



Jahresbericht
des Bundesarbeitsgerichts
2011

Impressum

Herausgeberin: Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Redaktion: Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts
Tel. 0361 2636-1427

Stand: 31.12.2011

Hausanschrift: Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift: Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Internet: <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

E-Mail: bag@bundesarbeitsgericht.de

Telefon: 0361 2636-0

Fax: 0361 2636-2000

A. Geschäftsentwicklung	9
B. Rechtsprechungsübersicht	12
Abkürzungsverzeichnis	19
1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses	21
I. Arbeitsbedingungen	21
1. Weisungsrecht	21
2. Arbeitszeit	22
3. Bezugnahme Klauseln.....	23
4. Rückzahlung von Aus- oder Fortbildungskosten	25
5. Elternzeit.....	26
6. Datenschutzbeauftragter.....	26
II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis	28
1. Vergütung	28
2. Urlaub.....	36
3. Wettbewerbsverbot/Karenzenschädigung	38
4. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt	39
5. Schadensersatz, Aufwendungsersatz und Haftung	41
6. Ausschlussfristen	43
7. Ausgleichsklauseln	44
8. Einsicht in die Personalakte.....	46
9. Insolvenzsicherung von Wertguthaben.....	47
10. Ungerechtfertigte Bereicherung	48
III. Schutz vor Benachteiligung - Förderung der Chancengleichheit	48
1. Geschlecht.....	48
2. Alter.....	49
3. Ethnische Herkunft.....	51
4. Behinderung.....	51
IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen	52
1. Kündigung.....	52
2. Befristung.....	64
3. Anfechtung.....	68
4. Aufhebungsvertrag.....	68
V. Betriebsübergang	69
1. Voraussetzungen des Betriebsübergangs	69
2. Voraussetzungen des Betriebsteilübergangs	72
VI. Betriebliche Altersversorgung	74
1. Anspruch auf Entgeltumwandlung	74
2. Inhaltskontrolle von Versorgungsordnungen	75
3. Zeiträtterliche Kürzung und Altersdiskriminierung.....	77

4.	Ablösung von Versorgungsregelungen.....	78
5.	Rentenanpassung.....	80
VII.	Konkurrentenklage	81
2. Abschnitt	<i>Kollektives Arbeitsrecht</i>.....	82
I.	Arbeitskampfrecht	82
II.	Tarifrecht.....	83
1.	Tarifvertragsrecht.....	83
III.	Arbeitnehmerentsenderecht.....	87
IV.	Betriebsverfassungsrecht.....	89
1.	Abbruch einer Betriebsratswahl.....	89
2.	Abmeldung von Betriebsratsmitgliedern bei Betriebsrats-tätigkeit am Arbeitsplatz	89
3.	Konzernbetriebsrat.....	90
4.	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten.....	91
5.	Mitbestimmung bei Ein- und Umgruppierung.....	93
6.	Interessenausgleich.....	94
7.	Sozialplan	95
3. Abschnitt	<i>Insolvenzrecht</i>.....	98
4. Abschnitt	<i>Prozessrecht</i>	100
C.	Über das Bundesarbeitsgericht	101
I.	Bibliothek.....	101
II.	Dokumentation.....	102
III.	Presse- und Öffentlichkeitsarbeit.....	104
IV.	Personalien	114
D.	Tabellarischer Anhang	115
E.	Geschäftsverteilung	123

A. Geschäftsentwicklung

Die Zahl der Eingänge beim Bundesarbeitsgericht ist um 950 Verfahren gestiegen. Die durchschnittliche Dauer der beim Bundesarbeitsgericht erledigten Verfahren betrug im abgelaufenen Geschäftsjahr sieben Monate.

2. Insgesamt gingen im Geschäftsjahr 2011 3.421 Sachen ein (*Vorjahr 2.471*). Davon waren 1.089 (*Vorjahr 873*) oder 31,8 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 2.180 (*Vorjahr 1.466*) oder 63,7 % Nichtzulassungsbeschwerden. Hinzu kamen 81 (*Vorjahr 62*) Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 66 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie fünf sonstige Verfahren. Die Zahl der Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren ist um 216 Verfahren (24,7 %) gestiegen. Noch deutlicher hat sich die Zahl der Eingänge bei den Nichtzulassungsbeschwerden um 714 Verfahren (48,7 %) gesteigert. Mehr als ein Drittel der eingegangenen Nichtzulassungsbeschwerden entfielen auf die Rechtsmaterie „Betriebliche Altersversorgung“.

3. Im Jahr 2011 sind 2.832 Sachen erledigt worden, also 198 Sachen mehr als im Jahr 2010 (2.634 Sachen). Es handelte sich um 903 (*Vorjahr 1.123*) oder 31,9 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.808 (*Vorjahr 1.404*) oder 63,8 % Nichtzulassungsbeschwerden. Daneben wurden noch 59 Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 58 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie vier sonstige Verfahren erledigt.

Von den erledigten Revisionen und Rechtsbeschwerden hatten unter Berücksichtigung der Zurückverweisungen 248 Erfolg, das entspricht einer Erfolgsquote von 27,5 % gegenüber 22,9 % (257 Sachen) im Vorjahr. Von den Nichtzulassungsbeschwerden waren 160 Beschwerden (8,8 % - im Vorjahr 132 entsprechend 9,4 %) erfolgreich. Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 2.099 Sachen (*Vorjahr 1.511; 2009: 1.673; 2008: 1.714; 2007: 1.718; 2006: 1.626;*

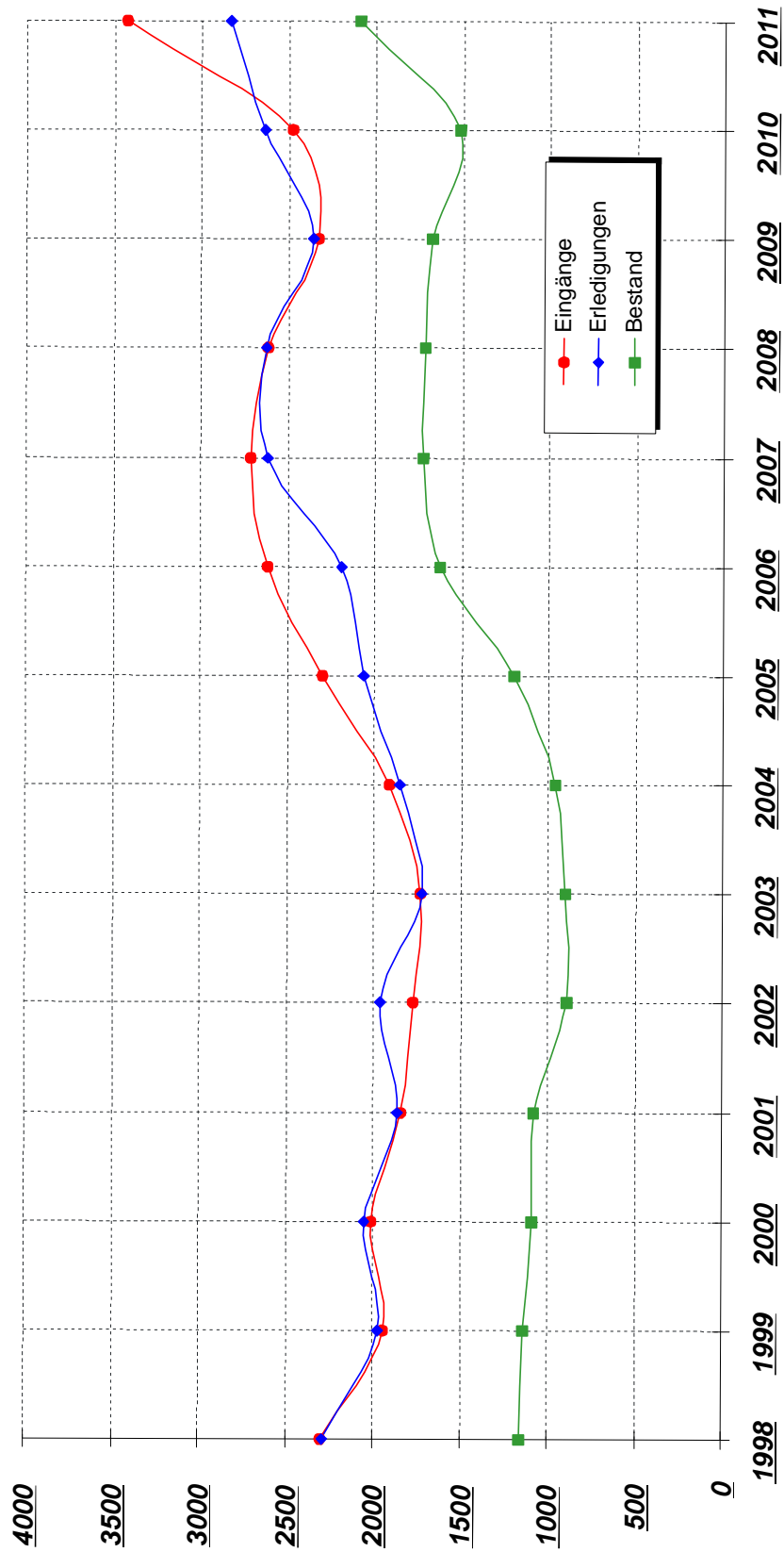
2005: 1.196; 2004: 957; 2003: 905; 2002: 891; 2001: 1.077); davon sind 1.212 Revisionen (Vorjahr 1.023).

4. Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts liegt derzeit keine Sache vor. Gegen verschiedene Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sind beim Bundesverfassungsgericht Beschwerden anhängig.

Zuordnung nach Rechtsgebieten:

	Eingänge	Erledigungen	Bestände
Ruhegeld (einschl. Vorruhestand) und Altersteilzeit	28,94 % (990)	18,89 % (535)	31,51 % (658)
Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Kündigungen, befristete Arbeitsverhältnisse; ohne Kündigungen nach § 613a BGB)	21,37 % (731)	25,39 % (719)	14,66 % (306)
Arbeitsentgelt	12,04 % (412)	12,75 % (361)	11,45 % (239)
Betriebsverfassung und Personalvertretung	7,89 % (270)	10,06 % (285)	8,09 % (169)
Tarifauslegung und Tarifvertragsrecht	5,44 % (186)	6,53 % (185)	9,1 % (190)
Sonstige	24,32 (832)	26,38 (747)	25,19 (526)

Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht



B. Rechtsprechungsübersicht

In den Jahresbericht wurden folgende Entscheidungen aufgenommen:

1. Entscheidungen des Ersten Senats:

Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 ABR 104/09 -
(Unterweisung zum Arbeitsschutz)

Beschluss vom 15. März 2011 - 1 ABR 97/09 -
(Sozialplanabfindung - Bemessungsdurchgriff im Konzern)

Urteil vom 12. April 2011 - 1 AZR 743/09 -
(Sozialplan - Alterszuschlag)

Urteil vom 12. April 2011 - 1 AZR 412/09 -
(Betriebsvereinbarung - erfolgsabhängige Vergütung - Arbeitsentgelt - Berufsfreiheit)

Urteil vom 17. Mai 2011 - 1 AZR 473/09 -
(Gewerkschaftlicher Beseitigungsanspruch bei tarifwidrigen betrieblichen Regelungen)

Urteil vom 7. Juni 2011 - 1 AZR 34/10 -
(Sozialplan - Abfindungsausschluss beim Bezug einer Erwerbsminderungsrente)

Urteil vom 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 -
(Leiharbeitnehmer - Interessenausgleich beim Entleiher)

Beschluss vom 18. Oktober 2011 - 1 ABR 25/10 -
(Eingruppierung - Vergütungsordnung - Einschränkung der Mitbestimmung durch den Eingangshalbsatz)

Beschluss vom 13. Dezember 2011 - 1 ABR 2/10 -
(Arbeitskampf - Mitbestimmung des Betriebsrats bei Versetzungen)

2. Entscheidungen des Zweiten Senats

Urteil vom 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 -
(Außerordentliche Kündigung)

Urteil vom 27. Januar 2011 - 2 AZR 825/09 -
(Außerordentliche Verdachtskündigung - Beginn der Frist des § 626 Abs. 2 BGB - Anhörung des Personalrats)

Urteil vom 24. Februar 2011 - 2 AZR 636/09 -
(Kündigung wegen Glaubenskonflikts)

Urteil vom 24. März 2011 - 2 AZR 790/09 -
(Personenbedingte Kündigung - mehrjährige Freiheitsstrafe)

Urteil vom 12. Mai 2011 - 2 AZR 479/09 -

(Anfechtung - außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung - politische Treuepflicht)

Urteil vom 12. Mai 2011 - 2 AZR 384/10 -
(Sonderkündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 BEEG)

Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 -
(Außerordentliche Kündigung - Interessenabwägung - Abmahnung)

Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 323/10 -
(Außerordentliche Kündigung - sexuelle Belästigung - Interessenabwägung - Abmahnung)

Urteil vom 7. Juli 2011 - 2 AZR 377/10 -
(Wahlbewerber - besonderer Kündigungsschutz)

Urteil vom 8. September 2011 - 2 AZR 543/10 -
(Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung)

Urteil vom 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 -
(Sozialauswahl und Altersdiskriminierung)

3. Entscheidungen des Dritten Senats

Urteil vom 26. Oktober 2010 - 3 AZR 711/08 -
(Betriebsrente - Entgeltentwicklung - Ausgangsrente)

Urteil vom 26. Oktober 2010 - 3 AZR 502/08 -
(Betriebsrentenanpassung - Abwicklungs- oder Rentnergesellschaft - Berechnungsdurchgriff)

Urteil vom 30. November 2010 - 3 AZR 798/08 -
(Betriebliche Altersversorgung - Verweis auf Beamtenrecht)

Urteil vom 19. Januar 2011 - 3 AZR 621/08 -
(Rückzahlung von Aus- oder Fortbildungskosten)

Urteil vom 19. Januar 2011 - 3 AZR 29/09 -
(Betriebliche Altersversorgung - mittelbare Diskriminierung)

Urteil vom 15. Februar 2011 - 3 AZR 35/09 -
(Auslegung einer Versorgungszusage - Ablösung einer Gesamtzusage - Kündigung einer Betriebsvereinbarung)

Urteil vom 28. Juni 2011 - 3 AZR 282/09 -
(Betriebsrente - Eingriff in Anpassungsregelung)

Urteil vom 19. Juli 2011 - 3 AZR 434/09 -
(Betriebliche Altersversorgung - Altersdiskriminierung)

4. Entscheidungen des Vierten Senats

Urteil vom 17. November 2010 - 4 AZR 391/09 -
(Bezugnahme auf Tarifvertrag und Betriebsübergang)

Urteil vom 26. Januar 2011 - 4 AZR 159/09 -
(Tariflicher Zustimmungsvorbehalt für Outsourcing-Maßnahmen)

Urteil vom 23. Februar 2011 - 4 AZR 336/09 -
(Eingruppierung eines Facharztes als ständiger Vertreter des Chefarztes)

Urteil vom 23. März 2011 - 4 AZR 366/09 -
(Unwirksamkeit einer Differenzierungsklausel in der Form einer Spannenklausel)

Urteil vom 20. April 2011 - 4 AZR 467/09 -
(Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen - Nachwirkung)

Urteil vom 20. April 2011 - 4 AZR 368/09 -
(Korrigierende Rückgruppierung nach vorheriger Bestätigung der bisherigen Eingruppierung)

Urteil vom 18. Mai 2011 - 4 AZR 457/09 -
(Verbandsaustritt unter Nichtbeachtung der satzungsmäßigen Kündigungsfrist)

Urteil vom 6. Juli 2011 - 4 AZR 706/09 -
(Sachliche Reichweite einer Bezugnahmeklausel bei Ausgliederung)

Beschluss vom 19. Oktober 2011 - 4 ABR 116/09 -
(ERA - Ausschluss der tariflichen Nachbindung)

Urteil vom 16. November 2011 - 4 AZR 856/09 -
(Wirksamkeit eines Tarifvertrags - Sondertarifvertrag für studentische Aushilfskräfte)

5. Entscheidungen des Fünften Senats

Urteil vom 23. März 2011 - 5 AZR 7/10 -
(„Equal Pay“-Anspruch des Leiharbeitnehmers und Ausschlussfrist)

Urteil vom 20. April 2011 - 5 AZR 171/10 -
(Auslandseinsatz eines Bauarbeiters - übliche Vergütung - tarifliche Ausschlussfrist)

Urteil vom 20. April 2011 - 5 AZR 191/10 -
(Widerruf - AGB-Kontrolle - ergänzende Vertragsauslegung in Altfällen)

Urteil vom 20. April 2011 - 5 AZR 200/10 -
(Pauschalabgeltung von Reisezeiten - Beifahrerzeiten - Vergütungspflicht)

Urteil vom 17. August 2011 - 5 AZR 406/10 -
(Pauschalabgeltung von Überstunden - Vergütungserwartung)

Urteil vom 17. August 2011 - 5 AZR 490/10 -
(Haftung nach § 1a AEntG aF - Berechnung des Nettoentgelts)

Urteil vom 21. September 2011 - 5 AZR 520/10 -
(Gleichbehandlung bei Entgelterhöhung - Vertragserfüllung - Maßregelungsverbot - Feststellungsklage - Bestimmtheit)

Urteil vom 21. September 2011 - 5 AZR 629/10 -
(Vergütungserwartung - Überstunden - Nettolohnabrede - gesetzlicher Richter)

6. Entscheidungen des Sechsten Senats

Urteil vom 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 -
(Hemmung der Stufenlaufzeit durch Elternzeit)

Urteil vom 14. April 2011 - 6 AZR 727/09 -
(Mitteilung der Kündigungsbefugnis im Arbeitsvertrag)

Urteil vom 19. Mai 2011 - 6 AZR 736/09 -
(Insolvenzanfechtung)

Urteil vom 9. Juni 2011 - 6 AZR 132/10 -
(Kündigung bei Personalgestellung)

Urteil vom 9. Juni 2011 - 6 AZR 687/09 -
(Zugang einer Kündigung - Ehegatte als Empfangsbote)

Urteil vom 6. Oktober 2011 - 6 AZR 262/10 -
(Zahlung rückständiger Vergütung - Insolvenzanfechtung)

Urteil vom 10. November 2011 - 6 AZR 357/10 -
(Aufhebungsvertrag - Rücktritt nach Insolvenzeröffnungsantrag)

Urteil vom 10. November 2011 - 6 AZR 148/09 -
(Vergütung nach dem Lebensalter im BAT - Diskriminierung)

Urteil vom 8. Dezember 2011 - 6 AZR 319/09 -
(Überleitung in den TVöD - Besitzstand - Diskriminierung)

Urteil vom 8. Dezember 2011 - 6 AZR 354/10 -
(Kündigung gegenüber einem minderjährigen Auszubildenden)

7. Entscheidungen des Siebten Senats

Urteil vom 8. Dezember 2010 - 7 AZR 438/09 -
(Tarifvertragliche Altersgrenze)

Beschluss vom 12. Januar 2011 - 7 ABR 34/09 -
(Mitbestimmung bei Ein- und Umgruppierung und ERA-TV)

Beschluss vom 9. Februar 2011 - 7 ABR 11/10 -
(Konzernbetriebsrat - Sparten-Konzernbetriebsrat)

Urteil vom 9. März 2011 - 7 AZR 728/09 -
(Befristung - Haushalt - Selbstverwaltungskörperschaft)

Urteil vom 6. April 2011 - 7 AZR 716/09 -
(Sachgrundlose Befristung - „Zuvor-Beschäftigung“)

Urteil vom 4. Mai 2011 - 7 AZR 252/10 -

(Befristungskontrollklage - § 6 KSchG)

Beschluss vom 4. Mai 2011 - 7 ABR 10/10 -
(Eingruppierung und betriebliche Vergütungsordnung)

Urteil vom 29. Juni 2011 - 7 AZR 6/10 -
(Bedingungs- und Befristungskombination - Weiterarbeit)

Beschluss vom 29. Juni 2011 - 7 ABR 135/09 -
(Ab- und Rückmeldepflicht für Betriebsratsmitglieder)

Beschluss vom 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 -
(Abbruch einer Betriebsratswahl)

8. Entscheidungen des Achten Senats

Urteil vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 326/09 -
(Betriebsteilübergang - Betriebsteil - Wahrung der Identität - Fortsetzungsverlangen -
Rechtzeitigkeit)

Urteil vom 27. Januar 2011 - 8 AZR 483/09 -
(Entschädigung - geschlechtsbezogene Benachteiligung - Beförderung)

Urteil vom 7. April 2011 - 8 AZR 730/09 -
(Betriebsübergang - Übergang eines Teilbetriebs - Teilbetrieb beim Betriebsveräußerer -
Zuordnung)

Urteil vom 28. April 2011 - 8 AZR 769/09 -
(Schadensersatz - Asbestbelastung)

Urteil vom 26. Mai 2011 - 8 AZR 37/10 -
(Betriebsübergang - Betriebsverlagerung - neuer Betriebssitz im Ausland)

Urteil vom 22. Juni 2011 - 8 AZR 48/10 -
(Diskriminierung - ethnische Herkunft - Deutschkurs)

Urteil vom 22. Juni 2011 - 8 AZR 102/10 -
(Erstattungsanspruch des Arbeitnehmers - Unfallschaden am Privatfahrzeug -
Rufbereitschaft)

Urteil vom 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 -
(Betriebsübergang - Aufhebungsvertrag mit dem Betriebsveräußerer - endgültiges
Ausscheiden aus dem Betrieb)

Urteil vom 18. August 2011 - 8 AZR 230/10 -
(Betriebsübergang - Betriebsfortführung durch Zwangsverwalter)

Urteil vom 13. Oktober 2011 - 8 AZR 608/10 -
(Entschädigung - Behinderung - Prüfpflicht bei freien Arbeitsplätzen)

9. Entscheidungen des Neunten Senats

Urteil vom 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 -
(Konkurrentenklage - kirchliche Hochschule)

Urteil vom 16. November 2010 - 9 AZR 573/09 -
(Einsicht in die Personalakte - beendetes Arbeitsverhältnis)

Urteil vom 12. April 2011 - 9 AZR 229/10 -
(Insolvenzversicherung von Altersteilzeitwertguthaben - persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH)

Urteil vom 12. April 2011 - 9 AZR 14/10 -
(Ersatz von Aufwendungen für das häusliche Arbeitszimmer eines Lehrers)

Urteil vom 17. Mai 2011 - 9 AZR 189/10 -
(Urlaubsgewährung - Freistellungserklärung des Arbeitgebers)

Urteil vom 21. Juni 2011 - 9 AZR 236/10 -
(Parteiwechsel in der Revisionsinstanz - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 -
(Ausgleichsklausel - AGB-Kontrolle)

Urteil vom 9. August 2011 - 9 AZR 365/10 -
(Urlaubsabgeltung - Ausschlussfristen)

Urteil vom 20. September 2011 - 9 AZR 416/10 -
(Urlaubsabgeltung - Vererblichkeit)

Urteil vom 18. Oktober 2011 - 9 AZR 315/10 -
(Elternzeit - Verlängerung)

10. Entscheidungen des Zehnten Senats

Urteil vom 17. November 2011 - 10 AZR 649/09 -
(Arbeitslosengeld - Urlaubsabgeltungsanspruch - Krankengeld)

Urteil vom 8. Dezember 2010 - 10 AZR 671/09 -
(Weihnachtsgeld - betriebliche Übung - Freiwilligkeitsvorbehalt - Widerrufsvorbehalt)

Urteil vom 19. Januar 2011 - 10 AZR 738/09 -
(Versetzung - Auslegung von AGB - billiges Ermessen)

Urteil vom 19. Januar 2011 - 10 AZR 873/08 -
(Arbeitgeberdarlehen - vertragliche Ausgleichsklausel)

Urteil vom 23. Februar 2011 - 10 AZR 579/09 -
(Tariflicher Zusatzurlaub - Nachtarbeit - Bereitschaftsdienst)

Urteil vom 23. März 2011 - 10 AZR 562/09 -
(Beauftragter für den Datenschutz - Widerruf der Bestellung - Teilkündigung)

Urteil vom 13. April 2011 - 10 AZR 88/10 -
(Gleichbehandlung - Sonderzahlung - Ausgleich für Mehrarbeit)

Urteil vom 18. Mai 2011 - 10 AZR 206/10 -
(Funktionszulage im Schreibdienst - Nachwirkung)

Urteil vom 17. August 2011 - 10 AZR 347/10 -
(Zeitzuschlag für Feiertagsarbeit)

Urteil vom 14. September 2011 - 10 AZR 198/10 -
(Karenzentschädigung - Anrechnung von Arbeitslosengeld)

Urteil vom 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 -
(Sonderzahlung - Freiwilligkeitsvorbehalt - Widerrufsvorbehalt)

Urteil vom 12. Oktober 2011 - 10 AZR 746/10 -
(Variable Vergütung - Festlegung eines Bonuspools)

Abkürzungsverzeichnis

ABN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde
ABR	Rechtsbeschwerden
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AltTZG	Altersteilzeitgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPISchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AS	Sondersachen
ASiG	Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AZB	Revisionsbeschwerden; sonstige Beschwerden
AZN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Revision
AZR	Revisionen
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LPVG NW	Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
NachwG	Nachweisgesetz

RL	Richtlinie
RVO	Reichsversicherungsordnung
SchwVWO	Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitssuchende -
SGB III	Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung -
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung -
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung -
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen -
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz -
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses

I. Arbeitsbedingungen

1. Weisungsrecht

Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Versetzung, die auf Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB beruht, ist zunächst durch Auslegung der Inhalt der vertraglichen Regelung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Festzustellen ist, ob ein bestimmter Tätigkeitsinhalt und Tätigkeitssort vertraglich festgelegt sind und welchen Inhalt ein gegebenenfalls vereinbarter Versetzungsvorbehalt hat. Dabei ist nach dem Urteil des Zehnten Senats vom 19. Januar 2011 (- 10 AZR 738/09 -) zu beachten, dass die Bestimmung eines Orts der Arbeitsleistung in Kombination mit einer im Arbeitsvertrag durch Versetzungsvorbehalt geregelten Einsatzmöglichkeit im Gesamtunternehmen regelmäßig eine Beschränkung auf den im Vertrag genannten Ort der Arbeitsleistung verhindert. Es wird lediglich klargestellt, dass § 106 Satz 1 GewO gelten und eine Versetzungsbefugnis an andere Arbeitsorte bestehen soll. Enthält ein Arbeitsvertrag eine nähere Festlegung hinsichtlich Art und/oder Ort der Tätigkeit, so unterliegt diese Regelung der Hauptleistungspflicht keiner Angemessenheitskontrolle iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern lediglich einer Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Fehlt es dagegen an einer Festlegung des Inhalts und des Orts der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag, ergibt sich der Umfang der Weisungsrechte des Arbeitgebers aus § 106 GewO. Weist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort im Rahmen seines Weisungsrechts zu, unterliegt dies der Ausübungskontrolle gemäß § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 3 BGB. Im vom Senat entschiedenen Fall wies der Arbeitsvertrag eine Klausel auf, die als Arbeitsgebiet einen bestimmten Außendienstbezirk bestimmte. Das Unternehmen hatte sich in einer weiteren Klausel die Zuweisung eines anderen Gebiets vorbehalten. Damit war klargestellt, dass § 106 Satz 1 GewO gelten und eine Versetzungsbefugnis in einen anderen Außendienstbezirk bestehen sollte. Nach objektivem Inhalt und typischem Sinn der Klausel, welche die Zuweisung eines anderen Gebiets gestattet, ergibt sich, dass eine feste Bestimmung des Arbeitsorts im Arbeitsvertrag gerade nicht erfolgen sollte. Ob die Versetzung der Klägerin der gebotenen Ausübungskontrolle am Maßstab von § 106 GewO, § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB standhielt, konnte der Senat mangels ausreichender Feststellungen nicht selbst entscheiden.

