



Herausgeber: **Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG**  
**Klaus Bepler, Vors. RiBAG**

Erscheinungsdatum:  
26.11.2008

Erscheinungsweise:  
wöchentlich

Bezugspreis:  
10,- € monatlich  
zzgl. MwSt.

## 48/2008

### Inhaltsübersicht:

- Anm. 1**     **Änderung des Verteilungswunsches bei Teilzeit**  
Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.06.2008, 9 AZR 514/07  
von Dr. Jochen Sievers, RiArbG
- Anm. 2**     **Zahlungsansprüche aus Aktienoptionsprogramm**  
Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.05.2008, 9 Sa 2577/07  
von Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell), RA, FA für Arbeitsrecht und Attorney-at-Law,  
GREENFORT, Frankfurt am Main
- Anm. 3**     **Kündigungserklärungsfrist bei Verdachtskündigung**  
Anmerkung zu BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 25/07  
von Ulrich Fischer, RA und FA für Arbeitsrecht
- Anm. 4**     **Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung einer Betriebsänderung**  
Anmerkung zu LArbG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008, 13 TaBVGa 16/08  
von Alexander Bissels, RA und FA für Arbeitsrecht, CMS Hasche Sigle, Köln
- Anm. 5**     **Befristung einzelner Arbeitsbedingungen**  
Anmerkung zu LArbG Hamm, Urteil vom 04.07.2007, 5 Sa 1592/06  
von Dr. Dirk Beckmann, RA, FA für Arbeitsrecht und , FA für Handels- und Gesellschaftsrecht /  
Prof. Dr. Sebastian Krause, RA und Notar
- Anm. 6**     **Unterschiedliche Vergütungshöhe nach Lebensalterstufen im BAT als Altersdiskriminierung**  
Anmerkung zu ArbG Marburg, Urteil vom 26.09.2008, 2 Ca 183/08  
von Edith Linnartz, RA'in

**Zitiervorschlag:** jurisPR-ArbR 48/2008, Anm. 1, Sievers  
**ISSN 1860-1553**

## Änderung des Verteilungswunsches bei Teilzeit

### Leitsatz:

**1. Der Arbeitnehmer kann seinen Wunsch nach einer bestimmten Verteilung der zu verringernden Arbeitszeit nicht mehr ändern, nachdem der Arbeitgeber sein Angebot auf Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit abgelehnt hat (§ 8 Abs. 5 Satz 1 TzBfG).**

**2. Der geänderte Verteilungswunsch ist nur durch neuerliche Geltendmachung von Verringerung und Verteilung unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 6 TzBfG durchsetzbar.**

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 24.06.2008, 9 AZR 514/07

von **Dr. Jochen Sievers**, RiArbG

### A. Problemstellung

Der Teilzeitananspruch nach § 8 TzBfG und § 15 BEEG weist für Arbeitnehmer eine Vielzahl formaler Hürden auf. In der Praxis ergeben sich immer wieder Schwierigkeiten daraus, dass der im Prozess gestellte Klageantrag nicht vollständig mit dem außergerichtlich gestellten Antrag übereinstimmt. Der 9. Senat gibt mit der Entscheidung wichtige Hinweise, wie in diesen Fällen zu verfahren ist.

### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Klägerin wollte ihre Arbeitszeit von 40 auf 33 Wochenstunden reduzieren. Diesen Wunsch hat sie im Verfahren beibehalten. Eine Änderung hat ihr Verteilungswunsch erfahren. Sie wollte zunächst jeweils morgens um 8:30 Uhr mit der Arbeit beginnen. Der Arbeitgeber lehnte ihren Antrag ab. Die Klägerin hat gerichtlich ihren außergerichtlichen Antrag weiterverfolgt. Später hat sie den Antrag dahin gehend abgeändert, dass sie morgens um 8:00 Uhr mit der Arbeit beginnen wollte.

Das BAG ist zu der Auffassung gelangt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Verringerung und anderweitige Verteilung der Arbeitszeit hat. Dabei kam es nicht darauf an, ob die vom Arbeitgeber geltend gemachten betrieblichen Gründe

bestanden. Maßgeblich war für den 9. Senat, dass die Klägerin ihren Verteilungswunsch geändert hatte, nachdem der Arbeitgeber ihren ursprünglichen (außergerichtlichen) Antrag abgelehnt hatte. Da die Klägerin die Verringerung und die geänderte Verteilung der Arbeitszeit miteinander verknüpft hatte, konnte sie auch die von ihr angestrebte Verringerung der Arbeitszeit nicht durchsetzen.

Damit hat das BAG eine wichtige Abgrenzung vorgenommen. Es berücksichtigt einerseits das Interesse des Arbeitnehmers, flexibel auf Einwände des Arbeitgebers zu reagieren, die sich nicht grundsätzlich gegen den Teilzeitwunsch richten, sondern nur gegen die vom Arbeitnehmer gewünschte Ausgestaltung. Zwar ist noch nicht abschließend geklärt, ob der Arbeitnehmer in der Verhandlungsphase einen Antrag ändern kann, solange ihn der Arbeitgeber noch nicht abgelehnt hat. Das BAG hat sich hierzu mangels Entscheidungserheblichkeit nicht endgültig geäußert, seine Hinweise lassen allerdings kaum Zweifel offen. Zu Recht weist der 9. Senat darauf hin, dass die Verhandlungsphase nach § 8 Abs. 3 TzBfG nur Sinn hat, wenn es auch etwas zu verhandeln gibt. Mit überzeugender Begründung nimmt das BAG daher an, dass der Arbeitnehmer einen gestellten Antrag ändern kann, solange die Verhandlungsphase nicht abgeschlossen ist. Andernfalls würde die in § 8 Abs. 3 Satz 1 TzBfG vorgesehene Erörterung entwertet. Dem Arbeitnehmer wäre es nicht möglich, die vom Arbeitgeber geäußerten Einwände zu berücksichtigen. In die gleiche Richtung weisen frühere Entscheidungen. So hat der 9. Senat bereits erkannt, dass der Verteilungswunsch nicht zeitgleich mit dem Verringerungswunsch gestellt werden muss. Er kann noch bis zum Abschluss der Verhandlungsphase gestellt werden (BAG v. 23.11.2004 - 9 AZR 644/03).

Auf der anderen Seite hat der Arbeitgeber ein in § 8 Abs. 6 TzBfG zum Ausdruck kommendes berechtigtes Interesse, sich nicht fortlaufend mit neuen Anträgen des Arbeitnehmers auseinandersetzen zu müssen. Dies wird dadurch geschützt, dass nach einer Ablehnung durch den Arbeitgeber keine Änderung des Antrags mehr erfolgen kann. Ausdrücklich ausgesprochen hat der 9. Senat dies nur für die hier allein streitentscheidende Verteilung der Arbeitszeit. Es kann davon ausgegangen werden, dass für die Verringerung der Arbeitszeit die gleichen Grundsätze gelten.

Bedeutsam ist des Weiteren, dass das BAG in dem geänderten Klageantrag kein neuerliches rechtsgeschäftliches Vertragsangebot der Klägerin gesehen hat (Rn. 27). Auf den Hinweis des Gerichts, dass sich außergerichtlicher und prozessualer Antrag nicht decken, wird häufig geltend gemacht, der prozessuale Antrag könne gleichzeitig als neuer außergerichtlicher Antrag verstanden werden. Eine derartige Auslegung ist nach den Ausführungen des 9. Senats regelmäßig nicht vorzunehmen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es in der Entscheidung des Senats vom 19.04.2005 (9 AZR 184/04) heißt, die klageweise Geltendmachung des Verringerungsanspruchs ersetze ein möglicherweise nicht hinreichend bestimmtes Teilzeitverlangen (Orientierungssatz 3, Rn. 36). Es ist somit danach zu differenzieren, ob außergerichtlich ein bestimmtes Verlangen oder ein unbestimmtes Verlangen vorliegt. Ist ein bestimmtes Verlangen gegeben, liegt außergerichtlich bereits ein wirksamer Antrag nach § 8 TzBfG bzw. § 15 BEEG vor. Eine Klageänderung kann regelmäßig nicht als neuer außergerichtlicher Antrag verstanden werden. Liegt außergerichtlich ein unbestimmter Antrag vor, ist dieser wirkungslos und geht „ins Leere“. Er ist nicht geeignet, die Fiktionswirkung des § 8 Abs. 5 Sätze 2 und 3 TzBfG auszulösen (vgl. Sievers, TzBfG, 2. Aufl., § 8 Rn. 15 ff. und 42). In diesen Fällen beinhaltet ein bestimmter Klageantrag den Antrag nach § 8 TzBfG bzw. § 15 BEEG.

