Urteil vom 25. Januar 2005 (- 1 AZR 657/03 -)<sup>123</sup> hat der Erste Senat entschieden, dass eine Polizeigewerkschaft in Dienstgebäuden der Polizei keine Unterschriftenlisten auslegen darf, mit denen beim Publikum um Unterstützung der Forderung nach einer Erhöhung der Planstellen für Polizeibeamte geworben wird. Zwar fallen solche Aktivitäten von Gewerkschaften unter die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungsfreiheit der Koalitionen. Zu dieser gehört das Recht, im gesamten Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen die organisierten Gruppeninteressen gegenüber dem Staat und den politischen Parteien darzustellen und zu verfolgen. Die Betätigungsfreiheit der Koalitionen unterliegt aber Schranken, wenn sie mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern kollidiert. Dazu gehört der durch Art. 20 Abs. 3 GG gewährleistete Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieser findet seinen einfachgesetzlichen Ausdruck in den im Beamtenrechtsrahmengesetz sowie im Bundesbeamtengesetz und den Beamtengesetzen der Länder normierten Pflichten der Beamten (vgl. § 35 Abs. 1 BRRG, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 54 Satz 2 und 3 BBG). Dieser Grundsatz verlangt, nicht nur die Möglichkeit einer sachwidrigen Beeinflussung des Verwaltungshandelns auszuschließen, sondern schon deren Anschein zu vermeiden. Auch dürfen staatliche Einrichtungen grundsätzlich nur im Rahmen ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs genutzt werden. Diese Grundsätze werden berührt, wenn eine Gewerkschaft in Polizeidienststellen Listen auslegt, auf denen die Besucher mit ihrer Unterschrift die an den Landesgesetzgeber gerichtete Forderung nach einem Stellenausbau der Polizei unterstützen sollen. Beim Publikum kann dadurch der Eindruck entstehen, mit der Unterschrift den Bediensteten einen Gefallen zu tun und so die Behandlung des eigenen Anliegens beeinflussen zu können. Außerdem besteht die Gefahr, dass die gewerkschaftliche Aktion durch den Ort ihrer Durchführung den Anschein staatlicher Billigung erfährt. Die Gewerkschaft ist zudem nicht darauf angewiesen, die Unterschriftenaktion in den Polizeidienststellen durchzuführen.

---

<sup>123</sup> AP Nr 123 zu Art 9 GG (Anm. Höfling, Wolfram); NJW 2005, 1596-1599; NZA 2005, 592-595; BAGReport 2005, 221-223; ZTR 2005, 359-361; EzA Art 9 GG Nr 81; PersV 2005, 356-360; EzBAT § 8 BAT Gewerkschaften Nr 6; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 61/05 (L1); ArbuR 2005, 238 (L1); FA 2005, 220 (L1, red.L1-4); BB 2005, 1688 (L1); SAE 2005, 258-259 (L1)

Der Erste Senat hatte darüber zu befinden, ob eine Gewerkschaft von einer konkurrierenden Gewerkschaft die Unterlassung von Mitgliederwerbung verlangen kann. Mit Urteil vom 31. Mai 2005 (- 1 AZR 141/04 -)<sup>124</sup> hat der Erste Senat entschieden, dass für die Mitgliederwerbung einer Gewerkschaft die Wettbewerbsregeln des UWG nicht gelten. Allerdings ist die gewerkschaftliche Mitgliederwerbung durch die in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG garantierte Betätigungsfreiheit der Koalitionen geschützt. Gegen rechtswidrige Eingriffe in diese Betätigungsfreiheit kann sich eine Gewerkschaft in entsprechender Anwendung des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB mit Hilfe von Unterlassungsklagen wehren. Das gilt auch im Verhältnis konkurrierender Gewerkschaften zueinander. Die Werbung konkurrierender Gewerkschaften zielt regelmäßig auch darauf ab, die bereits in einer anderen Gewerkschaft befindlichen Arbeitnehmer für die eigene Koalition zu gewinnen. Damit gefährdet sie den Mitgliederbestand der anderen Organisation. Allein daraus folgt nicht die Unzulässigkeit jeglicher Werbung. Vielmehr bedarf es einer Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen der betroffenen Gewerkschaften. Danach muss eine Gewerkschaft die Mitgliederwerbung einer konkurrierenden Gewerkschaft hinnehmen, solange diese nicht mit unlauteren Mitteln erfolgt oder auf die Existenzvernichtung der Koalition gerichtet ist. Die Grenzen werden nicht dadurch überschritten, dass eine Gewerkschaft mit einer befristeten Aktion Neumitgliedern das erste Jahr der Mitgliedschaft zu einem monatlichen Mitgliedsbeitrag von einem Euro anbietet.

## II. Arbeitskampfrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts<sup>125</sup> vermindert sich die von einem Arbeitnehmer geschuldete Soll-Arbeitszeit, wenn er während seiner Arbeitszeit an einem (Warn-)Streik teilnimmt. Rechtsfolge der Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik ist die Aufhebung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Dies führt zum Verlust des anteiligen Vergütungsanspruchs. Mit Urteil vom 26. Juli 2005 (- 1 AZR 133/04 -)<sup>126</sup> hat der Erste Senat bekräftigt, dass diese

---

<sup>124</sup> AP Nr 124 zu Art 9 GG; NJW 2005, 3019-3022; NZA 2005, 1182-1185; EzA Art 9 GG Nr 84; MDR 2005, 1357-1358; EzBAT § 8 BAT Gewerkschaften Nr 7; DB 2005, 1858 (red.L1-4); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 107/05 (L1); ArbuR 2005, 425-426 (L1); PersF 2005, Heft 11, 93 (L1); FA 2005, 351-352 (L1, red.L1-4); jurisPR-ArbR 39/2005 Anm 4 (Anm. Deinert, Olaf)

<sup>125</sup> Seit BAG Großer Senat 21. April 1971 - GS 1/68 -, BAGE 23,292

<sup>126</sup> AP Nr 170 zu Art 9 GG Arbeitskampf (demnächst); NZA 2005, 1402-1406; PERSONAL 2005, Nr 9, 77 (K); AuA 2005, 558 (K); AiB Newsletter 2005, Nr 9, 3 (K); ArbuR 2005, 379 (K); FA 2005, 317 (K); ZTR 2005, 526 (K); EzA-SD 2005, Nr 24, 7 (L1, red.L1-3); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 153/05 (L1); ArbRB 2005, 258 (K)

Rechtsfolgen grundsätzlich auch bei Geltung einer Gleitzeitregelung eintreten. Weiter hat er entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der an einer Streikkundgebung teilnimmt, nachdem er sich im Rahmen einer betrieblichen Gleitzeitregelung in zulässiger Weise aus dem Zeiterfassungssystem abgemeldet hat, im Rechtssinne nicht streikt. Nach der Abmeldung aus der betrieblichen Zeiterfassung befindet sich der Arbeitnehmer in Freizeit. Da Streik die kollektive Vorenthaltung der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit ist, kann ein Arbeitnehmer, der außerhalb der für ihn geltenden täglichen Arbeitszeit an einer Streikkundgebung teilnimmt, im Rechtssinne nicht streiken. Eine solche nur faktische Teilnahme am Streik hat keine vergütungsrechtlichen Folgen. Dem stehen Gründe des Arbeitskampfrechts, insbesondere der Kampfparität nicht entgegen. Der Arbeitgeber muss die Ausfallzeiten nicht vergüten. Der zeitliche Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung bleibt unverändert. Selbst wenn sich kollektiv mehrere Arbeitnehmer für die Teilnahme an Streikkundgebungen nach der Gleitzeitregelung, die eine zulässige Grenze von 150 Minusstunden vorsieht, abmelden, steht der Arbeitgeber dem nicht wehrlos gegenüber. Die autonome Steuerung der Lage der Arbeitszeit durch die einzelnen Mitarbeiter ist nach der fraglichen Gleitzeitregelung an die Voraussetzung gebunden, dass die betrieblich vorgegebenen Ziele erreicht werden.

### **III. Tarifvertragsrecht**

#### **1. Tarifizständigkeit**

Mit Beschluss vom 27. September 2005 (- 1 ABR 41/04 -)<sup>127</sup> hat der Erste Senat entschieden, dass die IG Metall für den Abschluss von Tarifverträgen für die Beschäftigten in Betrieben der IBM-Unternehmen in Deutschland, die sich mit Dienstleistungen im Bereich der Informationstechnik befassen, zuständig ist. Die Tarifizständigkeit richtet sich grundsätzlich nach dem in der Satzung einer Gewerkschaft festgelegten Organisationsbereich. Die Zuständigkeit der IG Metall ergibt sich spätestens seit der 1995 vorgenommenen Satzungsergänzung, wonach sie für „Betriebe ... anverwandter Dienstleistungszweige, insbesondere auch der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie der Datenverarbeitung“ zuständig ist. Eine Tarifizständigkeit der Gewerkschaft ver.di steht dem nicht entgegen. Eine Gewerkschaft kann ihren Organi-

---

<sup>127</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

sationsbereich grundsätzlich frei bestimmen. Zu ihrer Tarif- und Vereinsautonomie gehört das Recht, den satzungsgemäßen Zuständigkeitsbereich zu ändern. Das kann dazu führen, dass für einen neu erfassten Bereich mehrere Gewerkschaften die Zuständigkeit in Anspruch nehmen. Dies allein steht der Zulässigkeit der Satzungsänderung nicht entgegen. Die Anwendbarkeit des maßgeblichen Tarifrechts richtet sich dann nach den Grundsätzen der Tarifpluralität und der Tarifkonkurrenz. Eine Doppelzuständigkeit mehrerer DGB-Gewerkschaften für denselben Bereich ist nicht ausgeschlossen. Allerdings hat sich die IG Metall in ihrer Satzung verpflichtet, die Satzung des DGB zu befolgen. Danach konnte sie ihren Organisationsbereich nur in Übereinstimmung mit davon betroffenen DGB-Gewerkschaften und nach Zustimmung des DGB-Bundesausschusses ändern. Hieran fehlte es. Gleichwohl führte der Verstoß gegen die DGB-Satzung im Außenverhältnis zu möglichen Tarifpartnern nicht zur Unwirksamkeit der Satzungsergänzung. Eine solche Rechtsfolge sah die damals geltende DGB-Satzung schon nicht vor. Der Tarifzuständigkeit der IG Metall steht auch eine vor dem DGB-Schiedsgericht von der IG Metall und der Gewerkschaft ver.di getroffene Vereinbarung einer Tarifgemeinschaft für die Betriebe und Unternehmen der IBM nicht entgegen. Die Vereinbarung verhält sich nicht ausdrücklich zur Frage der Tarifzuständigkeit. Sie regelt nur die - in der Folgezeit nicht praktizierte - Bildung einer Tarifgemeinschaft. Damit geht sie stillschweigend von der beiderseitigen Tarifzuständigkeit von IG Metall und ver.di aus.

## 2. Tarifkonkurrenz

Mit Urteil vom 23. März 2005 (- 4 AZR 203/04 -)<sup>128</sup> hat der Vierte Senat bekräftigt, dass eine Tarifkonkurrenz vorliegt, wenn verschiedene Tarifverträge für dasselbe Arbeitsverhältnis gelten sollen. Die Tarifkonkurrenz ist nach dem Prinzip der Tarifeinheit dahingehend aufzulösen, dass nur der speziellere Tarifvertrag zur Anwendung kommt. Firmentarifverträge stellen dabei gegenüber Verbandstarifverträgen stets die speziellere Regelung dar. Der Senat hat weiter entschieden, dass Tarifkonkurrenz auch vorliegt, wenn auf ein Arbeitsverhältnis neben einem kraft Allgemeinverbindlichkeit geltenden Tarifvertrag ein weiterer Tarifvertrag kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Anwendung findet. Ein kraft vertraglicher Vereinbarung in einem Arbeitsverhältnis geltender Firmentarifvertrag verdrängt deshalb als speziellere Regelung einen für das Arbeits-

---

<sup>128</sup> AP Nr 29 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; NZA 2005, 1003-1006; BB 2005, 2246-2248; DB 2005, 2419-2420; ZTR 2005, 580-582; MDR 2005, 1300; BAGReport 2005, 341-344; EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr 18; AR-Blattei ES 1550.12 Nr 4; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 101/05 (L1); FA 2005, 323 (L1); ArbuR 2005, 426 (L1); SAE 2005, 297 (red.L1-7); ZAP EN-Nr 851/2005 (L1); jurisPR-ArbR 38/2005 Anm 2 (Anm. Matthes, Hans-Christoph); jurisPR-ArbR 39/2005 Anm 2 (Anm. Matthes, Hans-Christoph)

verhältnis kraft Allgemeinverbindlichkeit geltenden - zudem vertraglich in Bezug genommenen - von derselben Gewerkschaft abgeschlossenen Verbandstarifvertrag. Das Günstigkeitsprinzip (§ 4 Abs. 3 TVG) ist auf diese Fallgestaltung nicht anwendbar. Seine Anwendung würde zu Ergebnissen führen, die mit Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht zu vereinbaren sind, denn der nicht organisierte Arbeitnehmer stünde besser als ein Gewerkschaftsmitglied. Die Allgemeinverbindlicherklärung zielt jedoch auf eine Gleichstellung von organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern. § 5 TVG ist deshalb teleologisch zu reduzieren.