2. Arbeitszeit

Arbeitszeitregelungen in einem Formulararbeitsvertrag unterliegen der Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ist die Regelung nicht klar und verständlich, benachteiligt sie den Arbeitnehmer unangemessen und ist deshalb unwirksam. Der Neunte Senat hatte am 21. Juni 2011 (- 9 AZR 236/10 -) über die Wirksamkeit folgender Klausel zu befinden: „Der Angestellte ist verpflichtet, im monatlichen Durchschnitt 150 Stunden zu arbeiten.“ Eine solche formularmäßige Arbeitszeitvereinbarung ist nicht transparent. Denn sie legt nicht den Zeitraum fest, der für die Ermittlung des Durchschnitts maßgeblich ist. So bleibt offen, ob die durchschnittliche Arbeitszeit in Bezug auf das Kalenderjahr, auf das Beschäftigungsjahr oder gar in Bezug auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berechnen ist. Sowohl die Durchsetzung des arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruchs als auch die Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen wird durch eine solche Vertragsgestaltung vereitelt. Die Anwendung des sogenannten „blue-pencil-Tests“ führte im Streitfall nicht dazu, dass ein Teil der Klausel aufrechtzuerhalten war. Denn bei Vertragsschluss war der Wille der Parteien auf die Schaffung eines frei flottierenden Arbeitszeitregimes gerichtet, das auf Vertragsebene weder eine Mindest- noch eine Höchstarbeitszeit vorsah. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung kommt in einem solchen Fall nicht in Betracht. Mangels einer wirksamen Vereinbarung über Teilzeit bestand zwischen den Arbeitsvertragsparteien von Anfang an ein Vollzeitarbeitsverhältnis, dessen Mindestarbeitszeit nach dem anzuwendenden Manteltarifvertrag für das Wach- und Sicherheitsgewerbe in Nordrhein-Westfalen 160 Stunden im Monat beträgt. Ein darüber hinausgehender Beschäftigungsanspruch stand dem Kläger nicht zu. Zwar wurde der Kläger über einen längeren Zeitraum mit einem Stundenvolumen jenseits der tariflichen Mindestarbeitszeit beschäftigt; eine einvernehmliche Vertragsänderung lag hierin jedoch nicht. Für die Annahme einer dauerhaften Vertragsänderung mit einer erhöhten regelmäßigen Arbeitszeit fehlte es an entsprechenden Erklärungen der Arbeitsvertragsparteien. Die Arbeitgeberin war auch nicht nach § 9 TzBfG verpflichtet, die vertragliche Arbeitszeit zu verlängern. Denn der Kläger war nicht teilzeitbeschäftigter, sondern vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer. Auf diese ist § 9 TzBfG nicht anwendbar. Die regelmäßige Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten bildet die Obergrenze des Arbeitszeitverlängerungsanspruchs nach § 9 TzBfG.

Der Zehnte Senat hat sich im Urteil vom 23. Februar 2011 (- 10 AZR 579/09 -) mit dem Begriff „Nachtarbeit“ im Zusammenhang mit einem Zusatzurlaub gemäß Tarifvertrag

für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (*TV-Ärzte-VKA*) auseinandergesetzt. Danach sind Bereitschaftsdienststunden, die in der Zeit zwischen 21:00 Uhr und 06:00 Uhr geleistet werden, Nachtarbeitsstunden iSv. § 28 Abs. 3 TV-Ärzte-VKA. Zwar sind Wortlaut und tariflicher Gesamtzusammenhang der Vorschrift nicht eindeutig, jedoch folgt dieses Ergebnis aus Sinn und Zweck der Norm. Ein tariflicher Zusatzurlaub dient dem Ausgleich der durch Nachtarbeit verursachten besonderen Belastungen. Zugrunde zu legen ist der arbeitsschutzrechtliche Arbeitsbegriff. Bereitschaftsdienst, wie ihn der Arbeitnehmer in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb des Arbeitgebers leistet, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und nach der hieran anknüpfenden Neufassung des Arbeitszeitgesetzes in vollem Umfang als Arbeitszeit anzusehen, ohne Rücksicht darauf, welche Arbeitsleistung der Betroffene während dieses Bereitschaftsdienstes tatsächlich erbringt. Bereitschaftsdienst in der Nachtzeit ist in seiner gesamten Dauer nach § 6 Abs. 5 ArbZG auszugleichen, unabhängig davon, in welchen Arbeitsstunden tatsächlich Arbeitsleistung erbracht wurde. Im konkreten Fall war nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien der Ersatzurlaub in der zwischen den Parteien rechnerisch unstrittigen Höhe abzugelten.

3. Bezugnahmeklauseln

Der Vierte Senat hat mit Urteil vom 17. November 2010 (- 4 AZR 391/09 -) seine Rechtsprechung zum Schicksal von Gleichstellungsabreden nach einem Betriebsübergang im Sinne der früheren Rechtsprechung des Senats bestätigt. Danach bleibt eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel, auch wenn es sich um eine Gleichstellungsabrede im Sinne der alten Rechtsprechung handelt, nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB beim Erwerber mit unverändert rechtsbegründender Bedeutung bestehen. § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB gilt in diesem Zusammenhang nicht. Aus Wortlaut und systematischer Stellung der Norm folgt, dass diese Bestimmung nur die sonst vorgesehene Transformation von Tarifrecht, das beim Betriebsveräußerer kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit gegolten hat, in das Arbeitsverhältnis beim Erwerber verhindert oder beendet. Sie nimmt keinen Einfluss auf beim Veräußerer vertraglich begründete Rechte und Pflichten. Eine Gleichstellungsklausel kann nur dann als Verweisung auf den jeweils für den Betrieb fachlich/betrieblich geltenden Tarifvertrag (*Tarifwechselklausel*) verstanden werden, wenn sich dies mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Arbeitsvertragstext oder aus besonderen Begleitumständen bei Vertragsschluss ergibt. Allein die Feststellung, dass es sich um eine Gleichstellungsabrede handelt, reicht für die Annahme ei-

nes vertraglich veranlassten Tarifwechsels nicht aus. Der Wegfall der Tarifgebundenheit auf Arbeitgeberseite im Zuge des Betriebsübergangs führt aber dazu, dass die arbeitsvertraglich vereinbarte Bezugnahme ihre Dynamik verliert. Danach konnte die Klägerin, die ursprünglich bei einer an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes tarifgebundenen Stadt beschäftigt war, aufgrund der arbeitsvertraglichen auf diese Tarifverträge bezogenen Gleichstellungsabrede iSd. alten Rechtsprechung auch nach dem Betriebsübergang auf einen Arbeitgeber im Reinigungsgewerbe Vergütung nach dem BMT-G II verlangen, allerdings nur in der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs auf den nicht hieran tarifgebundenen Betriebserwerber geltenden Höhe. Die vertragliche Abrede konnte nicht als Verweisungsklausel auf die beim Erwerber kraft Allgemeinverbindlichkeit normativ geltenden Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks verstanden werden. Da die ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs statisch geltenden Regeln des BMT-G II günstiger waren als die für das Gebäudereinigerhandwerk, fanden sie gemäß § 4 Abs. 3 TVG Anwendung und rechtfertigten die Klageforderung.

In seinem Urteil vom 6. Juli 2011 (- 4 AZR 706/09 -) hat sich der Vierte Senat mit der Reichweite einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel befasst. Der Kläger war zunächst bei der Deutschen Bundespost beschäftigt. Deren Geschäftsbereich Fernmeldedienst wurde bei der Postreform in die Deutsche Telekom AG umgewandelt. Diese vereinbarte mit der Deutschen Postgewerkschaft Tarifverträge, die den ursprünglich im Arbeitsvertrag in Bezug genommenen Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost abänderten. Später ging das Arbeitsverhältnis des Klägers infolge eines Betriebsübergangs auf eine Tochtergesellschaft über, die von den bei der Deutschen Telekom AG geltenden Tarifverträgen abweichen wollte und dafür mit der Gewerkschaft ver.di einen Haustarifvertrag abgeschlossen hatte. Der Senat hat die Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsklausel im Sinne der alten Rechtsprechung qualifiziert. Diese zunächst zeitlich dynamisch wirkende vertragliche Bezugnahmeklausel auf den Haustarifvertrag der Deutschen Bundespost war aufgrund der partiellen Gesamtrechtsnachfolgen im Bereich der Deutschen Bundespost und der fehlenden Weiterführung des in Bezug genommenen Tarifvertrags planwidrig lückenhaft geworden. Die Regelungslücke war im Wege ergänzender Vertragsauslegung dahin zu schließen, dass die an diese Stelle tretenden, in den einzelnen Post-Nachfolgeunternehmen bestehenden haustariflichen Regelungen Vertragsgegenstand wurden. Durch den Betriebsübergang wurde dieses in Bezug genommene Tarifwerk gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem beklagten Tochterunternehmen als Betriebserwerberin. Die Bezugnahmeklausel erfasste nicht die beim beklagten Tochterunternehmen bestehenden Haustarifverträge. Eine von denselben Tarifvertragspar-

teilen vereinbarte Tarifsukzession innerhalb des Geltungsbereichs des bisherigen Tarifvertrags, wie sie etwa im Bereich des öffentlichen Dienstes durch die weitgehende Ersetzung des BAT durch die Nachfolgetarifverträge geschehen ist, war im hier behandelten Geschäftsbereich der Deutschen Telekom AG nicht erfolgt. Die bereits ergänzend ausgelegte Bezugnahmeklausel ist auch nicht - erneut - im Zuge des weiteren Betriebsübergangs durch Wegfall der Dynamik des in Bezug genommenen Tarifwerks lückenhaft geworden. Die Tarifverträge bei der Deutschen Telekom AG bestehen nach wie vor fort und werden auch weiterentwickelt. Auch aus dem Umstand, dass es sich bei der Bezugnahme um eine Gleichstellungsabrede handelte, ergab sich nicht der vertragliche Wechsel zu dem Haustarifvertrag des beklagten Tochterunternehmens. Der Vierte Senat bestätigt in diesem Zusammenhang das bereits in der Entscheidung vom 17. November 2010 (- 4 AZR 391/09 -) entwickelte Verständnis einer Gleichstellungsabrede, die nicht ohne Weiteres als Tarifwechselklausel verstanden werden kann. Damit galten für den Kläger, wenn auch statisch bezogen auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs, die Haustarifverträge der Deutschen Telekom AG weiter.

4. Rückzahlung von Aus- oder Fortbildungskosten

Eine Klausel in einer vorformulierten Vereinbarung, wonach der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Kosten der Aus- oder Fortbildung zur erstatten hat, wenn er auf eigenen Wunsch oder aus seinem Verschulden aus dem Arbeitsverhältnis vor Ablauf des Kalendermonats ausscheidet, in dem das Zeugnis über den Abschluss der Aus- oder Fortbildung ausgestellt ist, hält gemäß Urteil des Dritten Senats vom 19. Januar 2011 (- 3 AZR 621/08 -) der AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB regelmäßig stand. Grundsätzlich sind einzelvertragliche Vereinbarungen zur Kostenbeteiligung zulässig, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf bestimmter Fristen aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Allerdings können derartige Zahlungsverpflichtungen, die an eine vom Arbeitnehmer zu verantwortende Beendigung des Arbeitsverhältnisses anknüpfen, gegen Treu und Glauben verstoßen. Ob dies der Fall ist, ist anhand einer Interessenabwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Daran gemessen benachteiligte die vertragliche Bindung den Arbeitnehmer im vom Senat entschiedenen Fall nach Abschluss der Prüfung angesichts des erheblichen geldwerten Vorteils für den Arbeitnehmer nicht unverhältnismäßig. Gleiches galt für die Bindungsklausel während der Ausbildung. Eine solche Rückzahlungsklausel ist auch dann angemessen, wenn die Aus- oder Weiterbildung in mehreren, zeitlich voneinander getrennten Abschnitten erfolgt. Voraussetzung

ist jedoch, dass nach der Vereinbarung die zeitliche Lage der einzelnen Aus- oder Fortbildungsabschnitte den Vorgaben der Aus- oder Fortbildungseinrichtung entspricht und die vertragliche Vereinbarung dem Arbeitgeber nicht die Möglichkeit einräumt, allein nach seinen Interessen die Teilnahme an den jeweiligen Aus- oder Fortbildungsabschnitten oder deren zeitliche Lage festzulegen. Der Arbeitnehmer muss zudem mit der Aus- oder Weiterbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Bindung an das Arbeitsverhältnis erhalten, dh. sie stellt für ihn einen geldwerten Vorteil dar und er braucht nur die bis zum Ausscheiden tatsächlich entstandenen Kosten zurückzuzahlen. Eine unangemessene Benachteiligung durch die Rückzahlungsklausel liegt jedoch auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach Erteilung des Abschlusszeugnisses aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden könnte, ohne mit einer Rückzahlungsverpflichtung belastet zu sein.

5. Elternzeit

Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG hat der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber die Elternzeit schriftlich zu verlangen. Dabei hat er zu erklären, für welche Zeiten er „innerhalb von zwei Jahren“ Elternzeit in Anspruch nimmt. Bei dieser Inanspruchnahme der Elternzeit muss der Arbeitnehmer mindestens den Zweijahreszeitraum abdecken. Bleibt die in Anspruch genommene Elternzeit hinter diesem Zeitraum zurück, kann der Arbeitnehmer eine Verlängerung dieser Elternzeit nach § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG nur mit Zustimmung des Arbeitgebers erreichen. Zustimmungsfrei ist die Verlängerung nur, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Anspruchsberechtigung aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann, § 16 Abs. 3 Satz 4 BEEG. Der Neunte Senat hat mit Urteil vom 18. Oktober 2011 (- 9 AZR 315/10 -) entschieden, dass die siebenwöchige Anmeldefrist nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG nicht für das Verlängerungsbegehren nach § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG gilt. Das folgt schon aus dem Wortlaut der Regelungen. Bei der Entscheidung des Arbeitgebers nach § 16 Abs. 3 Satz 1 BEEG, ob er der Verlängerung der Elternzeit zustimmt, muss er entsprechend § 315 Abs. 1 BGB billiges Ermessen wahren. Dabei hat er die wesentlichen Umstände des Einzelfalls abzuwägen und die beiderseitigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien angemessen zu berücksichtigen.

6. Datenschutzbeauftragter

Aufgrund der Verweisung in § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG muss für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten ein wichtiger Grund vorliegen, der es aufgrund von Tatsa-

chen und unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls sowie unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar macht, ihn auch nur bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterhin einzusetzen. Als wichtige Gründe kommen nach Maßgabe des Urteils des Zehnten Senats vom 23. März 2011 (- 10 AZR 562/09 -) insbesondere solche in Betracht, die mit der Funktion und Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten zusammenhängen und eine weitere Ausübung dieser Tätigkeit unmöglich machen oder sie zumindest erheblich gefährden, beispielsweise ein Geheimnisverrat oder eine dauerhafte Verletzung von Kontrollpflichten als Datenschutzbeauftragter. Die vom Arbeitgeber im entschiedenen Fall als Grund genannte organisatorische Änderung, nach der der betriebliche Datenschutz zukünftig durch einen externen statt durch einen internen Datenschutzbeauftragten gewährleistet werden sollte, rechtfertigt den Widerruf der Bestellung nicht. Das grundsätzlich bestehende freie Bestellungs- und Auswahlrecht ermöglicht es nicht, einen bereits bestellten Beauftragten für den Datenschutz ohne Weiteres aufgrund einer erneuten Organisationsentscheidung wieder abzurufen. Die bloße Mitgliedschaft im Betriebsrat und in dessen EDV-Ausschuss stellt keinen die Zuverlässigkeit eines Beauftragten für den Datenschutz in Frage stellenden Interessenkonflikt dar. Die Rechtsstellung eines Arbeitgebers wird nicht dadurch unzulässig beeinträchtigt, dass er einem Datenschutzbeauftragten gegenübersteht, der zugleich die Rechte des Betriebsrats aus dem Betriebsverfassungsgesetz wahrnimmt. Die vom Arbeitgeber ausgesprochene Teilkündigung war schon deshalb unwirksam, weil es ihrer nicht bedurfte. Regelmäßig wird bei einer Bestellung einzelner Arbeitnehmer zu Datenschutzbeauftragten im bestehenden Arbeitsverhältnis der Arbeitsvertrag nach Maßgabe der Bestimmungen um die mit diesem Amt verbundenen Aufgaben erweitert. Nimmt der Arbeitnehmer dieses Angebot ausdrücklich oder konkludent an, wird der Arbeitsvertrag für die Zeitspanne der Amtsübertragung entsprechend geändert und angepasst. Wird die Bestellung nach § 4f Abs. 3 Satz 4 BDSG wirksam widerrufen, ist die Tätigkeit des Beauftragten für den Datenschutz ohne Weiteres nicht mehr Bestandteil der vertraglich geschuldeten Leistungen. Im konkreten Fall blieb die klagende Arbeitnehmerin Datenschutzbeauftragte, da weder Widerruf noch Teilkündigung wirksam waren.

II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

1. Vergütung

a) Übliche Vergütung

In einem Fall mit Auslandsbezug hat sich der Fünfte Senat im Urteil vom 20. April 2011 (- 5 AZR 171/10 -) mit der Höhe der üblichen Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB befasst. Der Kläger wurde von einem in Mecklenburg-Vorpommern ansässigen Bauunternehmen ganz überwiegend in Dänemark eingesetzt. Da die Parteien für diesen Einsatz keine Vergütungsregelung getroffen hatten, schuldet der Arbeitgeber nach § 612 BGB die übliche Vergütung. Diese richtet sich nach dem TV Mindestlohn, wenn im vergleichbaren Wirtschaftskreis für Auslandseinsätze üblicherweise keine höhere Vergütung geleistet wird. Da es nach § 3 Abs. 2 dieses Tarifvertrags für die Höhe des Mindestlohns Ost oder West auf den Einstellungsort ankommt, kann der Kläger lediglich den Mindestlohn Ost beanspruchen. Doch ist die in § 2 Abs. 5 TV Mindestlohn speziell geregelte Ausschlussfrist als Teil der üblichen Vergütung zu berücksichtigen.

b) Eingruppierung

Im Urteil vom 23. Februar 2011 (- 4 AZR 336/09 -) hat sich der Vierte Senat im Rahmen einer Eingruppierungsklage mit dem Tatbestandsmerkmal „ständige Vertretung des Leitenden Arztes“ (*Chefarzt*) der Entgeltgruppe Ä4 gemäß § 12 TV-Ärzte/TdL auseinandergesetzt. Dieses Tarifmerkmal setzt nicht voraus, dass für den betreffenden Arbeitnehmer in einem bestimmten zeitlichen Umfang, namentlich mindestens zur Hälfte der auszuübenden Tätigkeit, tatsächlich Vertretungstätigkeiten anfallen. Die ständige Vertretung des leitenden Arztes bedeutet, dass der Mitarbeiter während der gesamten Zeit seiner ärztlichen Tätigkeit als ständiger Vertreter eingesetzt ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn er sich gerade mit anderen als mit Leitungsaufgaben befasst. Für eine „ständige Vertretung“ reicht es andererseits nicht aus, wenn die Vertretung nur im Falle der Abwesenheit oder der Verhinderung des Vertretenen wegen Krankheit, Urlaub oder aus sonstigen Gründen stattfindet. Der ständige Vertreter muss die Aufgaben des Vertretenen auch bei dessen dienstlicher Anwesenheit neben diesem wahrnehmen können. Dabei ist allerdings nicht erforderlich, dass er bei Anwesenheit des Chefarztes ggf. sämtliche Leitungsaufgaben tatsächlich wahrzunehmen hat. Die dauerhafte Übertragung maßgebender Führungs- und Leitungsaufgaben im Sinne einer Zuständigkeits-

regelung ist ausreichend, ohne dass für den Vertretungsfall eine Verhinderung des Chefarztes vorliegen muss. Zwischen dem Chefarzt und seinem ständigen Vertreter besteht dafür ein hierarchisches Über-/Unterordnungsverhältnis. Dabei ist es im Gegensatz zur Aufspaltung der Vertretung auf zwei Ärzte unschädlich, wenn einzelne Aufgabenstellungen, die nicht dem Kreis der unmittelbaren Führungs- und Leitungsaufgaben zuzurechnen sind, an andere Beschäftigte innerhalb der Klinik übertragen werden. Nach Maßgabe dieses Verständnisses war der klagende Oberarzt ständiger Vertreter des Chefarztes im Sinne der Entgeltgruppe Ä4 des § 12 TV-Ärzte/TdL.

Der Vierte Senat hat im Urteil vom 20. April 2011 (- 4 AZR 368/09 -) seine Rechtsprechung zu den durch schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers begrenzten Möglichkeiten des Arbeitgebers des öffentlichen Dienstes, korrigierend rückzugruppieren fortgeführt. Die korrigierende Rückgruppierung des beklagten öffentlichen Arbeitgebers war rund acht Jahre nach einem Schreiben des Arbeitgebers erfolgt, in dem anlässlich der Überprüfung einer allgemeinen Zulage die Eingruppierung in eine bestimmte Vergütungs- und Fallgruppe festgehalten wurde. Nach Maßgabe des für diese Fallgruppe vorgesehenen Bewährungsaufstiegs stieg die Klägerin später in die entsprechend höhere Vergütungsgruppe auf, was in einem „Änderungsvertrag“ der Parteien ausdrücklich festgehalten wurde. Der Vierte Senat versagte der Beklagten hiernach das Recht, eine - möglicherweise - dem Tarifrecht entsprechende korrigierende Rückgruppierung wirksam vorzunehmen und erkannte der Klägerin ihre zuvor bezogene Vergütung auch weiterhin zu. Es ist zwar zunächst grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes keine übertarifliche Vergütung gewähren will, weshalb es sich bei Mitteilung der Vergütungsgruppe in einem Arbeitsvertrag nur um eine Wissenserklärung handelt, mit der der Arbeitgeber seine Rechtsauffassung zu der nach der vereinbarten Tätigkeit tariflich maßgeblichen Vergütungsgruppe dokumentiert. Ein Vertrauen in den Fortbestand einer objektiv tariflich unzutreffenden Eingruppierung kann jedoch durch Umstände begründet werden, die nach der Eingruppierung eingetreten sind. In diesem Fall kann eine nachfolgende korrigierende Rückgruppierung aufgrund des Verbots widersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen sein. Schützenswertes Vertrauen kann sich insoweit auch aus der Gesamtschau aller Umstände ergeben, von denen jeder für sich allein keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand begründen kann. Der Senat hat hier ein schützenswertes Vertrauen bejaht. Neben dem Zeitmoment waren das Mitteilungsschreiben zu der maßgeblichen Vergütungs- und Fallgruppe, der dem entsprechende und auch tatsächlich durchgeführte Bewährungsaufstieg und der Änderungsvertrag über die zustehende Vergütung ausreichende Umstände, die ein schützenswertes Vertrauen auf Fortbestand der bisherigen Vergütungsansprü-

che begründeten. Umgekehrt konnte sich der beklagte Arbeitgeber nicht seinerseits auf Vertrauensschutz, nicht mehr auf die frühere Vergütung in Anspruch genommen zu werden, berufen. Zwar hatte die Klägerin zunächst ihre gegen die korrigierende Rückgruppierung gerichtete Klage auf Anraten des Gerichts zurückgenommen und nach vorangegangenem Schriftwechsel erst etwa dreieinhalb Jahre später wieder erhoben. Weder die Klagerücknahme noch die Untätigkeit der Klägerin begründeten aber unter den Umständen des Einzelfalls ein hinreichendes Umstandsmoment.

c) Stufenzuordnung

Nach § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT wird Elternzeit nicht auf die für die Einstufung maßgebliche Stufenlaufzeit angerechnet. Dies diskriminiert nach einem Urteil vom 27. Januar 2011 (- 6 AZR 526/09 -) weibliche Beschäftigte weder unmittelbar noch mittelbar wegen ihres Geschlechts. Eine unmittelbare Diskriminierung scheidet aus, da nicht an das Geschlecht, sondern an die Männern und Frauen gleichermaßen offenstehende Elternzeit anknüpft wird. Es liegt auch keine mittelbare Diskriminierung iSd. § 3 Abs. 2 AGG vor. Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis während der Elternzeit unter Suspendierung der wechselseitigen Hauptpflichten ruht, und aktiv Beschäftigte sind grundsätzlich nicht vergleichbar. Der Stufenaufstieg im TVöD knüpft in rechtlich zulässiger Weise an den Erfahrungsgewinn im aktiven Arbeitsverhältnis. In der Zeit, in der das Arbeitsverhältnis während der Inanspruchnahme von Elternzeit unter Suspendierung der beiderseitigen Hauptpflichten ruht, wird keine solche Erfahrung gewonnen. Weder Unionsrecht noch nationales Recht gebieten die Gleichstellung Beschäftigter, deren Arbeitsverhältnis wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit ruht, mit aktiv Beschäftigten. § 17 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 TVöD-AT genügt den Anforderungen des § 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung über Elternurlaub im Anhang zur RL 96/34/EG, weil die vor Beginn der Elternzeit zurückgelegte Stufenlaufzeit erhalten bleibt. Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 2 und 3 RL 76/207/EWG in der Fassung der RL 2002/73/EG und Art. 16 der diese Richtlinie mit Wirkung zum 15. August 2009 ersetzenden RL 2006/54/EG erfassen ausschließlich Arbeitnehmer, die aus dem Vaterschafts- bzw. Adoptionsurlaub zurückkehren. Diese Institute kennt das deutsche Recht nicht. Im Sinne des *acte clair*-Grundsatzes besteht Gewissheit, dass Art. 2 Abs. 7 Unterabs. 4 Satz 3 RL 76/207/EWG und Art. 16 RL 2006/54/EG auf die unionsrechtlichen Bestimmungen über den Elternurlaub und die diese in das nationale Recht umsetzende Regelungen keine Anwendung finden. Weder § 15 Abs. 2 Satz 6 BEEG noch der Gleichberechtigungssatz gebieten die Berücksichtigung der Elternzeit für den Stufenaufstieg im

Entgeltsystem des TVöD. Zwar darf die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Gruppenbildung die durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützten Belange von Ehe und Familie nicht gleichheits- und sachwidrig außer Betracht lassen. Das neue Entgeltsystem des TVöD stellt aber durch den Stufenaufstieg innerhalb der Entgeltgruppe ohne Bezug zu Art. 6 GG auf die in der Berufserfahrung zum Ausdruck kommende Leistungsfähigkeit ab.

d) Variable Vergütung

In dem vom Zehnten Senat durch Urteil vom 12. Oktober 2011 (- 10 AZR 746/10 -) entschiedenen Fall war die zusätzliche variable Vergütung unter Berücksichtigung der Ertragslage des Investmentgeschäfts der Rechtsvorgängerin der Beklagten individuell nach Leistungsgesichtspunkten jährlich neu festzulegen. Die vertragliche Regelung überließ damit der Arbeitgeberin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht iSd. § 315 BGB. Die Leistungsbestimmung hat nach der gesetzlichen Regelung mangels abweichender Anhaltspunkte nach billigem Ermessen zu erfolgen. Erforderlich für die Annahme einer Leistungsbestimmung ist, dass die Bestimmung konkret die dem Arbeitnehmer zustehende Leistung festlegt. Das Ermessen muss zumindest hinsichtlich eines Teils der Leistung abschließend ausgeübt werden. Noch keine Leistungsbestimmung liegt dagegen vor, wenn der bestimmungsberechtigte Arbeitgeber lediglich einzelne, in die Abwägung einzustellende Faktoren festlegt oder die Voraussetzungen für die endgültige Leistungsbestimmung schafft. Danach ist die Festlegung eines Bonuspools noch keine Leistungsbestimmung. Es handelt sich dabei lediglich um einen Faktor, der in die spätere Leistungsbestimmung als wesentlicher Umstand einzubeziehen ist und regelmäßig dazu führt, dass ein solches Volumen zu verteilen ist. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände (*hier: außergewöhnlich hohe Verluste*) kann davon abgewichen werden. Die im Februar des Folgejahres vorgenommene Leistungsbestimmung des Arbeitgebers entsprach der Billigkeit, obwohl der Bonus nur auf 10 % der vorgesehenen Größenordnung festgelegt wurde. Für die Abweichung lagen besonders gewichtige Umstände in Form eines extrem negativen operativen Ergebnisses vor. Durch die seitens der Beklagten erfolgte Zuführung von Kapital in Milliardenhöhe wird deutlich, dass es sich nicht um eine Situation im Rahmen des normalen Geschäftsverlaufs oder üblicher Schwankungsbreiten handelte. Diese Ausnahmesituation lässt es auch unter Berücksichtigung der Leistung des Klägers nicht unangemessen erscheinen, den auszuschüttenden Bonus gegenüber dem zugesagten Volumen auf etwas

mehr als 10 % zu reduzieren. Insofern verblieb es in dem vom Senat entschiedenen Fall für den Kläger beim ausgezahlten Bonus.

e) Reisezeiten

In seinem Urteil vom 20. April 2011 (- 5 AZR 200/10 -) hat sich der Fünfte Senat mit der Vergütung von Zeiten befasst, die ein Kraftfahrer als Beifahrer zurücklegt. Im entschiedenen Fall enthielt der Formulararbeitsvertrag eine Klausel, wonach außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallende Reisezeiten mit der zu zahlenden Vergütung abgegolten seien. Diese Klausel ist vom erkennenden Senat wegen unzureichender Transparenz als unwirksam beurteilt worden. Aus dem Arbeitsvertrag muss sich unmissverständlich ergeben, welche Zeiten von der Vergütungspflicht ausgenommen werden sollen. In derselben Entscheidung ist anerkannt worden, dass Zeiten, die ein Lkw-Fahrer als Beifahrer auf dem Lkw verbringt, grundsätzlich vergütungspflichtig sind. Arbeit als Leistung der versprochenen Dienste ist auch die vom Arbeitgeber veranlassete Untätigkeit, während derer der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz anwesend sein muss und nicht frei über die Nutzung der Zeit bestimmen kann, er also weder eine Pause im Sinne des Arbeitszeitgesetzes noch Freizeit hat.

f) Überstunden

Im Urteil vom 17. August 2011 (- 5 AZR 406/10 -) setzt der Fünfte Senat seine Rechtsprechung zur notwendigen Transparenz von Überstundenregelungen in Arbeitsverträgen fort. Der Arbeitsvertrag des als angestellter Rechtsanwalt beschäftigten Klägers besagte, dass durch die zu zahlende Bruttovergütung „eine etwaig notwendig werdende Über- oder Mehrarbeit abgegolten“ sei. Die Beklagte hatte dem Kläger vor der Einstellung bestätigt, dass nach etwa einem bis eineinhalb Jahren Gespräche darüber aufgenommen würden, ob und ggf. ab welchem Zeitpunkt dem Kläger eine Partnerschaft in Aussicht gestellt werden könne. Nachdem es zu keiner Aufnahme des Klägers in die Partnerschaft gekommen war, machte der Kläger im Zuge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Überstundenvergütung geltend. Der Fünfte Senat hat entschieden, dass die Klausel im Arbeitsvertrag nicht klar und verständlich ist. Weder der Umfang der Über- oder Mehrarbeit ist im Arbeitsvertrag bestimmt, noch die Voraussetzungen, unter denen Überstunden „etwaig notwendig“ sein sollten. Doch fehle es an einer Anspruchsgrundlage. Die für einen Anspruch auf Überstundenvergütung aus § 612 Abs. 1 BGB erforderliche Vergütungserwartung sei nicht gegeben. Diese Vergü-

tungserwartung sei anhand eines objektiven Maßstabs unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, der Art, des Umfangs und der Dauer der Dienstleistung sowie der Stellung der Beteiligten zueinander festzustellen, ohne dass es auf deren persönliche Meinung ankäme. Bei Leistung höherer Dienste gegen eine deutlich überdurchschnittliche Vergütung bei gegebener Erwartung einer späteren Beteiligung an der Partnerschaft fehle es an einer solchen objektiven Vergütungserwartung.

