



Die Präsidentin des  
**Bundesarbeitsgerichts**

---

# *Jahresbericht*

# *2008*

---

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) 2636-1313

Richterin am Bundesarbeitsgericht  
Birgit Reinecke  
Telefon: (0361) 2636 - 1331

**Hausanschrift**

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

**Postanschrift**

Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefon: (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>8</b>
<b>1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses</b> .....	<b>18</b>
<b>I. Arbeitsbedingungen</b> .....	<b>18</b>
1. Arbeitspflicht .....	18
2. Arbeitszeit .....	19
3. Anspruch auf Teilzeitarbeit .....	19
4. Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit .....	20
5. Bezugnahmeklauseln.....	21
6. Schriftformklauseln .....	25
<b>II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis</b> .....	<b>26</b>
1. Vergütung .....	26
2. Urlaub .....	35
3. Rückzahlung von Ausbildungskosten .....	36
4. Aktienoptionen .....	37
5. Werkdienstwohnung .....	38
6. Arbeitsschutz .....	38
7. Schadensersatz und Haftung.....	39
8. Vertragliche Ausschlussfristen.....	41
9. Zeugnis .....	42
<b>III. Schutz vor Benachteiligung und Förderung der Chancengleichheit</b> .....	<b>42</b>
1. Geschlecht.....	42
2. Schwerbehinderung.....	44
3. Teilzeit .....	45
<b>IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen</b> .....	<b>46</b>
1. Befristung.....	46
2. Auflösende Bedingung.....	49
3. Probezeitvereinbarung.....	50
4. Kündigung.....	51
5. Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 78a BetrVG .....	61
6. Tarifliche Abfindung .....	62
<b>V. Betriebsübergang</b> .....	<b>62</b>
1. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs .....	62
2. Gesamtrechtsnachfolge .....	64
3. Altersteilzeit .....	65
4. Fortgeltung von Kollektivverträgen .....	66
5. Unterrichtung der Arbeitnehmer und Widerspruchsrecht.....	67
<b>VI. Betriebliche Altersversorgung</b> .....	<b>69</b>
<b>2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht</b> .....	<b>74</b>

I.	<b>Koalitionsrecht</b> .....	74
II.	<b>Tarifrecht</b> .....	76
III.	<b>Betriebsverfassungsrecht</b> .....	79
	1. Wahl des Betriebsrats.....	79
	2. Gemeinsamer Betrieb .....	80
	3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats .....	81
	4. Karitative Einrichtung einer Religionsgemeinschaft.....	87
	5. Zwangsvollstreckung .....	88
	6. Unternehmensmitbestimmung .....	89
	<b>3. Abschnitt Insolvenzrecht</b> .....	90
	<b>4. Abschnitt Prozessrecht</b> .....	92
I.	<b>Internationale Zuständigkeit</b> .....	92
II.	<b>Rechtsweg</b> .....	93
III.	<b>Prozessstandschaft</b> .....	93
IV.	<b>Drittschuldnerklage</b> .....	94
V.	<b>Prozessuale Verwertungsverbote</b> .....	95
VI.	<b>Rechtsmittelbegründung nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde</b> .....	96
C.	<b>Über das Bundesarbeitsgericht</b> .....	97
I.	<b>Bibliothek</b> .....	97
II.	<b>Dokumentation</b> .....	98
III.	<b>Presse- und Öffentlichkeitsarbeit</b> .....	100
IV.	<b>Personalien</b> .....	109
D.	<b>Tabellarischer Anhang</b> .....	110

## **Der Jahresbericht gibt einen Überblick über die Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts im Geschäftsjahr 2008**

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 Zahl der Eingänge beim Bundesarbeitsgericht ist um 100 Verfahren zurückgegangen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer beim Bundesarbeitsgericht betrug im abgelaufenen Geschäftsjahr 7 Monate 14 Tage.

2. Insgesamt gingen im Geschäftsjahr 2008 2.615 Sachen ein (Vorjahr 2.715). Davon waren 1.149 (Vorjahr 1.086) oder 44 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.345 (Vorjahr 1.537) oder 51 % Nichtzulassungsbeschwerden. Hinzu kamen 101 (Vorjahr 61) Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 17 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie zwei Anträge auf Bestimmung des zuständigen Gerichts. Danach sind die Eingänge bei den Nichtzulassungsbeschwerden um 192 Verfahren (12,5 %) zurückgegangen. Die Zahl der Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren hat sich dagegen entgegen dem Trend des Vorjahres um 63 Verfahren (6 %) gesteigert.

3. Im Jahr 2008 sind 2.622 Sachen erledigt worden, also acht Sachen mehr als im Jahr 2007 (2.613 Sachen). Es handelte sich um 957 (Vorjahr 1.042) oder 36,5 % Revisions- und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.542 (Vorjahr 1.474) oder 59 % Nichtzulassungsbeschwerden. Daneben wurden noch 100 Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 20 Anträge auf Bewilligung von Pro-

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

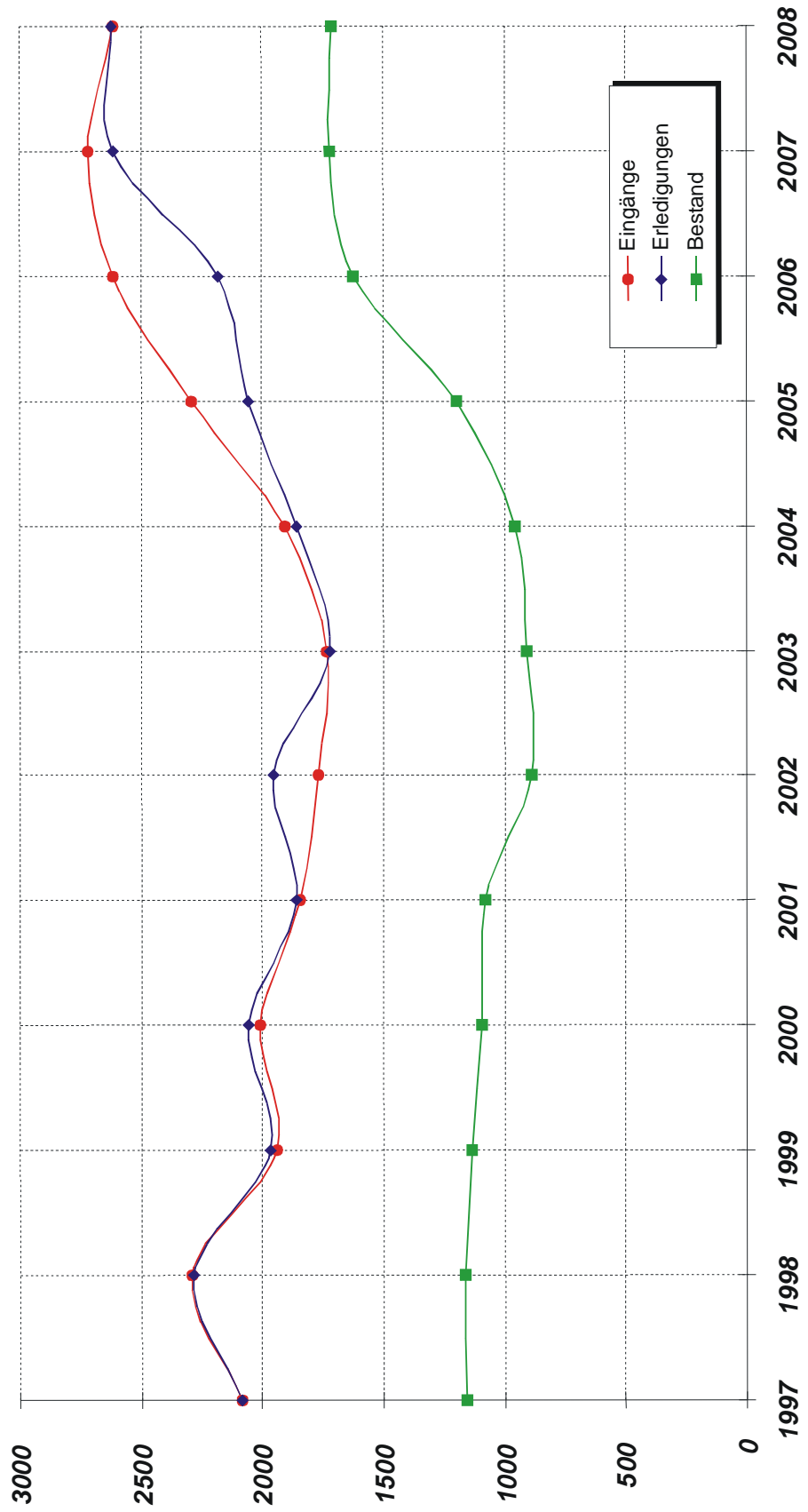
Von den erledigten Nichtzulassungsbeschwerden hatten 86 Erfolg, das entspricht einer Erfolgsquote von 5,6 % gegenüber 5,2 % (118 Sachen) im Vorjahr – soweit man die Zurückverweisungen hier mit berücksichtigt, waren 142 Beschwerden (9,2% – im Vorjahr 108 entsprechend 8 %) erfolgreich. Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 1.714 Sachen (Vorjahr 1.718; 2006: 1.626; 2005: 1.196; 2004: 957; 2003: 905; 2002: 891; 2001: 1.077; 2000: 1.094; 1999: 1.136; 1998: 1.163); davon sind 1.257 Revisionen (Vorjahr 1.093).

4. Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts liegt derzeit keine Sache vor. Dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat das Bundesarbeitsgericht eine Sache vorgelegt. Gegen verschiedene Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind beim Bundesverfassungsgericht Beschwerden anhängig. Beim Europäischen Gerichtshof ist ein Verfahren vom Bundesarbeitsgericht anhängig gemacht worden.

## Zuordnung nach Rechtsgebieten:

	Eingänge	Erledigungen	Bestände
Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Kündigungen, befristete Arbeits- verhältnisse; ohne Kündigungen nach § 613a BGB)	26,88 % (703)	31,66 % (830)	20,48 % (351)
Arbeitsentgelt	13,19 % (345)	12,01 % (315)	10,91 % (187)
Tarifauslegung und Tarifvertragsrecht	10,17 % (266)	8,77 % (230)	12,49 % (214)
Betriebsverfassung und Personalvertretung	9,71 % (254)	9,5 % (249)	10,39 % (178)
Ruhegeld (einschl. Vorruhestand) und Altersteilzeit	8,91 % (233)	8,05 % (211)	13,19 % (226)
Übergang eines Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB (einschl. Kündigung)	5,89 % (154)	5,76 % (151)	8,4 % (144)
Ansprüche und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag	4,32 % (113)	3,62 % (95)	3,44 % (59)
Rechtsbeschwerden nach § 78 ArbGG außer Rechtswegstreitigkeiten	2,49 % (65)	2,63 % (69)	0,47 % (8)
Sonstige	18,43 % (482)	18 % (472)	20,25 % (347)

# Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht





## B. Rechtsprechungsübersicht

In den Jahresbericht wurden folgende Entscheidungen aufgenommen:

### 1. Entscheidungen des Ersten Senats:

Beschluss vom 23. Januar 2008 - 1 ABR 74/06 -  
(Übernahme von Leiharbeitnehmern - Einstellungsbegriff -  
Pool von Leiharbeitnehmern)

Beschluss vom 19. Februar 2008 - 1 ABR 86/06 -  
(Abwehr der Vollstreckung aus gerichtlichem Vergleich)

Beschluss vom 18. März 2008 - 1 ABR 3/07 -  
(Vollstreckungsabwehr bei Verlust der Betriebsidentität)

Urteil vom 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 -  
(Vergütung gemäß kollektivem Entlohnungsgrundsätzen)

Urteil vom 15. April 2008 - 1 AZR 86/07 -  
(Normurheberschaft bei gemischten Vereinbarungen)

Beschluss vom 8. Mai 2008 - 1 ABR 56/06 -  
(Rechtsmittelbegründung nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde)

Beschluss vom 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 -  
(Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzung)

Beschluss vom 22. Juli 2008 - 1 ABR 40/07 -  
(Mitbestimmung bei Ethik Richtlinien)

Beschluss vom 26. August 2008 - 1 ABR 16/07 -  
(Videoüberwachung im Betrieb)

Urteil vom 30. September 2008 - 1 AZR 684/07 -  
(Sozialplanabfindung - Altersdiskriminierung)

Urteil vom 11. November 2008 - 1 AZR 475/07 -  
(Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente)

### 2. Entscheidungen des Zweiten Senats:

Urteil vom 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 -  
(außerordentliche Kündigung - betriebsverfassungswidrig erlangte Informationen)

Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 405/06 -  
(Sozialauswahl - Grobe Fehlerhaftigkeit)

Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 536/06 -  
(Kündigung - Minderleistung)

Urteil vom 17. Januar 2008 - 2 AZR 902/06 -  
(Kündigungsschutzgesetz - Anwendungsbereich)

Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 AZR 543/06 -  
(Betriebsbedingte Kündigung wegen auslaufenden Auftrags - Betriebsstilllegung)

Urteil vom 13. Februar 2008 - 2 AZR 864/06 -  
(Kündigung - Klagefrist bei Fehlen einer nach § 85 SGB IX erforderlichen Zustimmung)

Urteil vom 13. März 2008 - 2 AZR 961/06 -  
(Verdachtskündigung - Anhörung des Arbeitnehmers)

Urteil vom 13. März 2008 - 2 AZR 1037/06 -  
(Betriebsbedingte Kündigung)

Urteil vom 3. April 2008 - 2 AZR 500/06 -  
(Änderungskündigung)

Urteil vom 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 -  
(Betriebsbedingte Kündigung - Unternehmerentscheidung - Konzern)

Urteil vom 23. April 2008 - 2 AZR 21/07 -  
(Tarifliche Kündigungsfristen)

Urteil vom 26. Juni 2008 - 2 AZR 264/07 -  
(Kleinbetriebsklausel - Darlegungslast)

Urteil vom 18. September 2008 - 2 AZR 560/07 -  
(Kündigung einer Gleichstellungsbeauftragten)

Urteil vom 6. November 2008 - 2 AZR 701/07 -  
(Kündigungsschutz - Altersdiskriminierung)

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

Urteil vom 13. November 2007 - 3 AZR 191/06 -  
(Ablösung einer tarifvertraglichen Altersversorgung durch eine nach einem Betriebsübergang beim Erwerber abgeschlossene Betriebsvereinbarung)

Urteil vom 11. Dezember 2007 - 3 AZR 249/06 -  
(Betriebliche Altersversorgung und Antidiskriminierungsrecht)

Urteil vom 29. Januar 2008 - 3 AZR 42/06 -  
(Überbrückungsversorgung - Neuregelung - Betriebsratsbeteiligung - Geschäftsgrundlage)

Urteil vom 19. Februar 2008 - 3 AZR 290/06 -  
(Gesamtversorgung - Störung der Geschäftsgrundlage)

Urteil vom 11. März 2008 - 3 AZR 358/06 -  
(Ausgliederung von Versorgungsverbindlichkeiten)

Beschluss vom 2. Juni 2008 - 3 AZB 24/08 -

(Zwangsvollstreckung im Beschlussverfahren)

Urteil vom 17. Juni 2008 - 3 AZR 409/06 -  
(Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien - Betriebsrentner)

Urteil vom 19. August 2008 - 3 AZR 383/06 -  
(Umstellung einer kirchlichen Gesamtversorgung auf das Punktemodell des öffentlichen Dienstes)

Urteil vom 17. September 2008 - 3 AZR 865/06 -  
(Begriff der betrieblichen Altersversorgung - Begriff der festen Altersgrenze)

Urteil vom 17. September 2008 - 3 AZR 1061/06 -  
(Kappungsgrenze in der betrieblichen Altersversorgung)

Urteil vom 28. Oktober 2008 - 3 AZR 317/07 -  
(Abgrenzung der betrieblichen Altersversorgung von anderen Leistungen)

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

Urteil vom 12. Dezember 2007 - 4 AZR 996/06 -  
(Tarifvertrag - Stellvertretung - Teilnichtigkeit)

Urteil vom 12. Dezember 2007 - 4 AZR 998/06 -  
(Vertragsauslegung - Tarifvertrag - zwingende Wirkung - Betriebsübergang)

Urteil vom 23. Januar 2008 - 4 AZR 602/06 -  
(Haustarifvertrag bei Teilbetriebsübergang)

Urteil vom 23. Januar 2008 - 4 AZR 312/01 -  
(Tarifvertrag bei Verbandsauflösung)

Urteil vom 20. Februar 2008 - 4 AZR 64/07 -  
(„Blitzaustritt“ aus Arbeitgeberverband)

Urteil vom 12. März 2008 - 4 AZR 93/07 -  
(Lehrereingruppierung - Funktionsstelle - Änderung der Schülerzahl)

Urteil vom 7. Mai 2008 - 4 AZR 229/07 -  
(Tarifvertragliche Verweisung auf mehrgliedrigen Tarifvertrag)

Urteil vom 7. Mai 2008 - 4 AZR 288/07 -  
(Tarifvertrag - Nachwirkung)

Urteil vom 4. Juni 2008 - 4 AZR 419/07 -  
(„Blitzwechsel“ in OT-Mitgliedschaft)

Urteil vom 22. Oktober 2008 - 4 AZR 789/07 -  
(Nachwirkung - Tarifkonkurrenz)

Urteil vom 22. Oktober 2008 - 4 AZR 793/07 -  
(Gleichstellungsabrede - Neuvertrag)

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

Beschluss vom 27. Februar 2008 - 5 AZB 43/07 -  
(Rechtsweg - Insolvenzanfechtung)

Urteil vom 19. März 2008 - 5 AZR 429/07 -  
(Zweistufige Ausschlussfrist in AGB und Erhebung einer Kündigungsschutzklage)

Urteil vom 19. März 2008 - 5 AZR 432/07 -  
(Prozessstandschaft für die Bundesagentur für Arbeit - Kurzarbeit während des  
Annahmeverzugs - Verzicht auf Ausschlussfristen)

Urteil vom 30. April 2008 - 5 AZR 502/07 -  
(Arbeitspflicht der Lehrer - Lernstundenbetreuung an einer Ganztagschule -  
Annahmeverzug)

Urteil vom 30. April 2008 - 5 AZR 725/07 -  
(Einbehalt von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen)

Urteil vom 21. Mai 2008 - 5 AZR 187/07 -  
(Nichtberücksichtigung von Zeiten des Erziehungsurlaubs - mittelbare Diskriminierung  
aufgrund des Geschlechts)

Urteil vom 9. Juli 2008 - 5 AZR 810/07 -  
(Betriebsrisiko - witterungsabhängiges Unternehmen)

Urteil vom 27. August 2008 - 5 AZR 820/07 -  
(Anrechnung einer tariflichen Einmalzahlung - AGB-Kontrolle - Transparenzgebot)

Urteil vom 27. August 2008 - 5 AZR 16/08 -  
(Annahmeverzug - Beschäftigungsmöglichkeit)

## **6. Entscheidungen des Sechsten Senats:**

Urteil vom 24. Januar 2008 - 6 AZR 519/07 -  
(Schriftform bei Kündigung - Probezeitdauer)

Urteil vom 21. Februar 2008 - 6 AZR 273/07 -  
(Prätendentenstreit - Bargeschäft vor Insolvenz)

Urteil vom 10. April 2008 - 6 AZR 368/07 -  
(Masseverbindlichkeiten nach Freigabeerklärung)

Urteil vom 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 -  
(Vertragliche Bezugnahme auf Tarifvertrag - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 24. September 2008 - 6 AZR 657/07 -  
(Benachteiligung wegen Teilzeitarbeit)

Urteil vom 30. Oktober 2008 - 6 AZR 682/07 -  
(Vergleichsentgelt nach Überleitung eines Angestellten vom BAT in den TVÖD)

Urteil vom 30. Oktober 2008 - 6 AZR 738/07 -

(Voraussetzung eines „Personalabbaus“ für einen Abfindungsanspruch gem. § 4 TV Soziale Absicherung)

Urteil vom 27. November 2008 - 6 AZR 632/08 -  
(Voraussetzungen eines „ununterbrochen fortbestehenden Arbeitsverhältnisses“  
i. S. des § 1 Abs. 1 TVÜ-VKA)

Urteil vom 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 -  
(Besitzstandszulage gem. § 11 TVÜ-VKA bei Elternzeit im Bezugsmonat September 2005)

### **7. Entscheidungen des Siebten Senats:**

Beschluss vom 5. Dezember 2007 - 7 ABR 72/06 -  
(Anwendbarkeit des BetrVG auf ein von einem Mitglied des diakonischen Werkes betriebenes Krankenhaus - Nebenintervention im Beschlussverfahren)

Urteil vom 16. Januar 2008 - 7 AZR 603/06 -  
(Befristeter Arbeitsvertrag - Verlängerung - Erhöhung der Arbeitszeit)

Urteil vom 16. April 2008 - 7 AZR 1048/06 -  
(Befristung - Schriftform)

Urteil vom 16. April 2008 - 7 AZR 132/07 -  
(Befristung - Überraschungsklausel - Transparenzgebot)

Beschluss vom 16. April 2008 - 7 ABR 4/07 -  
(Gemeinschaftsbetrieb - Personalgestellung - wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden)

Beschluss vom 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 -  
(Aufsichtsratswahl - Statusverfahren)

Beschluss vom 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 -  
(Betriebsratswahl - Anfechtung - Anzahl der Betriebsratsmitglieder)

Beschluss vom 16. Juli 2008 - 7 ABR 13/07 -  
(Auflösung eines Arbeitsverhältnisses eines Auszubildendenvertreters -  
Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist)

Urteil vom 16. Oktober 2008 - 7 AZR 185/07 -  
(Auflösende Bedingung - Fluguntauglichkeit)

Beschluss vom 16. Oktober 2008 - 7 ABR 253/07 (A) -  
(Sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern - Altersgrenze für Flugbegleiter)

### **8. Entscheidungen des Achten Senats:**

Urteil vom 31. Januar 2008 - 8 AZR 1116/06 -  
(Betriebsübergang - Unterrichtung - Schadensersatz)

Urteil vom 31. Januar 2008 - 8 AZR 27/07 -  
(Altersteilzeit - Betriebsübergang während der Freistellungsphase)

Urteil vom 21. Februar 2008 - 8 AZR 157/07 -  
(Gesamtrechtsnachfolge - Übergang des Arbeitsverhältnisses - Widerspruchsrecht bei Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers)

Urteil vom 20. März 2008 - 8 AZR 1016/06 -  
(Betriebsübergang - fehlerhafte Unterrichtung - rechtzeitiger Widerspruch)

Urteil vom 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 -  
(Entschädigung - geschlechtsbezogene Benachteiligung - Beförderung)

Urteil vom 21. Mai 2008 - 8 AZR 481/07 -  
(Übernahme der Arbeitskräfte durch Leiharbeitsunternehmen - Aufhebungsvertrag)

Urteil vom 21. Mai 2008 - 8 AZR 623/07 -  
(Schadensersatz - Eigenkündigung - Auflösungsverschulden des Arbeitgebers)

Urteil vom 21. August 2008 - 8 AZR 407/07 -  
(Betriebsübergang - Unterrichtung - Widerspruch)

Urteil vom 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 -  
(Neuvergabe eines Auftrages zur Bewachung eines Truppenübungsplatzes - Zeitpunkt der Erhebung eines Anspruchs auf Wiedereinstellung)

Urteil vom 30. Oktober 2008 - 8 AZR 855/07 -  
(Befristeter Arbeitsvertrag - Betriebsteilübergang)

Urteil vom 30. Oktober 2008 - 8 AZR 54/07 -  
(Übergang eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses in der Freistellungsphase bei Betriebsübergang - Vorrang des Insolvenzrechts bei der Behandlung von Ansprüchen auf Altersteilzeitvergütung)

Urteil vom 18. Dezember 2008 - 8 AZR 660/07 -  
(Überleitung von Arbeitsverhältnissen kraft Gesetzes - Widerspruchsrecht)

### **9. Entscheidungen des Neunten Senats:**

Urteil vom 18. September 2007 - 9 AZR 822/06 -  
(AGB-Kontrolle - Werkdienstwohnung - Minderung)

Urteil vom 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 -  
(Konkurrentenklage - Schadensersatz)

Urteil vom 18. März 2008 - 9 AZR 186/07 -  
(Rückzahlung von Ausbildungskosten - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 20. Mai 2008 - 9 AZR 219/07 -  
(Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit)

Urteil vom 20. Mai 2008 - 9 AZR 382/07 -  
(Doppelte Schriftformklausel - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 24. Juni 2008 - 9 AZR 514/07 -  
(Verringerung der Arbeitszeit - Verteilungswunsch)

Urteil vom 12. August 2008 - 9 AZR 1117/06 -  
(Arbeitsschutz - Gefährdungsbeurteilung)

Urteil vom 12. August 2008 - 9 AZR 632/07 -  
(Zeugnis - Tageszeitungsredakteur - Stressbelastbarkeit)

Urteil vom 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 -  
(Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit - Höherwertiger Arbeitsplatz)

Urteil vom 16. September 2008 - 9 AZR 791/07 -  
(Entschädigung wegen Benachteiligung einer schwerbehinderten Bewerberin -  
ordnungsgemäße Unterrichtung der Schwerbehindertenvertretung nach § 82 Abs. 1  
Satz 4 SGB IX)

### **10. Entscheidungen des Zehnten Senats:**

Urteil vom 20. Februar 2008 - 10 AZR 597/06 -  
(Tarifauslegung - Heimzulage)

Urteil vom 12. März 2008 - 10 AZR 148/07 -  
(Drittschuldnerklage des Insolvenzverwalters - verschleiertes Arbeitseinkommen)

Urteil vom 23. April 2008 - 10 AZR 258/07 -  
(Tarifauslegung - Sonderzahlung - Apothekenmitarbeiter - Tarifbindung)

Urteil vom 28. Mai 2008 - 10 AZR 351/07 -  
(Aktienoptionsprogramm - Optionsrecht als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis -  
Inhaltskontrolle von Ausübungsbedingungen)

Urteil vom 2. Juli 2008 - 10 AZR 355/07 -  
(Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arbeitssachen - rügelose  
Einlassung)

Urteil vom 30. Juli 2008 - 10 AZR 606/07 -  
(Freiwilligkeitsvorbehalt in Bezug auf Sonderzahlung - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 24. September 2008 - 10 AZR 634/07 -  
(Umfang des Anspruchs Teilzeitbeschäftigter auf tarifliche Schicht- und  
Wechselschichtzulage)

Urteil vom 24. September 2008 - 10 AZR 669/07 -  
(Tarifauslegung - Wechselschichtzulage - Bereitschaftszeiten - Rettungssanitäter)

Urteil vom 22. Oktober 2008 - 10 AZR 703/07 -  
(Drittschuldnerklage des Insolvenzverwalters - verschleiertes Arbeitseinkommen)

### Abkürzungsverzeichnis

ABN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde
ABR	Rechtsbeschwerden
AZB	Revisionsbeschwerden; sonstige Beschwerden
AZN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Revision
AZR	Revisionen
Anm.	Anmerkung
L	Leitsatz
red. L	redaktioneller Leitsatz
K	Kurzwiedergabe
zVv.	zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen
ABI EU	Amtsblatt der Europäischen Union. Ausgabe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
AG	Die Aktiengesellschaft
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArztR	Arztrecht
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AiB Newsletter	Arbeitsrecht im Betrieb Newsletter
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater
ArbN	Arbeitnehmer
ArbuR	Arbeit und Recht
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAGReport	Arbeitsrechtlicher Rechtsprechungsdienst des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes
BB	Betriebs-Berater
Behindertenrecht	Behindertenrecht
BetrAV	Betriebliche Altersversorgung
BetrVG EnnR	BetrVG. Entscheidungen nach neuem Recht zum BetrVG, SprAuG, zur WO und zum KSchG
BFH/NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BGleiG	Entscheidungssammlung zum BGleiG
DB	Der Betrieb
dbr	der betriebsrat
Der Konzern	Der Konzern
DNotZDeutsche	Notar-Zeitschrift
DRsp	Deutsche Rechtsprechung
DSB	Datenschutzberater
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBE/BAG	Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen - EBE/BAG
EBE/BAG Beilage	Beilage zum Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen



EBE/BGH EEK	Eildienst: Bundesgerichtliche Entscheidungen - EBE/BGH Entscheidungssammlung zur Entgeltfortzahlung an Arbeiter und Angestellte bei Krankheit, Kur u. Mutterschaft
ErbStB	Der Erbschaft-Steuer-Berater
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzA-SDEzA	Schnelldienst. Arbeitsrechtliche Sofortinformation der Entschei- dungssammlung zum Arbeitsrecht
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
EzB	Entscheidungssammlung zum Berufsbildungsrecht
EzBAT	Entscheidungssammlung zum BAT und den ergänzenden Tarif- verträgen
EzTöD	Entscheidungssammlung zum Tarifrecht im öffentlichen Dienst
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
GmbHR	GmbH-Rundschau (mit GmbH-Report)
GmbH-StB	Der GmbH-Steuerberater
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das Juristische Büro
jurisPR-ArbR	Juris Praxisreport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
LM	Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	NJW-Spezial
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
PERSONAL	Personal
PersF	Personalführung
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
PfIR	PflegeRecht
PKR	Pflege- & Krankenhausrecht
RdA	Recht der Arbeit
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RiA	Das Recht im Amt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RzK	Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sj	steuer-journal.de
Slg	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Teil I: Rechtsprechung des Gerichtshofes
StuB	Steuern und Bilanzen
USK	Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung
VersR	Versicherungsrecht
VuR	Verbraucher und Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WzS	Wege zur Sozialversicherung
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis

---

ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBVR	Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht
ZBVR online	Rechtsprechungsdienst der Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZfPR online	Rechtsprechungsdienst der Zeitschrift für Personalvertretungsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMV	Die Mitarbeitervertretung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht

# 1. Abschnitt *Recht des Arbeitsverhältnisses*

## I. Arbeitsbedingungen

### 1. Arbeitspflicht

Mit Urteil vom 30. April 2008 (- 5 AZR 502/07 -)<sup>1</sup> hatte der Fünfte Senat über Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht einer Lehrerin an einer allgemeinbildenden Schule zu entscheiden. Nach ihrem Arbeitsvertrag richtete sich die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin grundsätzlich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) einschließlich seiner Änderungen und Zusatzvereinbarungen. In dem maßgeblichen Zeitraum fand nach Nr. 3 der damit in Bezug genommenen Sonderregelungen für Angestellte als Lehrkräfte (SR 2 I I BAT) die tarifliche Regelung der Arbeitszeit in § 15 BAT keine Anwendung. Für angestellte Lehrkräfte galten vielmehr die Bestimmungen für die entsprechenden Beamten.<sup>2</sup> Bereits im Vorjahr hatte der Senat klargestellt, dass eine Klausel, die zur Bestimmung des Umfangs der Arbeitszeit des Arbeitnehmers auf die durch Rechtsverordnung geregelte Arbeitszeit vergleichbarer Beamter verweist, weder unklar noch unverständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.<sup>3</sup> In seiner Entscheidung vom April 2008 führte der Senat nunmehr aus, dass sich die Arbeitspflicht des Lehrers an einer allgemeinbildenden Schule - vorbehaltlich einer anderweitigen vertraglichen Regelung - nicht in der Unterrichtserteilung und den sog. Zusammenhangstätigkeiten erschöpft. Die Pflichtstundenzahl begrenzt nur den zeitlichen Umfang der Arbeitspflicht. Dem Inhalt nach schuldet der Lehrer alle Dienstleistungen, die üblicherweise mit der Aufgabenstellung eines Lehrers verknüpft sind. Der Bildungs- und Erziehungsauftrag der allgemeinbildenden Schule erfordert in einem bestimmten Umfang auch die qualifizierte Betreuung der Schüler in Ganztagschulen. Schließt ein Lehrer einen Ar-

---

<sup>1</sup> AP Nr 183 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; EBE/BAG 2008, 106-108; MDR 2008, 1045; ZTR 2008, 498-500; NZA-RR 2008, 551-554; EzTöD 200 § 44 Nr 2 TV-L Nr 7; ArbuR 2008, 320 (L); DB 2008, 1573-1574 (red. L)

<sup>2</sup> Vgl. bereits BAG 19. Dezember 2007 - 5 AZR 260/07 - Rn. 10, AP Nr 16 zu § 4 TzBfG; EzA § 4 TzBfG Nr 14; NZA-RR 2008, 275-277; ZTR 2008, 338-339; EzTöD 200 § 44 Nr 2 TV-L Nr 6; FA 2008, 151 (red. L); PersV 2008, 276 (red. L); PersR 2008, 283 (red. L); ZfPR online 2008, Nr 10, 17-18 (red. L); ArbRB 2008, 1 (K); ArbuR 2008, 54 (K); ZMV 2008, 99 (K)

<sup>3</sup> BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 -, Rn. 19 ff., AP Nr 45 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; EzA § 307 BGB 2002 Nr 18; NZA 2008, 45-48; ZTR 2007, 383-386; EBE/BAG 2007, 98-101; DB 2007, 1645-1646; MDR 2007, 960-961; AR-Blattei ES 35 Nr 19; ArbRB 2007, 195-196 (Anm. Groeger); ArbuR 2007, 223 (L); PersR 2007, 266 (L); FA 2007, 322 (red. L); EzB BGB § 307 Nr 11 (L, red. L); ZMV 2007, 143 (K); PersF 2007, Heft 7, 95 (K)

beitsvertrag mit dem Träger einer Ganztagschule, ergeben die Umstände, dass zum Inhalt der Arbeitspflicht in angemessenem Umfang auch die Lernstundenaufsicht gehört. Ein Anteil von zehn Prozent der Gesamtarbeitszeit ist im Hinblick auf die wachsende Bedeutung der außerunterrichtlichen Tätigkeiten regelmäßig nicht unangemessen.

## 2. Arbeitszeit

Vereinbart ein mit Baustoffen handelnder Arbeitgeber angesichts der Saisonabhängigkeit des Betriebs mit seinen Arbeitnehmern, die Arbeitszeit solle sich nach den für den Arbeitgeber "maßgeblichen Erfordernissen und den für den Beruf eines Kraftfahrers typischen Kriterien" richten, so ruht die Arbeitspflicht nicht in einem bestimmten Zeitraum. Das hat der Fünfte Senat am 9. Juli 2008 (- 5 AZR 810/07 -)<sup>4</sup> entschieden. Der Arbeitgeber kann sich auch nicht auf die Vereinbarung von Abrufarbeit berufen. Zwar ist der Arbeitnehmer bei wirksamer Vereinbarung von Abrufarbeit und einem dem Arbeitsvertrag sowie übergeordneten Rechtsvorschriften gerecht werdenden Abruf der Arbeit nur im Umfang des jeweiligen Abrufs durch den Arbeitgeber zur Arbeitsleistung berechtigt und verpflichtet. Jedoch ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der sich der Arbeitgeber über einen Zeitraum von drei Monaten vorbehält, den Arbeitnehmer zur Arbeit abzurufen oder nicht, gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Vereinbarung benachteiligt den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil dessen Arbeitspflicht nach Grund und Höhe einseitig dem Arbeitgeber überantwortet wird und weder ein Mindestarbeitsdeputat noch ein Höchstdeputat oder ein angemessenes Verhältnis von festen und variablen Arbeitsbedingungen vorliegt. Ein völlig offener Umfang der Arbeitspflicht ist nicht tragbar; das gilt nicht nur im Falle des § 12 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 TzBfG. Daran vermag die Witterungsabhängigkeit des Betriebs des Arbeitgebers nichts zu ändern.

## 3. Anspruch auf Teilzeitarbeit

Der Anspruch auf Verteilung der verringerten Arbeitszeit setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Verringerung der Arbeitszeit und deren Umfang rechtzeitig beantragt

---

<sup>4</sup> EBE/BAG 2008, 154-156; DB 2008, 2599-2600; MDR 2008, 1343-1344; ArbRB 2008, 329 (Anm. Groeger); EzA-SD 2008, Nr 20, 8 (red. L); NJW-Spezial 2008, 724 (red. L, K); ArbuR 2008, 405 (red. L); FA 2008, 340 (red. L); BB 2008, 1617 (K); PersF 2008, Heft 9, 95 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 9, 4 (K)

(§ 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Dabei „soll“ (nicht „muss“) die gewünschte Verteilung der verringerten Arbeitszeit angegeben werden (§ 8 Abs. 2 Satz 2 TzBfG). Der Arbeitnehmer kann wählen, ob er ausschließlich die Verringerung der Arbeitszeit beantragt und es dem Arbeitgeber überlässt, die verbleibende Arbeitszeit zu verteilen (§ 106 GewO), oder ob er eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit wünscht. Macht ein Arbeitnehmer sowohl einen Verringerungs- als auch einen Verteilungswunsch nach § 8 TzBfG geltend, hängen beide regelmäßig voneinander ab (einheitliches Vertragsangebot). Die Klage auf Zustimmung zum Verringerungsantrag ist in diesem Fall schon dann unbegründet, wenn der gewünschten Verteilung der Arbeitszeit betriebliche Gründe entgegen stehen. Hat der Arbeitgeber das Angebot auf Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit abgelehnt (§ 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG), ist das vorgerichtliche Verfahren des § 8 TzBfG abgeschlossen. Der Arbeitnehmer kann jedenfalls ab diesem Zeitpunkt seinen Verteilungswunsch nicht mehr ändern. Nach Ablehnung durch den Arbeitgeber ist der geänderte Verteilungswunsch nur durch ein neuerliches Verlangen nach Verringerung und Verteilung unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 6 TzBfG durchsetzbar. Das hat der Neunte Senat mit Urteil vom 24. Juni 2008 (- 9 AZR 514/07 -)<sup>5</sup> klargestellt.<sup>6</sup> Ob schon zu einem früheren Zeitpunkt eine Bindungswirkung an den konkreten Verteilungswunsch eintritt, hat der Senat dahinstehen lassen.