### 3. Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien

Die Tarifvertragsparteien haben den allgemeinen Gleichheitssatz zu beachten. Streitig ist, ob sich diese Bindung aus einer unmittelbaren oder nur mittelbaren Geltung des Art. 3 Abs. 1 GG ergibt<sup>129</sup>. Mit Urteil vom 16. August 2005 (- 9 AZR 378/04 -)<sup>130</sup> hat der Neunte Senat entschieden, dass der Gleichheitssatz – ungeachtet der dogmatischen Herleitung - auch dann eingreift, wenn dieselben Tarifvertragsparteien die Rechtsverhältnisse von Arbeitnehmern in gleicher beruflicher Stellung in verschiedenen Tarifverträgen regeln. Insoweit handelt es sich lediglich um eine Frage der praktizierten Normsetzung. Der Gleichheitssatz verbietet es, wesentlich gleich liegende Sachverhalte ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln. Die gerichtliche Kontrolle wird hierbei durch die den Tarifvertragsparteien durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie begrenzt. Ob eine tarifvertragliche Regelung gleichheitswidrig ist, beurteilt sich nach dem von den Tarifvertragsparteien mit der Leistung verfolgten Zweck, wie er sich vorrangig aus dem Wortlaut, den normierten Anspruchsvoraussetzungen, den Ausschlussstatbeständen und der Entstehungsgeschichte ergibt. Dabei können die Tarifvertragsparteien mit einer Leistung mehrere Zwecke verfolgen. Wird in einem firmenbezogenen Tarifvertrag erstmals eine Übergangsvorsorge, bestehend aus einer Zusatzrente und einer Flugdienstuntauglichkeitsrente, eingeführt, ist nicht zu beanstanden, wenn die Tarifvertragsparteien bei der Ausgestaltung der Leistung die dem Arbeitgeber dadurch entstehenden Kosten berücksichtigen und deshalb nicht sämtliche bereits zurückgelegten Beschäftigungsjahre anspruchsbegründend sind.

---

<sup>129</sup> Vgl. BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - EZA GG Art. 3 Nr. 101

<sup>130</sup> (Noch) nicht veröffentlicht

## IV. Betriebsverfassungsrecht

### 1. Betriebsratswahl

Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann eine Betriebsratswahl angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Mit Beschluss vom 13. Oktober 2004 (- 7 ABR 5/04 -)<sup>131</sup> hat der Siebte Senat entschieden, dass § 2 Abs. 5 Wahlordnung in der Fassung vom 11. Dezember 2001 (WO) eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren i.S. von § 19 Abs. 1 BetrVG ist. Nach dieser Vorschrift soll der Wahlvorstand dafür Sorge tragen, dass ausländische Arbeitnehmer, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, vor Einleitung der Betriebsratswahl über Wahlverfahren, Aufstellung von Wähler- und Vorschlagslisten, Wahlvorgang und Stimmabgabe in geeigneter Weise unterrichtet werden. Der Einordnung als wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren steht die Ausgestaltung als Soll-Vorschrift nicht entgegen. Die Vorschrift stellt die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts sicher und dient der betrieblichen Integration ausländischer Arbeitnehmer. Insoweit zielt sie auf die Verwirklichung des elementaren demokratischen Grundsatzes der Gleichheit der Wahl. Der Siebte Senat hat weiter entschieden, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob die im Betrieb beschäftigten ausländischen Arbeitnehmer der deutschen Sprache i.S. von § 2 Abs. 5 WO mächtig sind, darauf ankommt, ob ihre Deutschkenntnisse ausreichen, um den Inhalt von Wahlvorschriften und eines Wahlausschreibens verstehen zu können.

Mit Beschluss vom 16. März 2005 (- 7 ABR 40/04 -)<sup>132</sup> hat der Siebte Senat entschieden, dass die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG und § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO über die Geschlechterquote bei Betriebsratswahlen verfassungskonform sind. Nach § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist,

---

<sup>131</sup> AP Nr 1 zu § 2 WahlO BetrVG 1972 (demnächst); EBE/BAG 2005, 26-27; AuA 2005, 177-178; DB 2005, 675-676; AiB 2005, 245-247 (Anm. Mittländer, Silvia); BAGReport 2005, 149-152 (Anm. Ricken, Oliver); EzA § 19 BetrVG 2001 Nr 4; AR-Blattei ES 530.6 Nr 83; ArbRB 2005, 75-76 (Anm. Mues, Werner); dbr 2005, Nr 5, 38 (Anm. Oesterle, Harald); jurisPR-ArbR 8/2005 Anm 1 (Anm. Bödecker, Thomas); ZIP 2005, 416 (L1); BB 2005, 500 (L1)

<sup>132</sup> AP Nr 3 zu § 15 BetrVG 1972; NZA 2005, 1252-1258; EzA § 15 BetrVG 2001 Nr 1; AR-Blattei ES 530.6 Nr 86; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 113/05 (L1); BB 2005, 2024 (L1); FA 2005, 321 (L1); AiB Newsletter 2005, Nr 10, 1 (red.L1-3); EWiR 2005, 751-752 (Anm. Brock, Martin); AP Nr 8 zu § 1 TVG Tarifverträge: Deutsche Post (L1); ArbuR 2005, 425 (L1); FA 2005, 343 (L1, K); ZTR 2005, 661 (red.L1-3)

mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht. Diese Vorschrift findet in den Nachfolgeunternehmen der Deutschen Post mit der Maßgabe Anwendung, dass die Beamten bei der Wahl zum Betriebsrat grundsätzlich eine eigene Gruppe bilden und dass das Geschlecht in der Minderheit innerhalb der jeweiligen Gruppe im Betriebsrat mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis in der Gruppe vertreten sein muss. Befindet sich unter den auf die Vorschlagslisten entfallenen Höchstzahlen nicht die erforderliche Anzahl von Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit, tritt nach § 15 Abs. 5 Nr. 1 WO anstelle der auf der Vorschlagsliste mit der niedrigsten Höchstzahl benannten Person, die nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehört, die in derselben Vorschlagsliste in der Reihenfolge nach ihr benannte, nicht berücksichtigte Person des Geschlechts in der Minderheit. Enthält diese Vorschlagsliste keine Person des Geschlechts in der Minderheit, geht dieser Betriebsratssitz nach § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO auf die Vorschlagsliste mit der folgenden, noch nicht berücksichtigten Höchstzahl und mit Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit über. Diese Regelungen bewirken keinen unverhältnismäßigen Eingriff in den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit. Sie können zwar zu einem Eingriff sowohl in das aktive als auch passive Wahlrecht führen, weil die Wählerstimmen unter Umständen nicht den gleichen Erfolgswert haben und ggf. einem Bewerber des Geschlechts in der Minderheit der Vorrang gegenüber einem Bewerber des Geschlechts in der Mehrheit mit einer höheren Stimmzahl eingeräumt werden muss. Dieser Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit ist jedoch durch das Gleichberechtigungsgesetz des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt. Dieses Gebot berechtigt den Gesetzgeber, die faktischen Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen. § 15 Abs. 2 BetrVG und § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO dienen der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Hinblick darauf, dass Frauen im Betriebsrat in der Regel unterrepräsentiert sind. Die Regelungen verletzen die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht. Zwar kann der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO angeordnete sog. Listensprung die Wettbewerbschancen derjenigen Gewerkschaften bei der Betriebsratswahl beeinträchtigen, deren Vorschlagslisten keine ausreichende Anzahl von Kandidaten des Geschlechts in der Minderheit enthalten. Diese Beschränkung der Koalitionsfreiheit ist jedoch zur Durchsetzung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit durch das Gleichberechtigungsgesetz des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt. Die Regelungen verstoßen nicht gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976, weil diese nach Art. 2 Abs. 4 Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen nicht entgegensteht.

Mit Beschluss vom 13. Oktober 2004 (- 7 ABR 6/04 -)<sup>133</sup> hat der Siebte Senat entschieden, dass ein Arbeitgeber die durchgeführte Betriebsratswahl nicht deswegen erfolgreich anfechten kann, weil der Wahlvorstand 283 ABM-Kräfte an der Wahl teilnehmen ließ und bei der Ermittlung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder berücksichtigte. Das Wahlrecht zum Betriebsrat haben nur Arbeitnehmer des Betriebs. Die Größe des zu wählenden Betriebsrats richtet sich nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Beschäftigte in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme sind Arbeitnehmer i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG und deshalb für die Wahl des Betriebsrats nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt. Sie stehen in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und sind in dessen Betriebsorganisation eingegliedert. Sie sind deshalb auch bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen. Die Arbeitnehmer in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen werden in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert, weil sie dort eingesetzt werden, um Arbeiten im Rahmen der von ihrem Arbeitgeber übernommenen Projekte zu erledigen. Sie sind im Rahmen dieses arbeitstechnischen Zwecks beschäftigt. Dem steht nicht entgegen, dass Zweck ihrer Tätigkeit auch die berufliche Stabilisierung oder Qualifizierung zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten (§ 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung) ist.

In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>134</sup> hat der Siebte Senat mit Beschluss vom 10. November 2004 (- 7 ABR 12/04 -)<sup>135</sup> entschieden, dass ein gekündigter Arbeitnehmer nach § 8 Abs. 1 BetrVG für einen Betriebsrat wählbar bleibt, wenn er Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erhoben hat und diese nicht vor Durchführung der Wahl rechtskräftig abgewiesen wurde. Zwar sind ordentlich gekündigte Arbeitnehmer, die nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht weiterbeschäftigt werden, nicht nach § 7 Satz 1 BetrVG bei der Betriebsratswahl wahlberechtigt, weil es an ihrer tatsächlichen Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers fehlt. Die Unterscheidung zwischen Wählbarkeit und Wahlberechtigung bei gekündigten und nicht weiterbeschäftigten Arbeitnehmern folgt jedoch aus dem unterschiedlichen Schutzzweck der Normen über das aktive und passive Wahlrecht. Zum Zeitpunkt der Wahl muss fest-

---

<sup>133</sup> AP Nr 71 zu § 5 BetrVG 1972 (Anm. Strick, Kerstin); EBE/BAG 2005, 59-62; DB 2005, 837-838; ZIP 2005, 726-728; NZA 2005, 480-482; MDR 2005, 761-762; EzA § 5 BetrVG 2001 Nr 1; EzBAT § 3 Buchst d BAT Nr 6; AR-Blattei ES 530.6 Nr 84; EzB-VjA BetrVG 2001 § 5 Nr 1; BAGReport 2005, 334-336; ArbRB 2005, 139-140 (Anm. Braun, Axel)

<sup>134</sup> BAG 14. Mai 1997 - 7 ABR 26/96 - AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 6

<sup>135</sup> AP Nr 11 zu § 8 BetrVG 1972; DB 2005, 1067-1068; EBE/BAG 2005, 87-88; NZA 2005, 707-708; BAGReport 2005, 215-217; MDR 2005, 934; EzA § 8 BetrVG 2001 Nr 1; AR-Blattei ES 530.6 Nr 85; ArbRB 2005, 204-205 (Anm. Reufels, Martin); AuA 2005, 564-565 (Anm. Klaes, Thomas); dbr 2005, Nr 8, 37 (Anm. Lenz, Dieter); NJW-Spezial 2005, 276 (red.L1, K)



stehen, ob der Arbeitnehmer nach § 7 BetrVG wählen darf oder nicht. Dagegen kann die Wählbarkeit in der Schwebe bleiben. Bei ihr wird der Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens dadurch Rechnung getragen, dass das Betriebsratsmitglied bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens an der Ausübung seines Amtes verhindert ist. In diesem Fall tritt das Ersatzmitglied nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vorübergehend in das Amt ein. Zudem wird verhindert, dass der Arbeitgeber durch die Kündigung unliebsamer Kandidaten Einfluss auf die Zusammensetzung des Betriebsrats nehmen kann.

