

# FA

## FACHANWALT ARBEITSRECHT

### INHALT 5 · 2016

#### Editorial

- Mitten im Prozess sind wir vom Grundgesetz umfassen  
Richard Giesen **129**

#### Aufsätze

- Prozessuale Wahlmöglichkeiten des Arbeitnehmers beim Auflösungsantrag  
Wolfgang Kleinebrink **130**
- Ich ist ein anderer – Bob Dylan zum 75. Geburtstag  
Harald Pfeiffer/Volker Wagner **133**

#### Aktuelles

- Lückenlose Berufshaftpflichtversicherung **136**
- Ordnungsgemäß Bevollmächtigte **136**
- Übliche Postlaufzeiten bei Einwurfeinschreiben **136**
- Verbotene Mehrfachvertretung in Verfahren auf anwaltsgerichtliche Entscheidung **137**
- Beginn der Wiedereinsetzungsfrist nach abgelehnter Prozesskostenhilfe **137**
- Zulassung der Berufung **138**
- Richterlich angeordnete Ausschlussfrist **138**
- Rechte Mittel **138**
- Antrag auf Richterablehnung **138**
- Verwertung strafgerichtlicher Feststellungen im finanzgerichtlichen Verfahren **139**
- Keine Akteneinsicht in dem Gericht nicht bekannte Akten **139**
- Aussetzung des Rechtsstreits wegen anhängiger Verfassungsbeschwerde **139**
- Notwendiger Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung **140**
- Rechtsmittelbelehrung bei Verwerfung der Berufung **140**
- Karlsruher Missbrauchsgebühr für Wiederholungstäter **141**
- Missbrauchsgebühr für Rechtsanwalt **141**
- Arbeitsrechtliches Praktikerseminar an der Justus-Liebig-Universität Gießen **141**
- Verfassungsrechtlicher Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren **142**

#### Ennemanns Ecke

- Etzel/Bader/Fischermeier u.a., KR – Gemeinschaftskomentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften **142**
- Neumann/Fenski/Kühn, Bundesurlaubsgesetz **143**

#### Entscheidungen mit Hinweisen

- BAG, Ur. v. 21.10.2015 – 5 AZR 843/14 Annahmeverzug und Unvermögen **144**
- BAG, Ur. v. 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 Bestimmtheit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung **145**
- BAG, Ur. v. 20.01.2016 – 6 AZR 601/14 Präklusion von Rügen bei Massenentlassung **146**
- BAG, Ur. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14 Außerordentliche Kündigung wegen Arbeitsverweigerung **147**
- BAG, Beschl. v. 08.12.2015 – 1 ABR 83/13 Mitbestimmung des Betriebsrats beim Arbeitsschutz **148**
- BAG, Beschl. v. 17.02.2016 – 5 AZN 981/15 Beschwer bei der Nichtzulassungsbeschwerde **149**
- BGH, Beschl. v. 10.02.2016 – VII ZB 36/15 Fristenkontrolle für fristgebundene Schriftsätze **150**
- BAG, Ur. v. 18.06.2015 – 2 AZR 58/14 Postulationsfähigkeit von Kammerrechtsbeiständen **151**
- BGH, Beschl. v. 25.02.2016 – III ZB 42/15 Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze **152**
- BFH, Ur. v. 19.11.2015 – VI R 74/14 Berufshaftpflichtversicherung einer Rechtsanwalts-GmbH **153**

#### Rechtsprechung kompakt

- I. Arbeitsverhältnisrecht **154**
- II. Beendigung von Arbeitsverhältnissen **157**
1. Befristung **157**
2. Kündigung **158**
- III. Tarifvertragsrecht und Arbeitskämpfrecht **162**
- IV. Betriebsverfassungsrecht und Personalvertretungsrecht **162**
- V. Urlaubsrecht **164**
- VI. Verfahrensrecht **164**
- VII. Anwaltliches Berufsrecht und Haftungsrecht **165**

#### Impressum

**V**

Luchterhand

# Das Bundesurlaubsgesetz hat ganzjährig Saison

NEU



Online  
Ausgabe

auf jurion.de



Luchterhand

Luchterhand Taschenkommentare

Powietzka · Rolf

**BURlG**  
Bundesurlaubsgesetz

Kommentar  
2. Auflage

Luchterhand Verlag

Die Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen zum Urlaubsrecht in jüngster Zeit unterstreicht die Praxisrelevanz eines vermeintlichen Randgebiets:

- BAG: Urlaub bei Wechsel in eine Teilzeittätigkeit mit weniger Wochenarbeitstagen
- BAG: Urlaub nach fristloser Kündigung
- BAG: Zusätzliche Urlaubstage nach Vollendung des 58. Lebensjahres
- BAG: Gesetzlicher Urlaubsanspruch nach unbezahltem Sonderurlaub
- BAG: Ausschluss von Doppelansprüchen bei Stellenwechsel oder
- EuGH: Anspruch eines Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub nach seinem Tod

Der Kommentar erläutert das BURlG mit der für Anwender angemessenen Tiefe. Im Anhang werden die für das Urlaubsrecht neben dem BURlG wichtigen Vorschriften besprochen: SGB IX, MuSchG, BEEG, ArbPISchG und JArbSchG. Außerdem sind die Bildungsurlaubsgesetze der Länder bereitgestellt. Volltext und zitierte Rechtsprechung sowie Gesetze sind elektronisch verfügbar.

#### Die Autoren:

*Dr. Arnim Powietzka*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht in Heidelberg;  
*Dr. Christian Rolf*, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main

Powietzka / Rolf  
**BURlG**  
Bundesurlaubsgesetz Kommentar  
2. Auflage 2016, ca. 600 Seiten,  
gebunden, ca. € 69,-  
ISBN 978-3-472-09042-7  
Erscheint voraussichtlich Juni 2016



Wolters Kluwer

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied  
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

Wolters Kluwer Shop

Versandkostenfrei bestellen

shop.wolterskluwer.de

Im Buchhandel erhältlich.

NEU

Luchterhand

# Damit verfahren Sie richtig im Arbeitsrecht



Der von dem Vorsitzenden Richter am BAG a.D. *Prof. Franz Josef Düwell* und dem Präsident des LAG Niedersachsen a.D. *Prof. Dr. Gert-Albert-Lipke* herausgegebene Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz orientiert sich konsequent an den Anforderungen der Praxis:

- Die Bestimmungen des ArbGG, die zu- meist nur eine partielle Modifizierung des Zivilprozesses beinhalten, werden mit den für ihr Verständnis notwendigen Vorschriften der ZPO in einen kohärenten Zusammen- hang gestellt und erläutert.
- In der Kommentierung zu § 58 wird ein Beweislastkatalog für Richter und Prozessparteien zur Verfügung gestellt.

 **Wolters Kluwer**

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied  
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • info@wolterskluwer.de • www.wolterskluwer.de

- Unter § 46 werden Klägern und Beklag- ten eine gut gegliederte Übersicht über alle in der Praxis wichtigen Klagebegeh- ren und deren kunstgerechte Antrags- fassung bereitgestellt.
- Unter § 44 wird sowohl der aktuelle Geschäftsverteilungsplan als auch die Geschäftsordnung des BAG erläutert. Das verschafft Orientierung über die Senatszuständigkeit und beantwortet die Frage nach dem gesetzlichen Richter.
- Hilfestellung erhalten Gerichte und Anwaltschaft bei der Berechnung der Kosten und Gebühren. Die im Anhang befindliche Kommentierung des Gebüh- renrechts und der neue Streitwertkatalog klären alle wichtigen Fragen.
- Der Anhang zu den Verfahren vor den Kirchlichen Arbeitsgerichten ist in der Neuauflage nochmals vertieft.

Düwell / Lipke (Hrsg.)  
**ArbGG**  
Kommentar zum gesamten  
Arbeitsverfahrensrecht  
4. Auflage 2016, ca. 1.500 Seiten, gebunden,  
Subskriptionspreis bis zum Erscheinen  
ca. € 149,-, danach ca. € 169,-  
ISBN 978-3-472-08641-3  
Erscheint voraussichtlich Juli 2016

Wolters Kluwer Shop

**Versandkostenfrei bestellen**

shop.wolterskluwer.de

Im Buchhandel erhältlich.

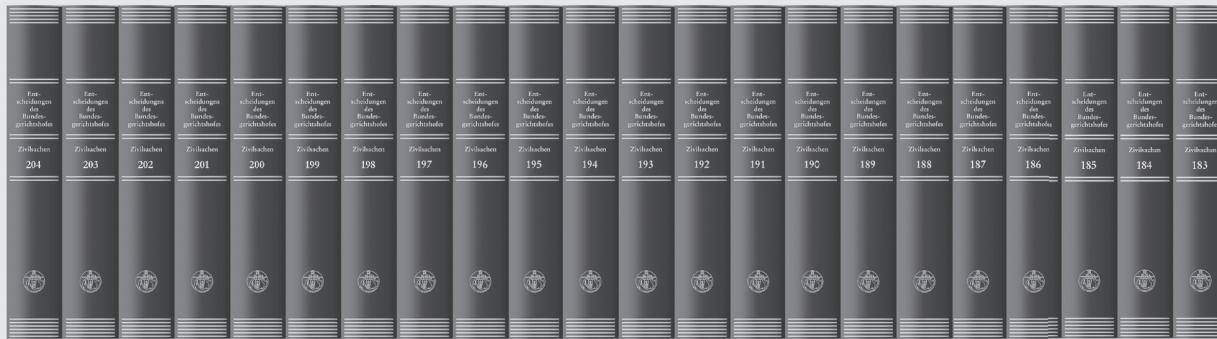


Carl Heymanns

DIE RICHTIGE ENTSCHEIDUNG!

# BGHZ ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDES- GERICHTSHOFES IN ZIVILSACHEN

Herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft



In dieser renommierten Sammlung veröffentlichen die Richter des Bundesgerichtshofes Entscheidungen, die nach ihrer Sachkenntnis grundsätzlicher Natur sind oder von bisheriger Rechtsprechung abweichen.

BGHZ – das Original. In der repräsentativen gedruckten Ausgabe. Als leistungsstarke BGHZ EDITION auf CD-ROM. Oder als komfortable Onlinedatenbank auf JURION.

#### Ihr Zusatznutzen in der Onlinedatenbank und auf CD-ROM:

- mehr als 65.000 Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
- die Entscheidungen von BGHR, einer von Richtern des BGH bearbeiteten und systematisch nach Normen geordneten Rechtsprechungsdatenbank
- BGH-DAT, eine verständliche Kurzfassung von Urteilen und Beschlüssen
- Verlinkung auf die in den Urteilen zitierten Normen sowie ca. 64.000 zusätzlicher Entscheidungen inkl. Vermerk zu deren Fundstellen in der Literatur
- automatische Aktualisierung der Entscheidungen auf [www.bghz.de](http://www.bghz.de)

#### Preise:

##### BGHZ gebundene Ausgabe:

Grundwerk Bände 1 - 204 + 20 Reg.-Bände  
€ 1.999,- zur Forts.

##### BGHZ Edition auf CD-ROM:

Grundwerk CD-ROM in Jewel-Box € 128,-  
Update ca. 3 - 4 x jährl. € 38,-

**Sonderpreis für Bezieher der geb. Ausgabe € 16,50**

##### BGHZ Online-Ausgabe:

Monatlicher Abopreis € 18,- inkl. MwSt.  
(Netto-Gesamtpreis € 15,13)

[www.bghz.de](http://www.bghz.de)

Wolters Kluwer Shop

**Versandkostenfrei bestellen**

[shop.wolterskluwer.de](http://shop.wolterskluwer.de)

Im Buchhandel erhältlich.

 Wolters Kluwer

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied  
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • [info@wolterskluwer.de](mailto:info@wolterskluwer.de) • [www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)

FA

FACHANWALT ARBEITSRECHT

HEFT 5/2016 · SEITEN 129 – 165

## Editorial



Richard Giesen

## Mitten im Prozess sind wir vom Grundgesetz umfängen

Anwälte sind es gewohnt, im Prozess diejenigen Rechtsverletzungen geltend zu machen, für deren Entscheidung das angerufene Gericht zuständig ist. Das BVerfG sieht das seit kurzem etwas anders. Der Beschluss, von dem hier berichtet werden soll, betrifft zwar das Gewerbesteuerrecht, ist aber auch für Arbeitsrechtler relevant.

In der Verfassungsbeschwerde gegen ein BFH-Urteil rügte die Beschwerdeführerin einen Gleichheitsverstoß nach Art. 3 Abs. 1 GG. Zu diesem Gleichheitsverstoß hatte sie im vorangegangenen Finanzgerichtsverfahren nichts vorgetragen. Das war, so sollte man meinen, nichts ungewöhnliches, denn schließlich haben ja die Karlsruher Richter das verfassungsrechtliche Verwerfungsmonopol, während den Fachgerichten das einfache Recht anvertraut ist. Deshalb können die Prozessparteien bei ihnen die Vorlage zum BVerfG zwar anregen, ansonsten ist aber erst einmal der Rechtsweg abzarbeiten.

Die 2. Kammer des Ersten Senats beim BVerfG (Beschl. v. 26.02.2016 – 1 BvR 2836/14) hat die Annahme der Verfassungsbeschwerde trotzdem mit folgender Begründung abgelehnt: Die Beschwerdeführerin, übrigens vertreten durch eine namhafte Steuerrechtskanzlei, hätte die Fachgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich vorwarnen müssen. Wo »ein Begehren nur dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden«, müssten betroffene Prozessparteien bereits die Fachgerichte mit der einschlägigen Verfassungsfrage konfrontieren. Das gelte unabhängig davon, ob das Verfahren der Parteimaxime oder dem Amtsermittlungsgrundsatz unterliege. Die Herleitung dieser These stützt sich auf das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) und den daraus entwickelten Grundsatz der Subsidiarität. Dieser gebiete es, so die Kammer, Fachgerichte »in geeigneter Weise mit verfassungsrechtlichen Fragen zu befassen«, bevor diese beim BVerfG verhandelt würden.

Den einfallsreichen Verfassungsrichtern ist also wieder einmal die Abwehr einer ungeliebten Beschwerde zu einem ungeliebten Beschwerdegegenstand gelungen. Aber der Schaden ist angerichtet. Bisher bestand nur die Sorge, dass das BVerfG zur Superrevisionsinstanz verkommt. Nun soll sich spiegelbildlich aber auch die Funktion der Fachgerichte wandeln. Sie werden zu verfassungsprozessualen Vorprüfungsinstanzen, bei denen jeder Grundgesetzverstoß vorsorglich zu rügen ist. Da sind der Phantasie wenig Grenzen gesetzt. Wer eine Kündigungsschutzklage erhebt, sollte schon einmal darlegen, dass Art. 12 GG und die Schutzpflichtenlehre den Prozessgewinn gebieten, und wer Klageabweisung beantragt, sollte dies ähnlich begründen, und eventuell noch Art. 14 GG mitzitieren. Dem Arbeitsrichter bereitet man so wohl keine Freude. Und es entsteht ein Programm zur Inspiration von Verfassungskonflikten. Denn wo vom Grundgesetz die Rede ist, wird die unterlegene Mandantschaft den Gang nach Karlsruhe verlangen. Dass damit die Anzahl der Verfassungsbeschwerden weiter in die Höhe getrieben wird, liegt auf der Hand. Sobald es dann so weit ist, wird das BVerfG seine Rechtsprechung ja vielleicht wieder ändern.

**Richard Giesen**

## Prozessuale Wahlmöglichkeiten des Arbeitnehmers beim Auflösungsantrag

von Professor Dr. jur. Wolfgang Kleinebrink, Wuppertal<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Obsiegt ein Arbeitnehmer in einem Rechtsstreit, der eine arbeitgeberseitige Kündigung zum Streitgegenstand hat, ermöglicht ihm das Gesetz dennoch unter bestimmten Voraussetzungen, eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung durch den Arbeitgeber zu erreichen. Die ihm insoweit strategisch zur Verfügung stehenden prozessualen Wahlmöglichkeiten gehen weit über diejenigen des Arbeitgebers hinaus. Im Gegensatz zum Auflösungsantrag des Arbeitgebers, der nur bei einer unwirksamen ordentlichen Kündigung in Betracht kommt, ist ein solcher Antrag des Arbeitnehmers z.B. sowohl bei einer unwirksamen ordentlichen als auch bei einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung denkbar. Die wichtigsten verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, die Arbeitnehmer in diesen Zusammenhang haben, werden im Folgenden unter Berücksichtigung der Voraussetzungen eines solchen Auflösungsantrags und der neuesten Rechtsprechung dargestellt.

### II. Auflösungsantrag bei ordentlicher Kündigung

Stellt das Gericht fest, dass das Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung des Arbeitgebers nicht beendet ist, so hat das Gericht nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, sofern dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.

#### 1. Streitgegenstand Beendigungskündigung

Eine derartige Auflösung auf entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers ist grundsätzlich bei einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Beendigungskündigung und nur ausnahmsweise bei einer vom Arbeitgeber erklärten Änderungskündigung denkbar. Erklärt der Arbeitgeber eine Änderungskündigung und erhebt der Arbeitnehmer Änderungschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG, nachdem er sich zuvor entschieden hat, das mit einer solchen Kündigung verbundene Änderungsangebot unter Vorbehalt anzunehmen, ist eine solche Auflösung nicht möglich.<sup>2</sup> § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG findet im Rahmen einer Änderungschutzklage nach § 4 Satz 2 KSchG weder unmittelbare noch analoge Anwendung. Folglich ist ein erfolgreicher Auflösungsantrag bei einer Änderungskündigung nur für den Fall denkbar, dass der Arbeitnehmer das in der Änderungskündigung liegende Änderungsangebot des Arbeitgebers endgültig abgelehnt und Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG erhoben hat. Streitgegenstand ist faktisch dann auch wieder eine Beendigungskündigung.

Bereits vor der Annahme unter Vorbehalt muss daher der Arbeitnehmer entscheiden, ob er durch eine entsprechende Erklärung der Annahme auf einen Auflösungsantrag verzichten will oder nicht. Er kann nicht wählen, ob er im Rahmen einer Feststellungsklage gegen die Kündigung vorgeht und zusätzlich den Auflösungsantrag stellt oder das Auflösungsbegehren selbstständig klageweise geltend macht. Der Auf-

lösungsantrag ist nur zulässig, wenn er zugleich Kündigungsschutzklage erhebt.<sup>3</sup>

#### 2. Sozialwidrigkeit der Kündigung

Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers kommt ferner nur in Betracht, wenn die Kündigung zumindest auch sozialwidrig ist. Für eine sittenwidrige fristgerechte Kündigung sieht § 13 Abs. 2 KSchG eine entsprechende Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG vor. Erweist sich die Kündigung aus weiteren Gründen, z.B. fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats, als unwirksam, hat das Gericht festzustellen, dass die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt ist.<sup>4</sup> Dies unterscheidet den Auflösungsantrag des Arbeitnehmers nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG vom Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Der Auflösungsantrag des Arbeitgebers ist nur erfolgreich, wenn die ordentliche Kündigung ausschließlich sozialwidrig ist. Er kann folglich z. B. daran scheitern, dass die Anhörung des Betriebsrats fehlerhaft ist. Das BAG rechtfertigt diese unterschiedlichen Voraussetzungen damit, dass der Arbeitnehmer jederzeit auf die Geltendmachung des sich zu seinen Gunsten aus anderen Normen ergebenden Bestandsschutzes verzichten kann, indem er entsprechende Tatsachen, z.B. zur Fehlerhaftigkeit der Betriebsratsanhörung, nicht vorträgt. Dann soll es ihm aber nicht zum Nachteil gereichen, wenn er die verschiedenen Unwirksamkeitsgründe nebeneinander geltend macht.<sup>5</sup> Der Wortlaut des § 9 KSchG rechtfertigt dies indes nicht.

#### 3. Vorhandensein eines Auflösungsgrundes

Für die Auflösung eines durch eine sozialwidrige Kündigung nicht beendeten Arbeitsverhältnisses verlangt das Gesetz in § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG, dass dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Hierfür muss kein wichtiger Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB vorliegen.<sup>6</sup> Andererseits genügt nicht allein die Sozialwidrigkeit der Kündigung. § 9 KSchG gewährt dem Arbeitnehmer keinen eigenständigen Kündigungsgrund mit Abfindungsanspruch.<sup>7</sup> Der Arbeitnehmer hat kein unabhängig von dem Vorliegen von Auflösungsgründen auszuübendes Wahlrecht zwischen der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und seiner Auflösung gegen Zahlung einer Abfindung.<sup>8</sup> Es bedarf vielmehr

1 Vereinigung Bergischer Unternehmerverbände e.V. (VBU\*), Wuppertal; Honorarprofessor an der Hochschule Niederrhein.

2 BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 2 AZR 320/13, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 66, FA 2014, 173; zust. KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 37.

3 BAG, Urt. v. 29.05.1959 – 2 AZR 450/58, DB 1959, 920; KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 19.

4 BAG, Urt. v. 28.08.2008 – 2 AZR 63/07, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 55, FA 2009, 111.

5 BAG, Urt. v. 28.08.2008 – 2 AZR 63/07, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 55, FA 2009, 111.

6 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338; zust. KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 49.

7 KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 49.

8 So ausdrücklich KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 9.

zusätzlicher vom Arbeitnehmer darzulegender Umstände, die ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer unzumutbar machen.

Bei der Zumutbarkeitsprüfung hat das Gericht auf die Verhältnisse im Zeitpunkt seiner letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Es hat damit auch solche Umstände zu berücksichtigen, die sich erst im Verlauf des Prozesses ergeben haben.<sup>9</sup> Ob dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist, richtet sich auch nach der voraussichtlichen Dauer einer Weiterbeschäftigung. Ist der Eintritt einer anderweitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur möglich, steht er aber nicht mit Gewissheit fest, muss das zur Entscheidung über einen Auflösungsantrag berufene Gericht ggf. eine Prognose über die Wahrscheinlichkeit eines solchen Eintritts treffen.<sup>10</sup>

#### a) Auflösungsgründe im Zusammenhang mit der Kündigung

Auflösungsgründe, die sich aus der Kündigung als solcher und aus weiteren Handlungen des Arbeitgebers ergeben, die mit der Kündigung einhergehen, sind z.B.:<sup>11</sup>

- Die Kündigung geht mit einer gänzlich ungerechtfertigten Suspendierung einher,<sup>12</sup>
- der Arbeitnehmer wird durch die Kündigung leichtfertig einer Straftat verdächtigt,<sup>13</sup>
- anlässlich der Kündigung erfolgen weitere rechtswidrige Personalmaßnahmen, z.B. rechtsmissbräuchliche Verweigerung von Urlaub,<sup>14</sup>
- der Arbeitgeber will sich nachweisbar in jedem Fall und um jeden Preis vom Arbeitnehmer trennen und beabsichtigt deshalb, mit derselben oder einer beliebigen anderen Begründung so lange Kündigungen auszusprechen, bis er sein Ziel erreicht hat.<sup>15</sup>

Nicht ausreichend ist, wenn der Arbeitnehmer seinen Auflösungsantrag darauf stützt, er sei mittlerweile ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen. Diesen Konflikt kann der Arbeitnehmer über § 12 KSchG – allerdings ohne Abfindungsanspruch – lösen.<sup>16</sup>

#### b) Auflösungsgründe im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzprozess

Die Auflösungsgründe können auch im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzprozess stehen.<sup>17</sup>

Beispiele für Auflösungsgründe, die sich erst aus dem Umfeld des Prozesses ergeben, sind z.B.:

- Der Arbeitnehmer wird durch den Arbeitgeber im Verlauf des Kündigungsschutzprozesses beleidigt, wobei dem Arbeitgeber Äußerungen seines Prozessbevollmächtigten zugerechnet werden,<sup>18</sup>
- der Arbeitgeber wendet sich während des Prozesses an den behandelnden Arzt und bezweifelt die Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Arbeitnehmers ungerechtfertigt.<sup>19</sup>

#### 4. Ordnungsgemäßer Antrag

Für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung ist ein Antrag des Arbeitnehmers erforderlich; eine Auflösung von Amts wegen kommt nach dem Gesetz nicht in Betracht. Bei dem Antrag handelt es sich – anders als beim Auflösungsantrag des Arbeitgebers – um keinen Hilfsantrag, sondern um einen echten Eventualantrag, der nur für den

Fall der Begründetheit der gegen die Kündigung gerichteten Klage gestellt wird.<sup>20</sup> Hat der Arbeitgeber einen Auflösungsantrag gestellt, diesen aber zurückgezogen, muss der Arbeitnehmer sich entscheiden, einen eigenen Antrag zu stellen, wenn er eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses erreichen will.<sup>21</sup>

#### 5. Zeitpunkt der Antragsstellung

Der Arbeitnehmer kann nach § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz stellen. Entscheidet er sich für den Auflösungsantrag erst in der Berufungsinstanz, ist dies für ihn jedoch risikoreich, wenn er tatsächlich nicht mehr beim Arbeitgeber arbeiten will. Gewinnt er nämlich vor dem Arbeitsgericht und lässt der Arbeitgeber das Urteil rechtskräftig werden, muss er entgegen seinem eigentlichen Vorhaben auf seinen bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren, sofern er das Arbeitsverhältnis dann nicht selber fristgerecht kündigt, ohne dann allerdings eine Abfindung zu erhalten. Ihm ist es nicht möglich, erfolgreich Berufung einzulegen, um dann in zweiter Instanz erstmals den Auflösungsantrag zu stellen. Es fehlt in diesem Fall einer Beschwer.<sup>22</sup>

Selbst wenn der Arbeitgeber Berufung einlegt und der Arbeitnehmer sich erst dann entscheidet, den Auflösungsantrag zu stellen, kann er nicht sicher sein, dass über ihn entschieden wird. Nimmt der Arbeitgeber die Berufung nämlich zurück, kann dieser dadurch den Auflösungsantrag des Arbeitnehmers zu Fall bringen. Der Zustimmung durch den Arbeitnehmer bedarf die Rücknahme der Berufung nach § 515 Abs. 1 ZPO, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG nicht. Mit ihr tritt die Rechtskraft des angefochtenen Urteils ein. Damit ist eben die Lage eingetreten, die auch eingetreten wäre, wenn der Arbeitgeber keine Berufung eingelegt hätte. Auch in diesem Fall hätte der Arbeitnehmer keinen Auflösungsantrag stellen können.<sup>23</sup>

9 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338.

10 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338.

11 Ausf. zu möglichen Auflösungsgründen KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 51 ff.

12 BAG, Urt. v. 24.09.1992 – 8 AZR 557/91, EzA Art 20 Einigungsvertrag Nr. 17.

13 LAG Schleswig Holstein, Urt. v. 25.02.2004 – 3 Sa 491/03, EzA-SD 2004, Nr. 8, 10-11.

14 LAG Niedersachsen, Urt. v. 18.04.2008 – 16 Sa 1249/07, juris.

15 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12 – EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338; BAG, Urt. v. 27.03.2003 – 2 AZR 9/02, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 47, FA 2003, 348.

16 KR/*Spilger*, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 54.

17 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338; BAG, Urt. v. 24.09.1992 – 8 AZR 557/91, EzA Art 20 Einigungsvertrag Nr. 17.

18 ErfK/*Kiel*, 16. Aufl., § 9 KSchG Rn. 9.

19 BAG, Urt. v. 20.11.1997 – 2 AZR 803/96, RzK I 11c Nr. 13.

20 *Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann*, Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht, 4. Aufl., Muster 22.17. Fn. 8.