#### 4. Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit

§ 9 TzBfG begründet einen einklagbaren Anspruch des in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Arbeitszeit durch Vertragsänderung, wenn sich keine besser geeigneten Konkurrenten bewerben.<sup>7</sup> Ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG setzt voraus, dass ein „entsprechender Arbeitsplatz“ mit längerer Arbeitszeit frei ist. Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft den Anspruch des Teilzeitbeschäftigten auf Verlängerung seiner Arbeitszeit und besetzt er den Arbeitsplatz endgültig mit einem anderen Arbeitnehmer, so besteht ein Anspruch auf Schadensersatz

---

<sup>5</sup> DB 2008, 2543-2544; EBE/BAG 2008, 170-172; NZA 2008, 1289-1292; EzA-SD 2008, Nr 22, 7 (L, red. L); PersR 2008, 474 (L); NJ 2008, 576 (L); jurisPR-ArbR 48/2008 Anm. 1 (Anm. Sievers); ZfPR online 2008, Nr 8, 18 (K); BB 2008, 1449 (K); ArbuR 2008, 264 (K); ArbRB 2008, 198 (K); ZMV 2008, 205-206 (K); AuA 2008, 493 (K); ArbN 2008, Nr 5, 42 (K); FA 2008, 280-281 (K); PersF 2008, Heft 9, 95 (K); ZBVR online 2008, Nr 9, 23 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 9, 3-4 (K)

<sup>6</sup> Klarstellung zu BAG 18. Februar 2003 - 9 AZR 356/02 - zu I 5 b bb (1) der Gründe - BAGE 105, 133-140; AP Nr 1 zu § 8 TzBfG (Anm. Rofls / Clemens); EzA § 8 TzBfG Nr 2 (Anm. Löwisch); DB 2003, 1682-1683; NZA 2003, 911-914; BB 2003, 1844-1848 (Anm. Mengel); BAGReport 2003, 261-263; NJW 2003, 2771-2773; ZTR 2003, 574-575; ARST 2004, 1-2; SAE 2004, 1-6 (Anm. Thüsing); AR-Blattei ES 1560 Nr 79; PersR 2004, 196-199; PflR 2004, 261-265 (Anm. Roßbruch); USK 2003-39; ArbRB 2003, 260-261 ((Anm. Hülbach); jurisPR-ArbR 7/2003 Anm. 3 (Anm. Kloppenburg)

<sup>7</sup> Vgl. auch BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 603/06 - Rn. 17- siehe Fußnote 62.

wegen Unmöglichkeit der Erfüllung. Das Erfordernis eines „entsprechenden Arbeitsplatzes“ ist nach dem Urteil des Neunten Senats vom 16. September 2008 (- 9 AZR 781/07 -)<sup>8</sup> regelmäßig nur dann gewährt, wenn die zu besetzende Stelle mit dem Arbeitsplatz inhaltlich vergleichbar ist, auf dem der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit ausübt. Beide Tätigkeiten müssen in der Regel dieselben Anforderungen an die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers stellen. Der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer hat nur ausnahmsweise selbst dann einen Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit, wenn dies mit einem Wechsel auf einen Arbeitsplatz mit einer höherwertigen Tätigkeit verbunden ist. Ein solcher Ausnahmefall ist zu bejahen, wenn die Personalorganisation des Arbeitgebers Teilzeitarbeit lediglich auf einer niedrigeren Hierarchiestufe als der bisher eingenommenen zulässt. Das bewirkt eine Selbstbindung: Die Grenze zwischen den beiden Hierarchieebenen wird für den späteren Verlängerungswunsch des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers durchlässig. In diesem Fall gilt auch der Arbeitsplatz mit der höherwertigen Tätigkeit als „entsprechender Arbeitsplatz“ iSv. § 9 TzBfG. Der Neunte Senat hat den Begriff des dringenden betrieblichen Grundes konkretisiert, der dem Änderungsverlangen des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entgegengehalten werden kann. Der Wunsch des Arbeitgebers, den freien Arbeitsplatz aus Kostengründen mit einem Bewerber im zweiten Berufsjahr zu besetzen, der nach dem Tarifvertrag geringer zu vergüten wäre, stellt keinen derartigen Grund dar, der der Besetzung der Stelle mit der an der Verlängerung ihrer Arbeitszeit interessierten Teilzeitkraft entgegensteht. Deshalb ist es unerheblich, ob infolge der Berücksichtigung eines Verlängerungswunschs wegen der tariflichen Vergütungsautomatik ein Personalkostenbudget überschritten wird.

## 5. Bezugnahmeklauseln

Die Klausel, mit der in einem vom Arbeitgeber verwandten Formulararbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag verwiesen wird, unterliegt als eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) der richterlichen AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Einbeziehung des tariflichen Regelungswerks folgen nicht aus einer

möglicherweise unzureichenden Möglichkeit des Arbeitnehmers, vom Inhalt des Tarifvertrags Kenntnis zu nehmen. Gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB findet die Vorschrift

---

<sup>8</sup> DB 2008, 2426-2428; EBE/BAG 2008, 172-176; NZA 2008, 1285-1289; jurisPR-ArbR 50/2008 Anm. 1 (Anm. Hamann / Stritzel); EzA-SD 2008, Nr 23, 7 (L, red. L); PersR 2008, 474 (L); ZAP EN-Nr 817/2008 (L); ZBVR online 2008, Nr 11, 24-25 (L); NJW-Spezial 2008, 724 (red. L, K); BB 2008, 2121 (K); ArbuR 2008, 355 (K); PersF 2008, Heft 11, 92 (K); FA 2008, 349-350 (K); AuA 2008, 687 (K)

des § 305 Abs. 2 BGB bei der Kontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht keine Anwendung. Angesichts der klaren gesetzgeberischen Entscheidung scheidet auch eine analoge Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB aus.<sup>9</sup> Nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 18. September 2007 (- 9 AZR 822/06 -)<sup>10</sup> ist eine Klausel, die ohne Einschränkung auf einen bestimmten Tarifvertrag verweist, auch nicht unklar oder unverständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>11</sup> Verweist dagegen der in Bezug genommene Tarifvertrag seinerseits auf ein anderes Regelungswerk, so ist diese Klausel als Teil des Tarifvertrags nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB der richterlichen AGB-Kontrolle entzogen. Dies gilt sowohl für nach § 4 Abs. 1 TVG normativ geltende als auch für vertraglich in Bezug genommene Tarifverträge.

Der Sechste Senat hat in seinem Urteil vom 24. September 2008 (- 6 AZR 76/07 -)<sup>12</sup> zur Frage der AGB-Kontrolle von Bezugnahme Klauseln ausgeführt, dynamische Verweisungen auf einschlägige Tarifverträge seien im Arbeitsleben als Gestaltungsinstrument so verbreitet, dass ihre Aufnahme in Formularverträge nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB sei. Er hat allerdings ausdrücklich dahinstehen lassen, ob über die an sich nicht überraschende Inbezugnahme auch solche tariflichen Bestimmungen Vertragsinhalt werden, die für die Vertragspartner bei Abschluss des Vertrags schlechterdings nicht vorhersehbar waren. Enthält die Änderung des in Bezug genommenen Tarifvertrags lediglich Regelungen, wie sie in Sanierungs- und Rationalisierungsschutztarifverträgen üblich sind, muss ein Arbeitnehmer mit ihnen bei einer dynamischen Verweisung rechnen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Lässt sich eine übereinstimmende Vorstellung der Parteien vom Inhalt einer Klausel feststellen, geht diese allerdings wie eine Individualvereinbarung dem abweichenden Ergebnis einer objektiven Auslegung vor. Bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis ist für eine Anwendung der Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB kein Raum. Auf arbeitsvertragliche

---

<sup>9</sup> BAG 14. März 2007 - 5 AZR 630/06 - Rn. 21, siehe Fußnote 3; ebenso BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - zVv.

<sup>10</sup> AP Nr 10 zu § 310 BGB (Anm. Boemke); EzA § 310 BGB 2002 Nr 6; ZTR 2008, 382-386; jurisPR-ArbR 25/2008 Anm. 1 (Anm. Ebeling); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 58/08 (L); ArbuR 2008, 193 (L); PersV 2008, 276-277 (red. L)

<sup>11</sup> Ebenso BAG 24. September 2008 - 6 AZR 76/07 - zVv.

<sup>12</sup> zVv.

Klauseln, die auf ein Tarifwerk Bezug nehmen, ist die Unklarheitenregelung nach der Entscheidung des Sechsten Senats zudem in der Regel deshalb nicht anwendbar, weil sich die Frage der Günstigkeit für den Arbeitnehmer nicht eindeutig beantworten lässt. Einer Anwendung der in Betracht kommenden Tarifregelung je nach der Art des streitigen Anspruchs und des Zeitpunkts seiner Erhebung steht entgegen, dass die Reichweite der Bezugnahme und die Anwendbarkeit eines Tarifvertrags zum Gegenstand einer (Zwischen-) Feststellungsklage gemacht werden und die entsprechende Feststellung dann in Rechtskraft erwachsen könnte.

Eine Klausel in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag, die auf die für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge verweist, ist regelmäßig als Gleichstellungsabrede auszulegen. Dabei umfasst nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 23. Januar 2008 (- 4 AZR 602/06 -)<sup>13</sup> die Verweisung auf die Tarifverträge einer bestimmten Branche regelmäßig auch etwaige Haustarifverträge (hier: Sanierungstarifvertrag). Mit der Verweisung auf die Tarifverträge der einschlägigen Branche will der Arbeitgeber regelmäßig die sachlich und betrieblich geltenden Tarifverträge dieser Branche in Bezug nehmen und eine eventuell fehlende normative Gebundenheit des Arbeitnehmers an diese Tarifverträge ersetzen. Werden auf diese Weise von der arbeitsvertraglichen Verweisung mehrere konkurrierende Tarifverträge erfasst, ist die Kollision zugunsten des spezielleren Tarifvertrags, hier des Haustarifvertrags zu lösen. Das ergibt sich aus dem Gleichstellungszweck der Verweisklausel. Für die nichtorganisierten Arbeitnehmer soll dieselbe Regel zur Kollisionsauflösung gelten wie für die normativ gebundenen Gewerkschaftsmitglieder. Bei einem Betriebsteilübergang geht die Gleichstellungsabrede nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber über. Danach wird der Arbeitnehmer nunmehr so gestellt, als sei er als Mitglied der zuständigen Gewerkschaft an die in Bezug genommenen Branchentarifverträge gebunden. Auch für ein Gewerkschaftsmitglied würde der vom Veräußerer abgeschlossene (Sanierungs-) Haustarifvertrag nach dem Betriebsübergang keine Anwendung mehr finden. Die Verdrängung oder Ablösung der an sich nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses werdenden Tarifverträge durch die bei dem neuen Inhaber geltenden Tarifverträge setzt voraus, dass auch der Arbeitnehmer an diese Tarifverträge normativ gebunden ist und dieselben Regelungsgegenstände betroffen sind. Das ist durch Auslegung zu ermitteln. Der Vorrang der bei dem Erwerber geltenden Regelungen zum

---

<sup>13</sup> EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr 38; AP Nr 63 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; ZTR 2008, 665-667; FA 2008, 317 (red. L); DB 2008, 2598 (red. L)



gleichen Gegenstand gilt dabei unabhängig davon, welche Regelungen für den Arbeitnehmer günstiger sind.

Mit Urteil vom 22. Oktober 2008 (- 4 AZR 793/07 -)<sup>14</sup> bestätigte der Vierte Senat seine Rechtsprechung<sup>15</sup>, dass für nach dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge - „Neuverträge“ - von einer bloßen Gleichstellungsabrede nicht schon dann auszugehen ist, wenn der Arbeitgeber tarifgebunden ist. Wird in einem solchen Neuvertrag auf die einschlägigen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung verwiesen, ist der Arbeitgeber auch nach dem Austritt aus dem tarifschließenden Verband verpflichtet, die jeweils aktuellen Tarifverträge anzuwenden. Das gilt jedenfalls dann, wenn sich aus dem Vertragswortlaut und den Umständen des Vertragsschlusses keine Anhaltspunkte für den Willen der Parteien ergeben, dass nur eine Gleichstellung nicht organisierter mit organisierten Arbeitnehmern erfolgen und die vereinbarte Dynamik bei Wegfall der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers entfallen soll.

---

<sup>14</sup> zVv.

<sup>15</sup> Urteil vom 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - AP Nr 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Anm. Bayreuther); EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr 35 (Anm. Brecht-Heitzmann); StuB 2007, 678; DB 2007, 1982-1985; NZA 2007, 965-972; BB 2007, 2125-2128 (Anm. Simon); ZTR 2007, 555-560; NJW 2008, 102-109; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Bezugnahmeklausel Nr 6; DRsp VI(608) 261a-b; ArbRB 2007, 292-293 (Anm. Braun); RdA 2008, 301-304 (Anm. Feudner); AuA 2007, 756-757 (Anm. Oetker); jurisPR-ArbR 51/2007 Anm. 1 (Anm. Boemke); ArbuR 2007, 443 (L); PersR 2007, 406 (L); EBE/BAG Beilage 2007, Ls 112/07 (L);

Urteil vom 14. Dezember 2005 - 4 AZR 536/04 - BAGE 116, 326-335; AP Nr 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag (Anm. Kort); EzA § 3 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr 32 (Anm. Löwisch); DB 2006, 1322-1325; NZA 2006, 607-611; BB 2006, 1504-1507; PersR 2006, 292-296; NJW 2006, 2571-2574; ZTR 2006, 500-503; EzBAT § 1 BAT Betriebsübergang Nr 7 (Anm. Marschner); BetrAV 2006, 489-491; AR-Blattei ES 1550.3 Nr 30; ArbuR 2006, 365-370 (Anm. Stein); AiB 2006, 764-767 (Anm. Sunderdiek); DRsp VI(608) 257a-b; SAE 2007, 162-166; ArbRB 2006, 201-202 (Anm. Marquardt); RdA 2007, 180-182 (Anm. Hanau); EWiR 2006, 389-390 (Anm. Weller); sj 2006, Nr 20, 39-40 (Anm. Linnartz); AuA 2006, 559 560 (Anm. Bergmann); dbr 2007, Nr 2, 40-41 (Anm. Klein)

## 6. Schriftformklauseln

Der Neunte Senat des BAG hat sich im Urteil vom 20. Mai 2008 (- 9 AZR 382/07 -)<sup>16</sup> mit der Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Klausel auseinandergesetzt. Der Senat hielt daran fest, dass bei einer Klausel, die nicht nur für Vertragsänderungen die Schriftform vorschreibt, sondern auch Änderungen ihrer selbst der Schriftform unterstellt, diese regelmäßig nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden kann. Durch eine solche „doppelte“ Schriftformklausel kann deshalb verhindert werden, dass eine betriebliche Übung entsteht. Nach § 305b BGB haben allerdings individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber wirksamen konstitutiven Schriftformklauseln durch.<sup>17</sup> Das gilt auch für eine doppelte Schriftformklausel. Eine doppelte Schriftformklausel, die der AGB-Kontrolle unterliegt, ist daher wegen des Vorliegens einer unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie so gefasst ist, dass sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine nach Vertragsabschluss getroffene mündliche Abrede sei entgegen § 305b BGB unwirksam. Die in der zu weit gefassten Klausel liegende Irreführung über die Rechtslage kann den Vertragspartner von der Durchsetzung der ihm zustehenden Rechte abhalten. Die irreführende Schriftformklausel ist insgesamt unwirksam. Sie kann nicht für eine betriebliche Übung, weil diese an sich keine individuelle Vertragsabrede im Sinne des § 305b BGB darstellt, aufrechterhalten werden: Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt das aus § 306 Abs. 2 BGB abgeleitete Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.

---

<sup>16</sup> EzA-SD 2008, Nr 21, 5-8; BB 2008, 2242-2244 (Anm. Ulrici); EBE/BAG 2008, 158-160; DB 2008, 2365-2368; ZIP 2008, 2035-2039; NZA 2008, 1233-1237; MDR 2008, 1344; ZTR 2008, 683-686; ArbRB 2008, 327 (Anm. Sasse); EWiR 2008, 705-706 (Anm. Schewiola); jurisPR-ArbR 45/2008 Anm. 1 (Anm. Ebeling); ArbuR 2008, 403 (L); FA 2008, 341 (L, red. L); NJW-Spezial 2008, 690 (red. L, K); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 123/08 (L)

<sup>17</sup> Vgl. schon BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 17, AP Nr 121 zu § 615 BGB; EzA § 615 BGB 2002 Nr 20; NZA 2007, 801-803; AuA 2007, 561; EEK 3278; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Nr 5; AuA 2008, 54-56 (Anm. Weingarten); NJW-Spezial 2007, 420 (red. L, K); FA 2007, 247-248 (red. L); ArbuR 2007, 323 (red. L)

## II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

### 1. Vergütung

#### a) Lohnsteuer / Sozialversicherungsbeiträge

Der Arbeitgeber ist zum Einbehalt und Abzug der Lohnsteuer verpflichtet. Darüber hinaus hat er den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Mit dem Abzug und der Abführung von Lohnbestandteilen erfüllt der Arbeitgeber seine Zahlungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer.<sup>18</sup> Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 30. April 2008 (- 5 AZR 725/07 -)<sup>19</sup> begründet die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen einen besonderen Erfüllungseinwand. Es bedarf keiner Aufrechnung. Da der Arbeitgeber insoweit öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt, sind die Gerichte für Arbeitssachen nicht befugt, die Berechtigung der Abzüge zu überprüfen. Legt der Arbeitgeber nachvollziehbar dar, dass er bestimmte Abzüge für Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge einbehalten und abgeführt hat, kann der Arbeitnehmer die nach seiner Auffassung zu Unrecht einbehaltenen und abgeführten Beträge nicht mit einer Vergütungsklage geltend machen. Er ist vielmehr auf die steuer- und sozialrechtlichen Rechtsbehelfe beschränkt, es sei denn, für den Arbeitgeber wäre auf eindeutig erkennbar gewesen, dass eine Verpflichtung zum Abzug nicht bestand.

#### b) Arbeitslosengeld und Verzug

Bezieht ein Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers Arbeitslosengeld, so ist von den monatlichen Bruttovergütungen das tatsächlich bezogene Arbeitslosengeld abzuziehen, weil insoweit der Anspruch des Arbeitnehmers gemäß § 115 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangen ist. Mit Urteil vom

---

<sup>18</sup> BAG GS 7. März 2001 - GS 1/00 - BAGE 97, 150-167; AP Nr 4 zu § 288 BGB (Anm. Hanau); EzA § 288 BGB Nr 3 (Anm. Schwarze); DB 2001, 2196-2200; ZIP 2001, 1929-1936; BB 2001, 2270-2275; NZA 2001, 1195-1200; NJW 2001, 3570-3575; MDR 2001, 1360-1361; ZAP Fach 17 R, 321-322 (Anm. Rößler); AR-Blattei ES 1860 Nr 20 (Anm. Hergenröder); AiB 2002, 380-382 (Anm. Walter); SAE 2002, 146-158 (Anm. Boemke); RdA 2002, 177-184 (Anm. Löwisch); EEK 3046; EWiR 2002, 144 (Anm. Grimm); FA 2001, 376 (L, K); ArbuR 2001, 477 (L); ZTR 2002, 39 (L)

<sup>19</sup> EzA § 611 BGB 2002 Nettolohn, Lohnsteuer Nr 3; EBE/BAG 2008, 108-110; NZA 2008, 884-886; MDR 2008, 1044; BFH/NV 2008, Beilage 4, 325-327; ZTR 2008, 502-504; HFR 2008, 1078-1080; USK 2008-17; DB 2008, 2600-2602; sj 2008, Nr 20, 39-40 (Anm. Grevers); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 86/08 (L); FA 2008, 274 (L, K); ZInsO 2008, 1159 (L); WzS 2008, 313-314 (L)

19. März 2008 (- 5 AZR 429/07 -)<sup>20</sup> hat der Fünfte Senat nochmals<sup>21</sup> klargestellt, dass das vom Arbeitnehmer bezogene Arbeitslosengeld ab dem Zeitpunkt des tatsächlichen Zuflusses von der Verzinsung der Bruttoschuld auszunehmen ist. Außerdem enden Schuldnerverzug und Verzinsungspflicht des Arbeitgebers, wenn er nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteils zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die dem Arbeitnehmer zugesprochene Vergütung leistet. Der Fünfte Senat wies zudem darauf hin, dass die Gerichte für Arbeitssachen nicht mit Bindungswirkung für die Steuerbehörden und Krankenkassen festlegen können, ob ein Betrag abgabepflichtig ist oder nicht. Eine Verurteilung zu einer Nettozahlung kommt nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber aus arbeitsrechtlichen Gründen gehalten ist, alle Abgaben zu tragen, die auf eine von ihm geschuldete Geldleistung zu entrichten sind.

### c) Annahmeverzug

Der Fünfte Senat hat in mehreren Entscheidungen zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers Stellung genommen. Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die Vorschrift des § 296 BGB, nach der unter bestimmten Voraussetzungen ein Angebot der Leistung entbehrlich ist, findet im bestehenden Arbeitsverhältnis regelmäßig keine Anwendung, weil für die Einteilung der Arbeit durch den Arbeitgeber keine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, sondern dieser die Lage der Arbeitszeit im Grundsatz jederzeit bestimmen kann.<sup>22</sup> Besteht zwischen den Arbeitsvertragsparteien Streit darüber, welche Arbeit erfüllungstauglich ist, bedarf es keines tatsächlichen Angebots der vom Arbeitgeber bereits als erfüllungsuntauglich eingestuften Arbeit. In einer Entscheidung vom 30. April 2008 (- 5 AZR 502/07 -)<sup>23</sup> hat der Senat darauf abgestellt, dass die Konkretisierung der Arbeitspflicht nach § 106 Satz 1 iVm. § 6 Abs. 2 GewO Sache des Arbeitgebers ist. Verlangt daher der Arbeitgeber eine bestimmte Arbeit in rechtlich einwandfreier Art und Weise, kommt er nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer

---

<sup>20</sup> AP Nr 11 zu § 305 BGB; EZA § 307 BGB 2002 Nr 34; EBE/BAG 2008, 110-112; ZIP 2008, 1246-1248; NZA 2008, 757-760; DB 2008, 1975-1976; ZTR 2008, 514; MDR 2008, 979; dbr 2008, Nr 11, 41-42 (Anm. Hjort); jurisPR-ArbR 40/2008 Anm. 5 (Anm. Bissels); FA 2008, 314 (L, red. L); ZAP EN-Nr 536/2008 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L); ArbuR 2008, 317-318 (L); NJW-Spezial 2008, 436 (red. L, K)

<sup>21</sup> Vgl. schon BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - BAGE 101, 328-341; AP Nr 97 zu § 615 BGB (Anm. Koppenfels-Spies); EZA § 15 nF KSchG Nr 55 (Anm. Pallasch); BB 2003, 53-55; NZA 2003, 44-49; EBE/BAG 2003, 4-8; DB 2003, 210-212; MDR 2003, 222; AR-Blattei ES 80 Nr 55; EzBAT § 55 BAT Nr 14; RzK I 13a Nr 56; AuA 2003, Nr 3, 57 (Anm. Holtkamp); ArbuR 2002, 437 (L, K); FA 2003, 82 (L, K); SAE 2003, 179 (L); AiB 2003, 66 (L); PersF 2003, Heft 3, 90 (L); PERSONAL 2003, Nr 4, 56 (L); NJ 2003, 54 (L); JR 2004, 483 (L)

<sup>22</sup> Vgl. schon BAG 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 19, siehe Fußnote 17.

<sup>23</sup> Siehe Fußnote 1.

diese Arbeit ablehnt und stattdessen eine andere, ebenfalls vertragsgemäße Arbeit anbietet.

Besteht zwischen den Arbeitsvertragsparteien Streit darüber, welche Arbeiten der Arbeitnehmer auf Grund krankheitsbedingter Einschränkungen noch ausführen kann, und hat der Arbeitnehmer eine bestimmte Arbeit abgelehnt, kann er Vergütung wegen Annahmeverzug nicht mit der Begründung verlangen, der Arbeitgeber hätte diese Arbeit anbieten müssen. Das gilt nach einem Urteil vom 27. August 2008 (- 5 AZR 16/08 -)<sup>24</sup> auch dann, wenn eine Beendigungskündigung des Arbeitgebers rechtskräftig mit der Begründung für unwirksam erklärt worden ist, der Arbeitgeber hätte trotz der Ablehnung seitens des Arbeitnehmers die entsprechende Arbeit im Wege der Änderungskündigung anbieten müssen. In einem solchen Fall muss der Arbeitnehmer regelmäßig die nicht vertragsgemäße Arbeit wenigstens der Art nach anbieten. Ein allgemeines Arbeitsangebot reicht in der Regel nicht (§ 294 BGB), weil der Arbeitgeber wissen muss, zu welchen Änderungen der Arbeitnehmer bereit ist. Verletzt der Arbeitgeber aber schuldhaft eine aus besonderen Gründen bestehende Pflicht, den Arbeitnehmer mit anderen als den vertragsgemäßen Arbeiten zu beschäftigen, schuldet er gemäß § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen entgangener Vergütung in Höhe der Vergütung für die pflichtwidrig unterbliebene Beschäftigung.

Bezüglich der Höhe der Vergütung aus Annahmeverzug nach Ausspruch einer Kündigung hat der Fünfte Senat im Urteil vom 19. März 2008 (- 5 AZR 432/07 -)<sup>25</sup> ausgeführt, obliege es dem Arbeitgeber vorzutragen, wie sich die in seinem Betrieb - rechtmäßig - angeordnete Kurzarbeit konkret auf die Vergütung des Arbeitnehmers im ungekündigten Arbeitsverhältnis ausgewirkt hätte.

§ 615 Satz 1, Satz 2 BGB gelten nach Satz 3 der Vorschrift entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Mit der Einfügung des Satzes 3 wollte der Gesetzgeber entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Betriebsrisikolehre in bestimmten Fällen abweichend von §§ 275, 326 Abs. 1, 615 Satz 1 und 2 BGB dem Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls auferlegen. Mit

---

<sup>24</sup> EzA-SD 2008, Nr 24, 6-8; DB 2008, 2653-2654 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 10, 24 (red. L); BB 2008, 2009 (K); ArbRB 2008, 262 (K); FA 2008, 309 (K); PersF 2008, Heft 11, 92 (K); PKR 2008, 78 (K)

<sup>25</sup> NZA 2008, 900-902; NJW 2008, 2204-2206; EEK 3327; MDR 2008, 923-924; EzA § 615 BGB 2002 Nr 24; FA 2008, 210 (L, K); ArbuR 2008, 277 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 68/08 (L); ZAP EN-Nr 537/2008 (L); ZTR 2008, 514 (red. L); BB 2008, 721 (K); SAE 2008, 82-83 (K)

Urteil vom 9. Juli 2008 (- 5 AZR 810/07 -)<sup>26</sup> hat der Fünfte Senat entschieden, dass eine Unmöglichkeit der Arbeitsleistung iSd. § 275 Abs. 1 BGB auch dann vorliegt, wenn die Aufrechterhaltung der Arbeit durch den Arbeitgeber nur mit wirtschaftlich nicht sinnvollen und damit nicht zumutbaren Mitteln möglich ist. Der Arbeitgeber trägt aber das Risiko des Arbeitsausfalls gemäß § 615 Satz 3 BGB, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt. Geht ein Arbeitsvertrag, auf den die § 305 ff. BGB Anwendung finden, davon aus, dass Vergütung nur für geleistete Arbeit gezahlt wird, liegt im Zweifel kein Verzicht auf die Ansprüche gemäß § 615 BGB vor. Darüber hinaus ist ein Ausschluss nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn die Arbeitspflicht fortbesteht und der Arbeitnehmer grundsätzlich jederzeit mit einem Abruf rechnen muss. Es ist dann unangemessen, dem Arbeitnehmer für mehrere Monate Ansprüche zu verwehren.

#### **d) Übertarifliche Zulagen**

Ob eine Tariflohnerhöhung individualrechtlich auf eine übertarifliche Vergütung angerechnet werden kann, hängt von der zugrunde liegenden Vergütungsabrede ab. In seinem Urteil vom 27. August 2008 (- 5 AZR 820/07 -)<sup>27</sup> hat der Fünfte Senat darauf hingewiesen, dass auch eine mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung, die der Arbeitgeber für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen verwendet, eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist. Der Arbeitgeber kann eine übertarifliche Zulage mangels anderweitiger Abrede bei Tariflohnerhöhungen - auch rückwirkend - verrechnen. Die Auslegung, dass eine übertarifliche Zulage ein Lohnbestandteil ist, auf den Tariflohnerhöhungen angerechnet werden können, unterliegt keinen Zweifeln iSv. § 305c Abs. 2 BGB. Der Vorbehalt einer nachträglichen Tilgungsbestimmung verstößt nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dieses verlangt nicht, dass die übertarifliche Zulage ausdrücklich als ein solcher Lohnbestandteil bezeichnet wird. Vielmehr ergibt sich dies hinreichend deutlich aus der Vereinbarung als "übertarifliche Zulage".

#### **e) Lehrereingruppierung**

Die nach den Richtlinien der Tarifgemeinschaft deutscher Länder über die Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrkräfte (Ost) gebotene Gleichbe-

---

<sup>26</sup> Siehe Fußnote 4.

<sup>27</sup> EzA-SD 2008, Nr 24, 8-10; EBE/BAG 2008, 178-180; DB 2008, 2766-2768; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 131/08 (L); jurisPR-ArbR 51/2008 Anm. 1 (Anm. Boemke)

handlung von angestellten und beamteten Lehrern schließt die Anwendung einer Tarifautomatik bei den angestellten Lehrern aus. Nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 12. März 2008 (- 4 AZR 93/07 -)<sup>28</sup> sind vielmehr sowohl bei einer Höhergruppierung als auch bei einer Herabgruppierung die Voraussetzungen zu beachten, unter denen entsprechende einseitige Maßnahmen dem Dienstherrn auch bei Beamten möglich wären. Eine Tarifautomatik ist dem Beamtenrecht fremd. Die Besoldung eines Beamten richtet sich nach der Besoldungsgruppe des ihm verliehenen Amtes. Dies ist dasjenige Amt, das ihm im Wege der Statusbegründung erstmals oder nach einer Beförderung zuletzt übertragen wurde. Um diese Statusbegründung zu bewirken, muss neben den Laufbahnvoraussetzungen auch eine besetzbare Planstelle vorhanden sein. Ist ein angestellter Lehrer unter Beteiligung der Personalvertretung "endgültig" zum Leiter einer Schule mit einer bestimmten eingruppierungsrelevanten Größe bestellt worden, kommt dies einer Arbeitsvertragsänderung gleich und ist auch dann nicht mehr einseitig rückgängig zu machen - insbesondere nicht durch eine Herabgruppierung -, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen die Bestellung erfolgte (etwa das Überschreiten einer bestimmten Schülerzahl), nicht mehr gegeben sind.

#### f) Wechselschichtzulage nach TVöD

Nach dem am 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) erhalten Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit leisten, eine Zulage von monatlich 105 Euro. Bereitschaftszeiten der Rettungssanitäter iSd. Anhangs zu § 9 Abschn. B Abs. 1 TVöD konkretisieren die regelmäßige Arbeitszeit iSd. § 6 TVöD. Liegen solche Bereitschaftszeiten in wechselnden Arbeitsschichten, arbeiten die Arbeitnehmer „ununterbrochen“ im Sinne von § 7 Abs. 1 TVöD und haben deshalb Anspruch auf die Wechselschichtzulage. Wechselschichten liegen vor, wenn in dem Arbeitsbereich „rund um die Uhr“ an allen Kalendertagen gearbeitet wird. Es kommt nicht darauf an, in wie viele Schichten der 24-Stunden-Tag aufgeteilt wird. Zu der fast wortgleichen Vorschrift des § 15 Abs. 8 Unterabs. 6 BAT hatte der Zehnte Senat ausgesprochen<sup>29</sup>, dass es an einer ununterbrochenen Arbeitsleistung im Betrieb oder Arbeitsbereich des Angestellten fehle, wenn zu bestimmten Zeiten überhaupt keine Arbeitsleistung durch Arbeitnehmer erbracht werde. Werde in einem bestimmten Arbeitsbereich für alle Mitarbeiter nur Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst an-

---

<sup>28</sup> EBE/BAG 2008, 138-142; ZTR 2008, 602-604; FA 2008, 316 (L, red. L); ArbuR 2008, 361 (L); NJ 2008, 527 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 111/08 (L); PersR 2008, 430 (red. L); PersV 2008, 476 (red. L)

<sup>29</sup> Urteil vom 5. Februar 1997 - 10 AZR 639/96 - AP Nr 14 zu § 33a BAT; NZA 1997, 1179-1181; EzBAT § 33a BAT Nr 15; PflR 1998, 7-10; BB 1997, 1420 (L); EBE/BAG Beilage 1997, Ls 152/97 (L); ArbuR 1997, 335 (L); ARST 1997, 188 (L); DB 1997, 2622 (L); MedR 1997, 416 (L)

geordnet, liege keine Wechselschicht vor, da es dann einen Zeitraum gebe, in dem im Arbeitsbereich überhaupt nicht gearbeitet werde und somit eine Unterbrechung der wechselnden Arbeitsschichten gegeben sei. Hieran ist nach einem Urteil vom 24. September 2008 (- 10 AZR 770/07 -)<sup>30</sup> bezüglich des Bereitschaftsdienstes auch für den TVöD festzuhalten. Nach einem anderen Urteil des Zehnten Senats vom 24. September 2008 (- 10 AZR 669/07 -)<sup>31</sup> kann das aber für Bereitschaftszeiten iSd. Anhangs zu § 9 Abschn. B TVöD nicht gelten. Sie sind von anderen Sonderformen der Arbeit gemäß § 7 TVöD abzugrenzen, insbesondere vom Bereitschaftsdienst. Bereitschaftszeiten unterscheiden sich von dem Bereitschaftsdienst zum einen durch den Grad der Beanspruchung der Arbeitnehmer und zum anderen dadurch, dass der Bereitschaftsdienst außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit liegt und gesondert vergütet wird.

#### **g) Heimzulage nach BAT Anlage 1a**

Eine monatliche Zulage erhält ein Angestellter nach der Protokollnotiz Nr. 1 zum Abschnitt G des Teils II der Anlage 1a zum BAT für die Dauer der Tätigkeit in einem Erziehungs-, einem Kinder- oder einem Jugendwohnheim oder einer vergleichbaren Einrichtung (Heim), wenn in dem Heim überwiegend Behinderte im Sinne des § 39 BSHG oder Kinder oder Jugendliche mit wesentlichen Erziehungsschwierigkeiten zum Zwecke der Erziehung, Ausbildung oder Pflege ständig untergebracht sind. Auch betreute Wohngemeinschaften, in denen vier bis sechs, maximal sieben geistig behinderte Menschen untergebracht sind, können einem Heim vergleichbare Einrichtungen sein.<sup>32</sup> Nicht jede beliebige Wohnstätte erfüllt die Voraussetzungen der Protokollnotiz, sondern nur eine mit Erziehungsheimen oder Kinder- und Jugendwohnheimen vergleichbare Einrichtung. Die Tarifvertragsparteien haben mit dem Begriff der einem Heim vergleichbaren Einrichtung ausdrücken wollen, dass damit ein Zweck verfolgt werden muss, der über das Zur-Verfügung-Stellen einer bloßen Unterkunft hinausgeht. Mit seinem Urteil vom 20. Februar 2008 (- 10 AZR 597/06 -)<sup>33</sup> hat der Zehnte Senat daran festgehalten, dass entscheidendes Kriterium dafür die typischerweise durch eine Heim-

---

<sup>30</sup> EBE/BAG Beilage 2009, LS 1/09 (L); EzA-SD 2008, Nr 26, 12 (red. L); BB 2008, 2794 (red. L)

<sup>31</sup> EBE/BAG &, Beilage 2009, LS 2/09 (L); EzA-SD 2008, Nr 26, 12 (L, red. L); BB 2008, 2233 (K); ArbuR 2008, 356 (K); ArbRB 2008, 293 (K); FA 2008, 349 (K); ZTR 2008, 596 (K); ZMV 2008, 322 (K); ZBVR online 2008, Nr 11, 24 (K); ZfPR online 2008, Nr 11, 22 (K)

<sup>32</sup> Klarstellung zu BAG 20. März 2002 - 10 AZR 518/01 - AP Nr 34 zu §§ 22, 23 BAT Zulagen; ZTR 2002, 383-384; EzBAT §§ 22, 23 BAT F2 Heimzulage Nr 6; NZA-RR 2003, 163-165; FA 2003, 63 (L, red. L); RiA 2003, 111 (L, K); EBE/BAG Beilage 2002, Ls 105/02 (L); BB 2002, 1376 (L); BAGReport 2002, 295-296 (L); ARST 2002, 236 (L); PersR 2002, 450 (L); PersV 2002, 571 (L); ArbuR 2002, 277 (K)

<sup>33</sup> ZTR 2008, 437-439; EzTöD 400 Eingruppierung BAT Sozial- und Erziehungsdienst Heimzulage Nr 4; ArbuR 2008, 277 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 64/08 (L); PersV 2008, 272 (red. L)



leitung festgesetzte Ordnung ist. Eine solche Ordnung muss nicht ausdrücklich als solche bezeichnet sein, sondern kann sich aus einem Mosaik von Vorschriften und Einschränkungen ergeben, die in verschiedenen Quellen zu finden sind.

#### **h) Sonderzahlung**

Die Wirkungen eines Tarifvertrags erwachsen erst mit dem Beitritt zu einem der vertragsschließenden Verbände. Es kommt nicht darauf an, wann der Anspruch fällig geworden ist, sondern wann er entstanden ist. Entsteht der Anspruch erst nach Eintritt der Tarifbindung, ist er zu erfüllen, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Vor diesem Hintergrund hat der Zehnte Senat mit Urteil vom 23. April 2008 (- 10 AZR 258/07 -)<sup>34</sup> § 18 - "Sonderzahlung" - des zwischen der Apothekengewerkschaft ADEXA und der Tarifgemeinschaft der Apothekenleiter Nordrhein geschlossenen Bundesrahmentarifvertrags für Apothekenmitarbeiter ausgelegt. Der Anspruch auf die in § 18 BRTV geregelte Sonderzahlung entsteht nicht rätierlich für jeden vollendeten Beschäftigungsmonat, sondern im Falle des Ausscheidens zu diesem Zeitpunkt, und ist mit der Zahlung des letzten Gehalts fällig. Tritt die Tarifbindung vor dem Zeitpunkt des Entstehens durch Beitritt zu einem der tarifschließenden Verbände ein, entsteht der Anspruch in voller Höhe. Tarifbindung während des Laufs des Kalenderjahrs ist nicht gefordert.

Der Arbeitgeber kann mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen die Entstehung eines Anspruchs des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume verhindern. Der Arbeitgeber muss nicht jede Sonderzahlung mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbinden, wenn er einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen will. Es genügt ein klarer und verständlicher Hinweis im Formulararbeitsvertrag. Nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 30. Juli 2008 (- 10 AZR 606/07 -)<sup>35</sup> kommt es für die Wirksamkeit eines solchen Freiwilligkeitsvorbehalts nicht auf den vom Arbeitgeber mit der Sonderzahlung verfolgten Zweck an. Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderleistungen sind auch dann statthaft, wenn sie der zusätzlichen Vergütung der während des Bezugszeitraums ge-

---

<sup>34</sup> AP Nr 269 zu § 611 BGB Gratifikation; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 81/08 (L); ArbuR 2008, 322-323 (L)

<sup>35</sup> NZA 2008, 1173-1180; BB 2008, 2465-2468 (Anm. Simon); ZIP 2008, 1839-1846; DB 2008, 2194-2200; NJW 2008, 3592-3599; MDR 2008, 1342-1343; ArbRB 2008, 327-328 (Anm. Schewiola); EWIR 2008, 646 (Anm. Wißmann); EzA-SD 2008, Nr 20, 8-9 (L, red. L); FA 2008, 345-346 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 121/08 (L); NJ 2008, 527 (L); ZAP EN-Nr 819/2008 (L); NJW-Spezial 2008, 626 (red. L, K); ArbuR 2008, 405 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 10, 24 (red. L)

leisteten Arbeit dienen.<sup>36</sup> Sagt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Formulararbeitsvertrag eine bestimmte Sonderzahlung ausdrücklich zu und ist auch die Höhe der versprochenen Sonderzahlung präzise bestimmt, fehlt es an der gebotenen Transparenz, wenn eine andere Vertragsklausel im Widerspruch dazu bestimmt, dass der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung habe. Die Regelung ist dann insoweit unwirksam, wie ein Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausgeschlossen wird. Widersprüchlich ist auch die Kombination eines Freiwilligkeits- mit einem Widerrufsvorbehalt.