Mit Urteil vom 21. September 2011 (- 5 AZR 629/10 -) hat der Fünfte Senat entschieden, dass eine Schwarzgeldabrede arbeitsrechtlich nicht als Vereinbarung eines Nettoarbeitsentgelts verstanden werden kann. Zwar gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt worden sind. Doch ist der Anwendungsbereich dieser Fiktion beschränkt auf das Sozialversicherungsrecht. Er erstreckt sich nicht auf das Steuerrecht und das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Deshalb kann der Arbeitnehmer das vereinbarte Schwarzgeld nur brutto verlangen. In diesem Urteil bekräftigt der Senat die Rechtsprechung, wonach ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, jede Mehrarbeitszeit oder jede dienstliche Anwesenheit über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus sei zu vergüten, nicht besteht. Vielmehr bedürfe eine entsprechende objektive Vergütungserwartung der Feststellung im Einzelfall. Im Fall einer zeitlichen Verschränkung einerseits arbeitszeitbezogen und andererseits erfolgsabhängig vergüteter Dienstleistungen könne die objektive Vergütungserwartung für Überstunden im arbeitszeitbezogen vergüteten Arbeitsbereich nur bei Vorliegen besonderer Umstände oder einer entsprechenden Verkehrssitte bejaht werden.

g) Entgelterhöhung

Die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich der Arbeitsvergütung erfordert eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber ausschließlich normative oder vertragliche Verpflichtungen erfüllt. Dies hat der Fünfte Senat mit Urteil vom 21. September 2011 (- 5 AZR 520/10 -) in einem Fall bestätigt, in dem die Kläger eine tarifliche Einmalzahlung verlangten, die der beklagte Arbeitgeber nur den Mitarbeitern gewährte, die ein Vertragsangebot mit Bezugnahme auf ein anderes Tarifwerk angenommen hatten. Damit hat die Beklagte weder eine Gruppenbildung vorgenommen noch eine verteilende Entscheidung getroffen. Sie hat allen Mitarbeitern die Änderung der Arbeitsverträge angeboten. Die Teilung der Belegschaft in solche Mitarbeiter, die das Angebot annah-

men, und diejenigen, die das Angebot ablehnten, erfolgte unabhängig vom Willen der Beklagten. Mit der späteren Gewährung der tariflich geregelten Einmalzahlung kam die Beklagte lediglich ihren vertraglichen Verpflichtungen aus den geänderten Arbeitsverträgen nach und verletzte auch nicht das Maßregelungsverbot des § 612a BGB.

h) Sonderzahlung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber auch bei Sonderzahlungen, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleichzubehandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei der Zahlung der Arbeitsvergütung anwendbar, wenn diese durch eine betriebliche Einheitsregelung generell angehoben wird und der Arbeitgeber die Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Ein Ausschluss bestimmter Gruppen ist jedoch nicht sachfremd, wenn sich nach dem Leistungszweck Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, einer Gruppe von Arbeitnehmern eine Leistung vorzuenthalten. Die Zweckbestimmung einer Leistung ergibt sich dabei vorrangig aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Erfüllung die Leistung abhängig gemacht wird. Liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die vorenthaltene Leistung. Im Urteil des Zehnten Senats vom 13. April 2011 (- 10 AZR 88/10 -) hat die Beklagte eine Zuwendung nur den Arbeitnehmern gezahlt, mit denen sie die Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit auf 40 Stunden vereinbart hatte. In diesem Zusammenhang darf eine Sonderzahlung ohne Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einer Gruppe von Arbeitnehmern vorenthalten werden, wenn sie ausschließlich dem Ausgleich von Nachteilen derjenigen dient, die mit dem Arbeitgeber ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart haben. Nach Auffassung des Senats war Leistungszweck im konkreten Fall der Ausgleich der Vergütungsnachteile aufgrund verlängerter wöchentlicher Arbeitszeit, nicht aber zusätzlich die Honorierung bestimmter Betriebsergebnisse. Schon dem Wortlaut nach sollte die Einmalzahlung „bei“ und nicht „für“ die Erreichung eines Ergebnisses gezahlt werden. Zwar ist eine Überkompensation unzulässig, hinsichtlich der notwendigen Würdigung besteht allerdings ein Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers. Bei der vergleichenden Berechnung bezogen auf eine Arbeitsstunde war es deshalb nicht zu beanstanden, dass die Beklagte die Mehrarbeitszuschläge in die vergleichende Betrachtung

tung einbezogen hat. Denn die Arbeitnehmergruppe, die der Erhöhung der Arbeitszeit zugestimmt hat, erhält für die Leistung der zusätzlichen Wochenstunden keinen Mehrarbeitszuschlag.

i) Feiertagszuschlag

Die tariflichen Regelungen für die Zahlung eines Zuschlags für Feiertagsarbeit knüpfen regelmäßig an die gesetzlichen Feiertage am Beschäftigungsort an, abweichende Regelungen müssen deutlich erkennbar sein. Danach wird gemäß Urteil des Zehnten Senats vom 17. August 2011 (- 10 AZR 347/10 -) der Feiertagszuschlag nach § 10 Abs. 1 Buchst. d TV-V nur für die Arbeit an gesetzlich bestimmten Feiertagen am Beschäftigungsort geschuldet. Im TV-V fehlt eine eigenständige vom gesetzlichen Feiertagsrecht abweichende Definition des Begriffs der Feiertagsarbeit. Der bundesweit geltende TV-V enthält keine länderspezifischen und konfessionellen Besonderheiten im Feiertagsrecht. Im konkreten Fall war der Beschäftigungsort im Land Sachsen-Anhalt. Dort sind Ostersonntag und Pfingstsonntag nicht als gesetzliche Feiertage bestimmt. Insofern bestand kein Anspruch auf einen Feiertagszuschlag.

j) Funktionszulage

Haben die Arbeitsvertragsparteien in einer Nebenabrede die Fortzahlung der Funktionszulage im Schreibdienst nach Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT in der bis zum 31. Dezember 1983 geltenden Fassung (*Funktionszulage Schreibdienst*) „bis zu einer tarifvertraglichen Neuregelung“ vereinbart, so handelt es sich gemäß Urteil des Zehnten Senats vom 18. Mai 2011 (- 10 AZR 206/10 -) um eine auflösende Bedingung iSv. § 158 Abs. 2 BGB. Auflösende Bedingungen unterliegen wie die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Die Nebenabrede bestimmte hinreichend transparent, in welchen Fällen der Anspruch auf die vereinbarte Zulage entfallen sollte. Die auflösende Bedingung stellte keine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Bei Tarifgebundenen endet die Nachwirkung im Fall einer tarifvertraglichen Neuregelung. Die Beendigung der Nachwirkung mit Inkrafttreten einer tarifvertraglichen Neuregelung als auflösende Bedingung behandelte die Beschäftigten unabhängig von ihrer Tarifbindung gleich. Die in der Nebenabrede vereinbarte Bedingung war eingetreten, da die Regelung des TVöD eine tarifvertragliche, den BAT ersetzende Neuregelung im Sinne der streitge-

genständlichen Klausel darstellte. Aus § 5 Abs. 2 Satz 3 TVÜ-Bund ist der klare Wille erkennbar, alle Funktionszulagen mit Ausnahme der in der Protokollerklärung genannten Zulagen abzulösen. Zwar gelten die §§ 22, 23 BAT/BAT-O gemäß § 17 TVÜ-Bund weiter. Dies erfasst jedoch nicht die Protokollnotiz Nr. 3 zu Teil II Abschn. N Unterabschn. I der Anlage 1a zum BAT, da es sich dort nicht um eine Eingruppierungsregelung, sondern um eine Vergütungsregelung für eine herausgehobene Tätigkeit handelt. Zusätzlich war die Anrechnung einer Entgelterhöhung auf die von der Beklagten als übertarifliche Besitzstandszulage gezahlte (frühere) Funktionszulage wirksam, weil dem Arbeitnehmer nicht vertraglich ein selbständiger Entgeltbestandteil neben dem jeweiligen Tarifentgelt zugesagt worden war. Da sich durch eine Anrechnung die Gesamtgegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung nicht verringert, ist die mit einer Anrechnung verbundene Veränderung der Zulagenhöhe dem Arbeitnehmer regelmäßig zumutbar.

2. Urlaub

Ein Arbeitgeber ist rechtlich nicht gehindert, einem Arbeitnehmer Erholungsurlaub im Vorgriff auf das Folgejahr zu erteilen, wenn der Urlaubsbeginn im Folgejahr liegt. Der Arbeitgeber als Schuldner des Urlaubsanspruchs kann nach Auffassung des Neunten Senats im Urteil vom 17. Mai 2011 (- 9 AZR 189/10 -) die von ihm geschuldete Erfüllungshandlung, die Festlegung des Urlaubszeitraums, im Regelfall vor der Entstehung des Urlaubsanspruchs zu Beginn des Urlaubsjahres vornehmen. Sofern der Arbeitnehmer nicht abweichende Urlaubswünsche äußert, kann der Arbeitgeber die Freistellung im Vorgriff auf das kommende Urlaubsjahr erklären und dem Arbeitnehmer damit jahresübergreifend Erholungsurlaub gewähren. Im Gegenzug ist der Arbeitnehmer berechtigt, im laufenden Urlaubsjahr neben dem aus diesem Jahr resultierenden Urlaub auch den Urlaub aus dem Folgejahr für das Folgejahr zu beantragen. Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Laufs der Kündigungsfrist zum Zwecke der Gewährung von Erholungsurlaub von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung freistellen, muss der Arbeitnehmer als Adressat der Erklärung hinreichend deutlich erkennen können, in welchem Umfang der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch erfüllen will. Erklärt sich der Arbeitgeber nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, geht dies zu seinen Lasten. Denn als Erklärender hat er es in der Hand, die Freistellungserklärung sprachlich so zu fassen, dass der Arbeitnehmer über ihren Inhalt nicht im Zweifel ist. Im Streitfall ließ sich der im Kündigungsschreiben der beklagten Arbeitgeberin enthaltene Freistellungserklärung nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, in

welchem Umfang die Beklagte dem Kläger Urlaub erteilen wollte. Mit der Erklärung, sie kündige zum 31. März 2007 und stelle den Kläger ab sofort unter Anrechnung seiner Urlaubstage von der Arbeit unter Fortzahlung der Bezüge frei, ließ die Beklagte offen, ob sie lediglich den Teilurlaubsanspruch für das Jahr 2007 oder den ungekürzten Urlaubsanspruch erfüllen wollte.

Der Anspruch auf Abgeltung des nach lang andauernder Arbeitsunfähigkeit fortbestehenden gesetzlichen Mindesturlaubs kann aufgrund tariflicher Ausschlussfristen verfallen. Der Neunte Senat hat mit seiner Entscheidung vom 9. August 2011 (- 9 AZR 365/10 -) seine bisherige Rechtsprechung aufgegeben. Danach unterlag der Anspruch auf Abgeltung des gesetzlichen Urlaubs nicht den tariflichen Ausschlussfristen, selbst wenn diese umfassend alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis betrafen. Diese frühere Rechtsprechung hatte der Senat damit begründet, dass der frühere Abgeltungsanspruch als Ersatz (*Surrogat*) für den unantastbaren Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehe. Die gesetzliche Unabdingbarkeit des Urlaubsanspruchs nach § 13 Abs. 1 BUrlG erstrecke sich auch auf seine Abgeltung. Nach der neueren Rechtsprechung stellt der Urlaubsabgeltungsanspruch bei andauernder Arbeitsunfähigkeit nur noch eine reine Geldforderung dar. Er entsteht als reiner Geldanspruch mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und wird nach § 271 BGB sofort fällig. Dies gilt selbst dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus fortbesteht. Während unter Geltung der Surrogatstheorie der Urlaubsabgeltungsanspruch nur erfüllbar und damit fällig wurde, soweit der Arbeitnehmer spätestens vor Ablauf der Übertragungsdauer seine Arbeitsfähigkeit wiedererlangte, hat nach Aufgabe dieser Theorie der Ablauf des Bezugs- bzw. Übertragungszeitraums keine rechtliche Bedeutung mehr. Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist als Geldanspruch auch im Fall der andauernden Arbeitsunfähigkeit nicht mehr befristet. Die Anwendbarkeit von Ausschlussfristen kann deshalb nicht mehr mit dem Hinweis auf das eigenständige Fristenregime des Bundesurlaubsgesetzes verneint werden.

Endet das Arbeitsverhältnis aufgrund des Todes des Arbeitnehmers, wandelt sich der zu diesem Zeitpunkt noch bestehende Urlaubsanspruch nicht gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch um. Der Neunte Senat hat mit Urteil vom 20. September 2011 (- 9 AZR 416/10 -) entschieden, dass der noch bestehende Urlaubsanspruch des Erblassers mit dessen Tod untergeht, bevor er sich in einen Abgeltungsanspruch umwandeln kann. Urlaub kann nur durch Freistellung des Arbeitnehmers von dessen Arbeitspflicht gewährt werden. Da die Arbeitspflicht nach § 613 BGB regelmäßig an die Person des Arbeitnehmers gebunden ist, können solche Pflichten, auf die der Urlaubs-

anspruch bezogen ist, nach dem Tod des Arbeitnehmers als dem zur Arbeit Verpflichteten nicht mehr entstehen. Der Urlaubsanspruch entfällt daher, weil der Arbeitgeber ihn aufgrund des Todes des Arbeitnehmers nicht mehr hätte erfüllen können. Der (*untergegangene*) Abgeltungsanspruch kann deshalb auch nicht im Wege der Universal sukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben des Arbeitnehmers übergehen. Der Senat hat nicht darüber entscheiden müssen, ob der Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 1922 Abs. 1 BGB auf die Erben übergeht, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Tod des Arbeitnehmers endete.

3. Wettbewerbsverbot/Karenzenschädigung

Wettbewerbsverbote iSv. § 74 HGB beruhen auf gegenseitigen Verträgen. Der Arbeitnehmer schuldet die Unterlassung von Wettbewerb und der Arbeitgeber die Zahlung der Karenzenschädigung. Nach einem Urteil des Zehnten Senats vom 14. September 2011 (- 10 AZR 198/10 -) war die beklagte Arbeitgeberin nicht berechtigt, das vom Kläger bezogene Arbeitslosengeld nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB auf die vertraglich vereinbarte Karenzenschädigung anzurechnen. Der Senat hat Bedenken, ob nach § 74c Abs. 1 Satz 1 HGB Arbeitslosengeld überhaupt auf den Anspruch auf Karenzenschädigung angerechnet werden kann. Nach dieser Vorschrift muss sich der Handlungsgelhilfe auf die fällige Karenzenschädigung das anrechnen lassen, was er während des Zeitraums, für den die Entschädigung gezahlt wird, durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt, soweit dieser Betrag und die Entschädigung 110 % der bisherigen Vergütung übersteigen. Der Bezug von Arbeitslosengeld nach § 117 ff. SGB III beruht nicht auf der Verwertung der Arbeitskraft. Der Senat bezweifelt, ob es nach der Streichung der Anrechnungsvorschrift des § 148 Abs. 1 Satz 2 SGB III aF für die volle Anrechnung von Arbeitslosengeld auf die Karenzenschädigung noch eine gesetzliche Grundlage gibt. Es bestehen Bedenken an einer „planwidrigen“ Regelungslücke, zumal gesetzlich zuvor nur 30 % des Arbeitslosengeldes angerechnet werden konnten. Die Frage musste nicht abschließend entschieden werden, da allenfalls auf das tatsächlich ausgezahlte Arbeitslosengeld und nicht auf einen aus dem Arbeitslosengeld hochgerechneten Bruttobetrag abgestellt werden kann. Das Sozialversicherungsrecht kennt weder „netto“ noch „brutto“. Die Beschränkung der Anrechnung auf den Auszahlungsbetrag kann zwar bewirken, dass der Arbeitslose während der Bezugsdauer höhere Nettoeinkünfte erzielt als ein vergleichbarer Arbeitnehmer, der für die Zeit des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots einer konkurrenzfreien Tätigkeit nachgeht. Der frühere Arbeitgeber ist über die Möglichkeit,

böswillig unterlassenen Verdienst anzurechnen, hinreichend vor Missbrauch geschützt. Im entschiedenen Fall war die allein durch die Bruttohochrechnung bedingte Kürzung der Karenzentschädigung unzulässig. Die entsprechende Vergütungsklage hatte Erfolg.

4. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

Ein arbeitsvertraglicher Änderungsvorbehalt muss als Allgemeine Geschäftsbedingung den formellen Anforderungen des § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden. Der Verwender muss vorgeben, aus welchen Gründen der Widerruf möglich sein soll, zB wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers. Hierzu hat der Fünfte Senat im Urteil vom 20. April 2011 (- 5 AZR 191/10 -) bestätigt, dass eine vor dem 1. Januar 2002 und damit vor der Erstreckung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverhältnisse vereinbarte Klausel nicht wegen fehlender Benennung der Widerrufsgründe ersatzlos entfällt. Vielmehr bedarf es zur Schließung der entstandenen Lücke der ergänzenden Vertragsauslegung. Dabei steht der Lückenschließung nicht entgegen, wenn der beklagte Arbeitgeber während der in Art. 229 § 5 EGBGB geregelten Übergangsfrist von einem Jahr keine Vertragsanpassung versucht hat.

Aus der regelmäßigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden, erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen für die Zukunft. Entscheidend ist dabei nicht, ob sich der Erklärende verpflichten wollte, sondern ob der die Erklärung empfangende Arbeitnehmer die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände dahin verstehen konnte und durfte, der Arbeitgeber wolle sich zu einer über seine gesetzlichen, tarifvertraglichen und vertraglichen Pflichten hinausgehenden Leistung verpflichten. Im vom Zehnten Senat am 8. Dezember 2010 (- 10 AZR 671/09 -) entschiedenen Fall stand dem Anspruch des klagenden Arbeitnehmers auch nicht die Freiwilligkeitsklausel des Arbeitsvertrags entgegen. Zwar kann ein Freiwilligkeitsvorbehalt regelmäßig das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf eine künftige Sonderzahlung verhindern. Der Vorbehalt darf aber nicht mehrdeutig sein und insbesondere nicht in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien stehen. Ist der Freiwilligkeitsvorbehalt klar und verständlich formuliert, fehlt es an einer versprochenen Leistung iSd. § 308 Nr. 4 BGB. Die Klausel im Arbeitsvertrag „Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vor-

geschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgatifikationen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.“ enthielt lediglich die Aussage, dass die erfasste Gratifikation nicht durch Gesetz oder Tarifvertrag vorgeschrieben sei, sondern freiwillig erfolge. Weitergehendes, beispielsweise dass auch bei einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet werde, enthielt die Klausel nicht. Ein um Verständnis bemühter Arbeitnehmer wird dies nur als Hinweis verstehen, dass sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer Gratifikation bereit erklärt, ohne dazu durch andere Regelungen gezwungen zu sein. Die Klausel ist auch deshalb unklar und missverständlich, weil der zweite Satz eine Widerrufsmöglichkeit vorsieht. Die Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt führt dazu, dass für den Vertragspartner nicht deutlich wird, ob ein Bindungswille für die Zukunft weiterhin ausgeschlossen bleiben oder lediglich eine die vertragliche Bindung voraussetzende Möglichkeit der Lossagung eröffnet werden soll. Damit konnte der klagende Arbeitnehmer das Weihnachtsgeld auf Grundlage betrieblicher Übung verlangen.

Im Urteil vom 14. September 2011 (- 10 AZR 526/10 -) bestätigt und erweitert der Zehnte Senat seine Rechtsprechung vom 8. Dezember 2010 (- 10 AZR 671/09 -). Durch die über einen Zeitraum von mehr als 20 Jahren erfolgte Zahlung einer als 13. Monatsgehalt bezeichneten Zuwendung war diese Bestandteil der arbeitsvertraglichen Regelungen der Parteien geworden. Dem stand nicht § 4 Abs. 3 des Arbeitsvertrags „Sonstige, in diesem Vertrag nicht vereinbarte Leistungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer sind freiwillig und jederzeit widerruflich. Auch wenn der Arbeitgeber sie mehrmals und regelmäßig erbringen sollte, erwirbt der Arbeitnehmer dadurch keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.“ entgegen. Die Klausel war wegen der Kombination von Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt intransparent und verstieß gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine solche Kombination führt regelmäßig zur Unwirksamkeit der Klausel. Die aus zwei Sätzen bestehende Klausel konnte auch nicht so geteilt werden, dass lediglich ein wirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt bestehen bliebe. Die Intransparenz der vertraglichen Regelung folgt gerade aus der Kombination zweier Klauselteile, die jeweils für sich genommen ausreichend transparent sein mögen. Der im Arbeitsvertrag enthaltene Freiwilligkeitsvorbehalt war darüber hinaus unangemessen. Der Senat hatte bereits Bedenken, ob ein solcher vertraglicher Vorbehalt dauerhaft den Erklärungswert einer ohne jeden Vorbehalt und ohne Hinweis auf die vertragliche Regelung erfolgten Zahlung so erschüttert, dass der Arbeitnehmer das spätere konkludente Verhalten des Arbeitgebers entgegen seinem gewöhnlichen Erklärungswert nicht als Angebot zur

dauerhaften Leistungserbringung verstehen kann. Davon unabhängig verstößt ein vertraglicher Freiwilligkeitsvorbehalt, der alle zukünftigen Leistungen unabhängig von ihrer Art und ihrem Entstehungsgrund erfassen soll, sowohl gegen den in § 305b BGB bestimmten Vorrang der Individualabrede als auch gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass vertragliche Regelungen einzuhalten sind. Die Möglichkeit, eine nach Zeitabschnitten bemessene Vergütung grundlos und noch dazu ohne jegliche Erklärung einzustellen, beeinträchtigt die Interessen des Arbeitnehmers grundlegend. Es gibt auch keine objektiv feststellbaren Besonderheiten des Arbeitsrechts iSv. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB. Einem Arbeitgeber ist es unschwer möglich, bei der Erbringung der jeweiligen Leistung kontrollfrei zu bestimmen, ob es sich um eine einmalige Leistung handeln soll, und ggf. einen entsprechenden Vorbehalt zu erklären. Damit war die Klage erfolgreich, der beklagte Arbeitgeber musste dem Kläger das geltend gemachte 13. Monatsgehalt zahlen.

5. Schadensersatz, Aufwendungsersatz und Haftung

Ein besonderes Feststellungsinteresse bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden ist grundsätzlich dann gegeben, wenn Schadensfolgen in der Zukunft möglich sind, auch wenn ihre Art, ihr Umfang und sogar ihr Eintritt noch ungewiss sind. Es muss allerdings nach der Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt bestehen. Der Achte Senat hat mit Urteil vom 28. April 2011 (- 8 AZR 769/09 -) festgestellt, dass eine entsprechende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Gesundheitsschädigung besteht, wenn ein Mitarbeiter bei seiner Beteiligung an Sanierungsarbeiten Asbestfasern eingeatmet hat, wenn das Einatmen asbesthaltiger Raumluft für die Dauer von ca. acht Stunden zu Ablagerungen von Asbestfasern im Lungengewebe führt und wenn hierdurch das Risiko einer chronischen Entzündung in der Lunge und das der Ausbildung von Krebszellen erhöht werden. Gemäß dem im Zeitpunkt der Sanierung anwendbaren § 636 Abs. 1 Satz 1 RVO ist der Unternehmer gegenüber dem in seinem Unternehmen tätigen Versicherten zum Ersatz des erlittenen Personenschadens nach anderen gesetzlichen Vorschriften allerdings nur dann verpflichtet, wenn er die Schädigung vorsätzlich herbeigeführt hat. Die beklagte Stadt hat nach § 278 Satz 1 BGB das Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gegenüber dem Arbeitnehmer bedient, in gleichem Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten. Die Stellung des Vorgesetzten als Erfüllungsgehilfe erlischt nicht dadurch, dass dieser seine eingeräumten Weisungsbefugnisse überschreitet. Erforderlich ist

lediglich, dass seine Handlung in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den ihm zugewiesenen Aufgaben steht. Da die beklagte Stadt den Arbeitseinsatz des Klägers durch dessen mit Dienstaufsicht ausgestatteten Vorgesetzten anordnen ließ, hat sie sich dessen Verschulden zurechnen zu lassen. Diesem war das Vorhandensein asbesthaltigen Materials im Asylbewerberheim bekannt, dennoch drängte er auf die Fortsetzung der Sanierungsarbeiten durch den Kläger. Damit steht fest, dass der Vorgesetzte den Kläger vorsätzlich mit Tätigkeiten betraut hat, bei denen er mit gesundheitsgefährdenden Materialien in Berührung kam. Allerdings indiziert allein der Verstoß gegen zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Schutzpflichten keinen Vorsatz. Die Schädigung muss zumindest billigend in Kauf genommen werden. Ob dies konkret der Fall war, konnte der Senat nicht feststellen und hat deshalb die Sache zur neuen Verhandlung zurückverwiesen.

Ein Arbeitnehmer hat in entsprechender Anwendung des § 670 BGB Anspruch auf Ersatz von Schäden, die ihm bei Erbringung der Arbeitsleistung ohne Verschulden des Arbeitgebers entstehen. Voraussetzung der Ersatzfähigkeit eines Eigenschadens ist, dass der Schaden nicht dem Lebensbereich des Arbeitnehmers, sondern dem Betätigungsbereich des Arbeitgebers zuzurechnen ist und der Arbeitnehmer ihn nicht selbst tragen muss, weil er dafür eine besondere Vergütung erhält. Dies gilt auch für Unfallschäden am Fahrzeug des Arbeitnehmers, wenn dieses mit Billigung des Arbeitgebers in dessen Betätigungsbereich eingesetzt wurde. Dies ist zB der Fall, wenn ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs der Arbeitgeber ein eigenes Fahrzeug einsetzen und damit dessen Unfallgefahr tragen müsste oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordert, das eigene Fahrzeug für eine Fahrt zu nutzen. Im vom Achten Senat mit Urteil vom 22. Juni 2011 (- 8 AZR 102/10 -) entschiedenen Fall hatte der Kläger auf der Fahrt zum Dienort im Zuge der Rufbereitschaft einen Unfall. Zwar hat ein Arbeitnehmer - soweit keine abweichende Vereinbarung existiert - seine Aufwendungen für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte selbst zu tragen. Unabhängig davon, ob sich die Fahrzeit des Klägers zum Krankenhaus rechtlich als Arbeitszeit darstellt, wird dieser Grundsatz allerdings dadurch abgeändert, dass der Kläger im Rahmen der von der Beklagten angeordneten Rufbereitschaft zur Arbeitsleistung in das Klinikum abgerufen wurde. Da es bei Rufbereitschaft regelmäßig nicht im Belieben des Arbeitnehmers steht, wann er die vom Arbeitgeber „abgerufene“ Arbeitsleistung erbringt, und weil er dies innerhalb einer den Arbeitseinsatz nicht gefährdenden Zeit tun muss, steht es ihm nicht frei, wie er sich zur Arbeitsstelle begibt. Insbesondere als Arzt hat er regelmäßig die Pflicht, sich auf „schnellstmöglichem Wege“ dorthin zu begeben. Damit unterscheidet sich der Weg zur Arbeitsstelle während der Rufbereitschaft grund-

legend von dem allgemeinen Weg zur Arbeit. Hält es der Arbeitnehmer für erforderlich, mit seinem Privatfahrzeug im Rahmen der Rufbereitschaft zum Arbeitsort zu fahren, weil dies aus seiner Sicht der schnellste Weg ist, um rechtzeitig dort zu erscheinen, so handelt er regelmäßig auch im Interesse des Arbeitgebers. Allerdings besteht ein Erstattungsanspruch nur in dem Umfang, in dem der Arbeitgeber eine Beschädigung seiner eigenen Sachmittel hinzunehmen hätte (*innerbetrieblicher Schadensausgleich*). Der Senat hat die Sache an das Landesarbeitsgericht zur Aufklärung der Frage des Verschuldens und zur Schadenshöhe zurückverwiesen.