21 BAG, Urt. v. 28.01.1961 – 2 AZR 482/59, DB 1961, 476.

22 BAG, Urt. v. 03.04.2008 – 2 AZR 720/06, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 53, FA 2008, 276.

23 BAG, Urt. v. 03.04.2008 – 2 AZR 720/06, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 53, FA 2008, 276.



### III. Auflösungsantrag bei außerordentlicher Kündigung

Ferner hat das Gericht auch dann das Arbeitsverhältnis nach § 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG auf entsprechenden Antrag des Arbeitnehmers gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wenn das Gericht feststellt, dass eine außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers unbegründet ist, jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann, wobei diese Vorschrift allerdings auf das Berufsausbildungsverhältnis nicht anwendbar ist.<sup>24</sup> Das Gericht hat nach § 13 Abs. 1 Satz 4 KSchG für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung zugegangen ist.

#### 1. Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung

Voraussetzung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers im Fall einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung soll sein, dass die Unwirksamkeit zumindest auch auf dem Fehlen eines wichtigen Grundes beruht, wozu auch die Versäumung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB gehören soll.<sup>25</sup>

#### 2. Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

Dem Arbeitnehmer muss ferner die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar sein. Die Gründe, die zu einer solchen Unzumutbarkeit führen, entsprechen denjenigen, die auch bei einer sozial nicht gerechtfertigten fristgerechten Kündigung des Arbeitgebers zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen können.

#### 3. Ordnungsgemäßer Antrag

Auch hinsichtlich eines Auflösungsantrags, der für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des Arbeitgebers gestellt wird, bedarf es eines Antrags des Arbeitnehmers.

### IV. Weitere Wahlmöglichkeiten

Der Arbeitnehmer hat neben den bereits aufgezeigten weitere Wahlmöglichkeiten.

#### 1. Außerordentliche oder ordentliche Kündigung als Gegenstand des Auflösungsantrags

Bei einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung, bzw. der Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB hat der Arbeitnehmer bei einer Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung die Wahl, ob der den Auflösungsantrag hinsichtlich der außerordentlichen oder hinsichtlich der ordentlichen Kündigung stellt.<sup>26</sup> Dies hat Auswirkungen auf den Auflösungszeitpunkt und evtl. Vergütungsansprüche nach §§ 611 Satz 1, 615 BGB.<sup>27</sup>

#### 2. Auflösungsantrag oder Entschädigung

Stellen die Gründe, die die Unzumutbarkeit begründen, wichtige Gründe i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB dar, hat der Arbeitnehmer die Wahl: Er kann den Auflösungsantrag stellen oder aber selber fristlos kündigen, um dann eine Entschädigung nach § 628 Abs. 2 BGB zu verlangen.<sup>28</sup> Ist die Eigenkündigung des Arbeitnehmers durch vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers veranlasst worden, so ist der Arbeitgeber nach § 628 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Arbeitnehmer den durch

die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen. Ein solches vertragswidriges Verhalten wird von der Rechtsprechung z. B. bei dem Entzug eines Provisionsgebiets oder der unterbliebenen Zahlung der Vergütung angenommen.

Der Schadensersatzanspruch umfasst die Vergütung, die der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erhalten hätte.<sup>29</sup> Hinzukommen kann nach Ansicht des BAG aufgrund des Verlustes des Bestandsschutzes, der durch die Eigenkündigung des Arbeitnehmers eingetreten ist, eine angemessene Entschädigung entsprechend § 13 Abs. 1 Satz 3, § 10 KSchG.<sup>30</sup> Voraussetzung einer solchen zusätzlichen Entschädigung ist allerdings, dass das KSchG auf das Arbeitsverhältnis anwendbar ist. Ferner ist erforderlich, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Arbeitnehmerkündigung das Arbeitsverhältnis nicht selbst gem. § 1 Abs. 2 KSchG hätte kündigen können.<sup>31</sup>

Ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen Eigenkündigung mit Entschädigung nach § 628 Abs. 2 BGB und gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG bzw. § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG besteht allerdings nur dann, wenn zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Arbeitgebers und der Kündigung oder dem Kündigungsschutzprozess ein Zusammenhang gegeben ist.<sup>32</sup> Ist dies nicht der Fall, entfällt das Wahlrecht des Arbeitnehmers. Er kann dann lediglich das Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen und gegebenenfalls Schadensersatz nach § 628 Abs. 2 BGB vom Arbeitgeber verlangen, wobei er dann aber die zweiwöchige Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten hat.<sup>33</sup>

#### 3. Auflösungsantrag oder Zustimmung zur Rücknahme der Kündigung

In manchen Fällen erklären Arbeitgeber in einem Rechtsstreit, der eine Kündigung zum Streitgegenstand hat, eine »Kündigungsrücknahme«, wenn das Gericht ihre Prozessaussichten als schlecht beurteilt und die vom Gericht vorgeschlagene Höhe der Abfindung für sie nicht annehmbar ist. Hierdurch soll nach Ansicht des BAG nicht das Rechtsschutzinteresse für die anhängige Kündigungsschutzklage entfallen. Die »Kündigungsrücknahme« soll dem Arbeitnehmer auch nicht das Recht nehmen, erst danach gem. § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beantragen.<sup>34</sup> In einer solchen Erklärung des Arbeit-

24 BAG, Urt. v. 29.11.1984 – 2 AZR 354/83, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 19.

25 HWK-/Thies, 6. Aufl., § 13 KSchG Rn.10.

26 BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 623/07, FA 2008, 379; HWK/Thies, 6. Aufl., § 13 KSchG Rn. 11; KR/Spilger, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 40.

27 *Stahlhacke/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. Rn. 2112.

28 BAG, Urt. v. 11.02.1981 – 7 AZR 12/79, EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 20; KR/Spilger, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 52.

29 BAG, Urt. v. 22.04.2004 – 8 AZR 269/03, EzA § 628 BGB 2002 Nr. 4; BAG, Urt. v. 26.07.2001 – 8 AZR 739/00, EzA § 628 BGB Nr. 19, FA 2001, 315.

30 BAG, Urt. v. 21.05.2008 – 8 AZR 623/07, FA 2008, 379; BAG, Urt. v. 26.07.2001 – 8 AZR 739/00, EzA § 628 BGB Nr. 19, FA 2001, 315; ErfK/Kiel, 16. Aufl. § 9 KSchG Rn. 8.

31 BAG, Urt. v. 26.07.2001 – 8 AZR 739/00, EzA § 628 BGB Nr. 19, FA 2001, 315.

32 BAG, Urt. v. 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, EzA § 9 KSchG n.F. Nr. 64, FA 2013, 338.

33 KR/Spilger, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 53.

34 BAG, Urt. v. 19.08.1982 – 2 AZR 230/80; a.A. zu Recht *Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis*, 11. Aufl., Rn. 156.



gebers soll vielmehr das Angebot an den Arbeitnehmer zu sehen sein, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung beendet worden ist. Der Arbeitnehmer hat dann die Wahl, ob er das Angebot des Arbeitgebers nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB annimmt oder ablehnt. Nimmt er es an, besteht das Arbeitsverhältnis fort; ein Auflösungsantrag ist aufgrund dieser Verständigung nicht mehr zulässig. Lehnt er es ab, kann er seinen Auflösungsantrag weiterverfolgen bzw. erstmals stellen.

#### 4. Auflösungsantrag oder gerichtlicher Vergleich

Stimmt ein Arbeitnehmer in einem Kündigungsrechtsstreit einem gerichtlichen Vergleich zu, der den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beinhaltet und damit das Verfahren beendet, fehlt es an einer Rechtsgrundlage für einen Auflösungsantrag.<sup>35</sup> Der Arbeitnehmer muss sich folglich im Vorfeld eines derartigen Vergleichs überlegen, ob er an dem Arbeitsverhältnis festhalten oder stattdessen das Kündigungsschutz-

verfahren fortführen und für den Fall des Obsiegens den Auflösungsantrag stellen möchte.

#### V. Fazit

Ein Arbeitnehmer kann trotz des Bestandsschutzes, den das Kündigungsrecht zu seinen Gunsten vermittelt, eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung erreichen, wenn hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Dies gilt unabhängig davon, ob Streitgegenstand eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung ist. Erwägt der Arbeitnehmer oder dessen Prozessbevollmächtigter einen solchen Auflösungsantrag, ergeben sich eine Vielzahl von Wahlmöglichkeiten, die abhängig vom Prozessverlauf bedacht werden wollen.

<sup>35</sup> KR/Spilger, 11. Aufl., § 9 KSchG Rn. 15.

## Ich ist ein anderer – Bob Dylan zum 75. Geburtstag

von Harald Pfeiffer und Volker Wagner, Gießen

### I. Interdisziplinäre Werkrezeption

Wenn sich ein Professor für Germanistik, der zudem Präsident der Deutschen Akademie für Sprache und Dichtung ist, pünktlich zum 75. Geburtstag *Dylans* mit einer Analyse von dessen Spätwerk zu Wort meldet<sup>1</sup> und ihn zudem in die Nähe von *Shakespeare*<sup>2</sup> rückt, kann die Songpoesie des amerikanischen Künstlers nicht nur tagesthematische Bedeutung haben, sondern sie muss zwangsläufig nachhaltigere Sujets bedienen. Längst ist auch anerkannt, dass *Dylan* »ein schlauer, literarisch und historisch gebildeter, fintenreicher Autor« ist.<sup>3</sup> Der Schulterchluss eines Schauspielers und eines Rechtsanwalts zur Würdigung *Dylans* in einer juristischen Fachzeitschrift ist auch und gerade deswegen nicht zufälliger Natur.

Der angelsächsische Rechtsraum hat sich längst der Wortmagie *Dylans* bemächtigt. Im Jahr 2008 hat der oberste Richter der Vereinigten Staaten, *John Roberts*,<sup>4</sup> Geschichte geschrieben, als er aus einem Lied von *Dylan*<sup>5</sup> in einer veröffentlichten Gerichtsentscheidung<sup>6</sup> zitierte. *Roberts* berief sich für seine Rechtsauffassung weder auf eine frühere Meinung des Gerichts noch zitierte er juristische Fundstellen. Stattdessen verließ er sich auf eine Zeile von *Dylan*, die er werkgetreu wiedergab: »When you got nothing, you got nothing to lose.«<sup>7</sup>

Diese bereitwillige Adaption der Songpoesie *Dylans* blieb nicht ohne Folgen. Am 04. und 05.04.2011 war die Fordham University School Of Law in New York City Gastgeber eines Symposiums zu dem Thema »Dylan und das Recht«.<sup>8</sup> Die dort gehaltenen Vorträge legten offen, dass *Dylan* oftmals kritisch, skeptisch und zynisch, manchmal kompromisslos das Versagen des amerikanischen Rechtssystems anprangerte. Die Beiträge spiegelten teilweise auch die Enttäuschung und Hoffnungslosigkeit wider, die sich angesichts der entmutigenden Realität in *Dylans* Texten und seiner Musik ausdrücken. Daneben wurde aber auch betont, dass zahlreiche Lieder die prophetische Vision einer besseren Zukunft beförderten.<sup>9</sup> Neu daran war die außergewöhnlich gründliche Rezeption populär-kultureller Songpoesie in der rechtstheoretischen Nutzbarmachung. Jedenfalls zei-

gen die einzelnen Beiträge<sup>10</sup> eine erstaunliche Variationsbreite an grundlegenden Erkenntnissen und Einsichten *Dylans* auf.

### II. Anwälte und Richter

*Dylan* beschäftigt sich vornehmlich mit zwei Protagonisten des Rechtssystems, dem Anwalt und dem Richter. Recht harmlos beginnt er den Berufsstand der Anwälte im Sinne eines offenen, aber auch leidenschaftslosen Zugangs zu beschreiben: »Und einige von uns enden als Anwälte und so was.«<sup>11</sup> Eine Zukunftsperspektive, mit einem scheinbar zynisch banalen Zungenschlag dekoriert. Demgegenüber kontrastiert die Weltläufigkeit, gepaart mit einem scheinbar lässigen Umgang mit dem Berufsstand der Anwälte und einem ebenbürtig trivialen Topos: »Mit großen

- <sup>1</sup> *Detering*, Die Stimmen aus der Unterwelt – Bob Dylans Mysterienspiele, 2016.
- <sup>2</sup> *Shakespeares* 400. Todestag fiel auf den 23.04.2016.
- <sup>3</sup> *Rabe*, Süddeutsche Zeitung, 09./10.04.2016, S. 18.
- <sup>4</sup> *Roberts* ist seit 2005 Chief Justice of the United States am Supreme Court. Der Gerichtshof ist das oberste rechtsprechende Organ der Vereinigten Staaten.
- <sup>5</sup> *Dylan* wurde am 24.05.1941 geboren.
- <sup>6</sup> *Sprint Communications Co. v. APCC Services Inc.*
- <sup>7</sup> Like A Rolling Stone, 1965: »When you ain't got nothing/You got nothing to lose.« – »Wenn du nichts hast, hast du nichts zu verlieren.« (Die Übersetzungen der Lieder *Dylans* ins Deutsche lehnen sich an *Haefs*, Bob Dylan Lyrics 1962-2001, erschienen im Jahr 2004, an.)
- <sup>8</sup> Die Vorträge sind veröffentlicht im *Fordham Urban Law Journal* 2010, Volume 38, Issue 5.
- <sup>9</sup> *Levine*, Symposium: Bob Dylan and the law, *Fordham Urban Law Journal* 2010, Volume 38, Issue 5, S. 1278.
- <sup>10</sup> *Facciola*, Dylan and the last love song of the american left; *Harmon*, Bob Dylan on Lenny Bruce: More of an outlaw than you ever were; *Knake*, Why the law needs music: Revisiting NAACP versus Button Through the songs of Bob Dylan; *Lee*, Bob Dylans lawyers, A dark day in Luzerne County, and learning to take legal ethics seriously; *Long*, The freewheelin' judiciary: A Bob Dylan Anthology; *Lubet*, Arrested Development: Bob Dylan, held for questioning under suspicion of »autism«; *Perlin*, Tangled up in law: The jurisprudence of Bob Dylan; *Serafino*, Life cycles of American legal history through Bob Dylan's eyes; *Smith*, »No older 'n seventeen«: Defending in Dylan Country; *Underwood*, When the law doesn't work; *Zornow*, Dylan's judgment on judges: Power and greed and corruptible seed seem to be all that there is.
- <sup>11</sup> Walls Of Red Wing, 1963: »And some of us 'll wind up to be lawyers and things.«

Anwälten hast du über Gesetzlose und Gauner geredet.«<sup>12</sup> Aber die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands sieht *Dylan* eher skeptisch, wenn er skandieren lässt: »Ich brauche vielleicht einen guten Anwalt, könnte dein Begräbnis sein, mein Prozess.«<sup>13</sup>

Der Berufsstand der Richter kann allerdings umso entschiedener mit wohlwollender Betrachtung nicht rechnen. Dort finden sich Momentaufnahmen eines in sich erstarrten Standes: »Ich spähte in den Nebenraum, wo die Richter sich unterhielten. Dunkelheit war überall, es roch wie in einer Gruft.«<sup>14</sup> Dazu gesellt sich eine fast gewissenlose, oberflächliche Attitüde, mit der die Richter ihre Berufstätigkeit befeuern: »Der Richter sagt zum Sheriff: Ich will ihn tot oder lebendig. Eins von beiden. Ist mir egal.«<sup>15</sup> *Dylan* lässt denn auch kein gutes Haar an den Richtern und ortet sie in einem schicksalhaften Strudel selbst verursachter Korruption: »Falschherzige Richter sterben in den Netzen, die sie spinnen.«<sup>16</sup> Die Arroganz der Macht und die gehaltlose Routine des Justizsystems wird bloßgestellt: »Das Urteil ist gefällt und Berufung ist ausgeschlossen, da beugt sich der Richter vor und sein Gesicht erstarrt. Er sagt, »Würden Sie jetzt mein Büro verlassen.«<sup>17</sup> Die unversöhnliche Hochnäsigkeit bar jeder Empathie spricht auch aus folgenden Zeilen: »Wie spät ist es«, sagte der Richter zu Joey, als sie sich begegneten: »Fünf bis zehn«, sagte Joey. Der Richter sagte: »Genau das, was Sie kriegen.«<sup>18</sup> Bleibt ein Resümee zu ziehen. Die Erkenntnisse münden in ein einprägsames Vexierbild, wenn *Dylan* einen Protagonisten sogar der scheinbaren Lächerlichkeit preisgibt: »Unten am Fluss ging Richter Simpson spazieren, nichts schockt mich mehr als dieser alte Clown.«<sup>19</sup> Die Hauptdarsteller sind hinreichend beschrieben. Auch wird man nichts Gutes erwarten dürfen, denn: »Richter werden dich hetzen.«<sup>20</sup> Dafür gibt es auch einen Grund: »Der Richter ist nachtragend. Er wird dich aufsuchen.«<sup>21</sup> Die hoffnungsvolle Gerechtigkeitserwartung atomisiert in Phantasmagorien und endzeitlichen Stimmungsbildern.

### III. Mysterienspiele der Gerechtigkeit

Wenn die Spiele um die Gerechtigkeit mit den vorbeschriebenen Darstellern bestückt sind, kann man eigentlich von vertrauenerweckenden Hergängen nicht mehr ernsthaft ausgehen. Dass sich *Dylan* oftmals der Technik und der Liturgie der Mysterienspiele bedient, ist neuerdings nachdrücklich betont worden.<sup>22</sup> So liegt es nicht fern, wenn *Dylan* gerichtliche Prozesse in den Metaphern überkommener Rollenspiele beschreibt:

»Der Richter warf den Talar beiseite. Eine Frau trat in sein Auge.

»Du verstehst es doch nicht«, sagte er, »Warum musst du es überhaupt versuchen?«

Draußen regte sich die Menge. Man konnte es von der Tür aus hören.

Draußen stieg der Richter die Stufen hinab, während die Geschworenen noch mehr verlangten.

»Ach, macht Schluss mit dieser verfluchten Jury«, riefen die Wärter und die Krankenschwester.

»Der Prozess war schlimm genug, aber das ist zehnmal schlimmer. Da traf ein Blitzstrahl und verwüstete das Gericht.

Und während alle knieten, um zu beten, ist der Bummler entkommen.«<sup>23</sup>

Noch einmal davongekommen.<sup>24</sup> Aber das war so nicht vorgehen, wird man resigniert einräumen müssen.

Wenn das personalisierte Rechtssystem eine korruptive Anfälligkeit aufweist, sind die Richter zwangsläufig verpflichtet, ihre Gerechtigkeitstreue unter Beweis stellen: »Im ehrwürdigen Gerichtssaal hieb der Richter mit seinem Hammer, um zu zeigen, dass alle gleich, dass die Gerichte allem gewachsen sind, und dass gegen die Akten Beziehungen und Einfluss nichts nützen und dass sogar die Vornehmen behandelt werden, wie es ihnen zukommt, wenn die Polizei sie erst gejagt und geschnappt hat, und dass die Leiter des Gesetzes oben und unten nicht kennt.«<sup>25</sup> Von da an ist es nicht mehr weit zu der offensichtlich unwiderlegbaren Erkenntnis: »Stiehl ein bisschen und sie werfen dich in den Knast. Stiehl viel und sie machen dich zum König.«<sup>26</sup> Dahinter steht eine fast homöopathisch zu nennende Mutmaßung, wonach das gleiche Mittel, abhängig von der Dosierung, sowohl die Krankheit als auch deren Heilung bewirken kann. Die Balance des Rechtssystems reduziert sich damit auf ein quantitatives, keinesfalls jedoch qualitatives Gesetzesregime.

Aussichtslosigkeit, Hilflosigkeit, Rücksichtslosigkeit, willkürlich gewürfelt nach dem Zufallsprinzip, sind Szenarien aus denen

12 *Ballad Of A Thin Man*, 1965: »With great lawyers you have discussed lepers and crooks.«

13 *Cry A While*, 2001: »I might need a good lawyer, could be your funeral, my trial.«

14 *Day Of The Locusts*, 1970: »I glanced into the chamber where the judges were talking, darkness was everywhere, it smelled like a tomb.«

15 *High Water (For Charley Patton)*, 2001: »Judge says to the High Sheriff, I want him dead or alive, either one, I don't care.«

16 *Jokerman*, 1983: »False-hearted judges dying in the webs that they spin.«

17 *Percy's Song*, 1964:

»His sentence is passed  
And it cannot be repealed  
And at that the judge jerked forward  
And his face it did freeze  
Sayin', »Could you kindly leave  
My office now, please.«

18 *Joey*, 1975: »What time is it?« said the judge to Joey, when they met – »Five to ten,« said Joey. The judge says, »That's exactly what you get.«

19 *Shake Shake Mama*, 2009: »Down by the river Judge Simpson walkin' around, nothing shocks me more than that old clown.«

20 *No Time To Think*, 1978: »Judges will haunt you.«

21 *Most Likely You Go Your Way And I'll Go Mine*, 1966: »The judge, he holds a grudge. He's gonna call on you.«

22 *Detering*, Die Stimmen aus der Unterwelt – Bob Dylans Mysterienspiele, 2016.

23 *Drifter's Escape*, 1968:

»Well, the judge, he cast his robe aside  
A tear came to his eye  
»You fail to understand,« he said  
»Why must you even try?«  
Outside, the crowd was stirring  
You could hear it from the door  
Inside, the judge was stepping down  
While the jury cried for more  
»Oh, stop that cursed jury«  
Cried the attendant and the nurse  
»The trial was bad enough  
But this is ten times worse«  
Just then a bolt of lightning  
Struck the courthouse out of shape  
And while ev'rybody knelt to pray  
The drifter did escape«

24 Das erinnert an den Spruch aus dem Volksmund: »Die Nürnberger hängen keinen – sie hätten ihn denn!«

25 *The Lonesome Death Of Hattie Carroll*, 1964:

»In the courtroom of honor, the judge pounded his gavel  
To show that all's equal and that the courts are on the level  
And that the strings in the books ain't pulled and persuaded  
And that even the nobles get properly handled  
Once that the cops have chased after and caught 'em  
And that the ladder of law has no top and no bottom.«

26 *Sweetheart Like You*, 1983: »Steal a little and they throw you in jail, steal a lot and they make you king.«

Dylan fatalistische Beschreibungen fertigt. Der alte Reilly hatte ein Pferd gestohlen und sollte gehängt werden. Seine Tochter versucht vergeblich, den Vater mit Silber und Gold freizukaufen:

»Als der Richter Reillys Tochter sah, sanken seine alten Augen tief in den Kopf. Er sagte: »Gold wird deinen Vater nicht freikaufen, der Preis, mein Kind, bist du.«<sup>27</sup>

In ihrer Verzweiflung ist die Tochter dem Richter zu Willen. Der aber wird wortbrüchig und schickt den Vater zum Galgen. Grund genug für Dylan, dass der Richter eine unheilvolle Strafe verdient und mit sieben Flüchen zu belegen ist:

»Ein Arzt soll ihn nicht retten

Zwei Heiler sollen ihn nicht heilen

Drei Augen sollen ihn nicht sehen

Vier Ohren sollen ihn nicht hören

Fünf Mauern sollen ihn nicht verbergen

Sechs Totengräber sollen ihn nicht begraben

Und sieben Tode sollen ihn nie umbringen.«<sup>28</sup>

Es nimmt also kein gutes Ende mit solchen Berufsvertretern. Dennoch greifen Resignation und Sprachlosigkeit um sich und man verlangt nach einer ebenso erlösenden wie tröstlichen Einsicht.

#### IV. Ich ist ein anderer<sup>29</sup> – Ich bin der ich bin<sup>30</sup>

Der Dichter ist der Richter. Nicht dem gesellschaftlichen Establishment zu dienen ist die Aufgabe des Dichters, des Literaten.<sup>31</sup> Die Literatur muss den Weg weisen für ein gerechteres Zusammenleben, wenn die Rechtsprechung sich so parteilich auf eine Seite schlägt. Auf die Seite der Macht. Das ist die Forderung, die Dylan mit den meisten großen Dichtern, und besonders mit einem der größten Dichter, William Shakespeare, gemein hat. Dylan verlangt, gemeinsam mit Shakespeare, den Künstler als moralische Instanz er muss auf der Seite der Entrechteten, der Aussätzigen, Armen und Bedürftigen stehen, und nicht, wie »Justitia« im sogenannten Rechtsstaat auf der Seite der Macht.

In Dylans Lied »Desolation Row« tauchen, von Shakespeare inspiriert, auch viele Namen von Literaturhelden aus Shakespeare-dramen auf (Romeo, Ophelia etc.), ziehen wie Seiltänzer (»tight-rope walkers«) in diesem Totentanzreigen als »Reihe der Verzweifelten« vorbei und bilden einen Gespensterzug der verdichteten Wirklichkeit, die ja ein Wesensmerkmal der Literatur ist. Eine Mahnung an das Gewissen als Rechtsort. Immer wieder als Anwärter auf den Literaturnobelpreis bewettet und gehandelt, lässt Dylan den Geist Shakespeares auferstehen, der schon im »Kaufmann von Venedig« die Rechtsprechung als Realsatire dargestellt hat; ein Gerichtsverfahren, das eine Klage zulässt, in deren Verlauf ein Pfund Menschenfleisch eingefordert wird, das aus dem lebendigen Körper geschnitten werden soll, aber dann, satirisch auf die Spitze getrieben, das dazugehörige Blut verweigert.

So zeigen die Literaten, die Poeten, Shakespeare wie Dylan, die heuchlerische Anwendung eines Rechtssystems, das sich auf die

machterhaltende Seite der Gesellschaft schlägt. Dann wird in der prophetischen Vision des Dichters, wie in Shakespeares »Der Sturm« oder in Dylans Album »Tempest«, diese ignorante, marode, selbstgerechte Gesellschaft tanzend von der Titanic in die Tiefe gerissen. Ob diese Zeitgenossen dann wohl auf der Insel alle wieder zusammentreffen, von Prosperos (Dylans) Kunstverstand und Literaturweisheit geläutert, zu einer besseren, nachhaltigeren Form des menschlichen Zusammenlebens finden werden?

#### IV. Fazit

Dylan führt durch ein Wechselbad ängstiger Szenarien, geleitet aber auch zu versöhnlichen Erkenntnissen. Von einem juristischen Paradies ohne Streit und Hader berichtet einstweilen nur die religiöse Fundierung, denn »es gibt keine Prozesse hinter den Toren von Eden.«<sup>32</sup> Dies zugrunde gelegt, offeriert Dylan ein Tableau wirkungsvoller Entsagung: »Will keinen richten, will nicht gerichtet werden.«<sup>33</sup> Ein derartiger, fast fatal zu nennender Eskapismus, kann schwerlich als ernsthafter Lösungsvorschlag empfunden werden. Dem folgt die Einsicht, dass reichliches Wissen dem Streiten und Richten eher hinderlich ist: »Sie weiß zu viel, um zu streiten oder zu urteilen.«<sup>34</sup> Aber ist der resignative Verzicht auf Streit eine Lösung? Kann eine streitlose Kultur Recht und Gesetz entbehrlich machen? In diesem Wertevakuum gelten dann andere Regeln: »Um außerhalb des Gesetzes zu leben, musst du ehrlich sein.«<sup>35</sup> Und in diesem heimatlosen und anonymen Rechtsraum wird es nicht viele geben. »Wie fühlt man sich, wenn man ohne Zuhause ist, wie ein vollkommen Unbekannter, wie ein rollender Stein«<sup>36</sup> – wie Bob Dylan?

27 Seven Curses, 1963:

»When the judge he saw Reilly's daughter  
His old eyes deepened in his head  
Sayin', »Gold will never free your father  
The price, my dear, is you instead.«

28 That one doctor will not save him  
That two healers will not heal him  
That three eyes will not see him  
That four ears will not hear him  
That five walls will not hide him  
That six diggers will not bury him  
And that seven deaths shall never kill him.