Mit Beschluss vom 20. April 2005 (- 7 ABR 20/04 -)<sup>136</sup> hat der Siebte Senat für die Frage des aktiven und passiven Wahlrechts nach §§ 7, 8 BetrVG entschieden, dass Arbeitnehmer entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Vertragsarbeitgebers zugeordnet bleiben, wenn ein konzernangehöriges Unternehmen Arbeitsverträge im eigenen Namen abschließt, um seine Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland zur Arbeitsleistung ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht zu überlassen. Das gilt auch für eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft, deren ausschließliche Aufgabe in der Überlassung ihrer Arbeitnehmer an andere konzernangehörige Unternehmen besteht. Wie die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG zeigt, ist das AÜG auf die rein konzerninterne, nicht nur vorübergehend erfolgende Arbeitnehmerüberlassung anwendbar. Eine unmittelbare Anwendung von § 14 Abs. 1 AÜG scheidet aus, da die Arbeitnehmerüberlassung nicht gewerbsmäßig erfolgte. Die entsprechende Anwendung von § 14 Abs. 1 AÜG ist wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage zur erlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung geboten. Der Siebte Senat hat in dem von ihm entschiedenen Fall die Gewerbsmäßigkeit i.S. von § 1 Abs. 1 AÜG wegen fehlender Gewinnerzielungsabsicht verneint. Die Zahlung einer Umlage von fünf v. H. der Bruttovergütung jedes überlassenen Arbeitnehmers durch den Entleiher begründet keine Gewinnerzielungsabsicht des Vertragsarbeitgebers, wenn dadurch nur dessen Kosten gedeckt werden.

## 2. Sperrwirkung eines Tarifvertrags

Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG können Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Dies gilt nach Satz 2 der Vorschrift nur

---

<sup>136</sup> DB 2005, 1855-1858; NZA 2005, 1006-1010; dbr 2005, Nr 10, 36 (Anm. Warschkow, Sigurd); BAG-Report 2005, 315-318; EzA § 14 AÜG Nr 5; AR-Blattei ES 530.6 Nr 87; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 110/05 (L1-2); ArbuR 2005, 386 (L1-2); AiB Newsletter 2005, Nr 10, 2 (L1); FA 2005, 348-349 (L1, red.L1-3); MDR 2005, 1358 (L1-2); SAE 2005, 297-298 (L1-2)

dann nicht, wenn ein Tarifvertrag den Abschluss ergänzender Betriebsvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Mit Beschluss vom 22. März 2005 (- 1 ABR 64/03 -)<sup>137</sup> hat der Erste Senat bekräftigt, dass die Sperrwirkung eines Tarifvertrags nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG weder davon abhängt, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist, noch davon, dass der Tarifvertrag bei Abschluss der Betriebsvereinbarung noch gilt. Es genügt, dass die Regelung der betreffenden Materie in Form eines Tarifvertrags in der entsprechenden Branche üblich ist. Die Sperrwirkung einer tariflichen Regel nach § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG reicht soweit wie der Geltungsbereich des Tarifvertrags. Sie erfasst sowohl die tarifgebundenen Unternehmen und Betriebe als auch solche, auf die der Tarifvertrag bei einer Mitgliedschaft des Arbeitgebers im tarifschließenden Verband Anwendung fände. Firmentarifverträge vermögen deshalb keine Sperrwirkung für Betriebsvereinbarungen in den Betrieben anderer Unternehmen herbeizuführen. In Fortentwicklung dieser Grundsätze hat der Erste Senat entschieden, dass ein Tarifvertrag, der seinen Geltungsbereich mitgliedschaftsbezogen bestimmt, dahin zu verstehen sein kann, dass er sich auf potentielle Mitglieder des tarifschließenden Verbands erstreckt. Dies kann eine über die Betriebe der tatsächlichen Mitgliedsunternehmen hinausgehende Sperrwirkung begründen. Es ist tarifrechtlich unbedenklich, dass die Tarifparteien den fachlich-betrieblichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags nicht nach einem abstrakt beschriebenen Wirtschaftszweig bestimmen. Einer auf die potentielle Mitgliedschaft im Arbeitgeberband bezogenen Festlegung des Geltungsbereichs stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen. Dies gilt jedenfalls unter der Voraussetzung, dass die Satzung des Arbeitgeberverbands nicht für jeden Arbeitgeber voraussetzungslos eine Beitrittsmöglichkeit vorsieht, sondern diese an bestimmte Kriterien knüpft, durch die der Kreis potentieller Mitglieder ähnlich wie durch das Erfordernis einer Branchenzugehörigkeit beschränkt wird. Ob sich der Geltungsbereich eines mitgliedschaftsbezogenen Tarifvertrags auf potentielle Mitglieder erstreckt ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Senat hat dies für die Tarifverträge der TÜV-Tarifgemeinschaft bejaht. Dies führt zum Eintritt der Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG für potentiell tarifgebundene Arbeitgeber, d.h. für solche Unternehmen, die die Voraussetzung einer Mitgliedschaft in der TÜV-Tarifgemeinschaft erfüllen. Der Senat hat weiter bekräftigt, dass die Sperrwirkung des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in den Betrieben eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers nur insoweit eintritt, wie der betreffende Regelungsgegenstand nicht der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegt. Die

---

<sup>137</sup> AP Nr 26 zu § 4 TVG Geltungsbereich; EzBAT § 1 BAT Betriebsübergang Nr 4; EzA § 77 BetrVG 2001 Nr 10; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 112/05 (L1); BB 2005, 2024 (L1); ArbuR 2005, 386 (L1); PersF 2005, Heft 11, 92 (L1); FA 2005, 353-354 (L1, red.L1-6); jurisPR-ArbR 39/2005 Anm 2 (Anm. Matthes, Hans-Christoph)

Mitbestimmungspflichtigkeit eines Teils der Regelung einer Betriebsvereinbarung führt nicht dazu, dass die Sperrwirkung eines Tarifvertrags auch für den mitbestimmungsfreien Teil aufgehoben wäre.

### **3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats**

#### **a) Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten**

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer, soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren (§ 6 Abs. 5 ArbZG). Diese Vorschrift überlässt die Ausgestaltung des vom Arbeitgeber geschuldeten Ausgleichs für Nachtarbeit grundsätzlich den Tarifvertragsparteien. Mit Beschluss vom 26. April 2005 (- 1 ABR 1/04 -)<sup>138</sup> hat der Erste Senat entschieden, dass die tarifliche Regelung eine Kompensation für die mit der Nachtarbeit verbundenen Belastungen darstellen muss, um den gesetzlichen Ausgleichsanspruch zu suspendieren. Dies folgt schon aus dem Wortsinn des Begriffs "Ausgleichsregelung" und entspricht dem Sinn und Zweck des dem Gesundheitsschutz dienenden § 6 Abs. 5 ArbZG. Der tarifliche Ausgleich kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geregelt sein. Eine Regelung, die - wie § 4 Nr. 2.1 des Manteltarifvertrags für die Markengastronomie Bereich: Westdeutschland vom 7. Juli 2000 (MTV) - lediglich bestimmt, dass ein Nachtarbeitszuschlag nicht zu zahlen ist, stellt keine Ausgleichsregelung i.S. von § 6 Abs. 5 ArbZG dar. In einem solchen Fall reduziert sich die nach § 6 Abs. 5 ArbZG dem Arbeitgeber eröffnete Wahlmöglichkeit auf die Alternative des Freizeitausgleichs. Bei der Ausgestaltung des geschuldeten Freizeitausgleichs hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen. Dabei kann der Arbeitgeber nach § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG mitbestimmungsfrei darüber befinden, wie viele bezahlte freie Tage nach § 6 Abs. 5 ArbZG zu beanspruchen sein sollen. Die Ermittlung des angemessenen Umfangs der Kompensation ist nicht der betrieblichen Regelung überlassen, sondern eine Rechtsfrage. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich jedoch auf eine Regelung, nach der sich ein Freizeitausgleichsanspruch in einen Entgeltanspruch um-

---

<sup>138</sup> AP Nr 118 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; EBE/BAG 2005, 116-120; NZA 2005, 884-889; DB 2005, 2030-2032; ZBVR 2005, 106-109 (Anm. Ilbertz, Wilhelm); EzA § 87 BetrVG 2001 Gesundheitsschutz Nr 3; BAGReport 2005, 344-347; AR-Blattei ES 530.14.2 Nr 173; jurisPR-ArbR 33/2005 Anm 2 (Anm. Kohle, Wolfhard); AuA 2005, 503 (L1-3); ArbuR 2005, 345 (red.L1); FA 2005, 282 (L1-3); MDR 2005, 1117 (L1-3)

wandelt, wenn aus betrieblichen Gründen die Gewährung von Freizeitausgleich innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht möglich ist. § 4 Nr. 2.1 MTV schließt eine solche Regelung durch die Betriebsparteien nicht aus, wenn es sich bei dem "Entgeltzuschlag" nicht um einen originären Nachtarbeitszuschlag, sondern um ein Surrogat für den zunächst entstandenen Anspruch auf Freizeitausgleich handelt.

### **b) Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten**

Der Erste Senat hat sich in seinem Beschluss vom 25. Januar 2005 (- 1 ABR 61/03 -)<sup>139</sup> mit der Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern befasst. Die Übernahme eines Leiharbeitnehmers unterliegt nach § 99 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG). Der Senat hat bekräftigt, dass Streitgegenstand eines Zustimmungseretzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG bei einer Einstellung die Frage ist, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme gegenwärtig und zukünftig zulässig ist. Sie ist nach Maßgabe der im Zeitpunkt der (rechtsbeschwerde-) gerichtlichen Entscheidung geltenden Rechtslage zu beantworten. Nach Wegfall der zeitlichen Höchstgrenze zulässiger Arbeitnehmerüberlassung in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF stellt die beabsichtigte dauerhafte Übernahme eines Leiharbeitnehmers keinen Gesetzesverstoß mehr dar, der den Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zur Zustimmungsverweigerung berechtigt. Eine Verletzung des Gleichstellungsgebots aus § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF ist zumindest im Fall einer nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ebenfalls kein Gesetzesverstoß i.S. von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, der einer Übernahme des Leiharbeitnehmers entgegensteht. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer Einstellung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur verweigern, wenn diese selbst gegen ein Gesetz verstößt, das die Einstellung als solche untersagt. Dafür genügt es nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind. Dementsprechend hindert ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot nicht die Übernahme des Leiharbeitnehmers als solche. Die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf keiner staatlichen Erlaubnis und kann bei einem Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot nicht untersagt werden. Die Regelungen in § 10 Abs. 4, § 13 AÜG nF lassen deutlich erkennen, dass der bezweckte Schutz der Arbeitnehmer auf

---

<sup>139</sup> AP Nr 48 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; DB 2005, 1693-1696; BB 2005, 2189-2193; NZA 2005, 1199-1203; EzA § 99 BetrVG 2001 Nr 7; EzBAT § 4 BAT Arbeitnehmerüberlassung Nr 4; AR-Blattei ES 1100 Nr 35; FA 2005, 349 (L1-2); SAE 2005, 294 (L1-2); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 106/05 (L1-2); ArbuR 2005, 386 (red.L1); NJW-Spezial 2005, 470 (red.L1, K); PersF 2005, Heft 11, 93 (red.L1); jurisPR-ArbR 38/2005 Anm 4 (Anm. von Roetteken, Torsten)

individualrechtlichem Weg erfolgen soll. Der Senat hat weiter entschieden, dass befristet beschäftigte Stammarbeitnehmer des Entleihers durch die dauerhafte Übernahme von Leiharbeitnehmern regelmäßig nicht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG benachteiligt werden.