Der Neunte Senat hat mit Urteil vom 12. April 2011 (- 9 AZR 14/10 -) entschieden, dass ein angestellter Lehrer im Regelfalle keinen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber hat, ihm die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer zu ersetzen. Mangels entsprechender arbeits- und tarifvertraglicher Regelungen ist der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 670 BGB zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet, die ein Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers vornimmt. Die Nutzung von Räumlichkeiten, die im Eigentum des Arbeitnehmers stehen, kann sowohl im Interesse des Arbeitgebers als auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen. Mit der Auslagerung der Tätigkeit in den häuslichen Bereich des Arbeitnehmers erspart der Arbeitgeber regelmäßig Kosten für die Unterhaltung von Arbeitsräumen. Zugleich hat die Einrichtung eines häuslichen Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer zur Folge, dass er sich Fahrtwege und damit Fahrtzeit und Fahrtkosten erspart. Tritt hinzu, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer freigestellt hat, an welchem Ort er einen wesentlichen Teil seiner Arbeitsleistung erbringt, ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass das Interesse des Arbeitnehmers an der Einrichtung des häuslichen Arbeitszimmers das des Arbeitgebers überwiegt. Im Streitfall hatte der vollzeitbeschäftigte Kläger regelmäßig 26,5 Unterrichtsstunden pro Woche zu erteilen. Das beklagte Land verzichtete darauf, dem Kläger einen Ort anzuweisen, an dem er den Unterricht vor- und nachbereitet. Der Kläger nutzte dies, um diesen Teil der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit in dem von ihm eingerichteten häuslichen Arbeitszimmer außerhalb der Schule zu leisten. Damit bestand ein überwiegendes Interesse des Klägers daran, in seinem häuslichen Bereich ein Arbeitszimmer einzurichten und dieses mit Büromöbeln und Büromaterialien auszustatten.

6. Ausschlussfristen

Der Verleiher hat Leiharbeitnehmern gemäß § 10 Abs. 4 AÜG für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die für vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers geltenden

wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, wenn die im Arbeitsverhältnis des Verleihers mit dem Leiharbeitnehmer vereinbarten Bedingungen nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam sind. Hierzu hat der Fünfte Senat entschieden (23. März 2011 - 5 AZR 7/10 -), dass im Entleiherbetrieb geltende Ausschlussfristen nicht zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen in diesem Sinne gehören. Denn das AÜG unterscheidet zwischen „Vertragsbedingungen“ im Verhältnis Verleiher/Leiharbeitnehmer und „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ des Entleiherbetriebs. Ausschlussfristen gehören zu den - nachweispflichtigen - Vertragsbedingungen, nicht aber zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleiherbetriebs. Diese vom AÜG vorgenommene und durchgehaltene Unterscheidung der Begriffe steht der Bestimmung der wesentlichen Arbeitsbedingungen mittels Rückgriffs auf den in § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG enthaltenen Katalog der wesentlichen Vertragsbedingungen entgegen. Des Weiteren hat der Senat in diesem Urteil klargestellt, dass zur Ermittlung des Entgeltanspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG ein Gesamtvergleich aller gewährten und aller zu beanspruchenden Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen ist.

7. Ausgleichsklauseln

Der Neunte Senat hat sich mit Urteil vom 25. Juni 2011 (- 9 AZR 203/10 -) mit der AGB-Kontrolle einer vertraglichen Ausgleichsklausel befasst. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall vereinbarten die Arbeitsvertragsparteien die Änderung ihres Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis sowie die spätere Beendigung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Nach einer Klausel in dem von der Beklagten vorformulierten und mehrfach verwendeten Vertrag sollte der Kläger die maßgebliche tarifliche Abfindung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhalten. Gleichzeitig war vereinbart, dass darüber hinausgehende Abfindungs- oder Ausgleichsansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht bestehen sollten. Eine solche Klausel ist nach Auffassung des Senats regelmäßig als konstitutives negatives Schuldanerkenntnis auszulegen. Alle denkbaren sonstigen Ansprüche, die den Zweck haben, den Verlust des Arbeitsplatzes zu mildern oder auszugleichen, sollen nach dem Willen der Vertragsparteien nicht mehr bestehen und damit ggf. erlöschen. Eine solche Ausgleichsklausel ist im Arbeitsleben nicht ungewöhnlich, sondern durchaus üblich. Sie ist auch nicht unklar iSd. § 305c Abs. 2 BGB. Bereits aus ihrem Wortlaut wird ausreichend deutlich, dass keine weiteren Abfindungsansprüche des Arbeitnehmers bestehen sollen. Das konstitutive negative Schuldanerkenntnis ist auch Bestandteil des Altersteilzeitarbeitsvertrags geworden. Nach der Rechtsprechung des

Senats werden Bestimmungen in Formulararbeitsverträgen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Arbeitnehmer mit ihnen nicht zu rechnen braucht gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. Der Arbeitnehmer musste mit einer Ausgleichsklausel in dem vorliegenden Vertrag rechnen. Es ist durchaus üblich und weder ungewöhnlich noch überraschend, in die Änderungsvereinbarung Ausgleichs- oder Abgeltungsklauseln aufzunehmen. Zudem ist es wegen der Kürze des Vertragstextes bereits ausgeschlossen, den Arbeitnehmer mit einer versteckten Klausel zu überraschen. Die Ausgleichsklausel ist jedoch gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, da sie den Kläger unangemessen benachteiligt. Sie ist nicht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle entzogen. Die dort geregelte Kontrollfreiheit der vertraglichen Hauptleistungspflichten gilt nicht für eine Ausgleichsklausel. Denn sie ist lediglich Nebenabrede. Die Klausel benachteiligt den Kläger schon deshalb unangemessen, weil er einseitig und ohne kompensatorische Gegenleistung auf weitere Ausgleichsansprüche für die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses verzichten soll.

Die sich aus dem Arbeitgeberdarlehen ergebenden Zins- und Rückzahlungsansprüche fielen nach einem Urteil des Zehnten Senats vom 19. Januar 2011 (- 10 AZR 873/08 -) nicht unter die von den Parteien des Aufhebungsvertrags vereinbarte Formulierung, dass „mit diesem Vertrag ... sämtliche aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung abzuleitenden wechselseitigen Ansprüche ..., seien sie bekannt oder nicht bekannt, gleich aus welchem Rechtsgrund, geregelt und abgegolten“ sind. Zu den „Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis“ gehören alle Ansprüche, die die Arbeitsvertragsparteien aufgrund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehung gegeneinander haben. Maßgeblich ist der Bereich, in dem der Anspruch entsteht, nicht dessen materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage. Ob ein Anspruch dem Geltungsbereich der Klausel unterfällt, die alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfasst, bemisst sich danach, ob eine enge Verknüpfung des Lebensvorgangs mit dem Arbeitsverhältnis besteht. Hat ein Anspruch seinen Grund in der arbeitsvertraglichen Beziehung der Parteien, ist er „ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis“. Davon abzugrenzen sind Ansprüche, die sich aus anderen, selbständig neben dem Arbeitsvertrag abgeschlossenen zivilrechtlichen Verträgen ergeben, wie dies zB bei Forderungen aus Werkverträgen oder Kaufverträgen der Fall ist. Ansprüche aus einem Arbeitgeberdarlehen werden deshalb von einer Ausgleichsklausel, die nur die Ansprüche aus einem „bestehenden Arbeitsverhältnis“ regelt, nicht erfasst. Es handelt sich trotz eingeräumter Sonderkonditionen um solche aus einem selbständig neben dem Arbeitsvertrag abgeschlossenen bürgerlich-rechtlichen Vertrag. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses be-

dingt nur den Abschluss des Darlehensvertrags, der seinerseits Grundlage für die sich daraus ergebenden Ansprüche ist. Ein Ausnahmefall kann allerdings dann gegeben sein, wenn aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Darlehens eine darüber hinausgehende zusätzliche Verknüpfung zum Arbeitsverhältnis besteht. Im konkreten Fall konnten die Rückzahlungsansprüche aus dem Darlehensvertrag nicht als aus dem Arbeitsverhältnis abzuleitende Ansprüche verstanden werden. Aus der Systematik des Aufhebungsvertrags ergab sich im Übrigen, dass die Parteien das Arbeitgeberdarlehen nicht einbeziehen und ausgleichen wollten. Die Vereinbarung sah keine weitere (Gegen-)Leistung für die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor. Der Kläger war weiterhin zur Zinszahlung und zur Rückzahlung des Darlehens nach Fälligkeit verpflichtet.

8. Einsicht in die Personalakte

Der Arbeitnehmer hat auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Einsicht in seine vom ehemaligen Arbeitgeber in Papierform weiter aufbewahrte Personalakte. Nach einem Urteil des Neunten Senats vom 16. November 2010 (- 9 AZR 573/09 -) folgt dies aus der nachwirkenden arbeitgeberseitigen Schutz- und Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner vertraglichen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Der Inhalt dieser Schutz- und Rücksichtnahmepflichten wird auch durch die Grundrechte des Arbeitnehmers geprägt. Hierzu gehört gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht resultierende Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der einzelne Bürger soll mit hinreichender Sicherheit überschauen können, welche ihn betreffenden Informationen über bestimmte Bereiche seiner sozialen Umwelt bekannt sind und gegebenenfalls unter denkbaren Kommunikationspartnern kursieren können. Der Arbeitnehmer hat deshalb auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch darauf, dass unrichtige Inhalte aus seiner Personalakte entfernt werden. Dies setzt voraus, dass er von dessen fortbestehendem Inhalt Kenntnis hat. Daraus folgt ohne Weiteres sein Recht auf Einsichtnahme in die Personalakte auch nach beendetem Arbeitsverhältnis. Der Neunte Senat hat damit die bisherige Rechtsprechung aufgegeben, wonach der nachvertragliche Anspruch auf Personalakteneinsicht voraussetzt, dass der Arbeitnehmer ein konkretes berechtigtes Interesse darlegt.

9. Insolvenzsicherung von Wertguthaben

Der Geschäftsführer einer GmbH kann für ein nicht gesichertes Wertguthaben aus einem Altersteilzeitarbeitsvertrag persönlich haften. Zwar ist die Haftung für Verbindlichkeiten einer Gesellschaft nach § 13 Abs. 2 GmbHG auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt; der Geschäftsführer haftet jedoch persönlich, wenn ein besonderer Haftungsgrund vorliegt. In einem Urteil vom 12. April 2011 (- 9 AZR 229/10 -) hat der Neunte Senat seine diesbezügliche Rechtsprechung bestätigt. So hat der Geschäftsführer für sein Verhalten bei Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags persönlich einzustehen, wenn er gegenüber dem Arbeitnehmer in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und damit die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat. Hieran fehlt es in aller Regel, wenn sich das Verhalten des Geschäftsführers im Wesentlichen darin erschöpft, den Arbeitnehmer vor Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags nicht über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft aufgeklärt zu haben. Für die Annahme eines besonderen Vertrauens reichten im Streitfall weder der Umstand, dass einer der beklagten Geschäftsführer und der Kläger in der Vergangenheit gemeinsam für zwei Konzernunternehmen tätig waren, noch, dass der Geschäftsführer den Kläger vor dem Vertragsschluss nicht darüber informierte, dass die Gesellschaft keine Maßnahmen ergriffen habe, das zukünftige Altersteilzeitwertguthaben des Klägers gegen die Insolvenz der Gesellschaft zu sichern. Der Senat bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, wonach § 7d Abs. 1 SGB IV aF kein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB ist. Es fehlt an einer klaren Zuweisung der Verantwortung für den Insolvenzschutz an den GmbH-Geschäftsführer. Im entschiedenen Fall hat der Senat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Denn nach dem Vortrag des Klägers kommt eine Haftung der beklagten Geschäftsführer wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft zugunsten der Gesellschaft nach § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB iVm. § 263 Abs. 1 StGB in Betracht. Einer der Geschäftsführer teilte dem Gesamtbetriebsrat mit, die Insolvenzsicherung für Altersteilzeitwertguthaben „laufe“. Dies ist eine innere Tatsache, nämlich die gegenwärtige Bezeugung von dem in der Zukunft liegenden, gesicherten Abschluss eines Insolvenzsicherungsvertrags. Ein zukünftiges Ereignis kann unter der Voraussetzung, dass dieses zur rationalen Grundlage einer Vermögensentscheidung gemacht wird, Tatsache iSv. § 263 Abs. 1 StGB sein. Den Vortrag des Klägers zugrunde gelegt, hätte die Erklärung beim Kläger die Fehlvorstellung erregt, die Sicherung seines in der Arbeitsphase erarbeiteten Wertguthabens stehe unmittelbar bevor. Indem er irrtumsbedingt davon absah, die ihm kraft Gesetzes zustehenden Rechte auszuüben, disponierte der

Kläger über sein Vermögen. Die Gesellschaft ersparte die mit der Insolvenzversicherung verbundenen Kosten.

10. Ungerechtfertigte Bereicherung

Nach § 143 Abs. 2 Satz 1 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Zeit des abgeholtenen Urlaubs, wenn der Arbeitslose wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Urlaubsabgeltung erhalten oder zu beanspruchen hat. Erhält der Arbeitslose während des Ruhenszeitraums Arbeitslosengeld nach § 143 Abs. 3 Satz 1 SGB III, geht der Anspruch auf Urlaubsabgeltung gemäß § 115 Abs. 1 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit über. Nach § 143 Abs. 2 Satz 2 SGB III beginnt der Ruhenszeitraum mit dem ersten Tag, der auf das Ende des Arbeitsverhältnisses folgt, und endet mit dem Ablauf des letzten (*fiktiven*) Urlaubstags. Der Zehnte Senat hat mit Urteil vom 17. November 2010 (- 10 AZR 649/09 -) entschieden, dass sich der Ruhenszeitraum nicht verschiebt, wenn der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Krankengeld nach § 44 SGB V und kein Arbeitslosengeld bezieht. Ist der Zeitraum des Krankengeldbezugs länger als der Ruhenszeitraum gemäß § 143 Abs. 2 SGB III, kann kein Forderungsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X, § 143 Abs. 3 Satz 1 SGB III bewirkt werden. Die Verschiebung des Ruhenszeitraums sieht § 143 Abs. 2 Satz 2 SGB III nicht vor. Im vom Senat entschiedenen Fall hat der klagende Arbeitgeber den der Bundesagentur für Arbeit gezahlten Betrag - angeblich übergegangene Ansprüche auf Urlaubsabgeltung der beklagten Arbeitnehmerin - im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gegenüber der beklagten Arbeitnehmerin geltend gemacht. Die Klage blieb erfolglos, weil die beklagte Arbeitnehmerin durch die Zahlung des klagenden Arbeitgebers an die Bundesagentur für Arbeit nicht von einer Verbindlichkeit gegenüber der Bundesagentur für Arbeit befreit wurde.

III. Schutz vor Benachteiligung - Förderung der Chancengleichheit

1. Geschlecht

Bei der Frage, ob eine Benachteiligung wegen des Geschlechts besteht, senkt § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB aF das Beweismaß dahingehend, dass der klagende Arbeitnehmer lediglich Tatsachen vortragen muss, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts

als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Werden vom Arbeitnehmer Hilfs-tatsachen vorgetragen, die für sich genommen nicht zur Begründung der Vermutungswirkung ausreichen, ist vom Tatrichter eine Gesamtbetrachtung dahingehend vorzunehmen, ob die Hilfstatsachen im Zusammenhang gesehen geeignet sind, die Vermutungswirkung zu begründen. Dabei können sich auch aus Statistiken grundsätzlich Indizien für eine Geschlechtsdiskriminierung ergeben. Eine Vermutung für ein regelhaft Frauen benachteiligendes Verhalten kann sich aus statistischen Daten aber nur dann ergeben, wenn sie sich konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf dessen Verhalten einem Geschlecht gegenüber aussagekräftig sind. Gegen die Berücksichtigung von Statistiken spricht nicht, dass damit möglicherweise von in der Vergangenheit erfolgten Diskriminierungen auf die Gegenwart geschlossen wird. Regelhaft dem Geschlecht gegenüber gelebtes Verhalten kann nämlich gerade nur durch die Betrachtung der Vergangenheit ausgemacht werden. Um beurteilen zu können, ob signifikant weniger Frauen als Männer die Hierarchiestufe oberhalb einer angenommenen „gläsernen Decke“ erreichen, muss festgestellt werden, wie viele Frauen unterhalb dieser angekommen sind. Hierüber sagt der Anteil von Frauen an der Gesamtbelegschaft nichts aus. Die fehlende Repräsentation von Frauen auf der Führungsebene entsprechend dem Anteil an der Gesamtbelegschaft lässt auch nicht allgemein in Bezug auf Frauen auf aufstiegsfeindliche und damit diskriminierende Strukturen, Denkens- oder Verhaltensweisen bei der Beklagten schließen. Die bloße Abbildung (*diskriminierender*) gesellschaftlicher Verhältnisse im Unternehmen stellt keine rechtlich relevante Diskriminierung dar. Ein Arbeitgeber ist nämlich nicht in der Lage, geschweige denn verpflichtet, gesellschaftliche Gegebenheiten, die der Erwerbstätigkeit und/oder dem beruflichen Aufstieg von Frauen entgegenstehen, durch seine Personalpolitik auszugleichen. Das Landesarbeitsgericht darf bei der von ihm vorzunehmenden Gesamtwürdigung nicht nur solche Tatsachen berücksichtigen, denen gleichsam ein „roter Faden“ innewohnt. Es ist nicht erforderlich, dass diese Tatsachen denselben Bereich betreffen oder zeitgleich von denselben Personen gesetzt worden sind. Der Senat hat die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

2. Alter

In einem Rechtsstreit, in dem der Kläger unter Verweis auf seine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters Vergütung nach der für ihn höchsten Lebensaltersstufe des § 27 BAT begehrt, hatte der Sechste Senat mit Beschluss vom 20. Mai 2010 (- 6 AZR

148/09(A) -) den Rechtsstreit ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung ersucht. Dieser hat mit Urteil vom 8. September 2011 (- C-298/10 - [Mai]) entschieden, dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, das in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert und durch die RL 2000/78/EG konkretisiert worden ist, und insbesondere die Art. 2 und 6 Abs. 1 dieser Richtlinie dahingehend auszulegen sind, dass sie einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegenstehen, wonach sich innerhalb der jeweiligen Vergütungsgruppe die Grundvergütung eines Angestellten im öffentlichen Dienst bei dessen Einstellung nach seinem Alter bemisst. Insoweit beeinträchtigt die Tatsache, dass das Unionsrecht der betreffenden Maßnahme entgegensteht und dass diese in einem Tarifvertrag enthalten ist, nicht das in Art. 28 der Grundrechte-Charta anerkannte Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen. In dem darauf ergangenen Urteil vom 10. November 2011 (- 6 AZR 148/09 -) hat der Sechste Senat deshalb in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen der Klage stattgegeben.

Der Sechste Senat hatte mit Beschluss vom 20. Mai 2010 (- 6 AZR 319/09 (A) -) ein weiteres Verfahren ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung gebeten. Dabei ging es um die Frage, ob sich die - möglicherweise - im BAT enthaltene Altersdiskriminierung in dem zum 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen TVöD fortsetzt. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 8. September 2011 (- C-297/10 - [Hennigs]) entschieden, dass die Art. 2 und 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG sowie Art. 28 der Grundrechte-Charta dahin auszulegen sind, dass sie einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegenstehen, mit der ein Vergütungssystem, das zu einer Diskriminierung wegen des Alters führt, durch ein auf objektive Kriterien gestütztes Vergütungssystem ersetzt wird und zugleich für einen befristeten Übergangszeitraum einige der diskriminierenden Auswirkungen des erstgenannten Systems bestehen bleiben, um für die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis bestehenden Angestellten den Übergang zum neuen System ohne Einkommensverluste zu gewährleisten. Der Sechste Senat hat in seinem Urteil vom 8. Dezember 2011 (- 6 AZR 319/09 -) die Einstufungsklage der Klägerin aufgrund der bei Überleitung zutreffend diskriminierungsfrei herangezogenen Lebensaltersstufe in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen abgewiesen.

3. Ethnische Herkunft

Der Achte Senat hat mit Urteil vom 22. Juni 2011 (- 8 AZR 48/10 -) entschieden, dass die Aufforderung des Arbeitgebers an eine Arbeitnehmerin, an einem Deutschkurs teilzunehmen, um arbeitsnotwendige Sprachkenntnisse für eine zulässigerweise angeordnete Tätigkeit zu erlangen, keinen Verstoß gegen das AGG darstellt. Selbst wenn der Arbeitgeber vertraglich oder tarifvertraglich verpflichtet ist, die Kosten des geforderten Deutschkurses zu tragen oder es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, diesen während der Arbeitszeit durchzuführen, ist die Weisung, einen Deutschkurs auf eigene Kosten und außerhalb der Arbeitszeit zu besuchen, zwar rechtswidrig, stellt aber auch dann keine Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft dar. Die Arbeitnehmerin muss in diesem Fall ihre vertraglichen oder tarifvertraglichen Rechte - notfalls auch gerichtlich - geltend machen. Die Aufforderung an die Klägerin, ihre Deutschkenntnisse durch Teilnahme an einem Deutschkurs zu verbessern, stellt keine unmittelbare Diskriminierung dar. Die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift ist von der Rasse oder Ethnie unabhängig. Die Forderung nach dem Besuch von Deutschsprachkursen kann eine mittelbare Diskriminierung von Ausländern darstellen, wenn diese nicht aufgrund der (*vorgesehenen*) Tätigkeit sachlich gerechtfertigt ist. Die Aufforderung durch den Arbeitgeber, einen Sprachkurs zu absolvieren, weil dieser die Sprachkenntnisse des Arbeitnehmers zur Durchführung der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit für unzureichend hält, ist keine Belästigung iSd. AGG, wenn der Sprachkurs dazu dient, arbeitsnotwendige Sprachkenntnisse zu vermitteln. Allein die Verletzung allgemeiner arbeitsvertraglicher Verpflichtungen durch den Arbeitgeber im Zusammenhang einer an sich nicht gegen § 7 AGG verstoßenden Maßnahme führt nicht dazu, dass diese nunmehr zu einer unzulässigen Benachteiligung iSd. § 1 AGG wird. Insofern hat der Achte Senat wie die Vorinstanzen auch die Entschädigungsklage abgewiesen.

4. Behinderung

Arbeitgeber sind verpflichtet zu prüfen, ob sie freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzen können. Dazu müssen sie frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufnehmen. Die in § 81 Abs. 1 SGB IX geregelte gesetzliche Pflicht trifft alle Arbeitgeber. In einem vom Achten Senat durch Urteil vom 13. Oktober 2011 (- 8 AZR 608/10 -) entschiedenen Fall machte ein abgelehnter schwerbehinderter Bewerber Entschädigung wegen Benachteiligung im Zusammenhang mit seiner Behinde-

rung geltend. Die Beklagte besetzte die Stelle anderweitig, ohne vorher zu prüfen, ob der freie Arbeitsplatz mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann, und ohne diesbezüglich Kontakt zur Agentur für Arbeit aufgenommen zu haben. Der Kläger verlangte daraufhin eine Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG. Die Prüfpflicht zur Berücksichtigung schwerbehinderter Menschen bei der Besetzung freier Stellen besteht für den Arbeitgeber unabhängig davon, ob sich ein schwerbehinderter Mensch beworben hat oder bei seiner Bewerbung diesen Status offenbart hat. Die Verletzung dieser Prüfpflicht stellt ein Indiz dafür dar, dass der Arbeitgeber einen abgelehnten schwerbehinderten Menschen wegen der Behinderung benachteiligt hat, weil er seine Förderungspflichten unbeachtet gelassen hat. Dem Kläger steht eine Entschädigung zu, da der Arbeitgeber die Vermutung einer solchen Benachteiligung nicht widerlegen konnte. Der Senat hat die Sache an das Landesarbeitsgericht zur Klärung der Höhe der dem Kläger zustehenden Entschädigung zurückverwiesen.

IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Kündigung

a) Kündigungsbefugnis

Nach § 174 Satz 1 BGB ist eine Kündigung, die ein Bevollmächtigter gegenüber einem Arbeitnehmer vornimmt, unwirksam, wenn jener eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und dieser das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Allerdings ist gemäß § 174 Satz 2 BGB die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der vollmachtgebende Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Der Sechste Senat hat im Urteil vom 14. April 2011 (- 6 AZR 727/09 -) entschieden, dass dieses Inkenntnissetzen ein gleichwertiger Ersatz für das unterbliebene Vorlegen der Vollmachtsurkunde sein muss. Dabei reicht es für ein Inkenntnissetzen nicht aus, dass der Arbeitgeber einen Mitarbeiter in eine Stelle berufen hat, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Darüber hinaus ist es grds. erforderlich, dass der Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass der die Kündigung erklärende Mitarbeiter diese Stellung inne hat. Im vom Senat entschiedenen Fall hatte die beklagte Arbeitgeberin im Arbeitsvertrag mitgeteilt, dass der jeweilige Niederlassungsleiter kündigen dürfe. Das reichte nicht aus. Notwendig wäre vielmehr ein zusätzliches Handeln der Arbeitgeberin gewesen, auf-

grund dessen es vor Zugang der Kündigungserklärung der Klägerin, die unstreitig keinerlei Kontakt mit dem Niederlassungsleiter hatte, möglich gewesen wäre, die kündigende Person der im Arbeitsvertrag genannten Stelle des Kündigungsberechtigten zuzuordnen. Dies hätte nicht zwingend im Arbeitsvertrag erfolgen müssen. Der Arbeitnehmer ist auch dann ausreichend in Kenntnis gesetzt, wenn der Arbeitgeber während des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer einen Weg aufzeigt, auf dem dieser vor Zugang der Kündigung immer unschwer erfahren kann, welche Person die Position inne hat, mit der nach dem Arbeitsvertrag das Kündigungsrecht verbunden ist. Da die Klägerin keine entsprechenden Informationen von der Beklagten erhalten und die Kündigung mangels Beifügung einer Vollmachtsurkunde unverzüglich zurückgewiesen hatte, war ihre Klage gegen die Kündigung erfolgreich.

b) Kündigungszugang

Für den Zugang einer Kündigungserklärung werden nach der Verkehrsanschauung in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten füreinander grundsätzlich als Empfangsboten angesehen. Eine Willenserklärung ist regelmäßig auch dann in den Machtbereich des Adressaten gelangt, wenn sie außerhalb seiner Wohnung einem Empfangsboten übermittelt wird. In dem vom Sechsten Senat im Urteil vom 9. Juni 2011 (- 6 AZR 687/09 -) entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber die schriftliche Kündigungserklärung am 31. Januar dem in der gleichen Wohnung lebenden Ehegatten der klagenden Arbeitnehmerin übergeben und zwar an dessen Arbeitsplatz in einem Baumarkt. Der Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung wird angenommen, wenn diese so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter gewöhnlichen Umständen vom Inhalt der Erklärung Kenntnis nehmen kann. Dass in einer gemeinsamen Wohnung lebende Ehegatten füreinander grundsätzlich als Empfangsboten angesehen werden, beruht auf der Lebenserfahrung, dass sie die für ihren Ehepartner bestimmten Erklärungen diesem auszuhändigen pflegen, sodass sie in dessen Macht- und Zugriffsbereich gelangen und er von ihnen Kenntnis nehmen kann. Dabei ist der Ablauf der Zeit, die der Empfangsbote für die Übermittlung normalerweise benötigt, zu berücksichtigen. Im entschiedenen Fall war die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beklagte mit einer Aushändigung des Kündigungsschreibens an die Klägerin am gleichen Tage nach der Rückkehr ihres Ehemanns in die Wohnung rechnen konnte, nicht zu beanstanden. Gleiches galt für die Wertung des Landesarbeitsgerichts, die Erklärung des Ehemanns der Klägerin, die Angelegenheit müsse zwischen der Beklagten und seiner Ehefrau geregelt werden, stelle keine Ablehnung der Weiterleitung des Kündigungsschreibens an seine Ehefrau dar. Mit dem Zugang des Kündigungsschrei-

bens an die Klägerin noch am 31. Januar war die im konkreten Fall einschlägige einmonatige Kündigungsfrist angelaufen. Die auf die Feststellung einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses erst zum 31. März gerichtete Klage blieb deshalb erfolglos.