29 Arthur Rimbaud, Brief vom 15.05.1871 an Paul Demeny, franz.: »Je est un autre.«

30 2. Buch Mose, Kapitel 3, Vers 14: »Ich werde sein, der ich sein werde.«

31 Shakespeare, Sonnet XXI (in der Übersetzung von Max Josef Wolff):

»Nicht jener Muse ähnelt mein Gedicht,  
Die aufgeschminkte Reize nur entflammen,  
Die, sich zu putzen, von dem Himmel spricht  
Und alle Erdenschönheit trägt zusammen

.....

Nein, wahr, wie ich empfinde, will ich singen

.....

Laß andre schwatzen, mehr will ich nicht sagen,  
Ich will die Liebe nicht zu Markte tragen.«

Diese Haltung findet ihre zeitgemäße Entsprechung in Dylans Lied »Maggies Farm«: »Well, I try my best to be just like I am. But everybody wants you to be just like them.« – »Ich versuche, so gut wie es geht, zu sein, wie ich bin. Aber alle wollen, dass man ist wie sie.«

32 Gates Of Eden, 1965: »there are no trials inside the gates of Eden.«

33 Do Right To Me Baby (Do Unto Others), 1979: »Don't wanna judge nobody, don't wanna be judged.«

34 Love Minus Zero, No Limit, 1965: »She knows too much to argue or to judge.«

35 Absolutely Sweet Marie, 1966: »To live outside the law, you must be honest.«

36 Like A Rolling Stone, 1965: »How does it feel, to be on your own, with no direction home, like a complete unknown, like a rolling stone?«



## Aktuelles

## Lückenlose Berufshaftpflichtversicherung

Die beklagte Rechtsanwaltskammer forderte einen Rechtsanwalt auf, durch Vorlage einer Bescheinigung seines Versicherers den bestehenden Versicherungsschutz gem. § 51 BRAO nachzuweisen. Nachdem die Versicherung mitgeteilt hatte, dass das Beitragskonto des Klägers ausgeglichen sei, jedoch eine viermonatige Versicherungslücke bestehe, verlangte die Anwaltskammer vom Kläger den Nachweis, dass die Versicherungslücke geschlossen sei. In der Folge bestätigte die Versicherung, dass die Versicherungslücke nicht mehr bestehe. Die Generalstaatsanwaltschaft leitete ein anwaltsrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Kläger wegen des Verdachts der Verletzung der Berufspflichten aus §§ 43, 51 BRAO ein. Der Kläger erhob Klage mit dem Antrag festzustellen, dass keine Lücke im Versicherungsschutz seiner anwaltlichen Berufshaftpflichtversicherung bestanden habe. Der AGH hat die Klage als unzulässig verworfen. Der Kläger beantragte die Zulassung der Berufung gegen das Urteil des AGH. Der BGH<sup>1</sup> hat den Antrag abgelehnt:

»Die vorgenannte Versicherungslücke und der mit ihr einhergehende Verstoß gegen § 51 BRAO ist zwischen den Parteien ausschließlich im Rahmen der Wahrnehmung der dem Vorstand der Beklagten nach § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO obliegenden Aufgaben der Berufsaufsicht und der Handhabung des Rügerechts von Be-

deutung. Dementsprechend könnte ein Interesse des Klägers an der von ihm begehrten Feststellung allenfalls im Rahmen des von der Beklagten eingeleiteten Aufsichtsverfahrens bestehen. Zwar darf der Vorstand der Beklagten nach § 74 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BRAO keine Rüge mehr erteilen, wenn das anwaltsgerichtliche Verfahren eingeleitet ist. Das Rügerecht erlischt durch diese Einleitung und lebt auch nicht mehr auf, wenn das anwaltsgerichtliche Verfahren eingestellt oder der Beschuldigte freigesprochen wird.<sup>2</sup> Indes ist vorliegend noch nicht gem. § 121 BRAO ein anwaltsgerichtliches Verfahren eingeleitet worden. Es ist vielmehr denkbar, dass die Generalstaatsanwaltschaft beim AnwG keine Anschuldigungsschrift einreicht, sondern das Verfahren an den Vorstand der Beklagten zur Entscheidung zurückgibt. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass das Aufsichtsverfahren von der Beklagten fortgeführt wird.«

**Fazit:** Die Entscheidung legt dem Rechtsanwalt einen umsichtigen und zugleich vorsichtigen Umgang mit seinen Berufspflichten nahe. Eine sorgfältige Einschätzung der Rechtsbehelfe ist daher im Einzelfall jeweils angezeit.

1 BGH, Beschl. v. 24.05.2016 – AnwZ (Brfg) 62/15.

2 Lauda, in: Gaier/Wolff/Göcken, Anwaltsliches Berufsrecht, 2. Aufl., § 74 BRAO Rn. 20.

## Ordnungsgemäß Bevollmächtigte

In einem arbeitsgerichtlichen Verfahren wurde gemutmaßt, die bei der Beklagten beschäftigte Prozessbevollmächtigte sei nicht ausreichend postulationsfähig vor dem LAG. Das LAG<sup>1</sup> war der Auffassung, die Beklagte sei nach § 11 Abs. 4 ArbGG grundsätzlich zulässig, ordnungsgemäß und prozessual ausreichend durch ihre Prozessbevollmächtigte vertreten:

»Legt ein angestellter Rechtsanwalt ein Rechtsmittel ein, muss der Rechtsmittelschrift zu entnehmen sein, dass der Handelnde als unabhängiger Prozessbevollmächtigter auftritt und als solcher ohne Bindung an die Weisungen seines Mandanten die Verantwortung für den Schriftsatz übernimmt. Die Frage, ob eine Partei sich bei der Einlegung der Berufung ordnungsgemäß hat vertreten lassen, ist durch Auslegung der Berufungsschriftsätze zu beantworten.<sup>2</sup>

Der Berufungserwiderung der Beklagten ist deutlich zu entnehmen, dass die Prozessbevollmächtigte sie in ihrer Eigenschaft als Rechtsanwältin vertreten hat. Der Briefkopf »Rechtsanwältin«

im Fettdruck auf allen Seiten der Schriftsätze und der Zusatz »Fachanwältin für Arbeitsrecht« heben die Zuordnung der Bevollmächtigten zur Anwaltschaft deutlich hervor. Die Auslegung der Schriftsätze ergibt in keiner Weise, dass sie als weisungsgebundene Angestellte der Beklagten gehandelt hat.«

**Fazit:** Eine Partei ist nicht ordnungsgemäß vertreten, wenn der Rechtsanwalt als Angestellter der Partei handelt. Ein Rechtsanwalt tritt nur dann als Organ der Rechtspflege auf, wenn er außerhalb eines Arbeitsverhältnisses handelt, bei dem er weisungsrechtlich der Partei unterworfen ist. Es ist Aufgabe der Partei, dem Rechtsanwalt außerhalb seines Anstellungsverhältnisses einen gesonderten Auftrag und eine Vollmacht zu erteilen.

1 LAG Köln, Urt. v. 19.01.2016 – 12 Sa 319/15.

2 BAG, Urt. v. 17.09.2013 – 9 AZR 75/12, Rn. 10.

## Übliche Postlaufzeiten bei Einwurfeinschreiben

Das LG hatte einen Antrag wegen Verfristung als unzulässig verworfen und Wiedereinsetzung verwehrt. Das OLG<sup>1</sup> hat die Entscheidung des LG aufgehoben und Wiedereinsetzung gewährt:

»Die übliche Postlaufzeit beträgt einen Tag.<sup>2</sup> Das gilt auch für Einwurfeinschreiben.«<sup>3</sup>

**Fazit:** Das OLG Frankfurt am Main bestätigt hinsichtlich der üblichen Postlaufzeiten, insbesondere bei Einwur-

feinschreiben, die Rechtsprechung des BGH sowie der zitierten Obergerichte.

1 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 12.01.2016 – 3 Ws 956/15 (StVollz).

2 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 12.01.2016 – 3 Ws 956/15 (StVollz); BGH, Beschl. v. 24.07.2012 – 1 StR 341/12; BGH, Beschl. v. 13.05.2004 – V ZB 62/03, NJW-RR 2004.

3 OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 12.01.2016 – 3 Ws 956/15 (StVollz); OLG Oldenburg, vom 16.09.2013 – 1 Ws 547/13, NStZ-RR 2014, 113; OLG Hamm, vom 17.02.2009 – 3 Ws 37/09, NJW 2009, 2230.

## Verbotene Mehrfachvertretung in Verfahren auf anwaltsgerichtliche Entscheidung

Der Beschwerdeführer war von fünf Rechtsanwälten in einem Verfahren auf anwaltsgerichtliche Entscheidung gem. § 74a BRAO als Verteidiger beauftragt worden. Das AnwG hatte den Beschwerdeführer als Verteidiger zurückgewiesen, weil er gegen das in § 146 Satz 1 StPO geregelte Verbot der Mehrfachvertretung verstoße. Hiergegen richtete sich die Verfassungsbeschwerde, die das BVerfG<sup>1</sup> nicht zur Entscheidung angenommen hat. Der Beschwerdeführer hätte zunächst den AGH anrufen müssen. Das Gericht äußert aber Bedenken, ob es sich mit der Berufsausübungsfreiheit des Beschwerdeführers vereinbaren lässt, ihn aufgrund des Verweises in § 74a Abs. 2 Satz 2 BRAO entsprechend § 146 Satz 1, § 146a Abs. 1 StPO als Verteidiger im anwaltsgerichtlichen Verfahren auszuschließen und insoweit an beruflicher Tätigkeit zu hindern:

»Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Beschwerdeführers, die mit der Entscheidung des AnwG über seinen Ausschluss als Verteidiger verbunden ist, kann unter Berücksichtigung des mit § 146 Satz 1 StPO verfolgten Gemeinwohlziels verfassungsrechtlich schwerlich gerechtfertigt sein. Legitimer Zweck des Verbots der Mehrfachvertretung ist es, Interessenkollisionen zu vermeiden, um die Beistandsfunktion des Verteidigers, die es auch im öffentlichen Interesse zu wahren gilt, nicht zu beeinträchtigen.<sup>2</sup> Für die Bedeutung dieses Gemeinwohlziels ist im vorliegenden Verfahren zu beachten, dass es nicht um die Aufklärung und Ahndung eines schuldhaften Verhaltens geht, das eine Strafe oder auch nur annähernd vergleichbare Sanktion – wie etwa im Fall einer Disziplinarmaßnahme oder einer Ordnungswidrigkeit – nach sich ziehen könnte. Zu entscheiden ist lediglich über die Berechtigung einer Rüge, die vom Vorstand der Rechtsanwaltskammer ausgesprochen wurde. Es handelt sich um eine nur aufsichtsrechtliche Maßnahme, deren Gehalt als Sanktion

sich bereits in dem Ausdruck der Missbilligung des Verhaltens eines Rechtsanwalts erschöpft.

Dementsprechend hat der mit dem Ausspruch einer Rüge verbundene Grundrechtseingriff für den von ihr betroffenen Rechtsanwalt kein erhebliches Gewicht.<sup>3</sup> Dies ist auch für die Auslegung des Verfahrensrechts und die Anwendbarkeit des § 146 Satz 1 StPO im anwaltsgerichtlichen Verfahren von Bedeutung; denn für die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Verteidigers kommt es auch auf die Wichtigkeit der Sanktion an, die dem Mandanten droht und gegen die ihm der Rechtsanwalt verteidigen soll.<sup>4</sup> Ist das Gewicht der drohenden Sanktion gering, wie hier durch die allenfalls mögliche Bestätigung der ausgesprochenen Rüge, so spricht dies gegen die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers. Hinzu kommt, dass Interessengegensätze zwischen den Mandanten nicht zu erkennen sind.«

**Fazit:** Auch Richter, die bei Auslegung des einfachen Rechts zu Einschränkungen der grundsätzlich freien Berufsausübung gelangen, sind an dieselben Maßstäbe gebunden, die nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers einschränken.

- 1 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 25.02.2016 – 1 BvR 1042/15.
- 2 Vgl. BVerfGE 45, 354 (358).
- 3 Vgl. BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 29.11.1999 – 1 BvR 2284/98 u.a.
- 4 Vgl. BVerfGE 45, 272 (290).

## Beginn der Wiedereinsetzungsfrist nach abgelehnter Prozesskostenhilfe

Das FG hatte Prozesskostenhilfe für eine noch zu erhebende Klage abgelehnt. Die dagegen gerichtete Anhörungsfrage verwarf das Gericht als unzulässig. Der Antragsteller erhob Klage und beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Klagefrist. Das FG wies die Klage wegen Versäumung der Klagefrist als unzulässig ab. Daraufhin beantragte der Antragsteller, ihm für ein noch durchzuführendes Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen und einen Rechtsanwalt beizuordnen. Diesen Antrag hat der BFH<sup>1</sup> abgelehnt:

»Wird Prozesskostenhilfe für die Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens beantragt und wird nicht zugleich innerhalb der Rechtsmittelfrist durch eine vor dem BFH postulationsfähige Person oder Gesellschaft Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision eingelegt, kann die beabsichtigte Rechtsverfolgung nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn damit zu rechnen ist, dass dem Antragsteller wegen unverschuldeter Versäumung der Rechtsmittelfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist. Das ist nur dann der Fall, wenn der Antragsteller innerhalb

der Rechtsmittelfrist alle erforderlichen Voraussetzungen für eine positive Entscheidung über seinen Antrag schafft.«

**Fazit:** Der BGH hat die vergleichbare Rechtsfrage, ob die Gegenvorstellung gegen die Ablehnung des seinerzeitigen Armenrechtsgesuchs den Fristbeginn für die Stellung des Wiedereinsetzungsantrags hinausschiebt, verneint.<sup>2</sup> Der III. Senat des BFH hat zudem entschieden, dass die Wiedereinsetzungsfrist auch durch von vornherein aussichtslose Verfassungsbeschwerden und Gesuche an die Europäische Kommission für Menschenrechte gegen den ablehnenden Prozesskostenhilfebeschluss nicht hinausgeschoben wird.<sup>3</sup>

- 1 BFH, Beschl. v. 26.01.2016 – III S 30/15 (PKH).
- 2 BGH, Beschl. v. 26.09.1979 – IV ZB 52/79, HFR 1980, 393; bestätigt durch BGH, Beschl. v. 20.06.2006 – VI ZR 255/05, VersR 2007, 132, und vom 20.04.2009 – XI ZA 11/08.
- 3 Beschl. v. 27.11.1991 – III B 566/90, BFH/NV 1992, 686.

## Aktuelles

### Zulassung der Berufung

Das AG hatte in einem Verfahren den Streitwert auf insgesamt 531,07 € festgesetzt, die Klage abgewiesen und die Berufung zugelassen. Die Rechtssache besitze grundsätzliche Bedeutung bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordere eine Entscheidung des Berufungsgerichts, § 511 Abs. 4 Nr. 1 ZPO. Das LG verwarf die Berufung unter Festsetzung eines Streitwerts für die Berufungsinstanz auf bis zu 500 € als unzulässig, weil der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € nicht übersteige. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hielt der BGH<sup>1</sup> für begründet:

*»Die Berufung ist gem. § 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig, weil das Gericht des ersten Rechtszugs – mit Bindungswirkung für das Berufungsgericht – die Berufung nach § 511 Abs. 4 ZPO zugelassen hat. Diese Zulassung, die nicht zwingend im Tenor des amtsgerichtlichen Urteils ausgesprochen sein musste, sondern*

*lediglich in den Gründen enthalten zu sein brauchte,<sup>2</sup> hat das Berufungsgericht nicht zur Kenntnis genommen und dadurch dem Kläger den Zugang zur Berufungsinstanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise vereitelt.«*

**Fazit:** Eine Zulassung der Berufung muss nicht zwingend im Tenor des Urteils ausgesprochen sein. Es genügt, wenn sie lediglich in den Gründen des Urteils enthalten ist. Dies gilt gem. § 64 Abs. 2a ArbGG auch für arbeitsgerichtliche Verfahren.

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 01.03.2016 – VIII ZB 88/15.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 08.03.1956 – III ZR 265/54, BGHZ 20, 188, 189 zur Zulassung der Revision; vgl. auch BGH, Beschl. v. 15.06.2011 – II ZB 20/10, WM 2011, 1335 Rn. 1.

### Richterlich angeordnete Ausschlussfrist

Das FG wies eine Klage ab. Zuvor hatte das Gericht der Klägerin mit richterlicher Verfügung eine Frist mit ausschließlicher Wirkung zur Angabe ihrer ladungsfähigen Anschrift gesetzt. Der BFH<sup>1</sup> führt hierzu aus:

*»Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung muss eine Verfügung, mit der eine Ausschlussfrist gesetzt wird, vom Richter unterschrieben sein, so dass ein Namenskürzel (Paraphe) nicht genügt.<sup>2</sup> Das Unterschriftserfordernis ergibt sich aus der Notwendigkeit, dass gerichtliche Willensäußerungen, wie z.B. Verfügungen, die Rechtswirkungen für die Prozessbeteiligten haben, ihren Urheber erkennen lassen müssen.«*

**Fazit:** Wenn eine richterliche Ausschlussfrist gesetzt wird, muss die Verfügung vom zuständigen Richter unterzeichnet sein. Trägt die Anordnung nur ein Namenskürzel, ist sie unverbindlich.

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 25.01.2016 – VII B 97/15.

<sup>2</sup> BFH, Beschl. v. 17.11.2003 – XI B 213/01, BFH/NV 2004, 514; Beschl. v. 14.04.1983 – V R 4/80, BFHE 138, 21; Beschl. v. 26.08.1982 – IV R 31/82, BFHE 136, 351.

### Rechte Mittel

Einem Beteiligten steht nach § 128 Abs. 3 FGO gegen eine Entscheidung des FG über eine Aussetzung der Vollziehung gem. § 69 Abs. 3 FGO die Beschwerde zum BFH nur dann zu, wenn sie entweder in der Entscheidung selbst oder in einem späteren Beschluss vom FG zugelassen worden ist. Folglich hat der BFH<sup>1</sup> eine Beschwerde als unzulässig verworfen:

*»Soweit sich der Antragsteller gegen die Verweigerung der spontanen und unangekündigten Akteneinsicht durch den Urkund-*

*beamten der Geschäftsstelle wendet, ist dagegen die Erinnerung (§ 133 FGO) statthaft.«<sup>2</sup>*

**Fazit:** Man mag bisweilen im Recht sein, nur wird es niemand erfahren, wenn man fälschlich remonstriert.

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 27.01.2016 – IX B 7/16.

<sup>2</sup> Vgl. BFH, Beschl. v. 18.07.2013 – IX B 27/13, BFH/NV 2013, 1788.

### Antrag auf Richterablehnung

In einem Verfassungsbeschwerdeverfahren hatte ein Richter des BVerfG als Berichterstatter den Beschwerdeführer schriftlich darauf hingewiesen, dass die Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte. Daraufhin lehnte dieser den Richter wegen Befangenheit ab. Das BVerfG<sup>1</sup> hat die Ablehnung als unbegründet zurückgewiesen:

*»Das Schreiben rechtfertigt keinen Zweifel an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des abgelehnten Richters. Es gibt die vorläufige Rechtsauffassung des Berichterstatters*

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.02.2016 – 2 BvC 26/14.



*in sachlicher Form wieder. Derartige Hinweise dienen der rechtlichen Klärung und liegen im Interesse einer sachgerechten Verfahrensgestaltung. Solche im Rahmen einer zulässigen richterlichen Aufklärungstätigkeit getroffenen Maßnahmen sind üblich und nicht geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen.»<sup>2</sup>*

**Fazit:** Die Mitteilung einer vorläufigen richterlichen Rechtsauffassung ist nicht zu beanstanden, wenn sie der rechtlichen

Klärung und einer sachgerechten Verfahrensgestaltung dienen. Allerdings muss es sich um eine zulässige richterliche Aufklärungstätigkeit handeln.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 4, 143 (144); 42, 88 (90); BVerfG, Beschl. v. 19.08.2011 – 2 BvE 3/11.

## Verwertung strafgerichtlicher Feststellungen im finanzgerichtlichen Verfahren

Der Kläger wurde wegen des Verbringens von unversteuerten und unverzollten Zigaretten von Polen nach Deutschland auf Entrichtung der dadurch entstandenen Tabaksteuer in Anspruch genommen. Das FG war der Auffassung, nach den Protokollen über die Überwachung des Mobiltelefonanschlusses könne von einem Verbringen von Zigaretten ausgegangen werden, die allerdings nicht Gegenstand des Verfahrens waren. Der BFH<sup>1</sup> hat hierzu ausgeführt:

*»Nach der Rechtsprechung des BFH können die in strafrechtlichen Ermittlungen oder in einem Strafurteil getroffenen Feststellungen im finanzgerichtlichen Verfahren verwertet werden, es sei denn, die Beteiligten erheben gegen die Feststellungen substantiierte Einwendungen und stellen entsprechende Beweisanträge, die das FG nach den allgemeinen für die Beweiserhebung gelten-*

*den Grundsätzen nicht unbeachtet lassen kann.<sup>2</sup> Dies gilt auch für den Fall, dass Vernehmungsprotokolle oder Strafurteile andere Tatbeteiligte betreffen.<sup>3</sup>«*

**Fazit:** Erkenntnisse aus strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und Feststellungen in einem Strafurteil können im finanzgerichtlichen Verfahren einschränkungslos verwertet werden. Dies können die Verfahrensbeteiligten nur durch substantiierte Einwendungen und erhebliche Beweisanträge verhindern.

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 12.01.2016 – VII B 148/15.

<sup>2</sup> BFH, Beschl. v. 19.01.201 – VII B 88/11, BFH/NV 2012, 761; Beschl. v. 10.01.1978 – VII R 106/74, BFHE 124, 305.

<sup>3</sup> BFH, Beschl. v. 24.05.2013 – VII B 155/12, BFH/NV 2013, 1613.

## Keine Akteneinsicht in dem Gericht nicht bekannte Akten

In einem finanzgerichtlichen Verfahren beantragte die Klägerin beim FG Akteneinsicht unter Versendung der Akten an das AG. Das FG bewilligte der Klägerin Akteneinsicht in den Räumen des Finanzamts, nicht jedoch in den Räumen des AG. Mit ihrer Beschwerde machte die Klägerin geltend, ihr sei die gebotene Akteneinsicht zu Unrecht verwehrt worden. Der BFH<sup>1</sup> hat den Beschluss des FG aufgehoben, weil er verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist. Das Recht auf Akteneinsicht nach § 78 Abs. 1 FGO erstreckt sich nur auf die Gerichtsakte sowie die dem Gericht vorgelegten Akten:

*»In Akten, die dem Gericht nicht vorliegen und deren Inhalt es daher auch nicht kennen kann, kann keine Einsicht gewährt*

*werden, schon weil das Gericht es insoweit nicht ausschließen kann, dass in den entsprechenden Akten auch Vorgänge enthalten sind, die Angaben über Dritte enthalten und in die wegen § 30 AO eine Einsichtnahme zu unterbleiben hat.«<sup>2</sup>*

**Fazit:** Ein Beschluss, mit dem das FG Einsicht in Akten gewährt, die ihm selbst nicht vorliegen und die es nicht kennt, ist wegen Verstoßes gegen § 78 Abs. 1 FGO aufzuheben.

<sup>1</sup> BFH, Beschl. v. 27.01.2016 – IV B 128/15.

<sup>2</sup> Vgl. dazu BFH, Beschl. v. 10.04.2015 – III B 42/14, BFH/NV 2015, 1102.

## Aussetzung des Rechtsstreits wegen anhängiger Verfassungsbeschwerde

Die Beklagten hatten einen Befangenheitsantrag gegen Richter des LG gestellt, der zurückgewiesen wurde. Mit der Verfassungsbeschwerde griffen sie die formell rechtskräftige Zurückweisung ihres Befangenheitsantrags an. Gleichzeitig beantragten sie beim LG die Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde. Das LG lehnte die Aussetzung ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das OLG<sup>1</sup> zurück:

*»Ist während des Rechtsstreits ein Befangenheitsantrag gegen beteiligte Richter durch eine rechtskräftige Beschwerdeentscheidung zurückgewiesen worden und hat eine Partei gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde eingelegt, kann der Rechtsstreit nicht bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde ausgesetzt*

<sup>1</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 23.02.2016 – 6 W 22/16.

## Aktuelles

*werden, da esinsoweit an der erforderlichen Vorgreiflichkeit i.S.v. § 148 ZPO fehlt.»*

**Fazit:** Die Verfassungsbeschwerde betraf lediglich Verfahrensfragen des Ausgangsrechtsstreits, nicht aber das Bestehen

oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses i.S.v. § 148 ZPO, von dem der Ausgang des Rechtsstreits in der Sache abhängt.

## Notwendiger Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung

In einer Belehrung über den Beginn der Einspruchsfrist nach § 355 Abs. 1 Satz 1 AO hatte es geheißen:

»Sie beginnt mit dem Ablauf des Tages, an dem Ihnen diese Verfügung bekanntgegeben worden ist. Bei Zusendung durch einfachen Brief oder Zustellung durch eingeschriebenen Brief gilt die Bekanntgabe mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bewirkt, es sei denn, dass die Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist.«

Der Beschwerdeführer machte geltend, es fehle im zweiten Satz nach dem Wort »Verfügung« an dem im Gesetzestext (§ 122 Abs. 2 AO) enthaltenen Zusatz »nicht oder«. Korrekt hätte die Rechtsbehelfsbelehrung demgemäß an dieser Stelle lauten müssen »außer wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist«

Der BFH<sup>1</sup> führt hierzu aus:

*»Für eine ordnungsgemäße Belehrung über die Rechtsbehelfsfrist reicht es aus, dass die Beteiligten verständlich über den Beginn der Einspruchsfrist unterrichtet werden, um deren verfassungs-*

*rechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz hinreichend Rechnung zu tragen.<sup>2</sup> Zur Erreichung dieses Ziels ist hinsichtlich des Beginns der Einspruchsfrist indes keine explizite Belehrung darüber erforderlich, unter welchen Voraussetzungen der Lauf der Rechtsbehelfsfrist gerade nicht beginnt, sondern – umgekehrt – nur darüber, wann dies der Fall ist. Ohnehin liegt es auf der Hand, dass die Frist zur Einlegung eines Einspruchs nicht in Gang gesetzt wird, wenn die in Streit stehende Verwaltungsentscheidung dem Empfänger überhaupt nicht zugegangen ist.<sup>3</sup>«*

**Fazit:** Der BFH ist bei der Formulierung von Rechtsbehelfsbelehrungen großzügig. Er hält eine am Wortlaut des Gesetzes ausgerichtete Formulierung nicht für notwendig, solange die Adressaten verständlich über den Beginn einer Einspruchsfrist informiert werden.

1 BFH, Beschl. v. 02.02.2016 – X B 95/15.

2 BFH, Urt. v. 07.03.2006 – X R 18/05, BFHE 212, 407; Urt. v. 20.11.2013 – X R 2/12, BFHE 243, 158.

3 BFH, Beschl. v. 09.05.1996 – IV B 58/95, BFH/NV 1996, 871.

## Rechtsmittelbelehrung bei Verwerfung der Berufung

Ein klageabweisendes Urteil des LG wurde dem Rechtsanwalt der Kläger zugestellt. Mit persönlichem Schreiben haben die Kläger hiergegen Berufung eingelegt. Das OLG verwarf die Berufung als unzulässig und versah die Entscheidung nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung. Eine Belehrung war nach Auffassung des BGH<sup>1</sup> jedoch erforderlich. Nach § 232 Satz 2 Halbs. 1 ZPO gilt die Pflicht zur Belehrung grundsätzlich nicht in Verfahren, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt gem. § 78 ZPO vorgeschrieben ist. Dies gilt aber nicht ausnahmslos. Gem. § 232 Satz 2 Halbs. 2 ZPO besteht auch in Verfahren mit Anwaltszwang die Verpflichtung zur Belehrung über die Möglichkeiten zum Einspruch gegen ein Versäumnisurteil und zum Widerspruch gegen Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz. Diese Ausnahmen machen deutlich, dass auch in Fällen mit obligatorischer Vertretung durch einen Rechtsanwalt eine Rechtsbehelfsbelehrung zu erteilen ist, wenn aufgrund der Verfahrenssituation eine Beratung und Belehrung durch einen Rechtsanwalt nicht sichergestellt ist. Eine solche Verfahrenssituation liegt hier vor.