### **i) Überleitung von Arbeitnehmern aus dem BAT in den TVöD**

Nach § 5 Abs. 1 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) ist für die Zuordnung der Beschäftigten zu den Stufen der Entgelttabelle des TVöD ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der im September 2005 erhaltenen Bezüge zu bilden. Das ermittelte Vergleichsentgelt soll den Angestellten gemäß § 6 Abs. 1 TVÜ-VKA davor schützen, nach der Überleitung in den TVöD schlechter vergütet zu werden als zuvor. Es garantiert, dass auch nach der Überleitung des Arbeitsverhältnisses der bisherige Besitzstand gewahrt wird. § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA, wonach bei der Überleitung des Beschäftigten vom BAT in den TVöD bei der Bildung des Vergleichsentgelts die Stufe 1 des Ortszuschlags zugrunde zu legen ist, wenn der Beschäftigte mit einer Person verheiratet ist, die nach beamtenrechtlichen Grundsätzen einen Familienzuschlag erhält, verstößt nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 30. Oktober 2008 (- 6 AZR 682/07 -)<sup>37</sup> weder gegen Art. 3 Abs. 1 noch gegen Art. 6 Abs. 1 GG. Die Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten wird in Bezug auf die Zahlung des Ortszuschlags Stufe 2 im Wesentlichen genauso behandelt wie bei einem Angestellten des öffentlichen Dienstes, dessen Ehepartner in einem privatwirtschaftlichen Unternehmen tätig ist; der Angestellte erhält den vollen Ortszuschlag Stufe 2. Die Tarifvertragsparteien sind verfassungsrechtlich nicht verpflichtet, familienbezogene Vergütungsbestandteile zu vereinbaren. Es steht ihnen vielmehr frei, ob und in welchem Umfang sie neben den rein arbeitsleistungsbezogenen Vergütun-

---

<sup>36</sup> Anders zu einer monatlichen Leistungszulage BAG 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - AP Nr 7 zu § 308 BGB (Anm. Maties); EzA § 307 BGB 2002 Nr 20; DB 2007, 1757-1759; NZA 2007, 853-855; ZIP 2007, 1673-1676; BB 2007, 1900-1903 (Anm. Sprenger); ZTR 2007, 505-507; MDR 2007, 1140; DRsp VI(608) 263a-b; EzTöD 100 § 24 Abs 1 TVöD-AT Freiwillige Leistungen Nr 3; ArbRB 2007, 258 (Anm. Oetter); AuA 2007, 562-563 (Anm. Hunold); RdA 2008, 246-249 (Anm. Singer); EWIR 2007, 643-644 (Anm. Hertzfeld); dbr 2008, Nr 1, 40 (Anm. Towara); FA 2007, 279 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2007, Ls 103/07 (L); ZAP EN-Nr 555/2007 (L); ArbuR 2007, 323 (L); NJ 2007, 480 (L); PersF 2007, Heft 11, 96 (L)

<sup>37</sup> zVv.

gen durch einen zusätzlichen Vergütungsbestandteil einen sozialen, familienbezogenen Ausgleich gewähren wollen. Tarifverträge dürfen nur nicht gleichheitswidrig wegen des Familienstands differenzieren. Da der Besitzstand der Eheleute im Rahmen der Überleitung im Wesentlichen gewahrt wurde, liegt keine Ungleichbehandlung wegen des Familienstands vor.

Nach seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 gilt der TVÜ-VKA für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis zu einem tarifgebundenen Arbeitgeber, über den 30. September 2005 hinaus fortbesteht und die am 1. Oktober 2005 unter den Geltungsbereich des TVöD fallen, für die Dauer des ununterbrochen fortbestehenden Arbeitsverhältnisses. Nach einer Protokollerklärung der Tarifvertragsparteien sind Unterbrechungen von bis zu einem Monat unschädlich. Die Tarifvertragsparteien haben damit eine eigenständige Regelung des Begriffs der Unterbrechung geschaffen, die nicht auf einen engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang abstellt, sondern nur auf die Dauer der Unterbrechung. Die Regelung verstößt nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 27. November 2008 (- 6 AZR 632/08 -)<sup>38</sup> nicht gegen das Verbot der Benachteiligung befristeter beschäftigter Arbeitnehmer gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Diese Vorschrift verbietet nicht die Befristung als solche, sondern nur eine Ungleichbehandlung während der Dauer der Befristung. Sie schützt Arbeitnehmer, die im Anschluss an ein befristetes Arbeitsverhältnis ein neues Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen eingehen, nicht vor einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen. Ebenso wenig liegt eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts vor. Es ist weder festgestellt noch offenkundig, dass im öffentlichen Dienst wesentlich mehr Frauen als Männer in „unterbrochenen Arbeitsverhältnissen“ iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA stehen. Im Übrigen wäre eine mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts gerechtfertigt, weil die Regelung in angemessener Weise ein rechtmäßiges Ziel verfolgt. Bietet ein Arbeitgeber ein neues Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf von einem Monat und einem Tag an und zahlt er im neuen Arbeitsverhältnis eine Vergütung ohne Berücksichtigung des TVÜ-VKA, so liegt hierin auch keine rechtsmissbräuchliche Umgehung der tariflichen Überleitungsregeln (§ 242 BGB).

---

<sup>38</sup> zVv.

§ 11 TVÜ-VKA gewährte Arbeitnehmern, die im September 2005 kein Entgelt bezogen haben, zunächst keinen Anspruch auf eine Besitzstandszulage für die nach dem bisherigen Tarifrecht des öffentlichen Dienstes gezahlten kinderbezogenen Entgeltbestandteile. Erst seit einer Änderung des § 11 TVÜ-VKA wird ua. Arbeitnehmern, die sich im September 2005 in Elternzeit befanden, ab dem 1. Juni 2008 unter bestimmten Voraussetzungen eine solche Besitzstandszulage gezahlt. Soweit § 11 TVÜ-VKA aF Arbeitnehmer, die im September 2005 Elternzeit in Anspruch genommen haben, aus der Besitzstandsregelung ausnahm, verstieß die Tarifnorm nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 18. Dezember 2008 (- 6 AZR 287/07-)<sup>39</sup> gegen Art. 3 GG iVm. Art. 6 Abs. 1 GG und war daher unwirksam. Die Ausnahme ließ die grundgesetzlich geschützten Belange von Ehe und Familie der betroffenen Arbeitnehmer gleichheitswidrig außer Betracht. Die klagende Erzieherin, die sich bis zum 8. Januar 2006 in Elternzeit befunden hatte, hat daher einen Anspruch auf Zahlung der Besitzstandszulage auch für die Zeit von Januar 2006 bis Mai 2008.

## 2. Urlaub

Der Arbeitgeber hat noch nicht gewährten Urlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren (§ 17 Abs. 2 BEEG/BERzGG). Die Vorschrift stellt sicher, dass die Inanspruchnahme von Elternzeit nicht zum Verfall des Erholungsurlaubs führt. Der Neunte Senat hat mit Urteil vom 20. Mai 2008 (- 9 AZR 219/07 -)<sup>40</sup> seine alte Rechtsprechung<sup>41</sup> zu § 17 Abs. 2 BERzGG aufgegeben und entschieden, dass der vor einer ersten Elternzeit entstandene Anspruch auf Erholungsurlaub auf die Zeit nach einer weiteren Elternzeit übertragen wird, wenn diese sich unmittelbar an die frühere Elternzeit anschließt. Endet das Arbeitsverhältnis während der späteren Elternzeit oder wird es im Anschluss an sie nicht fortgesetzt, wandelt sich der nach § 17 Abs. 2 BERzGG/BEEG übertragene Urlaubsanspruch nach § 17 Abs. 3 BERzGG/BEEG in einen Abgeltungsanspruch um.

---

<sup>39</sup> zVv.

<sup>40</sup> DB 2008, 2258-2260; RIW 2008, 800-803; NZA 2008, 1237-1241; ZTR 2008, 621-623; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 128/08 (L); ZAP EN-Nr 783/2008 (L); EzA-SD 2008, Nr 21, 4 (red. L); ArbuR 2008, 404 (red. L); BB 2008, 1225 (K); PERSONAL 2008, Nr 7/8, 77 (K); PersF 2008, Heft 7, 97 (K); FA 2008, 221 (K); AuA 2008, 431 (K); ZMV 2008, 206 (K); ZfPR online 2008, Nr 8, 18 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 7/8, 4 (K); ZBVR online 2008, Nr 6, 24 (K)

<sup>41</sup> Vgl. BAG 21. Oktober 1997 - 9 AZR 267/96 - zu I 2 b der Gründe, AP Nr 75 zu § 7 BUrtG Abgeltung; EzA § 17 BERzGG Nr 8; EBE/BAG 1998, 58; BB 1998, 1009; AiB 1998, 350 (Anm. Schirge); DB 1998, 1290; NZA 1998, 648-649; AR-Blattei ES 1640 Nr 366; EzBAT § 51 BAT Nr 28; ZTR 1998, 424-425; ZMV 1998, 242-243; DRsp VI(616) Blatt 114c; USK 9769; EBE/BAG Beilage 1998, Ls 88/98 (L); ZfPR 1998, 93 (L); FA 1998, 158 (L, K); RdA 1998, 188 (L); ARST 1998, 163 (L); SAE 1998, 284 (L)

### 3. Rückzahlung von Ausbildungskosten

Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB findet die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen gegenüber Verbrauchern auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Ein „Volontariatsvertrag“, in dem sich der „Volontär“ gegen Gewährung einer „Ausbildungsvergütung“ verpflichtet, an den Vorlesungen und Prüfungen seines Studiengangs teilzunehmen und in der vorlesungsfreien Zeit die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen, ist nach einem Urteil des Neunten Senats vom 18. März 2008 (- 9 AZR 186/07 -)<sup>42</sup> ein Verbrauchervertrag iSv. § 310 Abs. 3 BGB. Für Arbeitsverträge hat die Rechtsprechung anerkannt, dass es sich um Verträge zwischen Unternehmer (Arbeitgeber) und Verbraucher (Arbeitnehmer) iSv. § 310 Abs. 3 BGB handelt.<sup>43</sup> Für einen „Volontariatsvertrag“ gilt nichts anderes. Eine Klausel über die Rückerstattung von Leistungen muss für den Rückzahlungspflichtigen nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verständlich und klar sein. Wird in einer Nebenabrede zum „Volontariatsvertrag“ geregelt, dass die für die Dauer der reinen Studienzeit zu erbringenden Ausbildungsvergütungen und Zuschüsse nur als „Darlehen ... zur Verfügung gestellt werden“ und nach erfolgreichem Abschluss des Studiums in 60 Monaten durch künftige „Berufstätigkeit“ beim Darlehensgeber „abgebaut“ werden sollen, so muss bereits bei Vertragsabschluss zumindest als Rahmen bestimmt sein, dass und zu welchen Bedingungen die „Berufstätigkeit“ bei dem Darlehensgeber erfolgen soll. Dazu gehören Angaben zum Beginn des Vertragsverhältnisses, zu Art und Umfang der Beschäftigung und zur Gehaltsfindung für die Anfangsvergütung. Eine Klausel, die dazu keinerlei Angaben enthält, lässt den Studierenden im Unklaren. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung. Unerheblich ist es, wenn der Darlehensgeber kurz vor Ende der Vertragslaufzeit ein ausreichend konkretisiertes Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags für die Zeit nach Beendigung des Studiums abgibt. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nur der Vertragstext und die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände,

<sup>42</sup> EzA § 307 BGB 2002 Nr 36; DB 2008, 1805-1808; EBE/BAG 2008, 122-125; NZA 2008, 1004-1008; MDR 2008, 1167; SAE 2008, 280-285; EzTöD 100 § 5 TVöD-AT Rückzahlungsklausel Nr 4; BB 2008, 2580 (Anm. Schramm); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 104/08 (L); ArbuR 2008, 318 (L); FA 2008, 310-311 (L, red. L); PersF 2008, Heft 11, 90 (L); NJW-Spezial 2008, 562-563 (red. L, K)

<sup>43</sup> BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 572/04 - BAGE 115, 19-33; AP Nr 1 zu § 310 BGB (Anm. Preis); EzA § 307 BGB 2002 Nr 3; 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; DRsp I(120) 291b-d; AR-Blattei ES 350 Nr 198; MDR 2006, 97-98; EEK 3168; SAE 2006, 170-176; ArbRB 2005, 325 (Anm. Braun); RdA 2006, 181-186 (Anm. Jacobs); EWIR 2005, 817-818 (Anm. Junker); dbr 2005, Nr 12, 40-41 (Anm. Schwerdtfeger)

nicht jedoch spätere Ereignisse zu berücksichtigen. Der Senat hat ferner darauf hingewiesen, dass eine weitere unangemessene Benachteiligung des Studierenden vorliegt, wenn wesentliche Rechte entgegen den Geboten von Treu und Glauben eingeschränkt werden. Eine Klausel, die einen ratiellen Abbau der „darlehensweise“ gewährten Leistungen durch Berufstätigkeit vorsieht, ohne einen Anspruch auf Beschäftigung nach Abschluss der Studienzeit einzuräumen, schränkt ein wesentliches Recht des Vertragspartners treuwidrig ein.

#### 4. Aktienoptionen

Die Frage, wer aus einem Aktienoptionsplan verpflichtet wird, lässt sich nicht einheitlich beantworten.<sup>44</sup> Der Zehnte Senat hat mit Urteil vom 28. Mai 2008 (- 10 AZR 351/07 - )<sup>45</sup> entschieden, dass Ansprüche aus einer Vereinbarung über die Gewährung von Aktienoptionen, die der Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber schließt, Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind. Gewährt der Arbeitgeber seinen Führungskräften Aktienoptionen, unterliegen die Ausübungsbedingungen einer Inhaltskontrolle den § 305 ff. BGB. Bei dieser Inhaltskontrolle können die zu anderen Sondervergütungen entwickelten Grundsätze in Bezug auf Bindungs- und Verfallklauseln nicht uneingeschränkt herangezogen werden. Im Gegensatz zu anderen Sondervergütungen haben Aktienoptionen einen ungleich größeren spekulativen Charakter. Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall der betriebsbedingten Kündigung des Arbeitgebers. Wird das Bezugsrecht auch nach Ablauf der in § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG vorgeschriebenen Wartezeit von mindestens zwei Jahren an das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft, benachteiligt diese Regelung den Arbeitnehmer in der Regel nicht unangemessen. Eine Ausgleichsklausel, wonach sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis und anlässlich seiner Beendigung abgegolten sind, erfasst grundsätzlich auch Ansprüche aus Aktienoptionen, wenn die Bezugsrechte vom Arbeitgeber eingeräumt wurden.

---

<sup>44</sup> Vgl. BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 887/06 - EzA § 37 BetrVG 2001 Nr 6; NZA 2008, 836-838; ZIP 2008, 1496-1499; ZBVR online 2008, Nr 10, 2-5; ErbStB 2008, 354-356 (Anm. Hartmann); AuA 2008, 696-697 (Anm. Döring); DStR 2008, 1201 (red. L); FA 2008, 217-218 (red. L); ArbuR 2008, 55 (K); PersF 2008, Heft 3, 97 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 3, 4 (K)

<sup>45</sup> DB 2008, 1748-1753; ZIP 2008, 1390-1398; AG 2008, 632-637; NZA 2008, 1066-1074; EzA § 307 BGB 2002 Nr 35; FA 2008, 375 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 99/08 (L); ZBB 2008, 258 (L); ArbuR 2008, 321 (L); MDR 2008, 1106 (L); PersF 2008, Heft 11, 90 (L)

## 5. Werkdienstwohnung

Nach § 60a BMT-G II gelten für die Zuweisung von Dienstwohnungen (Werkdienstwohnungen) und die Bemessung der Dienstwohnungsvergütung die Bestimmungen des Arbeitgebers über Dienstwohnungen in der jeweiligen Fassung. Bestimmung im Sinne der Tarifnorm ist jede abstrakt-generelle Regelung, die der öffentliche Arbeitgeber zur Anwendung bringt und an die er sich selbst bindet. Dazu gehören nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 18. September 2007 (- 9 AZR 822/06 -)<sup>46</sup> auch die von einer Gemeinde angewandten Vorschriften über Reichsdienstwohnungen (DWV) vom 30. Januar 1937. Die Zuweisung einer Dienstwohnung nach den DWV begründet kein Mietverhältnis über Wohnraum. Die Rechte und Pflichten aus dem Dienstwohnungsverhältnis richten sich grundsätzlich nach den arbeitsrechtlichen Vereinbarungen und nicht nach den Vorschriften des Mietrechts. Die Anwendung der DWV auf eine Dienstwohnung, die im Sprachgebrauch des BGB in Abgrenzung zur Werkmietwohnung als Werkdienstwohnung bezeichnet wird, verstößt nicht gegen höherrangiges Recht. Zwar ordnet die nicht abdingbare Bestimmung des § 576b BGB eine entsprechende Geltung des Mietrechts auch für Werkdienstwohnungsverhältnisse an. Diese Geltungsanordnung bezieht sich jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausschließlich auf die Bestimmungen über die Beendigung des Rechtsverhältnisses. Die Bestimmungen in Nr. 18 Abs. 3 DWV schließen regelmäßig eine Minderung der Dienstwohnungsvergütung infolge Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Dienstwohnung aus. Über Ausnahmen von dieser Regel hat, solange keine Regelung durch die für die Änderung der DWV zuständige Behörde getroffen wird, der Arbeitgeber eine Ermessensentscheidung zu treffen. Dabei hat er die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zur Minderung wegen Sachmängeln (§ 536 Abs. 1 BGB) zu berücksichtigen.

## 6. Arbeitsschutz

Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt insoweit eine Doppelwirkung zu, als Schutzpflichten über § 618 Abs. 1 BGB in das einzelne Arbeitsverhältnis hineinwirken. Sie begründen dann zusätzlich zu einer öffentlich-rechtlichen Pflicht eine privatrechtliche Verpflichtung, die der Arbeitgeber gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer zu erfüllen hat. Welche öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen Erfüllungsansprüche im Privatrechtsverhältnis begründen, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die

Arbeitsschutzvorschrift muss neben ihrem öffentlich-rechtlichen Zweck gerade auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel haben. Mit Urteil vom 12. August 2008 (- 9 AZR 1117/06 -)<sup>47</sup> hat der Neunte Senat entschieden, dass die von § 5 Abs. 1 ArbSchG vorgeschriebene Gefährdungsbeurteilung auch dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers dient. Der § 5 Abs. 1 ArbSchG zugrunde liegende Präventionsgedanke ist die nötige Vorstufe des Schutzes vor einer unmittelbar drohenden Gefahr und mit ihm untrennbar verbunden. Der Arbeitnehmer kann daher gestützt auf § 618 Abs. 1 BGB die Durchführung der Beurteilung verlangen. Jedoch räumt § 5 Abs. 1 ArbSchG dem Arbeitgeber für die Art und Weise der Durchführung der Gefährdungsbeurteilung einen Handlungsspielraum ein. Die Norm ist eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift. Sie enthält keine zwingenden Vorgaben, wie die Gefährdungsbeurteilung durchzuführen ist. Über die Ausfüllung des Beurteilungsspielraums hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen. Der einzelne Arbeitnehmer kann deshalb nicht verlangen, dass die Gefährdungsbeurteilung nach den von ihm vorgegebenen Kriterien durchgeführt wird. Der Arbeitnehmer kann bei mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen nur verlangen, dass der Arbeitgeber sein Initiativrecht ausübt, um mit dem Betriebsrat die erforderliche Einigung über die Art und Weise der Durchführung zu erzielen. Das gilt bei einer arbeitsplatzbezogenen Gefährdungsbeurteilung jedenfalls dann, wenn es sich um einen kollektiven Tatbestand handelt.

## 7. Schadensersatz und Haftung

Wird eine Kündigung nach § 626 BGB durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlasst, so ist dieser gemäß § 628 Abs. 2 BGB zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet. Der Ersatz des sog. Auflösungsschadens umfasst grundsätzlich die Pflicht, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie er bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses stünde, weil der Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB auf das volle Erfüllungsinteresse geht. Daraus folgt, dass dem Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist der entgangene Verdienst im Wege des Schadensersatzes vom Arbeitgeber zu ersetzen ist. Zu diesem, auf den Zeitraum der fiktiven Kündigungsfrist beschränkten Schadensersatzanspruch wegen Verdienstauffalls kann ein Anspruch auf eine den Verlust des Be-

---

<sup>46</sup> Siehe Fußnote 10.

<sup>47</sup> DB 2008, 2030-2032; EzA-SD 2008, Nr 19, 8-10; EBE/BAG 2008, 149-152; MDR 2008, 1280-1281; ZTR 2008, 623-625; ArbRB 2008, 299-300 (Anm. Mues); AuA 2008, 692-693 (Anm. Brock); dbr 2008, Nr 12, 41-42 (Anm. Faber); FA 2008, 334 (L, K); ArbuR 2008, 360 (L); PersF 2008, Heft 11, 91 (L); BB



standsschutzes des Arbeitsverhältnisses ausgleichende angemessene Entschädigung entsprechend §§ 9, 10, 13 KSchG hinzutreten. Der kündigende Arbeitnehmer hat - veranlasst durch das vertragswidrige Verhalten des Arbeitgebers - auf den durch die Kündigungsschutzbestimmungen vermittelten Bestandsschutz verzichtet. Ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 628 Abs. 2 BGB wegen des Verlustes seines Arbeitsplatzes setzt nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 21. Mai 2008 (- 8 AZR 623/07 -)<sup>48</sup> voraus, dass der durch den Kündigungsschutz vermittelte Bestandsschutz verloren geht. Der Entschädigungsanspruch besteht nur, wenn auf das Arbeitsverhältnis das Kündigungsschutzgesetz Anwendung gefunden hat und der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Arbeitnehmerkündigung das Arbeitsverhältnis nicht selbst hätte kündigen dürfen. Diese Grundsätze gelten auch für ein dem Sonderkündigungsschutz des § 15 KSchG unterfallendes Betriebsratsmitglied.

Der aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleitete Anspruch eines Bewerbers auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle oder auf Wiederholung der Auswahlentscheidung setzt voraus, dass das begehrte öffentliche Amt noch zu vergeben ist. Dieser „Bewerbungsverfahrensanspruch“ endet, wenn die ausgeschriebene Stelle verbindlich einem anderen Bewerber übertragen wurde. Einem im Bewerbungsverfahren unterlegenen Bewerber können nach verbindlicher Besetzung der Stelle mit einem fehlerhaft ausgewählten Konkurrenten Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG zustehen. Erfolgt die Stellenbesetzung während des gerichtlichen Verfahrens zur Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, kann der Klageantrag auf einen Schadensersatzanspruch umgestellt werden. Eine solche Änderung ist nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässig. Die Klage auf Schadensersatz hat nur Erfolg, wenn dem unterlegenen Bewerber die Stelle nach den Grundsätzen der Bestenauslese gem. Art. 33 Abs. 2 GG hätte übertragen werden müssen. In dem vom Neunten Senat am 19. Februar 2008 (- 9 AZR 70/07 -)<sup>49</sup> entschiedenen Fall setzte das Anforderungsprofil einer zu besetzenden Stelle eine wissenschaftliche Hochschulausbildung oder gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen voraus. Der Senat entschied, dass in einem solchen Fall der Nachweis der Gleichwertigkeit nicht an eine bestimmte Form gebunden ist. Die Gleichwertigkeit muss nur objektiv bestehen. Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, in welcher Form er den Leistungsvergleich zwischen den Be-

---

2008, 2121 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 118/08 (L); ZBVR online 2008, Nr 9, 25 (K); PERSONAL 2008, Nr 10, 62 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 10, 4 (K)

<sup>48</sup> ArbRB 2008, 298-299 (Anm. Lunk); FA 2008, 379-380 (red. L)

<sup>49</sup> AP Nr 69 zu Art 33 Abs 2 GG; EzA Art 33 GG Nr 34; NZA 2008, 1016-1019; PersR 2008, 363-367; PersV 2008, 394-398; MDR 2008, 1108; ZTR 2008, 562-565; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Auswahlverfah-

werben vornimmt, sofern ihm nicht gesetzliche Vorschriften ein bestimmtes Verfahren vorschreiben. Der Senat hat ferner entschieden, dass bei einer Stelle mit Personalführungsaufgaben der Führungsstil ein geeignetes Auswahlkriterium gem. Art. 33 Abs. 2 GG darstellt. Dabei bestimmt der Arbeitgeber allein, ob er einen kooperativen oder einen direktiven Führungsstil bevorzugt. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn er trotz fachlicher Gleichwertigkeit den Bewerber mit dem bevorzugten kooperativen Führungsstil auswählt.

## 8. Vertragliche Ausschlussfristen

Im Urteil vom 19. März 2008 (- 5 AZR 429/07 -)<sup>50</sup> hat sich der Fünfte Senat mit den Voraussetzungen für die Wahrung einer formularvertraglich vereinbarten zweistufigen Ausschlussfrist auseinandergesetzt. Mit Erhebung einer Kündigungsschutzklage macht der Arbeitnehmer alle durch die Kündigung bedrohten und regelmäßig fällig werdenden Einzelansprüche aus dem Arbeitsverhältnis schriftlich geltend (Wahrung der ersten Stufe einer zweistufigen Ausschlussfrist). Ist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers geregelt, dass von der Gegenseite abgelehnte Ansprüche binnen einer Frist von drei Monaten einzuklagen sind, um deren Verfall zu verhindern, genügt die Erhebung der Kündigungsschutzklage, um das Erlöschen der vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits abhängigen Annahmeverzugsansprüche des Arbeitnehmers zu verhindern (Wahrung der zweiten Stufe einer zweistufigen Ausschlussfrist). Eine vom Arbeitgeber als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gewählte Formulierung, wonach Ansprüche einzuklagen sind, kann von einem nicht rechtskundigen Durchschnittsarbeitnehmer nicht so verstanden werden, dass nur die Erhebung einer bezifferten Leistungsklage diesem Erfordernis genügt. Er darf sie vielmehr so verstehen, dass jede prozessuale Auseinandersetzung über den Anspruch seine Obliegenheit erfüllt.

---

ren Nr 4; jurisPR-ArbR 36/2008 Anm. 1 (Anm. Roetteken); BB 2008, 1561 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 98/08 (L); ArbuR 2008, 320 (L); PersF 2008, Heft 11, 90-91 (L); ZfPR online 2008, Nr 11, 21 (red. L)

<sup>50</sup> Siehe Fußnote 20.

## 9. Zeugnis

Soweit für eine Berufsgruppe oder Branche der allgemeine Brauch besteht, bestimmte Leistungen oder Eigenschaften des Arbeitnehmers im Zeugnis zu erwähnen, ist deren Auslassung regelmäßig ein (versteckter) Hinweis für den Zeugnisleser, der Arbeitnehmer sei in dieser Beziehung unterdurchschnittlich oder allenfalls durchschnittlich zu bewerten (beredtes Schweigen). Der Arbeitnehmer hat dann Anspruch darauf, dass ihm ein ergänztes Zeugnis erteilt wird. Dies gebieten die Grundsätze der Zeugnisklarheit (§ 109 Abs. 2 GewO) und Zeugniswahrheit. Aus diesem Grund hat der Neunte Senat die Sache im Verfahren - 9 AZR 632/07 - mit Urteil vom 12. August 2008<sup>51</sup> an die Vorinstanz zurückverwiesen. Das Landesarbeitsgericht muss aufklären, ob die Beurteilung der Belastbarkeit in Stresssituationen bei Tageszeitungsjournalisten zum üblichen Zeugnisinhalt gehört. Die Feststellung eines Zeugnisbrauchs ist als Tatfrage der Tatsacheninstanz vorbehalten.

## III. Schutz vor Benachteiligung und Förderung der Chancengleichheit

### 1. Geschlecht

Eine unzulässige mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts ist nur gegeben, wenn die streitige Maßnahme nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zu tun haben. Zudem muss der vom Arbeitgeber für die Ungleichbehandlung angeführte Grund einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein. Diese Bedingungen erfüllen Regelungen, die an die tatsächliche Arbeitsleistung anknüpfen. Das Ruhen des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt objektiv eine Anspruchsminderung. Der Fünfte Senat hat mit Urteil vom 21. Mai 2008 (- 5 AZR 187/07 -)<sup>52</sup> entschieden, dass die tarifvertragliche Regelung einer besonderen Leistung, die ein zusätzliches Entgelt darstellt und mit der der Zuwachs an

---

<sup>51</sup> DB 2008, 2546-2547; EBE/BAG 2008, 180-182; sj 2008, Nr 25-26, 46 (Anm. Linnartz); EzA-SD 2008, Nr 23, 8 (L, red. L); BB 2008, 2514 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 133/08 (L); RDV 2008, 205-206 (red. L); PersR 2008, 475 (red. L); ArbuR 2008, 310-311 (K); PersF 2008, Heft 10, 93 (K); AuA 2008, 623 (K); FA 2008, 309 (K); ArbN 2008, Nr 8, 43 (K)

<sup>52</sup> AP Nr 1 zu § 15 BEEG; EzA § 611 BGB 2002 Inhaltskontrolle Nr 3; EBE/BAG 2008, 132-134; DB 2008, 1918-1920; NZA 2008, 955-957; ZTR 2008, 559-561; MDR 2008, 1220-1221; ArbRB 2008,

Erfahrungswissen honoriert werden soll, Zeiten des Erziehungsurlaubs unberücksichtigt lassen darf.

Mit Inkrafttreten des AGG am 18. August 2006 wurde § 611a BGB aufgehoben. § 611a BGB aF ist jedoch gem. § 33 Abs. 1 AGG weiter für Benachteiligungen anzuwenden, die vor Inkrafttreten des AGG erfolgt sind. Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts iSv. Art. 3 Abs. 3 GG liegt bereits dann vor, wenn eine rechtliche Ungleichbehandlung an das Geschlecht anknüpft. Es kommt nicht darauf an, ob daneben auch andere Gründe maßgeblich waren. Soll die Beachtung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots auch für den Arbeitgeber verbindlich gemacht werden - und darin liegt der Sinn des § 611a BGB aF -, so muss es diesem verwehrt sein, das Geschlecht eines Bewerbers bei seiner Entscheidung überhaupt zu dessen Lasten zu berücksichtigen. Das ist aber bereits dann der Fall, wenn in dem Motivbündel, das seine Entscheidung beeinflusst hat, das Geschlecht des abgewiesenen Bewerbers als negatives oder das andere Geschlecht als positives Kriterium enthalten ist. Die Beweislastregelung des § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF bezieht sich auf den Benachteiligungsgrund, also auf die Tatsache der Benachteiligung aus geschlechtsbezogenen Gründen. Die Vorschrift muss so verstanden werden, dass der klagende Arbeitnehmer eine Beweislast des Arbeitgebers für das Gegenteil dadurch herbeiführen kann, dass er Hilfstatsachen darlegt und gegebenenfalls beweist, die eine Benachteiligung wegen seines Geschlechts vermuten lassen. Mit Urteil vom 24. April 2008 (- 8 AZR 257/07 -)<sup>53</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass es für sich allein betrachtet keine Tatsache darstellt, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts vermuten lässt, wenn der Arbeitgeber eine Beförderungsstelle mit einem männlichen Arbeitnehmer und nicht mit einer schwangeren Arbeitnehmerin besetzt, welche eine mit diesem vergleichbare Stellung im Unternehmen innehatte. Die Arbeitnehmerin muss für eine solche Vermutung weitere Tatsachen, sog. Hilfstatsachen, darlegen und ggf. beweisen, an deren Vermutungswirkung allerdings kein zu strenger Maßstab anzulegen ist. Es genügt, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung besteht.

---

263-264 (Anm. Mundt); FA 2008, 341-342 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 100/08 (L); ArbuR 2008, 322 (L); PersF 2008, Heft 11, 90 (L); NJW-Spezial 2008, 659-660 (red. L, K)

<sup>53</sup> EzA-SD 2008, Nr 22, 4-7; NJW 2008, 3658-3661; AuA 2008, 758-759 (Anm. Steinkühler); NJW-Spezial 2008, 754-755 (red. L, K); DSB 2008, Nr 6/7, 30 (red. L, K); DB 2008, 2368 (red. L); BB 2008, 1001 (K); ArbuR 2008, 181 (K); dbr 2008, Nr 6, 7 (K); PERSONAL 2008, Nr 6, 62 (K); ZMV 2008, 145-146 (K); FA 2008, 188 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 6, 4 (K); PersF 2008, Heft 7, 97 (K); ArbN 2008, Nr 4, 45 (K); AE 2008, 173 (K)

## 2. Schwerbehinderung

Nach der Übergangsvorschrift des § 33 Abs. 1 AGG soll das AGG nicht rückwirkend Sachverhalte regeln, die bei dessen Inkrafttreten am 18. August 2006 bereits abgeschlossen waren. Neues Recht ist nur anzuwenden, wenn nach dem 17. August 2006 Tatsachen entstehen, die für die Benachteiligungsverbote des AGG erheblich sind. Die Übergangsregelung des § 33 Abs. 1 AGG meint daher alle unerlaubten Benachteiligungen, die zeitlich vor Inkrafttreten des AGG liegen, auch Benachteiligungen wegen Behinderungen. Auf solche Benachteiligungen findet die alte Rechtslage einschließlich des § 81 Abs. 2 SGB IX Anwendung. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Benachteiligungshandlung. In dem vom Neunten Senat am 16. September 2008 (- 9 AZR 791/07 -)<sup>54</sup> entschiedenen Fall war die Handlung - die Entscheidung, die klagende Bewerberin nicht einzustellen - vor dem 18. August 2006 abgeschlossen. Die dreimonatige Klagefrist des § 61b Abs. 1 ArbGG nF gilt noch nicht für Entschädigungsklagen, denen Benachteiligungen wegen einer Behinderung zugrunde liegen, die bis zum 17. August abgeschlossen waren. Die Klagefrist des § 61b ArbGG aF beschränkte sich auf Entschädigungsklagen wegen geschlechtsbezogener Benachteiligungen. Teilt ein Bewerber im Bewerbungsschreiben seine Schwerbehinderung mit, ist der Arbeitgeber verpflichtet, das Bewerbungsschreiben bei seinem Eingang vollständig zur Kenntnis zu nehmen. Diese Pflicht beruht für Altfälle auf § 81 SGB IX aF. Übersehen die für den Arbeitgeber handelnden Personen den Hinweis auf die Schwerbehinderteneigenschaft und verstößt der Arbeitgeber deshalb gegen seine Pflichten aus § 81 SGB IX aF, wird eine Benachteiligung wegen einer Behinderung vermutet. Das Verhalten der in seinem Einflussbereich eingesetzten Personen wird dem Arbeitgeber als objektive Pflichtverletzung zugerechnet. Auf ein Verschulden der handelnden Personen kommt es nicht an. Der öffentliche Arbeitgeber hat den sich bewerbenden schwerbehinderten Menschen nach § 82 Satz 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Diese Pflicht besteht nur dann nicht, wenn dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung offensichtlich fehlt. Der Ausschluss aus dem weiteren Bewerbungsverfahren ist eine Benachteiligung, die in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Behinderung steht.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> zVv.

<sup>55</sup> Vgl. BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 24, BAGE 119, 262-274; AP Nr 13 zu § 81 SGB IX; EzA § 81 SGB IX Nr 14; DB 2007, 747-749; NZA 2007, 507-512; PersR 2007, 198-203; ZTR 2007, 323-326; ZMV 2007, 205-209 (Anm. Schwarz-Seeberger); Behindertenrecht 2007, 134-138; AR-Blattei ES 1440 Nr 150; BGleIG E.II.2.6 SGB IX § 81 Nr 2; ArbRB 2007, 131-132 (Anm. Braun); jurisPR-ArbR 22/2007 Anm. 1 (Anm. Gagel); FA 2007, 154-155 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2007, Ls 52/07 (L); NJW 2007, 1380 (L); ArbuR 2007, 184 (L); MDR 2007, 785 (L); ZfPR online 2007, Nr 11, 23 (L)

### 3. Teilzeit

Behandelt eine tarifliche Regelung Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte entsprechend dem pro-rata-temporis-Grundsatz bei der Zahlung des Entgelts oder anderer teilbarer geldwerter Leistungen gleich, schließt dies eine Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit aus. Das hat der Zehnte Senat mit Urteil vom 24. September 2008 (- 10 AZR 634/07 -)<sup>56</sup> entschieden. Die Regelung zur Berechnung des Entgelts Teilzeitbeschäftigter in § 24 Abs. 2 TVöD, wonach Teilzeitbeschäftigte, soweit tarifvertraglich nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist, das Tabellenentgelt und alle sonstigen Entgeltbestandteile in dem Umfang erhalten, der dem Anteil ihrer individuell vereinbarten durchschnittlichen Arbeitszeit an der regelmäßigen Arbeitszeit vergleichbarer Vollzeitbeschäftigter entspricht, bewirkt, dass Teilzeitbeschäftigten, die ständig Schicht- und Wechselschichtarbeit im Tarifsinne leisten, die tarifliche Schicht- und Wechselschichtzulage nicht wie Vollzeitbeschäftigten in voller Höhe, sondern nur anteilig in Höhe der Quote zwischen vereinbarter und regelmäßiger tariflicher Arbeitszeit zusteht.<sup>57</sup> Teilzeitarbeit unterscheidet sich von der Vollzeitarbeit nur in quantitativer, nicht in qualitativer Hinsicht. § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG verbietet bei der Zahlung des Arbeitsentgelts oder bei der Gewährung einer anderen teilbaren geldwerten Leistung eine Abweichung vom pro-rata-temporis-Grundsatz zum Nachteil des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Teilzeitarbeit darf deshalb grundsätzlich nur quantitativ, nicht aber qualitativ anders abgegolten werden als Vollzeitarbeit.

Mit Urteil vom 24. September 2008 (- 6 AZR 657/07 -)<sup>58</sup> hat der Sechste Senat entschieden, dass die Regelungen zur Mehrarbeitsvergütung in § 34 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 3 und Unterabs. 2 BAT-O gegen § 4 Abs. 1 TzBfG verstoßen und daher unwirksam sind, soweit danach Urlaubsgeld, Zuwendung und vermögenswirksame Leistungen unberücksichtigt bleiben. Es ist unerheblich, dass Vollzeitbeschäftigte, die Überstunden leisten, ebensowenig ein erhöhtes Urlaubsgeld, höhere Zuwendungen oder höhere vermögenswirksame Leistungen erhalten. Maßgeblich ist vielmehr, ob die Gesamtvergütung des Teilzeitarbeitnehmers, der auf Grund seiner Mehrarbeit dieselbe

---

<sup>56</sup> EBE/BAG 2008, 190-192; DB 2008, 2768-2769; EzA-SD 2008, Nr 24, 13 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 135/08 (L); BB 2008, 2681 (L); ArbuR 2008, 356 (K); ArbRB 2008, 293 (K); ZTR 2008, 543 (K); FA 2008, 348-349 (K); AuA 2008, 687 (K); PersF 2008, Heft 12, 149 (K); ZMV 2008, 322 (K)

<sup>57</sup> Anders zu Nr. 8 der SR 2 a BAT in der bis zum 31. März 1991 geltenden Fassung BAG 23. Juni 1993 - 10 AZR 127/92 - BAGE 73, 307-314; AP Nr 1 zu § 34 BAT; EzA § 2 BeschFG 1985 Nr 30; BB 1993, 1875-1876; DB 1993, 2188-2189; ZTR 1993, 460-461; NZA 1994, 41-43; AiB 1994, 244-246 (Anm. Degen); EzBAT § 33a BAT Nr 1 (Anm. Marschner); USK 9342; PersV 1995, 527 (L); WzS 1994, 348 (red. L)

<sup>58</sup> zVv.

Arbeitszeit leistet wie ein Vollzeit Arbeitnehmer, mit der Gesamtvergütung eines Vollzeit Arbeitnehmers übereinstimmt. Nur bei einem solchen Vergleich kann festgestellt werden, ob eine Teilzeitkraft für jede geleistete Arbeitsstunde die gleiche Vergütung wie eine Vollzeitkraft erhält. Eine schlechtere Behandlung eines Teilzeitbeschäftigten gegenüber einem vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten liegt zwar in der Regel nicht vor, wenn der Teilzeitbeschäftigte zum Ausgleich des entstandenen Nachteils einen Vorteil erhält. Berücksichtigt werden können aber nur solche Leistungen, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Der Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen ist nicht dazu geeignet, eine Benachteiligung bei der Vergütung zu kompensieren.

## IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

### 1. Befristung

Eine nur mündlich vereinbarte Befristung ist nach § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 S. 1 BGB nichtig, so dass bei Vertragsbeginn nach § 16 S. 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht. Die spätere schriftliche Niederlegung der zunächst nur mündlich vereinbarten Befristung führt nicht dazu, dass die zunächst formnichtige Befristung rückwirkend wirksam wird.<sup>59</sup> Hat der Arbeitgeber in den Vertragsverhandlungen der Parteien den Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags ausdrücklich unter den Vorbehalt eines schriftlichen Vertragsschlusses gestellt oder dem Arbeitnehmer die schriftliche Niederlegung des Vereinbarten angekündigt, so ist diese Erklärung ohne Hinzutreten von außergewöhnlichen Umständen nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) dahingehend zu verstehen, dass der Arbeitgeber dem sich aus § 14 Abs. 4 TzBfG ergebenden Schriftformgebot entsprechen will und seine auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung nur durch eine der Form des § 126 Abs. 2 BGB genügenden Unterzeichnung der Vertragsurkunde(n) angenommen werden kann. Dies gilt nach dem Urteil des Siebten Senats vom 16. April 2008

---

<sup>59</sup> BAG 16. März 2005 - 7 AZR 289/04 - BAGE 114, 146-156; AP Nr 16 zu § 14 TzBfG (Anm. Kortstock); EzA § 14 TzBfG Nr 17 (Anm. Pallasch); NZA 2005, 923-927; BB 2005, 1856-1860; DB 2005, 1911-1913; BAGReport 2005, 260-262; EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr 13; MDR 2005, 1232-1233; AR-Blattei ES 380 Nr 137; NJW 2005, 3595-3599; ArbRB 2005, 259-260 (Anm. Range-Ditz); dbr 2006, Nr 2, 40 (Anm. Jung); jurisPR-ArbR 41/2005 Anm. 3 (Anm. Weyand); FA 2005, 318 (L, red. L); DRsp VI(602) 181e-h (L, red. L); AuA 2005, 503-504 (L); EBE/BAG Beilage 2005, Ls 103/05 (L); ZIP 2005, 1755 (L); ArbuR 2005, 382 (L); PersF 2005, Heft 11, 92 (L); SAE 2005, 296 (L); PersR 2005, 469 (L); ZTR 2006, 216 (L)

(- 7 AZR 1048/06 -)<sup>60</sup> gleichermaßen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer - ohne vorangegangene Absprache - ein von ihm bereits unterschriebenes Vertragsformular mit der Bitte um Unterzeichnung übersendet. Auch in diesen Fällen macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass der Vertrag nur bei Wahrung des Schriftformerfordernisses des § 14 Abs. 4 TzBfG zustande kommen soll. Der Arbeitnehmer kann in diesen und anderen Fällen, in denen der Abschluss des befristeten Arbeitsvertrags nach den Vertragsumständen von der Einhaltung des Schriftformerfordernisses abhängen soll, ein ihm vorliegendes schriftliches Vertragsangebot des Arbeitgebers nicht konkludent durch die Arbeitsaufnahme, sondern nur durch die Unterzeichnung der Vertragsurkunde annehmen.

Überraschende Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nach § 305 c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. Eine Klausel ist überraschend, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners des Verwenders deutlich abweicht und er mit ihr den Umständen nach, insbesondere auf Grund der Gestaltung des Vertrags und dessen äußeren Erscheinungsbilds, nicht zu rechnen braucht. Nach einem Urteil des Siebten Senats vom 16. April 2008 (- 7 AZR 132/07 -)<sup>61</sup> handelt es sich bei einer Arbeitsvertragsbestimmung, die neben einer durch Fettdruck und vergrößerte Schrift optisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im folgenden Text ohne besondere Hervorhebung eine weitere Befristung zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit vorsieht, um eine Überraschungsklausel. Die Befristung zum Ablauf der Probezeit wird deshalb nicht Vertragsbestandteil und führt nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine derartige Vertragsbestimmung verstößt außerdem gegen das in § 307 Abs. 1 BGB normierte Transparenzgebot, da sie für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit erkennen lässt, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis enden soll. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Klage hat der Senat darauf hingewiesen, dass der Einwand, eine Befristung sei gar nicht vereinbart worden, mit einer allgemeinen Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO und nicht mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG geltend zu machen ist.

---

<sup>60</sup> EzA § 14 TzBfG Nr 47; BB 2008, 1959-1963 (Anm. Schimmelpfennig); DB 2008, 2255-2256; NZA 2008, 1184-1186; NJW 2008, 3453-3455; AuA 2008, 754-755; ArbRB 2008, 299 (Anm. Hülbach); EWiR 2008, 605-606 (Anm. Roock); FA 2008, 368 (red. L, K); NJW-Spezial 2008, 692 (red. L, K); ArbuR 2008, 360 (red. L); PersR 2008, 386 (red. L); ZfPR online 2008, Nr 11, 22 (red. L); PersF 2008, Heft 6, 105 (K); ZMV 2008, 146 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 6, 2 (K); ZBVR online 2008, Nr 5, 21 (K)

<sup>61</sup> AP Nr 10 zu § 305c BGB; EzA § 305c BGB 2002 Nr 14; NJW 2008, 2279-2280; EBE/BAG 2008, 118-120; NZA 2008, 876-878; BB 2008, 1736-1738 (Anm. Krannich); ZIP 2008, 1892-1894; MDR 2008, 1106-1107; DB 2008, 2256-2257; DRsp VI(602) 193c-d; ArbRB 2008, 232-232 (Anm. Mues,); AuA 2008, 759-760 (Anm. Laws); jurisPR-ArbR 39/2008 Anm. 1 (Anm. Boemke); ArbuR 2008, 318 (L, red. L); FA 2008, 271 (L, K); PersR 2008, 342 (L); PersF 2008, Heft 11, 90 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 93/08 (L); ZBVR online 2008, Nr 5, 21 (L); ZAP EN-Nr 568/2008 (L)



Das Tatbestandsmerkmal der Verlängerung eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags in § 14 Abs. 2 Satz 1 2. Halbs. TzBfG setzt voraus, dass die Vereinbarung über das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch vor Abschluss der Laufzeit des bisherigen Vertrags in schriftlicher Form vereinbart wird und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleibt. Daran hat der Siebte Senat im Urteil vom 16. Januar 2008 (- 7 AZR 603/06 -)<sup>62</sup> mit eingehender Begründung festgehalten.<sup>63</sup> Allerdings können die Parteien anlässlich der Verlängerung Anpassungen des Vertragstextes an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage vornehmen oder Arbeitsbedingungen vereinbaren, auf die der befristet beschäftigte Arbeitnehmer einen Anspruch hat. Es handelt sich deshalb nicht um einen unzulässigen Neuabschluss nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wenn in einem befristeten Anschlussvertrag eine erhöhte Arbeitszeit vereinbart wird, um einem Anspruch des Arbeitnehmers nach § 9 TzBfG Rechnung zu tragen. Dazu muss der Arbeitnehmer bereits zuvor oder anlässlich der Vereinbarung der Verlängerung ein Erhöhungsverlangen nach § 9 TzBfG geäußert haben, dem der Arbeitgeber in dem Folgevertrag mit der Veränderung der Arbeitszeit Rechnung trägt. Kann der Arbeitgeber diese Voraussetzungen im Prozess nicht darlegen und beweisen, ist die Anschlussbefristung unwirksam.

Mit Beschluss vom 16. Oktober 2008 (- 7 AZR 253/07 (A) -)<sup>64</sup> hat der Siebte Senat die auf die Vollendung des 60. Lebensjahrs bezogene Altersgrenze in einem Tarifvertrag nicht als sachlich gerechtfertigt iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG anerkannt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das altersbedingte Nachlassen der Leistungsfähigkeit von Mitgliedern des Kabinenpersonals zu einer Gefährdung für Leben und Gesundheit der Flugzeuginsassen oder Personen in den überflogenen Gebieten führen kann. Die streitgegenständliche Befristung konnte danach nur nach den gesetzlichen Vorschriften in § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG gerechtfertigt sein. Das setzt voraus, dass der Bestimmung keine gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze oder Regeln entgegenste-

---

<sup>62</sup> AP Nr 5 zu § 9 TzBfG (Anm. Plander); EzA § 14 TzBfG Nr 44; EBE/BAG 2008, 94-96; DB 2008, 1323-1325; NZA 2008, 701-704; NJW 2008, 2140-2143; MDR 2008, 924; ZTR 2008, 504-506; EzTöD 100 § 30 Abs 1 TVöD-AT Sachgrundlose Befristung Nr 6 (Anm. Marschner); DRsp VI(602) 194c-d; ArbRB 2008, 232-233 (Anm. Groeger); JuS 2008, 937-939 (Anm. Boemke); jurisPR-ArbR 28/2008 Anm. 1 (Anm. Boemke); FA 2008, 246-247 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 76/08 (L); ZAP EN-Nr 458/2008 (L); ArbuR 2008, 274 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L); PersR 2008, 342 (L)

<sup>63</sup> Bestätigung von BAG 23. August 2006 - 7 AZR 12/06 - Rn. 24, BAGE 119, 212-224; AP Nr 1 zu § 14 TzBfG Verlängerung (Anm. Lembke); EzA § 14 TzBfG Nr 33; BB 2007, 383-388; NZA 2007, 204-209 (Anm. Bauer); ZTR 2007, 209-212; MDR 2007, 474-476; ZMV 2007, 151-154 (Anm. Schwarz-Seeberger); SAE 2007, 176-181; EzTöD 100 § 30 Abs 1 TVöD-AT Sachgrundlose Befristung Nr 5; AR-Blattei ES 380 Nr 152; ArbRB 2007, 66-67 (Anm. Werxhausen); RdA 2007, 304-307 (Anm. Seifert); AuA 2007, 310-311 (Anm. Laws); FA 2007, 121-122 (L, red. L); ArbuR 2007, 102 (L); ZIP 2007, 1176 (L); PersR 2007, 47 (red. L)

hen, die zur Unanwendbarkeit der nationalen Norm führen. Da der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) am 22. November 2005 in der Rechtssache „Mangold“ (- C 144/04 -)<sup>65</sup> entschieden hat, dass die nach § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG aF vorgesehene Befristungsmöglichkeit eine nach Gemeinschaftsrecht unzulässige Diskriminierung wegen des Alters darstellt und die Vorschrift von den nationalen Gerichten nicht angewendet werden darf, ist es geboten, vom EuGH überprüfen zu lassen, ob auch § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG aF mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar war und welche Rechtsfolgen sich bei einem Verstoß der Vorschrift gegen europäisches Recht ergeben. Der Senat hat den Rechtsstreit gemäß Art. 234 EG ausgesetzt und dem EuGH drei Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorabentscheidung vorgelegt.

## 2. Auflösende Bedingung

Die Regelung in einem Tarifvertrag, nach der das Arbeitsverhältnis eines Piloten, ohne dass es einer Kündigung bedarf, endet, wenn durch die fliegerärztliche Untersuchungsstelle festgestellt wird, dass der Mitarbeiter wegen körperlicher Untauglichkeit seinen Beruf nicht mehr ausüben kann, ist wirksam. Dies gilt nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 16. Oktober 2008 (- 7 AZR 185/07 -)<sup>66</sup> auch dann, wenn die Fluguntauglichkeit auf einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Arbeitsunfall beruht. Es widerspricht nicht dem allgemeinen Gleichheitssatz, wenn die Tarifvertragsparteien die (aller Wahrscheinlichkeit nach) dauerhafte Fluguntauglichkeit anders behandeln als den nur vorübergehenden Verlust oder Entzug der behördlichen Erlaubnis bzw. Bestätigung. Die auflösende Bedingung ist auch sachlich gerechtfertigt iSd. §§ 21, 14 Abs. 1 TzBfG. Der Verlust der Flugtauglichkeit stellt für sich allein genommen allerdings keinen ausreichenden Sachgrund für die auflösende Bedingung dar. Erst die sich aus dem Verlust der Flugtauglichkeit ergebende fehlende Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitgebers rechtfertigt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung. Besteht nach der Feststellung der Fluguntauglichkeit kein freier und geeigneter Arbeitsplatz, wäre die Aufrechterhaltung des bisherigen Vertragsverhältnisses sinnent-

---

<sup>64</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>65</sup> Slg 2005, I-9981-10042; ABI EU 2006, Nr C 36, 10-11 (L); EAS Teil C RL 2000/78/EG Art 6 Nr 1; AP Nr 1 zu Richtlinie 2000/78/EG (Anm. Wiedemann); EzA § 14 TzBfG Nr 21 (Anm. Kamanabrou); ZIP 2005, 2171-2175; DB 2005, 2638-2642 (Anm. Nicolai); NJW 2005, 3695-3698; EWS 2005, 571-576; BB 2005, 2748-2754 (Anm. Strybny); NZA 2005, 1345-1348; RIW 2006, 52-58; EuZW 2006, 17-22 (Anm. Reich); DVBl 2006, 107-110; ZTR 2006, 92-94; ZMV 2006, 41-43; ZESAR 2006, 65-72; EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr 15; SAE 2006, 53-61; ArbuR 2006, 167-169

<sup>66</sup> Noch nicht veröffentlicht.

leert, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen kann und der Arbeitnehmer wegen der Fluguntauglichkeit nicht mehr in der Lage ist, seine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen.

### 3. Probezeitvereinbarung

Auch in befristeten Arbeitsverhältnissen ist die Vereinbarung einer Probezeit rechtlich möglich und zulässig.<sup>67</sup> Der Sechste Senat hat im Urteil vom 24. Januar 2008 (- 6 AZR 519/07 -)<sup>68</sup> klargestellt, dass die Wirksamkeit einer Probezeitvereinbarung nach § 622 Abs. 3 BGB vorbehaltlich abweichender tarifvertraglicher Bestimmungen nach § 622 Abs. 4 BGB allein davon abhängt, dass die Probezeitdauer sechs Monate nicht übersteigt. Eine einzelfallbezogene Angemessenheitsprüfung der vereinbarten Dauer findet nicht statt. Die in einem Formulararbeitsvertrag vereinbarte Probezeitdauer von sechs Monaten unterliegt gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Durch die formularmäßige Vereinbarung einer für beide Vertragsteile gleichermaßen geltenden sechsmonatigen Probezeit nutzen die Parteien lediglich die gesetzlich zur Verfügung gestellten Möglichkeiten und weichen von diesen nicht ab.

---

<sup>67</sup> Vgl. bereits BAG 4. Juli 2001 - 2 AZR 88/00 - EzA § 620 BGB Kündigung Nr 4; RzK I 9a Nr 192; ZTR 2002, 172-173; ARST 2002, 107-108; EzBAT § 5 BAT Nr 8; DRsp VI(610) 269a; PfIR 2004, 356-360 (Anm. Roßbruch); USK 2001-189; NZA 2002, 288 (red. L); ZAP EN-Nr 192/2002 (red. L); PersR 2002, 137 (red. L); ZBVR 2002, 110 (red. L); ZfPR 2002, 275 (red. L); PersV 2002, 567 (red. L)

<sup>68</sup> AP Nr 64 zu § 622 BGB (Anm. Bergwitz); EzA § 622 BGB 2002 Nr 4; EBE/BAG 2008, 67-70; NZA 2008, 521-523; DB 2008, 1217-1218; MDR 2008, 807-808; ZMV 2008, 215-217 (Anm. Schwarz-Seeberger); NJW 2008, 2521-2524 (Anm. Kock); AuA 2008, 562-563; AE 2008, 222-223; ZTR 2008, 448-449; BB 2008, 1068 (Anm. Vollmuth); ArbRB 2008, 201-202 (Anm. Schäder); FA 2008, 253 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 50/08 (L); PersR 2008, 430 (L); ArbuR 2008, 192 (L); ZAP EN-Nr 382/2008 (L)

## 4. Kündigung

### a) Schriftform

Die in § 623 BGB angeordnete Schriftform der Kündigung soll Rechtssicherheit für die Vertragsparteien und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit bewirken. Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift unter einer Kündigung verlangt nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 24. Januar 2008 (- 6 AZR 519/07 -)<sup>69</sup> nicht, dass unmittelbar bei Abgabe der schriftlichen Erklärung für den Erklärungsempfänger die Person des Ausstellers feststeht. Dieser soll nur identifiziert werden können. Hierzu bedarf es nicht der Lesbarkeit des Namenszugs. Es genügt ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug, der individuelle und entsprechend charakteristische Merkmale aufweist, die eine Nachahmung erschweren.

### b) Kündigungsfristen

Nach § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB sind im Geltungsbereich eines Tarifvertrags die dort vereinbarten, von § 622 Abs. 1 bis 3 BGB abweichenden Bestimmungen maßgebend, wenn ihre Anwendung zwischen den Parteien vereinbart ist. Der Zweite Senat hatte darüber zu entscheiden, ob nach § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB auch tarifvertragliche Regelungen zulässig sind, die für Kleinbetriebe einheitliche Kündigungsfristen und Kündigungstermine ohne Staffelung nach Betriebszugehörigkeit und Alter vorsehen. Mit Urteil vom 23. April 2008 (- 2 AZR 21/07 -)<sup>70</sup> bejahte der Senat diese Frage. Die Tarifvertragsparteien dürfen jedenfalls für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben einheitliche Kündigungsfristen von 6 Wochen zum Ende eines Kalendermonats vereinbaren. Es ist nicht angängig, entgegen dem Wortlaut und dem deutlich erklärten Willen des Gesetzgebers ein gewissermaßen höheres Ziel oder Leitbild der gesetzlichen Gesamtsregelung zu postulieren und zu berücksichtigen. Weder Art. 3 GG noch Art. 12 GG enthalten für die tariflichen Kündigungsfristen in Kleinbetrieben ein Gebot der Differenzierung nach Alter oder Betriebszugehörigkeit.

---

<sup>69</sup> Siehe Fußnote 68.

<sup>70</sup> EzA § 622 BGB 2002 Nr 5; EBE/BAG 2008, 134-136; NZA 2008, 960-962; DB 2008, 2028-2029; MDR 2008, 1165-1166; DRsp VI(610) 304b; BB 2008, 2579-2580 (Anm. Kumm); ArbRB 2008, 302 (Anm. Oetter); AuA 2008, 693-694 (Anm. Malk); FA 2008, 347 (L, red. L); ArbuR 2008, 320 (L); ZAP EN-Nr 600/2008 (L); PersF 2008, Heft 11, 91 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 107/08 (L); DSB 2008, Nr 11, 18-19 (red. L, K); NJW-Spezial 2008, 564 (red. L, K); ZTR 2008, 561 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 9, 24-25 (red. L)

### c) Anwendungsbereich des KSchG

Im Urteil vom 17. Januar 2008 (- 2 AZR 902/06 -)<sup>71</sup> hat der Zweite Senat mit eingehender Begründung seine Rechtsprechung bestätigt, dass das Kündigungsschutzgesetz - vorbehaltlich von Sonderregelungen des Gemeinschaftsrechts - nur für Betriebe gilt, die im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erfüllen. Die Norm verstößt in dieser Auslegung nicht gegen Art. 3 Abs.1 GG. Die gesetzgeberische Entscheidung, für die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes den Sitz des Betriebs in der Bundesrepublik zu fordern, ist nicht willkürlich.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Zweiten Senats, die er zuletzt ausdrücklich auf § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG in der bis zum 31. Dezember 2003 maßgeblichen Fassung beschränkt hatte, trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der betrieblichen Voraussetzungen für eine Geltung des Kündigungsschutzgesetzes.<sup>72</sup> An dieser Rechtsprechung hat der Senat im Urteil vom 26. Juni 2008 (- 2 AZR 264/07 -)<sup>73</sup> auch für die am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 23 KSchG festgehalten. Der Senat hat zugleich bestätigt, dass an die Erfüllung der Darlegungslast durch den Arbeitnehmer keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Dem objektiven Gehalt der Grundrechte, hier des Art. 12 GG, kommt auch im Verfahrensrecht eine hohe Bedeutung zu. Der Stellenwert der Grundrechte muss sich insbesondere in der Darlegungs- und Beweislastverteilung widerspiegeln. Es ist darauf zu achten, dass vom Arbeitnehmer nicht Darlegungen verlangt werden, die er mangels eigener Kenntnismöglichkeiten nicht erbringen kann. Dieser genügt seiner Darlegungslast bei fehlender eigener Kenntnis bereits durch die bloße Behauptung, der Arbeitgeber beschäftige mehr als zehn Arbeitnehmer. Es ist dann Sache

---

<sup>71</sup> AP Nr 40 zu § 23 KSchG 1969; EZA § 23 KSchG Nr 31; ZIP 2008, 1192-1196; DB 2008, 1501-1502; EBE/BAG 2008, 98-101; RIW 2008, 476-479; NZA 2008, 872-876; NJW 2008, 2665-2669; ArbUR 2008, 311-313; ArbRB 2008, 235-236 (Anm. Kappelhoff); EWIR 2008, 667-668 (Anm. Pomberg); dbr 2008, Nr 10, 40 (Anm. Klein); sj 2008, Nr 13, 37-38 (Anm. Leising); JuS 2008, 751-753 (Anm. Boemke); jurisPR-ArbR 31/2008 Anm. 1 (Anm. Gravenhorst); FA 2008, 181 (L, K); PersF 2008, Heft 9, 93 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 73/08 (L)

<sup>72</sup> BAG 24. Februar 2005 - 2 AZR 373/03 - AP Nr 34 zu § 23 KSchG 1969; EZA § 23 KSchG Nr 28; NZA 2005, 764-766; BB 2005, 1629-1631; BAGReport 2005, 228-230; RzK I 4c Nr 51; ArbUR 2005, 418-420 (Anm. Mittag); ArbRB 2005, 229 (Anm. Nägele); jurisPR-ArbR 30/2005 Anm. 3 (Anm. Bertzbach); DB 2005, 2030 (red. L); ZAP EN-Nr 513/2005 (red. L); JR 2006, 44 (red. L); ZBVR online 2005, Nr 10, 16 (red. L); DStR 2005, 1537-1538 (K)

<sup>73</sup> EBE/BAG 2008, 162-164; DB 2008, 2311-2312; EWIR 2008, 729-730 (Anm. Unger-Hellmich); FA 2008, 380 (L, red. L); ZAP EN-Nr 783/2008 (L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 126/08 (L); EZA-SD 2008, Nr 21, 3-4 (red. L); ArbUR 2008, 405 (red. L); BB 2008, 2290 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 10, 24-25 (red. L); ArbRB 2008, 197 (K); AuA 2008, 493 (K); PersF 2008, Heft 9, 95 (K); ZMV 2008, 267-268 (K)

des Arbeitgebers, sich vollständig über die Anzahl der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer unter Benennung der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel zu erklären. Hierzu muss der Arbeitnehmer seinerseits Stellung nehmen und ggf. Beweis antreten. Hat der Arbeitnehmer keine eigenen Kenntnisse über die vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen, kann er sich auf die aus dessen Vorbringen erkennbaren Beweismittel stützen und die ihm bekannten Anhaltspunkte dafür vortragen, dass entgegen den Angaben des Arbeitgebers der Schwellenwert erreicht ist. Auf die Möglichkeit, sich der vom Gegner benannten Beweismittel zu bedienen, ist der primär Darlegungspflichtige vom Gericht nach § 139 ZPO hinzuweisen, wenn er sie erkennbar übersehen hat.

#### d) Ordentliche Beendigungskündigung im Rahmen des KSchG

Nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats<sup>74</sup> können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen, wie zB Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (zB Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Die Kündigung muss auf Grund der betrieblichen Lage unvermeidbar sein. Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der ihres Zugangs. Nach einem Urteil vom 13. Februar 2008 (- 2 AZR 543/06 -)<sup>75</sup> kann sich schon eine beabsichtigte Betriebs- oder Abteilungsstilllegung ausnahmsweise als ein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. § 1 Abs. 2 KSchG darstellen, wenn die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen. Dazu muss die zur Kündigung führende Organisationsentscheidung bei Kündigungszugang endgültig getroffen worden sein und die Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits erkennbare Formen angenommen haben. Deswegen ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwogen, aber noch nicht endgültig gefasst hat. Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungs-

---

<sup>74</sup> Vgl. nur 17. Juni 1999 - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79-96; AP Nr 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 103; BetrVG EnnR KSchG § 1 (144); DRsp VI(614) Blatt 162a; BB 2000, 413-416; AR-Blattei ES 1020.4 Nr 7; NZA 1999, 1157-1162; DB 1999, 2117-2119; ZIP 1999, 1724-1729; EWiR 2000, 135-136 (Anm. Plander); RzK I 5c Nr 116 (L); SAE 2000, 125-126 (L); FA 1999, 338 (L); ArbuR 1999, 404 (L); MDR 1999, 1390 (L)

<sup>75</sup> AP Nr 175 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; EzA-SD 2008, Nr 13, 3-5; NZA 2008, 821-824; NJW 2008, 3161-3165 (Anm. Brötzmann); ZIP 2008, 2091-2094; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Betriebsbedingte Kündigung Nr 13; ZInsO 2008, 872 (L); DB 2008, 1383-1384 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 7/8, 23 (red. L); EWiR 2008, 763 (red. L); BB 2008, 1391 (K)

zeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung des Betriebs oder der Betriebsabteilung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor. Wird dennoch eine Kündigung ausgesprochen, handelt es sich um eine unwirksame sog. „Vorratskündigung“. Diese Grundsätze gelten auch für am Markt teilnehmende, gemeinnützige Unternehmen.

Zu den innerbetrieblichen Umständen, aus denen sich ein betriebliches Erfordernis für eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG ergeben kann, gehört nach einer Entscheidung des Zweiten Senats vom 13. März 2008 (- 2 AZR 1037/06 -)<sup>76</sup> auch die Entscheidung des Unternehmers, bestimmte Aufgaben in Zukunft nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter ausführen zu lassen. Es ist von der Unternehmerfreiheit gedeckt und nicht missbräuchlich, wenn ein Arbeitgeber sich entschließt, Aufgaben nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer zu erledigen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen. Das Gesetz zwingt den Marktteilnehmer nicht, den Bedarf an Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge zu decken. Er kann vielmehr auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen. Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung ist, dass es sich bei den neu einzugehenden Vertragsverhältnissen tatsächlich und nicht nur zum Schein um freie Mitarbeit handelt. Der Senat wies die Revision des Klägers zurück, weil die beklagte Arbeitgeberin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tatsächlich beschlossen hatte, die Aufgaben eines „Moskito-Anschlägers“ - das Anbringen von Werbeplakaten an Schaltschränken - zukünftig durch freie Mitarbeiter erbringen zu lassen.

Auch dem Urteil des Zweiten Senats vom 23. April 2008 (- 2 AZR 1110/06 -)<sup>77</sup> lag eine unternehmerische Organisationsentscheidung zur Fremdvergabe von Tätigkeiten zugrunde. Eine solche Entscheidung, die sich auf die Einsatzmöglichkeiten des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt, ist nicht auf ihre rechtliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachli-

---

<sup>76</sup> AP Nr 176 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung ; EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 159; DB 2008, 1575-1577; NZA 2008, 878-880; NJW 2008, 2872-2875 (Anm. Dzida); ZTR 2008, 627-628; BB 2008, 2131-2132 (Anm. Löffler); AuA 2008, 694-695 (Anm. Kermer); jurisPR-ArbR 35/2008 Anm. 2 (Anm. Gravenhorst); NJW-Spezial 2008, 498 (red. L, K); ZBVR online 2008, Nr 4, 16 (red. L); ArbuR 2008, 154 (K); SAE 2008, 83 (K); PERSONAL 2008, Nr 5, 54 (K); PersF 2008, Heft 5, 95 (K); FA 2008, 156 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 5, 4 (K)

<sup>77</sup> AP Nr 177 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 160; DB 2008, 1631-1632; NZA 2008, 939-941; NJW 2008, 3309-3311; NJW-Spezial 2008, 498-499 (red. L, K); FA 2008, 284 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 7/8, 24 (red. L); AiB Newsletter 2008, Nr 11, 1 (red. L)

chen Gründen erfolgt ist und kein Rechtsmissbrauch vorliegt. Deshalb hat im Kündigungsschutzprozess der Arbeitnehmer grundsätzlich die Umstände darzulegen und im Streitfall zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene innerbetriebliche Strukturmaßnahme missbräuchlich, weil offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Der Senat wies in den Urteilsgründen darauf hin, dass es zB missbräuchlich ist, einen Arbeitnehmer durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen bei unverändertem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen, indem die tatsächlichen Arbeitsabläufe und die hierarchischen Weisungswege als solche unangetastet gelassen und nur, gewissermaßen *pro forma*, in allein zu diesem Zweck erdachte rechtliche Gefüge eingepasst werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats<sup>78</sup> ist das Kündigungsschutzgesetz nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer im Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Ausnahmsweise kann jedoch auch eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht bestehen. Dies gilt zB dann, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat, sowie vor allem dann, wenn sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen vertraglichen Absprache oder der in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt. Weitere Voraussetzung einer unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein bestimmender Einfluss des bisherigen Arbeitgebers auf die „Versetzung“. Allein der Umstand, dass ein Gesellschafter erheblichen Einfluss auf mehrere oder alle Gesellschaften der Gruppe ausüben kann, reicht nicht aus, um eine ausnahmsweise Erstreckung des Kündigungsschutzes auf den Konzern anzunehmen.

Macht eine Gemeinde von der Möglichkeit Gebrauch, das Amt der Gleichstellungsbeauftragten in Zukunft einer ehrenamtlichen Kraft zu übertragen, besteht für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der bisher hauptberuflich im Arbeitsverhältnis beschäftigten Gleichstellungsbeauftragten ein dringendes betriebliches Erfordernis. Dies

---

<sup>78</sup> Vgl. Senat 23. November 2004 - 2 AZR 24/04 - AP Nr 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr 135; NZA 2005, 929-933; RzK I 5f Nr 37; DRsp VI(614) 187b-d; ZIP 2005, 1044-1048; EWiR 2006, 181-182 (Anm. Balle); NJW-Spezial 2005, 468-469 (red. L, K); DB 2005, 1174-1175 (red. L); FA 2005, 253-254 (red. L); ZTR 2005, 540-541 (red. L); JR 2006, 43 (red. L); EWiR 2006, 181 (red. L); ZfPR online 2005, Nr 7, 8 (red. L); AiB Newsletter 2006, Nr 10, 1 (red. L); ZBVR online 2005, Nr 7, 8 (red. L)



hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 18. September 2008 (- 2 AZR 560/07 -)<sup>79</sup> entschieden.

Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich benannt, kann gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG die soziale Auswahl der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Grob fehlerhaft ist eine soziale Auswahl, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich jede Ausgewogenheit vermissen lässt. Dafür kommt es auf das objektive Auslegungsergebnis an. In dem am 17. Januar 2008 (- 2 AZR 405/06 -)<sup>80</sup> entschiedenen Fall waren die Unterschiede zwischen den Sozialdaten der Klägerin und der nicht gekündigten Arbeitnehmerin nur marginal, so dass keine „grobe“ Abweichung gegeben war. Die Frage, ob der Arbeitgeber sich bei der Sozialauswahl auf die Eintragungen in der Lohnsteuerkarte verlassen darf, konnte offen bleiben. Der Zweite Senat wies in den Urteilsgründen jedoch darauf hin, dass nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die familienrechtlichen Unterhaltspflichten zu berücksichtigen sind. Da die kinderbezogenen Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte nur begrenzt etwas über das Bestehen dieser familienrechtlichen Verhältnisse aussagen, liegt es nahe, dass § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht auf die in die Lohnsteuerkarte eingetragenen Kinderfreibeträge abhebt, sondern auf die tatsächlichen Daten. Den Bedürfnissen der Praxis ist ausreichend dadurch Rechnung getragen, dass der Arbeitgeber auf die ihm bekannten Daten vertrauen kann, wenn er keinen Anlass zu der Annahme hat, sie könnten nicht zutreffen.<sup>81</sup>

Mit Urteil vom 6. November 2008 (- 2 AZR 701/07 -)<sup>82</sup> hat der Zweite Senat klargestellt, dass die Diskriminierungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 1 - 10 AGG) auch im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden. Eine Kündigung, die ein Diskriminierungsverbot verletzt, kann daher sozialwidrig und damit unwirksam sein (§ 1 KSchG). Das Verbot der Altersdis-

---

<sup>79</sup> EzA-SD 2008, Nr 20, 13 (K); BB 2008, 2177 (K); ArbUR 2008, 355-356 (K); FA 2008, 346 (K); ZTR 2008, 596 (K); ArbRB 2008, 326 (K); ZMV 2008, 322-323 (K)

<sup>80</sup> AP Nr 96 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; EzA-SD 2008, Nr 14, 5-6; DB 2008, 1688-1689; NZA-RR 2008, 571-573; BB 2008, 2187-2188 (Anm. Breiffeld); NJW-Spezial 2008, 499 (red. L, K); ZBVR online 2008, Nr 9, 24 (red. L)

<sup>81</sup> Vgl. BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP Nr 80 zu § 1 KSchG 1969; EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr 68; ZIP 2006, 2329-2333; NZA 2007, 266-269; ArbRB 2007, 12 (Anm. Kappelhoff); jurisPR-ArbR 1/2007 Anm. 1 (Anm. Boemke); ArbRB 2007, 12 (red. L, K); ArbUR 2006, 454 (red. L); FA 2007, 24-25 (red. L); ZBVR online 2007, Nr 7/8, 17 (red. L); DStR 2007, 309 (K)

<sup>82</sup> zVv.

kriminierung (§§ 1, 10 AGG) steht der Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) nicht entgegen. Auch die Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) ist nach dem AGG zulässig.

Als verhaltensbedingter Kündigungsgrund ist insbesondere eine vertragswidrige Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, wobei regelmäßig Verschulden erforderlich ist; die Leistungsstörung muss dem Arbeitnehmer vorwerfbar sein. Auch auf Pflichtverletzungen beruhende Schlechtleistungen sind geeignet, eine ordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten. Ob eine Leistung als Schlechtleistung anzusehen ist, beurteilt sich nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ist die Arbeitsleistung im Vertrag, wie zumeist, der Menge und der Qualität nach nicht näher beschrieben, richtet sich der Inhalt des Leistungsversprechens zum einen nach dem vom Arbeitgeber durch Ausübung des Direktionsrechts festzulegenden Arbeitsinhalt und zum anderen nach dem persönlichen, subjektiven Leistungsvermögen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und dies so gut, wie er kann. Ob der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung nachkommt, ist für den Arbeitgeber anhand objektivierbarer Kriterien nicht immer erkennbar. Es gelten insoweit die Regeln der abgestuften Darlegungslast. Das hat der Zweite Senat in seinem Urteil vom 17. Januar 2008 (- 2 AZR 536/06 -)<sup>83</sup> nochmals<sup>84</sup> betont. Bei einer Kündigung wegen qualitativer Minderleistung des Arbeitnehmers ist es zunächst Sache des Arbeitgebers, zu den aufgetretenen Leistungsmängeln das vorzutragen, was er über die Fehlerzahl, die Art und Schwere sowie Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wissen kann. Kann der Arbeitgeber darlegen, dass der Arbeitnehmer längerfristig die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit aller mit vergleichbaren Arbeiten beschäftigter Arbeitnehmer erheblich überschritten hat, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten verletzt. Da

---

<sup>83</sup> AP Nr 85 zu § 1 KSchG 1969 (Anm. Verstege); BB 2008, 1454-1458 (Anm. Brötzmann); NJW 2008, 3019-3023 (Anm. Hunold); ArbRB 2008, 233-234 (Anm. Sasse); AuA 2008, 564-565 (Anm. Hunold); sj 2008, 38-39 (Anm. Linnartz); EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr 72; DB 2008, 1274-1276; EBE/BAG 2008, 90-93; NZA 2008, 693-696; MDR 2008, 864-865; ArbuR 2008, 229 (L); FA 2008, 219 (L, red. L); ZBVR online 2008, Nr 3, 21 (L); PersR 2008, 282 (L); ZAP EN-Nr 496/2008 (L); PersF 2008, Heft 9, 93 (L)

<sup>84</sup> Vgl. bereits Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - („low performer“) - BAGE 109, 87-100; AP Nr 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung (Anm. Mauer); EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr 62 (Anm. Bengelsdorf); ArbRB 2004, 263 (Anm. Oetter); AuA 2004, Nr 2, 44-45 (Anm. Hunold); BB 2004, 1682-1687 (Anm. Hunold); SAE 2005, 83-91 (Anm. Depel); DB 2004, 1506-1508; EBE/BAG 2004, 109-112; NZA 2004, 784-788; sj 2004, Nr 16, 38-39; NJW 2004, 2545-2548; ZTR 2004, 481-484; MDR 2004, 1065-1067; EzBAT § 53 BAT Verhaltensbedingte Kündigung Nr 67; AR-Blattei ES 1010.9 Nr 104; DRsp VI(614) 182a-d; RzK I 5h Nr 71

jedoch der Vergleich durchschnittlicher Fehlerquoten für sich noch keinen hinreichenden Aufschluss darüber gibt, ob durch die fehlerhafte Arbeit des gekündigten Arbeitnehmers das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stark beeinträchtigt ist, muss der Arbeitgeber weitere Umstände darlegen. Anhand der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, Schwere und Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist näher darzulegen, dass die längerfristige deutliche Überschreitung der durchschnittlichen Fehlerquoten nach den Gesamtumständen darauf hinweist, der Arbeitnehmer verletze vorwerfbar seine vertraglichen Pflichten. Legt der Arbeitgeber dies im Prozess dar, muss der Arbeitnehmer erläutern, warum er trotz erheblich unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpft.

### e) Außerordentliche Kündigung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats kann nicht nur eine erwiesene Vertragsverletzung, sondern schon der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellen. Eine Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (nicht erwiesenen) strafbaren oder vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört. Eine Verdachtskündigung ist dann zulässig, wenn sich starke Verdachtsmomente auf objektive Tatsachen gründen, diese Verdachtsmomente geeignet sind, das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zu zerstören, und der Arbeitgeber alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Mit den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Anhörung des Arbeitnehmers vor dem Ausspruch der Kündigung hat sich der Zweite Senat in einem Urteil vom 13. März 2008 (- 2 AZR 961/06 -)<sup>85</sup> im Einzelnen auseinandergesetzt. Die Anhörung des Arbeitnehmers hat im Zuge der gebotenen Aufklärung des Sachverhalts zu erfolgen. Ihr Umfang richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Die Anhörung muss sich auf einen greifbaren Sachverhalt beziehen. Der Arbeitnehmer muss die Möglichkeit haben, bestimmte, zeitlich und räumlich eingegrenzte Tatsachen zu bestreiten oder den Verdacht entkräftende Tatsachen zu bezeichnen und so zur Aufhellung der für den Arbeitgeber im Dunkeln liegenden Geschehnisse beizutragen. Der Senat betont in den Ur-

---

<sup>85</sup> ArbRB 2008, 233 (Anm. Sasse); AuA 2008, 628 (Anm. Vollmuth); BB 2008, 2300 (Anm. Simon); NZA 2008, 809-812; EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr 6; PersR 2008, 469-472; RDV 2008, 124 (red. L); NJW-Spezial 2008, 468 (red. L, K); ZfPR online 2008, Nr 8, 18-19 (red. L); StUB

teilsgründen, allein um dieser Aufklärung willen werde dem Arbeitgeber die Anhörung abverlangt. Dagegen sei sie nicht dazu bestimmt, als verfahrensrechtliche Erschwernis die Aufklärung zu verzögern und die Wahrheit zu verdunkeln. Eine schuldhaft Verletzung der Anhörungspflicht liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht bereit war, sich auf die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einzulassen und nach seinen Kräften an der Aufklärung mitzuwirken. Erklärt der Arbeitnehmer sogleich, er werde sich zum Vorwurf nicht äußern, und nennt er für seine Verweigerung keine relevanten Gründe, dann muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Rahmen seiner Anhörung über die Verdachtsmomente nicht näher informieren. Kommt es im Rahmen der Anhörung auf die Kenntnis des Arbeitnehmers von bestimmten Tatsachen an, kann diesem das Wissen eines Bevollmächtigten nicht zugerechnet werden. Die Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Verdachtskündigung soll diesem die Möglichkeit geben, den gegen ihn bestehenden Verdacht zu entkräften. Dies ist nur dann möglich, wenn der Arbeitnehmer eigene Kenntnis von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen hat. Die Anwendung des zivilrechtlichen Stellvertretungsrechts kommt nicht in Betracht.