Mit Beschluss vom 25. Januar 2005 (- 1 ABR 59/03 -)<sup>140</sup> hat der Erste Senat in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht<sup>141</sup> entschieden, dass eine sowohl nach Dauer als auch nach Umfang nicht unerhebliche Erweiterung des Volumens der arbeitsvertraglich geschuldeten regelmäßigen Arbeitszeit schon beschäftigter Arbeitnehmer des Betriebs eine neuerliche Einstellung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG darstellt. Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift. Es steht zum Wortsinn des Begriffs "Einstellung" aber auch nicht in Widerspruch, denn die "Einstellung" i.S. einer Eingliederung in den Betrieb wird auch vom zeitlichen Ausmaß der Eingliederung bestimmt. Ein Arbeitnehmer ist nicht mehr in der bisherigen Weise in den Betrieb eingegliedert, wenn er statt bislang zehn Wochenstunden künftig 40 Wochenstunden anwesend ist. Danach ist die Erhöhung des bisherigen Arbeitszeitvolumens von der - erteilten oder ersetzten - Zustimmung des Betriebsrats zur erstmaligen Einstellung des Arbeitnehmers nicht mehr gedeckt. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts nach § 99 BetrVG gebieten, die nicht unerhebliche Aufstockung der bisherigen Arbeitszeit als neue Einstellung anzusehen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung gilt insbesondere den Interessen schon beschäftigter Arbeitnehmer. Diese sind berührt, wenn der Umfang der bisher vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit eines teilzeitbeschäftigten Mitarbeiters nicht unbedeutend erhöht werden soll. Keine Einstellung ist die nur vorübergehende oder geringfügige Aufstockung der Arbeitszeit. Die für eine Einstellung erforderliche Mindestdauer der Arbeitszeiterhöhung beträgt in Anlehnung an § 95 Abs. 3 BetrVG eine Zeitspanne von mehr als einem Monat. Der erforderliche Mindestumfang ist jedenfalls dann erreicht, wenn entweder der Arbeitgeber den durch die Arbeitszeiterweiterung besetzten Arbeitsplatz ausgeschrieben oder der Betriebsrat die Ausschreibung nach § 93 BetrVG verlangt hat. Der Senat hat weiter entschieden, dass die Verminderung des Arbeitszeitvolumens keine Einstellung ist. Schon dem Wortsinn nach verlangt eine Einstellung zwar nicht die vollständige Neueingliederung, aber zumindest einen Zuwachs an Eingliederung in den

---

<sup>140</sup> AP Nr 114 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit (Anm. Kort, Michael); DB 2005, 1630-1633; BAGReport 2005, 240-244; NZA 2005, 945-949; MDR 2005, 996-997; ZTR 2005, 497-500; AR-Blattei ES 530.14.3 Nr 214; EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr 3 (Anm. Thüsing, Gregor); ArbRB 2005, 238-239 (Anm. Lunk, Stefan); AuA 2005, 563-564 (Anm. Stück, Volker); jurisPR-ArbR 28/2005 Anm 4 (Anm. Matthes, Hans-Christoph); FA 2005, 275 (L1-2, K); NJW-Spezial 2005, 422 (red.L1, K)

<sup>141</sup> BVerwG 23. März 1999 - 6 P 10/97 - AP BPersVG § 75 Nr. 73

Betrieb. Die Verminderung des Arbeitszeitvolumens ist auch keine Versetzung.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Ersten Senats<sup>142</sup> setzt der Lauf der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG die vollständige Unterrichtung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG voraus. Ist die Wochenfrist nicht in Gang gesetzt, kann die Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme i.S. dieser Vorschrift gerichtlich nicht ersetzt werden. Gewinnt der Arbeitgeber aus Vorstellungsgesprächen Erkenntnisse über die Person von Stellenbewerbern, die für seine Auswahlentscheidung maßgeblich sind, hat er nach einem Beschluss des Ersten Senats vom 28. Juni 2005 (- 1 ABR 26/04 -)<sup>143</sup> den Betriebsrat über den für seine Entscheidung bedeutsamen Inhalt dieser Gespräche zu unterrichten. Die Unterrichtungspflicht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dient dazu, dem Betriebsrat die Informationen zu verschaffen, die er benötigt, um sein Recht zur Stellungnahme nach § 99 Abs. 2 BetrVG sachgerecht ausüben zu können. Unabhängig davon, ob ein privater Arbeitgeber die Ergebnisse der Vorstellungsgespräche schriftlich dokumentiert oder dies unterlässt, muss er den Betriebsrat über den für ihn maßgeblichen Inhalt dieser Gespräche informieren. Er muss dem Betriebsrat Kenntnis über die Umstände verschaffen, die für die vorgesehene Auswahl entscheidend sein sollen. Nur dann kann dieser dazu Stellung nehmen und ggf. Anregungen geben. Dies gilt in verstärktem Maße, wenn sich der Arbeitgeber in einem Frauenförderplan zur besonderen Berücksichtigung von Frauen bei gleicher Fähigkeit und Eignung verpflichtet hat, und sich trotz gleicher Qualifikation aufgrund eines Vorstellungsgesprächs für einen männlichen Bewerber entscheidet. In diesen Fällen ist es von besonderer Bedeutung, dass der Betriebsrat über diejenigen Informationen verfügt, die sich der Arbeitgeber hinsichtlich Leistung, Eignung und Befähigung der Bewerber und Bewerberinnen in den Vorstellungsgesprächen verschafft hat. In einem solchen Fall darf der Arbeitgeber nicht ohne weiteres davon ausgehen, er habe den Betriebsrat auch ohne Unterrichtung über den Inhalt der Vorstellungsgespräche vollständige Auskunft über die Person der Bewerber erteilt. Versäumt es der Betriebsrat nach Erhalt des Zustimmungersuchens, rechtzeitig auf die Unvollständigkeit der Unterrichtung hinzuweisen und den Arbeitgeber zur Ergänzung der Auskünfte über die Person der Bewerber aufzufordern, wird die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG deshalb nicht in Gang gesetzt.

---

<sup>142</sup> Zuletzt BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 55/03 - AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 122

<sup>143</sup> EzA-SD 2005, Nr 14, 3 (K); ArbUR 2005, 330 (K); AuA 2005, 493 (K); ArbN 2005, Nr 5, 35 (K); FA 2005, 282-283 (K); ArbRB 2005, 225 (K); DSB 2005, Nr 11, 19 (red.L1-2, K); RDV 2005, 216 (red.L1-3); AiB Newsletter 2005, Nr 8, 1 (K); PERSONAL 2005, 2005, Nr 9, 76 (K); dbr 2005, Nr 9, 4 (K); ZBVR 2005, 110 (K); ZMV 2005, 261-262 (Anm. Redaktion ZMV)

### c) Sozialplan

Mit Urteil vom 31. Mai 2005 (- 1 AZR 254/04 -)<sup>144</sup> hat der Erste Senat seine bisherige Rechtsprechung<sup>145</sup> bestätigt, wonach Sozialplanleistungen nicht vom Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage abhängig gemacht werden dürfen. Dies folgt aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Daran hat sich durch § 1a KSchG nichts geändert. Die darin vorgesehene Abfindung hat eine andere Funktion als eine Sozialplanleistung. Der Sozialplan, der für den Verlust der Arbeitsplätze Abfindungen vorsieht, geht von der Wirksamkeit der Kündigungen aus. Dagegen wird eine individualrechtliche Abfindung - auch eine solche nach § 1 a KSchG - regelmäßig im Hinblick auf das Risiko des Arbeitgebers vereinbart, dass sich die Kündigung in einem Kündigungsschutzprozess als unwirksam erweisen könnte. Auch wenn Sozialplanleistungen nicht vom Verzicht des Arbeitnehmers auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage abhängig gemacht werden dürfen, sind die Betriebsparteien nicht gehindert, bei einer Betriebsänderung im Interesse des Arbeitgebers an alsbaldiger Planungssicherheit zusätzlich zu einem Sozialplan in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung Leistungen für den Fall vorzusehen, dass der Arbeitnehmer von der Möglichkeit zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage keinen Gebrauch macht. Die grundsätzliche Befugnis der Betriebsparteien zu einer solchen Regelung folgt aus § 88 BetrVG. Sie verstößt weder gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, noch verletzt sie das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB. Durch eine freiwillige Betriebsvereinbarung, mit der Leistungen für den Fall der Nichterhebung einer Kündigungsschutzklage versprochen werden, darf allerdings nicht das Verbot umgangen werden, Sozialplanabfindungen von einem entsprechenden Verzicht abhängig zu machen. Ob eine Umgehung vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sie kann insbesondere vorliegen, wenn der Sozialplan keine angemessene Abmilderung der wirtschaftlichen Nachteile vorsieht.

---

<sup>144</sup> AP Nr 175 zu § 112 BetrVG 1972; DB 2005, 1744-1747; EBE/BAG 2005, 132-136; ZIP 2005, 1468-1473; BB 2005, 1967-1972; BAGReport 2005, 280-282; NZA 2005, 997-1001; ZTR 2005, 542-545; DRsp VI(642) 314a-c; MDR 2005, 1297-1298; EzA § 112 BetrVG 2001 Nr 14; AuA 2005, 562-563 (Anm. Schwarz, Eckard); dbr 2005, Nr 12, 38-39 (Anm. Klein, Olaf)

<sup>145</sup> BAG 20. Dezember 1983 - 1 AZR 442/82 - BAGE 44, 364

#### 4. Kosten der Betriebsratstätigkeit

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Mit Beschluss vom 17. August 2005 (- 7 ABR 56/04 -)<sup>146</sup> hat der Siebte Senat bekräftigt, dass zu diesen vom Arbeitgeber zu tragenden Kosten die Honorarkosten eines Rechtsanwalts gehören, dessen Hinzuziehung der Betriebsrat in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zur Wahrnehmung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechte für erforderlich halten darf. Mit der Beauftragung eines Rechtsanwalts erwirbt der Betriebsrat hinsichtlich der dadurch entstehenden Kosten einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Weiter hat der Siebte Senat entschieden, dass die Rechtsanwaltskosten, von denen der Betriebsrat freizustellen ist, Masseverbindlichkeiten i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind, wenn der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers ein in erster Instanz anhängiges, nach § 240 ZPO unterbrochenes Beschlussverfahren aufnimmt und dieses fortführt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Rechtsanwaltsgebühren vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind. Mit der Aufnahme des vom Arbeitgeber eingeleiteten, nach § 240 ZPO unterbrochenen Beschlussverfahrens übernimmt der Insolvenzverwalter die nach § 40 Abs. 1 BetrVG bestehende Pflicht des Arbeitgebers zur Tragung der dem Betriebsrat entstehenden Verfahrenskosten und begründet eine Masseverbindlichkeit.

---

<sup>146</sup> EzA-SD 2005, Nr 18, 3 (K); ArbuR 2005, 380 (K); FA 2005, 348 (K); ArbRB 2005, 258 (K)



### **3. Abschnitt Prozessrecht**

#### **I. Rechtsweg**

Mit Beschluss vom 5. Oktober 2005 (- 5 AZB 27/05 -)<sup>147</sup> hat der Fünfte Senat entschieden, dass keine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG vorliegt, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangt, ihn für einen bestimmten Zeitraum bei der zuständigen Krankenkasse anzumelden. Für einen solchen Rechtsstreit sind nicht die Gerichte für Arbeitsachen, sondern die Sozialgerichte zuständig. Ob eine Streitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird. Maßgebend ist, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird. Ob eine Pflicht des Arbeitgebers besteht, den Arbeitnehmer bei der Einzugsstelle zu melden, beurteilt sich nach den sozialversicherungsrechtlichen Meldevorschriften des SGB IV. Dem steht nicht entgegen, dass die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eine auf § 242 BGB beruhende Nebenpflicht des Arbeitgebers begründen können. Diese wird inhaltlich durch die Regelungen des SGB VI ausgestaltet. Eine konkrete arbeitsrechtliche Vorschrift, die bestimmt, wann und mit welchem Inhalt eine solche Meldung zu erfolgen hat, gibt es nicht. Die Meldung, die der Arbeitgeber nach § 28 a Abs. 1 bis 3 SGB IV gegenüber der Krankenkasse abgeben muss, ist auch kein Arbeitspapier i.S. von § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. e ArbGG.

Nach § 12 a Abs. 1 Satz 1 ArbGG besteht im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten. Mit Beschluss vom 1. November 2004 (- 3 AZB 10/04 -)<sup>148</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass diese Bestimmung nicht für Kosten gilt, die dem Beklagten dadurch entstehen, dass der Kläger ein Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit angerufen und dieses den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht verwiesen hat (§ 12 a Abs. 1 Satz 3 ArbGG). Die Erstattung dieser Kosten ist

---

<sup>147</sup> AP Nr 87 zu § 2 ArbGG 1979 (demnächst); NZA 2005, 1429-1430; EBE/BAG 2005, 186-187; EzA-SD 2005, Nr 24, 17 (L1, red.L1-3); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 149/05 (L1)

<sup>148</sup> AP Nr 11 zu § 12a ArbGG 1979; NZA 2005, 429-431; NJW 2005, 1301-1303; MDR 2005, 598-599; BAGReport 2005, 156-157; EzA § 12a ArbGG 1979 Nr 11; DRsp VI(646) 170a; AR-Blattei ES 160.13 Nr 269; jurisPR-ArbR 22/2005 Anm 1 (Anm. Gravenhorst, Wulf); jurisPR-ArbR 32/2005 Anm 6 (Anm. Beckmann, Dirk); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 39/05 (L1); ArbuR 2005, 165 (L1); BB 2005, 836 (L1); DB 2005, 840 (L1)

nach § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG durch die §§ 495, 91 ZPO geregelt. Damit kann der obsiegende Beklagte Erstattung seiner ihm vor dem ordentlichen Gericht entstandenen Kosten verlangen, wozu gem. § 91 Abs. 2 ZPO stets die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts gehören. Erstattungsfähig sind die vollen vor den ordentlichen Gerichten entstandenen Kosten. Die Erstattungsfähigkeit ist nicht begrenzt auf die sog. "Mehrkosten", d.h. die Kosten, die ausschließlich vor dem ordentlichen Gericht entstanden sind. Der Begriff der Mehrkosten hat nach der Neufassung des § 12 a Abs. 1 Satz 3 ArbGG 1979 keine eigene Bedeutung mehr. Dem steht der Grundsatz der Einheitlichkeit des Verfahrens bei Verweisung nicht entgegen. § 12 a Abs. 1 Satz 3 ArbGG will nicht "Mehrkosten" regeln, sondern überhaupt die Erstattungsfähigkeit von Kosten im Falle der Verweisung wiederherstellen. Der Grundsatz des einheitlichen Verfahrens wirkt sich insoweit aus, als bereits bezahlte Gerichtskosten auf das Verfahren vor dem nunmehr zuständig gewordenen Gericht angerechnet werden und die Gebührenatbestände für die beiderseits Bevollmächtigten nur jeweils einmal anfallen können.