*»Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kläger deshalb als unzulässig verworfen, weil sie entgegen § 78 ZPO nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten waren. Die Vorschrift des § 232 Satz 2 Halbs. 2 ZPO muss nach ihrem Sinn und Zweck auch in derartigen Fällen Anwendung finden, da es sich um eine Entscheidung handelt, die zwangsläufig gegenüber einer anwaltlich nicht vertretenen Partei ergeht und dieser damit gerade kein Rechtsanwalt zur Seite steht, der sie über die statthaften Rechtsbehelfe beraten kann.«*

**Fazit:** Wenn eine anwaltlich nicht vertretene Partei Berufung einlegt und das Berufungsgericht die Berufung deshalb als unzulässig verwirft, ist die Entscheidung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

1 BGH, Beschl. v. 28.01.2016 – V ZB 131/15.

## Karlsruher Missbrauchsgebühr für Wiederholungstäter

Das BVerfG<sup>1</sup> hat die eingelegten Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen und dem Beschwerdeführer eine Missbrauchsgebühr von 100 € auferlegt:

*»Die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerden war ohne weiteres ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer mit Stand 10.02.2016 bereits 263 Verfassungsbeschwerden eingelegt hat und in der Vergangenheit vielfach über die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde belehrt wurde. Von den vom Beschwerdeführer eingelegten Verfassungsbeschwerden datieren allein 117 aus dem Jahr 2015. Soweit über die Verfassungsbeschwerden bereits entschieden wurde, sind sie erfolglos geblieben. Daher war es dem Beschwerdeführer zumutbar, sorgfältig zu erwägen, ob er das BVerfG erneut ungerechtfertigt in Anspruch nimmt. Eine sorgfältige Abwägung hätte den Beschwerdeführer*

*zu dem Ergebnis führen müssen, dass seine Verfassungsbeschwerden offensichtlich aussichtslos waren.«<sup>2</sup>*

**Fazit:** Auch Verfassungsbeschwerden unterliegen offenbar inflationären Versuchungen. Das BVerfG jedenfalls hat sich durch die Anzahl der eingelegten Verfassungsbeschwerden nicht beeindrucken lassen und die missbräuchliche Vorgehensweise wohl zu Recht belangt.

- 1 BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 23.02.2016 – 2 BvR 60, 63/16.
- 2 Vgl. BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 03.03.2009 – 2 BvR 239/09; 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 01.04.2009 – 2 BvR 532/09; 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 22.05.2010 – 2 BvR 1783/09.

## Missbrauchsgebühr für Rechtsanwalt

Das BVerfG kann nach § 34 Abs. 2 BVerfGG eine Gebühr bis zu 2.600 € auferlegen, wenn die Einlegung der Verfassungsbeschwerde einen Missbrauch darstellt. Nicht nur die Beschwerde führenden Parteien können im Missbrauchsfall mit einer Gebühr belegt werden, sondern auch Prozessbevollmächtigte. So hat das BVerfG<sup>1</sup> dem Rechtsanwalt einer Beschwerdeführerin eine Missbrauchsgebühr in Höhe von 700 € auferlegt:

*»Da ihr Bevollmächtigter sie auch schon in diesem Verfahren vertreten hat, ist die Missbrauchsgebühr nicht gegen die Beschwerdeführerin, sondern unmittelbar gegen ihn festzusetzen. Von einem Rechtsanwalt, der ein Mandat zur Führung eines Verfahrens vor dem BVerfG annimmt, ist zu verlangen, dass er sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde auseinandersetzt, die Rechtsprechung des BVerfG zu den aufgeworfenen Fragen prüft, die Erfolgsaussichten einer beabsichtigten Verfassungsbeschwerde eingehend abwägt und sich entsprechend den Ergebnissen seiner Prüfung verhält.«<sup>2</sup> Diese Obliegenheiten hat*

*der Bevollmächtigte nicht nur bei der Vertretung der Beschwerdeführerin außer Acht gelassen, sondern auch gegenüber anderen Mandanten, für die er in vergleichbarer Weise unzulänglich begründete Verfassungsbeschwerden erhoben hat, die ebenfalls nicht zur Entscheidung angenommen worden sind.«*

**Fazit:** Vorsichtsgebot für Rechtsanwälte: Nicht nur die Verfassungsbeschwerde führende Partei, sondern auch der bevollmächtigte Anwalt kann vom BVerfG mit einer Missbrauchsgebühr belegt werden, wenn er seinen Obliegenheiten im Sinne einer sorgfältigen Prüfung nicht nachkommt.

- 1 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 18.02.2016 – 1 BvR 134/16.
- 2 Vgl. BVerfGE 88, 382 (384); BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 29.05.1996 – 2 BvR 725/96, NJW 1996, 2785; 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 09.06.2004 – 1 BvR 915/04, NJW 2004, 2959; 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 24.08.2010 – 1 BvR 1584/10, NZS 2011, 257; ständige Rechtsprechung.

## Arbeitsrechtliches Praktikerseminar an der Justus-Liebig-Universität Gießen

Erste Veranstaltung im Sommersemester 2016 am Donnerstag, den 12.05.2016, um 17 Uhr im HS 1 des Vorlesungs- und Seminargebäudes des Fachbereichs Rechtswissenschaft in Gießen, Licher Str. 68. Referent: Dr. Jan Lessner-Sturm, Director Labour Relations Germany & Labour Law, Metro Group. Thema »Zeitgemäße Gestaltung einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit am Beispiel von Verwaltungs- und Holdingbetrieben«. Die zweite Veranstaltung findet am 30.06.2016 statt. Referent: Professor Dr. Wolf-Dietrich Walker, Justus-Liebig-Universität

Gießen. Thema: »Befristung, Mindestlohn, Arbeitsschutz, Tarifverträge – braucht der Sport ein eigenes Arbeitsrecht?«

Auskünfte: Professor Dr. Wolf-Dietrich Walker, Licher Str. 72, 35394 Gießen. Telefon: (0641) 99-21240/41, Fax: (0641) 99-21249; Internet: www.uni-giessen.de/as

Die Veranstaltungen des Arbeitsrechtlichen Praktikerseminars werden von der Rechtsanwaltskammer Frankfurt als Fortbildungsveranstaltung i.S.v. § 15 FAO anerkannt.



## Ennemanns Ecke

## Verfassungsrechtlicher Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren

Das BVerfG<sup>1</sup> hat eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie nicht den Anforderungen genüge, die sich aus dem Grundsatz ihrer Subsidiarität ergeben.

»Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat ein Beschwerdeführer alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten zu ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sach nächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.<sup>2</sup> Das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs nach § 90 Abs. 2 BVerfGG und der daran anknüpfende Grundsatz der Subsidiarität fordern zwar nicht, dass ein Beschwerdeführer das fachgerichtliche Verfahren bereits als »Verfassungsprozess« führt, also von Beginn des fachgerichtlichen Verfahrens an verfassungsrechtliche Erwägungen und Bedenken geltend macht.<sup>3</sup> Etwas anderes gilt aber in den Fällen, in denen bei verständiger Einschätzung der Rechtslage und der jeweiligen verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren nur dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden. Das ist insbesondere der Fall, wenn der Ausgang des Verfahrens von der Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift abhängt oder eine bestimmte Normauslegung angestrebt wird, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist.<sup>4</sup> In solchen Fällen hat ein Beschwerdeführer, um dem Grundsatz der Subsidiarität zu genügen, die Fachgerichte in geeigneter Weise mit der verfassungsrechtlichen Frage zu befassen, bevor sich das BVerfG im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung des Beschwerdeführers auseinandersetzt, er sei durch die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen und durch die darin angewandten Vorschriften in seinen Grundrechten verletzt. Der Beschwerdeführer muss deshalb insbesondere alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden Möglichkei-

ten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sach nächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.<sup>5</sup> Der Subsidiaritätsgrundsatz soll vor allem sichern, dass durch eine umfassende fachgerichtliche Vorprüfung der Beschwerdepunkte dem BVerfG ein bereits gerichtlich geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und ihm dazu auch die Fallanschauung und Rechtsauffassung der Fachgerichte vermittelt werden. Dem Beschwerdeführer obliegt danach bereits im fachgerichtlichen Verfahren, seine Angriffe gegen den beanstandeten Hoheitsakt so deutlich vorzutragen, dass ihre Prüfung in diesem Verfahren gewährleistet ist, unabhängig davon, ob dieses der Parteimaxime oder dem Amtsermittlungsgrundsatz unterliegt.«<sup>6</sup>

**Fazit:** Eine tückische Haftungsfalle. Rechtsanwälte sind nicht verpflichtet, in der Instanz einen Verfassungsrechtsstreit zu führen. Gleichwohl sollten bereits in diesem Stadium die Anforderungen des BVerfG beachtet werden. Nur ungern befassen sich die Verfassungsrichter mit Beschwerden, die fachgerichtlich nicht ordentlich aufbereitet wurde. So ist der Anwalt gehalten, eine Grundrechtsverletzung bereits im Keim zu verhindern oder zu beseitigen, bevor die Sache nach Karlsruhe gelangt.

1 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 26.02.2016 – 1 BvR 2836/14

2 Vgl. BVerfGE 107, 395 (414); 112, 50 (60); 129, 78 (92); ständige Rechtsprechung.

3 Vgl. BVerfGE 112, 50 (60 f.).

4 Vgl. BVerfGE 112, 50 (60).

5 Vgl. BVerfGE 112, 50 (60 f.).

6 Vgl. BVerfGE 79, 174 (189 f.); BVerfGK 18, 469 (474).

## Ennemanns Ecke



Rechtsanwalt, Notar und Fachanwalt für Arbeitsrecht **Bernd Ennemann** ist seit 2004 Leiter des Fachinstituts Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. und ebenso lange Mitglied des Beirats dieser Zeitschrift. Sein Anliegen gilt daher in besonderem Maß der Fortbildung der Anwaltschaft und mit entsprechendem Augenmerk verfolgt er zwangsläufig die der Aus- und Fortbildung dienenden Veröffentlichungen zum Arbeitsrecht. Unter der Rubrik »Ennemanns Ecke« berichtet er über Neuerscheinungen, aber auch Altbewährtes in neuem Gewand.

142

**Etzel/Bader/Fischermeier u.a., KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften**  
11. Aufl. 2016, 3408 Seiten, gebunden, Luchterhand-Verlag, Köln, ISBN 978-3-472-08640-6, 259,00 €

Drei Jahre sind vergangen seit dem Erscheinen der Voraufgabe – nunmehr liegt die 11. Auflage des *KR* vor. Erst die 11. Auflage – ist man geneigt zu fragen, ja man stellt sich diese Frage, weil man seit Jahrzehnten gewohnt ist, mit dem *KR* einen zuverlässigen Begleiter und Ratgeber zu haben, wenn es um Bestandsstreitigkeiten geht. Der *KR* ist *Der Standard-*

FA 5 · 2016

*kommentar*, wenn es um den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen geht.

Bereits als junger Anwalt hat man gelernt, wenn der zu bearbeitende Sachverhalt es gestattete, diesen mit Zitaten aus dem *KR* zu untermauern, damit man bei Gericht eine starke Verhandlungsposition hatte, da die Gerichte selbst auch im Zweifel den *KR* bei der Vorbereitung zu Rate gezogen haben.

Das ist noch heute so!

Rund um die Kündigung, rund um den Bestandsschutz, sei es vorbereitend außergerichtlich oder bei der gerichtlichen Auseinandersetzung, bei der Prüfung irgendwelcher Sachverhalte – stets gelingt es mit Hilfe des hervorragenden Stichwortverzeichnis, einen guten Einstieg in die Materie zu erhalten. Man findet die Lösung des Falls bzw. ist in der Lage, eine korrekte Risikobewertung abzugeben.

Dass nunmehr zwei Mitglieder des 2. Senats des BAG zu dem Autorenteam zählen, steigert noch einmal den Qualitätsanspruch. Näher kann ein Kommentar nicht am Puls der Rechtsprechung sitzen. Es ist sicherlich eine Herkulesaufgabe, die schier unerschöpfliche Rechtsprechungsflut der LAGe, des BAG und eben zunehmend des EuGH zu verarbeiten und zu ordnen. Dem Team ist es erneut hervorragend gelungen.

Ein Beispiel hierfür ist die exzellente Kommentierung von *Fischermeier* zu § 626 BGB – eine Vorschrift, die den Praktikern verdeutlicht hat, wie genau Sachverhalte zu prüfen und zu beurteilen sind, danach anschließend eine Gesamtbetrachtung durch die vorzunehmende Interessenerwägung erforderlich ist. Wie *Fischermeier* dies alles aufbereitet und darstellt, serviert er eine Delikatesse für juristische Feinschmecker.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Gleiches selbstverständlich für sämtliche Autoren gilt.

**Fazit:** Wer sich als Personalverantwortlicher, Interessenvertreter oder Richter mit dem Thema Bestandsschutz/Kündigung zu befassen hat, sollte ohne den *KR* auf keinen Fall arbeiten. Der *KR* – zur Anwendung dringendst empfohlen. Ansonsten stellen sich Fragen und Nebenwirkungen ein!

**Neumann/Fenski/Kühn, Bundesurlaubsgesetz**, 11. Aufl. 2016, 495 Seiten, gebunden, Verlag C.H. Beck, München, ISBN 978-3-406-66682-7, 79,00 €

Dem Rezensenten fällt auf Anhieb kein zweites Gesetz ein, welches vom Gesetzgeber unverändert, aber von der Rechtsprechung völlig neu justiert wurde, als das Bundesurlaubsgesetz.

Die Rechtsprechung des BAG war zementiert, das LAG Düsseldorf wählte den »Umweg« über den EuGH, dann kam der Paukenschlag mit *Schultz/Hoff* am 20.01.2009 – und nichts mehr ist, wie es einmal war. Der EuGH leitete eine wirklich spannende Zeit ein, das BAG musste folgen. Der Gesetzgeber ruht und schweigt und verschließt sich dem Wunsch des Anwenders, des Bürgers, doch auf den Wortlaut eines Gesetzes vertrauen zu dürfen. Exemplarisch sei hier nur

die europarechtswidrige Formulierung in § 7 Abs. 3 BUrlG genannt

Noch heute glauben Laien, dass Alturlaub am 31.03. des Folgejahres untergeht – unabhängig, aus welchen Gründen er auch nicht genommen oder gewährt wurde.

Jedes Jahr ergehen noch immer wieder neuere Entscheidungen zum Bundesurlaubsgesetz, nicht alle Fragen sind geklärt, einige LAGe sind besonders kreativ und vertreten die Auffassung, dass, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zwangsbeglückt, sprich: nicht anhält, Urlaub zu nehmen, der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers sich in einen Schadensersatzanspruch wandelt, ohne dass der Arbeitnehmer irgend etwas unternommen/den Urlaub geltend gemacht hat.

Das nun in der 11. Auflage vorliegende Werk hat selbstverständlich die Rechtsprechungsentwicklung in den letzten Jahren aufgezeigt und bietet sich als verlässlicher Partner für die Beratungs- und Entscheidungssituation rund um das Thema Urlaub an.

Überraschend – aber überzeugend – ist, dass bei jedem Paragraphen zum BUrlG vor Beginn der Kommentierung und nach dem Inhaltsverzeichnis zu den entsprechenden Paragraphen eine Leitsatzübersicht gesetzt ist, die es dem Anwender zusätzlich erleichtert, sofort die richtigen Fundstellen zu entdecken. Hier ist den Autoren ein interessanter Ansatz mehr als gelungen.

Das Gesetz beschränkt sich aber nicht nur auf das BUrlG, sondern in dem Werk werden in einem umfangreichen, fast 200 Seiten starken Anhang auch das Arbeitsplatzschutzgesetz und Eignungsübungsgesetz, die Regelungen in SGB IX zum Zusatzurlaub für Schwerbehinderte, weitere Urlaubsbestimmungen für geistig und körperlich behinderte Arbeitnehmer, der in drei Bundesländern geltende Zusatzurlaub für Opfer des Nationalsozialismus, der Jugendurlaub und der Urlaub nach dem Seearbeitsgesetz kommentiert

Die Kommentierung der entsprechenden Vorschriften im Mutterschutzgesetz, die landesrechtlichen Bestimmungen über Sonderurlaub für Mitarbeiter in der Jugendpflege und insbesondere aber auch die landesrechtlichen Bestimmungen über den Bildungsurlaub für Arbeitnehmer runden das Werk ab.

Der Verlag führt in seiner Empfehlung aus, das Werk trage auch dem Umstand Rechnung, dass das gesetzliche Urlaubsrecht weitgehend durch tarifvertragliche Regelungen überlagert sei, vor allem richte sich die Dauer des Urlaubs heute praktisch ausschließlich nach Tarifverträgen. Dieser Anmerkung des Verlags kann nur eingeschränkt zugestimmt werden. Immer weniger Arbeitsverträge unterliegen Tarifverträgen bzw. verweisen auf solche. Es gibt zahlreiche Branchen, welche völlig tariflos sind, in denen das BUrlG und die neueste Rechtsprechung in keiner Weise ihre Bedeutung verloren haben.

**Fazit:** Sehr empfehlenswert! Man kann beruhigt in Urlaub fahren, wenn man zuvor seine arbeitsrechtlichen Hausaufgaben mit diesem Werk erledigt hat.

## Entscheidungen mit Hinweisen

# Annahmeverzug und Unvermögen

**Ein vom Auftraggeber oder Kunden unter Berufung auf vertragliche Pflichten an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, einen bestimmten Arbeitnehmer einzusetzen, begründet grundsätzlich kein Unvermögen (§ 297 BGB) dieses Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen.**

BAG, Urt. v. 21.10.2015 – 5 AZR 843/14

### ■ Der Fall

Der Kläger ist Fluggastkontrolleur/Sicherheitsmitarbeiter bei der Beklagten und wird auf einem Flughafen eingesetzt. Bei seiner Tätigkeit nimmt er auch als Beliehener Aufgaben nach dem Luftsicherheitsgesetz als sog. Luftsicherheitsassistent wahr. Nachdem er von einer Kollegin beschuldigt worden war, im Dienst Straftaten begangen zu haben, teilte die Bundespolizeidirektion der Beklagten mit, dass der Kläger mit sofortiger Wirkung nicht mehr als Luftsicherheitsassistent einzusetzen sei. Die Beklagte suspendierte den Kläger vom Dienst. Nach Gewährung von Urlaub stellte sie die Gehaltszahlung ein. Die Luftfahrtbehörde versagte dem Kläger den Zugang zu den nicht allgemein zugänglichen Bereichen der Verkehrsflughäfen. Dagegen legte der Kläger Widerspruch ein. Auf seinen Antrag stellte das VG die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder her. Dies teilte der Kläger noch am selben Tag der Beklagten mit und forderte sie auf, ihn wieder zu beschäftigen. Die Beklagte lehnte ab. Die Staatsanwaltschaft stellte die gegen den Kläger geführten strafrechtlichen Ermittlungen gem. § 170 Abs. 2 StPO ein. Die Bundespolizeidirektion hob den angeordneten Nichteinsatz mit sofortiger Wirkung auf. Der Kläger wurde wieder an seinem alten Arbeitsplatz beschäftigt. Er verlangt Vergütung wegen Annahmeverzugs.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat die Berufung zurückgewiesen.

Der Kläger hat nach § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB Anspruch auf die Vergütung, die er erhalten hätte, wenn die Beklagte im Streitzeitraum seine Arbeitsleistung angenommen hätte. Die Beklagte befand sich im Annahmeverzug. Der Annahmeverzug ist nicht gem. § 297 BGB ausgeschlossen. Dem Kläger war die Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit als Fluggastkontrolleur/Sicherheitsmitarbeiter weder tatsächlich noch rechtlich unmöglich.

### ■ Fazit

Der Arbeitgeber kommt gem. § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im Arbeitsverhältnis muss

der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich gem. § 294 BGB anbieten. Ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB genügt, wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen. Wenn die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses streiten, genügt ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Dieses kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandschutzklage einreicht. Nur bei einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist die Rechtsprechung des BAG davon ausgegangen, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich. Ein Angebot der Arbeitsleistung kann ausnahmsweise dann entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt, insbesondere er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat. Nach § 297 BGB kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die Arbeitsleistung zu bewirken. Die Leistungsfähigkeit ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss. Das ist auch dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt worden ist. Deren Aufhebung bedeutet zwar einen Verzicht des Arbeitgebers auf das Angebot der Arbeitsleistung. Allerdings muss der Arbeitnehmer zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung fähig sein. Ein Absehen von den Erfordernissen des § 297 BGB bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien. Unerheblich ist die Ursache für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen, wie z.B. Arbeitsunfähigkeit, beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt.

Vgl. im einzelnen BAG, Urt. v. 06.03.1974 – 5 AZR 313/73, Wegfall der Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs; Urt. v. 18.12.1986 – 2 AZR 34/86, Entzug der Fahrerlaubnis eines als Auslieferungsfahrer beschäftigten Arbeitnehmers; Urt. v. 15.06.2004 – 9 AZR 483/03, BAGE 111, 97, fehlende bergrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung; Urt. v. 10.04.2014 – 2 AZR 812/12, Entzug der missio canonica einer Gemeindereferentin; Urt. v. 27.05.2015 – 5 AZR 88/14, Entzug der Ermächtigung zum Umgang mit Verschlussachen nach dem Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes; Urt. v. 23.09.2015 – 5 AZR 146/14, Entzug der für eine Tätigkeit bei den US-Streitkräften erforderlichen Einsatzgenehmigung.



## Bestimmtheit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung

### Orientierungssatz:

**1. Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.**

**2. Eine Kündigung »zum nächstzulässigen Termin« ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.**

**3. Wird eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Die Beendigung soll dann offensichtlich bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln.**

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 782/14

### ■ Der Fall

Die Beklagte betreibt einen Kleinbetrieb. Der Kläger war dort seit dem 14.04.2009 beschäftigt. Der Vertrag zwischen den Parteien sieht vor, dass die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit und Übernahme in ein festes Beschäftigungsverhältnis »4 Wochen/Monate« zum Monatsende beträgt. Mit Schreiben vom 01.02.2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen angeblicher Pflichtverletzungen des Klägers »außerordentlich fristlos aus wichtigen Gründen«. Das Kündigungsschreiben enthält zudem folgenden Satz: »Für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, kündige ich hilfsweise vorsorglich das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum nächstmöglichen Termin auf.« Mit seiner Kündigungsschutzklage hat sich der Kläger gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewandt. Das ArbG hat die außerordentliche Kündigung mangels eines sie rechtfertigenden wichtigen Grundes als unwirksam angesehen und insoweit der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Es hat aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung unter Wahrung der gesetzlichen Kündigungsfrist zum 31.03.2013 festgestellt. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil keine Berufung eingelegt. Der Kläger hat mit seiner Berufung die erstinstanzliche Entscheidung bzgl. der festgestellten Wirksamkeit der ordentli-

chen Kündigung angegriffen. Er hat vor dem LAG beantragt, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die arbeitgeberseitige ordentliche Kündigung beendet wurde.

Das LAG hat das Urteil des ArbG teilweise abgeändert und u.a. festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung weder mit sofortiger Wirkung noch zum 31.03.2013 beendet worden ist.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat das Urteil des LAG insoweit aufgehoben, als es unter Abänderung des Urteils des ArbG festgestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten nicht zum 31.03.2013 beendet worden ist.

Das Arbeitsverhältnis wurde durch die ordentliche Kündigung vom 01.02.2013 unter Wahrung der Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zum 31.03.2013 beendet. Die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung ist wirksam, obwohl dem Kündigungsschreiben nicht zu entnehmen ist, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis gegebenenfalls ordentlich beendet werden soll. Der von der Beklagten beabsichtigte Beendigungszeitpunkt ergibt sich aus der vorrangig erklärten außerordentlichen Kündigung. Die streitgegenständliche ordentliche Kündigung wurde ausweislich des Schreibens vom 01.02.2013 nur hilfsweise erklärt wurde. Die Beklagte hat vorrangig »außerordentlich fristlos aus wichtigen Gründen« gekündigt. Der Kläger als Kündigungsempfänger war damit nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach Vorstellung der Beklagten beendet sein sollte. Wegen der Erklärung der fristlosen Kündigung sollte die Beendigung offensichtlich mit Zugang des Schreibens vom 01.02.2013 eintreten.

### ■ Fazit

Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Deshalb muss sich aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben, ob eine fristgemäße oder eine fristlose Kündigung gewollt ist. Eine Kündigung »zum nächstzulässigen Termin« ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Eine solche Kündigung ist dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt. Der vom Erklärenden gewollte Beendigungstermin ist damit objektiv eindeutig bestimmbar. Dies reicht jedenfalls dann aus, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen notwendig werden.

**Entscheidungen mit Hinweisen**

## Präklusion von Rügen bei Massenentlassung

**Die Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit sind getrennt durchzuführende Verfahren, die in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG verfolgten Ziels dienen und jeweils eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen enthalten. Aus jedem dieser beiden Verfahren kann sich ein eigenständiger Unwirksamkeitsgrund für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung ergeben. Darum ist der Arbeitnehmer, der erstinstanzlich lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens rügt, bei ordnungsgemäß erteiltem Hinweis in zweiter Instanz mit Rügen von Mängeln hinsichtlich des anderen Verfahrens präkludiert.**

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 601/14

### ■ Der Fall

Der Kläger war bei der Schuldnerin beschäftigt. Der Beklagte ist Insolvenzverwalter in dem am 01.04.2013 eröffneten masseunzulänglichen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Er legte den Betrieb still und erstattete am 08.04.2013 Massenentlassungsanzeige. Mit Schreiben vom 09.04.2013, das diesem am 11.04.2013 zuzuging, kündigte er das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30.06.2013. Am 23.04.2013 teilte er dem Kläger mit: »Ich habe Ihnen mit Schreiben vom 09.04.2013 eine Kündigung ausgesprochen. Leider wurde dabei die Kündigungsfrist falsch berechnet. Bitte betrachten Sie dieses Kündigungsschreiben daher als gegenstandslos. Sie erhalten in der Anlage ein neues Kündigungsschreiben mit der richtigen Kündigungsfrist gem. § 113 InsO.« Diesem Schreiben war ein auf den 22.04.2013 lautendes Kündigungsschreiben beigelegt, wonach das Arbeitsverhältnis am 31.07.2013 endete. Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 22.04.2013 nicht aufgelöst worden ist.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat festgestellt, dass die Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen

Die Kündigung ist unwirksam, weil sie im zeitlichen Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte und deshalb einer erneuten Massenentlassungsanzeige bedurfte. Eine solche Anzeige ist nicht erfolgt. Die Massenentlassungsanzeige vom 08.04.2013 war durch die Kündigung vom 09.04.2013 verbraucht. Das LAG ist bei seiner Annahme, sein Prüfprogramm sei nicht nach § 6 Satz 1 KSchG beschränkt, von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen. Bei seiner Auffassung, Mängel im Konsultationsverfahren könnten erstmals im Berufungsrechtszug gerügt werden, sofern erstinstanzlich Rügen hinsichtlich des Anzeigeverfahrens erhoben worden seien, weil es nicht darauf ankomme, welcher konkrete einzelne Mangel letztlich durchschlage, hat es nicht ausreichend berücksichtigt, dass das Verfahren nach § 17 KSchG in zwei getrennt durchzuführende Verfahren mit jeweils unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen unterfällt.