#### f) Änderungskündigung

Soll bei einer Änderungskündigung durch das Änderungsangebot neben der Tätigkeit (Arbeitsleistungspflicht) auch die Gegenleistung (Vergütung) geändert werden, sind beide Elemente des Änderungsangebots am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Ergibt sich die Höhe der Vergütung für die geänderte Tätigkeit nicht automatisch etwa aus einem Tarifvertrag oder einer vom Arbeitgeber aufgestellten Vergütungsordnung, hat vielmehr der Arbeitgeber die Gehälter aller vergleichbaren Arbeitnehmer frei ausgehandelt, ist nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu prüfen, ob die dem Arbeitnehmer konkret angebotene Vergütung seinen Änderungsschutz hinreichend berücksichtigt.<sup>86</sup> Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem betroffenen Arbeitnehmer im Wege der Änderungskündigung die höchste für vergleichbare Tätigkeiten gezahlte Vergütung anzubieten. Das hat der Zweite Senat mit Urteil vom 3. April 2008 (- 2 AZR 500/06 -)<sup>87</sup> entschieden. Der Arbeitgeber hat den Ar-

---

2008, 652 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 7/8, 23 (red. L); DB 2008, 2200 (red. L); FA 2008, 315 (red. L)

<sup>86</sup> Vgl. BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - BAGE 115, 149-164; AP Nr 81 zu § 2 KSchG 1969; ArbRB 2006, 5-6 (Anm. Ohle); AuA 2006, 174 (Anm. Stück); BB 2006, 159-164; DB 2006, 285-288; NZA 2006, 92-98; EzA § 2 KSchG Nr 54; MDR 2006, 401-404; EzBAT § 53 BAT Änderungskündigung Nr 32; AR-Blattei ES 1010.11 Nr 14; SAE 2007, 52-59; EBE/BAG Beilage 2005, Ls 156/05 (L); ArbuR 2006, 36 (L, red. L); NJW 2006, 319 (L); FA 2006, 61 (red. L); PersF 2006, Heft 3, 94 (L); ZBVR online 2006, Nr 5, 16-17 (L)

<sup>87</sup> AP Nr 137 zu § 2 KSchG 1969; BB 2008, 1964 (Anm. Ulrich); ArbRB 2008, 296-297 (Anm. Müller-Mundt); jurisPR-ArbR 35/2008 Anm. 6 (Anm. Stuntz); NZA 2008, 812-815; DB 2008, 1686-1688; EzA § 2 KSchG Nr 70; NJW 2008, 2736 (red. L); ArbuR 2008, 320 (L); ZBVR online 2008, Nr 9, 24 (red. L)

beitnehmer unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes lediglich in das frei ausgehandelte Vergütungsgefüge einzuordnen. Bietet er dem Arbeitnehmer eine Vergütung an, die die durchschnittlich gezahlte Vergütung merklich unterschreitet, muss er darlegen, welche weiteren Gesichtspunkte ihn zu dieser niedrigen Vergütungsfestsetzung bewogen haben und inwiefern dabei der bestehende Änderungsschutz hinreichend berücksichtigt ist. Bewegt sich die angebotene Vergütung verglichen mit der der anderen Arbeitnehmer statt dessen im oberen Bereich, spricht zunächst eine Vermutung dafür, dass die angebotene Vergütung vom Arbeitnehmer billigerweise hinzunehmen ist. Dann muss der Arbeitnehmer weitere Gesichtspunkte vortragen, die es unter Berücksichtigung seines Änderungsschutzes erfordern, seine geänderte Tätigkeit höher zu vergüten.

### **g) Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen**

Kündigt der Arbeitgeber einem schwerbehinderten Arbeitnehmer in Kenntnis von dessen Schwerbehinderteneigenschaft - die auch auf der Offenkundigkeit der Behinderung beruhen kann -, ohne zuvor nach § 85 SGB IX die erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eingeholt zu haben, kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen. Nach einem Urteil des Zweiten Senats vom 13. Februar 2008 (- 2 AZR 864/06 -)<sup>88</sup> beginnt gemäß § 4 Satz 4 KSchG in derartigen Fällen die dreiwöchige Klagefrist gemäß § 4 Satz 1 KSchG erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer. Ist dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers oder dessen Gleichstellung nicht bekannt und hat er die Zustimmung des Integrationsamts deshalb nicht beantragt, muss sich der Arbeitnehmer zur Erhaltung seines Sonderkündigungsschutzes nach § 85 SGB IX innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf diesen Sonderkündigungsschutz berufen. Teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seinen Schwerbehindertenstatus oder seine Gleichstellung nicht rechtzeitig mit, kann er sich auf den Sonderkündigungsschutz nicht mehr berufen und ist mit Ablauf der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG der eigentlich gegebene Nichtigkeitsgrund nach § 134 BGB iVm. § 85 SGB IX wegen § 7 KSchG geheilt. § 4 Satz 4 KSchG kommt nicht zur Anwendung, weil eine Entscheidung nicht erforderlich war und dem Arbeitnehmer deshalb auch nicht bekannt gegeben werden

---

<sup>88</sup> ArbRB 2008, 265-266 (Anm. Reufels); AuA 2008, 760-761 (Anm. Weingarten); DB 2008, 1920-1922; NZA 2008, 1055-1060; MDR 2008, 1167-1168; Behindertenrecht 2008, 176-182; EzA § 4 nF KSchG Nr 83; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Schwerbehinderte Nr 13; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 106/08 (L); PflR 2008, 405 (L, K); ZAP EN-Nr 566/2008 (L); AE 2008, 217-218 (red. L); ArbuR 2008, 320 (L); PersR 2008, 386 (L); PersF 2008, Heft 11, 91 (L); ZTR 2008, 629 (red. L); FA 2008, 380-381 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 12, 28 (red. L)

konnte. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seinen Schwerbehindertenstatus oder seine Gleichstellung innerhalb von drei Wochen nach der Kündigung mitteilt. Dann kann sich er zwar auf den Sonderkündigungsschutz berufen, muss aber zugleich die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG einhalten, weil zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung dem Arbeitgeber der Sonderkündigungsschutz nicht bekannt war und er eine Zustimmung nicht beantragen konnte.

## **5. Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 78a BetrVG**

Nach § 78a Abs. 2 Satz 1 BetrVG gilt zwischen einem Auszubildenden, der Mitglied des Betriebsrats oder eines der anderen dort genannten Betriebsverfassungsorgane ist, und dem Arbeitgeber im Anschluss an das Berufsausbildungsverhältnis ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit als begründet, wenn der Auszubildende in den letzten drei Monaten vor Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber schriftlich die Weiterbeschäftigung verlangt. Der Arbeitgeber kann die Auflösung des kraft Gesetzes entstehenden Arbeitsverhältnisses unter den Voraussetzungen des § 78a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BetrVG nur erreichen, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer ihm unter Berücksichtigung aller Umstände die Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann. Der Begriff der Zumutbarkeit in § 78a Abs. 4 Satz 1 BetrVG stimmt mit dem in § 626 Abs. 1 BGB inhaltlich nicht überein. Durch die Entscheidung des Arbeitgebers, die in seinem Betrieb anfallenden Arbeitsaufgaben künftig Leiharbeitnehmern zu übertragen, wird weder die Anzahl der Arbeitsplätze noch die Arbeitsmenge, für deren Bewältigung der Arbeitgeber Arbeitnehmer einsetzt, verändert. Durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern entfällt lediglich der Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern, die in einem durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Dies führt nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 16. Juli 2008 (- 7 ABR 13/07 -)<sup>89</sup> nicht zur Unzumutbarkeit iSd. § 78a Abs. 4 BetrVG.

---

<sup>89</sup> EzA-SD 2008, Nr 25, 6-9; EBE/BAG 2008, 186-190; BB 2008, 2737 (L)

## **6. Tarifliche Abfindung**

Nach § 4 Abs. 1 und 2 des Tarifvertrags zur sozialen Absicherung hat ein unter den BAT-O fallender Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis aus Gründen des Personalabbaus gekündigt wird, einen Anspruch auf eine Abfindung in Höhe von einem Viertel der letzten Monatsvergütung für jedes volle Jahr der Beschäftigungszeit. Nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 30. Oktober 2008 (- 6 AZR 738/07 -)<sup>90</sup> sind die Anspruchsvoraussetzungen der Tarifnorm erfüllt, wenn eine Mehrzahl von Arbeitnehmern aus betriebsbedingten Gründen auf Grund von Arbeitgeberkündigungen oder Auflösungsvereinbarungen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. § 4 des Tarifvertrags kann nicht entnommen werden, dass der Personalabbau die Zahlen des § 17 KSchG erreichen muss. Der Senat hat die Fragen offengelassen, ob auch der Wegfall einer einzelnen Stelle einen Personalabbau darstellt und der Abfindungsanspruch nur besteht, wenn es im Rahmen einer Umstrukturierung zu einem Personalabbau kommt. Der Annahme eines Personalabbaus iSd. Tarifbestimmung steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber in Tätigkeitsbereichen, in denen die gekündigten Arbeitnehmer nicht einsetzbar sind, Neueinstellungen vornimmt.

## **V. Betriebsübergang**

### **1. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs**

Die Vorschrift des § 613a Abs. 1 BGB setzt den rechtsgeschäftlichen Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber voraus. Erforderlich ist die Wahrung der Identität der betreffenden wirtschaftlichen Einheit. Der Begriff wirtschaftliche Einheit bezieht sich auf eine organisatorische Gesamtheit von Personen und/oder Sachen zur auf Dauer angelegten Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann auch eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit ist anzunehmen, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die betreffende Tätigkeit weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, das sein Vor-

---

<sup>90</sup> Noch nicht veröffentlicht.

gänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hat. Hingegen stellt die bloße Fortführung der Tätigkeit durch einen anderen Auftragnehmer (Funktionsnachfolge) keinen Betriebsübergang dar.<sup>91</sup> Gründet ein Kommunalunternehmen, das Krankenhäuser betreibt, eine Service GmbH und übernimmt diese alle Reinigungskräfte der Krankenhäuser, liegt nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 21. Mai 2008 (- 8 AZR 481/07 -)<sup>92</sup> ein Betriebsteilübergang auf die Servicegesellschaft vor, wenn die GmbH im Wege der Arbeitnehmerüberlassung alle übernommenen Reinigungskräfte an das Kommunalunternehmen „zurückverleiht“ und diese dort die gleichen Tätigkeiten verrichten wie bisher. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ausschließlicher Gegenstand des Unternehmens der Service GmbH die Gestellung von Personal an das Kommunalunternehmen oder an dessen Tochterunternehmen ist.

Mit Urteil vom 25. September 2008 (- 8 AZR 607/07 -)<sup>93</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass kein Betriebsübergang vorliegt, wenn die Bundeswehr den Auftrag zur Bewachung eines Truppenübungsplatzes an ein anderes Bewachungsunternehmen als das bisherige vergibt, sofern es sich dabei um eine reine Auftragsnachfolge handelt. Eine solche ist nicht gegeben, wenn der neue Auftragnehmer einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des bisherigen Personals oder identitätsprägende Betriebsmittel übernimmt.

Im Rahmen einer Befristungskontrollklage hat der Achte Senat mit Urteil vom 30. Oktober 2008 (- 8 AZR 855/07 -)<sup>94</sup> ausgeführt, dass die Übertragung bisher von der Bundeswehr durchgeführter militärischer Instandsetzungsarbeiten auf eine neu gegründete GmbH keinen Betriebsübergang darstellt, wenn die bisherige Instandsetzungseinheit der Bundeswehr aufgelöst wird. Der Arbeitsvertrag des zivilen Klägers konnte daher wirksam „bis zur Auflösung des Regionalen Instandsetzungszentrums“ befristet werden.

---

<sup>91</sup> St. Rspr. vgl. zB BAG 6. April 2006 - 8 AZR 249/04 - BAGE 117, 361-370; AP Nr 303 zu § 613a BGB (Anm. Melot de Beauregard); BB 2006, 2192-2195 (Anm. Schnitker); ArbRB 2006, 294-295 (Anm. Lunk); AuA 2006, 365-366 (Anm. Gastell); DB 2006, 2127-2129 (Anm. Bayreuther); EWiR 2006, 553-554 (Anm. Hollich); ZIP 2006, 1695-1697; NZA 2006, 1039-1042; EzA § 613a BGB 2002 Nr 52; DZWIR 2007, 21-23; AR-Blattei ES 500 Nr 198; MDR 2007, 39; EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 2; ZInsO 2008, 53-56

<sup>92</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>93</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>94</sup> Noch nicht veröffentlicht.



## 2. Gesamtrechtsnachfolge

Bei gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge rückt der neue Rechtsträger in die Arbeitgeberstellung ein, ohne dass es auf einen Betriebsübergang iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ankäme. Wird eine Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft verschmolzen oder wachsen einer Kapitalgesellschaft als letzter verbleibender Gesellschafterin einer Personengesellschaft alle Anteile an, liegt ein solcher Fall der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge vor. Der Achte Senat konnte in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2008 (- 8 AZR 157/07 -)<sup>95</sup> offen lassen, ob zugleich ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB vorlag. Er hat allerdings darauf hingewiesen, dass die Identität des Betriebsinhabers gewechselt habe und dies rechtsgeschäftlich veranlasst worden sei, was für das Vorliegen eines Betriebsübergangs spreche. Ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang eines Arbeitsverhältnisses infolge Betriebsübergangs besteht in den Fällen nicht, in denen der bisherige Rechtsträger erlischt und der neue Arbeitgeber durch gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in die Arbeitsverhältnisse eintritt. Will der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bei dem neuen Arbeitgeber nicht fortsetzen, kann er ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Bei Erlöschen seines bisherigen Arbeitgebers steht dem Arbeitnehmer ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB wegen seiner durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertrags- und Berufsfreiheit zu. Ein Schadensersatzanspruch nach § 628 Abs. 2 BGB besteht in diesen Fällen grundsätzlich nicht. Eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung, die zum Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers führt, ist kein vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers.

Durch Landesgesetze können die Rechtsträger des öffentlichen Dienstes umstrukturiert werden. Solche Gesetze können vorsehen, dass die Arbeitsverhältnisse der in den umstrukturierten Bereichen Beschäftigten auf einen neuen Rechtsträger übergeleitet werden, ohne den Arbeitnehmern ein Recht zum Widerspruch gegen den

---

<sup>95</sup> AP Nr 342 zu § 613a BGB; ArbRB 2008, 230 (Anm. Mues); AuA 2008, 629 (Anm. Kappel); BB 2008, 1739 (Anm. Neufeld); sj 2008, Heft 21, 37-38 (Anm. Lüers); DB 2008, 1578-1580; ZIP 2008, 1296-1300; NZA 2008, 815-819; MDR 2008, 1045-1046; EzA § 613a BGB 2002 Nr 90; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 90/08 (L); NJW-Spezial 2008, 434 (red. L, K); FA 2008, 238 (L, K); ZInsO 2008, 928 (L); ArbR 2008, 318 (L); PersR 2008, 342 (L); ZAP EN-Nr 602/2008 (L)

Übergang ihres Arbeitsverhältnisses einzuräumen.<sup>96</sup> Ein Widerspruchsrecht ergibt sich auch nicht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, da es sich bei Umstrukturierungen kraft Gesetzes nicht um einen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang handelt. Das Europäische Gemeinschaftsrecht sieht ein solches Widerspruchsrecht ebenfalls nicht vor. Die freie Wahl des Arbeitgebers ist aber durch das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 GG geschützt. Eine gesetzliche Regelung, durch die der Arbeitgeber ausgewechselt wird, greift in dieses Grundrecht ein. Der Eingriff ist verfassungsgemäß, soweit er durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und verhältnismäßig ist. Mit Urteil vom 18. Dezember 2008 (- 8 AZR 660/07-)<sup>97</sup> hat der Achte Senat das Vorliegen solcher Gründe in Bezug auf ein Landesgesetz bejaht, durch das zwei Universitätskliniken zu einer neuen Anstalt des öffentlichen Rechts zusammengelegt wurden. Kraft Gesetzes wurden die Arbeitsverhältnisse der nicht wissenschaftlich Tätigen auf die neue Anstalt übergeleitet. Das Landesparlament war zur Gesetzgebung befugt, weil der Bundesgesetzgeber nur rechtsgeschäftliche Betriebsübergänge und zivilrechtliche Umwandlungen geregelt hat. Der Eingriff des Landesgesetzgebers in die grundrechtlich geschützte Berufsausübungsfreiheit des Klägers ist gerechtfertigt. Die Umstrukturierung und die Privatisierung des Klinikum-Betriebs dienen dem im öffentlichen Interesse liegenden Erhalt beider Kliniken und der Weiterführung der wissenschaftlichen Forschung und Lehre an beiden Standorten. Der Eingriff war verhältnismäßig und außerdem von einer Reihe weiterer Maßnahmen - z. B. einer mehrjährigen Beschäftigungssicherung - begleitet.

### 3. Altersteilzeit

Mit Urteil vom 31. Januar 2008 (- 8 AZR 27/07 -)<sup>98</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Falle eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auch dann auf den Betriebserwerber übergeht, wenn sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Übergangs in der Freistellungsphase seines Altersteil-

---

<sup>96</sup> Vgl. bereits BAG 2. März 2006 - 8 AZR 124/05 - BAGE 117, 184-201; AP Nr 25 zu § 419 BGB Funktionsnachfolge (Anm. Moll); AR-Blattei ES 500 Nr 195a (Anm. Hergenröder); ArbRB 2006, 203 (Anm. Ohle); EWiR 2006, 393-394 (Anm. Thüsing); BB 2006, 1339-1344; ZTR 2006, 379-383; DB 2006, 1680-1682; NZA 2006, 848-854; EzA § 613a BGB 2002 Nr 48; PersR 2006, 374-380; MDR 2006, 1298-1299; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 1; EBE/BAG Beilage 2006, Ls 58/06 (L); ArbuR 2006, 251 (L); FA 2006, 217-218 (L); PersV 2006, 315 (red. L); AiB 2007, 242 (L)

<sup>97</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>98</sup> AP Nr 340 zu § 613a BGB; BB 2008, 1739-1740 (Anm. Vogt); sj 2008, Nr 19, 41-42 (Anm. Linnartz); EWiR 2008, 611-612 (Anm. Lelley); ArbRB 2008, 237-238 (Anm. Reufels); dbr 2008, Nr 12, 40-41 (Anm. Richter); ZIP 2008, 1133-1137; DB 2008, 1438-1440; NZA 2008, 705-709; EBE/BAG 2008, 101-104; ZTR 2008, 450-451; EzA § 613a BGB 2002 Nr 89; MDR 2008, 980; ArbuR 2008, 274 (L); FA 2008, 272 (L, K); PersF 2008, Heft 9, 93 (L); PersR 2008, 386 (L)

zeitarbeitsverhältnisses befindet. Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen, bei denen keine Beschäftigungspflicht (mehr) besteht, zu einem bestimmten Betriebsteil, hat nach dem zuletzt innegehabten Arbeitsplatz zu erfolgen.

Mit Urteil vom 30. Oktober 2008 (- 8 AZR 54/07 -)<sup>99</sup> hat der Achte Senat entschieden, dass die Grundsätze zum Übergang eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im sog. Blockmodell nach Ende der Arbeitsphase grundsätzlich auch bei einem Betriebserwerb nach Eröffnung der Insolvenz gelten. In diesem Fall sind die bereits erarbeiteten Vergütungsansprüche des nicht arbeitspflichtigen Altersteilzeit-Arbeitnehmers Insolvenzforderungen, für die der Betriebserwerber nicht haftet.

#### 4. Fortgeltung von Kollektivverträgen

Tariflich geregelte Ansprüche auf Versorgung, die gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem neuen Arbeitgeber werden, können nach der Entscheidung des Dritten Senats vom 13. November 2007 (- 3 AZR 191/06 -)<sup>100</sup> nicht im Wege der „Über-Kreuz-Ablösung“ durch eine beim Erwerber bestehende Betriebsvereinbarung abgelöst werden. Außerhalb des Bereichs der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats scheidet eine Über-Kreuz-Ablösung der Rechtsnormen eines Tarifvertrags durch Regelungen einer Betriebsvereinbarung aus.<sup>101</sup> Zwar hat der Betriebsrat auch bei Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8, Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen; entscheidend ist jedoch, dass der Regelungsgegenstand „Altersversorgung“ nur teilmitbestimmt ist. Damit fehlt es an der notwendigen Kongruenz des Umfangs der „erzwingbaren“ Regelungsmacht der Tarifparteien auf der einen und der Betriebsparteien auf der anderen Seite.

---

<sup>99</sup> zVv.

<sup>100</sup> AP Nr 336 zu § 613a BGB; ArbRB 2008, 205-206 (Anm. Marquardt); AuA 2008, 114-115 (Anm. Stück); EWiR 2008, 427-428 (Anm. Bergemann); jurisPR-ArbR 31/2008 Anm. 6 (Anm. Langohr-Plato); ZIP 2008, 890-893; NZA 2008, 600-603; DB 2008, 1506-1508; MDR 2008, 752-753; EzA § 613a BGB 2002 Nr 87; EzTöD 100 § 25 TVöD-AT Nr 7; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 62/08 (L); BB 2008, 1001 (L); ArbuR 2008, 230 (L); PersF 2008, Heft 7, 96 (L); FA 2008, 215 (L, red. L); ZBVR online 2008, Nr 2, 19 (red. L)

<sup>101</sup> BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 32 ff., AP Nr 337 zu § 613a BGB (Anm. Wiese); ArbRB 2008, 169 (Anm. Mues); BB 2008, 1290-1291 (Anm. Beeken); EWiR 2008, 517-518 (Anm. Schreiner); ZIP 2008, 710-714; DB 2008, 935-937; NZA 2008, 542-546; EBE/BAG 2008, 82-85; MDR 2008, 695; ZTR 2008, 390-393; EzA § 613a BGB 2002 Nr 83; ArbuR 2008, 192 (L); PersF 2008, Heft 7, 96 (L); FA 2008, 206 (L, K)

## 5. Unterrichtung der Arbeitnehmer und Widerspruchsrecht

Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat gemäß § 613a Abs. 5 BGB die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang ua. über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs zu unterrichten. Nach einem Urteil des Achten Senats vom 31. Januar 2008 (- 8 AZR 1116/06 -)<sup>102</sup> gehört hierzu auch die Unterrichtung darüber, dass der Betriebserwerber nur die beweglichen Anlageteile des Betriebs, nicht jedoch das Betriebsgrundstück übernimmt. § 613a Abs. 5 BGB gebietet eine Information des Arbeitnehmers auch über die mittelbaren Folgen eines Betriebsübergangs, wenn durch diesen die Rechtspositionen des Arbeitnehmers zwar nicht unmittelbar betroffen sind, die ökonomischen Rahmenbedingungen des Betriebsübergangs jedoch zu einer so gravierenden Gefährdung seiner wirtschaftlichen Absicherung beim neuen Betriebsinhaber führen, dass dieser Umstand als ein wesentliches Kriterium für einen möglichen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn die Arbeitsplatzsicherheit beim Betriebserwerber betroffen ist. Die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB stellt eine Rechtspflicht dar, deren Verletzung gem. § 280 Abs. 1 BGB eine Schadensersatzpflicht des Unterrichtenden begründen kann. Der Arbeitnehmer, der sich auf eine unzulängliche Unterrichtung beruft, kann verlangen so gestellt zu werden, wie er gestanden hätte, wenn er richtig und vollständig informiert worden wäre. Dafür muss er vortragen und beweisen, dass ihm infolge der mangelhaften Unterrichtung der geltend gemachte Schaden entstanden ist.

Zu den rechtlichen Folgen, über die die Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB zu unterrichten sind, gehören zunächst die sich unmittelbar aus dem Betriebsübergang als solchem ergebenden Rechtsfolgen. Dies erfordert einen Hinweis auf den Eintritt des Übernehmers in die Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB), auf die Gesamtschuldnerschaft von Übernehmer und Veräußerer nach § 613a Abs. 2 BGB und auch auf die kündigungsrechtliche Situation. Zur Mitteilung über die beim Übernehmer geltenden Rechten und Pflichten gehört der Hinweis auf die Anwendbarkeit tariflicher Normen und darauf, welche beim Veräußerer geltenden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durch beim Erwerber geltende Tarifverträge abgelöst werden. Auch über das Recht zum Widerspruch gegen den Ü-

---

<sup>102</sup> AP Nr 2 zu § 613a BGB Unterrichtung; BB 2008, 1342-1348 (Anm. Bittmann / Rosemann); EWiR 2008, 457-458 (Anm. Bieszk); sj 2008, 39-40 (Anm. Schlüter); jurisPR-ArbR 22/2008 Anm 2 (Anm. Reinhard); ZIP 2008, 987-991; NZA 2008, 642-645; EzA § 613a BGB 2002 Nr 85; ZInsO 2008, 219-220 (red. L,

bergang des Arbeitsverhältnisses ist zu informieren. Wie der Widerspruch nach § 613a Abs. 6 BGB auszuüben ist, muss ebenfalls erläutert werden: Hinzuweisen ist auf die Schriftform, auf die Frist und darauf, dass neuer wie alter Arbeitgeber als Adressaten in Betracht kommen. Der Achte Senat hat mit Urteil vom 20. März 2008 (- 8 AZR 1016/06 -)<sup>103</sup> eine Unterrichtung für nicht ordnungsgemäß befunden, bei der eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Nachhaftung gemäß § 613a Abs. 2 BGB fehlte. Auch die Information über die Folgen eines Widerspruchs war zum Teil nicht zutreffend. Nur eine ordnungsgemäße Unterrichtung setzt die Widerspruchsfrist in Gang.<sup>104</sup> Das Widerspruchsrecht kann auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden. Es wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück. Es ist verwirkt, wenn der Verpflichtete annehmen durfte, er werde nicht mehr in Anspruch genommen. Die bloße Weiterarbeit beim Betriebserwerber stellt kein ausreichendes Umstandsmoment dar.<sup>105</sup>

Obwohl in § 613a Abs. 5 BGB nicht ausdrücklich erwähnt, gehört zu einer Unterrichtung über einen Betriebsübergang, dass dem Arbeitnehmer eindeutig mitgeteilt wird, auf wen der Betrieb übergehen soll und wer sein neuer Arbeitgeber wird. Deshalb ist der Arbeitnehmer über die Identität des Betriebsübernehmers zu informieren, was die Angabe des Namens oder der Firma (§ 17 Abs. 1 HGB) des Erwerbers nebst Anschrift erfordert. Nach der Entscheidung des Achten Senats vom 21. August 2008 (- 8 AZR 407/07 -)<sup>106</sup> genügt eine Unterrichtung den Anforderungen nicht, wenn lediglich mitgeteilt wird, es sei beabsichtigt, zwecks Ausgliederung eines Betriebsteils „eine eigene GmbH“ zu gründen, oder der Hinweis erfolgt, das Arbeitsverhältnis gehe „mit allen Rechten und Pflichten auf die neue GmbH über“. Um wen es sich bei dieser „neuen GmbH“ handelte, hatte die beklagte Arbeitgeberin nicht mitgeteilt. Auch nachdem die GmbH gegründet worden war, erfolgte keine förmliche (§ 613a Abs. 5 BGB)

---

K); NJW-Spezial 2008, 276 (red. L, K); DB 2008, 1161 (red. L); FA 2008, 207 (red. L, K); AiB 2008, 610 (red. L, K)

<sup>103</sup> EzA-SD 2008, Nr 18, 8-11; BB 2008, 2072-2076 (Anm. Bittmann); ArbRB 2008, 295-296 (Anm. Mues); DB 2008, 1922 (red. L); PersR 2008, 431 (red. L); NJW-Spezial 2008, 690-691 (red. L, K); ZAP EN-Nr 722/2008 (red. L); FA 2008, 333 (red. L, K); AiB Newsletter 2008, Nr 12, 1 (red. L)

<sup>104</sup> BAG 13. Juli 2006 - 8 AZR 305/05 - BAGE 119, 91-102; AP Nr 312 zu § 613a BGB; AR-Blattei ES 500 Nr 200 (Anm. Hergenröder); jurisPR-ArbR 47/2006 Anm. 2 (Anm. Gravenhorst); ArbRB 2007, 7-8 (Anm. Mues); dbr 2007, Nr 5, 39 (Anm. Silberberger); RdA 2007, 367-372 (Anm. Grau); AuA 2007, 181-182 (Anm. Ubber); BB 2006, 2583-2588 (Anm. Melot de Beauregard); ArbuR 2007, 215-219 (Anm. Adam); NJW 2007, 246-250; ZIP 2006, 2050-2054; DB 2006, 2406-2409; EBE/BAG 2006, 172-176; NZA 2006, 1268-1273; DRsp VI(602) 185a-d; EzA § 613a BGB 2002 Nr 56; DZWIR 2007, 196-199; EzTöD 100 § 2 TVöD-AT Betriebsübergang Nr 5; SAE 2007, 322-327; ZInsO 2007, 1170-1174

<sup>105</sup> Vgl. auch BAG 24. Juli 2008 - 8 AZR 73/07 - noch nicht veröffentlicht.

<sup>106</sup> EzA-SD 2008, Nr 24, 12 (red. L); BB 2008, 1954 (K); ArbuR 2008, 311 (K); AuA 2008, 623 (K); FA 2008, 312 (K); ZMV 2008, 265-266 (K); AiB Newsletter 2008, Nr 10, 4 (K); ZBVR online 2008, Nr 10, 23 (K); PersF 2008, Heft 11, 92 (K)

Unterrichtung über ihre Identität. Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer seine Vergütung von der Erwerberin bezieht und für diese seine Arbeitsleistung erbringt, ersetzt nicht eine ordnungsgemäße Unterrichtung über deren Identität.

## VI. Betriebliche Altersversorgung

Ein Arbeitnehmer, der im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine Altersrente erfüllt hat, ist Versorgungsempfänger iSd. § 7 Abs. 1 BetrAVG. Er hat die vom Arbeitgeber erwartete Arbeitsleistung und Betriebstreue für die zugesagte Betriebsrente bereits erbracht. § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG bestimmt, was unter Altersgrenze bei der Berechnung des Zeitwertfaktors zu verstehen ist: Nach der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden aF wurde an die Vollendung des 65. Lebensjahres oder das Erreichen der in der Versorgungsregelung vorgesehenen früheren „festen Altersgrenze“ angeknüpft. Im Urteil vom 17. September 2008 (- 3 AZR 865/06 -)<sup>107</sup> hat der Dritte Senat ausgeführt, dass die feste Altersgrenze den Zeitpunkt bezeichnet, zu dem nach der Versorgungszusage im Regelfall - und zwar unabhängig von den Voraussetzungen des § 6 BetrAVG - mit einer Inanspruchnahme der Betriebsrente und dem altersbedingten Ausscheiden aus dem Berufs- und Erwerbsleben zu rechnen ist. Nicht erforderlich ist, dass das Ende des Arbeitsverhältnisses von vornherein bindend festgelegt ist. Für den gesetzlichen Insolvenzschutz ist die in der Versorgungsordnung vorgesehene feste Altersgrenze allerdings nur verbindlich, soweit die vorgesehenen Leistungen als Altersversorgung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG anzusehen sind. Entscheidend ist die Versorgungszusage und nicht die spätere tatsächliche Entwicklung.

Betriebliche Altersversorgung liegt vor, wenn die im Betriebsrentengesetz abschließend aufgezählten Voraussetzungen erfüllt sind. Der Arbeitgeber muss die Zusage aus Anlass eines Arbeitsverhältnisses erteilen. Die Leistungspflicht muss nach dem Inhalt der Zusage durch ein im Gesetz genanntes biologisches Ereignis (Alter, Invalidität oder Tod) ausgelöst werden. Die zugesagte Leistung muss einem Versorgungszweck dienen. Unter einer „Versorgung“ sind alle Leistungen zu verstehen, die den Lebensstandard des Arbeitnehmers oder seiner Hinterbliebenen im Versorgungsfall, wenn auch nur zeitweilig, verbessern sollen. Auf die Bezeichnung der Leistung und sonstige Formalien kommt es nicht an. Auch eine zeitliche Befristung der Leistung ist unschädlich. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, aus welchen Gründen und aus welchem Anlass die

Versorgungsleistung versprochen wurde. Daher können nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 28. Oktober 2008 (- 3 AZR 317/07 -)<sup>108</sup> auch mit Eintritt in den Ruhestand zu entrichtende „Übergangsbezüge“ betriebliche Altersversorgung darstellen, die zum Ausgleich dafür zugesagt wurden, dass sich der Arbeitnehmer mit einem Herabsetzen der festen Altersgrenze von 65 auf 60 Jahren einverstanden erklärt hat.

Die meisten Versorgungszusagen sehen die Zahlung der vollen Betriebsrente nur für den Fall vor, dass der Arbeitnehmer mit Erreichen der jeweils bestimmten festen Altersgrenze (Versorgungsfall) ausscheidet. Scheidet er vor diesem Zeitpunkt mit einer unverfallbaren Anwartschaft aus, gilt hinsichtlich der Höhe der Betriebsrente § 2 BetrAVG. Auf den Grund des Ausscheidens kommt es nicht an. Nach § 2 Abs. 1 BetrAVG ist die bei Betriebstreue bis zur festen Altersgrenze erreichbare Betriebsrente im Verhältnis der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit zu der bis zur festen Altersgrenze möglichen Betriebszugehörigkeit zu kürzen. Das gilt nach der Entscheidung des Dritten Senats vom 17. September 2008 (- 3 AZR 1061/06 -)<sup>109</sup> auch dann, wenn die Versorgungsordnung für jedes Jahr der Beschäftigung einen festen Betrag oder einen bestimmten Prozentsatz des letzten Gehalts vorsieht, dies aber in der Höhe begrenzt. Auch wenn der vor Erreichen der Altersgrenze ausscheidende Arbeitnehmer den Höchstsatz der monatlichen Altersrente erreicht hatte und die Kappungsgrenze folglich auf ihn anwendbar ist, kann der Arbeitgeber eine Kürzung nach § 2 Abs. 1 BetrAVG vornehmen.

Mit Urteil vom 11. Dezember 2007 (- 3 AZR 249/06 -)<sup>110</sup> hat der Dritte Senat entschieden, dass das AGG trotz der in § 2 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Verweisung auf das Betriebsrentengesetz auch für die betriebliche Altersversorgung gilt, soweit das Betriebsrentenrecht nicht vorrangige Sonderregelungen enthält. § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG bewirkt jedoch, dass - in Abweichung zu § 32 AGG - Regelungen des Betriebsrentengesetzes über Differenzierungen, die Bezug zu den in § 1 AGG erwähnten Merkmalen haben, vom AGG nicht berührt werden. Das gilt zB hinsichtlich der an das Merkmal „Alter“ anknüpfenden Vorschriften zur gesetzlichen Unverfallbarkeit. Liegt im

---

<sup>107</sup> zVv.

<sup>108</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>109</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>110</sup> AP Nr 1 zu § 2 AGG; BB 2008, 557-562 (Anm. Walk); jurisPR-ArbR 20/2008 Anm. 1 (Anm. Langohr-Plato); ArbRB 2008, 141-142 (Anm. Werxhausen); dbr 2008, Nr 8, 41-42 (Anm. Silberberger); EWiR 2008, 417-418 (Anm. Bezani); ZIP 2008, 520-526; DB 2008, 766-768; NZA 2008, 532-537; FamRZ 2008, 880-882; MDR 2008, 574-575; ZTR 2008, 324-325; EZA § 2 AGG Nr 1; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 40/08 (L); ArbuR 2008, 161 (L); FA 2008, 152-153 (L, red. L); ArbuR 2008, 193 (L); NJW 2008, 2458 (L)

Hinblick auf bestimmte Entgeltbedingungen eine unerlaubte Benachteiligung nach dem AGG vor, folgt aus den Wertungen aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Abs. 2 AGG eine Grundlage für Ansprüche auf gleiches Entgelt für gleiche und gleichwertige Arbeit. Auch eine Hinterbliebenenversorgung ist Entgelt in diesem Sinne. Der Senat konnte es im entschiedenen Fall dahin stehen lassen, ob es für die zeitliche Anwendbarkeit des AGG auf den Erwerb von Anwartschaften im Arbeitsverhältnis oder den Leistungszeitpunkt ankommt, weil der streitgegenständliche Anspruch auch nach alter Rechtslage gegeben war.

Gewährt der Arbeitgeber betriebliche Altersversorgung, die durch Abführung von Beiträgen an eine Einrichtung durchgeführt wird, der gegenüber der Arbeitnehmer einen Leistungsanspruch hat, kommt es für die Überprüfung unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nicht auf die Höhe der Beiträge, sondern auf die gewährten Leistungen an. Leistungsansprüche außerhalb des jeweils in Frage stehenden Sachkomplexes können dabei allenfalls zur Rechtfertigung von Unterscheidungen herangezogen werden. Wird die betriebliche Altersversorgung von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt, die dem Arbeitnehmer und seinen Hinterbliebenen einen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen gewährt, richten sich Ansprüche, die aus verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten abgeleitet sind, sowohl gegen den Arbeitgeber, der die Versorgungszusage erteilt hat, als auch gegen die Versorgungseinrichtung. Diese kann jedenfalls dann in Anspruch genommen werden, wenn - wie im Streitfall - auch der versicherte Arbeitnehmer Versicherungsnehmer ist. Gründe des Vertrauensschutzes stehen dem nicht entgegen, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich in die Versorgungseinrichtung aufgenommen wurde und sich die unerlaubte Benachteiligung aus deren Leistungsregeln ergibt.

Eine Befugnis zur Anpassung eines Versorgungswerks wegen Störung der Geschäftsgrundlage kann sich dann ergeben, wenn sich die zugrunde gelegte Rechtslage nach Schaffung des Versorgungswerks wesentlich und unerwartet geändert und dies beim Arbeitgeber zu erheblichen Mehrbelastungen geführt hat (Äquivalenzstörung). Ein Arbeitgeber, der eine Gesamtversorgungszusage erteilt hat, ist nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) berechtigt, eine Anpassung der Versorgungsregelungen zu verlangen, wenn der ursprüngliche Dotierungsrahmen auf Grund von Änderungen der Rechtslage um mehr als 50% überschritten wird. Die Er-



teilung einer Gesamtversorgungszusage stellt die Übernahme eines gesteigerten Risikos dar. Dies hat der Dritte Senat mit Urteil vom 19. Februar 2008 (- 3 AZR 290/06 -)<sup>111</sup> entschieden. Bei kollektiven Versorgungszusagen ist auf die Entwicklung der wirtschaftlichen Belastung in dem Zeitraum zwischen der Schaffung des Versorgungswerks und dem Zeitpunkt, zu dem eine Anpassung verlangt wird, abzustellen. Ob bei Gesamtversorgungssystemen eine Äquivalenzstörung vorliegt, ist grundsätzlich unternehmensbezogen anhand eines Barwertvergleichs festzustellen. Der Barwertvergleich hat sich auf die Gesamtheit der nach der bisherigen Regelung versorgten Betriebsrentner und auf den Anpassungsstichtag zu beziehen. Zu vergleichen sind die wirtschaftliche Belastung, die sich bei Zugrundelegung der Rechtslage bei Schaffung des Versorgungswerks ergäbe, und die tatsächliche wirtschaftliche Belastung, die sich bei Zugrundelegung der Rechtslage zum Anpassungsstichtag ergibt.