Im Zusammenhang mit der Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses während der Probezeit hat der Sechste Senat mit Urteil vom 8. Dezember 2011 (- 6 AZR 354/10 -) entschieden, dass die Kündigung gegenüber einem minderjährigen und damit nur beschränkt geschäftsfähigen Auszubildenden nach § 131 Abs. 2 BGB erst dann wirksam wird, wenn sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht. Ist die Kündigungserklärung mit dem erkennbaren Willen abgegeben worden, dass sie den gesetzlichen Vertreter erreicht, und gelangt sie - etwa durch den Einwurf des Kündigungsschreibens in seinen Hausbriefkasten - tatsächlich in dessen Herrschaftsbereich, ist der Zugang bewirkt. Der Senat erachtete das an den klagenden Auszubildenden, gesetzlich vertreten durch die Eltern, gerichtete Schreiben als Erklärung gegenüber den Eltern des Klägers als dessen gesetzlichen Vertretern. Mit dem Einwurf in den gemeinsamen Briefkasten der Familie war der Zugang der Kündigung noch rechtzeitig während der Probezeit gemäß § 22 Abs. 1 BBiG bewirkt. Die Ortsabwesenheit der Eltern stand dem nicht entgegen. Für den Zugang reichte es aus, dass das Schreiben in den Herrschaftsbereich der Eltern gelangt war und sie es unter normalen Umständen zur Kenntnis nehmen konnten. Die Kündigung war auch nicht gemäß § 174 BGB unwirksam. Dem von einem Bevollmächtigten unterzeichneten Kündigungsschreiben war zwar keine Vollmachtsurkunde beigelegt. Die Zurückweisung durch den späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers erfolgte jedoch erst zehn Tage nach dem Tag, an dem die Mutter des Klägers das Kündigungsschreiben tatsächlich erhalten und von der fehlenden Vorlegung der Vollmachtsurkunde Kenntnis hatte. Eine Zurückweisung nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls ist nicht mehr unverzüglich iSd. § 174 Satz 1 BGB.

c) Ordentliche Beendigungskündigung

Weigert sich der Arbeitnehmer aus Glaubensgründen, eine vom arbeitsvertraglich vereinbarten Leistungsspektrum umfasste Arbeitsleistung zu erbringen, kann dies - je nach den Umständen des Einzelfalls - eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Mit Urteil vom 24. Februar 2011 (- 2 AZR 636/09 -) hat der Zweite Senat entschieden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei verfassungskonformer Auslegung und Anwendung von § 106 Satz 1 GewO regelmäßig keine Arbeit zuweisen darf, die diesen in einen nachvollziehbar dargelegten, ernsthaften und unüberwindbaren Glaubenskonflikt brächte. Berufte sich der Arbeitnehmer auf einen solchen Konflikt erstmals nach erteilter

Weisung, kann der Arbeitgeber deshalb verpflichtet sein, erneut von seinem Direktionsrecht Gebrauch zu machen und dem Arbeitnehmer - soweit möglich und zumutbar - eine andere Arbeit zuzuweisen. Der Arbeitnehmer braucht einer ermessensfehlerhaften Anordnung keine Folge zu leisten. Im vom Senat entschiedenen Fall hatte sich ein Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber aus Glaubensgründen geweigert, Arbeiten im Umgang mit alkoholhaltigen Getränken durchzuführen. Die beklagte Arbeitgeberin bestand auf den Auffüll- und Verräumarbeiten im Getränkebereich und kündigte dem auf seiner Weigerung beharrenden Kläger. Der Senat verneinte mangels wirksamer Weisung eine durch Fehlverhalten des Klägers gerechtfertigte Kündigung. Die Relevanz oder Wichtigkeit der Gewissensbildung des Arbeitnehmers unterliegt keiner gerichtlichen Kontrolle. Die Weigerung des Arbeitnehmers kann aber geeignet sein, eine Kündigung aus Gründen in der Person des Arbeitnehmers zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber nicht ohne größere Schwierigkeiten möglich ist, den Arbeitnehmer anderweitig innerhalb des vertraglich vereinbarten Leistungsspektrums oder zu geänderten Vertragsbedingungen unter Vermeidung des Konflikts sinnvoll einzusetzen. Ob dies im konkreten Fall so war, konnte der Senat nicht abschließend beurteilen und verwies den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurück. In diesem Zusammenhang muss der Arbeitnehmer die verbleibenden Einsatzmöglichkeiten zumindest in Grundzügen aufzeigen und darlegen, wie er sich eine mit seinen Glaubensüberzeugungen in Einklang stehende Beschäftigung im Rahmen der vom Arbeitgeber vorgegebenen Betriebsorganisation vorstellt. Dem Arbeitgeber wird nicht angesonnen, den Belangen des Arbeitnehmers unter Hintanstellung eigener schutzwürdiger Interessen oder derer anderer Arbeitnehmer nachkommen zu müssen.

Der Zweite Senat hat sich im Urteil vom 24. März 2011 (- 2 AZR 79/09 -) mit der Wirksamkeit einer personenbedingten Kündigung aus Anlass einer mehrjährigen Freiheitsstrafe des Arbeitnehmers auseinandergesetzt. Für den verurteilten Kläger wurde die Möglichkeit eines offenen Vollzugs zunächst verneint. Die Beklagte kündigte daraufhin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist. Der Senat hat entschieden, dass nicht jede Freiheitsstrafe ohne Rücksicht auf ihre Dauer und ihre Auswirkungen zum Verlust des Arbeitsplatzes führen muss. Da der Arbeitgeber im Fall der haftbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist, hängt es von Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, die Kündigung zu rechtfertigen. Wenn der Arbeitnehmer im Kündigungszeitpunkt allerdings noch eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen hat und ein Freigängerstatus oder die vorzeitige Entlassung aus der Haft vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, braucht der

Arbeitgeber den Arbeitsplatz für ihn nicht freizuhalten. Überbrückungsmaßnahmen sind dann regelmäßig nicht zumutbar. Zwar kann sich aus § 241 Abs. 2 BGB die Verpflichtung des Arbeitgebers ergeben, den Arbeitnehmer bei der Erreichung möglicher Maßnahmen der Vollzugslockerung, insbesondere der Erlangung des Freigängerstatus zu unterstützen, soweit dies für ihn - den Arbeitgeber - nicht risikobehaftet ist. Er muss aber einen Arbeitsplatz nicht auf die vage Aussicht hin, in ferner Zukunft könne eine Vollzugslockerung erreicht werden, bis zu einer entsprechenden Klärung offen halten. Im vom Senat entschiedenen Fall war die Kündigung aus personenbedingten Gründen gerechtfertigt. Der Kläger hatte im Kündigungszeitpunkt noch etwa fünf Jahre seiner Freiheitsstrafe zu verbüßen. Konkrete Anhaltspunkte für eine baldige Vollzugslockerung durch die Gewährung von Freigang lagen nicht vor. Das Ergebnis der angedachten erneuten Prüfung der Möglichkeit zur Vollzugslockerung war völlig offen. Bei der Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitnehmers ist in Fällen wie diesem erschwerend zu berücksichtigen, dass er seinen langen Arbeitsausfall selbst verschuldet hat.

Die Wiederverheiratung eines katholischen Chefarztes an einem katholischen Krankenhaus rechtfertigt nicht in jedem Fall seine ordentliche Kündigung. Zwar haben Religionsgemeinschaften und die ihnen zugeordneten Einrichtungen das verfassungsmäßige Recht, von ihren Beschäftigten ein loyales Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können. Als Loyalitätsverstoß kommt auch der Abschluss einer nach katholischem Verständnis ungültigen Ehe in Betracht. Eine Kündigung ist nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 8. September 2011 (- 2 AZR 543/10 -) aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Loyalitätsverstoß unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile im Einzelfall ein hinreichend schweres Gewicht hat. Im entschiedenen Fall trat der Kläger als Chefarzt in die Dienste der konfessionell gebundenen Beklagten. In der im Dienstvertrag der Parteien in Bezug genommenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes wird von den Mitarbeitern die Anerkennung und Beachtung der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre erwartet. Der Beklagten war bekannt, dass der Kläger nach Trennung von seiner ersten Ehefrau mit seiner jetzigen Frau von 2006 bis 2008 unverheiratet zusammenlebte. Nach der Scheidung von seiner ersten Ehefrau heiratete der Kläger seine jetzige Ehefrau standesamtlich. Die Beklagte beschäftigt auch nichtkatholische, wiederverheiratete Chefarzte. Die Kündigung der Beklagten war nicht gerechtfertigt. Zwar hat sich der Kläger einen Loyalitätsverstoß zu Schulden kommen lassen, dem mit Rücksicht auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht beträchtliches Gewicht zukommt. Insgesamt überwog jedoch das Interesse des Klägers an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Die Beklagte hatte sowohl in ihrer Grundordnung als auch in ihrer Praxis auf ein

durchgehend und ausnahmslos der katholischen Glaubens- und Sittenlehre verpflichtetes Lebenszeugnis ihrer leitenden Mitarbeiter verzichtet. Dies zeigte sich sowohl an der Beschäftigung nichtkatholischer wiederverheirateter Ärzte als auch an der Hinnahme des nach dem Arbeitsvertrag an sich untersagten Lebens in nichtehelicher Gemeinschaft von 2006 bis 2008. Zu berücksichtigen war ferner, dass der Kläger zu den Grundsätzen der katholischen Glaubens- und Sittenlehre nach wie vor steht und an ihren Anforderungen nur aus einem dem innersten Bezirk seines Privatlebens zuzurechnenden Umstand scheiterte. Zu beachten war auch der ebenfalls grundrechtlich geschützte Wunsch des Klägers, mit seiner jetzigen Ehefrau in einer nach den Maßstäben des bürgerlichen Rechts geordneten Ehe zusammenleben zu dürfen.

d) Sozialauswahl

Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG gekündigt worden, ist die Kündigung trotzdem nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers neben weiteren im Gesetz genannten sozialen Aspekten das Lebensalter des Arbeitnehmers nicht ausreichend berücksichtigt hat. Die Regelung zielt darauf ab, ältere Arbeitnehmer bei Kündigungen zu schützen. Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG kann die Sozialauswahl zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur auch innerhalb von Altersgruppen - etwa der der 21 bis 30 Jahre alten, der der 31 bis 40 Jahre alten Arbeitnehmer usf. - vorgenommen werden. Das Lebensalter ist dann nur im Rahmen der jeweiligen Gruppe von Bedeutung. Der Altersaufbau der Belegschaft bleibt auf diese Weise weitgehend erhalten. Nach dem Urteil des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2011 (- 2 AZR 42/10 -) verstößt der gesetzliche Regelungskomplex der Sozialauswahl nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000. Er führt zwar zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters. Diese ist aber durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Buchst. a) der Richtlinie gerechtfertigt. Einerseits tragen die Regelungen den mit steigendem Lebensalter regelmäßig sinkenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung. Andererseits wirken sie durch die Möglichkeit der Bildung von Altersgruppen der ausschließlich linearen Berücksichtigung des ansteigenden Lebensalters und einer mit ihr einhergehenden Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer entgegen. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel, die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werden zu einem angemessenen Aus-

gleich gebracht. Dies dient zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung. Der Senat brauchte den Gerichtshof der Europäischen Union nicht um Vorabentscheidung zu ersuchen. Die unionsrechtliche Lage ist durch mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs aus den letzten Monaten hinreichend geklärt. Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat auf dieser Grundlage - wie schon die Vorinstanzen - die Kündigungsschutzklage einer Arbeitnehmerin abgewiesen, die ua. die Bildung und den Zuschnitt von Altersgruppen in einer Auswahlrichtlinie von Arbeitgeberin und Betriebsrat gerügt hatte.

e) Außerordentliche Kündigung

Begeht der Arbeitnehmer anlässlich eines Personaleinkaufs eine strafbare Handlung zu Lasten des Vermögens seines Arbeitgebers oder schädigt er ihn in ähnlich schwerwiegender Weise vorsätzlich, kann dies eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Dies hat der Zweite Senat im Urteil vom 16. Dezember 2010 (- 2 AZR 485/08 -) entschieden. Die Klägerin hatte nach Ende ihrer Arbeitsschicht beim beklagten Arbeitgeber Waren eingekauft und den Kaufpreis iHv. 36,00 Euro mit produktbezogenen Gutscheinen verrechnet, obwohl sie solche Artikel nicht erworben hatte. Die Gutscheine durften, wie der Klägerin bekannt war, nur unter dieser Voraussetzung verrechnet werden. Die gegen die außerordentliche Kündigung gerichtete Klage blieb vor dem Zweiten Senat erfolglos. Dem Arbeitgeber war eine mildere Reaktionsmöglichkeit in Form einer Abmahnung oder einer ordentlichen Kündigung nicht zumutbar. Der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung stand nicht entgegen, dass der beklagte Arbeitgeber vom Verhalten der Klägerin erst durch Auswertung einer Videoaufnahme Kenntnis erlangt hatte; denn die Beklagte bezog sich vor Gericht vornehmlich auf die Auswertung des Kassestreifens und auf die Erklärungen der Klägerin im Personalgespräch. Dort hatte sie ihr Verhalten eingeräumt. Der Senat bestätigte seine Rechtsprechung (*BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 -*), wonach die Gerichte grundsätzlich an das Nichtbestreiten einer Partei gebunden sind. Das schließt aber mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip und das im Privatrechtsverkehr zu beachtende Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Parteien nicht aus, der Verwertung zwar unbestrittenen, aber unter der Verletzung von Grundrechten gewonnenen Sachvortrags zu widersprechen. Allerdings verlangt der Schutz des Arbeitnehmers vor einer rechtswidrigen Videoüberwachung nicht in jedem Fall, auch solche unstrittigen Tatsachen außer Acht zu lassen, die dem Arbeitgeber nicht unmittelbar durch die Videoaufzeichnung bekannt geworden sind, sondern durch die Auswertung einer auf dieser nur erkennbar gewordenen ande-

ren Informationsmöglichkeit. Allein der Umstand, dass eine Prozesspartei ihr Wissen von der Geeignetheit eines rechtlich unbedenklichen Mittels auf möglicherweise rechtswidrige Weise erlangt hat, verbietet nicht den Einsatz dieses Mittels zum Nachweis der für sie günstigen Tatsachen.

Nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Geht es um ein strafbares Verhalten des Arbeitnehmers, darf der Arbeitgeber den Aus- oder Fortgang des Ermittlungs- und Strafverfahrens abwarten und in dessen Verlauf zu einem nicht willkürlich gewählten Zeitpunkt kündigen. Dies gilt auch für den Ausspruch einer Verdachtskündigung. Eine den Verdacht intensivierende Wirkung kann auch die Erhebung der öffentlichen Anklage haben, selbst wenn sie nicht auf neuen Erkenntnissen beruht und der Arbeitgeber bereits zuvor eine Verdachtskündigung erklärt hat. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB beginnt mit ausreichender Kenntnis von der verdachtsverstärkenden Tatsache erneut zu laufen. Nach dem Urteil des Zweiten Senats vom 27. Januar 2011 (- 2 AZR 825/09 -) ist das Gericht auch nicht gehindert, seiner Entscheidung das tatsächliche Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit zugrunde zu legen, auch wenn die Kündigung lediglich mit dem Verdacht pflichtwidrigen Verhaltens begründet worden ist.

Der vorsätzliche Verstoß eines Arbeitnehmers gegen seine Verpflichtung, die abgeleitete Arbeitszeit korrekt aufzuzeichnen, ist „an sich“ ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung iSv. § 626 Abs. 1 BGB. Dies gilt sowohl für den vorsätzlichen Missbrauch einer Stempeluhr als auch für das wissentlich und vorsätzlich falsche Ausstellen entsprechender Formulare. Entscheidend ist der mit der Pflichtverletzung verbundene schwere Vertrauensbruch. Ob dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers trotz Vorliegens einer erheblichen Pflichtverletzung jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist, ist Gegenstand einer Gesamtwürdigung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen. Es ist eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen. In dem vom Zweiten Senat (*Urteil vom 9. Juni 2011 - 2 AZR 381/10 -*) entschiedenen Fall hatte die Klägerin an mehreren Tagen hintereinander systematisch und vorsätzlich um insgesamt 135 Minuten falsche Arbeitszeiten angegeben und damit in beträchtlichem Umfang über die erbrachte Arbeitszeit zu täuschen versucht. Eine Hinnahme des Fehlverhaltens durch die Beklagte war - auch für die Klägerin erkennbar - aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung unabhängig von einer Wiederholungsgefahr ausgeschlossen. Auch die unbeanstandete Betriebszugehörigkeit der Klägerin von rund 17 Jahren, ihr Alter sowie ihre Unterhaltspflicht für eine Person führten angesichts des mit der Pflicht-

verletzung verbundenen schweren Vertrauensbruchs nicht zu einer Interessenabwägung zu ihren Gunsten.

Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist „an sich“ als wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Dies hat der Zweite Senat mit Urteil vom 9. Juni 2011 (- 2 AZR 323/10 -) entschieden. Eine sexuelle Belästigung iSv. § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betroffenen Person verletzt wird. Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Vorsätzliches Verhalten der für dieses Ergebnis objektiv verantwortlichen Person ist nicht erforderlich. Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit erfordert nicht, dass die Betroffenen ihre ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht haben. Es genügt, dass die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war. Im entschiedenen Fall hat der Kläger die Würde einer Mitarbeiterin verletzt, indem er diese an zwei aufeinander folgenden Arbeitstagen gleich mehrfach mit anzüglichen Bemerkungen verbal sexuell belästigt und damit zum Sexualobjekt erniedrigt hat. Dabei ist unmaßgeblich, wie er selbst sein Verhalten eingeschätzt und empfunden hat oder verstanden wissen wollte. Die nach § 626 Abs. 1 BGB erforderliche Interessenabwägung hatte in diesem Fall unter Beachtung des durch § 12 Abs. 3 AGG konkretisierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu erfolgen. Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden und verletzt er seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommen.

f) Betriebsratsanhörung

Der Sechste Senat hat sich in seinem Urteil vom 9. Juni 2011 (- 6 AZR 132/10 -) mit dem Erfordernis der Betriebsratsanhörung anlässlich der Kündigung eines von einem öffentlichen Arbeitgeber einer GmbH gestellten Mitarbeiters befasst. Die Beklagte und die Agentur für Arbeit F. hatten eine GmbH gegründet und dieser zur Erfüllung ihrer Aufgaben Arbeitnehmer zur Dienstleistung zugewiesen, ohne ihr diesbezüglich über das fachliche Weisungsrecht hinausgehende Kompetenzen in personellen und sozialen Angelegenheiten einzuräumen. Die Wahl des bei der GmbH gewählten Betriebsrats wurde 2009 rechtswirksam für ungültig erklärt. Bereits zuvor hatte die Beklagte einem der GmbH gestellten Arbeitnehmer ohne Anhörung des bei der GmbH gebildeten Betriebsrats innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung gekündigt. Der Senat hat zunächst festgehalten, dass ein Betriebsrat erst mit der rechtsgestaltenden Fest-

stellung der Ungültigkeit der Wahl sein Amt verliert. Der bei der GmbH gebildete Betriebsrat war aber nicht deshalb vor der Kündigung zu hören, weil der Kläger etwa zum Kündigungszeitpunkt in einem gemeinsamen Betrieb der Beklagten und der Agentur für Arbeit F. beschäftigt gewesen wäre. Gründen mehrere juristische Personen zu einem bestimmten Zweck eine GmbH und weisen dieser zur Erfüllung ihrer Aufgaben Arbeitnehmer zur Dienstleistung zu, ohne ihr gegenüber den Arbeitnehmern über das fachliche Weisungsrecht hinausgehende Kompetenzen in personellen und sozialen Angelegenheiten einzuräumen, liegt nämlich bloß ein Gemeinschaftsunternehmen, aber kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vor. Ist der Arbeitnehmer eines öffentlichen Arbeitgebers gemäß § 44b SGB II aF einer GmbH zur Dienstleistung zugewiesen worden, ohne dass dieser die Kernfunktion eines Arbeitgebers im personellen und sozialen Bereich übertragen worden ist, unterscheidet sich die betriebsverfassungsrechtlich relevante Situation dieses Arbeitnehmers nicht wesentlich von der eines Leiharbeitnehmers. Welche Beteiligungsrechte in einem solchen Fall jeweils dem Betriebsrat oder dem Personalrat der abgebenden Dienststelle zustehen, richtet sich nach dem Zweck des Beteiligungsrechts und danach, welche Belange des Arbeitnehmers und welche Interessen der beim öffentlichen Arbeitgeber und der bei der Arbeitsgemeinschaft Beschäftigten betroffen sind. Verbleiben Befugnisse im Zusammenhang mit Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses beim öffentlichen Arbeitgeber, muss der bei ihm errichtete Personalrat bei der Ausübung solcher Befugnisse beteiligt werden. Im vom Senat entschiedenen Fall war damit die ohne Beteiligung des Betriebsrats, aber mit ordnungsgemäßer Beteiligung des Personalrats erfolgte Kündigung gegenüber dem Kläger wirksam.

In seinem Urteil vom 7. Juli 2011 (- 6 AZR 248/10 -) hat sich der Sechste Senat mit den Modalitäten bei Übergabe eines Anhörungsschreibens zu einer beabsichtigten Kündigung an den Betriebsrat auseinandergesetzt. Der Arbeitgeber hatte das Anhörungsschreiben zur Kündigung der stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden der Filiale L. bei einer Betriebsräteversammlung in H. ausgehändigt. Das war im Streitfall deshalb zulässig, weil der Vorsitzende des Betriebsrats der Filiale L. nicht zur Betriebsräteversammlung erschienen und deshalb verhindert war. Ist ein Betriebsratsvorsitzender aufgrund von Ortsabwesenheit tatsächlich verhindert, im Betrieb Erklärungen entgegenzunehmen, die dem Betriebsrat gegenüber abzugeben sind, zB ein Anhörungsschreiben des Arbeitgebers zu einer beabsichtigten Kündigung, ist gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG sein Stellvertreter zur Entgegennahme berechtigt. So verhält es sich auch, wenn dem Betriebsrat rechtzeitig angekündigt wird, wann und wo der Arbeitgeber ihm gegenüber außerhalb des Betriebs eine Erklärung abgeben will, die Entgegennahme

dieser Erklärung des Arbeitgebers außerhalb des Betriebs vom Betriebsrat bzw. seinem Vorsitzenden nicht abgelehnt wird und der Betriebsratsvorsitzende die Erklärung des Arbeitgebers aufgrund Ortsabwesenheit nicht entgegennehmen kann. Auch in diesem Fall ist der Vorsitzende des Betriebsrats aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage und damit iSv. § 26 Abs. 2 Satz 2 BetrVG verhindert, die Erklärung des Arbeitgebers entgegenzunehmen mit der Folge, dass sein Stellvertreter zur Entgegennahme berechtigt ist und eine schriftliche Erklärung dem Betriebsrat zugeht, wenn sie mit Einverständnis des Stellvertreters diesem außerhalb des Betriebs ausgehändigt wird. Deshalb war der Einwand des gegen seine Kündigung vorgehenden Klägers, die Beklagte habe den Betriebsrat vor der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört, erfolglos. Die Beklagte musste auch ihrer Massenentlassungsanzeige keine Stellungnahme des Betriebsrats zu den von ihr beabsichtigten Entlassungen beifügen. Es reichte aus, dass sie die Massenentlassungsanzeige unter Beifügung einer Ausfertigung des zwischen ihr und dem Gesamtbetriebsrat zustande gekommenen Interessenausgleichs einschließlich Namensliste erstattet hat. § 125 Abs. 2 InsO bezweckt eine möglichst schnelle Sanierung, um eine Verzögerung bei der Abwicklung der Rechtsverhältnisse des Schuldners zu vermeiden. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn ein mit dem Gesamtbetriebsrat zustande gekommener Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht ersetzen würde, zumal der Gesamtbetriebsrat gem. § 50 Abs. 1 BetrVG für den Abschluss eines betriebsübergreifenden Interessenausgleichs mit Namensliste zuständig ist. Es ist in diesem Fall konsequent, dass die betriebsverfassungsrechtlich unzuständigen örtlichen Betriebsräte bei der Agentur für Arbeit zu den geplanten Entlassungen nicht Stellung nehmen. Auch die RL 98/59/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Massenentlassungen enthält keine Regelung, wonach der Anzeige der Massenentlassung eine Stellungnahme einer bestimmten Arbeitnehmervertretung beigefügt werden muss. Die Frage der Zuständigkeit von Gesamtbetriebsrat oder örtlichem Betriebsrat betrifft allein die Auslegung nationalen Rechts.

g) Sonderkündigungsschutz

Nach § 18 Abs. 1 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, und während der Elternzeit nicht kündigen. Der Zweite Senat hat mit Urteil vom 12. Mai 2011 (- 2 AZR 384/10 -) entschieden, dass es für den Beginn der Acht-Wochen-Frist und das Eingreifen des Kündigungsschutzes auf den ärztlich prognostizierten und nicht den tatsächlichen Tag der Geburt des Kindes ankommt, wenn

der Vater Elternzeit vom frühestmöglichen Zeitpunkt an beantragt hat. Der Beginn des gesetzlichen Kündigungsschutzes nach dem BEEG bliebe andernfalls zunächst in der Schwebe. Fristenregelungen verlangen dagegen Rechtssicherheit. Im entschiedenen Fall hatte der Kläger allerdings Sonderkündigungsschutz nicht erworben. Er hatte Elternzeit nur unter der Bedingung der Gewährung gleichfalls beantragter Elternteilzeit geltend gemacht. Die Beklagte hatte die Gewährung von Elternteilzeit abgelehnt. Unabhängig davon, ob die Verknüpfung von Elternzeit und Elternteilzeit im Sinne einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zu verstehen war, hat sie dazu geführt, dass der Kläger zu keinem Zeitpunkt in Elternzeit war. § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG setzt jedoch voraus, dass tatsächlich Elternzeit genommen wird.

Im Urteil vom 7. Juli 2011 hat der Zweite Senat (- 2 AZR 377/10 -) an seiner Rechtsprechung zum Sonderkündigungsschutz für Wahlbewerber nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG festgehalten. Danach beginnt der Sonderkündigungsschutz für Wahlbewerber, sobald ein Wahlvorstand für die Wahl bestellt ist und ein Wahlvorschlag vorliegt, der die nach dem Betriebsverfassungsgesetz erforderliche Mindestzahl von Stützunterschriften für den Bewerber aufweist. Auf die Einreichung des Wahlvorschlags beim Wahlvorstand kommt es nicht an. Der Sonderkündigungsschutz greift auch dann ein, wenn im Zeitpunkt der Anbringung der letzten - erforderlichen - Stützunterschrift die Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen noch nicht angelaufen war. Insbesondere der Regelungszweck des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG spricht für ein solches Verständnis. Die Ausdehnung des besonderen Kündigungsschutzes auf Wahlbewerber ist erfolgt, weil dieser Personenkreis im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte mit dem Arbeitgeber für die Zeit der Wahl in ähnlicher Weise schutzbedürftig ist wie schon gewählte Betriebsratsmitglieder. Zudem soll ein Arbeitgeber daran gehindert werden, nicht genehme Wahlbewerber durch Kündigung von der Wahl auszuschließen. Zur effektiven Umsetzung dieses Ziels muss der Kündigungsschutz zu einem möglichst frühen Zeitpunkt einsetzen. Die besondere Gefährdung des Arbeitsverhältnisses eines Wahlbewerbers entsteht bereits dann, wenn für den Arbeitgeber erkennbar werden kann, dass er für das Amt in Aussicht genommen ist. Trägt ein Wahlvorschlag die nach § 14 Abs. 4 BetrVG erforderliche Mindestanzahl von Arbeitnehmerunterschriften, hat sich eine Kandidatur derartig verfestigt, dass der Arbeitgeber ernsthaft mit der Möglichkeit rechnen muss, der Kandidat werde in den Betriebsrat gewählt.