### ■ Fazit

Das Gesetz will mit § 6 Satz 1 KSchG dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnen, auch nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG noch andere Unwirksamkeitsgründe in den Prozess einzuführen, auf die er sich zunächst nicht berufen hat. Diese Rügemöglichkeit ist jedoch auf die Zeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz beschränkt, um dem Arbeitgeber zeitig Klarheit über den Bestand oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen. Er soll sich nicht erstmals in zweiter Instanz auf einen bis dahin in das gerichtliche Verfahren nicht eingeführten anderen Unwirksamkeitsgrund einlassen müssen und soll nicht die dafür erheblichen Tatsachen ermitteln und die entsprechenden Beweise beibringen müssen. Der Arbeitnehmer muss deswegen alle weiteren Unwirksamkeitsgründe spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz in den Prozess einführen. Wenn dies nicht geschieht, ist er mit diesen Unwirksamkeitsgründen grundsätzlich ausgeschlossen.

Der in § 17 KSchG geregelte besondere Kündigungsschutz bei Massenentlassungen unterfällt in zwei getrennt durchzuführende Verfahren mit jeweils eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen: die in § 17 Abs. 2 KSchG normierte Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit. Das Konsultationsverfahren steht selbständig neben dem Anzeigeverfahren. Beide Verfahren dienen in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz verfolgten Ziels. Im Konsultationsverfahren soll der Betriebsrat konstruktive Vorschläge unterbreiten können, um die Massenentlassung zu verhindern oder jedenfalls zu mildern. Wenn gleichwohl eine Massenentlassung erfolgt, soll die Agentur für Arbeit durch die Anzeige der Massenentlassung in die Lage versetzt werden, Maßnahmen zur Vermeidung oder zum Aufschub von Belastungen des Arbeitsmarkts einzuleiten, die Folgen der Entlassungen für die Betroffenen zu mildern und für deren anderweitige Beschäftigung zu sorgen.

Jedes der beiden Verfahren ist ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung. § 17 Abs. 2 KSchG und § 17 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 KSchG sind zwei unterschiedliche Verbotsgesetze, die bei Verstößen gegen die gesetzlichen Anforderungen jeweils unabhängig voneinander zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Darum reicht es zur Vermeidung der Präklusion nach § 6 Satz 1 KSchG nicht aus, erstinstanzlich Mängel aus dem einen Verfahren zu rügen, um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, auch Mängel des anderen Verfahrens und die daraus folgende Unwirksamkeit der Kündigung erstmals im Berufungsverfahren geltend zu machen. Es ist vielmehr notwendig, dass der Arbeitnehmer bereits in der ersten Instanz Mängel rügt, die sich eindeutig erkennbar dem Verfahren hinsichtlich der Anzeigepflicht und/oder dem Konsultationsverfahren zuordnen lassen. Hinsichtlich der Mängel, die bezüglich des nicht bereits in erster Instanz angesprochenen Verfahrens bestehen, ist er in zweiter Instanz bei ordnungsgemäß erteiltem Hinweis durch § 6 Satz 1 KSchG präkludiert.

## Außerordentliche Kündigung wegen Arbeitsverweigerung

**Eine beharrliche Arbeitsverweigerung, die geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen, kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer sich zu Unrecht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB und/oder ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB beruft.**

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14

### ■ Der Fall

Der Kläger war bei der Beklagten beschäftigt. Sein Arbeitsverhältnis war nach dem anwendbaren Manteltarifvertrag verhaltensbedingt nur noch aus wichtigem Grund kündbar. Zwischen den Parteien kam es mehrfach zu Unstimmigkeiten über die dem Kläger zugeteilten Aufgaben und sein berufliches Fortkommen. Am 10.09.2012 teilte der Kläger der Personalleitung der Beklagten mit, ab dem 01.10.2012 werde er von einem Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 und Abs. 3 BGB Gebrauch machen. Ab dem 01.10.2012 erschien er nicht mehr zur Arbeit. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.10.2012 außerordentlich fristlos, hilfsweise außerordentlich mit Auslauffrist zum 31.05.2013. Der Kläger hat beantragt festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen, das LAG hat ihr stattgegeben.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat die Berufung gegen das Urteil des ArbG zurückgewiesen.

Die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien mit ihrem Zugang aufgelöst. Es besteht ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB i.V.m. dem MTV. Nach dem MTV können die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet und dem Betrieb oder Unternehmen mindestens 15 Jahre angehört haben, verhaltensbedingt nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Der Kläger hat einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB herbeigeführt, indem er die von ihm geschuldete Arbeitsleistung beharrlich verweigerte. Die beharrliche Weigerung eines Arbeitnehmers, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, ist an sich geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer verweigert die ihm angewiesene Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachdrücklich nicht leisten will. Ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet war, richtet sich nach der objektiven Rechtslage. Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in der Annahme verweigert, er handele rechtmäßig, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als unzutreffend erweist. Der Kläger war nicht berechtigt, die Arbeitsleistung zu verweigern, weil es ihm gem. § 275 Abs. 3 BGB unzumutbar gewesen wäre, sie zu erbringen. Die Arbeitsverweigerung durch den Kläger war nicht durch ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 Abs. 1 BGB gerechtfertigt. Die Beklagte hat die Erklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Sie hat die Kündigung damit begründet, der Kläger weigere sich beharrlich, die geschuldete Arbeits-

leistung zu erbringen. Damit hat sie einen Dauertatbestand geltend gemacht, der sich fortlaufend neu verwirklichte

### ■ Fazit

Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn er sie persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des ihr entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Die Vorschrift betrifft das Verhältnis von Vertragstreue und Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung. Sie löst es nur dann zugunsten des Schuldners auf, wenn für diesen die Leistungserbringung in hohem Maße belastend ist, weil ein Fall besonderer Leistungerschwerung vorliegt. Dem Schuldner kann die Erfüllung der von ihm persönlich zu erbringenden Leistung unzumutbar sein, wenn er dadurch Gefahr läuft, in bedeutsamen Rechtsgütern verletzt zu werden. Nicht jedes den Arbeitnehmer belastende Verhalten des Arbeitgebers oder eines seiner Repräsentanten (§ 278 BGB) stellt einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers oder eine Verletzung vertraglicher Pflichten zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) dar. Persönlichkeitsrechte werden nicht allein dadurch verletzt, dass im Arbeitsleben übliche Konflikte auftreten, die sich durchaus über einen längeren Zeitraum erstrecken können. Sozial- und rechtsadäquates Verhalten muss aufgrund der gebotenen objektiven Betrachtungsweise, also ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Arbeitnehmers, von der rechtlichen Bewertung ausgenommen werden. Mangels entsprechender Systematik und Zielrichtung werden keine Rechte des Arbeitnehmers beeinträchtigt, wenn er von verschiedenen Vorgesetzten, die nicht zusammenwirken und die zeitlich aufeinanderfolgen, in seiner Arbeitsleistung kritisiert oder schlecht beurteilt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn seine Arbeitsleistung nicht nur beanstandet oder ignoriert, sondern auch positiv gewürdigt wird.

Nach § 273 Abs. 1 BGB darf der Schuldner, der aus dem gleichen Rechtsverhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Dem Arbeitnehmer kann ein Recht zustehen, die Arbeitsleistung zurückzuhalten, wenn der Arbeitgeber seine aus dem Arbeitsverhältnis folgenden Haupt- oder Nebenpflichten schuldhaft nicht erfüllt. So liegt es bspw., wenn der Arbeitgeber oder einer seiner Repräsentanten (§ 278 BGB) die Gesundheit des Arbeitnehmers oder dessen Persönlichkeitsrecht in erheblicher Weise verletzt und mit weiteren Verletzungen zu rechnen ist. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unterliegt dem Gebot von Treu und Glauben nach § 242 BGB und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Entsprechend muss der Arbeitnehmer unter Angabe des Grundes dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur dann wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen. Wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, liegt keine Arbeitsverweigerung vor.



**Entscheidungen mit Hinweisen**

## Mitbestimmung des Betriebsrats beim Arbeitsschutz

**Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht bei der Teilnahmepflicht des Betriebsarztes und der Fachkraft für Arbeitssicherheit an den gesetzlich vorgesehenen Mindestsitzungen des Arbeitsschutzausschusses.**

BAG, Beschl. v. 08.12.2015 – 1 ABR 83/13

### ■ Der Fall

Die Arbeitgeberin ist ein Textileinzelhandelsunternehmen mit bundesweit mehr als 390 Filialen, welche eigenständige Betriebe sind. Antragsteller ist der in einer Filiale gewählte Betriebsrat. In dieser Filiale sind mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Dem in der Filiale gebildeten Arbeitsschutzausschuss (»ASA«) gehören zwei vom Betriebsrat bestimmte Betriebsratsmitglieder an. Die Arbeitgeberin hat zur Wahrnehmung der Aufgaben von Betriebsärzten die P. und zur Wahrnehmung der Aufgaben von Fachkräften für Arbeitssicherheit die G. jeweils als überbetrieblichen Dienst verpflichtet. Nach einem internen Informationspapier der Arbeitgeberin nehmen bei vier ASA-Sitzungen im Jahr nur an ein bis zwei Sitzungen Vertreter von P. und/oder G. teil. Entsprechend ist an der überwiegenden Zahl der vierteljährlichen Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses weder ein Betriebsarzt noch eine Fachkraft für Arbeitssicherheit anwesend. Der Betriebsrat hat ein Beschlussverfahren eingeleitet und beantragt festzustellen, dass die Festlegung des Umfangs der Teilnahmeverpflichtung des Betriebsarztes und der Arbeitssicherheitsfachkraft an den Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses seinem Mitbestimmungsrecht unterliegt.

Das ArbG hat dem Antrag des Betriebsrats entsprochen. Das LAG hat ihn abgewiesen.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen.

Das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht ergibt sich nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Dem steht der Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG entgegen. Danach bestehen Mitbestimmungsrechte nur, soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Wenn eine solche Regelung den Mitbestimmungsgegenstand inhaltlich und abschließend regelt, sind die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend geschützt und bedürfen keines weiteren Schutzes durch Mitbestimmungsrechte. Auch fehlt es dann, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer zwingenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeit mehr besitzt,

an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebsparteien.

### ■ Fazit

Der Gegenstand der Mindestteilnahme ist in § 11 ASiG abschließend geregelt. Eine Teilnahmeverpflichtung des Betriebsarztes und der Fachkraft für Arbeitssicherheit an den Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses ergibt sich zwingend aus der Systematik des § 11 ASiG. Gem. § 11 Satz 2 ASiG setzt sich der Arbeitsschutzausschuss zusammen aus dem Arbeitgeber oder einem von ihm Beauftragten, zwei vom Betriebsrat bestimmten Betriebsratsmitgliedern, Betriebsärzten, Fachkräften für Arbeitssicherheit und Sicherheitsbeauftragten nach § 22 SGB VII. Das gibt gesetzlich vor, wer dem Arbeitsschutzausschuss mindestens angehört. Nach § 11 Satz 4 ASiG tritt der Arbeitsschutzausschuss mindestens einmal vierteljährlich zusammen. Damit ist ein Mindestsitzungsturnus des Arbeitsschutzausschusses festgelegt. Wegen dieser gesetzlichen (Mindest-) Vorgaben handelt es sich um kein Zusammentreten des Arbeitsschutzausschusses, wenn bei diesem Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit regel- und planmäßig fehlen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie von vornherein geplant nicht an allen der nach § 11 Satz 4 ASiG vorgeschriebenen mindestens einmal vierteljährlich stattfindenden Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses teilnehmen.

Im Hinblick auf diese gesetzlichen Festlegungen fehlt es für die Festlegung einer Teilnahmeverpflichtung des Betriebsarztes und der Fachkraft für Arbeitssicherheit an den Sitzungen im Mindestturnus des § 11 Satz 4 ASiG an einer Gestaltungsmöglichkeit der Arbeitgeberin und damit an einem Handlungsspielraum, der unter Mitwirkung des antragstellenden Betriebsrats auszufüllen wäre. Zwar genügt die Arbeitgeberin mit ihrer tatsächlichen Handhabung einer Limitierung der Teilnahme der zur Wahrnehmung der Aufgaben nach § 3 ASiG und § 6 ASiG verpflichteten überbetrieblichen Dienste an den vier Sitzungen des Arbeitsschutzausschusses im Jahr nicht ihrer Pflicht nach § 11 ASiG. Nach der Gesetzessystematik obliegt die Durchsetzung dieser gesetzlichen Verpflichtung jedoch der zuständigen Arbeitsschutzbehörde. Diese hat nach § 12 Abs. 1 ASiG eine entsprechende Maßnahme anzuordnen und diese nach § 20 ASiG im Weigerungsfall durch Verhängung einer Geldbuße durchzusetzen. Der Betriebsrat kann nach § 89 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die zuständige Arbeitsschutzbehörde ersuchen, gegenüber dem Arbeitgeber die Verpflichtungen aus § 11 ASiG im Weg einer Anordnung nach § 12 Abs. 1 ASiG durchzusetzen.

## Beschwer bei der Nichtzulassungsbeschwerde

**1. Die Nichtzulassungsbeschwerde bedarf zu ihrer Zulässigkeit einer Beschwerde des Beschwerdeführers.**

**2. Die Beschwerde des Klägers als Nichtzulassungsbeschwerdeführer ergibt sich aus der Differenz zwischen dem vor dem Berufungsgericht in der Sache gestellten Antrag und der darüber ergangenen Entscheidung.**

BAG, Beschl. v. 17.02.2016 – 5 AZN 981/15

### ■ Der Fall

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger über den 30.04.2014 hinaus eine 1998 vereinbarte Ausgleichszahlung dafür zu gewähren, dass er keinen adäquaten neuen Firmenwagen erhalten hat. Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das LAG der Klage antragsgemäß stattgegeben, jedoch die vom Kläger zur Zahlung und zur Feststellung gestellten Eurobeträge mit dem Zusatz »brutto« versehen. Es hat die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Klägers.

### ■ Die Entscheidung

Das BAG hat die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen.

Der Kläger ist durch die anzufechtende Entscheidung nicht beschwert. Das LAG hat den Anträgen des Klägers in vollem Umfang stattgegeben. Der Zusatz »brutto« ist keine Einschränkung eines ohne diesen Zusatz gestellten Antrags, sondern verdeutlicht nur, was bereits von Gesetzes wegen gilt. Wenn eine vom Arbeitgeber bezogene Leistung der Steuer und/oder Sozialabgaben unterliegt, ist der Arbeitnehmer nach § 38 Abs. 2 EStG Schuldner der Lohnsteuer und muss gem. § 28g SGB IV im Innenverhältnis zum Arbeitgeber den ihn treffenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags tragen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aufgrund

einer Nettolohnvereinbarung die gesetzlichen Abgaben und Beiträge nicht zu Lasten des Arbeitnehmers, sondern insgesamt zu Lasten des Arbeitgebers gehen sollen. Dann muss der Arbeitnehmer bei streitiger Zahlungspflicht eine Nettolohnklage erheben. Insoweit ist es nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Bestimmtheit des Antrags erforderlich, in dem Klageantrag die begehrte Zahlung ausdrücklich als »netto« zu bezeichnen. Anderenfalls verbleibt es bei der gesetzlichen Verteilung der Steuer- und Beitragslast.

### ■ Fazit

Die Nichtzulassung der Revision durch das LAG kann nach § 72a Abs. 1 ArbGG selbständig durch Beschwerde angefochten werden und ist damit immer statthaft. Doch verlangt eine Nichtzulassungsbeschwerde, wie jedes Rechtsmittel und jeder Rechtsbehelf, das Rechtsschutzbedürfnis. Dieses setzt voraus, dass der Nichtzulassungsbeschwerdeführer durch die anzufechtende Entscheidung beschwert ist. Es ist dann zu bejahen, wenn die angefochtene Entscheidung von dem gestellten Antrag nachteilig abweicht. Ausreichend ist insoweit bereits die teilweise Abweisung der Klage, auch wenn die Abweisung nicht materiell rechtskräftig wird und »ins Leere geht«, weil nach der angefochtenen Entscheidung kein Raum für eine Teilabweisung war. Bereits der Anschein einer Beschwer eröffnet der mit dem unrichtigen Urteil belasteten klagenden Partei den Zugang zur Rechtsmittelinstanz. Es geht bei der Beschwer darum, ob das Rechtsmittel oder der Rechtsbehelf mangels Rechtsschutzbedürfnisses im Einzelfall unzulässig ist. Es dreht sich nicht um die Frage, ob grundsätzlich ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf gegeben ist. Die Beschwer eines Klägers als Nichtzulassungsbeschwerdeführer ergibt sich aus der Differenz zwischen dem vor dem Berufungsgericht gestellten Sachantrag und der darüber ergangenen Entscheidung. Bei nicht eindeutigen Tenor kann sie sich auch aus den Gründen ergeben.

**Entscheidungen mit Hinweisen**

## Fristenkontrolle für fristgebundene Schriftsätze

**Übernimmt der Rechtsanwalt die Fristenkontrolle für fristgebundene Schriftsätze im Einzelfall selbst, muss er auch selbst für eine wirksame Ausgangskontrolle Sorge tragen. Hierzu gehört bei der Übermittlung per Telefax, dass er sich vor Löschung der Frist im Fristenkalender darüber Klarheit verschafft, dass ein ordnungsgemäßes Sendeprotokoll und eine Empfangsbestätigung vorliegen (im Anschluss an BGH, Beschl. v. 11.02.2009 – IV ZB 26/08, NJW-RR 2009, 785).**

BGH, Beschl. v. 10.02.2016 – VII ZB 36/15

### ■ Der Fall

Der Beklagte ist durch Versäumnisurteil des LG vom 22.09.2014 zur Zahlung verurteilt worden. Nach rechtzeitigem Einspruch des Beklagten hat das LG mit Urte. v. 23.03.2015, das dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten noch am gleichen Tag zugestellt worden ist, das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Mit am 20.04.2015 eingegangenem Schriftsatz hat der Beklagte gegen das Urteil des LG vom 23.03.2015 Berufung eingelegt. Bis zum Ablauf des 26.05.2015, Dienstag nach Pfingsten, ist keine Berufungsbegründungsschrift zur Akte gelangt. Nach einem Hinweis des Gerichts vom 29.05.2015 hat der Beklagte mit am 05.06.2015 eingegangenem Schriftsatz Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beantragt und die Berufung mit einem am 09.06.2015 eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Fristenkontrolle bei seinem Prozessbevollmächtigten sei so organisiert, dass Notfristen von diesem selbst vermerkt und kontrolliert und im Anwaltskalender eingetragen würden. Der 26.05.2015 sei im Fristenkalender als Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingetragen worden, ebenso eine Vorfrist von einer Woche. Da dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten die Erstellung der Berufungsbegründung binnen der laufenden Frist wegen hoher anderweitiger Arbeitsbelastung nicht möglich gewesen sei, habe er am 22.05.2015 eine Mitarbeiterin, beauftragt, einen Fristverlängerungsantrag für die Berufungsbegründungsfrist um einen Monat zu fertigen und diesen zur Versendung vorab per Telefax mit der Akte zur Unterschrift vorzulegen. Dem sei die Mitarbeiterin nachgekommen. Wie in Fristen sachen üblich, sei die Mitarbeiterin sodann vom Prozessbevollmächtigten des Beklagten beauftragt worden, den unterschriebenen Schriftsatz unmittelbar nach der Unterzeichnung per Telefax zu versenden und diesen nach Kontrolle des Sendeberichts unmittelbar in den Postlauf zu geben. Die Mitarbeiterin habe die Akte, nachdem der Antrag vom Prozessbevollmächtigten des Beklagten unterschrieben gewesen sei, mit diesem Auftrag mitgenommen. Der Prozessbevollmächtigte habe daraufhin die Frist im Fristenkalender gestrichen und parallel zur Wiedervorlage eine Kontrollfrist über die verfügte Fristverlängerung eingetragen. Die Mitarbeiterin habe jedoch entgegen der erteilten Weisung und der üblichen Vorgehensweise bei der Versendung von Fristen sachen den unterschriebenen Schriftsatz mit dem Fristverlängerungsgesuch weder per Telefax an das Berufungsgericht versandt noch diesen in den Postlauf gegeben. Das Versehen sei erst nach Wiedervorlage der Akte zur Kontrollfrist aufgefallen.

Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung des Beklagten als unzulässig verworfen.

### ■ Die Entscheidung

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde als unzulässig verworfen.

Der Prozessbevollmächtigte des Beklagten hat die Versäumung der Frist schuldhaft verursacht, indem er die Frist zur Berufungsbegründung im Kalender als erledigt vermerkte, ohne sichergehen zu können, dass die Einhaltung der Frist in der dargelegten Weise ausreichend kontrolliert worden war. Ein Rechtsanwalt kann zwar die Ausgangskontrolle auf zuverlässiges Büropersonal übertragen und braucht sie nicht selbst vorzunehmen. Wenn er sie aber im Einzelfall selbst übernimmt, muss er auch selbst für eine wirksame Ausgangskontrolle sorgen. Hierzu gehört, dass er sich vor Löschung der Frist im Fristenkalender darüber Klarheit verschafft, dass ein ordnungsgemäßes Sendeprotokoll und eine Empfangsbestätigung vorliegen. Dass der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist vom 22.05.2015 nicht noch am selben Tag mit der Post an das Berufungsgericht versandt worden ist, beruht ebenfalls auf einem Verschulden des Prozessbevollmächtigten. Dieser hat keine ausreichenden Sicherungsvorkehrungen dafür getroffen, dass der von ihm unterschriebene Schriftsatz vom 22.05.2015 mit dem Antrag auf Fristverlängerung noch am selben Tag per Post an das Berufungsgericht versandt wurde. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass sein Prozessbevollmächtigter der Mitarbeiterin die Weisung gegeben hatte, den unterschriebenen Schriftsatz mit dem Fristverlängerungsgesuch sofort und vor allen anderen Aufgaben in den Postausgang zu geben. Die Mitarbeiterin war nach vielmehr angewiesen worden, diesen Schriftsatz zunächst per Telefax an das Berufungsgericht zu versenden und ihn erst anschließend zur Post zu geben. Der Beklagte hat nicht dargelegt, dass weitergehende Vorkehrungen dagegen getroffen worden sind, dass die der Mitarbeiterin mündlich erteilte Weisung, den Schriftsatz in den Postlauf zu geben, nicht in Vergessenheit geriet. Den Anforderungen an eine wirksame Ausgangskontrolle ist danach nicht genügt.

### ■ Fazit

Grundsätzlich darf ein Rechtsanwalt darauf vertrauen, dass ausgebildetes Büropersonal eine konkrete Einzelanweisung befolgt. Er ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, sich anschließend zu vergewissern, ob eine erteilte Weisung auch ausgeführt worden ist. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. Wenn die Einzelanweisung einen so wichtigen Vorgang wie die Absendung eines Fristverlängerungsantrags zur Wahrung der Frist zur Begründung eines Rechtsmittels betrifft und sie nur mündlich erteilt wird, müssen ausreichende Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass die Anweisung nicht in Vergessenheit gerät und die Absendung unterbleibt. Hierzu genügt es regelmäßig, wenn die Anweisung hinreichend klar und präzise ist und das Büropersonal aufgefordert wird, den Auftrag sofort vor allen anderen Aufgaben zu erledigen. Der Rechtsanwalt muss, wenn er nicht die sofortige Ausführung seiner Anweisung anordnet, durch allgemeine Weisung oder besonderen Auftrag Vorkehrungen gegen das Vergessen treffen.



## Postulationsfähigkeit von Kammerrechtsbeiständen

### Leitsatz:

Ein Rechtsbeistand ist vor dem LAG nicht postulationsfähig, auch wenn er Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist.

### Orientierungssatz:

Hat eine Partei die Frist des § 66 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1, Satz 2 ArbGG versäumt, weil sie bei Einlegung der Berufung nicht ordnungsgemäß vertreten war, und hat sie die Berufung nach Ablauf der Frist durch einen Rechtsanwalt erneut eingelegt, kommt eine Wiedereinsetzung in die versäumte Rechtsmittelfrist nach § 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur in Betracht, wenn die Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung über die nachgeholte Prozesshandlung ordnungsgemäß vertreten war.

BAG, Urt. v. 18.06.2015 – 2 AZR 58/14

### Der Fall

Der Kläger hat sich vor dem ArbG durch Rechtsbeistand J. vertreten lassen. Diesem war die Erlaubnis zur Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erteilt worden. J. war außerdem in die Rechtsanwaltskammer aufgenommen worden. Das ArbG hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Gegen das ihm am 27.05.2013 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 13.06.2013 Berufung eingelegt. Die Berufungsschrift war von J. unterschrieben. Auf formularmäßigen Hinweis des LAG zu einem bestehenden Vertretungszwang hat J. auf § 3 Abs. 1 Nr. 3 RDGEG verwiesen und die Auffassung vertreten, danach sei er im Berufungsverfahren vertretungsbefugt. Der Vorsitzende der Berufungskammer hat J. mitgeteilt, der vorangehende Hinweis habe sich auf die Vertretung der Beklagten bezogen. Ihm sei bekannt gewesen, dass J. »als Kammerrechtsbeistand gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 RDGEG vor dem LAG postulationsfähig sei«. Am 22.07.2013 hat der Kläger vertreten durch J. die Berufung begründet. Mit Schriftsatz vom gleichen Tage hat die Beklagte Zweifel an dessen ordnungsgemäßer Vertretung angemeldet. Daraufhin hat der Kläger mit anwaltlichem Schriftsatz vom 30.07.2013 erneut vorsorglich Berufung eingelegt und das Rechtsmittel zugleich begründet. Mit Verfügung hat der Vorsitzende der Berufungskammer den Parteien mitgeteilt, »die Frage der Postulationsfähigkeit von Kammerrechtsbeiständen« sei keineswegs zweifelsfrei im Sinne seiner zunächst geäußerten Auffassung zu beantworten.

Das LAG hat Berufung als unzulässig verworfen.

### Die Entscheidung

Das BAG hat die Revision zurückgewiesen.

Die durch J. unterzeichnete Berufungsschrift entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen. Dieser war nicht vertretungsberechtigt. Die Berufungsschrift muss als bestimmender Schriftsatz von einem postulationsfähigen Prozessbevollmächtigten zu unterzeichnen. J. war als Kammerrechtsbeistand zur Vertretung des Klägers vor dem LAG nicht befugt.

Nach § 11 Abs. 4 Satz 1 ArbGG müssen sich die Parteien vor dem BAG und dem LAG durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind nach § 11 Abs. 4 Satz 2 ArbGG außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 und Nr. 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Hierzu zählen nicht natürliche Personen i.S.d. § 209 Abs. 1 BRAO, die im Besitz einer Erlaubnis zur geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten sind und die auf Antrag in die Rechtsanwaltskammer aufgenommen wurden. Zwar stehen diese Kammerrechtsbeistände nach § 3 Abs. 1 RDGEG in bestimmten, abschließend aufgezählten Vorschriften, zu denen nach Nr. 3 die Bestimmung des § 11 Abs. 2 Satz 1 ArbGG rechnet, einem Rechtsanwalt gleich. Die Gleichstellung bezieht sich jedoch nur auf das erstinstanzliche Verfahren vor dem ArbG. Sie erstreckt sich nicht auf die Vertretung in den Rechtsmittelinstanzen, die sich nach § 11 Abs. 4 ArbGG bestimmt.