## II. Stufenklage

Wird eine Klage auf Erteilung von Auskünften verbunden mit einem Antrag gem. § 61 Abs. 2 ArbGG auf Entschädigung für den Fall, der nicht fristgemäßen Erteilung der Auskunft, ist ein gleichzeitig für den Fall der fristgemäß erteilten Auskunft gestellter unbestimmter Antrag auf die Leistung, die sich aus der Auskunft ergibt, nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 24. November 2004 (- 10 AZR 169/04 -)<sup>149</sup> unzulässig. Es handelt sich nicht um eine zulässige Stufenklage i.S. des § 254 ZPO, sondern um einen mangels notwendiger die Vollstreckung ermöglichender Bestimmtheit unzulässigen Leistungsantrag gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Eine in dieser Weise bedingte Klageerhebung ist unzulässig. Der Leistungsantrag der zweiten Stufe steht unter der außerprozessualen Bedingung, dass der Auskunftsanspruch vom Beklagten binnen einer bestimmten Frist erfüllt wird. Prozessökonomische Erwägungen sprechen nicht für die Zulässigkeit der Kumulierung beider Anträge. Sie führt zu Rechtsunsicherheit bei dem weiteren prozessualen Vorgehen. Der Kläger könnte eine von ihm als unvollständig erkannte Auskunft zur Grundlage der zweiten Leistungsstufe machen oder die Ansicht vertreten, nunmehr sei die Entschädigung fällig geworden, weil die

---

<sup>149</sup> AP Nr 12 zu § 61 ArbGG 1979; NZA 2005, 362-366; DB 2005, 1065-1066; EzA § 61 ArbGG 1979 Nr 19; AR-Blattei ES 160.7.2 Nr 8; BAGReport 2005, 159-160 (Anm. Düwell, Franz Josef); ArbRB 2005, 141 (Anm. Boudon, Ulrich); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 36/05 (L1); BB 2005, 500 (L1); FA 2005, 95 (L1); ArbuR 2005, 165 (L1, K); BAGReport 2005, 159 (L1, red.L2-3)

Auskunft nicht ordnungsgemäß erteilt worden sei. In einem solchen Fall wäre völlig unklar, in welchem Stadium sich der Prozess gerade befindet. Erlässt das Berufungsgericht ein Teilurteil über den Auskunfts- und Entschädigungsanspruch, weil es unzutreffend von einer durch die Stufenklage gewährten Ausschlussfrist ausgeht, kann das Revisionsgericht den zweiten Teil der Stufenklage und den für den Fall von dessen Unzulässigkeit gestellten Hilfsantrag auf Zahlung von Mindestbeiträgen an sich ziehen und entweder bei Entscheidungsreife darüber befinden oder, wenn noch Feststellungen fehlen, den Rechtsstreit zurückverweisen. Der unzulässig geteilte Streitgegenstand kann in der Rechtsmittelinstanz zusammengeführt werden. Dies rechtfertigt der im Arbeitsrecht vorherrschende Beschleunigungsgrundsatz.

### III. Prozesskostenhilfe

Nach § 121 Abs. 3 ZPO kann im Rahmen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe ein nicht bei dem Prozessgericht zugelassener Rechtsanwalt nur beigeordnet werden, wenn dadurch weitere Kosten nicht entstehen. Nach einem Beschluss des Dritten Senats vom 18. Juli 2005 (- 3 AZB 65/03 -)<sup>150</sup> findet diese Vorschrift im arbeitsgerichtlichen Verfahren gem. § 11 a Abs. 3 ArbGG Anwendung. Sie ist ihrem Sinn nach auf dieses Verfahren zu übertragen. Das bedeutet, dass im arbeitsgerichtlichen Verfahren statt auf die Zulassung des Rechtsanwalts bei einem bestimmten Gericht auf seine Ansässigkeit am Ort des Gerichts abzustellen ist. Die Beiordnung eines auswärtigen Prozessbevollmächtigten kann deshalb nur erfolgen, wenn dadurch zusätzliche Kosten nicht entstehen. Die Erfüllung dieser Voraussetzung kann das Gericht von Amts wegen in den Beiordnungsbeschluss aufnehmen. Eines Hinweises (§ 139 ZPO) auf diese Einschränkung bedarf es nicht, weil sie allgemein üblich und unter den beizuordnenden Rechtsanwälten allgemein bekannt ist. Die Reisekosten eines Rechtsanwalts sind jedoch insoweit aus der Staatskasse erstattungsfähig, als die Kosten eines Verkehrsanwalts erspart wurden. Dies folgt aus § 121 Abs. 4 2. Alt. ZPO.

---

<sup>150</sup> AP Nr 5 zu § 121 ZPO (demnächst); NZA 2005, 1078-1079; NJW 2005, 3083-3084; DRsp I (409) 309f-i; EzA § 121 ZPO 2002 Nr 1; DB 2005, 2032 (red.L1-4); RVG-Letter 2005, 115-116 (red.L); FA 2005, 386 (red.L1-4); EzA § 11a ArbGG 1979 Nr 3 (red.L1-4)

## C. Über das Bundesarbeitsgericht

### I. Bibliothek

Die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts hat sich seit ihrer Gründung im Jahre 1954 in Kassel zu einer sehr gut ausgestatteten juristischen Spezialbibliothek mit dem Schwerpunkt auf dem Gebiet des Arbeitsrechts entwickelt. Der Bestand umfasste Ende 2005 ca. 79.000 Medieneinheiten und 90.000 Tarifverträge in einer hausinternen Sonder-sammlung. Nach der Wiedervereinigung Deutschlands konnte die Bibliothek zahlreiche ältere Werke aus dem beim Obersten Gericht der DDR vorhandenen Bestand der ehemaligen Bibliothek des Reichsgerichts übernehmen.

Seit der Verlegung des Gerichts nach Erfurt (1999) steht der Bibliothek im repräsentativen Neubau auf dem Petersberg eine Gesamtfläche von ca. 1700 qm mit 31 Arbeitsplätzen im Lesebereich zur Verfügung.

Die Bibliothek ist vorrangig für das Bundesarbeitsgericht tätig, dessen Richter und andere Mitarbeiter die Buchbestände jederzeit benutzen können. Daneben werden auch externe Benutzer zugelassen, denen die Bestände nur in der Bibliothek und während der allgemeinen Dienstzeit zugänglich gemacht werden können.

Der gesamte Medienbestand ist im Online-Katalog recherchierbar, der an den Arbeitsplätzen der Mitarbeiter im Haus und an den Auskunftsplätzen in der Bibliothek zugänglich ist. Der Zeitschriftenbestand der Bibliothek ist außerdem im OPAC (Online Public Access Catalogue) der Zeitschriftendatenbank (ZDB) nachgewiesen.

Die Bücher sind frei zugänglich nach einer eigenen Systematik gegliedert aufgestellt. Neben dem Online-Katalog stehen verschiedene juristische Datenbanken auf CD-ROM zur Verfügung. Andere Datenbanken, insbesondere das juristische Informationssystem JURIS, sind für dienstliche Recherchen online zugänglich.

## II. Dokumentation

Die Dokumentationsstelle des Bundesarbeitsgerichts wertet die ihr zugänglichen arbeitsrechtlichen Dokumente aus und erfasst sie sowohl in einer Rechtsdatenbank (bis 1999: Rechtskartei) als auch in Dateien, die in das juristische Informationssystem JURIS Eingang finden. Daneben führt sie eine gerichtsinterne chronologische Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. In einem internen wöchentlichen Informationsdienst weist sie auf aktuelle Beiträge und Rechtsentwicklungen im nationalen und supranationalen Arbeitsrecht hin.

Dokumentiert werden intern und weit überwiegend auch für Juris insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte, der Arbeitsgerichte und Schiedsgerichte sowie supranationaler Gerichte in Arbeitsrechtsstreitigkeiten, die einschlägige Literatur aus Periodika (Fachzeitschriften, Jahrbüchern etc.), Festschriften und anderen Sammelwerken sowie Monographien, die einschlägigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften aus Gesetzblättern, Gesetz- und Verordnungsblättern, Ministerialblättern etc. und die Gesetzesmaterialien aus Bundestags- und Bundesratsdrucksachen, soweit ein Bezug zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsgerichtsbarkeit besteht.

Die Juris-Rechtsprechungsdatenbank enthält über 755.000 Dokumente aus allen Gerichtsbarkeiten, davon mehr als ein Drittel mit Langtext. Etwa 57.000 dieser Dokumente betreffen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen. Das sind im wesentlichen alle veröffentlichten, ab Entscheidungsjahrgang 1980 auch die nicht zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (20.300) sowie die veröffentlichten Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgerichte 30.200, Arbeitsgerichte 6.500). Hinzu kommen ca. 30 Entscheidungen von Bühnenschiedsgerichten, knapp 100 arbeitsrechtliche Entscheidungen von Gerichten der ehemaligen DDR sowie mehr als 300 arbeitsrechtliche Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die ebenfalls vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert wurden.

Seit 1995 werden - unabhängig von ihrer Veröffentlichung - alle beim Bundesarbeitsgericht im Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren anhängigen Instanzentscheidungen mit ihrem Verfahrensgang (Eingang, Terminierung, Erledigungsart und -datum) für

JURIS dokumentiert, sofern nicht das Verfahren unmittelbar nach Eingang beim Bundesarbeitsgericht beendet wird.

In den beiden Literaturdatenbanken Aufsätze und Bücher mit einem Bestand von ca. 661.000 Dokumenten betreffen mehr als 73.000 Dokumente Literatur (seit 1970) mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, etwa 35.500 hiervon wurden vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert.

An Verwaltungsregelungen (Erlasse, Bekanntmachungen, Richtlinien etc.) werden in einer Datenbank für den Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts ca. 27.300 Dokumente angeboten. Etwa 2.700 Dokumente davon betreffen Regelungen mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, die zum Teil vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert worden sind.

Daneben bietet JURIS den Zugriff auf Rechtsdatenbanken mehrerer Bundesländer und auf die fünf Datenbanken der Europäischen Gemeinschaft (ehemals CELEX), seit 1997 auch auf Datenbanken mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und dem Tarifrecht des öffentlichen Dienstes.

In einer weiteren Datenbank werden die Pressemitteilungen des Bundesverfassungsgerichts und der Obersten Gerichtshöfe des Bundes nachgewiesen.

### III. Presse- und Öffentlichkeitsarbeit

Die Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts informiert jeweils in einer vierteljährlichen Terminvorschau über anstehende Verhandlungen in Fällen, die wegen ihres Gegenstandes oder wegen der aufgeworfenen Rechtsfragen von besonderem Interesse sind.

Sobald in rechtlich bedeutsamen und für die Öffentlichkeit interessanten Fällen die Entscheidung ergangen ist, wird in einer Pressemitteilung hierüber berichtet. Dabei werden allerdings von den in den Terminvorschauen enthaltenen Verhandlungen nur solche Entscheidungen berücksichtigt, deren tatsächliche Grundlagen und rechtliche Erwägungen für eine derartige Kurzinformation geeignet sind.

Im Jahr 2005 wurden die Terminvorschauen an 373 Abonnenten und insgesamt 81 Pressemitteilungen an 620 Bezieher versandt.

Das Bundesarbeitsgericht stellt in Zusammenarbeit mit der JURIS GmbH auch im Internet Informationen zur Verfügung. Unter der Adresse **<http://www.bundesarbeitsgericht.de>** befinden sich allgemeine Informationen über die Arbeitsgerichtsbarkeit, die Aufgaben des Bundesarbeitsgerichts, die Bibliothek und die Dokumentationsstelle sowie eine Vorschau der anstehenden Verhandlungen. Im übrigen kann die Sammlung der Pressemitteilungen des laufenden Jahres sowie der vorangegangenen vier Jahre aufgerufen werden.

Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts stehen ab Januar 2002 im Internet zur Verfügung. Hier ist eine Suche nach Daten, Nummer der Pressemitteilung oder Textstichworten möglich. Eine Suchfunktion ermöglicht eine Recherche nach Datum, Aktenzeichen oder Textstichworten.

In einem jährlichen Pressegespräch werden ausführlich Geschäftsentwicklung, Schwerpunkte der Rechtsprechung im abgelaufenen Geschäftsjahr und zu erwartende arbeitsrechtliche Fragen erörtert.

Im Jahr 2005 haben 97 Gruppen, und zwar insbesondere Betriebs- und Personalräte sowie Führungskräfte aus Unternehmen, Referendare und Studenten sowie Schüler Verhandlungen des Gerichts besucht. Sie wurden durch wissenschaftliche Mitarbeiter

über die zur Entscheidung anstehenden Sachverhalte sowie die Arbeitsgerichtsbarkeit und die Aufgaben des Bundesarbeitsgerichts informiert.

Im übrigen besteht nach wie vor ein großes Interesse an der Architektur des Gerichtsgebäudes. Auch im vergangenen Jahr haben 49 Besuchergruppen das Bundesarbeitsgericht besichtigt und sind von fachkundigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Haus geführt worden.

Im Jahr 2005 waren Delegationen der obersten Gerichtshöfe für Arbeitsrecht aus Russland, Bulgarien und Nigeria zu Gast im Bundesarbeitsgericht. Daneben waren Delegationen aus Japan und Vietnam zu Besuch.



## Übersicht über die Pressemitteilungen 2005

<b>lfd. Nr.</b>	<b>Nr.</b>	<b>Datum</b>	<b>Stichwort</b>
1464	<b>1/05</b>	12.01.05	Inhaltskontrolle eines formularmäßigen Änderungsvorbehalts - 5 AZR 364/04 -
1465	<b>2/05</b>	12.01.05	Bürgenhaftung für das Mindestentgelt im Baugewerbe - 5 AZR 617/01 - und - 5 AZR 279/01 -
1466	<b>3/05</b>	18.01.05	Beschlussverfahren zur Klärung der Berechnung von Betriebsrenten - 3 ABR 21/04 -
1467	<b>4/05</b>	20.01.05	Keine verkürzte Kündigungsfrist nach § 113 Satz 2 InsO bei einer Kündigung durch den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter - 2 AZR 134/04 -
1468	<b>5/05</b>	25.01.05	Keine öffentliche Unterschriftenaktion einer Gewerkschaft in Polizeidienststellen - 1 AZR 657/03 -
1469	<b>6/05</b>	26.01.05	Geschäftsstand beim BAG am 01.01.05
1470	<b>7/05</b>	26.01.05	Widerruf einer Funktionszulage - 10 AZR 331/04 -
1471	<b>8/05</b>	15.02.05	Berechnung der betrieblichen Invalidenrente nach vorzeitigem Ausscheiden - 3 AZR 298/04 -
1472	<b>9/05</b>	16.02.05	Freizeitausgleich für die Teilnahme an einer Betriebsratsschulung - 7 AZR 330/04 -
1473	<b>10/05</b>	23.02.05	Ansprüche aus einem Altersteilzeitverhältnis in der Insolvenz - 10 AZR 600 bis 603/03 -
1474	<b>11/05</b>	24.02.05	Kündigung wegen unzulässiger Sonntagsarbeit - 2 AZR 211/04 -
1475	<b>12/05</b>	01.03.05	Präsident des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Wißmann in den Ruhestand getreten
1476	<b>13/05</b>	01.03.05	Ingrid Schmidt neue Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts
1477	<b>14/05</b>	01.03.05	Dr. Ernst Fischermeier neuer Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

1478	<b>15/05</b>	09.03.05	Arbeitsbereitschaft und verlängerte Arbeitszeiten beim Deutschen Roten Kreuz - 5 AZR 385/02 und 5 AZR 479/02 -
1479	<b>16/05</b>	10.03.05	Verfall des Rückzahlungsanspruchs bei überzahlter Vergütung - 6 AZR 217/04 -
1480	<b>17/05</b>	15.03.05	Abgeltung von Urlaub bei Blockfreistellung in der Altersteilzeit - 9 AZR 143/04 -
1481	<b>18/05</b>	16.03.05	Geschlechterquote bei Betriebsratswahlen verfassungskonform - 7 ABR 40/04 -
1482	<b>19/05</b>	19.04.05	Anspruch auf Teilzeitbeschäftigung während der Elternzeit - 9 AZR 233/04 -
1483	<b>20/05</b>	20.04.05	Dynamische Tarifierung kraft Vertrages zu Gunsten Dritter bei Betriebsübergang - 4 AZR 292/04 -
1484	<b>21/05</b>	21.04.05	Ausschluss eines Abfindungsanspruchs wegen Ablehnung eines anderen Arbeitsplatzes - 6 AZR 361/04 -
1485	<b>22/05</b>	21.04.05	Schriftform der Kündigung - 2 AZR 162/04 -
1486	<b>23/05</b>	21.04.05	Außerordentliche Kündigung eines langjährig befristeten Arbeitsvertrages wegen schlechter Haushaltslage einer Stadtgemeinde, die durch Erbschaft Arbeitgeberin geworden ist - 2 AZR 125/04 -
1487	<b>24/05</b>	10.05.05	Elbehochwasser: Nachgewährung von Urlaub für Einsätze beim Technischen Hilfswerk während des Erholungsurlaubs - 9 AZR 251/04 -
1488	<b>25/05</b>	11.05.05	Betriebsübergang: Tarifablösung durch ver.di-Gründung - 4 AZR 315/04 -
1489	<b>26/05</b>	12.05.05	Anhörung des Betriebsrats zur Kündigung eines „Trainees in allen Filialen“ - 2 AZR 149/04 -
1490	<b>27/05</b>	12.05.05	Neue Richter am Bundesarbeitsgericht

1491	<b>28/05</b>	19.05.05	Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz - 3 AZR 649/03 -
1492	<b>29/05</b>	24.05.05	Keine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verletzung der Unterrichtsfrist nach § 613a Abs. 5 BGB - 8 AZR 398/04 -
1493	<b>30/05</b>	24.05.05	Auflösungsvertrag des Betriebsveräußerers nach einem Betriebsübergang - 8 AZR 246/04 -
1494	<b>31/05</b>	25.05.05	Wirksamkeit einer einzelvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist - 5 AZR 572/04 -
1495	<b>32/05</b>	25.05.05	Status der Leiterin einer Außenwohngruppe zur Betreuung Minderjähriger - 5 AZR 347/04 -
1496	<b>33/05</b>	25.05.05	Befristung eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit der In-sich-Beurlaubung eines Beamten nach § 4 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz - 7 AZR 402/04 -
1497	<b>34/05</b>	31.05.05	Mitgliederwerbung von Gewerkschaften - 1 AZR 141/04 -
1498	<b>35/05</b>	31.05.05	Mitbestimmung bei der Zuweisung eines eigenen Büros - 1 ABR 22/04 -
1499	<b>36/05</b>	02.06.05	Betriebsbedingte Kündigung – Berücksichtigung von durch Prozessvergleich zugesagten Betriebszugehörigkeitszeiten bei der Sozialauswahl - 2 AZR 480/04 -
1500	<b>37/05</b>	16.06.05	Anrechnung von Wochenurlaub nach § 244 AGB-DDR auf die Bewährungszeit gem. § 23a BAT-O - 6 AZR 108/01 -
1501	<b>38/05</b>	21.06.05	Verringerung der Wochenarbeitszeit - Unverhältnismäßige Kosten - Ersatzeinstellung - 9 AZR 409/04 -
1502	<b>39/05</b>	21.06.05	Bindung des Arbeitgebers an einen Zeugnistext - 9 AZR 352/04 -
1503	<b>40/05</b>	23.06.05	Gemeinsame Stellungnahme der Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts sowie der Präsidentinnen und der Präsidenten der Landesarbeitsgerichte zur „Großen Justizreform“

1504	<b>41/05</b>	28.06.05	Unterrichtung des Betriebsrats über Vorstellungsgespräche - 1 ABR 26/04 -
1505	<b>42/05</b>	06.07.05	Stichtagsregelung beim Zeitaufstieg von Gesamtschullehrern - 4 AZR 27/04 und 42/04 -
1506	<b>43/05</b>	07.07.05	Fristlose Kündigung wegen privater Nutzung des Internets während der Arbeitszeit - 2 AZR 581/04 -
1507	<b>44/05</b>	14.07.05	Befristete Entsendung ins Ausland und Betriebsübergang - 8 AZR 392/04 -
1508	<b>45/05</b>	21.07.05	Tarifliche Leistungszuschläge nur bei andauernder überdurchschnittlicher Leistung - 6 AZR 441/04 -
1509	<b>46/05</b>	26.07.05	Streikteilnahme während Gleitzeit - 1 AZR 133/04 und 1 ABR 16/04 -
1510	<b>47/05</b>	27.07.05	AGB-Kontrolle bei befristeter Arbeitszeiterhöhung - 7 AZR 486/04 -
1511	<b>48/05</b>	27.07.05	Wirksamkeit einer einzelvertraglichen Altersgrenze bei privater Altersversorgung - 7 AZR 443/04 -
1512	<b>49/05</b>	28.07.05	Wirksamkeit einer Spätehenklausel - 3 AZR 457/04 -
1513	<b>50/05</b>	17.08.05	Rechtsanwaltskosten des Betriebsrats nach Aufnahme eines Wahlanfechtungsverfahrens durch den Insolvenzverwalter - 7 ABR 56/04 -
1514	<b>51/05</b>	17.08.05	Übernahme eines Jugend- und Auszubildendenvertreters in ein Arbeitsverhältnis - 7 AZR 553/04 -
1515	<b>52/05</b>	18.08.05	Aufhebungsvertrag im Zusammenhang mit einem geplanten Betriebsübergang - 8 AZR 523/04 -
1516	<b>53/05</b>	18.08.05	Keine persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH aus unerlaubter Handlung wegen nicht abgeführter Zahlungen an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft - 8 AZR 542/04 -

---

1517	<b>54/05</b>	31.08.05	Keine Pflicht zur Gleichbehandlung nach Betriebsübergang infolge Verschmelzung - 5 AZR 517/04 -
1518	<b>55/05</b>	31.08.05	Pauschale Abgeltung von Nachtarbeitszuschlägen - einseitige Ausschlussfristen - 5 AZR 545/04 -
1519	<b>56/05</b>	14.09.05	Zulage einer stellvertretenden Schulleiterin in Sachsen bei Absinken der Schülerzahl - 4 AZR 102/04 -
1520	<b>57/05</b>	22.09.05	Kündigung; Zugangsvereitelung - 2 AZR 366/04 -
1521	<b>58/05</b>	22.09.05	Insolvenz eines abgespaltenen Unternehmens und Kündigung durch den Insolvenzverwalter wegen Betriebsstilllegung - 6 AZR 526/04 -
1522	<b>59/05</b>	27.09.05	Tarifzuständigkeit der IG Metall für Betriebe von IBM - 1 ABR 41/04 -
1523	<b>60/05</b>	28.09.05	Überstundenvergütung – Wirksamkeit einer einzelvertraglich vereinbarten Ausschlussfrist - 5 AZR 52/05 -
1524	<b>61/05</b>	29.09.05	Kein Schadenersatz wegen unterlassenen Hinweises des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer über dessen Pflicht zur unverzüglichen Meldung als Arbeitssuchender - 8 AZR 571/04 -
1525	<b>62/05</b>	29.09.05	Betriebsbedingte Kündigung des Insolvenzverwalters wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung - 8 AZR 647/04 -
1526	<b>63/05</b>	04.10.05	Arbeitszeugnis – Unterschrift - 9 AZR 507/04 -
1527	<b>64/05</b>	04.10.05	Annahmeverzug und Schadensersatz bei Schwerbehinderung - 9 AZR 632/04 -
1528	<b>65/05</b>	12.10.05	Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern bei der Zahlung von Weihnachtsgratifikation - 10 AZR 640/04 -
1529	<b>66/05</b>	18.10.05	§ 1 BetrAVG aF mit höherrangigem Recht vereinbar - 3 AZR 506/04 -
1530	<b>67/05</b>	09.11.05	Dynamische Verweisung auf Tarifvertrag - 5 AZR 128/05 -