2. Befristung

a) Klagefrist - Nachschieben von Unwirksamkeitsgründen

Will der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsvertrags geltend machen, muss er nach § 17 Satz 1 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsvertrags Befristungskontrollklage erheben. Hat er rechtzeitig Klage erhoben, kann er nach § 17 Satz 2 TzBfG iVm. § 6 Satz 1 KSchG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz die Unwirksamkeit der Befristung aus anderen Gründen als denjenigen geltend machen, die er innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist benannt hat. Nach dem Ende des ersten Rechtszugs ist der Arbeitnehmer grundsätzlich mit der Geltendmachung weiterer Unwirksamkeitsgründe ausgeschlossen. Dazu gehört auch die Rüge der mangelnden Schriftform des § 14 Abs. 4 TzBfG. Das gilt dann nicht, wenn das Arbeitsgericht seine Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG iVm. § 17 Satz 2 TzBfG verletzt hat. Dann kann der Arbeitnehmer nach dem Urteil des Siebten Senats vom 4. Mai 2011 (- 7 AZR 252/10 -) den erstinstanzlich nicht geltend gemachten Unwirksamkeitsgrund in das Berufungsverfahren einführen. In diesem Fall hat das Berufungsgericht den Unwirksamkeitsgrund selbst zu prüfen und muss die Sache nicht an das Arbeitsgericht zurückverweisen.

b) Tarifvertragliche Altersgrenze

Nach dem Urteil des Siebten Senats vom 8. Dezember 2010 (- 7 AZR 438/09 -) war die tarifliche Altersgrenze des § 33 Abs. 1a TVöD-V (in der bis zum 30. Juni 2008 geltenden Fassung) wirksam. Danach endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Monats, in dem der Beschäftigte das 65. Lebensjahr vollendet. Allerdings bedürfen auch tarifvertragliche Altersgrenzen zu ihrer Wirksamkeit eines sie rechtfertigenden Sachgrundes iSv. § 14 Abs. 1 TzBfG. Den Tarifvertragsparteien steht jedoch bei der Normsetzung eine Einschätzungsprärogative zu den tatsächlichen Gegebenheiten, betroffenen Interessen und Regelungsfolgen zu. Diese ist nur überschritten, wenn für die Regelung plausible, einleuchtende Gründe nicht erkennbar sind. Daher durften die Tarifvertragsparteien dem Interesse des Arbeitgebers, beizeiten geeigneten Nachwuchs einzustellen und bereits beschäftigte Arbeitnehmer zu fördern, den Vorrang vor dem Bestands-

schutzinteresse des Arbeitnehmers einräumen, wenn dieser durch den Bezug einer gesetzlichen Altersrente wegen Vollendung des 65. Lebensjahres wirtschaftlich abgesichert ist. Die tarifvertragliche Regel verstößt auch nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung (§§ 1, 7 Abs. 1 AGG). Sie führt zwar zu einer unmittelbaren Benachteiligung wegen des Alters. Diese ist aber nach § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG erlaubt. Mit dieser Regelung verfolgt der deutsche Gesetzgeber, wie auch der Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 12. Oktober 2010 (- C 45/09 - „Rosenblatt“) entschieden hat, rechtmäßige Ziele iSv. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG. Die tarifliche Regelung dient ebenfalls legitimen Zielen. Wie sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, ging es den Tarifvertragsparteien mit der Altersgrenze darum, im Bereich des öffentlichen Dienstes für eine zuverlässige, langfristige Personalplanung zu sorgen, eine ausgewogene Altersstruktur zu erhalten, den Nachwuchs zu fördern, Aufstiegschancen zu eröffnen und damit Leistungs- und Motivationsanreize für die bereits Beschäftigten zu schaffen. Das zur Erreichung dieser Ziele angewandte Mittel der automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze erscheint unter Berücksichtigung des weiten Ermessensspielraums der Tarifvertragsparteien als erforderlich und angemessen.

c) Haushaltsrechtliche Befristung

Nach dem Urteil des Siebten Senats vom 9. März 2011 (- 7 AZR 721/09 -) kann sich die Bundesagentur für Arbeit zur Rechtfertigung befristeter Arbeitsverträge nicht auf den Sachgrund der sog. haushaltsrechtlichen Befristung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG berufen. Nach dieser Vorschrift kann ein Arbeitsvertrag wirksam befristet werden, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Während der Wortlaut der Bestimmung für ihre Auslegung unergiebig ist, sprechen Gesetzesgeschichte und systematische Gesichtspunkte dafür, dass die Haushaltsmittel in einem förmlichen Gesetz vorgesehen sein müssen. Auch nach ihrem Sinn und Zweck ist die Vorschrift nicht anzuwenden, wenn Arbeitgeber und Haushaltsplangeber personenidentisch sind und der Haushaltsplan nicht von einem davon unabhängigen, demokratisch legitimierten Parlament aufgestellt wird. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass sich der öffentliche Arbeitgeber durch die Gestaltung seines Haushalts selbst die Befristungsgründe schafft. Die Auslegung entspricht darüber hinaus insbesondere auch verfassungsrechtlichen Erfordernissen. Mit der Befristungsmöglichkeit nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG ist eine Benachteiligung der bei einem öffentlichen Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer in ihrem aufgrund Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen ar-

beitsvertraglichen Bestandsschutz verbunden. Die Ungleichbehandlung gegenüber den bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmern lässt sich allenfalls rechtfertigen, wenn der Haushaltsplangeber demokratisch legitimiert und nicht mit dem Arbeitgeber identisch ist. Der Senat hat ausdrücklich offengelassen, was für Gebietskörperschaften gilt.

d) Sachgrundlose Befristung – Sog. Zuvor-Beschäftigung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Wie der Siebte Senat mit Urteil vom 6. April 2011 (- 7 AZR 716/09 -) entschieden hat, ist eine „Zuvor-Beschäftigung“ in diesem Sinne nicht gegeben, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Wortlaut und systematischer Zusammenhang des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG zwingen zu keinem bestimmten Auslegungsergebnis. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verständnis. Gegen ein solches spricht der Zweck der Vorschrift. Dieser erschließt sich erst im Zusammenhang mit § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Die darin vorgesehene sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen soll zum einen dem Arbeitgeber ermöglichen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen durch Neueinstellungen flexibel zu reagieren. Zum anderen soll die befristete Beschäftigung für den Arbeitnehmer eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und eine Brücke zur Dauerbeschäftigung sein. Durch § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG soll verhindert werden, dass die durch § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Kettenverträgen“ missbraucht wird. Gesetzeszweck des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist daher nicht die Verhinderung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge, sondern die Verhinderung von „Befristungsketten“. Dies steht im Einklang mit dem Ziel der RL 1999/70/EG und gebietet kein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung. Wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehreren Jahren liegt, kann von „Befristungsketten“ keine Rede mehr sein. Gegen ein zeitlich unbeschränktes Verständnis der Vorschrift sprechen insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen. Ein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung würde arbeitssuchenden Arbeitnehmern, die vor längerer Zeit schon einmal bei dem Arbeitgeber beschäftigt waren, die Chance nehmen, über ein zunächst nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG befristetes Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu gelangen. Dadurch würden die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien und die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in übermäßiger Weise beschränkt. Das damit strukturell

verbundene Einstellungshindernis wäre auch unter Berücksichtigung des mit § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG verfolgten Schutzzwecks nicht gerechtfertigt. Die zeitliche Beschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung erfordert eine im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung. Dafür bietet sich der an die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB angelehnte Zeitraum von drei Jahren zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem Beginn des sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses an. Er erscheint geeignet, erforderlich und ausreichend, um „Befristungsketten“ zu verhindern.

**e) Kombination von auflösender Bedingung und Zeitbefristung
- Widerspruchslose Weiterarbeit**

Eine Kombination von auflösender Bedingung und zeitlicher Höchstbefristung eines Arbeitsvertrags ist grundsätzlich zulässig. Setzt in einem solchen Fall der Arbeitnehmer seine Arbeit ohne Widerspruch des Arbeitgebers über den Zeitpunkt der zunächst eintretenden Bedingung hinaus fort, entsteht nach dem Urteil des Siebten Senats vom 29. Juni 2011 (- 7 AZR 6/10 -) kein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Allerdings gilt nach § 15 Abs. 5 TzBfG ein Arbeitsverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber seiner Fortsetzung nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung nicht unverzüglich widerspricht. Dies gilt nach § 21 TzBfG auch für auflösende Bedingungen. Die §§ 21, 15 Abs. 5 TzBfG sind grundsätzlich auch in Fällen der Kombination von auflösender Bedingung und zeitlicher Höchstbefristung anwendbar. Rechtsfolge der Weiterarbeit über den Bedingungseintritt hinaus ist jedoch nicht die unbefristete Fortdauer des Arbeitsverhältnisses. Die Fiktionswirkung ist vielmehr nach Sinn und Zweck der §§ 21, 15 Abs. 5 TzBfG auf den nur befristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Der Kalenderbefristung kommt „Auffangwirkung“ zu. Der Wille der Arbeitsvertragsparteien geht typischerweise nicht dahin, unabhängig von der bisherigen Vereinbarung ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu begründen. Der Senat hat ausdrücklich offen gelassen, ob die Rechtsfolge des § 15 Abs. 5 TzBfG auch dann eintritt, wenn der Arbeitgeber der Weiterarbeit des Arbeitnehmers über den Bedingungseintritt hinaus deshalb nicht unverzüglich widerspricht, weil er den Eintritt der auflösenden Bedingung in Verkennung der Sach- oder Rechtslage nicht erkannt hat.

3. Anfechtung

Der Zweite Senat hat sich in seinem Urteil vom 12. Mai 2011 (- 2 AZR 479/09 -) mit der Möglichkeit zur Kündigung und zur Anfechtung des Arbeitsverhältnisses auseinandergesetzt, wenn ein im öffentlichen Dienst beschäftigter Arbeitnehmer die NPD und deren Jugendorganisation aktiv unterstützt. Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes obliegt nicht stets eine gesteigerte Pflicht zur Verfassungstreue. Es kommt auf die jeweils ausgeübte Tätigkeit an. Trifft den Arbeitnehmer nach der ihm übertragenen Funktion keine Pflicht zu besonderer Loyalität, ist er nicht gehalten, jederzeit und auch außerdienstlich aktiv für den Bestand der politischen Ordnung des Grundgesetzes einzutreten. Je nach Stellung und Aufgabenkreis kann er die Verfassung schon dadurch „wahren“, dass er die freiheitliche demokratische Grundordnung jedenfalls nicht aktiv bekämpft. Das Maß der politischen Treuepflicht hat zugleich Einfluss auf das Erkundigungs-/Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung. Grundsätzlich kann die falsche Beantwortung einer zulässigerweise gestellten Frage zur Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB berechtigen. Auch wenn zu den Eignungskriterien iSv. Art. 33 Abs. 2 GG die Verfassungstreue zählt, sind darauf bezogene Fragen nur zulässig, soweit die vorgesehene Funktion der Einzustellenden dies erfordert und rechtfertigt. Im entschiedenen Fall lag angesichts der Arbeitsaufgaben des Klägers allein in dessen Mitgliedschaft in der NPD und der Übernahme bestimmter Funktionen in der Partei noch kein Verstoß gegen die einfache Treuepflicht.

4. Aufhebungsvertrag

Ein Arbeitnehmer kann grundsätzlich von einer Aufhebungsvereinbarung gemäß § 323 Abs. 1 BGB wegen Nichtleistung zurücktreten, wenn sein Arbeitgeber die im Aufhebungsvertrag für den Verlust des Arbeitsplatzes zugesagte Abfindung nicht zahlt. Der Sechste Senat hat mit Urteil vom 10. November 2011 (- 6 AZR 357/10 -) entschieden, dass der außergerichtliche Aufhebungsvertrag, mit dem das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung beendet wird, ein gegenseitiger Vertrag iSv. § 323 BGB ist. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung der zugesagten Abfindung. Diese ist bei einem außergerichtlichen, auf Initiative des Arbeitgebers zustande gekommenen Aufhebungsvertrag die Gegenleistung des Arbeitgebers für die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ob die Parteien im Streitfall das Rücktrittsrecht des Klägers konkludent ausgeschlossen

haben, hat der Senat offen gelassen. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts aus § 323 Abs. 1 BGB lagen bei Ausübung nicht vor, so dass der Senat auch nicht Stellung zu den Rechtsfolgen eines Rücktritts nehmen musste. Ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 323 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist die Durchsetzbarkeit der Forderung. Die von § 323 BGB vorausgesetzte wechselseitige Leistungspflicht ist begriffsnotwendig ausgeschlossen, wenn der Schuldner nicht leisten muss oder auch gar nicht leisten darf, die Forderung also nicht durchsetzbar ist. Dies war im vom Senat entschiedenen Fall im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung des Klägers der Fall. Die Beklagte war aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 InsO nur noch in der Lage, mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters über ihr Vermögen zu verfügen. Dieser hat unstreitig eine Zustimmung zur Zahlung verweigert. Im Übrigen stand der Durchsetzbarkeit des Abfindungsanspruchs des Klägers die „dolo-petit-Einrede“ entgegen. Der Kläger hätte mit der Zahlung der Abfindung eine Leistung gefordert, die er im Rahmen der Insolvenzanfechtung alsbald hätte zurückgewähren müssen. Im Zeitpunkt der Ausübung des Rücktrittsrechts hatte der Kläger Kenntnis vom Insolvenzeröffnungsantrag.

V. Betriebsübergang

1. Voraussetzungen des Betriebsübergangs

Eine ordentliche Kündigung kann aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein, wenn beabsichtigt ist, den Betrieb oder einen Betriebsteil stillzulegen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, seinen Betrieb oder Betriebsteil zu veräußern. Nach dem Urteil des Achten Senats vom 26. Mai 2011 (- 8 AZR 37/10 -) ist entscheidend, dass der Funktions- und Zweckzusammenhang zwischen den übertragenen materiellen und immateriellen Betriebsmitteln sowie den sonstigen Produktionsfaktoren wie etwa den Kunden- und Lieferantenbeziehungen oder den Fertigungsmethoden beibehalten wird, und dies dem Erwerber gestattet, die verknüpften Faktoren zur Verfolgung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen. Da im entschiedenen Fall die Wegstrecke zwischen alter und neuer Betriebsstätte nur 59 km betrug, bestand keine erhebliche räumliche Entfernung, die die Wahrung der Identität zweifelhaft erscheinen lassen könnte. Es steht auch nicht entgegen, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt. Das anzuwendende Recht ist nach dem im Zeitpunkt des beabsichtigten Betriebsübergangs noch gültigen Art. 30 Abs. 2 EGBGB zu bestimmen. Danach war deutsches Recht ein-

schließlich § 613a BGB anzuwenden. Weder haben zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs die Parteien eine Rechtswahl vereinbart, noch ist der Kläger ins Ausland entsandt worden. Selbst wenn das Arbeitsverhältnis des Klägers nach dem Betriebsübergang gemäß einem anderen nationalen Recht zu beurteilen wäre und wenn sich diesem zufolge kein Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten der zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ergäbe, wirkte dies nicht in der Weise, dass der beabsichtigte Betriebsübergang bei der Beurteilung der streitbefangenen Kündigung außer Betracht zu bleiben hätte. § 613a BGB ist auch bei Betriebsübergängen in das Ausland grundsätzlich anwendbar. Dabei darf die Frage der Anwendbarkeit einer Norm nicht mit der Frage deren Durchsetzbarkeit im Ausland vermengt werden. Erledigt der Arbeitnehmer betriebsübergangsbedingt seine Arbeit gewöhnlich in einem bestimmten Staat, so unterliegt sein Arbeitsverhältnis dem Recht dieses Staates, es sei denn, aus der Gesamtheit der Umstände ergibt sich eine engere Verbindung zu einem anderen Staat. Damit dürfte sich das Arbeitsvertragsstatut eines Arbeitnehmers infolge eines Betriebsübergangs ins Ausland regelmäßig ändern. Die Änderung tritt aber erst ein, nachdem die Arbeitsverhältnisse übergegangen sind. Für eine vor dem Betriebsübergang ausgesprochene, nach deutschem Recht zu beurteilende Kündigung sind mit dem Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts einhergehende Rechtsänderungen ohne Belang.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit einem Betriebsveräußerer und damit zusammenhängend der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft trotz eines anschließenden Betriebsübergangs ist grundsätzlich wirksam, wenn die Vereinbarung auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist. § 613a BGB wird jedoch umgangen, wenn der Aufhebungsvertrag die Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes bezweckt, weil zugleich ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wurde. Grundsätzlich gewährt § 613a BGB nach Auffassung des Achten Senats im Urteil vom 18. August 2011 (- 8 AZR 312/10 -) keinen Schutz vor einvernehmlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund. Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien auch im Rahmen des § 613a BGB die Kontinuität des Arbeitsvertrags beenden. Jedoch schützt § 613a BGB vor einer Veränderung des Arbeitsvertragsinhalts ohne sachlichen Grund. Dieser Schutz darf nicht umgangen werden. In dem vom Senat entschiedenen Fall hatte der Kläger im Zeitpunkt des dreiseitigen Vertragsabschlusses jedoch ein neues Arbeitsverhältnis mit der beklagten Erwerberin „zumindest verbindlich in Aussicht gestellt“ bekommen, da man ihn ein vorformuliertes Vertragsangebot hatte

unterzeichnen lassen und zu diesem Zeitpunkt die Chance von 352 : 452 bestand, einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu bekommen. Das Angebot war „verbindlich“, weil sich auch die beklagte Erwerberin zu diesem Zeitpunkt bereits an einen Losentscheid gebunden hatte. Per Los sollten 352 von 452 Mitarbeitern bestimmt werden, die bei der Erwerberin weiterbeschäftigt werden sollten. Allein die Bedingung „Losglück“ führte dazu, dass die Beklagte ihrerseits das Vertragsangebot des Klägers hätte gegenzeichnen müssen. Insoweit musste die bei der Veräußerung bei dem Rechtsvorgänger zurückgelegte Beschäftigungszeit für die Berechnung der Kündigungsfrist berücksichtigt werden. Im Übrigen reicht es für die Berechnung der Kündigungsfrist aus, wenn zwischen mehreren Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Der Senat hat einen solchen engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang bejaht, da das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft nur auf dem Papier bestanden hat und mehrere Arbeitsverhältnisse von der bisherigen Arbeitgeberin vermittelt worden sind.

§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst nur solche Betriebsübergänge, die durch Rechtsgeschäft erfolgen. Der Achte Senat hat im Urteil vom 18. August 2011 (- 8 AZR 230/10 -) entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal „Rechtsgeschäft“ weit zu verstehen ist. Es erfasst alle Fälle einer Fortführung der wirtschaftlichen Einheit im Rahmen vertraglicher oder sonstiger rechtsgeschäftlicher Beziehungen, ohne dass unmittelbar Vertragsbeziehungen zwischen dem bisherigen Inhaber und dem Erwerber bestehen müssen. Das Tatbestandsmerkmal soll den Anwendungsbereich der Vorschrift nicht einschränken, sondern ihn gegenüber den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge und der Übertragung aufgrund Hoheitsaktes abgrenzen. Der Senat entschied über einen Fall, in dem ein für ein Hotelgrundstück eingesetzter Zwangsverwalter das Pachtverhältnis gegenüber der bisherigen Arbeitgeberin der Klägerin gekündigt hatte. Nachdem der Gerichtsvollzieher den beklagten Zwangsverwalter in den Besitz des Hotelgrundstücks eingesetzt hatte, betrieb dieser das Hotel weiter. Die Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der bisherigen Arbeitgeberin mit dem beklagten Zwangsverwalter fortbesteht, war erfolgreich. Der beklagte Zwangsverwalter trat gemäß § 142 Abs. 2 ZVG in das Pachtverhältnis zwischen der Schuldnerin und der bisherigen Arbeitgeberin der Klägerin ein. Insofern besteht keine grundsätzlich andere Situation als in den sonstigen Fällen der Rückgabe eines verpachteten Betriebs an den Verpächter nach Ablauf des Pachtverhältnisses verbunden mit einer tatsächlichen Fortführung des Betriebs durch den bisherigen Verpächter. Der Zwangsverwalter übt dabei nur die privatrechtlichen Befugnisse aus, wie sie sich aus dem Pachtverhältnis ergeben. Der Umstand, dass er die ihm zustehenden Rechte mit-

tels Zwangsvollstreckung durchsetzen musste, ändert nichts an deren rechtsgeschäftlichem Charakter. Der Beschluss des Amtsgerichts, der dem Zwangsverwalter die Fortführung des gewerblichen Hotelbetriebs genehmigte, machte den Übertragungsvorgang nicht zu einem hoheitlichen Akt. Er betrifft allein die Befugnisse des Zwangsverwalters und nicht die Qualität seiner rechtlichen Handlungen.

2. Voraussetzungen des Betriebsteilübergangs

Mit Urteil vom 27. Januar 2011 (- 8 AZR 326/09 -) hat sich der Achte Senat mit der Abgrenzung von Betrieb und Betriebsteil im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang auseinandergesetzt. Diesbezüglich ist eine Gesamtbetrachtung maßgeblich, bei der die wirtschaftliche Einheit und ihre Identität im Mittelpunkt stehen. Auch beim Erwerb eines Betriebsteils ist es erforderlich, dass die wirtschaftliche Einheit ihre Identität wahrt. Daher muss eine Teileinheit des Betriebs auch bereits beim Betriebsveräußerer die Qualität eines Betriebsteils haben, also eine selbständig abtrennbare organisatorische Einheit sein, mit der innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks ein Teilzweck verfolgt wird. Ergibt die Gesamtbetrachtung eine identifizierbare wirtschaftliche und organisatorische Teileinheit, so muss diese beim Erwerber im Wesentlichen unverändert fortbestehen. Allerdings muss der übertragene Unternehmens- oder Betriebsteil seine organisatorische Selbständigkeit beim Betriebserwerber nicht vollständig bewahren. Es genügt, dass dieser die funktionelle Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehält und es ihm derart ermöglicht wird, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen. Im entschiedenen Fall zeigte der zwischen dem Erwerber und der bisherigen Arbeitgeberin als Veräußerin geschlossene so genannte „Dienstleistungsvertrag“, demzufolge der Auftragnehmer die Dienstleistungen in alleiniger Verantwortung zu erbringen hatte, dass der Bereich organisatorisch aus dem betrieblichen Gesamtgeschehen heraus-trennbar war und auch herausgetrennt wurde. Im Hinblick auf die von der Beklagten als Erwerberin selbst vorgegebene, feste Struktur und Einbindung des Bereichs in den Produktionsprozess ist die Personalausstattung wie deren Führung durch eigene Vorgesetzte von zweitrangiger Bedeutung. Die Klägerin war mit dem Schwerpunkt ihrer Tätigkeit der übergegangenen „Weiterverarbeitung Ba/Kleinpaketfertigung“ zuzuordnen. Die Klägerin hatte gegenüber der Beklagten die Fortführung des auf sie übergegangenen Arbeitsverhältnisses rechtzeitig geltend gemacht. Hierbei gilt grundsätzlich die gleiche Frist wie für die Widerspruchserklärung. Allerdings beginnt die Monatsfrist für das Fortsetzungsverlangen erst ab ordnungsgemäßer Information nach § 613a

Abs. 5 BGB zu laufen. Auch ein Fortsetzungsverlangen kann wegen Verwirkung ausgeschlossen sein. Maßgeblich sind dabei Zeit- und Umstandsmoment. Im entschiedenen Fall hatte die Klägerin kein Umstandsmoment gesetzt. Der Senat hat die Sache an das Landesarbeitsgericht zur Aufklärung zurückverwiesen, ob das Arbeitsverhältnis durch weitere Betriebs(teil-)Übergänge auf einen anderen Arbeitgeber übergegangen ist.

Auch mit Urteil vom 7. April 2011 (- 8 AZR 730/09 -) hatte der Achte Senat sich mit der Frage eines Betriebsteilübergangs zu befassen. Dabei hat er festgehalten, dass für die Zuordnung eines Arbeitnehmers zu einem Betrieb oder Betriebsteil darauf abzustellen ist, ob er in diese übergegangene Betriebseinheit tatsächlich eingegliedert war. Nicht ausreichend ist es, wenn er lediglich Tätigkeiten für den übertragenen Betrieb oder Betriebsteil verrichtet hat, ohne in dessen Struktur eingebunden gewesen zu sein. An einer solchen Einbindung fehlte es hier. Außerdem existierte keine abgrenzbare organisatorische Einheit, die ausschließlich die kaufmännischen Aufgaben der technischen Dienstleistungen zum Gegenstand gehabt hätte. Die dazu notwendige selbständig abtrennbare organisatorische Einheit darf nicht als bloße Tätigkeit verstanden werden. Bezogen auf den Fall hat der Achte Senat ebenso wenig eine abgrenzbare organisatorische Einheit „kaufmännische Aufgaben in der Abwasserentsorgung“, wie eine all umfassende „technische und kaufmännische Abteilung Abwasserentsorgung“ angenommen. Schließlich ist es für die Prüfung eines Betriebsteilübergangs auch unbeachtlich, ob der verbleibende Restbetrieb noch fortgesetzt werden konnte oder nicht mehr lebensfähig war. Der Betriebsteil ergibt sich aus der Wahrung der Identität der übernommenen Einheit beim Erwerber und nicht aus dem Untergang der Identität des früheren Gesamtbetriebs.

Mit Urteil vom 13. Oktober 2011 (- 8 AZR 455/10 -) hat der Achte Senat nochmals Stellung zu den Voraussetzungen eines Betriebsteilübergangs genommen. Ein Betriebsteilübergang iSd. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass die vom Erwerber übernommene Einheit bereits beim Betriebsveräußerer die Qualität eines Betriebsteils, also einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit, gehabt hat. Der Kläger war Leiter einer Abteilung, deren Arbeitsschwerpunkte Mess- und Regeltechnik waren. Die potentielle Erwerberin übernahm vom bisherigen Arbeitgeber des Klägers einen Teil der von dessen Abteilung entwickelten Produktlinien einschließlich der Rechte an Software, Patenten und sonstige immaterielle Güter. Hinzu kam die entsprechende Entwicklungssoftware, das Produktmaterial bzw. Inventar sowie eine Kunden- und Lieferantenliste bezüglich der übernommenen Produktlinien. Vier der bisher 13 Mitarbeiter wechselten zum potentiellen Erwerber. Die Klage auf Feststellung eines Arbeitsver-

hältnisses zum potentiellen Erwerber war erfolglos. Anders als die Vorinstanz verneinte der Senat bereits das Vorliegen eines Betriebsteils. Nach Auffassung des Senats ändert das auf die Vorlage der Vorinstanz ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Februar 2009 (- C-466/07 - [Klarenberg]), das an die Wahrung der organisatorischen Selbständigkeit eines übernommenen Betriebsteils beim Erwerber geringere Anforderungen stellt als die bisherige Rechtsprechung, nichts an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs zur Notwendigkeit einer organisatorisch abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer.

VI. Betriebliche Altersversorgung

1. Anspruch auf Entgeltumwandlung

Der Anspruch auf Entgeltumwandlung nach § 1a BetrAVG kann gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG durch Tarifvertrag ausgeschlossen werden. Eine derartige Tarifbestimmung gilt nach § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG auch zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Regelung vereinbart ist. Der Dritte Senat hat mit Urteil vom 19. April 2011 (- 3 AZR 154/09 -) entschieden, dass die Bezugnahme auf den räumlich, zeitlich, fachlich und persönlich anwendbaren Tarifvertrag gerichtet sein muss. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber die Anwendung des Tarifvertrags mit allen Arbeitnehmern vereinbart und ein anderer einschlägiger Tarifvertrag für den Arbeitgeber nicht besteht. Als einschlägig ist nur der Tarifvertrag anzusehen, der bei unterstellter Tarifgebundenheit beider Parteien auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar Anwendung fände. Eine andere Auslegung ist auch dann nicht geboten, wenn der Arbeitgeber Empfänger sog. institutioneller Förderung iSv. § 8 des Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans ist und auf die Arbeitsverhältnisse mit seinen Beschäftigten die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst anwendet. § 17 Abs. 3 Satz 2 BetrAVG schützt ausschließlich die Stellung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber im Wettbewerb; sie sollen keinen Nachteil erleiden, weil es ihnen wegen fehlender Tarifgebundenheit verwehrt ist, vom Gesetz zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen.