Die erneute Einlegung der Berufung mit anwaltlichem Schriftsatz war verspätet. Selbst wenn in den anwaltlichen Erklärungen eine Genehmigung der bisherigen Prozessführung durch J. läge, wäre auch sie verspätet erfolgt. Bei fristgebundenen Prozesshandlungen muss die Genehmigung einer bis dahin unwirksamen Handlung vor dem Fristablauf erklärt werden. Eine rückwirkende Heilung kommt nicht in Betracht. Das Urteil des ArbG ist dem Kläger wirksam zugestellt worden. Die Zustellung erfolgte an J. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 RDGEG i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 1 ArbGG war dieser erstinstanzlich zur Vertretung des Klägers berechtigt. Zustellungen an ihn konnten nach § 174 ZPO gegen Empfangsbekanntnis erfolgen.

### Fazit

Dem Kläger konnte keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Das schied schon deshalb aus, weil er in der dazu anberaumten mündlichen Verhandlung vor der Berufungskammer durch J. nicht wirksam vertreten war. Nach § 233 ZPO ist einer Partei auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn sie ohne ihr Verschulden verhindert war, eine Notfrist einzuhalten. Für das Wiedereinsetzungsverfahren gilt Vertretungszwang, sofern für die nachzuholende Prozesshandlung ein solcher besteht. Einen Antrag auf Wiedereinsetzung hat der Kläger nicht, auch nicht konkludent gestellt. Zwar kann eine Wiedereinsetzung auch ohne Antrag erfolgen. Das setzt jedoch voraus, dass die Partei im Verfahren auf Wiedereinsetzung wirksam vertreten ist. Für den Kläger war in der mündlichen Verhandlung ein postulationsfähiger Bevollmächtigter nicht erschienen. Nach dem Sitzungsprotokoll waren zu dem anberaumten Termin zur Berufungsverhandlung der Kläger in Person und für ihn Rechtsbeistand J. erschienen. Da sich der Vertretungszwang auf die mündliche Verhandlung erstreckt und J. nicht postulationsfähig ist, war der Kläger nicht ordnungsgemäß vertreten. Das steht dem Nichterscheinen gleich.

## Entscheidungen mit Hinweisen

# Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze

**Eine Einzelanweisung, die das Fehlen allgemeiner organisatorischer Regelungen zur Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze ausgleichen kann, setzt voraus, dass der Rechtsanwalt für einen bestimmten Fall genaue Anweisungen erteilt, die eine Fristwahrung sicherstellen. Erschöpft sich die Einzelanweisung lediglich darin, die Art und Weise, den Zeitpunkt sowie den Adressaten der Übermittlung zu bestimmen, genügt dies nicht (Bestätigung und Fortführung von Senat, Beschl. v. 12.09.2013 – III ZB 7/13, NJW 2014, 225).**

BGH, Beschl. v. 25.02.2016 – III ZB 42/15

### ■ Der Fall

Gegen ein am 19.09.2014 zugestelltes klageabweisendes Urteil hat die Klägerin am 18.11.2014 beim OLG Berufung eingelegt. Zugleich hat sie das Rechtsmittel begründet und beantragt, ihr gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Ihr Prozessbevollmächtigter habe die Berufungsschrift am Samstag, 18.10.2014, in den Kanzleiräumen verfasst, vollständig ausgefertigt und unterzeichnet. Dann habe er die Handakte zusammen mit der angeklammerten Rechtsmittelschrift in den sog. »Eiltkorb« auf dem Schreibtisch der Rechtsanwaltsfachangestellten gelegt. Da er am Tag des Fristablaufs am Montag, 20.10.2014, ganztätig büroabwesend gewesen sei, habe er auf der für die Handakte bestimmten Abschrift der Berufungsschrift handschriftlich verfügt, den Schriftsatz am 20.10.2014 an das OLG zu faxen und im Original per Post zu übersenden, anschließend die Frist zu streichen und die Akte zur nächsten Vorfrist wieder vorzulegen. Hinsichtlich des »Eiltkorbs« gebe es die büroorganisatorische Weisung, dass die dort abgelegten Vorgänge Vorrang vor allen anderen Arbeiten hätten und dass der Korb vor Arbeitsende der letzten Büroangestellten sein müsse. Nur die Rechtsanwälte der Sozietät dürften dort fristgebundene Einzelweisungen ablegen. Es entspreche der Büroorganisation, eine Frist erst nach erfolgter fristgemäßer Versendung des Schriftsatzes zu streichen. Am Nachmittag des 20.10.2014 habe der Prozessbevollmächtigte mit der Büroangestellten telefoniert und dabei auch die von ihm stammende Verfügung im »Eiltkorb« angesprochen. S. habe bestätigt, diese zur Kenntnis genommen zu haben, und erklärt, dass dies bereits erledigt sei oder erledigt werde. Trotz der eindeutigen und für das Kanzleipersonal auch erkennbaren Verfügung habe die Büroangestellte die im Fristenkalender eingetragene Berufungsfrist zwar gestrichen und die für den 12.11.2014 verfügte Wiedervorlage in den Kalender eingetragen, allerdings versäumt, die ihr vorliegende Berufungsschrift zunächst per Telefax und dann postalisch an das OLG zu senden. Stattdessen habe sie die Berufungsschrift in die Aktenlasche der Handakte gesteckt.

Das OLG hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen.

### ■ Die Entscheidung

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde als unzulässig verworfen.

Den Darlegungen im Wiedereinsetzungsantrag ist nicht zu entnehmen, dass eine Kanzleianweisung bestand, nach Übersendung eines fristgebundenen Schriftsatzes per Telefax die

entsprechende Frist erst nach vorheriger Überprüfung des Sendeprotokolls zu streichen. Ebenso wenig ist eine Anordnung des Prozessbevollmächtigten vorgetragen, die sicherstellte, dass die Erledigung fristgebundener Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags anhand des Fristenkalenders von einer dazu beauftragten Bürokraft überprüft wurde. Es liegt keine hinreichend konkrete anwaltliche Einzelanweisung vor, die das Fehlen allgemeiner organisatorischer Regelungen ausgleichen könnte. Eine solche Weisung hat die Klägerin im Wiedereinsetzungsverfahren nicht behauptet. Ihr Vortrag hat sich darin erschöpft, dass ihr Prozessbevollmächtigter auf der für die Handakte bestimmten Abschrift der Berufungsschrift verfügt habe, den Schriftsatz noch am 20.10.2014 an das OLG zu faxen, im Original per Post zu übersenden und anschließend die Frist zu streichen. Konkrete Anweisungen, die an die Stelle einer allgemeinen Ausgangskontrolle hätten treten können, wurden nicht gegeben, auch nicht bei dem Telefonat am Nachmittag des 20.10.2014, als der Prozessbevollmächtigte seine Büroangestellte lediglich auf die Verfügung im »Eiltkorb« hinwies. Die Einzelweisung bestand mithin lediglich darin, die Art und Weise, den Zeitpunkt sowie den Adressaten der Übermittlung zu bestimmen. Sie machte eine allgemeine organisatorische Regelung zur Kontrolle der Übersendung per Telefax und die allabendliche Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze nicht entbehrlich.

### ■ Fazit

Ein Rechtsanwalt hat durch organisatorische Vorkehrungen dafür zu sorgen, dass ein fristgebundener Schriftsatz rechtzeitig gefertigt wird und innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Dazu muss er nicht nur sicherstellen, dass ihm die Akten von Verfahren, in denen Rechtsmitteleinlegungs- und Rechtsmittelbegründungsfristen laufen, rechtzeitig vorgelegt werden, sondern er hat auch eine wirksame Ausgangskontrolle zu schaffen, durch die zuverlässig gewährleistet wird, dass fristwahrende Schriftsätze auch tatsächlich hinausgehen. Bei einer Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax genügt ein Rechtsanwalt seiner Pflicht zur Ausgangskontrolle nur dann, wenn er seine Angestellten anweist, anhand des Sendeprotokolls zu überprüfen, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist. Erst danach darf die Frist im Fristenkalender gestrichen werden. Die Überprüfung des Sendeberichts kann nur dann entfallen, wenn der Rechtsanwalt seine Kanzleiangestellten angewiesen hat, die Frist erst nach telefonischer Rückfrage beim Empfänger zu streichen. Zu einer wirksamen Fristenkontrolle gehört auch eine Anordnung des Rechtsanwalts, die gewährleistet, dass die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstags anhand des Fristenkalenders von einer dazu beauftragten Bürokraft nochmals abschließend selbständig geprüft wird. Diese Ausgangskontrolle fristgebundener Schriftsätze dient nicht allein dazu, zu überprüfen, ob sich aus den Eintragungen im Fristenkalender noch unerledigt gebliebene Fristsachen ergeben, sondern hat auch den Zweck, festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht. Deshalb ist dabei, gegebenenfalls anhand der Akten, auch zu prüfen, ob die im Fristenkalender als erledigt gekennzeichneten Schriftsätze tatsächlich abgesandt worden sind.

## Berufshaftpflichtversicherung einer Rechtsanwalts-GmbH

**Die eigene Berufshaftpflichtversicherung einer Rechtsanwalts-GmbH nach § 59j BRAO führt nicht zu Lohn bei den angestellten Anwälten. Die Rechtsanwalts-GmbH wendet dadurch weder Geld noch einen geldwerten Vorteil in Form des Versicherungsschutzes zu.**

BFH, Urt. v. 19.11.2015 – VI R 74/14

### ■ Der Fall

Die Klägerin ist eine Rechtsanwaltsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH. Sie berät insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten mit internationalem Bezug. Ausschließlich die Klägerin tritt gegenüber Mandanten als Vertragspartei auf, schließt die Mandatsverträge und ist in der Prozessvollmacht genannt. Den zur Geschäftsführung der Klägerin berechtigten Personen ist arbeitsvertraglich eine eigene anwaltliche Tätigkeit untersagt. Die Klägerin schloss als alleinige Versicherungsnehmerin eine eigene Berufshaftpflichtversicherung ab. Die Versicherungssummen beliefen sich zunächst entsprechend den gesetzlichen Vorgaben des § 59j Abs. 2 BRAO zur Mindestversicherungssumme einer Rechtsanwalts-GmbH auf 2,5 Mio. Euro je Versicherungsfall und einer Höchstleistung von 10 Mio. Euro je Versicherungsjahr. Diese Versicherungssummen wurden auf 10 bzw. 20 Mio. EUR erhöht und eine bisher zusätzlich bestehende Exzedentenversicherung mit der allgemeinen Haftpflichtversicherung zusammengelegt. Versichert war das Risiko der weltweiten Tätigkeit der Klägerin als selbständig zugelassene Rechtsanwalts-GmbH. Die Versicherung umfasste Schäden, die durch die Klägerin selbst oder durch eine Person verursacht wurden, für die sie nach § 278 oder § 831 BGB einzustehen hatte. Die Höhe der Versicherungsprämien war an Anzahl, Funktion und zeitlichem Umfang der Tätigkeit der von der Klägerin beschäftigten Rechtsanwälte unter Berücksichtigung deren Stellung als Geschäftsführer, Prokurist oder einfacher angestellter Anwalt ausgerichtet. Der Versicherungsschein nannte die einzelnen Rechtsanwälte unter der Rubrik »Versichertes Risiko und Beitragsberechnung« namentlich mit einem anhand dieser Kriterien ermittelten, auf sie rechnerisch entfallenden Versicherungsbeitrag. Die Summe dieser Beiträge entsprach der von der Klägerin zu zahlenden Gesamtprämie. Jeder angestellte Anwalt der Klägerin unterhielt zudem die nach § 51 BRAO für die Zulassung als Rechtsanwalt notwendige persönliche Berufshaftpflichtversicherung mit den Mindestversicherungssummen des § 51 Abs. 4 BRAO. Die Klägerin hatte die Versicherungsbeiträge für diese persönlichen Berufshaftpflichtversicherungen übernommen und vollständig der Lohnsteuer unterworfen. Die Beiträge für ihre eigene Haftpflichtversicherung hatte die Klägerin allerdings nicht lohnversteuert. Das Finanzamt vertrat die Auffassung, dass die Beiträge der Klägerin zu ihrer eigenen Haftpflichtversicherung als Rechtsanwalts-GmbH der Lohnsteuer zu unterwerfen seien und erließ einen Haftungsbescheid, gegen den die GmbH Klage erhob.

Das FG hat der dagegen erhobenen Klage entsprochen.

### ■ Die Entscheidung

Der BFH hat die Revision zurückgewiesen.

Der Erwerb eines eigenen Haftpflichtversicherungsschutzes i.S.d. § 59j BRAO durch die Klägerin als Arbeitgeberin führte zu keinem lohnsteuerrechtlich erheblichen Vorteil bei ihren Arbeitnehmern.

Der von der Klägerin erworbene Versicherungsschutz zur Deckung der sich aus ihrer Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden i.S.d. von § 59j, § 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO diente ihrem eigenen Versicherungsschutz. Denn damit war das Risiko der weltweiten Tätigkeit der Klägerin als selbständig zugelassene Rechtsanwalts-GmbH versichert. Die Versicherung umfasste Schäden, die durch die Klägerin selbst oder durch eine Person verursacht wurden, für die sie nach § 278 oder § 831 BGB einzustehen hatte. Diese Berufshaftpflichtversicherung ist gesetzlich vorgeschrieben und notwendige Voraussetzung für die gewerbliche rechtsberatende Tätigkeit der Klägerin selbst als Rechtsanwalts-GmbH, die nach § 13 Abs. 2 GmbHG den Mandanten gegenüber mit ihrem Gesellschaftsvermögen haftet. Angesichts dessen erfasst diese Versicherung keine Haftpflichtansprüche, die sich gegen die bei der Klägerin nichtselbständig tätigen Rechtsanwälte selbst richten. Deshalb versicherte die Klägerin durch den Abschluss der Berufshaftpflichtversicherung ihre eigene Berufstätigkeit und wandte ihren Arbeitnehmern dadurch weder Geld noch einen geldwerten Vorteil in Form des Versicherungsschutzes zu.

### ■ Fazit

Zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gehören gem. § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG auch andere Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im privaten Dienst gewährt werden, unabhängig davon, ob ein Rechtsanspruch auf sie besteht und ob es sich um laufende oder um einmalige Bezüge handelt. Diese Bezüge oder Vorteile gelten dann als für eine Beschäftigung gewährt, wenn sie durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst sind, ohne dass ihnen eine Gegenleistung für eine konkrete einzelne Dienstleistung des Arbeitnehmers zugrunde liegen muss. Eine Veranlassung durch das individuelle Dienstverhältnis ist vielmehr zu bejahen, wenn die Einnahmen dem Empfänger mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis zufließen und sich als Ertrag der nichtselbständigen Arbeit darstellen, wenn sich die Leistung des Arbeitgebers also im weitesten Sinne als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der individuellen Arbeitskraft des Arbeitnehmers erweist. Vorteile haben keinen Arbeitslohncharakter. Wenn sie im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers gewährt werden, haben Vorteile keinen Arbeitslohncharakter. Das ist der Fall, wenn sich aus den Begleitumständen wie Anlass, Art und Höhe des Vorteils, Auswahl der Begünstigten, freie oder nur gebundene Verfügbarkeit, Freiwilligkeit oder Zwang zur Annahme des Vorteils und seiner besonderen Geeignetheit für den jeweils verfolgten betrieblichen Zweck ergibt, dass diese Zielsetzung ganz im Vordergrund steht und ein damit einhergehendes eigenes Interesse des Arbeitnehmers, den betreffenden Vorteil zu erlangen, vernachlässigt werden kann.



## Rechtsprechung kompakt

Soweit es nicht ausdrücklich kenntlich gemacht ist, handelt es sich bei den Leitsätzen um solche des Gerichts. Die Orientierungssätze sind von den Richtern und Richterinnen des BAG erstellt. Die Gliederung geht strukturell auf die Geschäftsverteilung des BAG zurück.

### I. Arbeitsverhältnisrecht

#### Nutzung einer Domain-Adresse mit einem Namensbestandteil des Arbeitgebers durch einen Arbeitnehmer

##### Orientierungssätze:

1. Verwendet ein Arbeitnehmer eine Domain-Adresse, die einen Namensbestandteil des Arbeitgebers mit einem Zusatz enthält, der eine Verwechslungsgefahr mit dem Arbeitgeber ausschließt, liegt darin keine Verletzung des Namensrechts des Arbeitgebers i.S.v. § 12 BGB.

2. Allein durch die Nutzung einer derartigen Domain verletzt der Arbeitnehmer auch nicht seine ihm nach § 241 Abs. 2 BGB obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Arbeitgebers.

BAG, Urt. v. 09.09.2015 – 7 AZR 668/13

#### Einzelvertragliche Altersgrenze und Diskriminierung wegen des Alters

##### Orientierungssätze:

1. Eine Altersgrenze in einem vom Arbeitgeber vorformulierten Arbeitsvertrag, nach der das Arbeitsverhältnis mit der Vollendung des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers enden soll, ist nach der Anhebung des Regelrentenalters regelmäßig dahin auszulegen, dass das Arbeitsverhältnis erst mit der Vollendung des für den Bezug einer Regelaltersrente maßgeblichen Lebensalters enden soll.

2. Eine auf das Erreichen des Regelrentenalters bezogene einzelvertraglich vereinbarte Altersgrenze ist in der Regel sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer durch den Bezug einer Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung abgesichert ist.

3. Durch eine derartige einzelvertragliche Altersgrenze wird der Arbeitnehmer nicht in unzulässiger Weise wegen des Alters diskriminiert.

BAG, Urt. v. 09.12.2015 – 7 AZR 68/14

##### Hinweis:

Bezüglich Orientierungssatz 1 vgl. zu einer auf das Regelrentenalter bezogenen Altersgrenze in einer Betriebsvereinbarung BAG, Urt. v. 13.10.2015 – 7 AZR 853/13.

Orientierungssatz 2 bestätigt BAG, Urt. v. 11.02.2015 – 7 AZR 17/13; Urt. v. 12.06.2013 – 7 AZR 917/11; Urt. v. 05.03.2013 – 1 AZR 417/12; Urt. v. 27.07.2005 – 7 AZR 443/04, BAGE 115, 265; Urt. v. 14.08.2002 – 7 AZR 469/01, BAGE 102, 174; Urt. v. 11.06.1997 – 7 AZR 186/96, BAGE 86, 105; Urt. v. 20.11.1987 – 2 AZR 284/86, BAGE 57, 30.

Orientierungssatz 3 bestätigt BAG, Urt. v. 11.02.2015 – 7 AZR 17/13.

### Behördliches Beschäftigungsverbot

##### Orientierungssätze:

1. Ein Angebot der Arbeitsleistung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Arbeitgeber durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf ein Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat.

2. Ein zum Unvermögen (§ 297 BGB) des Arbeitnehmers führendes behördliches Beschäftigungsverbot muss diese Rechtsfolge klar und deutlich zum Ausdruck bringen und als hoheitliche Maßnahme dem betroffenen Arbeitnehmer bekannt gegeben werden.

3. Ist dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar, schließt dies seinen Annahmeverzug aus.

BAG, Urt. v. 21.10.2015 – 5 AZR 843/14

##### Hinweis:

Orientierungssatz 1 ist eine Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des BAG, vgl. z.B. Urt. v. 15.05.2013 – 5 AZR 130/12.

Orientierungssatz 2 schließt an BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 5 AZR 192/08, BAGE 130, 29, an.

Orientierungssatz 3 bestätigt BAG, Urt. v. 16.04.2014 – 5 AZR 739/11.

### Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt

##### Orientierungssätze:

1. Zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen. Dabei sind das im Betrieb der Entleiherin einem Stammarbeitnehmer gewährte Vergleichsentgelt und das dem Leiharbeitnehmer vom Verleiher gezahlte Entgelt miteinander zu saldieren. Die Höhe der Differenzvergütung ist für jeden Überlassungszeitraum getrennt zu ermitteln.

2. Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 10 Abs. 4 AÜG ist der Arbeitnehmer. Die Darlegungslast des Leiharbeitnehmers umfasst neben dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer die Darlegung des Gesamtvergleichs und die Berechnung der Differenzvergütung.

3. Das Fehlen vergleichbarer Stammarbeitnehmer führt nicht zu geringeren Anforderungen an die Darlegungslast des Leiharbeitnehmers. Der Entleiher ist gem. § 13 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer über die für ihn auf Grundlage einer hypothetischen Betrachtung geltenden Arbeitsbedingungen, insbesondere die Höhe des Vergleichsentgelts, Auskunft zu erteilen.

4. Wird ein Leiharbeitnehmer einem Entleiher mehrfach überlassen, sind die vom Verleiher erstellten Lohnabrechnungen für sich genommen zur Berechnung der Differenzvergütung nur geeignet, wenn die darin ausge-

## Rechtsprechung kompakt

**wiesenen Arbeitsleistungen des Leiharbeitnehmers und das vom Verleiher hierfür gezahlte Entgelt einzelnen Überlassungszeiträumen zugeordnet werden können.**

BAG, Urt. v. 21.10.2015 – 5 AZR 604/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10, BAGE 137, 249; Urt. v. 13.03.2013 – 5 AZR 294/12.

Orientierungssatz 2 bestätigt BAG, Urt. v. 23.10.2013 – 5 AZR 667/12 und 5 AZR 556/12.

Orientierungssatz 3 bestätigt und führt BAG, Urt. v. 19.02.2014 – 5 AZR 1046/12, fort.

## Sittenwidrige Arbeitsvergütung

### Orientierungssätze:

1. Die Sittenwidrigkeit einer Vergütungsvereinbarung ist nicht nach dem gesetzlichen Mindestlohn, sondern der üblichen Vergütung zu beurteilen.

2. Ist der Wert der Arbeitsleistung (mindestens) doppelt so hoch wie der Wert der Vergütung, lässt dies den tatsächlichen Schluss auf die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu.

BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 führt BAG, Urt. v. 16.05.2012 – 5 AZR 268/11, BAGE 141, 348, fort.

## Mindestentgelt in der Pflegebranche

Bei der ambulanten Pflege Rund-um-die-Uhr wird das Mindestentgelt nach der PflegeArbbV geschuldet, wenn die Vollarbeit in der Grundpflege nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 bis Nr. 3 SGB XI die hauswirtschaftliche Versorgung in den Bereichen des § 14 Abs. 4 Nr. 4 SGB XI überwiegt und die Pflegekraft sich im Übrigen beim Pflegebedürftigen bereithalten muss, bei Bedarf weitere Pflegeleistungen in der Grundpflege zu erbringen.

BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 761/13

## Zuschuss zum Transferkurzarbeitergeld I

### Orientierungssätze:

1. Der Abrechnungsanspruch nach § 108 Abs. 1 GewO entsteht erst »bei Zahlung«. Er ist »vor Zahlung« nicht erfolgreich klagbar.

2. Das Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO ist Prozessvoraussetzung nur für ein stattgebendes Urteil. Sein Bestehen kann offen bleiben, wenn die Klage eindeutig und unzweifelhaft abweisungsreif ist.

BAG, Urt. v. 16.12.2015 – 5 AZR 567/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt BAG, Urt. v. 12.07.2006 – 5 AZR 646/05, BAGE 119, 62; Urt. v. 10.01.2007 – 5 AZR 665/06, BAGE 120, 373; Urt. v. 07.09.2009 – 3 AZB 19/09.

Orientierungssatz 2 bestätigt BAG, Urt. v. 15.07.2009 – 5 AZR 921/08; Urt. v. 06.10.2011 – 6 AZR 172/10.

## Zuschuss zum Transferkurzarbeitergeld II

**Verpflichtet sich die Transfergesellschaft, an die Arbeitnehmer zur Aufstockung des Transferkurzarbeitergelds Entgelt i.S.v. § 106 Abs. 2 Satz 2 SGB III zu zahlen, ist aufgrund der gleichgerichteten Funktion von Transferkurzarbeitergeld und Aufstockungsleistung regelmäßig von einem Zuschuss zum Nettoentgelt auszugehen.**

BAG, Urt. v. 16.12.2015 – 5 AZR 567/14

## Abrechnung über Arbeitsentgelt

### Orientierungssätze:

1. Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 GewO ist dem Arbeitnehmer »bei Zahlung« des Arbeitsentgelts eine Abrechnung zu erteilen. Eine bereits vor Zahlung erhobene Klage auf Erteilung einer Abrechnung ist zur Zeit unbegründet.

2. Soweit mit einer Klage eine Abrechnung bei künftig erfolgenden Zahlungen begehrt wird, handelt es sich um eine Klage auf künftige Leistung i.S.v. § 259 ZPO. Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Arbeitgeber sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Hierfür trägt der Arbeitnehmer die Behauptungs- und Beweislast.

BAG, Urt. v. 09.12.2015 – 10 AZR 731/14

## Sittenwidrige Pauschalvergütung von Überstunden und Sonderformen der Arbeit

### Orientierungssätze:

1. Eine sittengemäße Vergütung für die in der Normalarbeitszeit geleistete Arbeit wird nicht dadurch zur sittenwidrigen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in Verkennung der Rechtslage Vergütung von Mehrarbeit und Sonderformen der Arbeit vorenthält. Sind einzelne Abreden einer Vergütungsvereinbarung (z.B. eine Klausel zur Pauschalvergütung von Überstunden) bereits aus anderen Gründen rechtsunwirksam mit der Folge, dass dem Arbeitnehmer insoweit ein gesonderter Entgeltanspruch erwächst (z.B. Überstundenvergütung nach § 612 Abs. 1 BGB), bleibt dies bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit außer Betracht.

2. Eine Klausel zur Pauschalvergütung von Überstunden und Sonderformen der Arbeit ist nur klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistung in welchem zeitlichen Umfang von ihr erfasst werden soll. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsabschluss erkennen können, was ggf. »auf ihn zukommt« und welche Leistung er für die vereinbarte Vergütung maximal erbringen muss.

3. Die ergänzende Vertragsauslegung hat sich bei einem vorformulierten Arbeitsvertrag nicht nur an dem hypothetischen Parteiwillen, sondern auch an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben zu orientieren. Maß-

## Rechtsprechung kompakt

geblich ist, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Parteien vereinbart hätten.

BAG, Urt. v. 18.11.2015 – 5 AZR 751/13

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt und entwickelt BAG, Urt. v. 17.10.2012 – 5 AZR 792/11, BAGE 143, 212, weiter.

Orientierungssatz 2 führt BAG, Urt. v. 16.05.2012 – 5 AZR 331/11, BAGE 141, 324, fort.

Orientierungssatz 3 schließt an BAG, Urt. v. 25.06.2015 – 6 AZR 383/14; BGH, Urt. v. 28.10.2015 – VIII ZR 13/12, an.

### Unmittelbare Benachteiligung wegen einer Behinderung

#### Orientierungssätze:

1. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG liegt eine – im entschiedenen Fall ausschließlich in Betracht kommende – unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, u.a. einer Behinderung, eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Im Hinblick auf eine – insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung zu treffende – Auswahlentscheidung des Arbeitgebers befinden sich Personen grundsätzlich bereits dann in einer vergleichbaren Situation, wenn sie sich für dieselbe Stelle beworben haben. Bereits deshalb kommt es, sofern ein/e Bewerber/in vorab ausgenommen und damit vorzeitig aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen wurde, nicht zwangsläufig ausschließlich auf den Vergleich mit dem/der letztlich eingestellten Bewerber/in an.

2. Für den Rechtsschutz bei Diskriminierungen sieht § 22 AGG eine Erleichterung der Darlegungslast, eine Absenkung des Beweismaßes und eine Umkehr der Beweislast vor. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, trägt nach § 22 AGG die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat. Danach genügt eine Person, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, ihrer Darlegungslast bereits dann, wenn sie Indizien vorträgt, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes erfolgt ist. Besteht die Vermutung einer Benachteiligung, trägt die andere Partei die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt ist. Hierfür gilt das Beweismaß des sog. Vollbeweises.