### C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung bestätigt die Rechtsprechung des 9. Senats zum Verhältnis des Verringerungszum Verteilungsantrag. Vielfach hat der Arbeitnehmer nur dann ein Interesse an der Reduzierung der Arbeitszeit, wenn er auch seine Vorstellung von der Verteilung der Arbeitszeit durchsetzen kann. Einen isolierten Antrag auf eine geänderte Verteilung der Arbeitszeit sieht das Gesetz nicht vor. Der Arbeitnehmer hat allerdings die Möglichkeit, beide Anträge dergestalt miteinander zu verknüpfen, dass sein Änderungswunsch nur insgesamt angenommen oder abgelehnt werden kann. In diesem Fall ist die Klage bereits dann insgesamt abzuweisen, wenn sich ergibt, dass ein Teil des Begehrens (Verringerung oder geänderte Verteilung der Arbeitszeit) nicht zum Erfolg führt (BAG v. 23.11.2004 - 9 AZR 644/03; BAG v. 18.02.2003 - 9 AZR 356/02; BAG v. 18.02.2003 - 9 AZR 164/02).

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt exemplarisch, wie schwierig der Teilzeitantrag in der Praxis durchzusetzen ist. Der Gesetzgeber hat eine Vielzahl – oft formaler – Hürden aufgestellt, die nicht immer leicht zu überwinden sind. Der 9. Senat hat nunmehr in einem weiteren Punkt Klarheit geschaffen. Änderungen des Antrags sind nur insoweit möglich, solange der Arbeitgeber noch keine verbindliche Entscheidung getroffen hat, wie er sich zu dem Antrag verhalten will. Um Schwierigkeiten zu vermeiden, ist Arbeitnehmern dringend zu raten, sich vor der Antragstellung genau zu überlegen, wie die Teilzeitbeschäftigung nach ihrer Vorstellung ausgestaltet werden soll.

## 2

### Zahlungsansprüche aus Aktienoptionsprogramm

#### Orientierungssatz des Autors:

**Gewährt ein Arbeitgeber auf individualrechtlicher Grundlage Sonderleistungen an seine Arbeitnehmer im Rahmen eines virtuellen Aktienoptionsplans nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip, ist er an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Sachwidrig ausgeschlossene Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Zahlung des Ausübungsgewinns, den vergleichbare Arbeitnehmer erhalten haben.**

Anmerkung zu LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.05.2008, 9 Sa 2577/07

von **Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)**, RA, FA für Arbeitsrecht und Attorney-at-Law, GREENFORT, Frankfurt am Main

#### A. Problemstellung

Aktienoptionsprogramme oder sonstige Pläne über aktienorientierte Incentives sind in ihrer Wirkungsweise grundsätzlich gesellschaftsrechtlich geprägt. Sind die Aktienoptionen oder aktienorientierten Sonderleistungen jedoch Bestandteil des Arbeitsverhältnisses, stellen sie Arbeitsentgelt dar mit der Folge, dass die arbeitsrechtlichen Grundsätze Anwendung finden (ausführlich dazu Annuß/Lembke, BB 2003, 2230). Dies gilt auch für den arbeitsrechtlichen Gleichbehand-

lungsgrundsatz. Die Entscheidung des LArbG Berlin-Brandenburg vom 16.05.2008 ist ein klassisches Beispiel für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf einen Sachverhalt, in dem es um die Gewährung fiktiver Aktienoptionen an Führungskräfte durch den Arbeitgeber ging.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beklagte war ein großes Transportunternehmen, das 2002 von der Deutschen B. AG übernommen worden war. Der Kläger war seit dem 01.04.1998 als Jurist in der Rechtsabteilung der Beklagten angestellt. Wie im Frühjahr 1999 angekündigt, war ihm ab dem 01.01.2000 Prokura erteilt worden. Zum 31.12.2005 schied er aufgrund betriebsbedingter Kündigung aus dem Arbeitsverhältnis aus.

Im Jahr 1999 beschloss die Beklagte im Hinblick auf ihren geplanten Börsengang die Einführung eines Aktienoptionsplans auf Grundlage „fiktiver“ Aktien für „ausgewählte weitere Führungskräfte“. In den Jahren 1999, 2000 und 2001 erhielten die Vorstandsmitglieder sowie 250 weitere Mitarbeiter des Konzerns der Beklagten, die den Führungsebenen F1 oder F2 angehörten, Aktienoptionen. Nach der Übernahme der Beklagten durch die Deutsche B. AG zahlte die Beklagte an die Begünstigten – unabhängig von der Ausübung des Aktienoptionsrechts – einen Barpreis von 40,38 € je Aktie mit dem Gehalt für Mai 2003 aus.

Der Kläger hatte anders als zwei weitere Mitarbeiter der Rechtsabteilung, die der Führungsebene F2 angehörten, keine Aktienoptionen erhalten. Nachdem die Beklagte im Rahmen einer Stufenklage rechtskräftig zur Auskunft über die Bedingungen und den Umfang der Aktienoptionen verurteilt worden war, machte der Kläger auf Grundlage der erteilten Auskunft einen auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützten Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung des Gewinns geltend, den vergleichbare Mitarbeiter im Mai 2003 aus der Auszahlung des Barwerts der fiktiven Aktien erzielt hatten. Die Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg.

Das LArbG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass der Kläger einen Anspruch auf Zahlung des Ausübungsgewinns im Hinblick auf die Aktienoptionen hat. Die Aktienoptionen seien unstrittig Teil der Vergütung gewesen. Die Beklagte ha-

be die Aktienoptionen nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip bzw. unter einheitlichen Voraussetzungen gewährt und damit eine Gruppenbildung vorgenommen. Sie habe nämlich nach eigenem Vortrag Mitarbeitern Aktienoptionen gewährt, wenn diese

(i) einer der Führungsebenen angehörten und

(ii) darüber hinaus „Management-, Fach- und Entscheidungskompetenz besaßen und sich durch die Größe ihres Einflussbereichs und den Grad der Verantwortung heraushoben“.

Die Beklagte sei daher an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden. Dieser gebiete dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbstgegebenen Regelung gleich zu behandeln. Er verbiete nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Bereits aus der Betrachtung der in der Rechtsabteilung tätigen Arbeitnehmer folge, dass der Kläger die von der Beklagten als Voraussetzung für den Aktienoptionsbezug geforderten Voraussetzungen erfüllt habe und daher nicht sachwidrig von der Optionsgewährung ausgeschlossen werden durfte. Das Landesarbeitsgericht stellte fest, dass die Tätigkeiten der begünstigten Mitarbeiter der Rechtsabteilung mit denen des Klägers vergleichbar waren, insbesondere auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten selbst aufgestellten Kriterien für die Gewährung der Aktienoptionen. Alle Mitarbeiter hätten große Verantwortungsbereiche im Rahmen der Rechtsabteilung inne gehabt. Dem Kläger sei Prokura erteilt worden. Er habe zumindest bis 2001 einen ganzen Unternehmensbereich mit einem Umsatz von ca. 4,2 Mrd. DM betreut. Die Tatsache, dass der Kläger anders als die beiden begünstigten Mitarbeiter der Rechtsabteilung nicht zur Führungsebene F1 oder F2 gehörte, hielt das LArbG hingegen für unbeachtlich. Denn letztlich seien es dieselben Kriterien, die zur Zuordnung zur F2-Ebene und zur Auswahl in den für Aktienoptionen begünstigten Kreis gehörten. Der Kläger sei daher mit den begünstigten Mitarbeitern der Rechtsabteilung vergleichbar. Einen sachlichen Grund für die Schlechterstellung des Klägers gebe es nicht. Der Anspruch des Klägers sei daher dem Grunde und der Höhe nach gerechtfertigt. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache

(§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG) ließ das Landesarbeitsgericht die Revision zum BAG (Az. 10 AZR 664/08) zu.