2. Inhaltskontrolle von Versorgungsordnungen

Der Dritte Senat hat im Urteil vom 19. Januar 2011 (- 3 AZR 29/09 -) entschieden, dass aufgrund systematischer Auslegung nach § 2 des Tarifvertrags zur Vereinheitlichung der betrieblichen Altersversorgung iVm. dem Tarifvertrag Lufthansa-Betriebsrente für das Kabinenpersonal bei der fiktiven rückwirkenden Berechnung der sog. Lufthansa-Betriebsrente Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses einer Flugbegleiterin nicht zu berücksichtigen sind. Dies verstößt nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts. Eine nach Unionsrecht, deutschem Verfassungsrecht und dem AGG verbotene mittelbare Benachteiligung setzt voraus, dass sich in der durch eine Regelung benachteiligten Gruppe im Vergleich zur begünstigten Gruppe wesentlich mehr Frauen befinden als Männer. Ein die mittelbare Benachteiligung ausschließender Sachgrund liegt vor, wenn die Regelung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Dies gilt auch für Tarifverträge. Allerdings kommt den Tarifvertragsparteien aufgrund der Tarifautonomie eine Einschätzungsprärogative bezüglich der sachlichen Gegebenheiten, der betroffenen Interessen und der Regulationsform sowie ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der von ihnen getroffenen Regelungen zu. Im konkreten Fall war schon nicht ersichtlich, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Betriebsrentensystems durch die Nichtanrechnung von Vordienstzeiten Frauen besonders betroffen waren. Das von den Tarifvertragsparteien zur rückwirkenden Vereinheitlichung des neuen Betriebsrentensystems verwandte Mittel, nämlich die Nichtanrechnung von Vordienstzeiten, war erforderlich, da es einen anderen Weg zur Erreichung dieses Ziels aus Sicht des Senats nicht gab. Die Tarifvertragsparteien haben durch Vergleichsberechnung über die Garantierente sichergestellt, dass erworbene Besitzstände im alten System erhalten bleiben. Zur Einräumung weiterer Vergünstigungen waren die Tarifvertragsparteien nicht verpflichtet. Das Vertrauen eines Arbeitnehmers darauf, dass ihm über bereits erworbene Besitzstände hinaus für die Vergangenheit begünstigende Regelungen zugutekommen, ist nicht in besonderer Weise schutzwürdig.

In einer Versorgungsordnung ist es grundsätzlich zulässig, die Betriebsrente unter Berücksichtigung der Entgeltentwicklung der aktiv Beschäftigten zu kürzen. Der Dritte Senat hat mit Urteil vom 26. Oktober 2010 (- 3 AZR 711/08 -) entschieden, dass eine Klausel zulässig ist, nach der sich das Ruhegeld nach Maßgabe des ruhegeldfähigen Einkommens der vergleichbaren im Dienst befindlichen Arbeitnehmer erhöht oder vermindert. Dabei ist es für das Verdienstniveau der aktiv Beschäftigten unerheblich, ob

eine Entgeltkürzung mit einer Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit einhergeht oder nicht. Die dem Dritten Senat vorliegende Klausel orientierte die Betriebsrenten am Dienstniveau der aktiv Beschäftigten. Die Klausel war nicht an dem für Eingriffe in Versorgungsanwartschaften entwickelten dreistufigen Prüfschema zu messen, denn die Versorgungsordnung nahm von vornherein für die Berechnung der Höhe der Betriebsrenten die tariflich geregelten Einkommen der aktiv Beschäftigten in Bezug. Die Bemessung der Betriebsrente nach der Einkommensentwicklung der Aktiven war daher von vornherein Vertragsbestandteil. Eine solche Orientierung ist nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit sachgerecht. Allerdings ist es mit den zwingenden Grundwertungen des Betriebsrentenrechts nicht zu vereinbaren, wenn die Versorgungsordnung eine Beeinträchtigung des bei Eintritt des Versorgungsfalls erdienten, mit der Ausgangsrente definierten Versorgungsniveaus ermöglicht. Bei Eintritt des Versorgungsfalls hat der Arbeitnehmer die der Ausgangsrente entsprechende Arbeitsleistung insgesamt erbracht. Die Ausgangsrente unterliegt damit einem besonderen Schutz. Stellt die Versorgungsordnung - wie im entschiedenen Fall - laufend ein aus verschiedenen Leistungen errechnetes Versorgungsniveau sicher, kommt es auf das bei Eintritt des Versorgungsfalls entstandene, mit der Regelung der Rente definierte Versorgungsniveau insgesamt und die dafür nach der Versorgungsordnung maßgeblichen Bestimmungsfaktoren an. Im konkreten Fall war die Klausel insoweit unwirksam, als die Regelung eine Kürzung des Berechnungseinkommens ermöglichte, das der Ausgangsrente bei Eintritt des Versorgungsfalls zugrunde gelegt wurde. Im Übrigen waren die ohne weiteres sinnvoll gebliebenen und als in sich geschlossene Regelung weiter anwendbaren Kürzungsmöglichkeiten wirksam.

Die Verweisung in einem Versorgungsvertrag auf die für die Berechnung des Ruhegehalts und der Hinterbliebenenbezüge jeweils geltenden Vorschriften des Versorgungsrechts der Beamten ist nach einem Urteil des Dritten Senats vom 30. November 2010 (- 3 AZR 798/08 -) grundsätzlich wirksam. Sie ist nicht überraschend iSv. § 305c Abs. 1 BGB. Ein Arbeitnehmer, dessen Vergütung sich nach den beamtenrechtlichen Vorschriften richtet, muss damit rechnen, dass sein Vertragspartner auch das Ruhegehalt nach den beamtenversorgungsrechtlichen Bestimmungen in ihrer jeweils geltenden Fassung berechnen wird. Die Verweisklausel ist keiner uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach den §§ 307, 308 und 309 BGB zu unterziehen. Sie muss lediglich dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügen. Die Höhe der zugesagten Versorgung ist selbst dann Gegenstand der Hauptleistungspflicht, wenn vertraglich nur die für die Ermittlung der Höhe maßgeblichen Bewertungsfaktoren vereinbart werden. Wird ausschließlich bezüglich der Berechnung der Betriebsrente - wie im vom

Senat entschiedenen Fall - umfassend auf das Beamtenversorgungsrecht Bezug genommen, so sind die beamtenversorgungsrechtlichen Bestimmungen integrale Bestandteile des Betriebsrentenanspruchs. Da beide Arbeitsvertragsparteien keinen Einfluss auf die Änderung des in Bezug genommenen Beamtenversorgungsrechts hatten, handelte es sich bei der Verweisklausel auch nicht um einen Änderungsvorbehalt iSd. § 308 Nr. 4 BGB. Aufgrund der Inbezugnahme des Beamtenrechts findet die beamtenversorgungsrechtliche Anpassungsregelung - hier § 70 BeamtVG - Anwendung und nicht § 16 BetrAVG. Allerdings darf die Anwendung von Regeln des Beamtenversorgungsrechts nicht gegen zwingende Grundwertungen bzw. zwingende Bestimmungen des Betriebsrentenrechts verstoßen. Ein Versorgungsberechtigter, der aufgrund rentenrechtlicher Bestimmungen (§ 5 Abs. 1 SGB VI) von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit ist, weil er Besoldung nach beamtenrechtlichen Vorschriften erhält und bei Krankheit Anspruch auf Fortzahlung seiner Bezüge nach beamtenrechtlichen Grundsätzen sowie auf Beihilfe hat, bedarf nach den gesetzlichen Wertungen des über § 16 BetrAVG vermittelten Schutzes nicht. Insofern war die Klage des nach beamtenrechtlichen Grundsätzen versorgungsberechtigten Klägers auf Anpassung der Versorgungsbezüge gemäß § 16 BetrAVG erfolglos.

3. Zeiträtierliche Kürzung und Altersdiskriminierung

Der Insolvenzschutz auch von Betriebsrentenanwartschaften durch den Träger der Insolvenzversicherung ist Bestandteil des BetrAVG. Dabei verweist § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BetrAVG auf die Berechnungsmethode in § 2 Abs. 1 BetrAVG, nach der im Falle des Ausscheidens des Arbeitnehmers mit gesetzlich unverfallbarer Betriebsrentenanwartschaft deren Höhe berechnet wird. Jedoch tritt der Zeitpunkt des die Eintrittspflicht des Beklagten auslösenden Sicherungsfalls - hier der Insolvenzeröffnung - an die Stelle des Zeitpunkts des Ausscheidens. Die Höhe der insolvenzgeschützten Anwartschaft ist danach zeiträtierlich zu berechnen. Diese Berechnung erfolgt dergestalt, dass die Dauer des Arbeitsverhältnisses von dessen Beginn bis zum Sicherungsfall in Verhältnis gesetzt wird zur möglichen Betriebszugehörigkeit vom Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen der festen Altersgrenze. Insolvenzgeschützt ist der diesem Verhältnis entsprechende Teil der bei einer Betriebszugehörigkeit bis zur festen Altersgrenze nach der maßgeblichen Versorgungsordnung erreichbaren „fiktiven“ Vollrente. Nach dem Urteil des Dritten Senats vom 19. Juli 2011 (- 3 AZR 434/09 -) bewirken die gesetzlichen Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4, § 2 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG keine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters. Ein Verstoß ge-

gen Unionsrecht, sei es bezogen auf der Richtlinie 2000/78/EG, sei dies aufgrund primärrechtlichen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters gemäß § 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ist nicht gegeben. Die in § 7 Abs. 2 Satz 3 und Satz 4 BetrAVG enthaltene Verweisung auf die Regeln zur Berechnung einer gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft bei Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis verfolgt das Ziel die Voraussetzungen des Schutzes und die Berechnungsmethoden in beiden Fällen anzugleichen. Das ist schon deshalb im Allgemeininteresse liegend, legitim, angemessen und erforderlich, weil eine andere Regelung zu Wertungswidersprüchen führen würde. In ihrem eigenen Anwendungsbereich benachteiligt die Bestimmung des § 2 Abs. 1 BetrAVG nicht unerlaubt, weil Betriebsrente nach dem üblichen Verständnis für das gesamte Arbeitsleben gezahlt wird. Die gesetzliche Anknüpfung daran erleichtert die Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung. Eine Aushöhlung des Verbots der Benachteiligung wegen des Alters ist damit nicht verbunden, da die einzelne Versorgungsordnung an diesem Verbot zu messen ist. Deshalb war die Klage eines Arbeitnehmers, der den Zeitraum bis zum Insolvenzfall nicht in das Verhältnis zum Zeitraum bis zum Bezug der fiktiven Altersrente, sondern zum in der Versorgungsordnung vorgesehenen anrechenbaren Zeitraum in Ansatz bringen wollte, erfolglos.

4. Ablösung von Versorgungsregelungen

Im Urteil vom 15. Februar 2011 befasste sich der Dritte Senat (- 3 AZR 35/09 -) mit der Ablösung einer Regelung zur betrieblichen Altersversorgung, die durch Gesamtzusage getroffen war. Sie erlosch mit Abschluss einer Betriebsvereinbarung „Zusatzversorgung“, weil sie unter dem Vorbehalt der Änderung durch nachfolgende Betriebsvereinbarung stand. Die Betriebsvereinbarungsoffenheit musste nicht ausdrücklich in der Gesamtzusage formuliert sein, sondern konnte sich auch aus den Umständen ergeben, wie hier aus dem Hinweis, dass die Leistung auf mit dem Betriebsrat abgestimmten Richtlinien beruht. Unabhängig davon hat die Betriebsvereinbarung „Zusatzversorgung“ die bisherige Gesamtzusage auch deshalb ersetzt, weil sich der Arbeitgeber in der Gesamtzusage den Widerspruch des Versorgungsversprechens aus sachlichen Gründen vorbehalten hatte. Das ergab sich daraus, dass die Versorgung über eine Unterstützungskasse zugesagt war. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist der Ausschluss des Rechtsanspruchs in Satzungen und Versorgungsplänen von Unterstützungskassen als Widerrufsrecht auszulegen, das an sachliche Gründe gebunden ist. In einem solchen Fall müssen die Arbeitnehmer stets mit einer (*verschlech-*

ternden) Abänderung ihrer individualvertraglichen Position rechnen. Da die Betriebsvereinbarung „Zusatzversorgung“ die Gesamtzusage dauerhaft abgelöst hat, leben mit der Kündigung dieser Betriebsvereinbarung die ursprünglich auf der Gesamtzusage beruhenden Ansprüche auch nicht wieder auf. Die Kündigung der Betriebsvereinbarung „Zusatzversorgung“ war wirksam. Der Arbeitgeber kann eine Unterstützungskasse als Sozialeinrichtung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungsfrei schließen. Allerdings führt eine Kündigung nicht ohne weiteres zum Wegfall bereits erworbener Versorgungsrechte. Diese werden aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gegenüber einer Kündigung geschützt. Es gilt das für Eingriffe in Versorgungsanwartschaften entwickelte dreistufige Prüfungsschema. Hier hatte die Kündigung zur Folge, dass die Betriebsvereinbarung für die Mitarbeiter im Umfang der erdienten Teilbeträge als normativ unmittelbar und zwingend fortgeltende kollektivrechtliche Grundlage erhalten blieb. Die Chance, weiteren dienstzeitabhängigen Zuwachs zu verdienen, ist infolge der Kündigung jedoch entfallen. Der Arbeitgeber hatte sachlich-proportionale Gründe für einen Eingriff in diesen Besitzstand. Die Betriebsvereinbarung wirkte auch nicht gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach. Der Arbeitgeber wollte keine neue Regelung über die betriebliche Altersversorgung treffen. Mangels Verteilungsspielraums schied daher nicht nur die Mitbestimmung, sondern daran anknüpfend auch die Nachwirkung aus.

Mit Urteil vom 28. Juni 2011 (- 3 AZR 282/09 -) hat der sich der Dritte Senat mit der nachträglichen Änderung der Regeln zur Anpassungs-(*prüfungs*-)pflicht von Betriebsrenten befasst. Nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG entfällt diese, wenn sich der Arbeitgeber verpflichtet, die Betriebsrente um mindestens 1 % jährlich anzupassen. Dies gilt nach § 30c Abs. 1 BetrAVG nur, wenn die Versorgungszusage nach dem 31. Dezember 1998 erteilt wurde. Es kommt nicht auf den Zeitpunkt der Anpassungsregelung oder auf den Zeitpunkt des Bezug laufender Leistungen der betrieblichen Altersversorgung an. Wenn, wie im Streitfall, die Versorgungszusage vor dem 1. Januar 1999 erteilt wurde, ist eine durch Betriebsvereinbarung erfolgte Änderung dahingehend, dass die Betriebsrente nur noch um jährlich 1 % angepasst werden soll, unwirksam. Es gelten weiterhin die Anpassungsbestimmungen der vorhergehenden Ruhegeldrichtlinien. Die Anwendung der gesetzlichen Regelung in § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG als Konsequenz des Verstoßes der neuen Regelung gegen § 30c Abs. 1 BetrAVG kam nicht in Betracht. Eine dahingehende Regelung der Betriebsparteien wäre im entschiedenen Fall nicht zulässig gewesen und konnte deshalb erst recht nicht Folge einer unwirksamen Betriebsvereinbarung sein. Veränderungen der Versorgungsordnung nach Eintritt des Versorgungsfalls müssen verhältnismäßig sein und dem Vertrauensschutz

genügen. Danach darf in laufende Versorgungsleistungen nur eingegriffen werden, wenn tragfähige Gründe vorliegen, was bedeutet, dass nach Eintritt des Versorgungsfalls in der Regel nur noch geringfügige Verschlechterungen aus sachlich nachvollziehbaren, Willkür ausschließenden Gründen gerechtfertigt sein können. Liegt ein mehr als geringfügiger Eingriff vor, muss die konkrete Verschlechterung der Versorgungsordnung ausnahmsweise unter Berücksichtigung der durch die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erworbenen Bestandsinteressen einerseits und der Schwere des Eingriffs andererseits aufgrund ganz erheblich überwiegender Interessen des Arbeitgebers begründet sein. Die Eingriffe sind mehr als geringfügig, wenn sie dem Versorgungsempfänger - hätte er mit ihnen gerechnet - während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses vernünftigerweise Anlass zur weitergehenden privaten Absicherung hätten geben können. Im entschiedenen Fall wäre der Wechsel von den bisherigen Ruhegeldrichtlinien zur gesetzlichen Anpassungsregel nicht als geringfügig anzusehen, da nach § 16 Abs. 1 und Abs. 2 BetrAVG anders als bei den bisherigen Ruhegeldrichtlinien auch wirtschaftliche Belange der Beklagten zu berücksichtigen wären. Die von der Beklagten vorgetragenen Praktikabilitätsgründe überwiegen die Nachteile für den Kläger nicht.

5. Rentenanpassung

Nicht nur werbend am Markt tätige Unternehmen, sondern auch Rentnergesellschaften - einziger Gesellschaftszweck ist die Abwicklung der Versorgungsverbindlichkeiten - und Abwicklungsgesellschaften - neben der Betriebsrentnerbetreuung existieren noch unternehmerische Aktivitäten im Bereich der Geschäftsabwicklung - müssen eine Anpassung der Betriebsrenten nach § 16 Abs. 1 BetrAVG prüfen. Dabei sind auch Rentner- und Abwicklungsgesellschaften nicht verpflichtet, die Kosten für die Betriebsrentenanpassung aus ihrem Vermögen aufzubringen. Auch ihnen ist eine angemessene Eigenkapitalverzinsung zuzubilligen. Allerdings ist bei Rentner- und Abwicklungsgesellschaften bereits eine Eigenkapitalverzinsung angemessen, die der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entspricht. Für einen Zuschlag, wie er werbend tätigen Unternehmen zugebilligt wird, deren in das Unternehmen investiertes Eigenkapital einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist, besteht kein Anlass. Der Dritte Senat hat mit Urteil vom 26. Oktober 2010 (- 3 AZR 502/08 -) an seiner dahingehenden Rechtsprechung festgehalten. Es musste nicht geklärt werden, ob es sich tatsächlich um eine Rentner- oder Abwicklungsgesellschaft handelte, da die Beklagte auch ohne Zuerkennung eines Risikozuschlags mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen musste, dass ihr die für die

Anpassung der Betriebsrenten erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit fehlen würde. Bei einer Gesamtbetrachtung war die Eigenkapitalverzinsung niedriger als die Umlaufrendite öffentlicher Anleihen. Dabei wird die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens durch dessen Ertragskraft im Ganzen geprägt. Der Arbeitgeber ist nicht schon dann zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet, wenn einzelne Einkünfte den Umfang der Anpassungslast übersteigen. Rückstellungen für die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung mit Zeit-, insbesondere Steuerstundungseffekt führen nicht zur Anpassung der Betriebsrente, da ihnen keine Erträge zugeordnet werden können. Die Beklagte musste sich auch nicht die wirtschaftliche Lage der Konzernmuttergesellschaft im Wege des Berechnungsdurchgriffs zurechnen lassen. Dies setzt einen Gleichlauf von Zurechnung und Innenhaftung im Sinne einer Einstandspflicht/Haftung des anderen Konzernunternehmens gegenüber dem Versorgungsschuldner voraus. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Dritten Senats konnte sich ein Berechnungsdurchgriff auch aus den Regeln zum qualifiziert faktischen Konzern ergeben. Das setzte voraus, dass die Muttergesellschaft die Geschäfte des Tochterunternehmens tatsächlich dauernd und umfassend führt und sich eine konzerntypische Gefahr verwirklicht hat. Der Senat hat offen gelassen, ob daran festzuhalten ist. Im entschiedenen Fall gab es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzungen für einen Berechnungsdurchgriff im qualifiziert faktischen Konzern vorlagen.

VII. Konkurrentenklage

Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung einer Stelle setzt dem Grundsatz nach voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Für eine Neubesetzung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist. Mit einem Urteil vom 12. Oktober 2010 (- 9 AZR 554/09 -) hat der Neunte Senat diese Rechtsgrundsätze bestätigt. Geklagt hatte ein abgelehnter Stellenbewerber gegen eine Hochschule in kirchlicher Trägerschaft, die eine ausgeschriebene Professorenstelle mit einer Konkurrentin des Klägers besetzt hatte. Abgeleitet aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes kann einem zu Unrecht übergangenen Bewerber ausnahmsweise ein Anspruch auf Stellenbesetzung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden war. Im Streitfall lagen diese Voraussetzungen nicht vor. Das Arbeitsgericht verwehrte dem Kläger einstweiligen Rechtsschutz, ohne dass der Kläger gegen die Entscheidung Rechtsmittel einlegte. Im Übrigen neigte der Senat der Auf-

fassung zu, dass die Beklagte als Hochschule in kirchlicher Trägerschaft nicht Adressat der öffentlichen Arbeitgeber verpflichtenden Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG ist. Dies gilt unabhängig davon, dass die Beklagte ihre Personalkosten aufgrund landesrechtlicher Regelungen aus öffentlichen Haushaltsmitteln erstattet bekommt. Der Senat hat darüber hinaus einen Schadensersatzanspruch des Klägers verneint. Selbst wenn Art. 33 Abs. 2 GG anzuwenden wäre, wäre die Beklagte dem Kläger nur dann zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihm anstelle der Konkurrentin das Amt hätte übertragen werden müssen. Hierfür hätte festgestellt werden müssen, dass ein hypothetischer Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen der Beklagten zu der Entscheidung geführt hätte, den Kläger einzustellen. Denn das Verhalten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren ist für den Schaden eines zurückgewiesenen Bewerbers nur ursächlich, wenn sich jede andere Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers als rechtsfehlerhaft erwiesen hätte, der zurückgewiesene Bewerber also der bestqualifizierte Bewerber war. Der Vortrag des Klägers, wenigstens einer der übrigen Bewerber sei schlechter als er, reichte hierzu ebenso wenig wie die Behauptung, es sei ausgeschlossen, dass drei andere Bewerber insgesamt besser geeignet gewesen sein sollten.

2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht

I. Arbeitskampfrecht

Der Erste Senat hat sich im Beschluss vom 13. Dezember 2011 (- 1 ABR 2/10 -) mit der Einschränkung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats bei arbeitskampfbedingten Versetzungen befasst. Werden arbeitswillige Arbeitnehmer aus einem nicht bestreikten Betrieb in einen von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb desselben Arbeitgebers zur Begrenzung von Streikfolgen versetzt, bedarf dies nicht der Zustimmung des Betriebsrats des abgebenden Betriebs nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Dessen Mitbestimmungsrecht entfällt bei einem solchen Einsatz von Streikbrechern, weil ansonsten die Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers ernsthaft beeinträchtigt würde. Unabhängig davon, ob der Streik auf den Abschluss eines Verbands- oder eines betriebsbezogenen Haustarifvertrags gerichtet ist, sind die mit dem gesetzlichen Zustimmungserfordernis und dem darauf bezogenen Anhörungsverfahren verbundenen Erschwernisse geeignet, die Kampfparität zu Lasten des Arbeitgebers ernsthaft zu beeinträchtigen. Der Arbeitgeber ist jedoch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verpflichtet, dem

Betriebsrat rechtzeitig vor Durchführung der personellen Maßnahme mitzuteilen, welche Arbeitnehmer er vorübergehend zur Streikabwehr einsetzen will. Die einen Lebensmittelgroßhandel betreibende Arbeitgeberin unterhielt an einem Standort ihre Zentrale und ein Logistikzentrum. In beiden Betrieben war jeweils ein Betriebsrat gewählt. Während eines zunächst auf den Abschluss eines Verbandstarifvertrags und später nur noch auf den Abschluss eines betriebsbezogenen Haustarifvertrags gerichteten Arbeitskamps im Logistikzentrum versetzte sie dorthin arbeitswillige Arbeitnehmer der Zentrale vorübergehend zur Streikabwehr. Den Betriebsrat der Zentrale beteiligte sie hieran nicht. Dem Antrag der Arbeitgeberin auf Feststellung, dass eine derartige personelle Maßnahme nicht der Zustimmung des Betriebsrats der Zentrale bedürfe, hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts entsprochen.

II. Tarifrecht

1. Tarifvertragsrecht

Zu einem Blitzaustritt aus dem Arbeitgeberverband hat der Vierte Senat mit Urteil vom 18. Mai 2011 (- 4 AZR 457/09 -) entschieden, dass eine vereinsrechtlich wirksame Beendigung der Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband grundsätzlich durch eine zweiseitige Beendigungsvereinbarung zwischen dem Verband und dem bisherigen Mitglied erfolgen kann, ohne dass dabei eine satzungsmäßig vorgesehene Kündigungsfrist eingehalten werden müsste. Es bedarf besonderer Anhaltspunkte in einer Satzung, wenn eine einvernehmliche Aufhebungsvereinbarung untersagt oder nur unter bestimmten Bedingungen möglich sein soll, oder wenn nur die in der Satzung vorgesehenen Beendigungstatbestände maßgebend sein sollen. Daran fehlte es im entschiedenen Fall. Der einvernehmliche Austritt aus dem Arbeitgeberverband ohne Einhaltung der Kündigungsfrist war auch nicht tarifrechtlich nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG als eine die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigende Abrede unwirksam. Dies kann der Fall sein, wenn der Wechsel nach Beginn der Verhandlungen, aber vor Unterzeichnung des Tarifvertrags erfolgte und für die an der Verhandlung beteiligte Gewerkschaft vor dem endgültigen Tarifabschluss nicht erkennbar war. Will ein Arbeitnehmer die tarifrechtliche Unwirksamkeit eines solchen Blitzaustritts geltend machen, obliegt im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast zunächst ihm der Vortrag, dass die Tarifvertragsverhandlungen bei Austritt bereits begonnen hatten und sich zu diesem Zeitpunkt bereits in einem Stadium befanden, in dem eine Störung der

Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in Betracht kommt, sowie dass der Austritt des Arbeitgebers für die Gewerkschaft nicht transparent war. Das Vorbringen der Klägerin genügte trotz ausdrücklichen Hinweises des Landesarbeitsgerichts diesen Anforderungen nicht. Die auf Tarifabschlüsse aus der Zeit nach dem vereinbarten Verbandsaustritt gestützte Klage hatte danach keinen Erfolg.

Der Vierte Senat hat sich im Beschluss vom 19. Oktober 2011 (- 4 ABR 116/09 -) mit der Frage befasst, ob das Entgeltrahmenabkommen der Metallindustrie (ERA) im Geltungsbereich der ERA-Tarifverträge Nord bei einem Arbeitgeber nach dessen Verbandsaustritt eingeführt werden muss. Die Arbeitgeberin trat zum 31. Juli 2006 aus dem beteiligten Arbeitgeberverband aus. Zu dieser Zeit galten neben den bisherigen Tarifverträgen der Metall- und Elektroindustrie die Einführungsstarifverträge für das grundlegend neue ERA. Sie sahen vor, dass ERA betrieblich zwischen dem 1. September 2003 und dem 31. Dezember 2007 „auf freiwilliger Basis“ umgesetzt werden soll. Eine bei der Arbeitgeberin im Sommer 2007 gebildete Einigungsstelle beschloss eine Betriebsvereinbarung zur Einführung des ERA bei der Arbeitgeberin zu einem Zeitpunkt vor dem 31. Dezember 2007. Der Senat stellte die Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs auf Antrag der Arbeitgeberin fest, weil die Arbeitgeberin zum Zeitpunkt seines beabsichtigten Inkrafttretens nicht zur betrieblichen Einführung von ERA gezwungen war. Deshalb bestand insoweit auch kein, zumindest noch kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, das Voraussetzung für einen Einigungsstellenspruch gewesen wäre. Die Frage, ob dem Einigungsstellenspruch auch der Austritt der Arbeitgeberin aus dem Arbeitgeberverband vor dem 1. Januar 2008 entgegenstand, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hatte, ließ der Senat offen.

Im Urteil vom 26. Januar 2011 (- 4 AZR 159/09 -) hatte sich der Vierte Senat mit der Auslegung der Klausel: „Alle Maßnahmen des Outsourcing bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung der Tarifvertragsparteien“ in einer als Tarifvertrag bezeichneten Vereinbarung auseinanderzusetzen. Der Senat hat diese Vereinbarung zwar als Tarifvertrag und nicht als nichttarifliche Vereinbarung im Sinne eines Koalitionsvertrags verstanden. Es handelt sich bei der Klausel aber nicht um eine tarifvertragliche Rechtsnorm, sondern um eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien, die nicht nach § 4 Abs. 5 TVG nachwirkt. Eine normative Regelung, auch in einer Betriebsnorm, bedarf einer über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausgehenden unmittelbaren und zwingenden Geltung auch gegenüber den Arbeitnehmern. Mit der Festlegung des Zustimmungsvorbehalts wird dagegen nur das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien geregelt. Die Geltung ist im jeweiligen Einzelfall vom Verhalten der Gewerkschaft abhängig, die nicht Teil des betrieblichen Rechtsverhält-

nisses ist. Mangels Vorliegens einer Rechtsnorm konnte der Senat offen lassen, ob Tarifvertragsparteien durch Betriebsnormen iSd. § 3 Abs. 2 TVG die für das betriebliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Belegschaft unmittelbar bindende Unterlassung von Maßnahmen des Outsourcings vereinbaren können. Die klagende Gewerkschaft konnte daher nach der Kündigung des Tarifvertrags nicht verlangen, dass der beklagte Arbeitgeber nur nach ihrer Zustimmung Outsourcing-Maßnahmen durchführt, sie ansonsten mithin unterlässt.