1531	<b>68/05</b>	09.11.05	Entgeltrahmenabkommen in der Metallindustrie – Bedeutung der ERA-Strukturkomponente - 5 AZR 351/05 - und - 5 AZR 361/05 -
1532	<b>69/05</b>	15.11.05	Urlaub für arbeitnehmerähnliche Personen - 9 AZR 626/04 -
1533	<b>70/05</b>	17.11.05	Interessenausgleich mit Namensliste in der Insolvenz - grob fehlerhafte Sozialauswahl bei Beschränkung der Auswahl auf einen von mehreren Geschäftsbereichen? - 6 AZR 107/05 -
1534	<b>71/05</b>	22.11.05	Spruch der Einigungsstelle zu Arbeitnehmerbeschwerden - 1 ABR 50/04 -
1535	<b>72/05</b>	24.11.05	Haftung für Ansprüche gegen eine insolvente Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft - 8 AZR 2/05 -
1536	<b>73/05</b>	24.11.05	Kündigungsschutz; Wartezeit - 2 AZR 614/04 -
1537	<b>74/05</b>	07.12.05	Vereinbarung einer verminderten Vergütung wegen der Gewährleistung einer Versorgungsanwartschaft nach beamtenrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Zusage einer späteren Übernahme in das Beamtenverhältnis - 5 AZR 254/05 -
1538	<b>75/05</b>	07.12.05	Annahmeverzug nach Streit über das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrags - 5 AZR 19/05 -
1539	<b>76/05</b>	14.12.05	Mitarbeiter einer Ratsfraktion – vorübergehende Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit - 4 AZR 474/04 -
1540	<b>77/05</b>	14.12.05	Bezugnahme Klausel in einem vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag (Gleichstellungsabrede) - 4 AZR 536/04 -
1541	<b>78/05</b>	15.12.05	Erhöhung der Pflichtstundenzahl für angestellte Lehrer nach Auseinanderfallen der Arbeitszeit bei sonstigen Angestellten und Beamten - 6 AZR 227/05 -
1542	<b>79/05</b>	15.12.05	Betriebsübergreifende Sozialauswahl bei Versetzungsklausel? - 6 AZR 199/05 -

1543	<b>80/05</b>	15.12.05	Mutterschutzrechtlicher Sonderkündigungsschutz nach medizinisch-indizierter Einleitung der Geburt - 2 AZR 462/04 -
1544	<b>81/05</b>	15.12.05	Kündigungsfrist und Klagefrist - 2 AZR 148/05 -

## IV. Personalien

Zum 1. März 2005 ist der Präsident des Bundesarbeitsgerichts Professor Dr. Hellmut Wißmann in den Ruhestand getreten. Zu seiner Nachfolgerin wurde am 1. März 2005 die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Ingrid Schmidt ernannt, die den Vorsitz im Ersten Senat übernahm.

Am 1. März 2005 wurde der Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Ernst Fischermeier zum Vorsitzenden Richter ernannt. Herr Dr. Fischermeier, der zuvor dem Zehnten Senat angehörte, übernahm den Vorsitz im Sechsten Senat.

Am 12. Mai 2005 wurde der Direktor des Arbeitsgerichts Eisenach Malte Creutzfeldt zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Creutzfeldt wurde dem Vierten und Zehnten Senat zugeteilt.

Mit Wirkung vom 1. Juni 2005 wurde der Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern Dr. Ulrich Koch zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Dr. Koch wurde dem Siebten Senat zugeteilt.



## **D. Tabellarischer Anhang**

**Geschäftsjahr 2005**

### Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Zeilen Nr.	Anhängige Verfahren	Verfahren	
		Insgesamt	Veränderungen gegenüber Vorjahr
<b>1</b>	<b>Revisionen</b>		
<b>11</b>	<b>Unerledigte Revisionen am Jahresanfang</b>	593	-31
<b>12</b>	<b>Eingelegte Revisionen</b>	<b>841</b>	<b>+194</b>
	davon aus:		
1201	Baden-Württemberg	81	+28
1202	Bayern	52	-13
1203	Berlin	93	+50
1204	Brandenburg	13	-13
1205	Bremen	14	+9
1206	Hamburg	24	-6
1207	Hessen	80	+11
1208	Mecklenburg-Vorpommern	10	0
1209	Niedersachsen	92	+51
1210	Nordrhein-Westfalen	239	+94
1211	Rheinland-Pfalz	53	+3
1212	Saarland	0	-15
1213	Sachsen	27	-10
1214	Sachsen-Anhalt	45	+3
1215	Schleswig-Holstein	15	+6
1216	Thüringen	5	-2
<b>13</b>	<b>Revisionen insgesamt</b>	1434	+163
<b>14</b>	<b>Erledigte Revisionen</b>	672	-6
141	Nach der Art der Erledigung:		
1411	Streitiges Urteil	467	+17
1412	Sonstiges Urteil	1	+1
1413	Beschluss nach § 91 a ZPO	4	+1
1414	Sonstigen Beschluss	4	+2
1415	Vergleich	101	+32

1416	Rücknahme	81	-64
1417	Auf sonstige Art	14	+5
142	Durch streitiges Urteil erledigte Revisionen (Zeilen- Nr. 1411) nach der Dauer des Verfahrens		
1421	bis zu 6 Monaten	0	-26
1422	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	318	+42
1423	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	142	-2
1424	über 2 Jahren	8	+4
<b>15</b>	<b>Unerledigte Revisionen am Jahresende</b>	<b>762</b>	<b>+169</b>
<b>2</b>	<b>Rechtsbeschwerden</b>		
<b>21</b>	<b>Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresanfang</b>	<b>59</b>	<b>+4</b>
<b>22</b>	<b>Eingereichte Rechtsbeschwerden</b>	<b>68</b>	<b>+5</b>
	davon aus:		
2201	Baden-Württemberg	19	+12
2202	Bayern	9	0
2203	Berlin	6	+4
2204	Brandenburg	0	0
2205	Bremen	1	0
2206	Hamburg	1	-1
2207	Hessen	6	-3
2208	Mecklenburg-Vorpommern	1	0
2209	Niedersachsen	4	-2
2210	Nordrhein-Westfalen	15	-4
2211	Rheinland-Pfalz	3	-1
2212	Saarland	1	1
2213	Sachsen	1	0
2214	Sachsen-Anhalt	0	0
2215	Schleswig-Holstein	1	0
2216	Thüringen	0	-1

<b>23</b>	<b>Rechtsbeschwerden insgesamt</b>	127	+9
<b>24</b>	<b>Erledigte Rechtsbeschwerden</b>	61	+2
	davon:		
241	durch mündliche Verhandlung	32	+6
242	ohne mündliche Verhandlung	14	-8
243	durch Einstellung des Verfahrens gem. § 94 Ziff. 3 ArbGG oder auf sonstige Art	15	+4
<b>25</b>	<b>Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden (241- 242) nach der Dauer des Verfahrens</b>		
251	bis zu 6 Monaten	2	+2
252	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	25	+25
253	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	20	+20
254	über 2 Jahre	0	0
<b>26</b>	<b>Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresende</b>	66	+7
<b>3</b>	<b>Nichtzulassungsbeschwerden</b>		
<b>31</b>	<b>Verfahren gem. § 72 a ArbGG</b>		
311	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	268	+74
312	Beantragte Verfahren	1193	+135
313	Verfahren insgesamt	1461	+209
314	Erledigte Verfahren	1161	+177
	davon durch:		
3141	Stattgebenden Beschluss	85	+49
3142	Zurückweisung	434	+20
3143	Zurückverweisung	3	+3
3144	Verwerfung	371	+142
3145	Rücknahme	249	-45
3146	Auf sonstige Art	19	+8
3147	Unerledigte Verfahren am Jahresende	300	+32

<b>32</b>	<b>Verfahren gem. § 92 a ArbGG</b>		
321	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	3	-12
322	Beantragte Verfahren	78	+34
323	Verfahren insgesamt	81	+22
324	Erledigte Verfahren	64	+8
	davon durch:		0
3241	Stattgebenden Beschluss	4	+2
3242	Zurückweisung	31	+11
3243	Verwerfung	8	-7
3244	Rücknahme	21	+5
3245	Auf sonstige Art	0	-3
325	Unerledigte Verfahren am Jahresende	17	+14
<b>4</b>	<b>Revisionsbeschwerden</b>		
<b>41</b>	<b>Verfahren gem. § 72b ArbGG:</b>		
411	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	0	--
412	Beantragte Verfahren	7	--
413	Verfahren insgesamt	7	--
414	Erledigte Verfahren	2	--
	davon durch:		
4141	Stattgebenden Beschluss (Zurückverweisung)	2	--
4142	Zurückweisung	0	--
4143	Verwerfung	0	--
4144	Rücknahme	0	--
4145	Auf sonstige Art	0	--
415	Unerledigte Verfahren am Jahresende	5	--
<b>42</b>	<b>Verfahren gem. § 77 ArbGG:</b>		
421	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	3	-3
422	Beantragte Verfahren	10	0
423	Verfahren insgesamt	13	-3
424	Erledigte Verfahren	12	-1
	davon durch:		

4241	Stattgebenden Beschluss	1	-1
4242	Zurückweisung	1	-2
4243	Verwerfung	9	3
4244	Rücknahme	0	-2
4245	Auf sonstige Art	0	0
425	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	-2
<b>43</b>	<b>Verfahren gem. § 78 ArbGG:</b>		
431	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	29	+23
432	Beantragte Verfahren	64	-2
433	Verfahren insgesamt	93	+21
434	Erledigte Verfahren	57	+14
	davon durch:		0
4341	Stattgabe	13	+13
4342	Zurückweisung	6	-12
4343	Verwerfung	20	+10
4344	Rücknahme	13	-2
4345	Auf sonstige Art	1	+1
435	Unerledigte Verfahren am Jahresende	37	+8
<b>5</b>	<b>Bestimmungen des zuständigen Gerichts</b>		
51	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	0	0
52	Eingereichte Anträge	19	+12
53	Anträge insgesamt	19	+12
54	Erledigte Anträge	18	+11
55	Unerledigte Anträge am Jahresende	1	+1
<b>6</b>	<b>Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe</b>		
<b>61</b>	<b>Anträge außerhalb einer anhängigen Revision:</b>		
611	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	1	-3
612	Eingereichte Anträge	14	+1

613	Anträge insgesamt	15	-2
614	Erledigte Anträge	11	-4
615	Unerledigte Anträge am Jahresende	4	+2
62	Ergangene Entscheidungen bei anhängigen Revisionsverfahren (Zahl der Beschlüsse)	21	-13
<b>7</b>	<b>Entscheidung über Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung</b>	11	+7
<b>8</b>	<b>In das allgemeine Register eingetragene Anträge und Anfragen</b>	97	-34
<b>9</b>	<b>Großer Senat (Anrufungen)</b>		
91	Unerledigte Vorlagen am Jahresanfang	0	0
92	Eingereichte Vorlagen	0	0
93	Vorlagen insgesamt	0	0
94	Entschiedene Vorlagen	0	0
95	Unerledigte Vorlagen am Jahresende	0	0

## Revisionen (AZR) nach der Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2005

Art der Erledigungen		Zulassung		Summe Spalten 2a -2b	Entschieden zu- gunsten	
		durch LAG	durch BAG		Arbeit- geber	Arbeit- nehmer
1		2 a	2 b	3	3 a	3 b
I.	durch streitiges Urteil					
	1. als unzulässig verworfen					
	a) auf Grund mündlicher Verhandlung	3	--	3	2	1
	b) im schriftlichen Verfahren	--	--	--	--	--
	2. als unbegründet zurückgewiesen					
	a) auf Grund mündlicher Verhandlung	287	3	291	203	87
	b) im schriftlichen Verfahren	9	2	11	8	3
	3. unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zurückverwiesen					
a) auf Grund mündlicher Verhandlung	63	5	68	33	28	
b) im schriftlichen Verfahren	2	1	3	1	2	
4. der Revision ganz oder teilweise stattgegeben						
a) auf Grund mündlicher Verhandlung	86	2	88	58	30	
b) im schriftlichen Verfahren	4	--	4	3	1	
II.	durch sonstiges Urteil	1		1		1
III.	durch Beschluss					
	1. als unzulässig verworfen	4		4	--	--
	2. Kostenbeschluss § 91 a ZPO	3	1	4	--	--
IV.	durch Vergleich					
	1. Gerichtlichen Vergleich	91	4	95	--	--
	2. außergerichtlichen Vergleich	5	1	6	--	--
V.	durch Rücknahme	77	4	81	--	--
VI.	auf sonstige Art	11	3	14	--	--
	Summe	647	26	672	308	153