### C. Kontext der Entscheidung

Das LArbG Berlin-Brandenburg stellt die einschlägigen Rechtsgrundsätze umfassend und zutreffend dar. Angreifbar erscheint das Urteil allerdings insoweit, als das Landesarbeitsgericht es für unbeachtlich hielt, dass die beklagte Arbeitgeberin die Zugehörigkeit der Mitarbeiter zur Führungsebene F1 oder F2 zur Voraussetzung für die Gewährung der Aktienoptionen gemacht hatte. Offenbar ging das Gericht davon aus, dass die Gruppenbildung der Arbeitgeberin aufgrund der Gleichwertigkeit der Arbeitsleistung der in der Rechtsabteilung beschäftigten Mitarbeiter willkürlich und sachfremd war. Explizit findet sich diese Aussage im Urteil allerdings nicht; sie wäre auch näher zu begründen gewesen.

Das vorliegende Urteil ist im Kontext weiterer Entscheidungen zu Aktienoptionsprogrammen zu sehen: Eine zentrale Frage – die sich in der Praxis bei konzerninternen Aktienoptionsplänen oder Incentive-Programmen häufig stellt – ist, ob die Leistungen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses sind und als Arbeitsentgelt im arbeitsrechtlichen Sinne zu qualifizieren sind. Im Anschluss an sein Urteil vom 12.02.2003 (10 AZR 299/02 - BB 2003, 1068, m. Anm. Lembke; dazu auch Piran, DB 2003, 1066; v. Steinau-Steinrück, NZA 2003, 473) entschied das BAG im Urteil vom 16.01.2008 Folgendes (7 AZR 887/06 - NZA 2008, 836):

„Schließt der Arbeitnehmer eine Vereinbarung über die Gewährung von Aktienoptionen nicht mit seinem Arbeitgeber, sondern mit einem anderen Konzernunternehmen ab, so werden Ansprüche aus dieser Vereinbarung nicht Bestandteil des Arbeitsverhältnisses mit dem konzernangehörigen Arbeitgeber. Eine eigene Verpflichtung des Arbeitgebers kann jedoch begründet werden, wenn die Arbeitsvertragsparteien die Teilnahme des Arbeitnehmers an dem Aktienoptionsprogramm eines anderen Konzernunternehmens ausdrücklich oder konkludent vereinbaren. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer auch von seinem Arbeitgeber die Zuteilung von Aktienoptionen nach den von dem anderen Konzernunternehmen aufgestellten Verteilungsgrundsätzen verlangen. Es ist dann Sache des Arbeitge-

bers, die Erfüllbarkeit der eigenen Verpflichtung sicherzustellen.“

Stellen die Aktienoptionen kein Arbeitsentgelt dar und gehören sie nicht zum Arbeitsverhältnis, so kann der Arbeitnehmer seine Klage im Zusammenhang mit Ansprüchen aus der Optionsgewährung oder -ausübung nicht gegen seinen Arbeitgeber richten. Derartige Klagen sind mangels Passivlegitimation des Arbeitgebers als unbegründet abzuweisen. Die Klage ist vielmehr gegen das optionsgewährende Unternehmen zu richten.

Gehören die Aktienoptionen hingegen als Teil des Arbeitsentgelts zum Arbeitsverhältnis, ist der Arbeitgeber passivlegitimiert (siehe auch LArbG Hamburg, Urt. v. 13.12.2006 - 4 Sa 5/06 Rn. 63 ff.). Zu beachten ist allerdings, dass in diesem Fall die aus dem Aktienoptionsplan folgenden Ansprüche einer im Aufhebungsvertrag vereinbarten Ausgleichsklausel unterfallen (BAG, Urt. v. 28.05.2008 - 10 AZR 351/07 - NZA 2008, 1066, 1074, Rn. 41). Ferner können Ausschlussfristen eingreifen. Außerdem unterliegen die im Aktienoptionsplan geregelten Ausübungsbedingungen dann der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Im Hinblick auf die in Aktienoptionsplänen üblicherweise enthaltenen Verfallklauseln können jedoch die zu anderen Sondervergütungen entwickelten Grundsätze in Bezug auf Bindungs- und Verfallklauseln nicht uneingeschränkt herangezogen werden. Wird das Bezugsrecht auch nach Ablauf einer Wartezeit von mindestens zwei Jahren an das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses geknüpft, benachteiligt diese Regelung den Arbeitnehmer in der Regel nicht unangemessen (BAG, Urt. v. 28.05.2008 - 10 AZR 351/07 - NZA 2008, 1066, 1071 ff.; siehe auch ArbG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2005 - 7 Ca 2689/05).

Stellen die Aktienoptionen aufgrund der Gewährung unmittelbar durch den Arbeitgeber oder aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beschaffung der Aktienoptionen Arbeitsentgelt im arbeitsrechtlichen Sinne dar, findet das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG Anwendung (Annuß/Lembke, BB 2003, 2230, 2231 f., 2234). Sämtliche Regelungen im Aktienoptionsplan, die nicht mitbestimmungsfreie Bereiche (wie das „Ob“ der Aktienoptionsgewährung, den Leistungszweck und den Personenkreis der Begünstigten) betreffen, unterliegen

dann der Mitbestimmung des Betriebsrats. Wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beachtet, sind für den Arbeitnehmer nachteilige Regelungen nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam (Fitting, BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 87 Rn. 599 ff.). Im Streitfall kann ein Arbeitnehmer aus der Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechts zwar keinen Leistungsanspruch auf die Aktienoptionen herleiten (vgl. Fitting, BetrVG, § 87 Rn. 603), jedoch sind belastende Regelungen (z.B. Verfallklauseln) bei unterlassener Mitbestimmung des Betriebsrats nichtig.

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil macht Folgendes deutlich: Gewährt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern Aktienoptionen – im Rahmen eines echten oder eines virtuellen Aktienoptionsplans –, stellen sie Teil der arbeitsrechtlichen Vergütung dar. Leistet er die Aktienoptionen auf individualrechtlicher Grundlage nach objektiven, generalisierenden Prinzipien und nicht im Rahmen individuell verhandelter Vereinbarungen, ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Sofern sich der Aktienoptionsplan des Arbeitgebers auch auf Mitarbeiter bezieht, die nicht leitende Angestellte i.S.d. § 5 Abs. 3 BetrVG sind, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu beachten. Wird eine Betriebsvereinbarung über den Aktienoptionsplan abgeschlossen, unterliegen die Planregelungen nicht der AGB-Kontrolle (vgl. § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB).

### 3

#### Kündigungserklärungsfrist bei Verdachtskündigung

##### Orientierungssätze:

**1. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur positive Kenntnis vom Kündigungsgrund die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB bzw. des § 54 Abs. 2 BAT in Gang setzt, ist nicht zu machen, wenn die Tatsache der rechtskräftigen Verurteilung Teil des Kündigungsgrundes ist.**

**2. Der öffentliche Arbeitgeber muss angesichts seiner Kenntnis von der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens keine eigenen**

**Nachforschungen über den Stand der Sache anstellen, wenn in Übereinstimmung mit § 14 Abs. 1 Nr. 5 lit. b EGGVG und Nr. 16 MiStra seitens der Strafverfolgungsbehörden Mitteilung u.a. über die Erhebung der öffentlichen Klage und den Ausgang des Verfahrens zu machen ist.**

Anmerkung zu BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 25/07

von **Ulrich Fischer**, RA und FA für Arbeitsrecht

#### A. Problemstellung

Ist eine (hier im öffentlichen Dienst) ausgesprochene außerordentliche Kündigung nach § 626 Abs. 2 BGB verfristet, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf die Rechtskraft eines Strafbefehls stützt und die Kündigung zwar innerhalb der Zweiwochenfrist nach Kenntnis von der Rechtskraft des Strafbefehls erfolgt, zuvor aber in Kenntnis des laufenden Strafverfahrens fristüberschreitend zugewartet wurde?