Im Urteil vom 17. Juni 2008 (- 3 AZR 409/06 -)<sup>112</sup> hat der Dritte Senat nochmals<sup>113</sup> betont, dass sich die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auch auf Betriebsrentner erstreckt. Dem steht nicht entgegen, dass Betriebsrentner bereits aus dem Arbeitsleben ausgeschieden sind. Gewerkschaftsmitglieder, die Betriebsrentner sind, haben einen Anspruch darauf, an den sie betreffenden Entscheidungen tarifpolitisch ebenso mitzuwirken, wie noch aktive Arbeitnehmer. Das folgt nunmehr aus § 18 AGG. Danach gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts und damit auch das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (§ 17. Alt. iVm. §§ 3 und 7 AGG) auch für die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in einer Tarifvertragspartei (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Eingriffe der Tarifvertragsparteien in bestehende betriebsrentenrechtliche Regelungen sind nicht an dem vom Senat hierfür entwickelten dreistufigen Prüfungsschema und den diesem zu Grunde liegenden Grundgedanken zu überprüfen, weil die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien in der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) verankert ist. Der den Tarifvertragsparteien zustehende Beurteilungs- und Ermessensspielraum ist zu beachten. Die Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien ist allerdings nicht inhaltlich unbe-

---

<sup>111</sup> AP Nr 5 zu § 313 BGB; ArbRB 2008, 238-239 (Anm. Müller-Mundt); BB 2008, 2188 (Anm. Bader); jurisPR-ArbR 41/2008 Anm. 4 (Anm. Langohr-Plato); DB 2008, 1387-1388; ZTR 2008, 512-514; EzA § 1 BetrAVG Geschäftsgrundlage Nr 4; NZA-RR 2008, 600-604; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 70/08 (L); ArbuR 2008, 277 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L)

<sup>112</sup> jurisPR-ArbR 1/2009 Anm. 5 (Anm. Matthes); DB 2008, 2314-2316; EBE/BAG 2008, 164-168; NZA 2008, 1244-1248; EzA-SD 2008, Nr 21, 9 (L, red. L); ArbuR 2008, 407 (red. L); FA 2008, 377-378 (red. L)

<sup>113</sup> Vgl. bereits BAG 27. Februar 2007 - 3 AZR 734/05 - BAGE 121, 321-335; AP Nr 44 zu § 1 BetrAVG; ArbRB 2007, 233 (Anm. Müller-Mundt); AuA 2008, 57-58 (Anm. Hamisch); DB 2007, 1763-1764; EzA Art 9 GG Nr 90; AR-Blattei ES 460 Nr 453; NZA 2007, 1371-1375; BetrAV 2007, 486-488; EBE/BAG Beilage 2007, Ls 93/07 (L); PersF 2007, Heft 9, 90 (L); FA 2007, 354 (L); ArbuR 2007, 446 (L)

grenzt. Für sie gelten - ebenso wie für den Gesetzgeber - die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit.

Die Zusatzversorgung nach den Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbands (AVR) ist nach einem Urteil des Dritten Senats vom 19. August 2008 (- 3 AZR 383/06 -)<sup>114</sup> wirksam auf das tarifvertraglich geregelte „Punktemodell“ des öffentlichen Dienstes umgestellt worden. § 1 der Versorgungsordnung (Anlage 8 der AVR) verweist ohne Einschränkung auf die Satzungsbestimmungen der kirchlichen Zusatzversorgungskasse. Systemumstellungen bei der Zusatzversorgung sind nicht ausgeklammert. Sie bedurften nicht der Zustimmung der arbeitsrechtlichen Kommission. Die AVR haben es der Zusatzversorgungskasse überlassen, die Zusatzversorgung inhaltlich auszugestalten. Die Kasse hatte dafür zu sorgen, dass die kirchliche Zusatzversorgung mit der des öffentlichen Dienstes übereinstimmt und die für den öffentlichen Dienst geltenden versorgungsrechtlichen Tarifbestimmungen übernommen werden. Die Ablösung der Gesamtversorgung durch das tarifvertragliche Punktemodell ist zulässig, wie der Senat<sup>115</sup> und der Bundesgerichtshof<sup>116</sup> für die Umstellung der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes bereits entschieden haben.

Versorgungsverbindlichkeiten können durch umwandlungsrechtliche Ausgliederung auch auf eine Rentnergesellschaft übertragen werden. Einer Zustimmung der Versorgungsempfänger bedarf es nicht. Ihnen steht auch kein Widerspruchsrecht zu. Nach einem Urteil des Dritten Senats vom 11. März 2008 (- 3 AZR 358/06 -)<sup>117</sup> bleibt die im Handelsregister eingetragene Zuordnung der Versorgungsverbindlichkeiten aufrecht erhalten, selbst wenn der neue Versorgungsschuldner finanziell nicht hinreichend ausgestattet wurde. Die gesellschaftsrechtlichen und umwandlungsrechtlichen Vorschriften regeln den Gläubigerschutz nicht abschließend. Den bisher versorgungspflichtigen Rechtsträger trifft eine vertragliche Nebenpflicht zur hinreichenden Ausstattung der die Versorgungsverbindlichkeiten übernehmenden Gesellschaften. Deren Verletzung kann

---

<sup>114</sup> Noch nicht veröffentlicht.

<sup>115</sup> BAG 27. März 2007 - 3 AZR 299/06 - AP Nr 68 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen; DB 2007, 2847-2849; ZTR 2008, 34-38; NZA-RR 2008, 82-92; EzTöD 711 § 8 ATV-K Nr 1; FA 2007, 384 (red. L); PersV 2008, 77 (red. L); PersR 2007, 494 (red. L)

<sup>116</sup> BGH 14. November 2007 - IV ZR 74/06 - BGHZ 174, 127-179; BB 2008, 508 (Anm. Hock); FamRB 2008, 35-36 (Anm. Gutdeutsch); FamRZ 2008, 395-398 (Anm. Borth); ZMV 2007, 317-318 (Anm. Fey); VuR 2008, 101-104 (Anm. Gansel); BetrAV 2008, 203-213; NVwZ 2008, 455-468; ZTR 2008, 199-206; EzTöD 710 § 33 ATV Nr 2; VersR 2008, 1625-1638

<sup>117</sup> ArbRB 2008, 335-336 (Anm. Marquardt); jurisPR-ArbR 47/2008 Anm. 2 (Anm. Langohr-Plato); sj 2008, Nr 25-26, 47-48 (Anm. Kisters-Kölkes); GmbH-StB 2008, 326-327 (Anm. Görden); ZIP 2008, 1935-1941; DB 2008, 2369-2372; Der Konzern 2008, 519-526; EzA-SD 2008, Nr 20, 10-11 (L, red. L); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 124/08 (L); ArbuR 2008, 405 (L); EWiR 2008, 765 (L)

zu einem Schadensersatzanspruch gegen den übertragenden Rechtsträger führen. Die nach der Umwandlung versorgungspflichtige Gesellschaft ist nur dann ausreichend ausgestattet, wenn sie bei einer realistischen betriebswirtschaftlichen Betrachtung genügend leistungsfähig ist. Bei der Bewertung der Versorgungsverbindlichkeiten sind die Sterbetabellen der Versicherungswirtschaft zugrunde zu legen. Beim Rechnungszinsfuß spricht viel dafür, von der auf einer vernünftigen kaufmännischen Beurteilung beruhenden Bandbreite der Zinssätze auszugehen. Im Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister muss die Finanzierung der betrieblichen Altersversorgung langfristig gesichert sein. Ergebnisabführungsverträge, die zwar eine Verlustübernahme beinhalten, aber jederzeit gekündigt werden können, reichen dafür nicht aus. Der übertragende Rechtsträger kann die gebotene Absicherung der Versorgungsverbindlichkeiten nicht nur durch zusätzliches Kapital, sondern auch durch einen Schuldbeitritt oder ein Garantieverprechen herbeiführen. Grundsätzlich muss die Ausstattung der versorgungspflichtigen Gesellschaft auch für Anpassungen nach § 16 BetrAVG ausreichen. Wenn greifbare Anhaltspunkte für eine unzureichende Ausstattung der Rentnergesellschaft bestehen, kommen Auskunftsansprüche in Betracht, und zwar nicht nur gegen die Rentnergesellschaft, sondern auch gegen den übertragenden Rechtsträger. Diesen treffen nachwirkende Pflichten.

## **2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht**

### **I. Koalitionsrecht**

Im Urteil vom 20. Februar 2008 (- 4 AZR 64/07 -)<sup>118</sup> hat sich der Vierte Senat mit dem „Blitzaustritt“ aus dem Arbeitgeberverband beschäftigt. Die Einführung eines kurzfristigen Sonderaustrittsrechts für einen zunächst noch nicht feststehenden Zeitraum und für einen nicht eingegrenzten Kreis von Vereinsmitgliedern ist jedenfalls keine „punktueller Satzungsbruch“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundes-

---

<sup>118</sup> AP Nr 134 zu Art 9 GG; ArbRB 2008, 267 (Anm. Braun); AuA 2008, 695-696 (Anm. Birnbaum); BB 2008, 2130 (Anm. Lipinski); DB 2008, 1809-1812; NZA 2008, 946-950; ZTR 2008, 543-547; EzA Art 9 GG Nr 94; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 105/08 (L); ArbuR 2008, 322 (L); FA 2008, 313 (L, red. L)

gerichtshofs zum GmbH-Recht<sup>119</sup> und bedarf zu ihrem Wirksamwerden der Eintragung ins Vereinsregister (§ 71 Abs. 1 BGB). Eine unwirksame Austrittserklärung kann in ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags umgedeutet werden (§ 140 BGB), wenn der Erklärung der Wille zu entnehmen ist, unter allen Umständen möglichst kurzfristig und damit ggf. auch einvernehmlich, die Verbandsmitgliedschaft beenden zu wollen. Regelt eine Satzung nur den Austritt aus dem Verband, so besteht mangels entgegenstehender Anhaltspunkte daneben die Möglichkeit einer Vereinbarung über die Beendigung der Mitgliedschaft. Gegenüber der Wirksamkeit einer Vereinbarung über die Beendigung der Mitgliedschaft ohne Einhaltung der allgemeinen Austrittsfristen können im Einzelfall aus koalitionsrechtlichen Gründen Bedenken bestehen. Dies wird insbesondere in Betracht kommen, wenn sich eine solche Vereinbarung als rechtswidrige Beeinträchtigung der koalitionsgemäßen Betätigung des gegnerischen Verbands, etwa im Zuge von Tarifverhandlungen, darstellt. Die Bedenken bestehen dagegen nicht, wenn eine Tarifvertragspartei auf eine kurzfristige, vereinsrechtlich zulässige Beendigung der Mitgliedschaft im gegnerischen Verband auch nach dem Beginn der Tarifverhandlungen noch reagieren kann, etwa weil die Veränderungen transparent gemacht worden sind.

Die in der Satzung vorgesehene Möglichkeit, in einem Arbeitgeberverband Vollmitgliedschaften und Mitgliedschaften ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaften) in Form eines Stufenmodells zu ermöglichen, begegnet nach der Entscheidung des Vierten Senats vom 4. Juni 2008 (- 4 AZR 419/07 -)<sup>120</sup> keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Allein durch die Möglichkeit, die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband auch als OT-Mitgliedschaft zu erwerben, entsteht keine die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems gefährdende Intransparenz. Während die Tarifzuständigkeit eines Verbands anhand der Satzung zuverlässig feststellbar sein muss, ist es nicht erforderlich, dass die Tarifgebundenheit einzelner Mitglieder jederzeit ohne weiteres erkennbar ist. Eine funktionierende Tarifautonomie setzt zwar voraus, dass zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht besteht. Von einer strukturellen Störung der Verhandlungspartität durch jede Form der OT-Mitgliedschaft kann jedoch nicht generell

---

<sup>119</sup> BGH 7. Juni 1993 - II ZR 81/92 - BGHZ 123, 15-22; DSStR 1993, 1303-1304 (Anm. Goette); LM GmbHG § 52 Nr 3 (11/1993) (Anm. Heidenhain); EWiR 1993, 991-992 (Anm. Scheuch); WuB II C § 53 GmbHG 1.94 (Anm. Schöne); EBE/BGH 1993, 230-232; WM 1993, 1337-1340; ZIP 1993, 1074-1076; BB 1993, 1474-1475; GmbHR 1993, 497-499; NJW 1993, 2246-2248; DB 1993, 1713; MDR 1993, 959; DNotZ 1994, 313-315

<sup>120</sup> jurisPR-ArbR 1/2009 Anm. 2 (Anm. Bissels); DB 2008, 2712-2716; EzA-SD 2008, Nr 25, 10-13; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 139/08 (L); BB 2008, 1337 (K); ArbuR 2008, 263 (K); PersF 2008, Heft 8, 109 (K); FA 2008, 253-254 (K)

ausgegangen werden.<sup>121</sup> Es bedarf allerdings einer klaren und eindeutigen Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung. Sie muss grundsätzlich einen Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit gewährleisten. Eine unmittelbare Einflussnahme von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen ist nicht zulässig. Zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist es nicht erforderlich, in der Satzung Mindestfristen für den Wechsel von einer Mitgliedschaft mit Tarifbindung in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung festzuschreiben („Blitzwechsel“). Ein vereinsrechtlich wirksamer Statuswechsel innerhalb eines Arbeitgeberverbands von der Vollmitgliedschaft in die OT-Mitgliedschaft bedarf jedoch dann, wenn er während laufender Tarifverhandlungen erfolgt, zu seiner tarifrechtlichen Wirksamkeit der Transparenz im Verhältnis zu der an der Verhandlung beteiligten Gewerkschaft. Regelmäßig wird insoweit eine Mitteilung des Arbeitgebers oder seines Verbands hiervon zu einem Zeitpunkt erforderlich sein, zu dem die Gewerkschaft mit ihrem Verhalten bezogen auf den betreffenden Tarifvertragsinhalt und -abschluss noch auf die Statusveränderung reagieren kann. Unterbleibt eine solche Offenlegung, bleibt der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 TVG an den Tarifvertrag gebunden, der Gegenstand der Verhandlungen war.

## II. Tarifrecht

Ein Tarifvertrag kann auch nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht wirksam zustande kommen oder durch Genehmigung des vollmachtlosen Handelns durch die vertretene Tarifvertragspartei wirksam werden. Das hat der Vierte Senat im Urteil vom 12. Dezember 2007 (- 4 AZR 996/06 -)<sup>122</sup> betont, auch wenn im zu entscheidenden Fall die entsprechenden Voraussetzungen nicht vorlagen. Eine Tarifnorm, nach welcher ein Tarifvertrag auch für nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehörende Arbeitnehmer „gilt“, verletzt das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit und ist deshalb unwirksam. Die Unwirksamkeit einzelner Tarifnormen bleibt regelmäßig auf die betreffenden Vorschriften beschränkt und führt nicht zur Gesamtnichtigkeit. § 139 BGB findet auf Tarifverträge keine Anwendung. In dem der Entscheidung des Vierten Senats zugrunde liegenden Sachverhalt kam es daher zur Nachwirkung

---

<sup>121</sup> Vgl. BAG 18. Juni 2006 - 1 ABR 36/05 - Rn. 59 f., BAGE 119, 103-121; AP Nr 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; AR-Blattei ES 1550.2.1 Nr 12 (Anm. Hergenröder); AiB 2007, 117-121 (Anm. Unterhinninghofen); ArbRB 2006, 361-362 (Anm. Braun); jurisPR-ArbR 45/2006 Anm. 2 (Anm. Deinert); DB 2006, 2185-2188; NZA 2006, 1225-1232; ZTR 2006, 647-651; EzA § 2 TVG Tarifzuständigkeit Nr 10; SAE 2007, 295-302; EBE/BAG Beilage 2006, Ls 116/06 (L); ArbuR 2006, 414 (L); FA 2006, 382 (L, red. L); PersF 2007, Heft 1, 98 (L); BB 2007, 52 (L); AuA 2007, 243 (red. L); ZBVR online 2006, Nr 10, 15-16 (red. L)

<sup>122</sup> AP Nr 39 zu § 1 TVG; ArbRB 2008, 173 (Anm. Marquardt); NZA 2008, 892-895; ArbuR 2008, 195 (L); PersF 2008, Heft 7, 96 (L); FA 2008, 254 (L)

der tariflichen Regelung. Die Nachwirkung eines Tarifvertrags gem. § 4 Abs. 5 TVG ist statisch; sie erfasst nicht Änderungen des Bezugstarifvertrags, die im Nachwirkungszeitraum vereinbart werden. Beim Betriebsübergang werden auch lediglich nachwirkende Tarifnormen Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB).

Mit der Auflösung eines Arbeitgeberverbands endet nicht ohne weiteres die unmittelbare und zwingende Wirkung der von ihm abgeschlossenen Tarifverträge. Die vom Verband abgeschlossenen Tarifverträge treten nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 23. Januar 2008 (- 4 AZR 312/01 -)<sup>123</sup> auch nicht allein aus diesem Grund in den Zustand der Nachwirkung.<sup>124</sup> Die beschlossene Auflösung eines Arbeitgeberverbands stellt allein keinen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung der von ihm abgeschlossenen Tarifverträge dar. Wenn ein Tarifvertrag die Geltung der Ausschlussfristen davon abhängig macht, dass die für den Betrieb geltenden Tarifverträge im Betrieb zur Einsicht ausliegen und durch Aushang im Betrieb auf die Ausschlussfristen hingewiesen wird, dürfen Ausschlussfristen von Amts wegen nur beachtet werden, wenn diese Voraussetzungen von dem insoweit darlegungspflichtigen Arbeitgeber vorgetragen worden sind.

Mit Urteil vom 7. Mai 2008 (- 4 AZR 229/07 -)<sup>125</sup> hat der Vierte Senat die Auslegungsregel bestätigt, dass bei einem mehrgliedrigen Tarifvertrag (mehrere Tarifvertragsparteien auf Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite) idR davon auszugehen ist, dass es sich um mehrere selbständige Tarifverträge handelt, bei denen jede Tarifvertragspartei die Autonomie über die Vertragsgestaltung, insbesondere das Kündigungsrecht behalten will. Bei einer tarifvertraglichen Verweisung auf einen anderen Tarifvertrag ist durch Auslegung zu ermitteln, ob bei Kündigung der in Bezug genommenen Tarifnormen diese auch im Geltungsbereich des verweisenden Tarifvertrags in den Zustand der Nachwir-

---

<sup>123</sup> AP Nr 36 zu § 3 TVG; ArbRB 2008, 268 (Anm. Schewiola); BB 2008, 1516 (Anm. Boemke); NZA 2008, 771-774; DB 2008, 2032-2034; ZTR 2008, 487-490; EzA § 4 TVG Nr 45; MDR 2008, 980-981; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 84/08 (L); ArbuR 2008, 278 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L); FA 2008, 317 (L, red. L)

<sup>124</sup> Abgrenzung zu BAG 15. Oktober 1986 - 4 AZR 289/85 - BAGE 53, 179-186; AP Nr 4 zu § 3 TVG (Anm. Wiedemann); AR-Blattei Tarifvertrag III Entsch 4 (Anm. Buchner); SAE 1987, 201-205 (Anm. Stebut); BB 1987, 403-404; DB 1987, 590-592; NZA 1987, 246-248; EzA § 2 TVG Nr 16

BAG 28. Mai 1997 - 4 AZR 545/95 - AP Nr 27 zu § 4 TVG Nachwirkung; AR-Blattei ES 1550.12 Nr 3 und - 4 AZR 546/95 - BAGE 86, 43-61; AP Nr 26 zu § 4 TVG Nachwirkung (Anm. Kania); SAE 1999, 41-51 (Anm. Dauner-Lieb); DB 1997, 2229-2232; EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr 23; ZTR 1997, 553-555; NZA 1998, 40-45; AR-Blattei ES 1550.12 Nr 3-3a

<sup>125</sup> ZTR 2008, 615-617; ArbRB 2008, 333-334 (Anm. Müller-Mundt); EzA-SD 2008, Nr 19, 11 (red. L); BB 2008, 2121 (red. L); DB 2008, 2148 (red. L)

kung treten.<sup>126</sup> Davon ist bei einer mit der Verweisung beabsichtigten Gleichstellung in der Regel auszugehen.

Im Urteil vom 12. Dezember 2007 (- 4 AZR 998/06 -)<sup>127</sup> hat sich der Vierte Senat mit der zwingenden Wirkung von Tarifnormen auseinandergesetzt. Wenn arbeitsvertragliche Vereinbarungen materieller Arbeitsbedingungen auf Inhaltsnormen eines Tarifvertrags treffen, die für den Arbeitnehmer günstigere materielle Bedingungen enthalten, werden die ungünstigeren arbeitsvertraglichen Bedingungen auf Grund der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG verdrängt und entfalten für die Dauer der Geltung der günstigeren Tarifbedingungen keine Wirksamkeit im Arbeitsverhältnis. Fallen die günstigeren Tarifnormen später vollständig weg (etwa durch Betriebsübergang oder ein Ende des Tarifvertrags ohne Nachwirkung), können die einzelvertraglichen Arbeitsbedingungen wieder Wirkung erlangen. Stehen sich nach einem Betriebsübergang einzelvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen, die nach § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB im Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber weitergelten, und die Normen eines Tarifvertrags, der das Arbeitsverhältnis normativ erfasst, gegenüber, gilt das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG.

Die Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG erstreckt sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur auf solche Arbeitsverhältnisse, die bereits zur Zeit der Geltung des Tarifvertrags bestanden haben.<sup>128</sup> Mit Urteil vom 7. Mai 2008 (- 4 AZR 288/07 -)<sup>129</sup> hat sich der Vierte Senat der Rechtsprechung anderer Senate<sup>130</sup> angeschlossen, dass dazu auch solche Arbeitsverhältnisse zählen, die während der Laufzeit des Tarifvertrags als Ausbildungsverhältnisse bestanden haben und ohne zeitliche Unterbrechung erst in der Nachwirkungszeit zu Arbeitsverhältnissen geworden

<sup>126</sup> BAG 29. August 2007 - 4 AZR 561/06 - AP Nr 27 zu § 4 TVG; EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr 41; NZA-RR 2008, 249-253; ZTR 2008, 309-312; PersR 2008, 134 (red. L); FA 2008, 158 (red. L); PersV 2008, 266 (red. L)

<sup>127</sup> AP Nr 29 zu § 4 TVG; ArbRB 2008, 240-241 (Anm. Braun); EWiR 2008, 553-554 (Anm. Hertzfeld); ZIP 2008, 938-942; DB 2008, 1102-1104; NZA 2008, 649-653; MDR 2008, 866; ZTR 2008, 431-432; EzA § 4 TVG Nr 44; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 67/08 (L); NJW 2008, 1838 (L); FA 2008, 220 (L, red. L); ArbuR 2008, 275 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L)

<sup>128</sup> Vgl. BAG 15. April 2008 - 1 AZR 65/07 - siehe Fußnote 140.

<sup>129</sup> AP Nr 30 zu § 4 TVG; ArbRB 2008, 270 (Anm. Oetter); jurisPR-ArbR 42/2008 Anm. 4 (Anm. Oberhofer); EBE/BAG 2008, 116-118; NZA 2008, 886-888; ZTR 2008, 490-491; PersV 2008, 386-389; EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr 42; ArbuR 2008, 322 (L); FA 2008, 316 (L, red. L); PersF 2008, Heft 11, 90 (L)

<sup>130</sup> BAG 19. Januar 1962 - 1 AZR 147/61 - BAGE 12, 194; AP Nr 11 zu § 5 TVG (Anm. Nikisch); AR-Blattei Tarifvertrag X Entsch 5

BAG 28. Januar 1987 - 5 AZR 323/86 - AP Nr 16 zu § 4 TVG Nachwirkung (Anm. Wiedemann); EzBAT § 22 BAT Absenkung der Eingangsvergütung (Bund-Länder) Nr 2; EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr 8; EzB TVG § 4 Nr 11

sind. Es liegt dann nur ein Statuswechsel innerhalb des während der Laufzeit des Tarifvertrags begründeten Rechtsverhältnisses vor.

Nach § 4 Abs. 5 TVG gelten nach Ablauf eines Tarifvertrags seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Diese kann in einem für beide Parteien geltenden Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer arbeitsvertraglichen Regelung liegen. Mit der Nachwirkung soll im Interesse der Vertrags- und Tarifvertragsparteien ein regelungsfreier Zustand vermieden werden. Die Nachwirkung des abgelaufenen Tarifvertrags entfällt, wenn eine andere Abmachung getroffen wird und sie denselben Regelungsbereich erfasst. Es ist nicht in jedem Fall erforderlich, dass die andere Abmachung erst abgeschlossen wird, nachdem die Nachwirkung eingetreten ist. Maßgeblich ist nach dem Urteil des Vierten Senats vom 22. Oktober 2008 (- 4 AZR 789/07 -)<sup>131</sup>, dass die Vereinbarung die bevorstehende Nachwirkung eines beendeten Tarifvertrags beseitigen oder deren Eintritt verhindern soll. Allein aus dem Umstand, dass eine vor Eintritt der Nachwirkung geschlossene Vereinbarung dieselben oder ähnliche Regelungsbereiche betrifft, kann aber noch nicht geschlossen werden, es handele sich um eine andere Abmachung iSd. § 4 Abs. 5 TVG.

### **III. Betriebsverfassungsrecht**

#### **1. Wahl des Betriebsrats**

Eine Betriebsratswahl kann nach § 19 Abs. 1 BetrVG beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht hat geändert oder beeinflusst werden können. Auch ein Verstoß gegen § 9 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl. Nach dieser Vorschrift hängt die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder von der Anzahl der im Betrieb „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer ab. Beschäftigt der Arbeitgeber in seinem Betrieb regelmäßig Aushilfskräfte, mit denen er bei Bedarf jeweils für einen Tag befristete Arbeitsverträge abschließt, zählt nach einem Beschluss des Siebten Senats vom 7. Mai 2008 (- 7 ABR 17/07 -)<sup>132</sup> die durch-

---

<sup>131</sup> zVv.

<sup>132</sup> jurisPR-ArbR 39/2008 Anm. 2 (Anm. Boemke); dbr 2008, Nr 11, 38 (Anm. Stuntz); ZBVR online 2008, Nr 9, 19-22 (Anm. Sommer); NZA 2008, 1142-1145; EzA § 9 BetrVG 2001 Nr 4; FA 2008, 304 (red. L, K); ZTR 2008, 696 (red. L)



schnittliche Anzahl der an einem Arbeitstag beschäftigten Aushilfskräfte zu den in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern iSv. § 9 BetrVG. Das Gesetz regelt die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zwingend. Hiervon kann weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung oder sonstige Vereinbarungen abgewichen werden, es sei denn, es wären nicht genügend wählbare Arbeitnehmer vorhanden oder zur Übernahme des Amts bereit.

## 2. Gemeinsamer Betrieb

Ein Gemeinschaftsbetrieb i.S. des § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG setzt den arbeitgeberübergreifenden Einsatz der Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen zur Erfüllung eines oder mehrerer gemeinsamer arbeitstechnischer Betriebszwecke voraus.<sup>133</sup> Bei einer auf die Personalgestaltung beschränkten unternehmerischen Zusammenarbeit zweier Unternehmen entsteht nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 16. April 2008 (- 7 ABR 4/07 -)<sup>134</sup> kein Gemeinschaftsbetrieb, wenn das personalstellende Unternehmen nicht an der Erreichung des arbeitstechnischen Betriebszwecks des anderen Unternehmens mitwirkt. Die Zusammenarbeit der an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber vollzieht sich bei Fehlen von anderweitigen Anhaltspunkten regelmäßig in Form einer BGB-Gesellschaft. Die für die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebs erforderliche Absprache über die gemeinsame Führung eines einheitlichen Betriebs kann aber auch bei anderen Rechtsformen der Zusammenarbeit erfüllt sein. Die Vorschriften der hessischen Gemeindeordnung über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden stehen einer Absprache über die Führung eines aus einer juristischen Person des Privatrechts und einer Kommune gebildeten Gemeinschaftsbetriebs nicht entgegen. Die in § 134 HGO vorgesehene Unwirksamkeitsfolge greift bei der einer nicht ordnungsgemäß angezeigten Gründung oder erstmaligen Beteiligung an einer Gesellschaft nicht ein.

---

<sup>133</sup> Vgl. auch BAG 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - noch nicht veröffentlicht.

<sup>134</sup> ArbRB 2008, 301-302 (Anm. Suberg); DB 2008, 1864-1866; NZA-RR 2008, 583-586; ZBVR online 2008, Nr 11, 11-14; EzA § 1 BetrVG 2001 Nr 7; ZTR 2008, 694-696; BB 2008, 2066 (red. L); FA 2008, 312-313 (red. L)

### 3. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats

Mit Urteil vom 15. April 2008 (- 1 AZR 86/07 -)<sup>135</sup> hatte der Erste Senat über die Wirksamkeit einer Bestimmung eines Standortsicherungsvertrags zu entscheiden, der von Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat gemeinsam unterzeichnet worden war. Die Bestimmung war unwirksam, weil sich die Urheberschaft für die einzelnen Regelungen nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit feststellen ließ. Bei Abschluss eines kollektiven Normenvertrags müssen Normcharakter und Urheberschaft im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit eindeutig erkennbar sein. Die Schriftformerfordernisse in § 1 Abs. 2 TVG und in § 77 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG dienen auch der Rechtssicherheit und der Zurechenbarkeit der Regelungen zu bestimmten Normgebern. Werden Vereinbarungen von Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat gemeinsam unterzeichnet, muss ohne Weiteres und zweifelsfrei erkennbar sein, wer Urheber der einzelnen Regelungskomplexe ist und um welche Rechtsquellen es sich folglich handelt. Andernfalls ist die Vereinbarung unwirksam; allenfalls diejenigen Regelungskomplexe sind wirksam, die sich selbständig von den übrigen abgrenzen lassen und deren Urheber ohne Weiteres erkennbar sind<sup>136</sup>.

Über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zur Einführung einer Videoüberwachung hat der Erste Senat mit Beschluss vom 26. August 2008 (- 1 ABR 16/07 -)<sup>137</sup> entschieden. Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen eines Einigungsstellenspruchs führt nicht zur Gesamtnichtigkeit, wenn der verbleibende Teil noch eine in sich geschlossene und sinnvolle Regelung darstellt. Eine Einigungsstelle hat einen ihr übertragenen Regelungsgegenstand grundsätzlich vollständig und abschließend zu lösen. Es kann jedoch sachgerecht sein, nur die maßgeblichen Grundsätze abstrakt-generell festzulegen, um die unter ihrer Beachtung vorzunehmende Regelung des konkreten Einzelfalls den Betriebsparteien sowie ggf. einer erneut zu bildenden Einigungsstelle vorzubehalten. Die Besetzung dieser zukünftigen Einigungsstelle kann dabei nicht durch Spruch bereits festgelegt werden. Die Betriebsparteien sind grundsätzlich zur Einführung einer Videoüberwachung im Betrieb befugt. Dabei haben sie gem. § 75

---

<sup>135</sup> ArbRB 2008, 303-304 (Anm. Braun); ZBVR online 2008, Nr 9, 10-15 (Anm. Sommer); jurisPR-ArbR 35/2008 Anm. 1 (Anm. Matthes); ZIP 2008, 1544-1548; NZA 2008, 1074-1078; EzA § 1 TVG Nr 49; ZTR 2008, 617-618; BB 2008, 1561 (red. L.); DB 2008, 1635 (red. L.); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 94/08 (L); ArbuR 2008, 322 (L); ZAP EN-Nr 601/2008 (L); MDR 2008, 1107 (L)

<sup>136</sup> Siehe Fußnote 13.

<sup>137</sup> DB 2008, 2144-2148; BB 2008, 2743-2748 (Anm. Domke); EzA-SD 2008, Nr 21, 11-15; NZA 2008, 1187-1194; ZTR 2008, 632-637; MDR 2008, 1401-1402; NJW-Spezial 2008, 659 (red. L, K); EBE/BAG

Abs. 2 Satz 1 BetrVG das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zu beachten. Eingriffe in dieses Recht müssen durch schutzwürdige Belange des Arbeitgebers oder anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt, dass die getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Die Angemessenheit von Videoüberwachungsmaßnahmen richtet sich maßgeblich nach deren Eingriffsintensität. Diese ist unter anderem von der Anzahl der beobachteten Personen, der Dauer der Überwachung sowie davon abhängig, ob die Betroffenen einen zurechenbaren Anlass für ihre Beobachtung gesetzt haben. Das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats zu einer konkreten Überwachungsmaßnahme ist geeignet, eine inhaltliche Beschränkung möglicher Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer verfahrensrechtlich ergänzend zu sichern. Die Zustimmung kann aber nicht fehlende inhaltliche Beschränkungen der Videoüberwachung ersetzen. Bei einer Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen ist § 6b BDSG zu beachten.

Der Betriebsrat hat nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 22. Juli 2008 (- 1 ABR 40/07 -)<sup>138</sup> gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber durch Ethik-Richtlinien in einem Verhaltenskodex („Code of conduct“) das sog. Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer regeln will. Das Mitbestimmungsrecht setzt nicht notwendig voraus, dass es sich um verbindliche Verhaltensregeln handelt. Ausreichend ist, dass die Maßnahme des Arbeitgebers darauf gerichtet ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu steuern oder die Ordnung des Betriebs zu gewährleisten. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. Auch die für sich genommen mitbestimmungspflichtige allgemeine Meldepflicht für alle Verstöße gegen den Verhaltenskodex begründet kein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. Nicht mitbestimmungspflichtig sind Regelungen, mit denen lediglich die geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert werden soll, oder die Verlautbarung der „Unternehmensphilosophie“ und die Beschreibung von Unternehmenszielen. Ausländische Vorschriften sind keine gesetzliche Regelung iSd. § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG und schließen ein Mitbestimmungsrecht nicht aus. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berechtigt die Betriebsparteien nicht, in die private Le-

---

Beilage 2008, Ls 120/08 (L); ArbuR 2008, 406 (red. L); AiB Newsletter 2008, Nr 11, 4 (red. L); FA 2008, 345 (red. L); ZIP 2008, 2283 (L)

<sup>138</sup> AiB 2008, 669-673 (Anm. Deinert); AuA 2008, 756-757 (Anm. Stück); BB 2008, 2520-2524 (Anm. Sittard); DB 2008, 2485-2490; NZA 2008, 1248-1257; NJW 2008, 3731-3739; EBE/BAG Beilage 2008, Ls

bensführung der Arbeitnehmer einzugreifen. Regelungen über private Beziehungen im Betrieb sind gleichwohl nicht von vornherein der Mitbestimmung entzogen. So wäre zwar ein beabsichtigtes generelles Verbot von Liebesbeziehungen im Betrieb wegen des darin liegenden schwerwiegenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer regelmäßig unzulässig. Eine entsprechende Anordnung des Arbeitgebers wäre aber in jedem Fall mitbestimmungspflichtig. Der Betriebsrat soll im Rahmen der Mitbestimmung gerade darauf achten, dass durch die Regelung Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer nicht verletzt werden. Soll durch einen Verhaltenskodex eine konzerneinheitliche „Unternehmensphilosophie“ umgesetzt, für ein „ethisch-moralisch einheitliches Erscheinungsbild“ und eine konzernweite Identität gesorgt werden, steht das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG gem. § 58 Abs. 1 BetrVG dem Konzernbetriebsrat zu.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat in Fragen betrieblicher Lohngestaltung, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und bei der Einführung und Anwendung neuer Entlohnungsmethoden mitzubestimmen. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist nicht die konkrete Höhe des Arbeitsentgelts, sondern sind die Strukturformen des Entgelts einschließlich ihrer näheren Vollzugsformen. Mitbestimmungspflichtig ist auch die Änderung bestehender Entlohnungsgrundsätze durch den Arbeitgeber, unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage die Anwendung der bisherigen Entlohnungsgrundsätze erfolgte. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich ua. auf Arbeitgeberzuwendungen, die nachträglich für Leistungen des Arbeitnehmers gewährt werden. Es besteht nicht, wenn dem Arbeitgeber bei Durchführung bestimmter Änderungen kein Regelungsspielraum verbleibt. Dass der Arbeitgeber eine Änderung unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage hätte verlangen können, schließt das Mitbestimmungsrecht nicht aus. Betrifft die Änderung alle Außendienstmitarbeiter eines Konzerns, ist nach einem Urteil des Dritten Senats vom 29. Januar 2008 (- 3 AZR 42/06 -)<sup>139</sup> grundsätzlich der Konzernbetriebsrat zuständig, weil sich bei vernünftiger Würdigung eine sachliche Notwendigkeit für eine einheitliche Regelung innerhalb des Konzerns ergibt. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG ist kein Vetorecht; das Schweigen des Betriebsrats kann nicht als Zustimmung gewertet werden. Nicht ausreichend ist es, wenn das zuständige Betriebsverfassungsorgan lediglich zu erkennen gibt, es halte ein Mitbestimmungsrecht nicht für gegeben. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass bei einer Änderungsvereinbarung das Mit-

---

<sup>139</sup> 125/08 (L); EzA-SD 2008, Nr 22, 13-14 (L, red. L); ArbuR 2008, 406 (red. L); FA 2008, 370 (L, K); MDR 2008, 1402 (L)

bestimmungsrecht gewahrt wurde, trägt der Arbeitgeber, soweit keine besonderen Umstände vorliegen. Liegt zu Lasten der Arbeitnehmer eine Störung der Geschäftsgrundlage vor, besteht für den Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht, das er nach billigem Ermessen auszuüben hat. Die Ausübung dieses Gestaltungsrechts muss der Versorgungsberechtigte sich entgegenhalten lassen, wenn er Ansprüche geltend macht. Unabhängig davon kann er aus der Störung keine weitergehenden Rechte geltend machen, als es durch die Anpassung an die Grundlagen der ursprünglichen Vereinbarung geboten ist.

Schon während der Dauer der Tarifbindung des Arbeitgebers stellen nach dem Urteil des Ersten Senats vom 15. April 2008 (- 1 AZR 65/07 -)<sup>140</sup> die tariflichen Entlohnungsgrundsätze die im Betrieb oder einer Dienststelle geltenden Entlohnungsgrundsätze iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG oder § 85 Abs. 1 Nr. 10 PersVG Berlin dar. Nach Wegfall der Tarifbindung ist deren Änderung zwar möglich, bedarf aber der Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats. Es stellt eine Änderung von Entlohnungsgrundsätzen dar, wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer ab einem bestimmten Zeitpunkt in Form von monatlich stets gleichen Teilbeträgen anstelle von bis dahin zweimal jährlich unterschiedlichen vergütet. Durch die Streichung eines für die unterschiedlichen Gehaltsgruppen gleich hohen Urlaubsgelds ändert sich darüber hinaus nicht nur der bisherige Grundsatz zur Stückelung der Jahres-Gesamtvergütung, sondern auch der relative Abstand der Gesamtvergütungen zueinander.<sup>141</sup> Individuelle Lohnabreden sind vom Arbeitgeber nach Maßgabe der geltenden kollektiven Entlohnungsgrundsätze zu erfüllen, soweit dies möglich ist. Das kann zur Folge haben, dass der Arbeitgeber Leistungen erbringen muss, die zu Abreden im Arbeitsvertrag zwar nicht im Widerspruch stehen, dort aber nicht eigens vorgesehen sind.

Eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt vor, wenn Personen in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten

---

<sup>139</sup> ArbRB 2008, 203-204 (Anm. Groeger); NZA-RR 2008, 469-475; EZA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr 14; FA 2008, 247-248 (red. L); DB 2008, 1980 (red. L)

<sup>140</sup> ZBVR online 2008, Nr 11, 6-11 (Anm. Sommer); AiB 2008, 547-553 (Anm. Zachert); ArbRB 2008, 332-333 (Anm. Groeger); NZA 2008, 888-892; ZTR 2008, 571-574; EZA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr 15; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 101/08 (L); PersF 2008, Heft 9, 92 (L); ArbuR 2008, 321 (L); FA 2008, 348 (L, red. L)

<sup>141</sup> BAG 28. Februar 2006 - 1 ABR 4/05 - Rn. 18, BAGE 117, 130-136; AP Nr 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung (Anm. Engels); ArbRB 2006, 359-360 (Anm. Groeger); dbr 2007, Nr 5, 37 (Anm. Stuntz); ZBVR online 2007, Nr 7/8, 7-9 (Anm. Sommer); BB 2006, 2419-2421; EBE/BAG 2006, 190-192; NZA 2006, 1426-1428; DB 2006, 2823-2824; EZA § 87 BetrVG 2001 Betriebliche Lohngestaltung Nr 9; ZTR 2007, 111-112; EzTöD 100 § 12 TVöD-AT Betriebliche Vergütungsordnung Nr 1; AR-Blattei ES 530.14.2 Nr 179; ArbuR 2006, 454 (L); PersF 2007, Heft 3, 103 (L); AuA 2007, 243 (red. L); AE 2007, 166 (L); FA 2008, 251 (red. L)

Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an. Auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb ist danach eine Einstellung. Bei der Aufnahme von Leiharbeitnehmern in einen Stellenpool, aus dem der Verleiher auf Anforderung des Entleihers Kräfte für die Einsätze im Entleiherbetrieb auswählt, handelt es sich nach dem Beschluss des Ersten Senats vom 23. Januar 2008 (- 1 ABR 74/06 -)<sup>142</sup> nicht um eine nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Übernahme iSv. § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG. Mitbestimmungspflichtig ist erst der jeweilige konkrete Einsatz der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Ein Antrag des Arbeitgebers nach § 99 Abs. 4 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung setzt voraus, dass es sich bei der Maßnahme, zu der die Zustimmung ersetzt werden soll, um eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG handelt. Andernfalls geht der Antrag ins Leere und ist unbegründet.

Zu den dem Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorzulegenden Bewerbungsunterlagen gehören grundsätzlich auch solche Unterlagen, die der Arbeitgeber anlässlich einer Bewerbung über die Person des Bewerbers selbst gefertigt hat. Dies sind vor allem Schriftstücke, die er allein oder zusammen mit dem jeweiligen Bewerber erstellt hat, um (auch) auf ihrer Grundlage seine Auswahlentscheidung zu treffen, wie etwa Personalfragebögen, standardisierte Interview- oder Prüfungsergebnisse oder schriftliche Protokolle über Bewerbungsgespräche. Aufzeichnungen, auf die es für die Auswahlentscheidung nicht ankommt, wie formlose, unstrukturierte Gesprächsnotizen, muss der Arbeitgeber nicht vorlegen. Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind die Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit solchen, die bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind, besetzt werden können. Die Prüfungspflicht wird konkretisiert durch die in § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX normierte Verpflichtung des Arbeitgebers, frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Ein Arbeitgeber verstößt gegen diese Pflichten, wenn er auf einen freien Arbeitsplatz einen nicht schwerbehinderten Arbeitnehmer einstellt, ohne geprüft zu haben, ob der Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte. Der Erste Senat hat in seinem Beschluss

---

<sup>142</sup> AP Nr 14 zu § 14 AÜG (Anm. Hamann); jurisPR-ArbR 18/2008 Anm. 1 (Anm. Hamann); ArbRB 2008, 139-140 (Anm. Sasse); dbr 2008, Nr 9, 36-37 (Anm. Jungraithmayr); ZBVR online 2008, Nr 5, 10-13 (Anm. Sommer); EBE/BAG 2008, 61-63; DB 2008, 822-823; NZA 2008, 603-605; EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr 72; EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr 8; ArbuR 2008, 195 (L); NJW-Spezial 2008, 339-340 (red. L, K); PersF 2008, Heft 7, 97 (L); ZTR 2008, 405 (red. L); AiB Newsletter 2008, Nr 9, 2 (red. L)

vom 17. Juni 2008 (- 1 ABR 20/07 -)<sup>143</sup> die Frage offen gelassen, ob § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX auch dann Anwendung findet, wenn sich ein Arbeitgeber bei der Besetzung eines frei werdenden oder neu geschaffenen Arbeitsplatzes von vorneherein auf eine interne Stellenbesetzung im Wege der Versetzung festlegt und die Einstellung möglicher externer Bewerber ausschließt. Die Pflichten des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX bestehen jedenfalls dann, wenn er die Besetzung einer Stelle mit einem externen Bewerber ernsthaft in Betracht zieht. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist gleichwohl nur dann gegeben, wenn das Ziel der Verbotsnorm allein dadurch erreicht werden kann, dass die Versetzung unterbleibt. Das ist nicht der Fall. Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX begründet deshalb ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zwar bei Einstellungen, nicht aber bei Versetzungen.

Sozialpläne haben gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG eine zukunftsgerichtete Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion.<sup>144</sup> Daran hat der Erste Senat mit Urteilen vom 30. September 2008 (- 1 AZR 684/07 -)<sup>145</sup> und 11. November 2008 (- 1 AZR 475/07 -)<sup>146</sup> festgehalten. Die Betriebsparteien haben bei der Aufstellung von Sozialplänen einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Nachteile. Sie können die Abmilderung der Nachteile berücksichtigen, die mit Leistungen aus der Arbeitslosen- und Rentenversicherung sowie einer betrieblichen Altersversorgung verbunden sind. Darauf aufbauend haben die Betriebsparteien einen Gestaltungsspielraum, ob, in welchem Umfang und wie sie die von ihnen prognostizierten Nachteile ausgleichen. Dabei dürfen sie typisierende und pauschalierende Gestaltungen vorsehen. Sie müssen allerdings den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie grundgesetzliche, gemeinschaftsrechtliche und einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote beachten. Die Gruppenbildungen müssen sich an der Funktion des Sozialplans orientieren. Vor diesem Hintergrund können die Betriebsparteien in Sozialplänen für Arbeitnehmer,

---

<sup>143</sup> ZBVR online 2008, Nr 12, 14-18 (Anm. Sommer); ArbRB 2008, 334-335 (Anm. Braun); DB 2008, 2200-2203; EBE/BAG 2008, 146-149; NZA 2008, 1139-1142; MDR 2008, 1282; Behindertenrecht 2008, 204-208; ZfPR online 2008, Nr 12, 14-17; EzA-SD 2008, Nr 20, 13-14 (L, red. L); NJW-Spezial 2008, 691 (red. L, K); ZAP EN-Nr 721/2008 (L); ArbuR 2008, 407 (red. L); FA 2008, 343 (L, red. L)

<sup>144</sup> Vgl. BAG 13. März 2007 - 1 AZR 262/06 - Rn. 18 mwN., AP Nr 183 zu § 112 BetrVG 1972; ArbRB 2007, 234 (Anm. Lunk); dbr 2007, Nr 10, 37 (Anm. Riechers); EzA § 112 BetrVG 2001 Nr 22; NZA 2008, 190-192; ArbuR 2007, 285 (red. L); FA 2007, 250 (red. L)

<sup>145</sup> zVv.

<sup>146</sup> zVv.

die im Anschluss an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf vorzeitige Altersrente haben, geringere Abfindungen vorsehen.

#### **4. Karitative Einrichtung einer Religionsgemeinschaft**

Das Betriebsverfassungsgesetz findet keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten karitativen und erzieherischen Einrichtungen. Die Zuordnung iSd. § 118 Abs. 2 BetrVG setzt eine institutionelle Verbindung zwischen der Kirche und der Einrichtung voraus, auf Grund derer die Kirche über ein Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten verfügt, um auf Dauer eine Übereinstimmung der religiösen Betätigung der Einrichtung mit kirchlichen Vorstellungen gewährleisten zu können. Das für die Zugehörigkeit nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV erforderliche Ausmaß der Ordnungs- und Verwaltungstätigkeit der Kirche in der Einrichtung unterliegt der Kontrolle durch die staatlichen Gerichte. Das erforderliche Mindestmaß an Einflussmöglichkeiten der Evangelischen Kirche auf die religiöse Tätigkeit der Einrichtung wird nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 5. Dezember 2007 (- 7 ABR 72/06 -)<sup>147</sup> nicht allein durch die Mitgliedschaft der Einrichtung oder ihres Rechtsträgers im Diakonischen Werk der Evangelischen Kirche begründet. Dies ist nur der Fall, wenn das Diakonische Werk seinerseits über entsprechende Einflussmöglichkeiten gegenüber der Einrichtung oder ihrem Rechtsträger verfügt. In einem Beschlussverfahren unter Beteiligung des Betriebsrats und des Arbeitgebers über die Frage, ob das vom Arbeitgeber betriebene Krankenhaus eine gemäß § 118 Abs. 2 BetrVG vom Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ausgenommene karitative Einrichtung einer Religionsgemeinschaft ist, ist das Diakonische Werk nicht als Nebenintervenient rechtsmittelbefugt. Die Heranziehung der Vorschriften der ZPO über die Nebenintervention ist im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG durch die Verfahrensregelungen in § 81, § 83 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 ArbGG ausgeschlossen.

---

<sup>147</sup> AP Nr 82 zu § 118 BetrVG 1972; ArbRB 2008, 209-210 (Anm. Werxhausen); ZMV 2008, 207-212 (Anm. Fey); NZA 2008, 653-660; ZTR 2008, 454-458; ArztR 2008, 267-272; EzA § 118 BetrVG 2001 Nr 8; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 60/08 (L); ArbuR 2008, 230-231 (L); FA 2008, 216-217 (L, red. L); ZBVR online 2008, Nr 6, 23 (red. L)



## 5. Zwangsvollstreckung

Bei der in § 23 Abs. 3 BetrVG vorgesehenen Androhung und ggf. Festsetzung des Ordnungsgelds handelt es sich nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 2. Juni 2008 (- 3 AZB 24/08 -)<sup>148</sup> um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung, nicht um einen Teil des Erkenntnisverfahrens. Der arbeitsgerichtliche Beschluss über die Festsetzung des Ordnungsgelds ergeht deshalb nach den allgemeinen Regeln des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Danach richtet sich auch, inwieweit ein Rechtsmittel zulässig ist oder nicht. Weder das Beschwerderecht der ZPO noch § 78 ArbGG sehen die Möglichkeit vor, die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde mit einer dagegen gerichteten Beschwerde anzugreifen. Die Zwangsvollstreckung aus im Beschlussverfahren ergangenen Titeln ist Teil des Beschlussverfahrens. Sie hat deshalb an der dafür angeordneten Gerichtskostenfreiheit ebenso teil wie an der Unanwendbarkeit der Regeln der ZPO über die Erstattung außergerichtlicher Kosten. Die Verweisung auf das Achte Buch der Zivilprozessordnung in § 85 Abs. 1 Satz 3 ArbGG ist einschränkend dahin auszulegen, dass § 788 ZPO, der dem Schuldner die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung auferlegt, keine Anwendung findet. Die Kostentragungspflicht richtet sich nach materiellem Recht. Eine Kostenentscheidung im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist insoweit nicht veranlasst.

Nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 19. Februar 2008 (- 1 ABR 86/06 -)<sup>149</sup> kann der Schuldner eines vollstreckungsfähigen gerichtlichen Vergleichs iSv. § 85 Abs. 1 Satz 1 ArbGG, § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in einem neuen Beschlussverfahren durch Vollstreckungsabwehrantrag nach § 767 Abs. 1 ZPO geltend machen. Gegenstand des Verfahrens ist die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel, nicht die Entstehung des vollstreckbaren Anspruchs. Die Kündbarkeit einer Regelung der Betriebsparteien hängt grundsätzlich nicht davon ab, auf welchem Weg sie zustande gekommen ist, ob durch zweiseitige Verhandlungen, Spruch einer Einigungsstelle oder gerichtlichen Vergleich. Zwar kann ein gerichtlicher Vergleich als solcher, dh. als verfahrensrechtliche Übereinkunft der Beteiligten, die im Fall ihrer Wirksamkeit das Verfahren beendet, nicht wirksam gekündigt werden. Das gilt jedoch nicht zwingend für die in dem Vergleich getroffene materielle Abrede. Die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen

---

<sup>148</sup> EzA § 23 BetrVG 2001 Nr 2; JurBüro 2008, 550-551; FA 2008, 351 (red. L)

Vergleich der Betriebsparteien kann sich deshalb daraus ergeben, dass eine Seite die im Vergleichsweg getroffene Vereinbarung gekündigt hat. Eine solche Kündigung ist jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich um eine nicht erzwingbare, auf Dauer angelegte Betriebsvereinbarung oder Regelungsabrede handelt und nichts anderes vereinbart ist. Die Kündigung kann allerdings unbeachtlich sein, wenn die Vereinbarung lediglich eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende Verpflichtung zum Inhalt hat.

In dem der Entscheidung des Ersten Senats vom 18. März 2008 (- 1 ABR 3/07 -)<sup>150</sup> zugrunde liegenden Verfahren, hatte die Arbeitgeberin im Rahmen eines Antrags auf Vollstreckungsabwehr geltend gemacht, der Betrieb, auf den sich der Titel bezogen und für den er gegolten habe, bestehe nach einer Unternehmensverschmelzung und der Zusammenfassung von Betrieben nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BetrVG nicht mehr. Zudem hatte sich die Arbeitgeberin darauf berufen, der Titel sei mangels Bestimmtheit nicht vollstreckungsfähig. Eine auf diesen Einwand gestützte Abwehrklage kann mit der „klassischen“ Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO verbunden werden. Der Senat hat entschieden, dass die Zusammenfassung von Betrieben durch einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BetrVG für sich allein nicht zum Verlust der betriebsverfassungsrechtlichen Identität der zusammengefassten Einheiten führt. Diese werden abgrenzbare Teileinheiten der größeren betriebsverfassungsrechtlichen Organisationseinheit, in denen die bei der Zusammenfassung bestehenden Vereinbarungen und (titulierten) Verpflichtungen der Betriebsparteien - beschränkt auf die jeweilige Teileinheit - grundsätzlich weitergelten. Der betreffende Titel war nicht zu unbestimmt. In Bezug auf das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 BetrVG besteht eine unvermeidbare Notwendigkeit, abstrakte Begriffe bei der Formulierung des Tenors zu verwenden.

## 6. Unternehmensmitbestimmung

Bei einem Streit zwischen Unternehmen und Gesamtbetriebsrat oder Betriebsrat darüber, ob bei einer bislang aufsichtsratslosen GmbH nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes ein Aufsichtsrat zu bilden ist, muss nach einem Beschluss des

---

<sup>149</sup> NZA 2008, 899-900; EzA § 85 ArbGG 1979 Nr 2; ArbRB 2008, 272 (Anm. Oetter); EBE/BAG Beilage 2008, Ls 91/08 (L); PersF 2008, Heft 9, 93 (L); ArbuR 2008, 321-322 (L); FA 2008, 318 (red. L); ZBVR online 2008, Nr 10, 23 (L); ZTR 2008, 696 (L)

Siebten Senats vom 16. April 2008 (- 7 ABR 6/07 -)<sup>151</sup> vor der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer ein Statusverfahren nach § 27 EGAktG, § 98 Abs. 1 AktG vor dem dafür allein zuständigen Landgericht durchgeführt werden. § 98 Abs. 1 AktG regelt zwar ausdrücklich nur den Fall, dass streitig oder ungewiss ist, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat sich zusammensetzt. Die unmittelbar nur für Aktiengesellschaften geltende Bestimmung trifft keine ausdrückliche Regelung darüber, ob das Statusverfahren auch dann durchzuführen ist, wenn nicht feststeht, dass bei der Gesellschaft überhaupt ein Aufsichtsrat zu bilden ist. Aus Sinn und Zweck der Bestimmungen in § 96 Abs. 2, §§ 97 bis 99 AktG und der Verweisung in § 27 EGAktG ergibt sich jedoch die Erforderlichkeit eines vorherigen Statusverfahrens auch zur Klärung der Frage, ob bei einer bislang aufsichtsratslosen GmbH ein Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zu bilden ist. Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer ist in einem derartigen Fall erst nach Durchführung des Statusverfahrens zulässig. Wird die Wahl ohne vorheriges Statusverfahren durchgeführt, ist sie nichtig.

### **3. Abschnitt Insolvenzrecht**

In dem der Entscheidung vom 21. Februar 2008 (- 6 AZR 273/07 -)<sup>152</sup> zugrunde liegenden Fall hatte die Arbeitgeberin kurz vor der Insolvenzeröffnung über ihr Vermögen Geld auf das Konto eines Dritten überwiesen, den sie beauftragt hatte, damit Abfindungsansprüche ihrer Arbeitnehmer zu erfüllen. Der Dritte hatte das Geld später beim Amtsgericht hinterlegt und den klagenden Arbeitnehmer und den Insolvenzverwalter über das Vermögen der Arbeitgeberin als mögliche Empfangsberechtigte benannt. Im Streit zweier Prätendenten um einen hinterlegten Geldbetrag kann nach dem Urteil des Sechsten Senats der materiell Berechtigte die Bewilligung der Freigabe des hinterlegten Betrags durch den anderen Prätendenten gemäß § 812 Abs. 1 BGB auch dann verlangen, wenn die Voraussetzungen einer Hinterlegung gem. § 372 BGB nicht erfüllt waren. Auf die Rechtsbeziehung zwischen den Forderungsprätendenten kommt es für

---

<sup>150</sup> jurisPR-ArbR 45/2008 Anm. 5 (Anm. Boemke); ArbRB 2008, 336-337 (Anm. Oetter); EBE/BAG 2008, 130-132; ZBVR online 2008, Nr 9, 7-10; NZA 2008, 1259-1262; EzA § 3 BetrVG 2001 Nr 2; BB 2008, 2009 (L); FA 2008, 318 (L, red. L); ArbuR 2008, 362 (L); PersF 2008, Heft 11, 91 (L)

<sup>151</sup> BB 2008, 2182-2187 (Anm. Lembke); jurisPR-ArbR 47/2008 Anm. 1 (Anm. Lembke / Fesenmeyer); DB 2008, 1850-1853; ZIP 2008, 1630-1633; NZA 2008, 1025-1028; ZBVR online 2008, Nr 9, 15-18; AG 2008, 7708-711; GmbHR 2008, 1039-1041; EzA § 1 DrittelbG Nr 1; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 108/08 (L); NJW-Spezial 2008, 624 (red. L, K); FA 2008, 315 (L); ArbuR 2008, 362 (L)

den Bereicherungsanspruch grundsätzlich nicht an.<sup>153</sup> Beauftragt der Schuldner einen Dritten mit der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtung und stellt er ihm das dafür nötige Geld zur Verfügung, kann sich aus den Vereinbarungen zwischen dem Schuldner und dem Dritten ergeben, dass der Schuldner den Auftrag unwiderruflich erteilt und auf seinen Herausgabeanspruch aus § 667 BGB verzichtet hat. An diese Vereinbarung ist in der nachfolgenden Insolvenz des Schuldners auch der Insolvenzverwalter gebunden, wenn das Geld bereits endgültig und insolvenzrechtlich unanfechtbar aus dem Vermögen des Schuldners in das Vermögen des Beauftragten gelangt ist. Die Insolvenzanfechtung ist in der Regel ausgeschlossen, wenn der Beauftragte seinerseits erst durch Freigabe einer zu seinen Gunsten an einem Bankguthaben des Schuldners bestellten Sicherheit die alsbald nachfolgende Zahlung des Schuldners an ihn ermöglicht hat. In diesem Fall liegt in der Freigabe und der nachfolgenden Zahlung zumeist die Ausführung eines zwischen dem Schuldner und dem Beauftragten vereinbarten Bargeschäfts iSv. § 142 InsO. Eine Anfechtung ist daher ausgeschlossen, wenn nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind.

Werden vom Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines einzelkaufmännisch tätigen Schuldners die unmittelbar für die selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners benötigten Betriebsmittel „freigegeben“ und wird im Zusammenhang mit einer solchen Freigabe zwischen dem Schuldner und dem Insolvenzverwalter eine den Erfordernissen des § 295 Abs. 2 InsO entsprechende Vereinbarung über abzuführende Beträge mit dem Ziel einer Restschuldbefreiung geschlossen, haftet die Insolvenzmasse nicht mehr für Ansprüche von Arbeitnehmern auf Arbeitsvergütung, die aus anschließend neu begründeten Arbeitsverhältnissen entstehen. Im Anschluss an eine solche Vereinbarung geht der Schuldner seiner selbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr ausschließlich zu Gunsten der Insolvenzmasse nach, sondern führt seinen Betrieb in der Hoffnung auf ihm verbleibende Gewinne auf eigene Rechnung. Für Ansprüche von Arbeitnehmern aus den neu begründeten Arbeitsverhältnissen hat deshalb nach einem Urteil des Sechsten Senats

---

<sup>152</sup> AP Nr 1 zu § 142 InsO; EWiR 2008, 691-692 (Anm. Homann); ZIP 2008, 1184-1189; AE 2008, 186-189; ZVI 2008, 346-351; EzA § 143 InsO Nr 1; EBE/BAG Beilage 2008, Ls 83/08 (L); ArbuR 2008, 319 (L); MDR 2008, 1003 (L); FA 2008, 350-351 (red. L)

<sup>153</sup> BAG 22. Mai 2007 - 3 AZR 334/06 (A) - AP Nr 8 zu § 1b BetrAVG; StuB 2007, 959-960 (Anm. Schmittmann); ZIP 2007, 1869-1874; NZA 2007, 1169-1174; NZI 2007, 674-680; DB 2007, 2779-2780; BetrAV 2007, 671-676; EzA § 1b BetrAVG Nr 4; ZInsO 2008, 515-519; SAE 2008, 263-268; EBE/BAG Beilage 2007, Ls 129/07 (L); ArbuR 2007, 365 (L); NJW 2007, 3520 (L); FA 2008, 92 (L, red. L)

vom 10. April 2008 (- 6 AZR 368/07 -)<sup>154</sup> nicht mehr die Insolvenzmasse, sondern allein der Schuldner einzustehen. Besteht dagegen ein Arbeitsverhältnis zunächst zu Lasten der Masse, kann der Insolvenzverwalter dieses nicht einseitig „freigeben“. Gibt der Insolvenzverwalter vom Beschlag der Masse erfasste, jedoch für die selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners benötigte Betriebsmittel frei, ist allerdings zu prüfen, ob hierdurch eine „Einheit“ iSd. § 613a BGB auf den Schuldner „übergegangen“ ist, die entsprechend § 613a BGB auch das Arbeitsverhältnis mit umfasst. Wenn dies zu bejahen ist, kann der Arbeitnehmer nach der Freigabe nur noch vom Schuldner Erfüllung seiner neu entstehenden Vergütungsansprüche verlangen, falls er dem „Übergang“ seines Arbeitsverhältnisses nicht rechtzeitig nach § 613a Abs. 6 BGB widersprochen hat.

## **4. Abschnitt Prozessrecht**

### **I. Internationale Zuständigkeit**

Im Rahmen seines Urteils vom 2. Juli 2008 (- 10 AZR 355/07 -)<sup>155</sup> hat sich der Zehnte Senat mit der internationalen Zuständigkeit deutscher Arbeitsgerichte für Klagen der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes befasst. Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes konnten die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arbeitssachen nach dem Inkrafttreten der EuGVVO am 1. März 2002 nicht abweichend von den Bestimmungen der EuGVVO festlegen. Die Verordnung gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar und hat Vorrang gegenüber nationalem Prozessrecht mit der Folge, dass Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, wegen Art. 3 Abs. 1 EuGVVO vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats nur gemäß den Vorschriften der Abschnitte 2 bis 7 des Kapitels II der Verordnungen verklagt werden können. Die Regelungen in § 8 AEntG begründen keine internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arbeitssachen, wenn keine grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern vorliegt. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren sind materielle Einwendungen gegen den Klageanspruch vor oder in der Güteverhandlung nach

---

<sup>154</sup> EWiR 2008, 687-688 (Anm. Henkel); sj 2008, Nr 22, 40-41 (Anm. Meyer); ZIP 2008, 1346-1349; EBE/BAG 2008, 114-116; DB 2008, 1866-1867; ZInsO 2008, 866-869; DZWIR 2008, 371-373; NZA 2008, 1127-1130; ZInsO 2008, 1156-1157; EzA § 55 InsO Nr 16; NZI 2008, 762-764; BB 2008, 1617 (L); ArbuR 2008, 319 (L); NJW 2008, 3023 (L); PersF 2008, Heft 11, 91 (L); FA 2008, 374 (L, red. L)

<sup>155</sup> EBE/BAG 2008, 142-144; RIW 2008, 726-728; NZA 2008, 1084-1086; EzA Verordnung 44/2001 EG-Vertrag 1999 Nr 3; BB 2008, 1954 (L); FA 2008, 317-318 (red. L); ArbuR 2008, 363 (L)

deutschem Prozessrecht noch nicht als erstes Verteidigungsvorbringen anzusehen, das die Zuständigkeit des angerufenen unzuständigen Arbeitsgerichts kraft rügeloser Einlassung nach Art. 24 S. 1 EuGVVO begründet. Erst eine rügelose Einlassung im Kammertermin kann die internationale Zuständigkeit des deutschen Arbeitsgerichts herbeiführen.

## II. Rechtsweg

Fordert der Insolvenzverwalter vom Arbeitnehmer nach §§ 129 ff. InsO Rückzahlung der vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung geleisteten Vergütung, ist nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 27. Februar 2008 (- 5 AZB 43/07 -)<sup>156</sup> der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet. Die Insolvenzanfechtung begründet zwar ein gesetzliches Schuldverhältnis, doch ist dieses auf Rückabwicklung einer arbeitsrechtlichen Leistungsbeziehung gerichtet. Der Begriff des Rechtsnachfolgers iSv. § 3 ArbGG ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Die Vorschrift setzt nicht voraus, dass der Rechtsnachfolger an die Stelle des ursprünglichen Schuldners getreten ist. Es genügt die Erhebung oder Abwehr einer Forderung anstelle des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, unabhängig davon, ob dieser unter denselben tatsächlichen Voraussetzungen die Leistung fordern könnte, sie schulden würde oder für sie haften müsste.

## III. Prozesstandschaft

Die gerichtliche Durchsetzung eines fremden Rechts im eigenen Namen ist ein anerkanntes Institut des Prozessrechts. Neben der gesetzlichen Prozesstandschaft wird von der Rechtsprechung auch die Prozesstandschaft kraft Ermächtigung, die sog. gewillkürte Prozesstandschaft, anerkannt. Sie setzt neben der wirksamen Ermächtigung durch den Berechtigten ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Klägers voraus. Mit Urteil vom 19. März 2008 (- 5 AZR 432/07 -)<sup>157</sup> hat der Fünfte Senat entschieden, dass die Bundesagentur für Arbeit einen Arbeitnehmer, an den sie Arbeitslosengeld gezahlt hat, ermächtigen kann, die auf sie übergegangenen Vergütungsansprüche im eigenen Namen für sie einzuklagen. Das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers für eine solche gewillkürte Prozesstandschaft folgt aus der Verbesse-

---

<sup>156</sup> AP Nr 8 zu § 3 ArbGG 1979; EWiR 2008, 259-260 (Anm. Weitzmann); EWiR 2008, 641-642 (Anm. Stiller); EBE/BAG 2008, 64; ZIP 2008, 667-668; ZInsO 2008, 391-392; NZA 2008, 549; DZWIR 2008, 241; NZI 2008, 455; EzA § 2 ArbGG 1979 Nr 69; ZIP 2008, 1499-1500; ZVI 2008, 404-405; ArbuR 2008, 196 (L); NJW-Spezial 2008, 342 (red. L, K); NJ 2008, 336 (L)

<sup>157</sup> Siehe Fußnote 25.

rung seiner Rechtsstellung im Hinblick auf die Möglichkeit, länger oder früher Arbeitslosengeld beziehen zu können. Der Arbeitnehmer ist zwar nicht verpflichtet, sich auf eine Prozessführung einzulassen. Er handelt aber auf eigenes Risiko, wenn er die Chance einer Realisierung der Vergütungsansprüche zugunsten der Bundesagentur ungenutzt lässt.

## IV. Drittschuldnerklage

Arbeitet der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei einem Dritten gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO, erlangt er nicht selbst einen Anspruch auf angemessene Vergütung. Das hat der Zehnte Senat mit Urteil vom 12. März 2008 (- 10 AZR 148/07 -)<sup>158</sup> entschieden. Das verschleierte Arbeitseinkommen ist mangels eines eigenen Anspruchs des Schuldners nicht Neuerwerb und damit nicht Teil seines Vermögens iSv. § 35 InsO. Der Insolvenzverwalter kann vielmehr gemäß § 36 Abs. 1 Satz 2 InsO iVm. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO wie ein Gläubiger im Vollstreckungsverfahren vom Empfänger der Arbeitsleistung die fiktive Vergütung für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens beanspruchen. Der Eröffnungsbeschluss wirkt wie ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Einzelvollstreckungsverfahren. Er erfasst nicht die bis zu seiner Zustellung fiktiv aufgelaufenen Lohn- und Gehaltsrückstände.<sup>159</sup> Hat der Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unentgeltlich oder gegen eine unverhältnismäßig geringe Vergütung iSv. § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO gearbeitet, ist das bis zur Insolvenzeröffnung verschleierte Arbeitseinkommen mangels eines eigenen Anspruchs auch nicht Teil des Vermögens des Schuldners iSv. § 35 InsO.

Die Regelung in § 850h Abs. 2 Satz 2 ZPO erfordert eine fallbezogene Beurteilung. Dies schließt nach einem Urteil des Zehnten Senats vom 22. Oktober 2008 (- 10 AZR 703/07 -)<sup>160</sup> die fallübergreifende Annahme aus, eine Vergütung sei immer dann nicht unverhältnismäßig gering, wenn sie mehr als 75% der üblichen Vergütung betrage. Die Begriffe „unverhältnismäßig geringe Vergütung“ und „angemessene Ver-

---

<sup>158</sup> AP Nr 20 zu § 850h ZPO; BB 2008, 1628 (Anm. Röger); EWIR 2008, 479-480 (Anm. Holzer); sj 2008, Nr 18, 40-41 (Anm. Dornbusch); ErbStB 2008, 292-293 (Anm. Hartmann); ZIP 2008, 979-982; EBE/BAG 2008, 85-88; DB 2008, 1503-1505; NZA 2008, 779-783; ZInsO 2008, 869-871; ZVI 2008, 401-404; EzA § 850h ZPO 2002 Nr 2; DZWIR 2008, 407-410; ArbuR 2008, 228 (red. L); FA 2008, 213 (L, red. L); NJW-Spezial 2008, 438-439 (red. L, K); MDR 2008, 886 (L)

<sup>159</sup> Vgl. auch BAG 23. April 2008 - 10 AZR 168/07 - NZA 2008, 896-898; NJW 2008, 2606-2608; DB 2008, 2088-2090; JurBüro 2008, 492-495; EzA § 850h ZPO 2002 Nr 3; DRsp IV(424) 187a-d; ZInsO 2008, 758-759 (red. L); FA 2008, 256 (red. L)

<sup>160</sup> zVv.

gütung“ in § 850h Abs. 2 Satz 1 ZPO sind unbestimmte Rechtsbegriffe. Bei der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs kommt dem Landesarbeitsgericht ein Beurteilungsspielraum zu. Es findet insoweit nur eine eingeschränkte revisionsrechtliche Kontrolle durch das Bundesarbeitsgericht statt.

## V. Prozessuale Verwertungsverbote

Vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte sind regelmäßig geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn die rechtswidrige Verletzungshandlung nur Sachen von geringem Wert betrifft. Im Urteil vom 13. Dezember 2007 (- 2 AZR 537/06 -)<sup>161</sup> musste der Zweite Senat die Situation beurteilen, dass ein Arbeitgeber von der - möglicherweise - rechtswidrigen Zueignung einer Sache nur unter Verstoß gegen eine Betriebsvereinbarung Kenntnis erlangt hatte. Der Senat hat dazu folgende Rechtssätze aufgestellt: Beachtet der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder die sich aus einer Betriebsvereinbarung ergebenden Pflichten nicht, führt dieser Umstand nicht dazu, dass er die unstreitige Tatsache eines im Besitz der Arbeitnehmerin während einer Personenkontrolle aufgefundenen Gegenstands (hier: eines Lippenstifts) in einem Kündigungsschutzprozess nicht verwerten dürfte. Ein „Sachvortragsverwertungsverbot“ kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist unschlüssig oder unbewiesen, aber nicht „unverwertbar“. Das Arbeitsgericht ist an den ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag der Parteien gebunden. Unstreitige Tatsachen muss es berücksichtigen und darf einen Parteivortrag nicht ohne gesetzliche Grundlage unbeachtet und unverwertet lassen. Ein prozessuales Verwertungsverbot kann nur in Betracht kommen, wenn in verfassungsrechtlich geschützte Grundpositionen einer Prozesspartei eingegriffen wird. Entscheidend für ein Verwertungsverbot kann allen-

falls ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht nicht aber ein Verstoß gegen den § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sein. Im Entscheidungsfall war die Verwertung der fraglichen Tatsache schon deshalb zulässig, weil die Klägerin in die Kontrolle eingewilligt hatte.

---

<sup>161</sup> ArbuR 2008, 398-401 (Anm. Lerch / Weinbrenner); NJW 2008, 2732-2736 (Anm. Grobys); ZBVR online 2008, Nr 9, 2-7 (Anm. Sommer); EzA § 626 BGB 2002 Nr 20; DB 2008, 1633-1635; NZA 2008, 1008-1012; ZTR 2008, 569-571; RDV 2008, 206-209; DSB 2008, Nr 10, 19-20 (red. L, K); FA 2008, 283-284 (red. L)



## **VI. Rechtsmittelbegründung nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde**

Mit dem stattgebenden Beschluss über eine Nichtzulassungsbeschwerde gilt die Revision oder Rechtsbeschwerde gem. § 72a Abs. 6 ArbGG als bereits eingelegt. Innerhalb der mit der Zustellung des Zulassungsbeschlusses beginnenden Zweimonatsfrist des § 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ist die Revision bzw. Rechtsbeschwerde sodann eigenständig zu begründen. Nach der Entscheidung des Ersten Senats vom 8. Mai 2008 (- 1 ABR 56/06 -)<sup>162</sup> entfällt die Begründungspflicht nicht dadurch, dass schon die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde den formalen und inhaltlichen Anforderungen des § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 ZPO bzw. des § 94 Abs. 2 ArbGG entspricht. Auch in diesem Fall kann auf eine gesonderte Revisions- oder Rechtsbeschwerdebegründung nicht verzichtet werden; eine Vereinfachung liegt nur darin, dass es gem. § 551 Abs. 3 Satz 2 ZPO unter dieser Voraussetzung genügt, auf die Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde Bezug zu nehmen. An dem Erfordernis einer eigenständigen Rechtsmittelbegründung zumindest in Gestalt einer solchen Bezugnahme ist insbesondere deshalb festzuhalten, weil andernfalls eine rechtssichere Bestimmung des Beginns der Anschlussfrist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht möglich ist.

---

<sup>162</sup> jurisPR-ArbR 36/2008 Anm. 2 (Anm. Kloppenburg); NZA 2008, 726-728; EBE/BAG 2008, 156-158; EzA § 551 ZPO 2002 Nr 9; ArbuR 2008, 279 (L); MDR 2008, 1059 (L); FA 2008, 307 (L, K)

## **C. Über das Bundesarbeitsgericht**

### **I. Bibliothek**

Die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts ist die größte juristische Spezialbibliothek mit Schwerpunkt Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Der Bestand umfasste Ende 2008 ca 84.000 Medieneinheiten und 96.000 Tarifverträge in einer hausinternen Sondersammlung.

Seit der Verlegung des Gerichts nach Erfurt im Jahr 1999 steht ihr im repräsentativen Neubau auf dem Petersberg eine Gesamtfläche von ca 1.700 qm mit 31 Arbeitsplätzen im Lesebereich zur Verfügung. Bestand und Dienstleistungen der Bibliothek sind gezielt auf die Bedürfnisse der Angehörigen des Gerichts ausgelegt, können aber auch von externen Benutzern während der allgemeinen Dienstzeiten in Anspruch genommen werden. Den Angehörigen des Gerichts sind die Bestände jederzeit zugänglich.

Der gesamte Medienbestand ist im Online-Katalog recherchierbar, der an den Arbeitsplätzen im Haus und an den Auskunftsplätzen in der Bibliothek nutzbar ist. Der Zeitschriftenbestand der Bibliothek ist außerdem in 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 und Beck-Online 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 hausinternen Datenbank (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 wöchentlich erscheinenden Informationsdienst weist die Dokumentationsstelle auf aktuelle Beiträge und Rechtsentwicklungen im nationalen und supranationalen Arbeitsrecht hin.

Dokumentiert werden insbesondere die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte, der Arbeitsgerichte, der Schiedsgerichte, der Kirchengenrichte (seit 2007), sowie supranationaler Gerichte in Arbeitsrechtsstreitigkeiten, das einschlägige Schrifttum aus Periodika (Fachzeitschriften, Jahrbüchern etc.), Festschriften und anderen Sammelwerken sowie die einschlägigen Verwaltungsvorschriften aus Verkündungsblättern, Ministerialblättern etc., soweit ein Bezug zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsgerichtsbarkeit besteht.

Die juris Datenbank Rechtsprechung enthält über 983.000 Dokumente aus allen Gerichtsbarkeiten, davon etwa ein Drittel mit Langtext. Etwa 69.300 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 (22.100) sowie die veröffentlichten Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgerichte 39.600, Arbeitsgerichte 7.800). Hinzu kommen ca. 35 Entscheidungen von Bünnenschiedsgerichten, 30 kirchengerichtliche Entscheidungen, knapp 100 arbeitsrechtliche Entscheidungen von Gerichten der ehemaligen DDR sowie mehr als 370 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 der juris Datenbank Literaturnachweise (Aufsätze und Bücher) mit einem Bestand von ca. 735.300 Dokumenten betreffen mehr als 93.700 Dokumente Literatur (seit 1970) mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, etwa 39.700 hiervon wurden vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert.

An Verwaltungsregelungen (Erlasse, Bekanntmachungen, Richtlinien etc.) werden in der juris Datenbank Verwaltungsvorschriften für den Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts ca. 29.000 Dokumente angeboten. Etwa 2.700 Dokumente davon betreffen Regelungen mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, die zum Teil vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert worden sind.