### Rechtsbeschwerden (ABR) nach Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2005

1	Zulassung		Summe Spalte 2a -2b 3
	durch LAG 2 a	durch BAG 2 b	
1. Als unzulässig verworfen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	--	--	--
b) Ohne mündliche Anhörung	--	--	--
2. Als unbegründet zurückgewiesen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	19	--	19
b) Ohne mündliche Anhörung	11	--	11
3. Aufgehoben und zurückverwiesen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	1	--	1
b) Ohne mündliche Anhörung	2	--	2
4. Ganz oder teilweise stattgegeben			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	10	--	10
b) Ohne mündliche Anhörung	1	--	1
5. Einstellung gemäß § 94 Abs. 3 ArbGG	7	--	7
6. Sonstige Art	8	--	8
Summe:	61	--	61

Monat	Revisionen										Rechtsbeschwerden					
	davon Zulassung durch		Durch streitiges Urteil erledigte Revisionen nach der Dauer der Verfahren				davon Zulassung durch				Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden nach der Dauer des Verfahrens					
	Ein-gang	LAG	BAG	bis 6 Monate	bis 1 Jahr	bis 2 Jahre	über 2 Jahre	Ein-gang	LAG	BAG	bis 6 Monate	bis 1 Jahr	bis 2 Jahre	über 2 Jahre		
Januar	44	41	3	--	17	10	2	3	3	--	--	1	4	--		
Februar	31	30	1	--	32	10	--	5	5	--	--	1	--	--		
März	56	51	5	--	15	2	3	3	3	--	--	7	1	--		
April	75	73	1	--	33	5	--	6	5	--	1	2	3	--		
Mai	47	47	--	--	28	8	1	2	2	--	--	4	2	--		
Juni	53	41	12	--	37	6	1	7	6	1	--	2	3	--		
Juli	74	67	7	--	34	8	--	15	15	--	--	1	2	--		
August	125	118	7	--	16	1	--	7	7	--	--	2	--	--		
September	113	103	10	--	40	11	--	8	6	2	1	--	2	--		
Oktober	59	51	8	--	22	52	--	3	3	--	--	--	--	--		
November	48	40	8	--	27	18	--	2	2	--	--	5	2	--		
Dezember	116	103	13	--	17	11	1	7	6	1	--	--	1	--		
Insgesamt	841	766	75	--	318	142	8	68	64	4	2	25	20	--		

Durch Beschluss erledigte  
Nichtzulassungsbeschwerden 2005

Monat	Revisionen					Rechtsbeschwerden				
	Dauer des Verfahrens					Dauer des Verfahrens				
	bis 3 Monate	bis 6 Monate	bis 12 Monate	über 12 Monate		bis 3 Monate	bis 6 Monate	bis 12 Monate	über 12 Monate	
Januar	45	12	5	--	--	--	--	--	--	--
Februar	47	13	1	--	--	--	--	--	--	--
März	35	19	2	--	--	2	1	--	--	--
April	85	20	8	--	--	--	--	2	--	--
Mai	53	18	4	--	--	6	--	--	--	--
Juni	7	18	7	--	--	5	--	--	--	--
Juli	51	33	7	--	--	3	--	--	--	--
August	53	18	4	--	--	3	--	--	--	--
September	72	31	5	--	--	4	2	--	--	--
Oktober	38	12	2	--	--	4	1	--	--	--
November	44	33	11	--	--	6	2	--	--	--
Dezember	43	29	8	--	--	2	--	--	--	--
Insgesamt	573	256	64	--	--	35	6	2	--	--

**Revisions- und Rechtsbeschwerden AZB - Geschäftsjahr 2005 -**

Monat	Eingang	davon Zulassung durch LAG	Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden nach der Dauer des Verfahrens			
			bis 6 Monate	bis 1 Jahr	bis 2 Jahre	über 2 Jahre
Januar	10	2	1	--	--	--
Februar	4	3	2	3	--	--
März	4	--	1	--	--	--
April	6	2	5	--	--	--
Mai	9	2	5	--	--	--
Juni	8	2	3	--	--	--
Juli	7	1	3	--	1	--
August	3	2	6	11	1	--
September	3	--	3	--	--	--
Oktober	11	--	4	--	--	--
November	8	2	17	1	1	--
Dezember	8	2	3	--	--	--
<b>Insgesamt</b>	81	18	53	15	3	--

**Revisionen, Rechtsbeschwerden und Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision/Rechtsbeschwerde  
(Eingänge und Erledigungen nach Rechtsmaterien) - Geschäftsjahr 2005**

Rechtsmaterien	Revisionen und Rechtsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2006	Nichtzulassungsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2006	Revisionen, Rechtsbeschwerden und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt			Stand am 1. Januar 2006
	Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung		Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung		Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Formelles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Unternehmensverfassungsrecht	25	20	30	15	2	42	35	9	27	62	65	24
Materielles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht	60	46	59	48	6	57	42	21	66	103	101	69
Vereinigungsfreiheit, Tariffähigkeit und -zuständigkeit	7	1	3	5	--	--	--	--	7	1	3	5
Arbeitskampf	1	1	1	1	--	1	--	1	1	2	1	2
Beendigung oder Änderung des Arbeitsverhältnisses d. Kündigung oder in anderer Weise	132	268	163	237	42	309	302	49	174	577	465	286
Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung o. Bedingungseintritt	17	47	24	40	8	55	41	22	25	102	65	62
Betriebsübergang	8	49	8	49	4	16	17	3	12	65	25	52
Insolvenz	4	4	1	7	--	11	9	2	4	15	10	9

Rechtsmaterien	Revisionen und Rechtsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2006	Nichtzulassungsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2006	Revisionen, Rechtsbeschwerden und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt			Stand am 1. Januar 2006
	Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung		Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung		Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledigung	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Begründung eines Arbeitsverhältnisses, Arbeitnehmerstatus	9	47	8	48	5	27	17	15	14	74	25	63
Arbeitsentgelt, Aufwendungsersatz	48	61	77	32	35	218	225	18	83	279	302	50
Eingruppierungen	71	65	71	65	20	23	38	5	91	88	109	70
Ansprüche und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, Abmahnungen	10	27	18	19	4	27	21	10	14	54	39	29
Zeugnis	3	--	3	--	--	3	3	--	3	3	6	--
Tarifvertragsrecht und kirchliches Arbeitsrecht	31	12	32	11	2	14	14	2	33	26	46	13
Tarifvertragsauslegung	25	31	29	27	6	16	19	3	31	47	48	30
Berufsaus- und -fortbildung	3	5	5	3	2	8	4	6	5	13	9	9
Mutterschutz	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Arbeits- und Gesundheitsschutz, Teilhabe am Arbeitsleben	3	6	3	6	--	4	2	2	3	10	5	8



## Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerden nach der Art der Erledigung 2005

	Revisionsbeschwerden AZB					Nichtzulassungsbeschwerden		
	§ 72 b ArbGG	§ 78 ArbGG	§ 77 ArbGG	Summe	AZN § 72 a ArbGG	ABN § 92 a ArbGG	Summe	
1. Bestand zu Beginn des Jahres	0	29	3	32	268	3	271	
2. Zugang in 2005	7	64	10	81	1193	78	1271	
3. Summe 1 + 2	7	93	13	113	1461	81	1542	
4. Erledigungen in 2005	2	57	11	70	1161	64	1225	
5. Es bleiben anhängig	5	36	2	43	300	17	317	
6. Art der Erledigung								
a) Stattgabe	0	17	2	19	85	4	89	
b) Zurückweisung	0	6	0	6	434	31	465	
c) Zurückverweisung	2	0	0	2	3	0	3	
d) Verwerfung	0	20	8	28	371	8	379	
e) Rücknahme	0	13	0	13	249	21	270	
f) sonstige Erledigungen	0	1	1	2	19	0	19	
7. Summe wie Zeile 4	2	57	11	70	1161	64	1225	



**Gesamt-Geschäftsübersicht des Bundesarbeitsgerichts seit Errichtung des Gerichts - Geschäftsjahr 2005**

	Revisionen		Rechtsbe- schwerden	Revisionsbeschwerden						Nichtzulassungsbeschwerden				Anträge auf PKH	Summe		
				§ 72b ArbGG	§ 77 ArbGG	§ 78 ArbGG	§ 72 a ArbGG	§ 92 a ArbGG	§ 72 a ArbGG	§ 77 ArbGG	§ 78 ArbGG	§ 92 a ArbGG					
Jahrgang	53/04	05		53/04	05	53/04	05	53/04	05	53/04	05	53/04	05	53/04	05		
Eingänge bis zum Vorjahr	35365	0	2949	0	0	1121	0	969	0	20695	0	1169	0	855	0	63123	
Eingänge in 2005		841		68	7	10	65		1193		78		14		2276		
Eingänge insgesamt	35365	841	2949	68	7	1121	10	969	65	20695	1193	1169	78	855	14	65399	
	<b>36206</b>		<b>3017</b>	<b>7</b>	<b>1131</b>	<b>1034</b>	<b>21888</b>	<b>1247</b>	<b>869</b>	<b>65399</b>							
davon sind erledigt durch:																	
Urteil	20267	88	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	20355	
Beschluss	3746	3	2114	3	2	853	9	652	24	15086	691	777	40	797	10	24807	
Vergleich	3581	13	30	0	0	4	0	0	1	32	7	4	0	3	0	3675	
Rücknahme	7036	37	621	2	0	234	0	168	9	5264	193	354	21	28	0	13967	
auf sonstige Art	662	5	178	3	0	30	0	137	1	310	4	34	0	27	0	1391	
insgesamt	35292	146	2943	8	2	1121	9	957	35	20692	895	1169	61	855	10	64195	
also noch anhängig	73	695	6	60	0	5	0	1	12	30	3	298	0	17	4	1204	
	<b>768</b>		<b>66</b>	<b>5</b>	<b>1</b>	<b>42</b>	<b>301</b>	<b>17</b>	<b>4</b>	<b>1204</b>							

## Organisationsplan des Bundesarbeitsgerichts

Stand: 31.12.2005

Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts  
Ingrid Schmidt

### 1. Senat

Materielles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Vereinigungsfreiheit, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit, Arbeitskampfrecht

Vorsitzende:  
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts  
Schmidt

### 2. Senat

Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung sowie daran anschließende Weiterbeschäftigungs- und Abfindungssprüche, Ersetzung der Zustimmung der Kündigung nach § 103 BetrVG, Abmahnungen

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Prof. Dr. Rost

### 3. Senat

Betriebliche Altersversorgung und Lebensversicherung einschließlich Versorgungsschäden

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Dr. Reinecke

### 4. Senat

Allgemeines Tarifvertragsrecht, Tarifvertragsauslegung in der Privatwirtschaft, Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen sowie Beschäftigung nach bestimmten Vergütungs- und Lohngruppen von Arbeitnehmern der Kirchen und des öffentlichen Dienstes

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Bepler

### 5. Senat

Arbeitsentgeltansprüche, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und für Feiertage, Mutterschutz, Arbeitnehmerstatus, Verfahren nach §§ 17 ff. GVG, Bestimmung des zuständigen Gerichts

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Dr. Müller-Glöge

### 6. Senat

Auslegung von Tarifverträgen und Dienstordnungen im öffentlichen Dienst, bei der Deutschen Bahn, der Deutschen Post, der Postbank, der Deutschen Telekom und bei den Alliierten Streitkräften sowie von Tarifverträgen und Arbeitsvertragsrichtlinien im kirchlichen Bereich, Berufsbildung, Insolvenzrecht, Kündigungen durch den Insolvenzverwalter, Kündigung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit, Beendigung des Arbeitsverhältnisses in anderer Weise als durch Kündigung sowie daran anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Dr. Fischermeier

### 7. Senat

Formelles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund einer Befristung oder Bedingung oder aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Vorsitzender:  
Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts  
Dörner

### 8. Senat

Schadenersatz, Betriebsübergang

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Hauck

### 9. Senat

Erholungs-, Bildungs-, Sonder- und Erziehungsurlaubs- sowie Elternzeitrecht, Vorrangrecht, Altersteilzeit- und Heimarbeitsrecht, nicht in die Zuständigkeit anderer Senate fallende Rechtsfreiheiten

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Düwell

### 10. Senat

Gratifikationen und Sondervergütungen, tarifliche Tätigkeitszulagen und Erschwereniszulagen, Eingruppierung von Arbeitnehmern der Privatwirtschaft, Streitigkeiten über Rechtsfragen, die das Verhältnis zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien betreffen

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Dr. Freitag

### Großer Senat

Vorsitzende:  
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts  
Schmidt

### Verwaltungsabteilung

Leiterin: RD in Fuchs

Allgemeine Verwaltung, Personal, Haushalt  
RD in Fuchs

Bibliothek  
RR in z.A. Lieberknecht

Geschäftsstelle  
OAR in Lifšner

Dokumentationsstelle  
ORR Satzky