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das BAG hatte sich mit der in der Praxis immer wieder relevanten Frage zu befassen, in welchem, insbesondere zeitlichen, Verhältnis strafrechtliche Ermittlungen und gegebenenfalls Entscheidungen gegen einen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zu der Einhaltung der gesetzlichen Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB stehen. Es ging dabei um einen Sachverhalt noch unter der Geltung des § 54 Abs. 2 BAT, der zwischenzeitlich keine Rolle mehr spielt, da der TVöD eine entsprechende Regelung nicht enthält und somit auch für den öffentlichen Dienst ausschließlich nur noch § 626 Abs. 2 BGB gilt.

Dem öffentlichen Arbeitgeber war bekannt, dass gegen einen bei ihm im Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer staatsanwaltschaftlich ermittelt werde; er wusste auch, dass ein Strafbefehl gegen diesen Arbeitnehmer ergangen ist, wartete aber ab, bis dieser Strafbefehl tatsächlich rechtskräftig geworden war, und sprach dann erst die außerordentliche Kündigung aus, zu einem Zeitpunkt, als, bezogen auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der strafrechtlich relevanten Verfehlung des Arbeitnehmers, die Zweiwochenfrist bereits abgelaufen war.

Das Landesarbeitsgericht war, ebenso wie das Arbeitsgericht, zu Gunsten des verurteilten Arbeitnehmers großzügig und vertrat die Auffassung, für den öffentlichen Arbeitgeber seien strengere Maßstäbe an den Fristbeginn und den Fristenlauf im Rahmen des § 626 Abs. 2 BGB anzuwenden, wenn er Kenntnis davon habe, dass überhaupt ein Strafverfahren eingeleitet und zunächst durch einen Strafbefehl abgeschlossen sei. Zwar habe der Arbeitgeber dann die Möglichkeit, eigene Untersuchungen anzustellen, diese müssten allerdings zügig durchgeführt werden, so dass eine Woche nach Kenntnis von dem Strafbefehl die gesetzliche Frist zu laufen beginne. Das führte im entschiedenen Fall dazu, dass der Arbeitgeber, der eigenem Bekunden nach erst die Rechtskraft des Strafbefehls abwarten wollte und dies zum Gegenstand seiner Kündigungsentscheidung und -erklärung machte, zu lange zugewartet hatte.

Der Arbeitgeber war also in eine Falle getappt. Zwar hatte der Arbeitnehmer diese nicht aufgestellt, aber durch das rechtsstaatlich an sich vorbildhafte Zuwarten bis zur rechtssicheren Klärung der strafrechtlich relevanten Vorwürfe stellte sich der öffentliche Arbeitgeber selbst ein Bein.

### C. Kontext der Entscheidung

Auch wenn das Urteil auf den ersten Blick für die Arbeitnehmerseite negativ zu sein scheint, erweist sich bei genauerem Hinsehen, dass das BAG seine wohl abgewogene Rechtsprechung konkretisiert und gefestigt hat, die insbesondere dann gefragt ist, wenn es um Vorwürfe gegenüber einem Arbeitnehmer im Verdachtsbereich, also im Kontext einer Verdachtskündigung geht. Es kann nicht im Sinne des Arbeitnehmers sein, der mit einem Verdacht überzogen wird, den Arbeitgeber in einer Situation zu sehen, die ihn geradezu zu überstürztem Handeln im Sinne des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung zwingt. Gerade weil die Verdachtskündigung als arbeitsrechtliches Instrument erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt, ist eine klare Konturierung auch im Bereich der Anwendung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht nur sinnvoll, sondern geradezu geboten.

Sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer ergibt sich aus der Entscheidung des BAG Rechtsklarheit: Der Beginn des Fristenlaufes wird jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber die Rechtskraft einer strafrechtlichen Verurtei-

lung, hier eines Strafbefehls, zum Gegenstand seiner Kündigungsüberlegung macht, fixiert auf den relativ leicht festzustellenden Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber Kenntnis von diesem spezifischen Sachverhalt erhält. Der Arbeitnehmer wird so vor einer unberechtigten Verdachtskündigung geschützt, ohne dass der Arbeitgeber Gefahr läuft, in die Fristenfalle des § 626 Abs. 2 BGB zu tappen. Zustimmung verdient auch der argumentative Ansatz, der vom BAG speziell für den öffentlichen Arbeitgeber zusätzlich entwickelt wird. Denn im Bereich des öffentlichen Dienstes gilt, dass gegebenenfalls in Übereinstimmung mit § 14 Abs. 1 Nr. 5 lit. b EGGVG und Nr. 16 MiStra seitens der Strafverfolgungsbehörden Mitteilung über die Erhebung der öffentlichen Klage und den Ausgang des Verfahrens zu machen ist. Anders als der private Arbeitgeber erhält also der öffentliche Arbeitgeber offizielle Kenntnis von gegen einen Arbeitnehmer laufenden strafrechtlichen Ermittlungen. Diese können naturgemäß Ansatzpunkt bereits für einen eigenständigen, nicht auf eine rechtskräftige Verurteilung abstellenden Kündigungsentschluss des Arbeitgebers sein, der entweder als Tat Kündigung oder als Verdachtskündigung realisiert wird. Der Arbeitgeber trägt dann aber das Risiko, die volle Beweislast für die Tat Kündigung zu tragen bzw. die relativ hohen Anforderungen an den Ausspruch einer Verdachtskündigung zu erfüllen. Die bloße Kenntnis des Arbeitgebers von Aktivitäten der staatlichen Strafverfolgungsbehörden zwingt den Arbeitgeber von Rechts wegen nicht, eigene Ermittlungen anzustellen. Der Arbeitgeber ist eben kein Strafermittlungsorgan, sondern kann sich auf die Ergebnisse der dafür nach staatlichem Recht zuständigen Behörden verlassen und beschränken. Auch das ist bei Lichte gesehen eine ausgewogene Rechtsprechung, die auch im Interesse der Arbeitnehmer zu begrüßen ist. Denn gerade weil der Arbeitgeber nicht die Ermittlungs- und Aufklärungsinstrumentarien beispielsweise einer Staatsanwaltschaft zur Verfügung hat, haften seinen eigenständigen, privatrechtlichen Ermittlungsbemühungen, die andererseits aber auch nicht untersagt sind, erhebliche Fehlerquellen an.

### D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung hat, über den öffentlichen Dienst und die mittlerweile durch den TVöD außer Kraft getretene tarifliche Vorschrift des § 54 Abs. 2 BAT hinaus, erhebliche Bedeutung. Zwar bürdet sie dem Arbeitnehmer eine längere „Zit-