3. Bewirbt sich ein schwerbehinderter Mensch bei einem öffentlichen Arbeitgeber um eine zu besetzende Stelle, so hat dieser ihn nach § 82 Satz 2 SGB IX zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, sofern dem schwerbehinderten Menschen die fachliche Eignung

nicht offensichtlich fehlt, § 82 Satz 3 SGB IX. Unterlässt der öffentliche Arbeitgeber die Einladung zum Vorstellungsgespräch, kann darin allerdings nur dann eine unmittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung liegen, wenn ihm die Schwerbehinderung des Stellenbewerbers/der Stellenbewerberin zum Zeitpunkt der benachteiligenden Maßnahme bekannt ist oder er diese kennen muss.

4. Ein hinreichender Hinweis auf eine Schwerbehinderung liegt vor, wenn die Mitteilung darüber in einer Weise in den Empfangsbereich des Arbeitgebers gelangt ist, die es diesem ermöglicht, die Schwerbehinderung des Bewerbers zur Kenntnis zu nehmen. Eine Information im Bewerbungsanschreiben oder an gut erkennbarer Stelle im Lebenslauf ist regelmäßig ausreichend.

5. Im Hinblick auf § 82 Satz 2 SGB IX reicht die Information über das Vorliegen einer »Schwerbehinderung« aus; es ist nicht zusätzlich erforderlich, den Grad der Behinderung (GdB) mitzuteilen.

6. Die Verletzung der in § 82 Satz 2 SGB IX geregelten Verpflichtung eines öffentlichen Arbeitgebers, eine/n schwerbehinderte/n Bewerber/in zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, begründet regelmäßig die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Behinderung.

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 8 AZR 384/14

### Hinweis

Zu Orientierungssatz 1 vgl. BAG, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08, Rn. 29.

Zu Orientierungssatz 2 vgl. BAG, Urt. v. 21.06.2012 – 8 AZR 364/11, Rn. 33, BAGE 142, 158; Urt. v. 15.03.2012 – 8 AZR 37/11, Rn. 65, BAGE 141, 48; Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, Rn. 27; Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 753/13, Rn. 33; vgl. auch EuGH, Entscheidung vom 25.04.2013 – C-81/12 (Asociatia ACEPT) Rn. 55 m.w.N.; Entscheidung vom 10.07.2008 – C-54/07 (Feryn) Rn. 32, Slg. 2008, I-5187.

Zu Orientierungssatz 3 vgl. BAG, Urt. v. 18.11.2008 – 9 AZR 643/07, Rn. 24; Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07, Rn. 28, BAGE 127, 367.

Zu Orientierungssatz 4 vgl. BAG, Urt. v. 13.10.2011 – 8 AZR 608/10, Rn. 38; Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07, Rn. 35, BAGE 127, 367; vgl. zum Bewerbungsschreiben insbesondere BAG, Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 759/13, Rn. 35; 22.08.2013 – 8 AZR 563/12, Rn. 4 i.V.m. Rn. 35 ff.; Urt. v. 16.09.2008 – 9 AZR 791/07, Rn. 28 ff., 39, BAGE 127, 367; vgl. zum Lebenslauf etwa BAG, Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 759/13, Rn. 36; Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, Rn. 30; Klarstellung von BAG, Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 759/13, Rn. 35; Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, Rn. 30.

Zu Orientierungssatz 5: Abkehr von BAG, Urt. v. 18.09.2014 – 8 AZR 759/13, Rn. 33, 35; Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, Rn. 30.

Zu Orientierungssatz 6 vgl. BAG, Urt. v. 26.06.2014 – 8 AZR 547/13, Rn. 45 m.w.N.

Ob eine vergleichbare Situation i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG nur dann vorliegt, wenn der die Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG verlangende Bewerber für die ausgeschriebene Stelle auch »objektiv geeignet« ist, konnte hier dahinstehen (zur bisherigen Rechtsprechung des Senats vgl. etwa BAG, Urt. v. 23.01.2014 – 8 AZR 118/13, Rn. 18; Urt. v. 14.11.2013 – 8 AZR 997/12, Rn. 29).



## II. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

### 1. Befristung

#### Unbefristete Wiedereinstellung mit Tätigkeit in einer niedrigeren Entgeltgruppe

##### Orientierungssätze:

Das Gleichbehandlungsgebot des § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG wirkt sich nur bei wiederholten Einstellungen für dieselbe oder eine zumindest gleichwertige Tätigkeit aus (sog. »horizontale« Wiedereinstellung). Wird ein zuvor befristet Beschäftigter auf einem niedriger bewerteten Arbeitsplatz neu eingestellt, erfasst § 4 Abs. 2 Satz 3 TzBfG diese »vertikale« Wiedereinstellung nicht.

BAG, Urt. v. 17.12.2015 – 6 AZR 432/14

##### Hinweis:

Zur Wiedereinstellung mit höherwertiger Tätigkeit vgl. BAG, Urt. v. 21.10.2013 – 6 AZR 964/11.

#### Befristung – Vertragsverlängerung – Schriftform – Fortsetzung der Tätigkeit nach Fristablauf

##### Orientierungssätze:

1. Macht der Arbeitgeber die Vereinbarung einer befristeten Vertragsverlängerung mit einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer von der Unterzeichnung des schriftlichen Verlängerungsvertrags durch den Arbeitnehmer abhängig, indem er dem Arbeitnehmer erklärt, die Vertragsverlängerung komme nur zustande, wenn er vor dem Ablauf des zu verlängernden Vertrags den schriftlichen Verlängerungsvertrag unterzeichne, kann der Arbeitnehmer das Vertragsangebot des Arbeitgebers nur durch Unterzeichnung der Vertragsurkunde annehmen. Eine konkludente Annahme des Vertragsangebots des Arbeitgebers durch Fortsetzung der Tätigkeit über den Fristablauf des zu verlängernden Vertrags hinaus kommt insoweit nicht in Betracht.

2. Setzt der Arbeitnehmer in einem solchen Fall seine Tätigkeit nach Fristablauf fort, ohne die Vertragsurkunde zu unterzeichnen, gilt das Arbeitsverhältnis nicht nach § 15 Abs. 5 TzBfG als auf unbestimmte Zeit verlängert. In dem Angebot auf befristete Vertragsverlängerung liegt ein Widerspruch des Arbeitgebers gegen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. § 15 Abs. 5 TzBfG, der den Eintritt der Fiktion des unbefristeten Fortbestands des Arbeitsverhältnisses hindert. Dies kann auch bei einer mehrmonatigen Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer anzunehmen sein.

3. Die weitere Tätigkeit des Arbeitnehmers begründet in diesem Fall ein faktisches Arbeitsverhältnis, von dem sich der Arbeitgeber jederzeit lösen kann.

BAG, Urt. v. 07.10.2015 -7 AZR 40/14

##### Hinweis:

Bei Orientierungssatz 1 handelt es sich um die Anwendung von BAG, Urt. v. 16.04.2008 – 7 AZR 1048/06.

Bei Orientierungssatz 2 handelt es sich um die Anwendung und Fortführung von BAG, Urt. v. 11.07.2007 – 7 AZR 501/06; Urt. v. 05.05.2004 – 7 AZR 629/03, BAGE 110, 295; vgl. auch BAG, Urt. v. 22.07.2014 – 9 AZR 1066/12, BAGE 148, 349.

Bei Orientierungssatz 3 handelt es sich um die Anwendung von BAG, Urt. v. 16.04.2008 – 7 AZR 1048/06; Urt. v. 14.08.2002 – 7 AZR 372/01.

#### Widerlegung eines indizierten Rechtsmissbrauchs bei Befristungen

##### Orientierungssätze:

1. Die Gerichte dürfen sich bei der Befristungskontrolle nicht auf die Prüfung des geltend gemachten Sachgrunds nach § 14 Abs. 1 TzBfG beschränken, sondern sind aus unionsrechtlichen Gründen verpflichtet, durch Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auszuschließen, dass der Arbeitgeber missbräuchlich auf befristete Arbeitsverträge zurückgreift.

2. Diese Prüfung ist uneingeschränkt auch im Schulbereich geboten. Hier besteht allerdings die branchenspezifische Notwendigkeit besonderer Flexibilität, die einen wiederholten Rückgriff auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG, § 21 Abs. 1 BEEG objektiv rechtfertigen kann, um dem Bedarf der Schulen angemessen gerecht zu werden und um zu verhindern, dass der Staat als Arbeitgeber dem Risiko ausgesetzt wird, erheblich mehr feste Lehrkräfte anzustellen, als zur Erfüllung seiner Verpflichtungen tatsächlich notwendig sind. Die branchenspezifische Flexibilität ist neben allen anderen Umständen bei der umfassenden Rechtsmissbrauchskontrolle zu berücksichtigen.

3. Bei Vorliegen eines die Befristung an sich rechtfertigenden Sachgrunds besteht regelmäßig kein gesteigerter Anlass zur Missbrauchskontrolle. Werden jedoch die für die sachgrundlose Befristung in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG genannten Grenzen, die nach der gesetzlichen Konzeption in jeder Hinsicht unbedenklich sind, alternativ oder insbesondere kumulativ in gravierendem Ausmaß überschritten, kann eine missbräuchliche Ausnutzung der an sich eröffneten Möglichkeit zur Sachgrundbefristung indiziert sein. In einem solchen Fall kann der Arbeitgeber den indizierten Gestaltungsmissbrauch durch den Vortrag besonderer Umstände entkräften. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls.

4. Im vorliegenden Fall wurde der bei einer Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von acht Jahren und zehn Monaten sowie 18 Vertragsverlängerungen indizierte Rechtsmissbrauch nach einer Würdigung aller Umstände als widerlegt angesehen, weil die aufgrund der Lehrbefähigung für ein Fach – Hauswirtschaftslehre – nur eingeschränkt einsetzbare Lehrerin an verschiedenen Schulen mit deutlich unterschiedlicher Stundenzahl von zwei bis zu 25,5 Stunden wöchentlich beschäftigt wurde, sie an der jeweiligen Schule abwesende Lehrkräfte jeweils unmittelbar oder mittelbar vertrat und sich die

## Rechtsprechung kompakt

Laufzeiten der mit der Klägerin geschlossenen Verträge weitestgehend an dem prognostizierten Vertretungsbedarf orientierten. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass das beklagte Land die Befristungsmöglichkeit in rechtsmissbräuchlicher Weise genutzt hat, um einen dauerhaften Vertretungsbedarf zu decken.

BAG, Urt. v. 07.10.2015 – 7 AZR 944/13

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt die ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. Urt. v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, BAGE 142, 308 und – 7 AZR 783/10; Urt. v. 12.11.2014 – 7 AZR 891/12; Urt. v. 29.04.2015 – 7 AZR 310/13; EuGH, Entscheidung vom 26.01.2012 – C-586/10 (Kücük); vom 26.11.2014 – C-22/13 u.a. (Mascolo).

Orientierungssatz 2 wendet insbesondere EuGH, Entscheidung vom 26.11.2014 – C-22/13 u.a. (Mascolo) an.

Bei Orientierungssatz 3 handelt es sich um die Bestätigung und Anwendung von BAG, Urt. v. 18.07.2012 – 7 AZR 443/09, BAGE 142, 308; Urt. v. 29.04.2015 – 7 AZR 310/13.

### Treuwidrige Berufung auf einen Formmangel bei einem befristeten Arbeitsvertrag

#### Orientierungssätze:

1. Nach § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies erfordert nach § 126 Abs. 1 BGB eine eigenhändig vom Aussteller mit Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete Urkunde. Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB auf derselben Urkunde erfolgen. Unterzeichnet der Arbeitnehmer lediglich eine Anlage zum Anstellungsvertrag, nicht jedoch den die Befristungsabrede enthaltenden Anstellungsvertrag selbst, ist dem Schriftformerfordernis des § 14 Abs. 4 TzBfG nur genügt, wenn der Anstellungsvertrag und die Anlage eine einheitliche Urkunde bilden und die Unterzeichnung der Anlage auch die Befristungsabrede im Anstellungsvertrag abdeckt.

2. Für die Einheitlichkeit der Urkunde kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Blätter des Vertrags nebst Anlagen bei dessen Unterzeichnung mit einer Heftmaschine körperlich derart miteinander verbunden sind, dass eine Lösung nur durch Gewaltanwendung (Lösen der Heftklammer) möglich ist. Nach der sog. Auflockerungsrechtsprechung ist eine feste körperliche Verbindung der einzelnen Blätter einer Urkunde nicht erforderlich, wenn sich deren Einheitlichkeit aus anderen Merkmalen zweifelsfrei ergibt.

3. Die sog. Auflockerungsrechtsprechung findet nicht nur Anwendung auf den Fall, dass ein Vertragswerk aus einem unterschriebenen Arbeitsvertrag und einer dort in Bezug genommenen Anlage besteht, die eine nach dem Gesetz formbedürftige, nicht gesondert unterzeichnete Regelung enthält. Die Wahrung der Schriftform ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn

die Parteien nicht den Anstellungsvertrag unterzeichnet haben, der die formbedürftige Vertragsbestimmung enthält, sondern nur eine Anlage dazu. In dieser Fallkonstellation muss die unmissverständliche Zusammengehörigkeit von Hauptteil und Anlage feststehen.

BAG, Urt. v. 04.11.2015 – 7 AZR 933/13

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt und wendet BAG, Urt. v. 19.07.2012 – 2 AZR 352/11, BAGE 142, 339; BGH, Urt. v. 24.09.1997 – XII ZR 234/95, BGHZ 136, 357; Urt. v. 13.11.1963 – V ZR 8/62, BGHZ 40, 255, an.

Orientierungssatz 3 ist eine Bestätigung, Fortführung und Anwendung von BAG, Urt. v. 18.01.2012 – 6 AZR 407/10, BAGE 140, 261; Urt. v. 14.07.2010 – 10 AZR 291/09, BAGE 135, 116; Urt. v. 12.05.2010 – 2 AZR 551/08.

## 2. Kündigung

### Klageverzicht in vorformulierter Abwicklungsvereinbarung

#### Orientierungssätze:

1. Verträge zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern in Bezug auf das Arbeitsverhältnis sind Verbraucherverträge i.S.v. § 310 Abs. 3 Eingangshalbsatz BGB. Dies gilt für Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über die Bedingungen der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses gleichermaßen.

2. Die Überprüfung eines vor Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung formularmäßig erklärten Verzichts auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen.

3. Ein vor Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung formularmäßig erklärter Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ist ohne eine ihn kompensierende Gegenleistung des Arbeitgebers wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

4. Die in einer Abwicklungsvereinbarung vom Arbeitgeber übernommene Verpflichtung, dem Arbeitnehmer ein Zeugnis mit einer näher bestimmten (überdurchschnittlichen) Leistungs- und Führungsbeurteilung zu erteilen, stellt keinen Vorteil dar, der geeignet wäre, den mit dem Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage einhergehenden Nachteil auszugleichen.

BAG, Urt. v. 24.09.2015 – 2 AZR 347/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt BAG, Urt. v. 13.02.2013 – 5 AZR 2/12; 27.06.2012 – 5 AZR 530/11, und führt diese Rechtsprechung fort.

Orientierungssatz 2 bestätigt BAG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 AZR 788/13.

## Rechtsprechung kompakt

Orientierungssatz 3 bestätigt BAG, Urt. v. 25.09.2014 – 2 AZR 788/13; Urt. v. 06.09.2007 – 2 AZR 722/06, BAGE 124, 59, und führt diese Rechtsprechung fort.

Vgl. die Besprechung dieser Entscheidung in FA 2016, ■■■

### Bestimmtheit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung

Orientierungssatz:

1. Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.

2. Eine Kündigung »zum nächstzulässigen Termin« ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.

3. Wird eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Die Beendigung soll dann offensichtlich bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln.

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 782/14

### Bestimmtheit des Änderungsangebots bei einer betriebsbedingten Änderungskündigung

Orientierungssätze:

1. Die Auslegung des Arbeitsvertrags eines Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst kann ergeben, dass die geschuldete Arbeitsleistung allein durch eine allgemeine Tätigkeitsbezeichnung (hier: Angestellte) und die Vereinbarung einer Vergütungsgruppe (hier: VG VII BAT-O) bestimmt ist.

2. Der Arbeitgeber verzichtet nicht darauf, ein Recht auszuüben, wenn er von diesem deshalb keinen Gebrauch macht, weil er – für den Arbeitnehmer erkennbar – glaubt, es bereits durch Zeitablauf verloren zu haben. In einem solchen Fall fehlt dem Arbeitgeber ersichtlich der erforderliche rechtsgeschäftliche Gestaltungswille.

3. Hat der Arbeitgeber von einer »Rückgruppierung« zunächst in der irrigen Annahme abgesehen, eine solche sei nicht – mehr – zulässig, wird das Vertrauen des Arbeitnehmers darauf für die Zukunft in der Regel nicht nach § 242 BGB geschützt. Anders liegt es nur, wenn besondere Umstände die spätere Rechtsausübung des Arbeitgebers als treuwidrig erscheinen lassen.

4. Eine Änderungskündigung gegenüber bloß einem von mehreren »übertariflich« vergüteten Arbeitnehmern, die vergleichbare Arbeiten ausführen, stellt sich nicht als »herausgreifend« dar, wenn der Arbeitgeber sich zur »Rückgruppierung« nur deshalb berechtigt sieht, weil der bisherige Arbeitsplatz des betreffenden Arbeitnehmers weggefallen ist.

BAG, Urt. v. 24.09.2015 – 2 AZR 680/14

Hinweis:

Orientierungssatz 1 schließt an BAG, Urt. v. 17.08.2011 – 10 AZR 322/10, an.

Orientierungssatz 2 schließt an BAG, Urt. v. 29.08.2012 – 10 AZR 571/11, an. Dort ging es um das Nichtentstehen einer betrieblichen Übung, wenn der Arbeitgeber Leistungen in der irrigen Annahme erbringt, zu diesen bereits aus anderem Grund verpflichtet zu sein. Orientierungssatz 3 schließt an BAG, Urt. v. 24.01.2007 – 4 AZR 28/06; BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 103/, an.

Orientierungssatz 4 schließt an BAG, Urt. v. 20.08.1998 – 2 AZR 84/98; Urt. v. 22.02.1979 – 2 AZR 115/78, an.

Der 2. Senat hatte nicht zu entscheiden, ob § 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und welche Folgen dies ggf. für die Kündbarkeit der Arbeitsverhältnisse der betreffenden Arbeitnehmer im Tarifgebiet Ost zeitigte. Die Entscheidung ist insbesondere für Öffentliche Arbeitgeber und deren Arbeitnehmer interessant.

### Außerordentliche fristlose Kündigung wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung

Orientierungssätze:

1. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung ist »an sich« geeignet, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ein Arbeitnehmer verweigert die von ihm geschuldete Arbeit beharrlich, wenn er sie bewusst und nachhaltig nicht leisten will. Maßgebend ist die objektive Rechtslage.

2. Wenn der Arbeitnehmer meint, ihm stehe ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht zu, hat grundsätzlich er selbst das Risiko zu tragen, dass sich seine Rechtsauffassung als falsch erweist. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum liegt nur vor, wenn er seinen Irrtum auch unter Anwendung der zu beachtenden Sorgfalt nicht erkennen konnte. Dabei sind strenge Maßstäbe anzulegen. Es reicht nicht aus, dass der Arbeitnehmer sich für seine eigene Rechtsauffassung auf eine eigene Prüfung und fachkundige Beratung stützen kann. Ein Unterliegen in einem möglichen Rechtsstreit muss zwar nicht undenkbar sein. Gleichwohl liegt ein entschuldbarer Rechtsirrtum nur dann vor, wenn er damit nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht zu rechnen brauchte; ein normales Prozessrisiko entlastet ihn nicht.



## Rechtsprechung kompakt

**3. Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers nicht zugemutet werden kann. Die Vorschrift regelt das Spannungsverhältnis von Vertragstreue und Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung. Der Arbeitnehmer kann sich von der Arbeitsleistung (nur) »befreien«, wenn sie für ihn in hohem Maße belastend ist.**

**4. Nach § 273 Abs. 1 BGB kann dem Arbeitnehmer das Recht zustehen, seine Arbeitsleistung zurückzuhalten. Dieses Recht setzt einen fälligen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber voraus. Es kommt insbesondere dann in Betracht, wenn dieser seine aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Haupt- oder Nebenpflichten schuldhaft nicht erfüllt.**

**5. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts steht unter dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht aufgrund einer ganz bestimmten, konkreten Gegenforderung ausüben.**

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 569/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 schließt an BAG, Urt. v. 29.08.2013 – 2 AZR 273/12, an.

Orientierungssatz 2 schließt an BAG, Urt. v. 19.08.2015 – 5 AZR 975/13; Urt. v. 29.08.2013 – 2 AZR 273/12; Urt. v. 12.11.1992 – 8 AZR 503/91, BAGE 71, 350; BGH, Urt. v. 06.12.2006 – IV ZR 34/05; Urt. v. 27.09.1989 – IVa ZR 156/88, an.

Orientierungssatz 3 schließt an BAG, Urt. v. 13.08.2010 – 1 AZR 173/09, BAGE 135, 203, an.

Orientierungssätze 4 und 5 schließen an BAG, Urt. v. 13.03.2008 – 2 AZR 88/07, an.

Der 2. Senat musste nicht entscheiden, ob in einem Anwaltsprozess auch dann eine Unterbrechung nach § 244 Abs. 1 ZPO eintritt, wenn für die Kanzlei des Bevollmächtigten, der seine Zulassung zur Rechtsanwaltschaft verloren hat, ein Abwickler amtlich bestellt wird (gegen eine Unterbrechung in solchen Fällen BFH, Urt. v. 10.02.1982 – I R 225/78, BFHE 135, 445; dafür OLG Köln, Beschl. v. 03.06.1993 – 12 W 19/93).

Vgl. die Besprechung der Entscheidung in FA 2016, ■■■

## Außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist wegen langjähriger Straftat

### Orientierungssätze:

**1. Hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis tariflich ordentlich unkündbar ist, im Kündigungszeitpunkt noch eine Freiheitsstrafe von (fast) siebeneinhalb Jahren zu verbüßen und steht eine vorherige Entlassung nicht sicher zu erwarten, liegt grundsätzlich – unbeschadet einer abschließenden Interessenabwägung – ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist vor.**

**2. Die Zustimmungsfiktion des § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX greift bei allen außerordentlichen Kündigungen – auch**

**bei solchen mit notwendiger Auslauffrist – ein. Der Wortsinn des Gesetzes ist eindeutig. Die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion liegen nicht vor.**

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 381/14

### Hinweis:

Bei Orientierungssatz 1 handelt es um eine Weiterentwicklung von BAG, Urt. v. 23.05.2013 – 2 AZR 120/12; Urt. v. 24.03.2011 – 2 AZR 790/09; Urt. v. 25.11.2010 – 2 AZR 984/08, BAGE 136, 213; zur Annahme dauerhafter Unmöglichkeit i.S.v. § 275 BGB, wenn durch ein zeitweiliges Erfüllungshindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt wird vgl. BGH, 08.05.2014 – VII ZR 203/11, BGHZ 201, 148.

Orientierungssatz 2 schließt an BAG, Urt. v. 12.05.2005 – 2 AZR 159/04; Urt. v. 12.08.1999 – 2 AZR 748/98, an und nimmt eine Abgrenzung zu BAG, Urt. v. 08.06.2000 – 2 AZR 638/99, BAGE 95, 78; 07.02.1998 – 2 AZR 227/97, BAGE 88, 10, vor.

Der 2. Senat musste nicht entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine vom Integrationsamt erteilte »Bestätigung« des Fiktionseintritts nach § 91 Abs. 3 Satz 2 SGB IX einen feststellenden Verwaltungsakt i.S.v. § 31 Satz 1 SGB X darstellen kann.

## Betriebsübergang und außerordentliche Kündigung

**1. Der scheinbar nur den Betriebserwerber betreffende Antrag eines Arbeitnehmers festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs zum Erwerber besteht, kann zugleich gegen den Betriebsveräußerer gerichtet sein.**

**2. Hat nach dem möglichen Betriebsübergang der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt und hat der Arbeitnehmer deshalb gegen ihn hilfsweise Kündigungsschutzklage erhoben, handelt es sich bei dieser in einem solchen Fall um eine objektive Eventualklage innerhalb eines zum Veräußerer bereits unbedingt bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Eine in subjektiver Hinsicht bedingte – unzulässige – Klagehäufung liegt dann nicht vor.**

**3. Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigt will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer »Gestellung« des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren.**

BAG, Urt. v. 24.09.2015 – 2 AZR 562/14

## Anwendbarkeit des SGB IX bei Kündigung nach italienischem Recht

**Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines schwerbehinderten Menschen bedarf nur dann der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts gem. § 85 SGB IX, wenn eine der Varianten des § 2 Abs. 2 SGB IX vorliegt und das Arbeitsverhältnis dem deutschen Vertragsstatut unterfällt.**

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 720/14

## Rechtsprechung kompakt

### Notwendigkeit erneuter Massenentlassungsanzeige bei Nachkündigung

#### Orientierungssätze:

1. Gem. § 17 Abs. 1 KSchG sind alle maßgeblichen Entlassungen, die innerhalb von 30 Kalendertagen erfolgen, zusammenzuzählen. Das gilt auch dann, wenn sie auf einem neuen, eigenständigen Kündigungsentschluss beruhen. Darum lösen alle weiteren Kündigungserklärungen, die innerhalb von 30 Tagen nach einer dem Arbeitnehmer erklärten Kündigung erfolgen, die Pflichten nach § 17 KSchG aus, sofern dadurch der maßgebliche Schwellenwert überschritten ist.

2. Das gilt nicht nur für Kündigungen, die im Zusammenhang mit einer weiteren Massenentlassung, etwa einer zweiten Kündigungswelle, erfolgen, sondern auch bei der Nachkündigung eines einzelnen Arbeitnehmers.

3. Erklärt der Arbeitgeber nach Erstattung der Massenentlassungsanzeige die darin angezeigte Kündigung, ist die durch die Anzeige eröffnete Kündigungsmöglichkeit verbraucht. Das gilt auch dann, wenn diese Kündigung später einvernehmlich zurückgenommen wird. Die Rücknahme führt nicht dazu, dass die Kündigung als nicht erklärt anzusehen ist.

4. § 6 Satz 1 KSchG eröffnet dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, auch nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG noch andere Unwirksamkeitsgründe in den Prozess einzuführen, auf die er sich zunächst nicht berufen hat. Diese Rügemöglichkeit ist jedoch bei ordnungsgemäßigem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG auf die Zeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz beschränkt, um dem Arbeitgeber alsbald Klarheit über den Bestand oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen.

5. Das in § 17 Abs. 2 KSchG geregelte Konsultationsverfahren einerseits und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit andererseits sind zwei getrennt durchzuführende Verfahren und stellen jeweils ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung dar. Darum ist der Arbeitnehmer, der in der ersten Instanz lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens geltend macht, mit Rügen von Mängeln des anderen Verfahrens in zweiter Instanz präkludiert, sofern ein ordnungsgemäßer Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG erfolgt ist.

6. Die Pflicht des Arbeitgebers, gem. § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG der Anzeige die Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen bzw. diese nach den in § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG geregelten Grundsätzen zu ersetzen, ist Teil des Anzeigeverfahrens.

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 601/14

#### Hinweis:

Die Orientierungssätze 1 bis 3 bestätigen und entwickeln BAG, Urt. v. 25.04.2013 – 6 AZR 49/12; Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 948/08, weiter.

Orientierungssatz 4 bestätigt BAG, Urt. v. 24.05.2012 – 2 AZR 206/11; Urt. v. 18.01.2012 – 6 AZR 407/10, BAGE 140, 261.

Orientierungssatz 5 entwickelt BAG, Urt. v. 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366; Urt. v. 13.12.2012 – 6 AZR 752/11; Urt. v. 20.09.2012 – 6 AZR 155/11, BAGE 143, 150, weiter.