### 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 2008 wurden die Terminvorschauen an 542 Abonnenten und die insgesamt 102 Pressemitteilungen an 827 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 auf anstehende Verhandlungen. Im übrigen kann die Sammlung der Pressemitteilungen des laufenden Jahres sowie der vorangegangenen vier Jahre aufgerufen werden.

Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ab 2005 stehen ebenfalls im Internet zur Verfügung. Hier ist eine Suche nach Daten, Nummer der Pressemitteilung oder Textstichworten möglich.

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

Im Jahr 2008 haben 103 Gruppen, und zwar insbesondere Betriebs- und Personalräte sowie Führungskräfte aus Unternehmen, Referendare und Studenten sowie Schüler Verhandlungen des Gerichts besucht. Sie wurden durch wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und 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 und den Arbeitsbedingungen des Bundesarbeitsgerichts. Auch im vergangenen Jahr haben 27 Besuchergruppen das Bundesarbeitsgericht besichtigt und sind von fachkundigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Haus geführt worden.

Am 31. Januar 2008 fand in Erfurt der zweite vom Bundesarbeitsgericht ausgerichtete arbeitsrechtliche Moot-Court Wettbewerb statt. Teilgenommen haben 27 studentische Teams aus insgesamt 16 bundesdeutschen Hochschulen. Damit hat sich die Teilnehmerzahl gegenüber dem vor zwei Jahren durchgeführten Wettbewerb um etwa 60% erhöht. Der Moot-Court Wettbewerb ist Teil einer praxisnahen Ausbildung von Studenten der Rechtswissenschaft. Er hat das Ziel, Rhetorik und freie Rede zu fördern und angehende Juristen mit Anforderungen des beruflichen Alltags vertraut zu machen. Den Studierenden war die Aufgabe gestellt, in einem vorgegebenen Sachverhalt aus dem Bereich des Arbeitsrechts fiktive Prozessparteien mit ihren gegensätzlichen Anliegen vor dem Arbeitsgericht zu vertreten. Die Teams hatten dazu einen Schriftsatz zu erstellen und mussten in einer mündlichen Verhandlung vor einer aus Richtern bestehenden Jury ihre Argumente vortragen.

Die Auftaktveranstaltung zum 67. Deutschen Juristentag fand am 4. April 2008 im Foyer des Bundesarbeitsgerichts statt. Den rund 200 Gästen wurde das Programm des 67. Deutschen Juristentages, der vom 23. bis 26. September 2008 stattfand, vorgestellt.

Im Oktober 2008 war der Verband der brasilianischen Arbeitsrichter „ANAMATRA“ im Rahmen eines Internationalen Kongresses beim Bundesarbeitsgericht zu Gast. 90 brasilianische Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter haben sich über die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit informiert und dem Richterkollegium Einblicke in die brasilianische Arbeitsgerichtsbarkeit gegeben. Außerdem besuchte eine Delegation chinesischer Arbeitsrechtler das Bundesarbeitsgericht, um sich über die Arbeitsweise eines obersten Gerichtshofes zu informieren.

## Übersicht über die Pressemitteilungen 2008

lfd. Nr.	Nr.	Datum	Stichwort
1722	<b>1/08</b>	16.01.08	Betriebsratswahl - Wahlrecht zugewiesener Beamter der Deutschen Post AG (DP AG) - 7 ABR 66/07 -
1723	<b>2/08</b>	16.01.08	Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG - 7 AZR 603/06 -
1724	<b>3/08</b>	16.01.08	Aktienoptionen für Betriebsratsmitglieder - 7 AZR 887/06 -
1725	<b>4/08</b>	16.01.08	Mitteilung zum Verfahren - 7 AZR 1090/06 -
1726	<b>5/08</b>	17.01.08	Kündigung gegenüber leistungsschwachen Arbeitnehmern - 2 AZR 536/06 -
1727	<b>6/08</b>	23.01.08	Mitteilung zum Verfahren - 4 AZR 1105/06 -
1728	<b>7/08</b>	23.01.08	Entgeltfortzahlung bei Freistellung des Arbeitnehmers - 5 AZR 393/07 -
1729	<b>8/08</b>	24.01.08	Ordnungsgemäße Unterzeichnung einer Kündigung - Probezeitkündigung - 6 AZR 519/07 -
1730	<b>9/08</b>	30.01.08	Geschäftslage des Bundesarbeitsgerichts zum 1. Januar 2008
1731	<b>10/08</b>	31.01.08	Betriebsübergang - Unterrichtung - Schadensersatz - 8 AZR 1116/06 -
1732	<b>11/08</b>	31.01.08	Zweiter arbeitsrechtlicher Moot-Court Wettbewerb beim Bundesarbeitsgericht
1733	<b>12/08</b>	13.02.08	Kündigung schwerbehinderter Arbeitnehmer, Klagefrist - 2 AZR 864/06 -
1734	<b>13/08</b>	19.02.08	Angemessenheit einer Ausbildungsvergütung im Krankenpflegebereich - 9 AZR 1091/06 -
1735	<b>14/08</b>	19.02.08	Gesamtversorgung - Störung der Geschäftsgrundlage - 3 AZR 743/05 -
1736	<b>15/08</b>	20.02.08	Wirksamkeit einer kurzfristigen Beendigung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband („Blitzaustritt“) - 4 AZR 64/07 -

1737	<b>16/08</b>	20.02.08	Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags nach § 14 Abs. 2 TzBfG - 7 AZR 786/06 -
1738	<b>17/08</b>	21.02.08	Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers nach Gesellschaftsrecht - Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer? - 8 AZR 157/07 -
1739	<b>18/08</b>	11.03.08	Schaffung einer Rentnergesellschaft durch Ausgliederungen nach dem Umwandlungsgesetz - 3 AZR 358/06 -
1740	<b>19/08</b>	11.03.08	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 813/06 -
1741	<b>20/08</b>	12.03.08	Lehrereingruppierung in Sachsen bei sich ändernden Schülerzahlen - 4 AZR 93/07 -
1742	<b>21/08</b>	13.03.08	Außerordentliche Kündigung - Anhörung des Arbeitnehmers - 2 AZR 961/06 -
1743	<b>22/08</b>	13.03.08	Betriebsbedingte Kündigung und freie Unternehmerentscheidung - 2 AZR 1037/06 -
1744	<b>23/08</b>	18.03.08	Wirksamkeit einer Rückzahlungsvereinbarung von Studienkosten - 9 AZR 186/07 -
1745	<b>24/08</b>	18.03.08	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 1117/06 -
1746	<b>25/08</b>	19.03.08	Prozessführungsbefugnis eines Arbeitnehmers für die Bundesagentur für Arbeit - 5 AZR 432/07 -
1747	<b>26/08</b>	20.03.08	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 457/07 -
1748	<b>27/08</b>	01.04.08	Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Klaus Armbrüster im Ruhestand
1749	<b>28/08</b>	03.04.08	Außerordentliche Kündigung wegen anderweitiger Erwerbstätigkeit während der Arbeitsunfähigkeit - Betriebsratsanhörung - 2 AZR 965/06 -
1750	<b>29/08</b>	09.04.08	Tarifwechsel nach Übertragung einer Krankenhausküche - 4 AZR 164/07 -
1751	<b>30/08</b>	10.04.08	Haftung der Insolvenzmasse nach Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters - 6 AZR 368/07 -
1752	<b>31/08</b>	15.04.08	Altersteilzeit - Anspruch auf Gleichbehandlung - 9 AZR 111/07 -



1753	<b>32/08</b>	16.04.08	Probezeitbefristung innerhalb eines für ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags - 7 AZR 132/07 -
1754	<b>33/08</b>	16.04.08	Befristung eines Arbeitsvertrags - Schriftformerfordernis - 7 AZR 1048/06 -
1755	<b>34/08</b>	23.04.08	Tarifliche Kündigungsfrist für Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit - 2 AZR 21/07 -
1756	<b>35/08</b>	24.04.08	Geschlechtsspezifische Benachteiligung wegen Schwangerschaft bei einer Stellenbesetzung - 8 AZR 257/07 -
1757	<b>36/08</b>	29.04.08	Mitteilung zum Rechtsstreit - 3 AZR 430/06 -
1758	<b>37/08</b>	07.05.08	Blitzaustritt aus Arbeitgeberverband Arbeitsvertraglicher Ausschluss einer tariflichen Sonderzuwendung - 4 AZR 229/07 -
1759	<b>38/08</b>	08.05.08	Wirksamkeit eines Aufhebungsvertrags und Wiedereinstellungsanspruch - zwei Streitgegenstände - 6 AZR 517/07 -
1760	<b>39/08</b>	20.05.08	AGB-Kontrolle einer doppelten Schriftformklausel - 9 AZR 382/07 -
1761	<b>40/08</b>	20.05.08	Urlaubsabgeltung bei zweiter Elternzeit - 9 AZR 219/07 -
1762	<b>41/08</b>	21.05.08	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 54/07 -
1763	<b>42/08</b>	21.05.08	Betriebsübergang - Gründung einer Service GmbH - 8 AZR 481/07 -
1764	<b>43/08</b>	26.05.08	Neue Richterin am Bundesarbeitsgericht - Karin Spelge
1765	<b>44/08</b>	26.05.08	Neue Richterin am Bundesarbeitsgericht - Anke Berger
1766	<b>45/08</b>	26.05.08	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht - Dr. Jürgen Treber
1767	<b>46/08</b>	26.05.08	Neue Richterin am Bundesarbeitsgericht - Dr. Regine Winter
1768	<b>47/08</b>	27.05.08	Vererblichkeit von Ansprüchen gegen eine Pensionskasse - 3 AZR 957/06 -

1769	<b>48/08</b>	31.05.08	Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Knut-Dietrich Bröhl im Ruhestand
1770	<b>49/08</b>	04.06.08	Tarifgebundenheit - Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft - 4 AZR 419/07 -
1771	<b>50/08</b>	05.06.08	Kündigung eines Busfahrers wegen des Entzugs einer „betrieblichen Fahrerlaubnis“ - 2 AZR 984/06 -
1772	<b>51/08</b>	18.06.08	Tarifliche „Altersgrenze 65“ wirksam - 7 AZR 116/07 -
1773	<b>52/08</b>	24.06.08	Verringerung der Arbeitszeit - 9 AZR 514/07 -
1774	<b>53/08</b>	24.06.08	Gesetzlicher Teilzeitananspruch und Betriebsvereinbarung - 9 AZR 313/07 -
1775	<b>54/08</b>	26.06.08	Änderungskündigung wegen Wegfalls des Arbeitsplatzes als Hausmeister - 2 AZR 147/07 -
1776	<b>55/08</b>	26.06.08	Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes - Darlegungs- und Beweislast - 2 AZR 264/07 -
1777	<b>56/08</b>	09.07.08	Betriebsrisiko in einem witterungsabhängigen Unternehmen - 5 AZR 810/07 -
1778	<b>57/08</b>	15.07.08	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 908/06 -
1779	<b>58/08</b>	22.07.08	Mitbestimmung bei „Ethik-Richtlinien“ - 1 ABR 40/07 -
1780	<b>59/08</b>	30.07.08	Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen - 10 AZR 606/07 -
1781	<b>60/08</b>	31.07.08	Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Jürgen Wolter im Ruhestand
1782	<b>61/08</b>	12.08.08	Notwendiger Inhalt der Zeugnisse von Tageszeitungsredakteuren - 9 AZR 632/07 -
1783	<b>62/08</b>	12.08.08	Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung - 9 AZR 1117/06 -

1784	<b>63/08</b>	19.08.08	Umstellung einer kirchlichen Gesamtversorgung auf das Punktmodell des öffentlichen Dienstes - 3 AZR 383/06 -
1785	<b>64/08</b>	19.08.08	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 71/07 -
1786	<b>65/08</b>	21.08.08	Betriebsteilübergang - ordnungsgemäße Unterrichtung - 8 AZR 407/07 -
1787	<b>66/08</b>	27.08.08	Annahmeverzug - Beschäftigungsmöglichkeit - 5 AZR 16/08 -
1788	<b>67/08</b>	27.08.08	Eingruppierung eines Landschaftsgärtners, der Baumkontrollen im Wege des Visual Tree Assessment durchführt - 4 AZR 484/07 -
1789	<b>68/08</b>	28.08.08	Mitteilung zum Verfahren - 2 AZR 156/07 -
1790	<b>69/08</b>	28.08.08	Mitteilung zum Verfahren - 2 AZR 63/07 -
1791	<b>70/08</b>	16.09.08	Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit - höherwertiger Arbeitsplatz - 9 AZR 781/07 -
1792	<b>71/08</b>	17.09.08	Kappungsgrenze in der betrieblichen Altersversorgung - 3 AZR 1061/06 -
1793	<b>72/08</b>	17.09.08	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 1065/06 -
1794	<b>73/08</b>	18.09.08	Kündigung einer Gleichstellungsbeauftragten - 2 AZR 560/07 -
1795	<b>74/08</b>	18.09.08	Kündigung einer studentischen Hilfskraft nach deren Exmatrikulation - 2 AZR 976/06 -
1796	<b>75/08</b>	24.09.08	Wechselschichtzulage bei Bereitschaftsdiensten von Rettungssanitätern - 10 AZR 669/07 -
1797	<b>76/08</b>	24.09.08	Schicht- und Wechselschichtzulagen bei Teilzeitarbeit - 10 AZR 634/07 -
1798	<b>77/08</b>	25.09.08	Betriebsübergang - Übernahme eines Bewachungsauftrages - 8 AZR 607/07 -
1799	<b>78/08</b>	16.10.08	Sachgrundlose Befristung mit älteren Arbeitnehmern - Altersgrenze für Flugbegleiter - 7 AZR 253/07 (A) -

1800	<b>79/08</b>	22.10.08	Vertragliche Bezugnahme auf ein Tarifwerk in der jeweils geltenden Fassung - 4 AZR 793/07 -
1801	<b>80/08</b>	23.10.08	Mitteilung zum Verfahren - 2 AZR 298/07 -
1802	<b>81/08</b>	28.10.08	Abgrenzung der betrieblichen Altersversorgung von anderen Leistungen - 3 AZR 317/07 -
1803	<b>82/08</b>	28.10.08	Mitteilung im Verfahren - 3 AZR 250/07 -
1804	<b>83/08</b>	30.10.08	Tariflicher Abfindungsanspruch bei Personalabbau im öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer - 6 AZR 738/07 -
1805	<b>84/08</b>	30.10.08	Vergleichsentgelt bei Überleitung von Arbeitnehmern aus dem BAT in den TVöD - 6 AZR 682/07 -
1806	<b>85/08</b>	30.10.08	Betriebsübergang in der Insolvenz - Altersteilzeit-Arbeitsverhältnis in der „Freistellungsphase“ - 8 AZR 54/07 -
1807	<b>86/08</b>	30.10.08	Befristeter Arbeitsvertrag - vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleistung - Betriebsübergang - 8 AZR 855/07 -
1808	<b>87/08</b>	06.11.08	Kündigungsschutz und Altersdiskriminierung - 2 AZR 701/07 -
1809	<b>88/08</b>	11.11.08	Sozialplanabfindung bei vorgezogener Altersrente - 1 AZR 475/07 -
1810	<b>89/08</b>	12.11.08	Mitteilung zum Verfahren - 7 ABR 45/07 -
1811	<b>90/08</b>	18.11.08	Mitteilung zum Rechtsstreit - 9 AZR 897/07 -
1812	<b>91/08</b>	18.11.08	Arbeitszeitschutz - Straßenbahnfahrer - 9 AZR 737/07 -
1813	<b>92/08</b>	27.11.08	Mitteilung zum Verfahren - 2 AZR 204/07 -
1814	<b>93/08</b>	03.12.08	Gleichbehandlungsgrundsatz - Lohnerhöhung - 5 AZR 74/08 -
1815	<b>94/08</b>	09.12.08	Mitbestimmung bei Umgruppierung - Zustimmungsverweigerung in Textform - 1 ABR 79/07 -

---

1816	<b>95/08</b>	09.12.08	Vertrag zugunsten Dritter - Begünstigung durch „Gehaltserhöhung“ auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses? - 3 AZR 431/07 -
1817	<b>96/08</b>	09.12.08	Nachwirkung einer teilmitbestimmten Betriebsvereinbarung - 3 AZR 384/07 -
1818	<b>97/08</b>	10.12.08	Vertragliche Bezugnahme von diakonischen Arbeitsvertragsregelungen in der jeweils geltenden Fassung - Änderung durch einen Beschluss der Arbeitsrechtlichen Kommission der Evangelischen Kirche und des Diakonischen Werkes - 4 AZR 801/07 -
1819	<b>98/08</b>	11.12.08	Nachträgliche Zulassung einer Kündigungsschutzklage - Zurechnung des Anwaltsverschuldens - 2 AZR 472/08 -
1820	<b>99/08</b>	16.12.08	Mitteilung zum Rechtsstreit - 9 AZR 240/08 -
1821	<b>100/08</b>	18.12.08	Überleitung in den TVöD -Tarifliche Besitzstandszulage für kinderbezogene Entgeltbestandteile bei Elternzeit im September 2005 - 6 AZR 287/07 -
1822	<b>101/08</b>	18.12.08	Gesetzliche Überleitung eines Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Arbeitgeber - 8 AZR 660/07 -
1823	<b>102/08</b>	22.12.08	Europarechtliches Symposium beim Bundesarbeitsgericht

## IV. Personalien

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Klaus Armbrüster ist mit Ablauf des 31. März 2008 in den Ruhestand getreten. Er gehörte seit 1991 dem Sechsten Senat an.

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Knut-Dietrich Bröhl ist mit Ablauf des 31. Mai 2008 in den Ruhestand getreten. Er gehörte seit 1993 dem Zweiten Senat an.

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Jürgen Wolter ist mit Ablauf des 31. Juli 2008 in den Ruhestand getreten. Er gehörte seit 1999 dem Vierten Senat an.

Der Bundespräsident hat die Richterin am Arbeitsgericht Naumburg Anke Berger mit Wirkung vom 1. Juni 2008 zur Richterin am Bundesarbeitsgericht ernannt. Frau Berger wurde dem Zweiten Senat zugeteilt.

Der Bundespräsident hat die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Niedersachsen Karin Spelge mit Wirkung vom 1. Juni 2008 zur Richterin am Bundesarbeitsgericht ernannt. Frau Spelge wurde dem Sechsten Senat zugeteilt.

Der Bundespräsident hat den Richter am Arbeitsgericht Dr. Jürgen Treber mit Wirkung vom 1. August 2008 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Dr. Treber wurde dem Vierten Senat zugeteilt.

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Harald Schliemann ist mit Ablauf des 8. August 2008 in den Ruhestand getreten. Herr Schliemann wurde im Juli 1987 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Er gehörte zunächst dem Siebten Senat, später dem Fünften Senat an. Im Dezember 1997 wurde er zum Vorsitzenden Richter ernannt und mit der Leitung des Vierten Senats betraut. Vom Juli 2004 bis Mai 2008 war Herr Schliemann Justizminister des Freistaates Thüringen. Für die Dauer seines Amtsverhältnisses als Mitglied der Landesregierung ruhte sein Dienstverhältnis als Richter.

## **D. Tabellarischer Anhang**

**Geschäftsjahr 2008**

### 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>	1093	+ 31
<b>12</b>	<b>Eingelegte Revisionen</b>	1045	+ 56
	davon aus:		
1201	Baden-Württemberg	109	+ 44
1202	Bayern	126	+ 15
1203	Berlin-Brandenburg	95	+ 2
1204	Bremen	15	0
1205	Hamburg	28	+ 4
1206	Hessen	136	- 48
1207	Mecklenburg-Vorpommern	22	+ 4
1208	Niedersachsen	54	- 30
1209	Nordrhein-Westfalen	313	+ 74
1210	Rheinland-Pfalz	33	- 14
1211	Saarland	6	+ 1
1212	Sachsen	43	+ 12
1213	Sachsen-Anhalt	29	- 6
1214	Schleswig-Holstein	27	- 2
1215	Thüringen	9	0
<b>13</b>	<b>Revisionen insgesamt</b>	2138	+ 87
<b>14</b>	<b>Erledigte Revisionen</b>	886	- 72
141	Nach der Art der Erledigung:		
1411	Streitiges Urteil	525	- 82
1412	Sonstiges Urteil	2	- 38
1413	Beschluss nach § 91 a ZPO	26	+ 16
1414	Sonstigen Beschluss	14	+6
1415	Vergleich	107	+ 16
1416	Rücknahme	186	+ 9
1417	Auf sonstige Art	26	+1
<b>142</b>	<b>Durch Streitiges Urteil erledigte Revisionen (Zeile 1411) nach der Dauer des Verfahrens</b>		
1421	bis zu 6 Monaten	4	- 19
1422	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	119	- 188
1423	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	375	+ 101
1424	über 2 Jahren	27	+ 24
<b>15</b>	<b>Unerledigte Revisionen am Jahresende</b>	1252	+ 159
<b>2</b>	<b>Rechtsbeschwerden</b>		



<b>21</b>	<b>Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresanfang</b>	99	+ 13
<b>22</b>	<b>Eingereichte Rechtsbeschwerden</b>	104	+ 7
	davon aus:		
2201	Baden-Württemberg	11	+ 8
2202	Bayern	14	- 2
2203	Berlin-Brandenburg	4	- 1
2204	Bremen	2	+ 1
2205	Hamburg	10	+ 3
2206	Hessen	16	+ 3
2207	Mecklenburg-Vorpommern	0	0
2208	Niedersachsen	8	+ 1
2209	Nordrhein-Westfalen	22	+ 7
2210	Rheinland-Pfalz	3	- 4
2211	Saarland	1	+ 1
2212	Sachsen	1	+ 1
2213	Sachsen-Anhalt	1	- 15
2214	Schleswig-Holstein	11	+ 5
2215	Thüringen	0	- 1
<b>23</b>	<b>Rechtsbeschwerden insgesamt</b>	203	+ 20
<b>24</b>	<b>Erledigte Rechtsbeschwerden</b>	71	- 13
	davon:		
241	durch mündliche Verhandlung	28	+ 9
242	ohne mündliche Verhandlung	13	- 1
243	durch Einstellung des Verfahrens gem. § 94 Nr. 3 ArbGG oder auf sonstige Art	30	- 21
<b>25</b>	<b>Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden (Zeilen 241 - 242) nach der Dauer des Verfahrens</b>		
251	bis zu 6 Monaten	0	0
252	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	3	- 9
253	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	37	+ 16
254	über 2 Jahre	1	+ 1
<b>26</b>	<b>Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresende</b>	132	+ 33
<b>3</b>	<b>Nichtzulassungsbeschwerden</b>		
<b>31</b>	<b>Verfahren gem. § 72 a ArbGG</b>		
311	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	484	+ 65
312	Beantragte Verfahren	1237	- 198
313	Verfahren insgesamt	1721	- 133
314	Erledigte Verfahren	1435	+ 65
	davon durch:		

3141	Stattgebenden Beschluss	82	+ 9
3142	Zurückweisung	603	- 3
3143	Zurückverweisung	54	+ 14
3144	Verwerfung	471	+ 80
3145	Rücknahme	202	- 34
3146	Auf sonstige Art	23	0
3147	Unerledigte Verfahren am Jahresende	286	- 198
<b>32</b>	<b>Verfahren gem. § 92 a ArbGG</b>		
321	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	21	- 2
322	Beantragte Verfahren	108	+ 5
323	Verfahren insgesamt	129	+ 3
324	Erledigte Verfahren	107	+ 2
	davon durch:		
3241	Stattgebenden Beschluss	4	- 1
3242	Zurückweisung	38	- 13
3243	Zurückverweisung	2	+ 2
3244	Verwerfung	45	+ 27
3245	Rücknahme	16	- 10
3246	Auf sonstige Art	2	- 3
3247	Unerledigte Verfahren am Jahresende	22	- 1
<b>4</b>	<b>Revisionsbeschwerden</b>		
<b>41</b>	<b>Verfahren gem. § 72b ArbGG:</b>		
411	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	0	0
412	Beantragte Verfahren	4	+ 1
413	Verfahren insgesamt	4	+ 1
414	Erledigte Verfahren	4	+ 1
	davon durch:		
4141	Stattgebenden Beschluss (Zurückverweisung)	4	+ 3
4142	Zurückweisung	0	- 1
4143	Verwerfung	0	0
4144	Rücknahme	0	- 1
4145	Auf sonstige Art	0	0
415	Unerledigte Verfahren am Jahresende	0	0
<b>42</b>	<b>Verfahren gem. § 77 ArbGG:</b>		
421	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	2	+ 1
422	Beantragte Verfahren	11	+ 4
423	Verfahren insgesamt	13	+ 5
424	Erledigte Verfahren	10	+ 4
	davon durch:		
4241	Stattgebenden Beschluss	0	0
4242	Zurückweisung	1	0
4243	Verwerfung	8	+ 4
4244	Rücknahme	0	0

4245	Auf sonstige Art	1	0
425	Unerledigte Verfahren am Jahresende	3	+ 1
<b>43</b>	<b>Verfahren gem. § 78 ArbGG:</b>		
431	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	12	- 20
432	Beantragte Verfahren	86	+ 35
433	Verfahren insgesamt	98	+ 15
434	Erledigte Verfahren	86	+ 15
	davon durch:		
4341	Stattgabe	11	+ 2
4342	Zurückweisung	14	- 3
4343	Verwerfung	47	+ 9
4344	Rücknahme	9	+ 5
4335	Auf sonstige Art	5	+ 2
435	Unerledigte Verfahren am Jahresende	12	0
<b>5</b>	<b>Bestimmungen des zuständigen Gerichts</b>		
51	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	1	+ 1
52	Eingereichte Anträge	2	- 11
53	Anträge insgesamt	3	- 10
54	Erledigte Anträge	2	- 10
55	Unerledigte Anträge am Jahresende	1	0
<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	5	+ 2
612	Eingereichte Anträge	17	- 1
613	Anträge insgesamt	22	+ 1
614	Erledigte Anträge	20	+ 4
615	Unerledigte Anträge am Jahresende	2	- 3
62	Ergangene Entscheidungen bei anhängigen		
	Revisionsverfahren (Zahl der Beschlüsse)	24	- 21
<b>7</b>	<b>Entscheidung über Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung</b>	13	- 2
<b>8</b>	<b>In das allgemeine Register eingetragene Anträge und Anfragen</b>	87	+ 35
<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 2008

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	4	0	4	3	1
	b) im schriftlichen Verfahren	1	0	1	0	1
	2. als unbegründet zurückgewiesen					
	a) auf Grund mündlicher Verhandlung	282	19	301	177	124
	b) im schriftlichen Verfahren	22	2	24	17	7
	3. unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zurückverwiesen					
	a) auf Grund mündlicher Verhandlung	42	13	55	30	25
	b) im schriftlichen Verfahren	3	2	5	4	1
4. der Revision ganz oder teilweise stattgegeben						
	a) auf Grund mündlicher Verhandlung	113	16	129	56	73
b) im schriftlichen Verfahren	6	0	6	5	1	
II.	durch sonstiges Urteil	2	0	2	1	1
III.	durch Beschluss					
	1. als unzulässig verworfen	14	0	14		
	2. Kostenbeschluss § 91a ZPO	25	1	26		
IV.	durch Vergleich					
	1. gerichtlichen Vergleich	80	18	98		
	2. außergerichtlichen Vergleich	6	3	9		
V.	durch Rücknahme	182	4	186		
VI.	auf sonstige Art	21	5	26		
	Summe	803	83	886	293	234

### Rechtsbeschwerden (ABR) nach Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2008

Zulassung	Zulassung		Summe Spalte 2a-2b
	durch LAG	durch BAG	
1	2a	2b	3
1. Als unzulässig verworfen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	0	0	0
b) Ohne mündliche Anhörung	1	0	1
2. Als unbegründet zurückgewiesen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	14	0	14
b) Ohne mündliche Anhörung	6	0	6
3. Aufgehoben und zurückverwiesen			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	5	0	5
b) Ohne mündliche Anhörung	2	0	2
4. Ganz oder teilweise stattgegeben			
a) Auf Grund mündlicher Anhörung	9	0	9
b) Ohne mündliche Anhörung	4	0	4
5. Einstellung gemäß § 94 Abs. 3 ArbGG	7	0	7
6. Sonstige Art	23	0	23
Summe	71	0	71

## Revisions- und Nichtzulassungsbeschwerden nach der Art der Erledigung 2008

	Revisionsbeschwerden				Nichtzulassungsbeschwerden		
	§ 72b ArbGG	AZB		Summe	§ 72a ArbGG	ABN § 92a ArbGG	Summe
§ 78 ArbGG		§ 77 ArbGG					
1. Bestand zu Beginn des Jahres	0	12	2	14	484	21	505
2. Zugang in 2008	4	86	11	101	1237	108	1345
3. Summe 1 + 2	4	98	13	115	1721	129	1850
4. Erledigungen in 2008	4	86	10	100	1435	107	1542
5. Es bleiben anhängig	0	12	3	15	286	22	308
6. Art der Erledigung							
a) Stattgabe	4	8	0	12	82	4	86
b) Zurückweisung	0	14	1	15	603	38	641
c) Zurückverweisung	0	3	0	3	54	2	56
d) Verwerfung	0	47	8	55	471	45	516
e) Rücknahme	0	9	0	9	202	16	218
f) sonstige Erledigungen	0	5	1	6	23	2	25
7. Summe wie Zeile 4	4	86	10	100	1435	107	1542

Monat	Ein- gang	Revisionen						Rechtsbeschwerden						
		davon Zulas- sung durch		Durch streitiges Urteil erledigte Re- visionen nach der Dauer der Verfah- ren				Ein- gang	davon Zu- lassung durch		Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden nach der Dauer des Verfahrens			
		LAG	BAG	bis 6 Monate	bis 1 Jahr	bis 2 Jahre	über 2 Jahre		LAG	BAG	bis 6 Monate	bis 1 Jahr	bis 2 Jahre	über 2 Jahre
Januar	82	77	5	1	4	31	2	6	6	0	0	0	5	0
Februar	87	80	7	0	8	46	12	9	9	0	0	0	3	1
März	74	67	7	0	11	20	0	11	9	2	0	0	5	0
April	86	75	11	0	8	31	1	11	11	0	0	2	3	0
Mai	131	124	7	0	8	34	0	3	3	0	0	0	4	0
Juni	62	58	3	0	7	25	2	11	10	1	0	0	4	0
Juli	119	92	26	0	11	31	5	7	0	0	0	0	3	0
August	64	63	1	0	8	32	3	12	0	0	0	0	2	0
September	78	73	5	1	9	27	1	14	0	0	0	1	1	0
Oktober	82	77	5	1	14	35	0	5	4	1	0	0	1	0
November	96	90	6	1	16	38	1	3	3	0	0	0	2	0
Dezember	84	83	0	0	15	25	0	12	11	1	0	0	4	0
Insgesamt	1045	959	83	4	119	375	27	104	66	5	0	3	37	1



Durch Beschluss erledigte  
Nichtzulassungsbeschwerden 2008

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	35	13	24	2	4	2	3	0
Februar	58	42	35	9	4	2	0	0
März	55	20	40	2	4	2	0	0
April	80	32	6	1	1	0	0	0
Mai	41	25	13	0	2	0	0	0
Juni	47	23	35	0	0	2	0	0
Juli	74	39	5	0	3	2	0	0
August	44	18	15	0	6	2	0	1
September	38	41	5	6	2	0	0	0
Oktober	63	34	10	1	3	2	1	0
November	50	28	4	5	2	35	0	0
Dezember	39	46	11	0	1	3	1	0
Insgesamt	624	361	203	26	32	52	5	1

**Revisions- und Rechtsbeschwerden AZB - Geschäftsjahr 2008 -**

<b>Monat</b>		davon Zulassung durch	Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden nach der Dauer des Verfahrens			
			Eingang	LAG	bis 6 Monate	bis 1 Jahr
<b>Januar</b>	3	1	7	0	0	0
<b>Februar</b>	21	2	5	0	0	0
<b>März</b>	16	3	16	0	0	0
<b>April</b>	9	2	8	0	0	0
<b>Mai</b>	6	1	7	0	0	0
<b>Juni</b>	15	4	5	0	0	0
<b>Juli</b>	6	3	10	2	0	0
<b>August</b>	0	0	3	0	0	0
<b>September</b>	4	1	3	1	0	0
<b>Oktober</b>	7	1	1	1	0	0
<b>November</b>	7	3	10	1	0	0
<b>Dezember</b>	7	3	4	0	0	0
<b>Insgesamt</b>	101	24	79	5	0	0

**Revisionen, Rechtsbeschwerden und Beschwerden über die Nichtzulassung der Revision/Rechtsbeschwerde  
(Eingänge und Erledigungen nach Rechtsmaterien) - Geschäftsjahr 2008**

Rechtsmaterien	Revisionen und Rechtsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Nichtzulassungsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Revisionen, Rechtsbeschwerden und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt			Stand am 1. Januar 2009
	Rest v. Vorjahr	Ein- gang	Erledi- gung		Rest v. Vorjahr	Eingang	Erledi- gung		Rest v. Vorjahr	Ein- gang	Erledi- gung	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
Formelles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Untenehmensverfassungsrecht	56	35	31	60	9	81	76	14	65	116	107	74
Materielles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht	80	87	74	93	24	49	64	9	104	136	138	102
Vereinigungsfreiheit, Tariffähigkeit und -zuständigkeit, Arbeitskampf	0	3	0	3	0	2	2	0	0	5	2	3
Beendigung oder Änderung des Arbeitsverhältnisses d. Kündigung oder in anderer Weise	296	144	259	181	51	242	171	122	347	386	430	303
Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Befristung o. Bedingungseintritt	51	48	40	59	6	40	40	6	57	88	80	65
Betriebsübergang	84	80	89	75	10	21	31	0	94	101	120	75

Rechtsmaterien	Revisionen und Rechtsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Nichtzulassungsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Revisionen, Rechtsbeschwerden und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt			Stand am 1. Januar 2009
	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
Insolvenz und Zwangsvollstreckung	69	6	9	66	3	17	19	1	72	23	28	67
Begründung eines Arbeitsverhältnisses	2	1	2	1	2	5	6	1	4	6	8	2
Arbeitnehmerstatus und Rechtswegstreitigkeiten	4	4	4	4	5	26	29	2	9	30	33	6
Arbeitsentgelt	88	179	110	157	46	157	175	28	134	336	285	185
Eingruppierungen	88	83	90	81	31	46	61	16	119	129	151	97
Ansprüche und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, Abmahnungen, Zeugnis, Arbeitspapiere	13	51	25	39	18	61	67	12	31	112	92	51
Tarifvertragsrecht, kirchliches Arbeitsrecht und Tarifvertragsauslegung	145	173	131	187	62	92	128	26	207	265	259	213
Berufsaus- und -fortbildung	9	9	8	10	6	13	16	3	15	22	24	13
Arbeits- und Gesundheitsschutz, Teilhabe am Arbeitsleben	6	11	17	0	2	3	4	1	8	14	21	1
Altersversorgung, Vorruhestand und Altersteilzeit	183	152	148	187	21	79	79	21	204	231	227	208



Rechtsmaterien	Revisionen und Rechtsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Nichtzulassungsbeschwerden			Stand am 1. Januar 2009	Revisionen, Rechtsbeschwerden und Nichtzulassungsbeschwerden insgesamt			Stand am 1. Januar 2009
	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
Urlaub, Elternzeit	36	17	53	0	7	26	30	3	43	43	83	3
Schadensersatz	9	22	18	13	19	73	73	19	28	95	91	32
Wettbewerbsrecht	4	3	6	1	0	7	5	2	4	10	11	3
Arbeitnehmerähnliche Personen, Heimarbeiter, Handelsvertreter	2	1	2	1	2	1	3	0	4	2	5	1

### Gesamt-Geschäftsübersicht des Bundesarbeitsgerichts seit Errichtung des Gerichts - Geschäftsjahr 2008

	Revisionen		Rechtsbeschwerden		Revisionsbeschwerden						Nichtzulassungsbeschwerden				Anträge auf PKH		Summe
	53/07	08	53/07	08	§ 72b ArbGG		§ 77 ArbGG		§ 78 ArbGG		§ 72a ArbGG		§ 92a ArbGG		53/07	08	
Jahrgang	53/07	08	53/07	08	53/07	08	53/07	08	53/07	08	53/07	08	53/07	08	53/07	08	Summe
Eingänge bis Vorjahr	38313	0	3200	0	14	0	1143	0	1133	0	24556	0	1443	0	904	0	70706
Eingänge in 2008	0	1045	0	104	0	4	0	11	0	86	0	1237	0	108	0	17	2612
Eingänge insgesamt	38313	1045	3200	104	14	4	1143	11	1133	86	24556	1237	1443	108	904	17	73318
	<b>39358</b>		<b>3304</b>		<b>18</b>		<b>1154</b>		<b>1219</b>		<b>25793</b>		<b>1551</b>		<b>921</b>		<b>73318</b>
davon sind erledigt durch																	
Urteil	22020	27	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	22047
Beschluss	3851	7	2248	2	14	4	874	7	800	60	18106	764	950	72	844	15	28618
Vergleich	3852	20	39	0	0	0	4	0	3	2	83	11	15	0	3	0	4032
Rücknahme	7577	37	643	4	0	0	235	0	189	9	6034	170	428	13	30	0	15369
auf sonstige Art	714	1	236	0	0	0	30	1	141	3	333	6	50	1	27	0	1543
insgesamt	38014	92	3166	6	14	4	1143	8	1133	74	24556	951	1443	86	904	15	71609
also noch anhängig	299	953	34	98	0	0	0	3	0	12	0	286	0	22	0	2	1709
	<b>1252</b>		<b>132</b>		<b>0</b>		<b>3</b>		<b>12</b>		<b>286</b>		<b>22</b>		<b>2</b>		<b>1709</b>

## Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Ingrid Schmidt

### 1. Senat

Materielles Betriebsverfassungs-, Personalvertretungs- und kirchliches Mitarbeitervertretungsrecht, Vereinigungsfreiheit, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit, Arbeitskampfrecht

Vorsitzende:  
Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts  
Schmidt

### 2. Senat

Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung sowie daran anschließende Weiterbeschäftigungs- und Abfindungsansprüche, Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung, Abmahnungen

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

### 3. Senat

Betriebliche Altersversorgung und Lebensversicherung einschließlich Versorgungsschäden, Fragen der Berufsbildung

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Dr. Reinecke

### 4. Senat

Tarifvertragsrecht und Recht der Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgesellschaften, Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen sowie Beschäftigung nach bestimmten Vergütungs- und Lohngruppen

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Bepler

### 5. Senat

Arbeitnehmerstatus, Arbeitsentgeltansprüche, einschließlich Ansprüche aus Annahmeverzug, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und für Feiertage, Mutterschutz

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, Insolvenzrecht, Beendigung des Arbeitsverhältnisses in anderer Weise als durch Kündigung sowie daran anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung, Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses

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, Ansprüche auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Vorsitzender:  
Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts  
Dörner

### 8. Senat

Schadensersatz, Betriebsübergang

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Hauck

### 9. Senat

Recht des Erholungs-, Bildungs-, Sonder- und Erziehungsurlaubs sowie der Elternzeit, Vorruhestands- und Altersteilzeit, Zeugnisrecht, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst, Arbeitnehmerabfindungen

Vorsitzender:  
Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht  
Düwell

### 10. Senat

Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen, Tätigkeitszulagen und Erschwerniszulagen, ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen, Wettbewerbs-, Handelsvertreter- und Zwangsvollstreckungsrecht, 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**  
Frau Fuchs

Bibliothek  
Frau Lieberknecht

Geschäftsstelle  
Frau Lißner

Dokumentationsstelle  
Frau Kagemann