terpartie“ auf, weil er damit rechnen muss, bei einer strafrechtlich relevanten Verfehlung auch dann gekündigt zu werden, wenn der Arbeitgeber von dieser weiß, sich aber die Entscheidung über die Kündigung vorbehält, bis alle strafrechtlichen Zweifel rechtskräftig beseitigt sind. In der Abwägung zwischen „Unschuldsvermutung“, Fürsorgeverpflichtung und berechtigten eigenen Interessen des Arbeitgebers spricht aber alles dafür, dem Arbeitgeber die Möglichkeit einzuräumen, eine tief in die wirtschaftliche Situation des Arbeitnehmers, möglicherweise noch über den strafrechtlichen Vorwurf weit hinausgehend, eingreifende Entscheidung so lange aufzuschieben, bis Rechtsklarheit über ein strafrechtliches Unwerturteil in Bezug auf das Verhalten eines Arbeitnehmers besteht. Der Arbeitgeber ist dann in der Lage, genau dieses auch zum Gegenstand seines Kündigungsvorwurfs zu machen und sich nicht mit bloßen Verdächtigungen vorzuwagen, die ein Arbeitsverhältnis möglicherweise völlig unberechtigt und unnötig auf Dauer nicht nur belasten, sondern gar zerstören. Diese nun vorliegende Rechtsprechung des BAG entlastet den Arbeitgeber von der Verpflichtung, neben den und unabhängig von den staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen eigene Ermittlungen anzustellen, auch das aus gutem Grunde, weil der Arbeitgeber eben gerade nicht das geborene Ermittlungsorgan ist. Diese klare Rollenverteilung zwischen Arbeitgeber und Strafverfolgungsbehörden ist rechtsstaatlich in hohem Maße zu begrüßen. Es sollte dazu führen, die Häufigkeit von Verdachtskündigungen im Zusammenhang mit strafrechtlich relevanten Fehlverhalten von Arbeitnehmern deutlich zu reduzieren. Die Ermittlungsarbeit der Strafverfolgungsbehörden wird nicht durch eine wegen § 626 Abs. 2 BGB erzwungene vorfristige (Verdachts-)Kündigung beeinträchtigt. Anders formuliert: Eine nicht unter unnötigem Zeitdruck stehende Ermittlungsarbeit nützt dem betroffenen Arbeitnehmer, insbesondere dann, wenn sich die Verdachtsmomente gerade nicht bestätigen. Auch solche Fälle soll es geben.

## 4

### **Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung einer Betriebsänderung**

#### **Orientierungssatz:**

**Der Betriebsrat hat grundsätzlich einen im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG bis zum Abschluss der Verhandlungen über einen Interessenausgleich, sofern der Betriebsrat deren Voraussetzungen dargelegt hat.**

Anmerkung zu LArbG Hamm, Beschluss vom 21.08.2008, 13 TaBVGa 16/08

von **Alexander Bissels**, RA und FA für Arbeitsrecht, CMS Hasche Sigle, Köln

#### **A. Problemstellung**

Plant der Arbeitgeber eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG, ist über einen Interessenausgleich zu verhandeln. Höchst umstritten ist, ob der Betriebsrat einen allgemeinen Unterlassungsanspruch – auch im Wege der einstweiligen Verfügung – gegen die Umsetzung der Maßnahme geltend machen kann, wenn der Arbeitgeber, ohne mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu versuchen, die Maßnahme umsetzt, z.B. durch den Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen. Diese Frage bejaht das LArbG Hamm in ständiger Rechtsprechung (vgl. nur: LArbG Hamm, Beschl. v. 30.05.2008 - 10 TaBVGa 9/08; LArbG Hamm, Beschl. v. 30.04.2008 - 13 TaBVGa 8/08).

Im konkreten Fall wurde der entsprechende Antrag des Betriebsrats jedoch mangels Vorliegen einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG zurückgewiesen.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Die Arbeitgeberin, die insgesamt 57 Arbeitnehmer beschäftigte, erbringt bundesweit an 45 Standorten Hausmeister-, Reinigungs- und Empfangsserviceleistungen in Objekten, die im Eigentum ihrer Kundin stehen. Grundlage dieser Dienstleistungen sind auf die einzelnen Gebäude bezogene Managementverträge.

Die Kundin beabsichtigte, bestimmte Objekte zu veräußern, und kündigte ab dem Jahre 2007 sukzessive verschiedene Vereinbarungen mit der Arbeitgeberin. Aus diesem Grunde sah sich diese veranlasst, an den betroffenen Standorten einige betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen.

Der Betriebsrat beantragte im Wege einer einstweiligen Verfügung beim Arbeitsgericht, der Arbeitgeberin die Kündigungen mit der Begründung zu untersagen, dass aufgrund der geplanten Entlassungen von mehr als sieben Arbeitnehmern zunächst ein Interessenausgleich i.S.d. § 111 BetrVG zwischen den Parteien verhandelt werden müsse.

Die gegen den ablehnenden Beschluss des ArbG Dortmund eingelegte Beschwerde des Betriebsrats hat das LArbG Hamm zurückgewiesen. Es liege keine nach § 111 BetrVG erforderliche „geplante Betriebsänderung“ vor. Diese bedinge, dass sich die Arbeitgeberin aufgrund eigener Prüfungen und Vorüberlegungen vornehme bzw. konkret anstrebe, eine Betriebsänderung durchzuführen, die sodann zum Gegenstand der zwischen den Betriebsparteien zu führenden Verhandlungen über einen Interessenausgleich gemacht werden müsse.

Nach der Rechtsprechung des BAG könne der bloße Personalabbau grundsätzlich eine „Betriebsänderung“ i.S.d. § 111 BetrVG darstellen, wenn eine größere Anzahl von Arbeitnehmern betroffen sei. Richtschnur dafür seien die Zahlen und Prozentabgaben in § 17 KSchG. Vorliegend seien bei der Arbeitgeberin weniger als 60 Arbeitnehmer beschäftigt, so dass es zu einem Personalabbau von mindestens sechs Mitarbeitern kommen müsse (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KSchG).

Hier liege eine Betriebsänderung allerdings nicht vor, da der Personalabbau auf eine bestimmte wirtschaftliche Entscheidung bei einer Kundin zurückzuführen sei und die Arbeitgeberin aufgrund dessen keine Maßnahmen durchzuführen beabsichtige, die ihrerseits den Umfang einer Betriebsänderung annehmen würden. Die Arbeitgeberin habe nur auf die Kündigungen der Gebäudemanagementverträge reagiert, ohne dass ihr mitgeteilt worden sei, in welchem Umfang die Beendigung von (weiteren) Verträgen und damit der Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten vorgesehen sei. Eine einheitliche Planung der Arbeit-

geberin liege schon deshalb nicht vor, weil nach der sukzessiven Bekanntgabe der Kündigungen der Gebäudemanagementverträge lediglich im Einzelfall Personaldispositionen am betroffenen Standort getroffen worden seien. Es könne daher nicht festgestellt werden, dass die Arbeitgeberin in einem beteiligungsrelevanten Umfang einen Personalabbau plane, von dem mehr als sechs Arbeitnehmer betroffen seien.

### C. Kontext der Entscheidung

Das LArbG Hamm bestätigt mit dieser Entscheidung seine bisherige ständige Rechtsprechung, nach der der Betriebsrat grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch gegen die Umsetzung der betriebsändernden Maßnahme – auch im Wege der einstweiligen Verfügung – geltend machen kann, wenn der Arbeitgeber vorher nicht über den Abschluss eines Interessenausgleichs verhandelt hat (vgl. nur: LArbG Hamm, Beschl. v. 30.05.2008 - 10 TaBVGa 9/08, m.w.N.).

Dieser Ansicht folgen zahlreiche andere Instanzgerichte (LArbG Frankfurt, Beschl. v. 21.09.1982 - DB 1983, 613; LArbG Hamburg, Beschl. v. 26.06.1997 BetrVG - 6 TaBV 5/97 - NZA-RR 1997, 296; LArbG Thüringen, Beschl. v. 26.09.2000 - LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr 17; LArbG Hannover, Beschl. v. 04.05.2007 - 17 TaBVGa 57/07; ArbG Flensburg, Beschl. 24.01.2008 - 2 BV Ga 2/08 - AiB 2008, 351; in diese Richtung auch: LArbG Kiel, Beschl. v. 20.02.2007 - 3 TaBVGa 1/07 - NZA-RR 2008, 244) sowie Teile der Literatur (vgl. nur: DKK, BetrVG, §§ 112, 112a Rn. 23, m.w.N.; Schmädicke, NZA 2004, 295; Fauser/Nacken, NZA 2006, 1136).