Orientierungssatz 6 entwickelt BAG, Urt. v. 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202, weiter.

Der Senat hat offengelassen, ob der Arbeitnehmer mit der Rüge einer Unwirksamkeit der Kündigung nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG gem. § 6 Satz 1 KSchG präkludiert ist, wenn er erstinstanzlich vorträgt, es bestehe kein Betriebsrat, und so zu erkennen gegeben hat, er sehe eine ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats nicht als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anzeigeverfahrens an.

Vgl. die Besprechung der Entscheidung in FA 2016, ■■■

### Bestimmtheit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung

#### Orientierungssätze:

1. Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.

2. Eine Kündigung »zum nächstzulässigen Termin« ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.

3. Wird eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Die Beendigung soll dann offensichtlich bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln.

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 782/14

#### Hinweis:

Zu Orientierungssatz 1 und 2 vgl. BAG, Urt. v. 15.05.2013 – 5 AZR 130/12; Urt. v. 23.05.2013 – 2 AZR 54/, BAGE 145, 184; Urt. v. 20.06.2013 – 6 AZR 805/11, BAGE 145, 249; Urt. v. 10.04.2014 – 2 AZR 647/13.

Zu Orientierungssatz 3 vgl. BAG, Urt. v. 23.05.2013 – 2 AZR 54/12, BAGE 145, 184.

## Rechtsprechung kompakt

### III. Tarifvertragsrecht und Arbeitskampfrecht

#### Zustimmungsersetzungsverfahren bei der Eingruppierung von sog. Punktionskräften beim Blutspendedienst

##### Orientierungssätze:

1. Erfüllt die Tätigkeit eines Arbeitnehmers keines der in einer – tariflichen – Vergütungsordnung geregelten Tätigkeitsmerkmale, kann eine sog. Tariflücke vorliegen. Ob dies der Fall ist, kann nur auf der Grundlage der Feststellung beurteilt werden, welche Tätigkeit der betreffende Arbeitnehmer ausübt.

2. Die Schließung einer Tariflücke durch die Gerichte für Arbeitssachen ist unzulässig, wenn es sich um eine bewusste Auslassung der Tarifvertragsparteien handelt. Die Gerichte sind nicht befugt, gegen den Willen der Tarifvertragsparteien ergänzende tarifliche Regelungen zu »schaffen« oder das Ergebnis einer schlechten Verhandlungsführung dadurch zu korrigieren, dass »Vertragshilfe« geleistet wird. Dies wäre ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie.

3. Eine sog. unbewusste Tariflücke darf durch die Gerichte für Arbeitssachen nur geschlossen werden, wenn es eindeutige Hinweise darauf gibt, wie die Tarifvertragsparteien die nicht berücksichtigte Tätigkeit bewertet hätten. Diese Voraussetzung ist nur dann gegeben, wenn die tariflich nicht geregelte mit einer tariflich geregelten Tätigkeit in einer Weise artverwandt und vergleichbar ist, die es erlaubt, die Tätigkeitsmerkmale auf die nicht tariflich geregelte Tätigkeit anzuwenden.

BAG, Beschl. v. 18.11.2015 – 4 ABR 24/14

### IV. Betriebsverfassungsrecht und Personalvertretungsrecht

#### Höhe einer Sozialplanabfindung

##### Orientierungssatz:

Einzelfallentscheidung zur Auslegung eines Sozialplans zum Verständnis einer Fälligkeitsbestimmung und einer Stichtagsregelung und im Übrigen mit dem Ergebnis, dass bestimmte Vergütungsbestandteile nicht in die Ermittlung des für den Abfindungsbetrag maßgeblichen Bruttomonatseinkommens einfließen und gesondert ausgewiesene Zuschläge nicht der für die Abfindung vorgesehenen Kürzung um den Faktor 0,7 unterliegen.

BAG, Urt. v. 13.10.2015 – 1 AZR 765/14

##### Hinweis:

Zu den Grundsätzen der Auslegung eines Sozialplans vgl. z.B. BAG, Urt. v. 05.05.2015 – 1 AZR 826/13, Urt. v. 09.12.2014 – 1 AZR 406/13, Urt. v. 15.10.2013 – 1 AZR 544/12, Urt. v. 15.03.2011 – 1 AZR 808/09, Urt. v. 20.04.2010 – 1 AZR 988/08.

#### Auslegung eines Sozialplans

##### Orientierungssatz:

Einzelfallentscheidung zum Verständnis eines in einem Sozialplan für den Anspruch auf Abfindung festgelegten Stichtags in dem Sinn, dass er sich nicht auf den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern den des dazu führenden Tatbestandes bezieht.

BAG, Urt. v. 17.11.2015 – 1 AZR 881/13

##### Hinweis:

Zu den Grundsätzen der Auslegung eines Sozialplans vgl. z.B. BAG, Urt. v. 05.05.2015 – 1 AZR 826/13; Urt. v. 09.12.2014 – 1 AZR 406/13; Urt. v. 15.10.2013 – 1 AZR 544/12; Urt. v. 15.03.2011 – 1 AZR 808/09; Urt. v. 20.04.2010 – 1 AZR 988/08.

Zu einer eigenkündigungsbezogenen Stichtagsregelung in einem Sozialplan, vgl. auch BAG, Urt. v. 12.04.2011 – 1 AZR 505/09.

#### Benachteiligung wegen Behinderung bei einer Sozialplanabfindung

Eine an die Rentenberechtigung aufgrund der Schwerbehinderung anknüpfende Pauschalierung der Sozialplanabfindung benachteiligt schwerbehinderte Arbeitnehmer unmittelbar gegenüber nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern, welche in gleicher Weise von dem sozialplanpflichtigen Arbeitsplatzverlust betroffen sind und eine höhere, nach ihren individuellen Betriebs- und Sozialdaten zu ermittelnde Sozialplanabfindung verlangen können.

BAG, Urt. v. 17.11.2015 – 1 AZR 938/13

#### Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist und Unterrichtung der Mitarbeitervertretung

##### Orientierungssätze:

1. Die ordnungsgemäße Beteiligung der kirchlichen Mitarbeitervertretung unterliegt in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlich begründeten kirchlichen Arbeitsverhältnisses der Überprüfung durch die staatlichen Gerichte für Arbeitssachen.

2. Die Unterrichtung der Mitarbeitervertretung über die Gründe für eine beabsichtigte ordentliche (§ 30 Abs. 1 MAVO) oder außerordentliche (§ 31 Abs. 1 MAVO) Kündigung ist – wie die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG – »subjektiv determiniert«. Der Dienstgeber braucht der Mitarbeitervertretung deshalb nur solche Kündigungsgründe mitzuteilen, die für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Beabsichtigt er, das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen außerordentlich zu kündigen, weil jegliche Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer weggefallen sei, genügt er seiner Informationspflicht grundsätzlich dadurch, dass er das Ergebnis seiner dahingehenden Prüfung mitteilt. Einer näheren Erläuterung, aus welchen Gründen der Dienstgeber welche Stellen als für eine Weiterbeschäftigung ungeeignet verworfen



## Rechtsprechung kompakt

hat, bedarf es zur Erfüllung der Pflichten aus § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 MAVO nicht.

BAG, Urt. v. 22.10.2015 – 2 AZR 650/14

### Hinweis:

Zu Orientierungssatz 1 vgl. BAG, Urt. v. 10.04.2014 – 2 AZR 812/12; Urt. v. 10.12.1992 – 2 AZR 271/92.

Zu Orientierungssatz 2 vgl. BAG, Urt. v. 16.07.2015 – 2 AZR 15/15; Urt. v. 26.03.2015 – 2 AZR 417/14; Urt. v. 10.04.2014 – 2 AZR 812/12; Urt. v. 23.02.2010 – 2 AZR 656/08, BAGE 133, 226. Der Senat hat dahinstehen lassen, ob im Hinblick auf eine beabsichtigte außerordentliche betriebsbedingte Kündigung eine Beteiligung der Mitarbeitervertretung nach § 30 MAVO wie bei der ordentlichen Kündigung durchzuführen ist.

## Freigestelltes Betriebsratsmitglied

### Orientierungssätze:

**1. Nach § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG darf das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren. Üblich ist eine Entwicklung, die vergleichbare Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und persönlichen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben. Die Übertragung höherwertiger Tätigkeiten ist nur dann betriebsüblich, wenn diese dem Betriebsratsmitglied nach den betriebsüblichen Gepflogenheiten hätten übertragen werden müssen oder die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen Aufstieg erreicht.**

**2. Für das Betriebsratsmitglied können nicht unerhebliche Schwierigkeiten bestehen, diese Anspruchsvoraussetzungen schlüssig darzulegen, weil es keinen vollständigen Überblick über die ihm vergleichbaren Arbeitnehmer und deren Gehaltsentwicklungen hat. Kann das Betriebsratsmitglied das Bestehen eines Anspruchs auf Gehaltsanpassung nur prüfen, wenn es Auskunft über die Gehaltsentwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung erhält, kommt daher ein Anspruch auf Auskunft nach §§ 611, 242 BGB i.V.m. § 37 Abs. 4 BetrVG in Betracht. Dies gilt für die Gehaltshöhe vergleichbarer Arbeitnehmer, deren Kenntnis sich dem betroffenen Betriebsratsmitglied entzieht und über die der Arbeitgeber unschwer Auskunft geben kann.**

**3. Verlangt das Betriebsratsmitglied vom Arbeitgeber Auskünfte, um eine betriebsübliche Beförderungspraxis als Voraussetzung einer entsprechenden Gehaltssteigerung darlegen zu können, hat das Betriebsratsmitglied unter Berücksichtigung der ihm zugänglichen Tatsachen vorzutragen, mit welchen Arbeitnehmern es aus seiner Sicht vergleichbar ist und aus welchen Umständen zu**

**schließen ist, dass die Mehrzahl der mit ihm vergleichbaren Arbeitnehmer die behauptete Beförderung erfahren hat. Verfügt das Betriebsratsmitglied etwa wegen der Größe des Betriebs und der Vielzahl vergleichbarer Arbeitnehmer nicht über ausreichende Erkenntnismöglichkeiten, kann es genügen, Referenzfälle darzulegen, aus denen sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf eine betriebsübliche Beförderungspraxis in dem Zeitraum seiner Zugehörigkeit zum Betriebsrat schließen lässt. Die abstrakte – gleichsam »ins Blaue« zielende – Behauptung einer Beförderungspraxis ohne jeden konkreten Beispielfall genügt dazu jedoch nicht. Anderenfalls würde die Darlegungs- und Beweislast unzulässig in ihr Gegenteil verkehrt.**

BAG, Urt. v. 04.11.2015 – 7 AZR 972/13

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt und wendet BAG, Urt. v. 14.07.2010 – 7 AZR 359/09, an.

Orientierungssatz 2 und 3 bestätigen und führen BAG, Urt. v. 09.01.2005 – 7 AZR 208/04, fort.

## Ordnungsgemäße Beschlussfassung über den Verfahrensgegenstand und die Verfahrensbevollmächtigung bei einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren

### Orientierungssätze:

**1. Die Einleitung eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens und die Beauftragung eines Rechtsanwalts durch den Gesamtbetriebsrat bedürfen eines ordnungsgemäßen Beschlusses des Gesamtbetriebsrats. Ist die Beschlussfassung unterblieben oder fehlerhaft erfolgt, ist der für den Gesamtbetriebsrat gestellte Antrag als unzulässig abzuweisen.**

**2. Der Gesamtbetriebsrat kann die bereits erfolgte Einleitung eines Beschlussverfahrens und die bereits erfolgte Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten genehmigen. Die Genehmigung durch nachträgliche Beschlussfassung ist nur bis zum Ergehen einer Prozessentscheidung, durch die der Antrag zu Recht als unzulässig abgewiesen wird, möglich. Eine rechtsfehlerhafte Prozessentscheidung steht einer späteren Genehmigung nicht entgegen.**

BAG, Beschl. v. 04.11.2015 – 7 ABR 61/13

### Hinweis:

Die Entscheidung bestätigt und entwickelt BAG, Urt. v. 06.11.2013 – 7 AZR 84/11; Urt. v. 19.01.2005 – 7 ABR 24/04; Beschl. v. 18.02.2003 – 1 ABR 17/02, BAGE 105, 19, fort.

## Schwerbehindertenvertretung im Konzern

### Orientierungssatz:

**Nach § 97 Abs. 2 Satz 1 SGB IX wählen die Gesamtschwerbehindertenvertretungen eine Konzernschwerbehindertenvertretung, wenn für mehrere Unternehmen ein Konzernbetriebsrat errichtet ist. Besteht in einem Konzernunternehmen nur eine Schwerbehindertenver-**

## Rechtsprechung kompakt

tretung, hat sie nach § 97 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 SGB IX das Wahlrecht wie eine Gesamtschwerbehindertenvertretung. Gibt es nur in einem Konzernunternehmen eine wahlberechtigte (Gesamt-) Schwerbehindertenvertretung, kann eine Konzernschwerbehindertenvertretung nicht gewählt werden. Die Aufgaben der Konzernschwerbehindertenvertretung werden nicht von der einzigen im Konzern bestehenden (Gesamt-) Schwerbehindertenvertretung wahrgenommen.

BAG, Beschl. v. 04.11.2015 – 7 ABR 62/13

### Hinweis:

Vgl. die Besprechung der Entscheidung in FA 2016, ■■■

## V. Urlaubsrecht

### Verfall von Urlaub

#### Orientierungssätze:

1. Nach § 17 Satz 2 MuSchG und gem. § 17 Abs. 2 BEEG kann die Arbeitnehmerin den vor Beginn der Beschäftigungsverbote/der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhaltenen Erholungsurlaub auch noch nach Ablauf der Verbote/der Elternzeit im laufenden Jahr oder im Folgejahr nehmen.

2. Diese gesetzlichen Regelungen verlängern nicht den Übertragungszeitraum des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG bis zum Ablauf des nächsten auf die Beendigung der Beschäftigungsverbote/der Elternzeit folgenden Jahres. Sie dehnen vielmehr die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 Satz 1 BUrlG auf das Urlaubsjahr, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist, auf das nächste Kalenderjahr (Folgejahr) aus. Dieses ist dann das für das Fristenregime des § 7 Abs. 3 BUrlG maßgebliche Urlaubsjahr.

3. Ist der Arbeitnehmer aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit gehindert, seinen Urlaub in diesem Folgejahr zu nehmen, wird dieser nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BUrlG übertragen.

BAG, Urt. v. 15.12.2015 – 9 AZR 52/15

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 ist eine Klarstellung von BAG, Urt. v. 20.05.2008 – 9 AZR 219/07, BAGE 126, 352, sowie eine Änderung von BAG, Urt. v. 21.10.1997 – 9 AZR 267/96; Urt. v. 23.04.1996 – 9 AZR 165/95, BAGE 83, 29.

## VI. Verfahrensrecht

### Wirksamkeit eines Prozessvergleichs

#### Orientierungssätze:

1. Streiten die Parteien über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs, ist dieser Streit jedenfalls dann im Ausgangsverfahren auszutragen, wenn der Vergleich nicht allein aus Gründen unwirksam ist, die erst nach seinem Abschluss entstanden sind.

2. Einem Prozessvergleich fehlt die verfahrensbeendende Wirkung, wenn er als materiell-rechtlicher Vertrag wegen Mängeln in der Regelung sonstiger, prozessfremder Gegenstände nach § 779 Abs. 1 i.V.m. § 139 BGB insgesamt nichtig ist.

3. Der wirksame Rücktritt von einem zur Erledigung eines Kündigungsrechtsstreits geschlossenen Vergleich führt dazu, dass dessen prozessbeendende Wirkung entfällt.

4. Ein Prozessvergleich ist nicht schon deshalb ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB, weil er auf gegenseitigem Nachgeben beruht. Voraussetzung ist, dass in ihm ein synallagmatischer Leistungsaustausch geregelt ist. Es müssen entweder beiderseitige Leistungspflichten begründet werden oder es muss zumindest eine Partei durch den Vergleich eine Leistung unmittelbar erbringen, wofür sich die andere Partei zu einer Gegenleistung verpflichtet.

5. Ein Prozessvergleich zur Erledigung einer Kündigungsschutzklage, mit dem sich der Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung einigt und im Gegenzug eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung begründet wird, ist ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. §§ 320 ff. BGB.

BAG, Urt. v. 24.09.2015 – 2 AZR 716/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt und schließt an BAG, Urt. v. 24.04.2014 – 8 AZR 429/12; Urt. v. 11.07.2012 – 2 AZR 42/11; BGH, Beschl. v. 11.08.2010 – XII ZB 60/08; BSG Urt. v. 24.01.1991 – 2 RU 51/90, an. Vgl. auch BGH, Urt. v. 21.11.2013 – VII ZR 48/12.

Zu Orientierungssatz 2 vgl. BGH, Beschl. v. 06.03.1991 – XII ZB 88/90.

Orientierungssatz 4 bestätigt und schließt an BAG, Urt. v. 27.08.2014 – 4 AZR 999/12; BGH, Urt. v. 12.12.1991 – IX ZR 178/91, an.

### Wirksamwerden der Kündigung der Prozessvollmacht gegenüber dem Gericht

#### Orientierungssätze:

1. Eine Kündigung des Mandatsverhältnisses ist gegenüber dem Gericht nur wirksam, wenn sie gegenüber dem Gericht angezeigt und zugleich die Bestellung eines neuen Prozessbevollmächtigten mitgeteilt wird.

2. Eine Urteilsergänzung nach § 321 Abs. 1 ZPO ist nur möglich, wenn das Gericht über den Anspruch nicht entschieden hat. Hat es dagegen im Tenor über den Antrag positiv oder negativ erkannt, schweigen jedoch die Gründe dazu, warum dies geschehen ist, liegt kein Fall des § 321 ZPO vor.

BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 6 AZR 742/14

### Hinweis:

Orientierungssatz 1 bestätigt BAG, Beschl. v. 08.12.1981 – 7 AZN 441/81; BVerwG, Beschl. v. 20.11.2012 – 4 AV 2.12.

Orientierungssatz 2 schließt an BAG, Urt. v. 17.11.1960 – 2 AZR 29/57, an.

## VII. Anwaltliches Berufsrecht und Haftungsrecht

1. Stellungnahmen, die der nach § 56 Abs. 1 BRAO beteiligte Rechtsanwalt in einem ihn betreffenden beruflichen Aufsichts- und Beschwerdeverfahren gegenüber dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer abgibt, sind Bestandteil der über ihn von der Rechtsanwaltskammer geführten Personalakte und unterliegen der Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder der Rechtsanwaltskammer nach § 76 Abs. 1 BRAO. Ihre Weiterleitung an den Beschwerdeführer bedarf grundsätzlich der Zustimmung des Rechtsanwalts.

2. In dem Schweigen des Rechtsanwalts liegt auch dann keine konkludente Zustimmung zur Weiterleitung seiner Stellungnahme an den Beschwerdeführer, wenn die Rechtsanwaltskammer ihm zuvor mitgeteilt hat, die Zweitschrift seiner Stellungnahme sei grundsätzlich zur Weiterleitung an den Verfasser der Eingabe bestimmt, um ihm Gelegenheit zur abschließenden Äußerung zu geben, soweit seine Stellungnahme ausschließlich nur für den Kammervorstand bestimmt sein solle, müsse er darauf besonders hinweisen.

BGH, Urt. v. 11.01.2016 – AnwZ (Brfg) 42/14



# DictaPlus®

## Diktieren Sie zu Recht.

Ein großer Teil Ihres Alltags besteht aus der Erschließung und Dokumentation komplizierter Zusammenhänge sowie im Erstellen langer Schriftsätze. Lassen Sie sich von einer intelligenten Diktiersoftware intuitiv bis zum fertigen Dokument begleiten.

Diktieren Sie dort, wo Sie sich gerade befinden. Nehmen Sie sich die Freiheit und Flexibilität, Ihre Diktate jederzeit auch von unterwegs zu erledigen – mobil, flexibel und wann immer Sie wollen.



Die juristische Diktion bedingt ihre eigenen Formulierungen, Formatierungen und Arbeitsschritte. Auf diese Besonderheiten haben wir uns fokussiert, und das bereits seit über 35 Jahren. Wir liefern Ihnen eine auf die juristische Arbeitsweise optimierte hohe Erkennungsgenauigkeit mit Hilfe des besten juristischen Sprachwortschatzes einer deutschsprachigen Diktiersoftware überhaupt.

Informieren Sie sich jetzt unter [dictaplus.de](http://dictaplus.de).

- Digitales Diktat ab 8,- €/Monat
- Digitales Diktat mit Spracherkennung ab 49,- €/Monat

 Wolters Kluwer

### Impressum

**Herausgeber:** Volker Wagner, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gießen (zugleich verantwortlicher Redakteur und Bearbeiter der Rubrik »Entscheidungen mit Hinweisen«); Inken Gallner, Amtschefin des Justizministeriums Baden-Württemberg, Stuttgart (zugleich verantwortliche Redakteurin).

Korrespondenz oder sonstige Kontaktaufnahmewünsche mit den Herausgebern/Redakteuren richten Sie bitte an die Verlagsredaktion.

**Herausgeberbeirat:** Hansjörg Berrisch, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gießen; Dr. Martin Diller, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart; Prof. Franz Josef Düwell, Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., Erfurt; Ernst Eisenbeis, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln; Bernd Ennemann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Soest; Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München (ZAAR); Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M., Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt a.M.; Dr. Rüdiger Linck, Vors. Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt; Dr. Siegfried Mennemeyer, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Rechtsanwalt beim BGH, Karlsruhe; Wolfgang Stückemann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Lemgo; Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M., Universität Bonn.

**Verlagsredaktion:** Christine Strahl M.A., Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Telefon 02 21/9 43 73 72 27, E-Mail: [cstrahl@wolterskluwer.de](mailto:cstrahl@wolterskluwer.de).

**Internet:** Die Online-Ausgabe der FA finden Sie auf [JURION.de](http://JURION.de).

**Abonnementverwaltung:** Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Postfach 2352, 56513 Neuwied, Telefon 0 26 31/8 01 22 22 [info@wolterskluwer.de](mailto:info@wolterskluwer.de).

**Anzeigenverkauf** Karsten Kühn, Telefon 02 21/9 43 73 – 77 97, Fax – 1 77 97, E-Mail: [karsten.kuehn@wolterskluwer.com](mailto:karsten.kuehn@wolterskluwer.com)

**Anzeigendisposition:** Stefanie Szillat, Telefon 02 21/9 43 73 – 74 26, Fax – 1 74 26, E-Mail: [anzeigen-delr@wolterskluwer.com](mailto:anzeigen-delr@wolterskluwer.com)  
Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 13 vom 01.01.2016 berechnet.

**Erscheinungsweise:** monatlich.

**Umfang:** 384 Seiten jährlich.

**Bezugspreis:** Jährlich 198,00€, Einzelpreis 21,00€. Für die Abonnenten aller Produkte zur Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (EzA) 137,00€. Vorzugspreis für Studenten und Referendare 137,00€. Alle Preise zzgl. Versandkosten. Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es nicht sechs Wochen vor Jahresende gekündigt wird.

**Umschlag und Layout:** Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg.

**Satz:** Newgen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai

**Druck:** Williams Lea & Tag GmbH, München.

**Copyright:** Luchterhand – eine Marke der Wolters Kluwer Deutschland GmbH © 2016 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Köln.

**Urheber- und Verlagsrechte:** Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Veröffentlichung des Manuskriptes gehen Nutzungsrechte auf den Verlag über. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.

ISSN: 1434-4602

# Luchterhand

## Damit sind Sie im Arbeitsrecht auf der Zielgeraden

**NEU**

**Online  
Ausgabe**
[auf jurion.de](http://auf.jurion.de)

Mehr als 3.000 Seiten hochkonzentrierte Praktikerexpertise angereichert mit mehr als 300 Mustertexten, Checklisten und Rechenexempeln, dazu Fallbeispiele in Hülle und Fülle, ein schlanker Anhang und ein ausführliches Stichwortverzeichnis als Garant für die schnelle, zielführende Recherche – ein vermeintlich einfaches Erfolgsrezept. Neben diesem Konzept und der beratenden, der kautelarjuristischen und der forensischen Erfahrung der Herausgeber und Autoren sind aber ihre publizistischen Talente fast genauso wichtig. Das Zusammenspiel aus allem ist das Markenzeichen des Handbuchs des Fachanwalts Arbeitsrecht.

Die Neuauflage berücksichtigt die Entwicklungen aus Rechtsprechung und Gesetzgebung der letzten 12 Monate. Diskussionen aus der Literatur werden, sofern praxisrelevant, nachgezeichnet und bewertet. Themen, die auch in der 13. Auflage weiter vertieft werden, sind insbesondere:

- Mindestlohn,
- Beschäftigtendatenschutz,
- Leiharbeit,
- das Dauerthema Kündigungsschutz,
- Streitwertkatalog.

Dörner / Luczak / Wildschütz / Baeck / Hoß  
(Hrsg.)

**Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht**

13. Auflage 2016, 3.664 Seiten, gebunden

€ 179,-

ISBN 978-3-472-08643-7


**Wolters Kluwer**

Wolters Kluwer Deutschland GmbH • Postfach 2352 • 56513 Neuwied  
Telefon 02631 8012222 • Fax 02631 8012223 • [info@wolterskluwer.de](mailto:info@wolterskluwer.de) • [www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)

**Wolters Kluwer Shop**
**Versandkostenfrei bestellen**
[shop.wolterskluwer.de](http://shop.wolterskluwer.de)

Im Buchhandel erhältlich.



# AnNoText

**NEU!**

## Schneller bessere Resultate erzielen.

AnNoText ist die Software-Lösung für Kanzleien, die digitale Chancen effektiv nutzen und den wachsenden Herausforderungen einer unternehmerischen Kanzleiführung nachhaltig begegnen.

### Mehr Zeit für das Wesentliche

Mit der vollständig neu entwickelten Version von AnNoText verfügen Kanzleien über mehr Zeit für das Wesentliche, weil standardisierte Tätigkeiten automatisiert und Arbeitsprozesse weitestgehend digitalisiert werden.

Begegnen Sie den wachsenden Erwartungshaltungen Ihrer Mandanten mit effizienten und leistungsfähigen Strukturen. So entsteht Freiraum, um Ihre Klienten mit exzellenten Services in bester Qualität und nie da gewesener Schnelligkeit zu begeistern.

### Optimierte Gesamtlösung für digitale Abläufe

Erleben Sie eine neue Softwaredimension für Ihr effizientes Kanzleimanagement. Mit der brandneuen AnNoText-Version präsentieren wir eine optimierte Gesamtlösung für wirtschaftlich orientierte Kanzleien, die schneller bessere Resultate erzielen wollen.

- Steuern Sie Ihre Kanzlei zentral, auch über mehrere Standorte.
- Arbeiten Sie zukunftsicher mit der vollständig digitalen Mandatsführung.
- Treffen Sie vorausdenkende betriebswirtschaftliche Entscheidungen dank der Erkenntnisse aus Ihrem Controlling.
- Intensivieren Sie Ihre Mandantenbindung über das reine Mandatsverhältnis hinaus – mit einem individuellen Kanzleimarketing.
- Erhöhen Sie die Flexibilität Ihrer Kanzlei durch mobiles und vernetztes Arbeiten.

Jetzt informieren unter:  
[besser.annotext.de](http://besser.annotext.de)





When you have to be right

Jetzt neu

# DIE Adresse für JURISTEN

shop.wolterskluwer.de

- Alle Fachverlage
- Treffer sicher mit einem Klick
- Aktuelle Buchempfehlungen



Jetzt zum Shop und ein iPad Air gewinnen!

shop.wolterskluwer.de/gewinnspiel