Überwiegend wird allerdings in der Rechtsprechung und im Schrifttum ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu Recht abgelehnt (vgl. LArbG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.2005 - 12 TaBV 60/05; LArbG Nürnberg, Beschl. v. 31.08.2005 - 6 TaBV 41/05 - NZA-RR 2006, 137; LArbG Stuttgart, Beschl. v. 28.08.1985 - 2 TaBV 8/85 - DB 1986, 805; LArbG Mainz, Beschl. v. 30.03.2006 - 11 TaBV 53/05; LArbG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 30.11.2004 - 11 TaBV 18/04; LArbG Köln, Beschl. v. 30.04.2004 - 5 Ta 166/04 - NZA-RR 2005, 199; LArbG München, Beschl. v. 28.06.2005 - 5 TaBV 46/05 - ArbRB 2006, 78; ArbG Dresden, Beschl. v. 25.07.1997 - 16 BV-Ga 9/97; ArbG Schwerin, Beschl. v. 13.02.1998 - 1 BVGa 2/98 - NZA-RR 1998, 448; ArbG Köln

v. 13.07.2006 - 6 BVGa 23/06; siehe dazu auch: Bauer, NZA 2005, 1046; Gillen/Vahle, NZA 2005, 1385; Hohenstatt, NZA 1998, 846; Neef, NZA 1997, 65; Raab, ZfA 1997, 183; ein umfassender Überblick zur Rechtsprechung findet sich bei: GK-BetrVG/Oetker, § 111 Rn. 190 f.; zuletzt: Walker, FA 2008, 290).

Dass dem Antrag des Betriebsrats nicht stattgegeben wurde, lag schlichtweg daran, dass dieser die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung nicht hinreichend dargelegt hat. Diese ist aber begriffsnotwendig erforderlich, um überhaupt den Anwendungsbereich der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu eröffnen und folglich die Beratung über einen Interessenausgleich verlangen zu können (so auch schon: LArbG Hamm, Beschl. v. 30.05.2008 - 10 TaBVGa 9/08, m.w.N.).

Als betriebsändernde Maßnahme sieht das LArbG Hamm – in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BAG – schließlich auch den schlichten Personalabbau an, sofern die Schwellenwerte des § 17 KSchG überschritten sind (vgl. nur: BAG, Beschl. v. 28.03.2006 - 1 ABR 5/05 - NZA 2006, 932; BAG, Beschl. v. 22.01.2004 - 2 AZR 111/02 - AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG 1972 - Namensliste).

#### D. Auswirkungen für die Praxis

Regelmäßig wird der auf einen Verstoß gegen die Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten zurückgeführte allgemeine Unterlassungsanspruch von Betriebsratsseite im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht. Da gem. § 92 Abs. 1 Satz 3 ArbGG die Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des LArbG ausgeschlossen ist, wird das BAG zumindest in diesem Zusammenhang keine abschließende Klärung herbeiführen können, ob ein derartiger Anspruch besteht oder nicht.

Die Praxis wird sich aus diesem Grund zumindest auf mittlere Sicht mit der Rechtszersplitterung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und dem sich dabei abzeichnenden „Nord-Süd-Gefälle“ abzufinden haben. Letztlich hängen die Erfolgsaussichten eines vom Betriebsrat entsprechend geführten Verfahrens auf Unterlassung vom jeweiligen Betriebssitz und damit – aus Sicht des Arbeitgebers – bedauerlicherweise von Zufälligkeiten ab.

Selbst wenn der Betriebsrat sich auf Grundlage der in dem betreffenden Gerichtsbezirk geltenden ständigen Rechtsprechung in Bezug auf seinen Unterlassungsantrag auf der „sicheren Seite“ wähnt, ist es aber nach wie vor erforderlich, dass dieser die Voraussetzungen für eine Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG hinreichend darlegt, möchte dieser nicht – wie in dem vom LArbG Hamm entschiedenen Fall – eine „böse Überraschung“ erleben, die letztlich in der rechtskräftigen Antragszurückweisung bestand.

## 5

### Befristung einzelner Arbeitsbedingungen

#### Leitsätze:

**1. Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen (hier: Arbeitszeit) kann der allgemeinen zivilrechtlichen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen.**

**2. Wenn der Arbeitgeber die Aufgaben eines zu vertretenden Arbeitnehmers dem Vertreter weder mittelbar noch unmittelbar überträgt, kann der für eine auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG gestützte Befristungsabrede erforderliche Kausalzusammenhang vorliegen, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten gedanklich zuordnet und dies erkennbar ist (BAG, Urt. v. 15.02.2006 - 7 AZR 232/05; BAG, Urt. v. 24.05.2006 - 7 AZR 640/05; BAG, Urt. v. 18.04.2007 - 7 AZR 293/06).**

Anmerkung zu LArbG Hamm, Urteil vom 04.07.2007, 5 Sa 1592/06

von **Dr. Dirk Beckmann**, RA, FA für Arbeitsrecht und , FA für Handels- und Gesellschaftsrecht / **Prof. Dr. Sebastian Krause**, RA und Notar

#### A. Problemstellung

Die Entscheidung befasst sich mit der Abgrenzung zwischen der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen und der darauf anzuwendenden allgemeinen zivilrechtlichen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB einerseits und der Befristungskontrolle nach § 14 Abs. 1 TzBfG andererseits.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Parteien stritten darüber, ob die Aufstockung der Arbeitszeit der Klägerin um die Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit rechts-wirksam befristet worden ist. Die Klägerin ist seit 1979 als Justizangestellte, zuletzt als Halbtagskraft, unbefristet angestellt. Im Rahmen verschiedener Arbeitsverträge erfolgte eine Aufstockung der Stelle um zunächst  $\frac{1}{4}$ , später um eine halbe Vollzeitstelle. Nach dem Inhalt der zuletzt erfolgten Änderungsvereinbarung wurde die Klägerin für das Jahr 2005 als nichtvollbeschäftigte Angestellte mit der Hälfte der durchschnittlichen regelmäßigen Arbeitszeit einer entsprechenden vollzeitbeschäftigten Angestellten zur Vertretung einer anderen Justizangestellten, die namentlich im Vertrag genannt wurde, beschäftigt. Die Klägerin nahm zu keinem Zeitpunkt Aufgaben wahr, mit denen die im Änderungsvertrag genannte Justizangestellte betraut war. Die Klägerin begehrte unter anderem tatsächliche Beschäftigung mit der vollen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit und trug dazu vor, ein Sachgrund für die zuletzt vereinbarte Befristung habe nicht vorgelegen. Auch hätten die zuletzt wahrgenommenen Aufgaben in keiner mittelbaren Beziehung zu den Tätigkeiten der im Änderungsvertrag genannten Justizangestellten gestanden.

Das Gericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen, weil die Aufstockung der Arbeitszeit wirksam für die Zeit bis zum 31.12.2005 befristet worden sei. Insbesondere ergebe sich die Unwirksamkeit der Befristungsvereinbarung nicht aus § 14 Abs. 1 TzBfG. Dieses Gesetz sei nämlich auf die Befristung einzelner Vertragsbedingungen nicht anzuwenden. Das Gesetz verstehe unter einem befristeten Arbeitsvertrag i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG nur einen Vertrag, dessen Laufzeit insgesamt begrenzt sei. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift im Wege einer teleologischen Auslegung der Bestimmung auf Fälle der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen scheide aus, da es an einer unbewussten Regelungslücke im Gesetz fehle. Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen unterliege allerdings der allgemeinen zivilrechtlichen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB. Insbesondere sei die vereinbarte Befristung der Arbeitszeiterhöhung nicht nach § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle nach dem Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen entzogen. Entzogen seien lediglich Leistungsbeschreibungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistungen festlegen. Demgegen-

über seien Klauseln, die das Hauptleistungsverprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren. Die befristete Änderung der synallagmatischen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis stelle eine Änderung des Hauptleistungsverprechens dar, die einer Kontrolle nach dem § 305 BGB unterliege. Dabei sei Gegenstand der Inhaltskontrolle nicht die vereinbarte Erhöhung der Arbeitszeit und damit der Umfang der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung als Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsverhältnis, sondern deren zeitliche Einschränkung durch die Befristung. Die vorliegend vereinbarte Befristung halte einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB allerdings stand. Die Klägerin besitze zwar als Arbeitnehmerin ein rechtlich anerkanntes Interesse an der unbefristeten Vereinbarung des Umfangs ihrer Arbeitszeit. Obwohl die Bestimmung des TzBfG nur auf die Befristung des Arbeitsvertrages insgesamt und nicht auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen anzuwenden sei, gelte die dem TzBfG zugrunde liegende Wertung, dass der unbefristete Vertrag der Normalfall und der befristete Vertrag die Ausnahme sei, auch für Vereinbarungen des Umfangs der Arbeitszeit. Die durch die vorgenommene Vertragsgestaltung eingetretene Beeinträchtigung benachteilige die Klägerin allerdings nicht unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zwar sei als billiges Interesse des beklagten Landes nicht allein die Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf ausreichend, die Befristung von Arbeitszeiterhöhungen zu rechtfertigen. Diese gehöre zum unternehmerischen Risiko. Allerdings könnten solche Gründe, die den Gesetzgeber veranlasst hätten, die Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt in Vertretungssituationen gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG für zulässig zu erklären, eine Befristung einer Arbeitszeiterhöhung als angemessen und billig erscheinen lassen. So liege der Fall hier, da bei Anwendbarkeit des § 14 TzBfG die Befristung nach Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG sachlich gerechtfertigt wäre. Diese sachliche Rechtfertigung folge aus der nunmehr geänderten Rechtsprechung des BAG zum Sachgrund der Vertretung, wonach nicht vorausgesetzt werde, dass der befristet zur Vertretung eingestellte Mitarbeiter die Aufgaben der vorübergehend ausfallenden Stammkraft erledige. Der Vertreter könne vielmehr auch mit anderen Aufgaben betraut werden. Vorausgesetzt werde ein Kausalzusammenhang zwischen dem zeitweiligen Ausfall des Vertretenen und der Einstellung des Vertreters.

Werde die Tätigkeit des zeitweise ausfallenden Arbeitnehmers nicht von dem Vertreter, sondern von einem anderen Arbeitnehmer oder mehreren anderen Arbeitnehmern ausgeübt (mittelbare Vertretung), habe der Arbeitgeber zur Darstellung des Kausalzusammenhangs grundsätzlich die Vertretungskette zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter darzulegen. Dabei müsse nicht stets eine Umverteilung der Arbeitsaufgaben dargelegt werden. Der Arbeitgeber könne vielmehr aufgrund seines Organisationsrechts von einer Neuverteilung der Arbeitsaufgaben absehen und dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer Tätigkeiten übertragen, die der vertretene Arbeitnehmer zu keiner Zeit ausgeübt hat. Der für den Sachgrund der Vertretung notwendige Kausalzusammenhang bestehe in diesem Fall, wenn der Vertreter mit Aufgaben betraut werde, die von dem Vertretenden nach dessen Rückkehr ausgeübt werden könnten. Der Arbeitgeber müsse also nach dem Arbeitsvertrag berechtigt sein, dem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer im Falle seiner Weiterarbeit oder nach seiner Rückkehr nicht dessen bisherige Tätigkeiten, sondern einen anderen Aufgabenbereich zuzuweisen. Würden dem Vertreter die Aufgaben des zu vertretenden Arbeitnehmers auf diese Weise weder unmittelbar noch mittelbar übertragen, liege der für eine auf § 14 Abs. 2 Nr. 3 TzBfG gestützte Befristungsabrede erforderliche Kausalzusammenhang nur vor, wenn der Arbeitgeber bei Vertragsschluss mit dem Vertreter dessen Aufgaben einem oder mehreren vorübergehend abwesenden Beschäftigten gedanklich zuordnet. Diese gedankliche Zuordnung, welchem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer die vom Vertreter ausgeübten Tätigkeiten übertragen werden könnte, müsse erkennbar sein. Die Verdeutlichung der Überlegungen des Arbeitgebers könne beispielsweise durch eine entsprechende Angabe im Arbeitsvertrag oder im Rahmen der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung bei der Einstellung erfolgen. Diese Festlegung bilde dann die Grundlage für die gerichtliche Kontrolle der Befristungsabrede. Ohne eine solche Festlegung könne das Gericht nicht beurteilen, ob der Sachgrund der Vertretung tatsächlich vorliege oder nur vorgeschoben sei. Schließe beispielsweise der Arbeitgeber für die Abwesenheitszeit eines Arbeitnehmers mehrere befristete Arbeitsverträge ab, könnte er sich ansonsten gegenüber jedem der befristet Beschäftigten darauf berufen, dass der Vertretene nach seiner Rückkehr jeweils deren Aufgaben übernehmen könne. In diesem Sinne verstanden sei die ver-

einbarte befristete Arbeitszeiterhöhung bis zum 31.12.2005 gerechtfertigt.

### C. Kontext der Entscheidung

Das Gericht grenzt die Befristungskontrolle nach dem TzBfG deutlich von der Kontrolle der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen ab. Nach der Entscheidung des BAG vom 14.01.2004 (7 AZR 213/03 - NZA 2004, 719) erfasst § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG nur einen Vertrag, dessen Laufzeit insgesamt begrenzt ist. Das Gericht bekräftigt dann das Urteil vom 27.07.2005 (7 AZR 486/04 - NZA 2006, 40), wonach auf die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen die Inhaltkontrolle nach den §§ 305 ff. BGB anzuwenden ist. Maßstab dieser Inhaltkontrolle sind die vom Gesetzgeber in § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG niedergelegten Grundsätze zur Befristung eines Arbeitsvertrages insgesamt. Es erfolgt also im Rahmen der Inhaltkontrolle nach §§ 305 ff. BGB ein Rückgriff auf die Grundsätze zur Befristung eines Arbeitsvertrages.

### D. Auswirkungen für die Praxis

In begrüßenswerter Klarheit stellt das Gericht den Unterschied zwischen der Befristung von Arbeitsbedingungen und der Befristung des Arbeitsverhältnisses heraus. Wenn auch über den „Umweg“ der Inhaltkontrolle nach §§ 305 ff. BGB, präzisiert das Gericht die Anforderungen an eine wirksame Befristungsabrede im Bereich des TzBfG bei mittelbarer Vertretung. In der Vertragsgestaltung wird sowohl bei der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen, sofern damit Vertretungsbedarf erfüllt werden soll, sowie bei der Befristung des Arbeitsverhältnisses insgesamt darauf zu achten sein, dass der Vertretene benannt wird oder zumindest etwa im Rahmen der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung identifizierbar ist.

## 6

### Unterschiedliche Vergütungshöhe nach Lebensaltersstufen im BAT als Altersdiskriminierung

#### Leitsätze:

**1. Die unterschiedliche Vergütungshöhe nach Lebensaltersstufen im BAT stellt eine Diskriminierung wegen Alters i.S.d. § 1 AGG dar.**

**2. Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern durch die Lebensaltersstufen des BAT ist jedoch nach § 10 Satz 3 Ziff. 2 AGG gerechtfertigt. Es ist angemessen und legitim, dass die Tarifvertragsparteien die höhere Berufs- und Lebenserfahrung älterer Mitarbeiter zusätzlich finanziell abgelten wollten.**

**3. Außerdem fußen die Lebensaltersstufen des BAT auf sozialen Gründen. Ältere Mitarbeiter mit erhöhten familiären Verpflichtungen und Kosten sollen im Rahmen der Alimentationspflichten des öffentlichen Arbeitgebers mit einem erhöhten Vergütungsbetrag bedacht werden. Damit haben die Tarifvertragsparteien ebenfalls ein legitimes und angemessenes Ziel i.S.d. § 10 AGG verfolgt.**

Anmerkung zu ArbG Marburg, Urteil vom 26.09.2008, 2 Ca 183/08

von **Edith Linnartz**, RA'in

## **A. Problemstellung**

Das ArbG Marburg befasst sich mit der Frage, ob die unterschiedliche Vergütungshöhe nach Altersstufen nach dem BAT eine i.S.d. § 1 AGG unzulässige Altersdiskriminierung darstellt. Zudem klärt das Gericht, unter welchen Voraussetzungen eine versehentlich erfolgte Überbezahlung vom Arbeitgeber zurückverlangt werden kann.

## **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

K. war beim beklagten Land vom 01.08.2005 bis zum 31.07.2007 in Teilzeitbeschäftigung befristet beschäftigt. Laut Arbeitsvertrag war K. in die Vergütungsgruppe 2 der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert. Für die Zeit vom 01.08.2007 bis zum 31.12.2008 vereinbarten die Parteien eine weitere Befristung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, insbesondere mit derselben Vergütungsgruppe. Durch ein Versehen der Bezügestelle erhielt K. jedoch ab August 2007 Bezüge eines Angestellten der Lebensaltersstufe 45 Jahre statt der für K. einschlägigen Lebensaltersstufe 31 Jahre. Infolgedessen erhielt K. einen zusätzlichen monatlichen Betrag i.H.v. 173,18 € netto. Nachdem der Fehler beim beklagten Land aufgefallen war, forderte das Land von K. die Rückzahlung der von August 2007 bis einschließlich Januar 2008 erfolgten Über-

zahlung und behielt seit April 2008 jeweils 200 € netto monatlich von der Vergütung des K. ein.

K. hält die Rückforderung des Landes für nicht berechtigt. Seine Eingruppierung in die niedrigere Lebensaltersstufe beruhe auf einer unzulässigen Altersdiskriminierung. Zudem sei er entreichert gemäß § 818 Abs. 3 BGB. Die höhere Vergütung habe er dazu verwandt, an seinem PKW ein Auto-Tuning im Wert von 2.189,60 € durchzuführen, welches den Wiederverkaufswert des PKW jedoch nicht erhöht habe.

Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Die versehentlich überhöhten Zahlungen des Landes seien ohne Rechtsgrund erfolgt. Die unterschiedlichen Vergütungszahlungen nach Lebensaltersstufen im BAT stellten keine unzulässige Diskriminierung dar. Zwar liege allein in der Tatsache, dass ältere Arbeitnehmer bei gleicher Arbeitsleistung eine höhere Vergütung erhalten als jüngere Arbeitnehmer, eine Diskriminierung i.S.d. §§ 1 und 2 AGG. Jedoch sei diese unterschiedliche Behandlung nach § 10 AGG gerechtfertigt, da die unterschiedliche Behandlung der unterschiedlichen Altersgruppen objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sei. Denn durch die unterschiedliche Dotierung der Lebensaltersstufen des BAT wollten die Tarifvertragsparteien die unterschiedlichen Berufs- und Lebenserfahrungen der Mitarbeiter entsprechend honorieren. Die unterschiedliche Behandlung der Altersgruppen wird auch gerechtfertigt durch soziale Gründe, da anzunehmen ist, dass ältere Mitarbeiter erhöhte familiäre Kosten haben.

Da K. gewusst habe, dass sich seine vertraglichen Bedingungen nicht geändert hatten, habe er die Pflicht gehabt, sich bei seinem Arbeitgeber über die Rechtmäßigkeit der Zahlung zu informieren. Indem K. dieser Pflicht nicht nachkam, hat er eine vertragliche Nebenpflicht verletzt: Diese habe einen Schadensersatzanspruch des beklagten Landes gemäß § 280 BGB ausgelöst. Auf das Argument der Entreicherung kam es daher nicht mehr an.

## **C. Kontext der Entscheidung**

Das Urteil bringt keine Überraschungen. Es war nicht zu erwarten, dass die unterschiedliche Vergütungshöhe für die unterschiedlichen Lebensaltersstufen im BAT wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach § 1

AGG als rechtswidrig angesehen würde. Denn die Vergütungsunterschiede orientieren sich an der unterschiedlichen Berufserfahrung und an den mit dem steigenden Lebensalter einhergehenden erfahrungsgemäß unterschiedlichen sozialen Verpflichtungen. Aus diesem Grund ist die unterschiedliche Vergütung der entsprechenden Lebensaltersstufen nach § 10 AGG gerechtfertigt.

In der Begründung des Rückforderungsanspruchs des Landes kann der Argumentation des Gerichts gefolgt werden.

Hinsichtlich der Frage, ob der Arbeitnehmer den zu viel erhaltenen Netto- oder Bruttobetrag zurückerstatten muss, hat sich das Gericht ohne nähere Begründung für einen „Mittelweg“ entschieden, nach dem das Land den Nettobetrag sowie die abgeführte Lohnsteuer und den Solidaritätsbeitrag zurückverlangen kann, nicht hingegen die Sozialversicherungsbeiträge. Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung Bestand haben wird.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Angestellten des öffentlichen Dienstes dürfte es auch zukünftig verwehrt sein, sich mit Hinweis auf das AGG auf die Rechtswidrigkeit der unterschiedlichen, am Alter orientierten Vergütungsstufen des öffentlichen Tarifsystems zu berufen.

In der Praxis sollte jede Benachteiligung, die sich als Diskriminierung i.S.d. § 1 AGG darstellt, anhand der §§ 8, 9 und 10 AGG auf ihre Rechtfertigung überprüft werden. Daher kann eine Benachteiligung durch berufliche Anforderungen (§ 8 AGG), durch das Erfordernis einer bestimmten Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung (§ 9 AGG) oder durch die Angemessenheit der Maßnahme und ein legitimes Ziel (§ 10 AGG) gerechtfertigt sein.

#### **E. Weitere Themenschwerpunkte der Entscheidung**

Das Urteil spricht noch ein weiteres Problemfeld im Arbeitsleben an, nämlich den Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers bei versehentlicher Überzahlung. Der Arbeitnehmer hat dann, wenn der gezahlte Vergütungsbetrag im Vergleich zum geschuldeten deutlich höher liegt, wegen der Vergütungsdifferenz beim Arbeitgeber nachzufragen, um sich über die Rechtmäßigkeit der

Zahlung zu informieren. Tut der Arbeitnehmer dies nicht, löst er aufgrund der Verletzung seiner vertraglichen Nebenpflicht einen Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gemäß § 280 BGB aus, wodurch ihm der Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) verwehrt ist. Bedenkenswert ist in diesem Zusammenhang ebenso eine Erörterung der Frage, ob durch die fehlerhafte Lohnberechnung nicht auch der Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers ausgelöst hat. Denn die richtige Berechnung der Vergütung ist auch Teil der Nebenpflichten des Arbeitgebers.

Zum Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers und zum Einwand der Entreicherung sind die Entscheidungen des BAG (Urt. v. 18.01.1995 - 5 AZR 817/93) und des LArbG Rheinland-Pfalz (Urt. v. 15.10.1997 - 8 Sa 499/97) sehr instruktiv. Aufgrund dieser Rechtsprechung ist es dem Arbeitnehmer gestattet, sich zum Nachweis seiner Entreicherung auf die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu berufen, wenn es sich um eine nur geringfügige Überzahlung handelt. Hierbei beurteilen die Gerichte die Geringfügigkeit nach den Richtlinien, die im öffentlichen Dienst gelten. Die öffentlichen Dienstherren und Arbeitgeber haben im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 10.10.1961 - VI C 25.60 - BVerwGE 13, 107) zum Umfang der Darlegungs- und Beweislast bei überzahlter Besoldung für Beamte geregelt, dass ein Wegfall der Bereicherung ohne nähere Prüfung unterstellt werden kann, wenn der zu viel gezahlte Betrag 10% der für den Zeitraum zustehenden Gesamtbezüge (höchstens 153,39 € monatlich) nicht übersteigt. Die Lebenssituation des Arbeitnehmers muss hierbei derart ausgestaltet sein, dass erfahrungsgemäß mit einem alsbaldigen Verbrauch der Überzahlung für die laufenden Kosten der Lebenshaltung zu rechnen ist.

Ob der Arbeitgeber bei einem bestehenden Rückforderungsanspruch die Brutto- oder Nettovergütung zurückverlangen kann, ist nach wie vor umstritten. Gute Gründe sprechen für die Rückforderung des Nettobetrages (vgl. Groß, ZIP 1987, 5). Nach einem einheitlichen Ländererlass der Finanzverwaltung ist hingegen der Bruttobetrag zu erstatten und die Rückabwicklung zwischen Arbeitnehmer und Finanzamt vorzunehmen.