In seinem Urteil vom 16. November 2011 (- 4 AZR 856/09 -) hat sich der Vierte Senat mit der Wirksamkeit des Tarifvertrags über Sonderregelungen für studentische aus-hilfsweise Beschäftigte bei der beklagten Arbeitgeberin, die einen Großflughafen be-treibt, befasst und sie bejaht. Ein solcher Sondertarifvertrag, der gegenüber dem für die übrigen „normal Beschäftigten“ geltenden TVöD-VKA modifizierte, teilweise deutlich abgesenkte Arbeitsbedingungen vorsieht, ist nicht allein deshalb als solcher unwirk-sam, weil einige Bestimmungen möglicherweise wegen Verstoßes gegen Gleichbe-handlungsgebote oder Diskriminierungsverbote rechtsunwirksam sind. Nur wenn der Tarifvertrag den an einen ordnungsgemäß zustande gekommenen Vertrag zu stellen-den Anforderungen nicht genügt oder seine Regelungen insgesamt unwirksam oder unanwendbar sind, kann der Tarifvertrag als solcher keine Geltung beanspruchen. Die Frage, ob einzelne Bestimmungen des Sondertarifvertrags unwirksam sind, hat der Senat nicht beantwortet, weil sie nicht Gegenstand des in die Revision gelangten Teils des Rechtsstreits war.

Der Vierte Senat hat im Urteil vom 23. März 2011 (- 4 AZR 366/09 -) seine Rechtspre-chung zur Wirksamkeit einfacher Differenzierungsklauseln bestätigt. Danach sind die Koalitionen bei der Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen für tariflich ge-regelte Ansprüche weitgehend frei. Die negative Koalitionsfreiheit der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer wird nicht beeinträchtigt, weil die Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien sich von Verfassungs und von Gesetzes wegen ausschließlich auf ihre Mitglieder beschränkt. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass eine Differenzierungsklausel unwirksam ist, wenn sie nach Art und Umfang der geregelten Differenzierung einen unverhältnismäßigen, einem Beitrittszwang entsprechenden Druck ausübt, war eine solche Annahme angesichts der in Frage stehenden Sonder-leistung von 260,00 Euro jährlich von vornherein ausgeschlossen. Die im gleichen Ta-rifvertrag vereinbarte Spannenklausel war allerdings unwirksam. Mit einer solchen Klausel soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber gleichartige Leistungen mit kom-pensatorischem Charakter an Außenseiter gewährt. Um dies zu gewährleisten, wird in einer Spannenklausel angeordnet, dass immer dann, wenn der Arbeitgeber die für die

Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft exklusiv vorgesehenen oder entsprechende Leistungen an nicht oder anders Organisierte erbringt, diese in jedem Falle den Gewerkschaftsmitgliedern zusätzlich zu gewähren sind, damit die Leistungs"spanne" zwischen den Leistungen, welche die Tarifgebundenen erhalten und denen der übrigen Beschäftigten konstant bleibt. Die vom Senat behandelte Spannenklausel war zwar noch hinreichend bestimmt und wahrte die Schriftform. Eine solche Regelung überschreitet aber jedenfalls als Inhaltsnorm die von Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene, durch diese Bestimmung aber auch begrenzte Tarifmacht. Die Tarifvertragsparteien sind nicht berechtigt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien in den Arbeitsverhältnissen mit nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern mit zwingender Wirkung einzuschränken. Dies ist bei einer Spannenklausel aber der Fall. Der Arbeitgeber könnte etwaige einzelvertragliche Verpflichtungen gegenüber den Nichtorganisierten oder anders Organisierten auf Gleichstellung mit den an den betreffenden Tarifvertrag tarifgebundenen Gewerkschaftsmitgliedern nicht eingehen und nicht erfüllen, weil jede Anpassung im vertraglichen Bereich dort unmittelbar einen tarifvertraglichen Anspruch der Gewerkschaftsmitglieder zur Folge hätte, der seinerseits wiederum vertraglich gegenüber den dort Begünstigten ausgeglichen werden müsste. Gleiches gilt bei einer entsprechenden Klausel in einem Tarifvertrag mit einer Konkurrenzgewerkschaft.

Gegenstand des Urteils des Ersten Senats vom 17. Mai 2011 (- 1 AZR 473/09 -) ist die Frage, ob eine Gewerkschaft vom tarifgebundenen Arbeitgeber die Beseitigung der individualrechtlichen Folgen tarifwidriger Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden verlangen kann. In dem vom Senat entschiedenen Fall haben die Betriebsparteien zunächst durch Betriebsvereinbarung und nach deren Aufhebung durch Regelungsabrede eine Verlängerung der tariflich geregelten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit vereinbart. Diese Vereinbarungen verstoßen gegen den Tarifvorrang (§ 77 Abs. 3 BetrVG) und sind deshalb unwirksam. Die klagende Gewerkschaft ist hierdurch in ihrer Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt worden. Sie kann deshalb vom Arbeitgeber die Unterlassung solcher Abreden verlangen, sie hat jedoch keinen eigenen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Nachzahlung tariflicher Leistungen an die betroffenen Beschäftigten. Die Gewerkschaft ist hierdurch nicht in ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit beeinträchtigt, die Beeinträchtigung ihrer Koalitionsfreiheit liegt vielmehr in der Eignung solcher Absprachen, aufgrund ihres erklärten Geltungsanspruchs faktisch an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten. Darauf zielen tarifwidrige Betriebsvereinbarungen ab. Ihr offenkundiger Zweck ist es, Tarifnormen als kollektive Ordnung zu verdrängen und sie damit ihrer zentralen Funktion zu berauben. Bereits eingetretene

Störungen können durch die Nichtanwendung der (*ohnehin rechtsunwirksamen*) Betriebsvereinbarungen und eine darauf gerichtete, gegenüber den Arbeitnehmern abzugebende, ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers beseitigt werden. Darüber hinaus kann die Gewerkschaft die Beeinträchtigung ihrer kollektiven Koalitionsfreiheit im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch eine Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO verhindern oder zumindest verkürzen. Das genügt dem Gebot effektiver Rechtsschutzgewährung.

III. Arbeitnehmerentsenderecht

Der TV Mindestlohn Abbruch 2005 fand zwar aufgrund der nach Maßgabe des § 1 Abs. 3a AEntG aF (*s. nunmehr § 7 Abs. 1 AEntG*) ergangenen Zweiten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Abbruchgewerbe auch auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung, die unter seinen am 1. April 2006 gültigen Geltungsbereich fallen. Dabei bestimmt sich die Anwendungsdauer abweichend von den Fällen einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG unabhängig vom Fortbestand des betreffenden Tarifvertrags allein nach der hierzu ergangenen Verordnung, wie der Vierte Senat mit Urteil vom 20. April 2011 (- 4 AZR 467/09 -) entschieden hat. Der für allgemein anwendbar erklärte Tarifvertrag wirkt im Anschluss an die Geltung der Rechtsverordnung weder unmittelbar noch entsprechend § 4 Abs. 5 TVG nach. Die Nachwirkung bezieht sich nur auf Tarifverträge, die kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit gelten, die ggf. nach § 5 Abs. 1, Abs. 4 TVG durch Allgemeinverbindlicherklärung herbeigeführt sein kann. Weder § 1 Abs. 3a AEntG aF noch die Zweite Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Abbruchgewerbe enthalten eine Regelung über eine weitere Anwendung oder eine Nachwirkung der Rechtsnormen des Tarifvertrags, dessen Geltung ausschließlich auf eine hoheitliche Entscheidung des Ordnungsgebers zurückgeht. Einer entsprechenden Anwendung von § 4 Abs. 5 TVG steht jedenfalls entgegen, dass der Gesetzgeber in § 1 Abs. 3a AEntG aF sowie im jetzigen § 7 AEntG ein von der Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 TVG abweichendes Regelungsinstrument zur Erstreckung von Rechtsnormen auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer gewählt hat. Während die Allgemeinverbindlichkeitserklärung als Rechtssetzungsakt eigener Art die Tarifgebundenheit auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt, werden die Rechtsnormen eines Tarifvertrags durch eine Verordnung iSd. § 1 Abs. 3a AEntG aF zu unmittelbar geltendem staatlichen Recht. Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 TVG kann nicht analog dazu herangezogen werden, außer Kraft getretenes staatliches Recht außerhalb des dafür vorgesehenen Verfahrens in der Sache wieder „in Geltung“ zu setzen.

Der Kläger konnte deshalb die von ihm geltend gemachten Forderungen nach dem TV Mindestlohn Abbruch, die weder in den Geltungszeitraum der Zweiten noch der Dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Abbruchgewerbe fielen, mangels eigener Tarifgebundenheit an den TV Mindestlohn Abbruch 2005 bzw. TV Mindestlohn Abbruch 2007 nicht auf diese Regelungen stützen.

Nach § 1a Satz 1 AEntG aF (heute § 14 AEntG) haftet ein Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt, für die Verpflichtung dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. In dem vom Fünften Senat am 17. August 2011 (- 5 AZR 490/10 -) entschiedenen Fall war die Beklagte im Sinne der Vorschrift Unternehmerin. Der rumänische Kläger war bei einem Subunternehmen der Beklagten mit Sitz in Rumänien angestellt und arbeitete als Bauarbeiter auf einer Baustelle der Beklagten. Im Baugewerbe war zu dieser Zeit ein Mindestentgelt zu zahlen, das sich aus dem TV Mindestlohn ergab, der durch die Fünfte Verordnung für zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 29. August 2005 auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt wurde. Der TV Mindestlohn fand gemäß Art. 34 EGBGB aF international zwingend auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und deren auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer Anwendung. Der Fünfte Senat hat diese Erstreckung der Rechtswirkungen des TV Mindestlohn mittels Rechtsverordnung als wirksam angesehen. Dementsprechend hatte der Kläger nach diesen tariflichen Tätigkeitsmerkmalen gegen seine Arbeitgeberin Anspruch auf den Mindestlohn. Hierfür muss die Beklagte als Bürgin haften. Doch ist die gesetzliche Bürgenhaftung auf das Nettoentgelt beschränkt. Das ist der nach dem für den betreffenden Arbeitnehmer konkret maßgeblichen Steuer- und Sozialversicherungsrecht zur Auszahlung verbleibende Betrag des Mindestentgelts. Im entschiedenen Fall waren neben den nach deutschem Recht abzuführenden Steuern die vom Kläger zu tragenden Arbeitnehmeranteile zur rumänischen Sozialversicherung abzuziehen.

IV. Betriebsverfassungsrecht

1. Abbruch einer Betriebsratswahl

Wie der Siebte Senat mit Beschluss vom 27. Juli 2011 (- 7 ABR 61/10 -) entschieden hat, kann der Arbeitgeber den Abbruch einer Betriebsratswahl verlangen, wenn diese voraussichtlich nichtig ist. Die bloße Anfechtbarkeit genügt nicht. Der Arbeitgeber könnte sonst mit dem gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Unterlassungsantrag mehr erreichen, als mit der gesetzlich vorgesehenen Wahlanfechtung. Eine erfolgreiche Wahlanfechtung hat nach § 19 Abs. 1 BetrVG keine rückwirkende Kraft, sondern wirkt nur für die Zukunft. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt auch ein nicht ordnungsgemäß gewählter Betriebsrat mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Würde schon im Fall der Anfechtbarkeit der bevorstehenden Wahl ein Abbruch zugelassen, würde das Zustandekommen eines Betriebsrats verhindert und ein betriebsratsloser Zustand aufrechterhalten oder herbeigeführt, der nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes grundsätzlich nicht eintreten soll. Auch würde durch den vorzeitigen Abbruch der Wahl den Anfechtungsberechtigten von vornherein die Möglichkeit genommen, die Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG verstreichen und die Wahl unangefochten zu lassen. Die für politische Wahlen geltenden Grundsätze sprechen ebenfalls dafür, den Abbruch einer Betriebsratswahl auf die Fälle der Nichtigkeit zu beschränken. Unabhängig davon kann allerdings einem Wahlvorstand, der überhaupt nicht oder in nichtiger Weise bestellt wurde, das weitere Tätigwerden untersagt werden. Einfache Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstands reichen hierfür nicht aus. Die Bestellung des Wahlvorstands ist vielmehr nur in besonderen Ausnahmefällen nichtig.

2. Abmeldung von Betriebsratsmitgliedern bei Betriebsratstätigkeit am Arbeitsplatz

Nach dem Beschluss des Siebten Senats vom 29. Juni 2011 (- 7 ABR 135/09 -) ist ein Betriebsratsmitglied, das an seinem Arbeitsplatz während seiner Arbeitszeit Betriebsratsaufgaben erledigt, grundsätzlich verpflichtet, sich beim Arbeitgeber abzumelden und die voraussichtliche Dauer der Betriebsratstätigkeit mitzuteilen. Die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beim Verlassen des Arbeitsplatzes

bestehende Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern gilt grundsätzlich auch, wenn ein Betriebsratsmitglied die Betriebsratsstätigkeit an seinem Arbeitsplatz ausübt. Einer Zustimmung des Arbeitgebers bedarf das Betriebsratsmitglied zwar nicht. Die Abmeldepflicht hat jedoch den Zweck, dem Arbeitgeber die Arbeitseinteilung zu erleichtern, vor allem den Arbeitsausfall des Betriebsratsmitglieds zu überbrücken. Daher besteht keine vorherige Meldepflicht in den Fällen, in denen eine vorübergehende Umorganisation der Arbeitseinteilung nicht ernsthaft in Betracht kommt. Maßgeblich hierfür sind die Umstände des Einzelfalls. Dazu gehören insbesondere die Art der Arbeitsaufgabe des Betriebsratsmitglieds und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunterbrechung. In Fällen, in denen sich das Betriebsratsmitglied nicht abmeldet, ist es verpflichtet, dem Arbeitgeber auf dessen Verlangen nachträglich die Gesamtdauer der in einem bestimmten Zeitraum geleisteten Betriebsratsstätigkeit mitzuteilen. Der Arbeitgeber hat ein berechtigtes Interesse daran zu erkennen, für welche Zeiten er aufgrund von Betriebsratsstätigkeit nach § 611 Abs. 1 BGB iVm. § 37 Abs. 2 BetrVG Entgelt zahlen muss, obwohl das Betriebsratsmitglied keine Arbeit geleistet hat. Meldet sich das Betriebsratsmitglied ab und zurück, entfällt die Dokumentationspflicht.

3. Konzernbetriebsrat

Nach § 54 Abs. 1 BetrVG kann für einen Konzern (§ 18 Abs. 1 AktG) durch Beschlüsse der Gesamtbetriebsräte oder - unter den Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 BetrVG - der Betriebsräte ein Konzernbetriebsrat errichtet werden. Dabei bestimmt das Betriebsverfassungsgesetz nicht selbst, wann ein Konzern besteht und welche Unternehmen ihm angehören. § 54 Abs. 1 BetrVG verweist vielmehr auf § 18 Abs. 1 AktG, wonach ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen sogenannten Unterordnungskonzern bilden, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind. Die Abhängigkeit ist üblicherweise gesellschaftsrechtlich vermittelt. Der Siebte Senat konnte in seinem Beschluss vom 9. Februar 2011 (- 7 ABR 11/10 -) offenlassen, ob sie auch auf andere Weise begründet werden kann. Sofern dies überhaupt angenommen würde, müsste die anderweitig begründete Abhängigkeit mit der gesellschaftsrechtlich vermittelten zumindest gleichwertig sein. Das herrschende Unternehmen müsste über die rechtlich verstetigte Möglichkeit verfügen, grundsätzlich alle unternehmensrelevanten Entscheidungen des abhängigen Unternehmens zu steuern. Die Möglichkeit, Teilbereiche des anderen Unternehmens zu beeinflussen, würde nicht ausreichen. Derart umfassende, rechtlich verstetigte Einflussmöglichkeiten waren in dem zu entscheidenden Streitfall nicht gege-

ben. Der Senat hat ferner entschieden, dass für einen Konzern grundsätzlich nur ein - beim herrschenden Unternehmen angesiedelter - Konzernbetriebsrat errichtet werden kann. Die Bildung mehrerer nebeneinander bestehender Konzernbetriebsräte ist gesetzlich ebenso wenig vorgesehen wie die Errichtung eines Konzernbetriebsrats für einen Teil des Konzerns. Die gesetzliche Betriebsverfassung kennt keinen „Sparten-Konzernbetriebsrat“. Die in dem Streitfall vorgenommene Errichtung eines „Konzernbetriebsrats“ für den Bereich des Rettungsdienstes eines DRK-Landesverbands war daher nicht möglich.

4. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Bei der Änderung einer im Betrieb bestehenden Vergütungsordnung besteht hinsichtlich der in ihr enthaltenen Entlohnungsgrundsätze ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Entlohnungsgrundsätze sind die allgemeinen Vorgaben, aus denen sich die Vergütung der Arbeitnehmer des Betriebs in abstrakter Weise ergibt. Zu ihnen gehören Regelungen über die Eingruppierung der von den Arbeitnehmern auszuübenden Tätigkeit. Die in einer solchen Vergütungsordnung enthaltenen Grundsätze bestimmen das System, nach welchem das Arbeitsentgelt für die Belegschaft oder Teile der Belegschaft ermittelt oder bemessen werden soll. Nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, neu eingestellte Arbeitnehmer in die im Betrieb geltende Vergütungsordnung einzugruppieren. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG kann im Betrieb eines tarifgebundenen Arbeitgebers allerdings durch den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 Halbs. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat nur mitbestimmen kann, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, beschränkt oder ausgeschlossen sein. Ist der Arbeitgeber nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG an einen Tarifvertrag gebunden, in dem ein Vergütungssystem für die Arbeitnehmer enthalten ist, besteht eine tarifliche Regelung iSd. § 87 Abs. 1 Halbs. 1 BetrVG. Auf die Tarifbindung der Arbeitnehmer kommt es nicht an. Der Ausschluss des Mitbestimmungsrechts führt allerdings nicht dazu, dass der Arbeitgeber die in der Vergütungsordnung enthaltenen Entlohnungsgrundsätze einseitig ändern kann. Der Erste Senat hat daher im Beschluss vom 18. Oktober 2011(- 1 ABR 25/10 -) einen tarifgebundenen Arbeitgeber nicht für berechtigt gehalten, eine im Tarifvertrag enthaltene Vergütungsordnung nicht mehr auf alle, sondern nur auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer anzuwenden. Vielmehr waren auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in die für den Arbeitgeber geltende Vergütungsordnung einzugruppieren.

Zu den nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtigen betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz gehört auch die durch § 12 ArbSchG dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtung, die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu unterweisen. Einigen sich die Betriebsparteien nicht über Art und Inhalt der Unterweisung, hat das die Einigungsstelle zu regeln. Hierbei hat sie die Erkenntnisse einer Gefährdungsbeurteilung (§ 5 Abs. 1 ArbSchG) zu berücksichtigen und die konkrete arbeitsplatz- oder aufgabenbezogene Unterweisung daran auszurichten. Sie kann ihren Regelungsauftrag allerdings nur vollständig erfüllen, wenn sie die konkreten Gefahren am Arbeitsplatz in den Blick nimmt und hierauf aufbauend konkrete, arbeitsplatzbezogene Bestimmungen beschließt. Der Erste Senat hat deshalb am 11. Januar 2011 (- 1 ABR 104/09 -) entschieden, dass ein Einigungsstellenspruch zu Unterweisungen der Arbeitnehmer nach § 12 ArbSchG unwirksam ist, wenn in dem Betrieb vor der Beschlussfassung keine Gefährdungsbeurteilungen vorgenommen wurden. Wegen der fehlenden Gefährdungsbeurteilung enthält der Spruch Regelungen „ins Blaue hinein“, die den darauf bezogenen Konflikt der Betriebsparteien keiner vollständigen Lösung zuführen und auch nicht zuführen können.

Die Betriebsparteien können nach dem Urteil des Ersten Senats vom 12. April 2011 (- 1 AZR 412/09 -) in einer Betriebsvereinbarung den Anspruch auf eine im Synallagma stehende variable Erfolgsvergütung nicht davon abhängig machen, dass das Arbeitsverhältnis zu einem Auszahlungstag außerhalb des Bezugszeitraums vom Arbeitnehmer ungekündigt besteht. Eine solche Stichtagsregelung betrifft weder einen Verteilungsgrundsatz iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG noch eine Auszahlung des Arbeitsentgelts nach § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG. Sie bewirkt der Sache nach vielmehr, dass der Arbeitgeber entgegen § 611 Abs. 1 BGB keine Vergütung für die nach Maßgabe der Zielvereinbarung geleisteten Dienste erbringen muss. Damit verletzen die Betriebsparteien die beim Abschluss einer solchen freiwilligen Betriebsvereinbarung (§ 88 BetrVG) gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG zu beachtenden Binnenschranken, wozu auch § 611 Abs. 1 BGB zählt. Auch Leistungen, die an den Unternehmenserfolg geknüpft sind, werden regelmäßig als zusätzliche Vergütung für eine im Geschäftsjahr erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gezahlt. Darüber hinaus stellt es auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers dar, wenn diesem eine bereits verdiente Arbeitsvergütung entzogen wird, um eine vom Arbeitnehmer veranlasste Arbeitsplatzaufgabe zu verzögern oder zu verhindern. Die damit verbundene Beschränkung der Arbeitsplatzwahlfreiheit berücksichtigt völlig einseitig die Interessen des Arbeitgebers am Verbleib des

Arbeitnehmers und sein Bedürfnis, einen aus seiner Sicht unerwünschten Wechsel, ggf. zu einem Wettbewerber, zumindest zu verzögern oder gar zu verhindern.

5. Mitbestimmung bei Ein- und Umgruppierung

Wie der Siebte Senat mit Beschluss vom 12. Januar 2011 (- 7 ABR 34/09 -) entschieden hat, muss der Arbeitgeber den Betriebsrat beteiligen, wenn er Arbeitnehmer den Entgeltgruppen des Entgeltrahmen-Tarifvertrags für die Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie in Baden-Württemberg vom 16. September 2003 (ERA-TV) zuordnet. Es handelt sich dabei um eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Eingruppierung. Eine Ein- oder Umgruppierung im Sinne dieser Bestimmung ist die rechtliche Beurteilung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer einer bestimmten Gruppe einer Vergütungsordnung oder einer von mehreren Vergütungsordnungen zugeordnet ist. Dagegen ist die abstrakte Bewertung einer Stelle, eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit selbst keine der Mitbestimmung nach § 99 BetrVG unterfallende personelle Einzelfallmaßnahme. Daher besteht bei der Bewertung und Einstufung von Arbeitsaufgaben nach dem im ERA-TV festgelegten Verfahren kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Der Arbeitgeber hat aber darüber hinaus dem Beschäftigten und dem Betriebsrat nach § 9.2 ERA-TV die sich aufgrund der Einstufung der Arbeitsaufgabe ergebende Entgeltgruppe mitzuteilen. Das setzt zwingend die Zuordnung des Arbeitnehmers zu einer Entgeltgruppe sowie die damit einhergehende Einschätzung des Arbeitgebers voraus, dass der Arbeitnehmer die einer bestimmten Bewertung und Einstufung entsprechende Arbeitsaufgabe ausführt. Hierin liegt die nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Ein- oder Umgruppierung. Das Mitbestimmungsrecht entfällt nicht deshalb, weil die Beurteilung des Arbeitgebers und demzufolge die Mitbeurteilung des Betriebsrats aufgrund der konkreten Vorgaben der Vergütungsordnung stark eingeschränkt sind. Die Tarifvertragsparteien des ERA-TV haben das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Ein- und Umgruppierungen auch nicht etwa beseitigt. Das Betriebsverfassungsgesetz enthält Mindestbestimmungen über die Beteiligungsrechte des Betriebsrats. Die Tarifvertragsparteien können diese nicht wirksam ausschließen, sofern nicht das Betriebsverfassungsgesetz selbst eine solche Möglichkeit - etwa nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG - vorsieht.

Der Siebte Senat hat mit Beschluss vom 4. Mai 2011 (- 7 ABR 10/10 -) seine ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach der Betriebsrat in Fällen, in denen der Arbeitgeber die gebotene Ein- oder Umgruppierung eines Arbeitnehmers unterlässt, in entspre-

chender Anwendung von § 101 BetrVG zur Sicherung seines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 BetrVG beim Arbeitsgericht beantragen kann, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Ein- oder Umgruppierungsentscheidung vorzunehmen, ihn um Zustimmung zu ersuchen und im Falle der beachtlichen Zustimmungsverweigerung das arbeitsgerichtliche Zustimmungseretzungsverfahren einzuleiten. Die Verpflichtung zur Ein- und Umgruppierung setzt eine im Betrieb geltende Vergütungsordnung voraus. Woraus sich die Geltung der Vergütungsordnung ergibt, ist unerheblich. Sie kann in einem Tarifvertrag enthalten sein, auf einer Betriebsvereinbarung beruhen, aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarungen im Betrieb allgemein zur Anwendung kommen oder vom Arbeitgeber einseitig beschlossen sein. Für die betriebliche Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 BetrVG kommt es nicht auf einen Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers auf die Anwendung des Tarifvertrags, sondern darauf an, ob die Vergütungsordnung im Betrieb gilt. Allerdings gilt eine tarifliche Vergütungsordnung für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer nicht unmittelbar und zwingend (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Dies bedeutet aber nicht, dass deshalb die betriebsverfassungsrechtliche Pflicht des Arbeitgebers zur Eingruppierung dieser Arbeitnehmer entfielen. Es geht bei der Pflicht des Arbeitgebers zur Ein- oder Umgruppierung - jedenfalls primär - nicht um die Prüfung individueller Vergütungsansprüche, sondern um die Beachtung der kollektiv geltenden Vergütungsordnung. Der Senat hat nicht entschieden, welche Wirkung auf die individuellen Ansprüche des einzelnen Arbeitnehmers die betriebsverfassungsrechtlich gebotene Eingruppierung hat, die der Arbeitgeber mit - unmittelbar erteilter oder vom Arbeitsgericht ersetzter - Zustimmung des Betriebsrats vornimmt. Jedenfalls folgt aus der Pflicht des Arbeitgebers, auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer in die in seinem Betrieb geltende tarifliche Vergütungsordnung einzugruppieren, nicht ohne Weiteres ein mit der Eingruppierung korrespondierender Anspruch dieser Arbeitnehmer.

6. Interessenausgleich

Mit Urteil vom 18. Oktober 2011 hat der Erste Senat (- 1 AZR 335/10 -) entschieden, dass bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke von 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern in § 111 Satz 1 BetrVG Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, mitzuzählen sind. Für ein solches Normverständnis spricht bereits der Wortlaut des § 111 Satz 1 BetrVG. Der Zweck dieses Schwellenwerts steht einer Berücksichtigung von Leiharbeitern bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke nicht entgegen, sondern verlangt diese vielmehr, weil nur so sichergestellt wird, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats und die Rechte der betriebsangehörigen Arbeit-

nehmer aus §§ 111, 112 BetrVG bei einem nach der gesetzlichen Wertung als ausreichend leistungsfähig anzusehenden Unternehmen in Anspruch genommen werden können. In dem vom Senat entschiedenen Fall war die Leiharbeiterin länger als sechs Monate und damit auch in der Regel beim beklagten Unternehmen beschäftigt. Da dieses einschließlich der Leiharbeiterin 21 Arbeitnehmer beschäftigte und eine Betriebsänderung durchgeführt hatte, ohne zuvor mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu versuchen, war die auf Nachteilsausgleich gerichtete Klage eines hiervon betroffenen Arbeitnehmers erfolgreich.

7. Sozialplan

Die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Sozialplänen iSd. § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG richtet sich grundsätzlich auch dann nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des sozialplanpflichtigen Arbeitgebers, wenn das Unternehmen einem Konzern angehört. Spaltet allerdings ein Unternehmen (*Ausgangsrechtsträger*) sein Vermögen in der Weise, dass die zur Führung eines Betriebs notwendigen Vermögensteile bei einer sog. Anlagegesellschaft iSd. § 134 Abs. 1 UmwG verbleiben, aber einer sog. Betriebsgesellschaft iSd. § 134 Abs. 1 UmwG für die Führung ihres Betriebs zur Nutzung überlassen werden, ist die Einigungsstelle bei einer nachfolgenden sozialplanpflichtigen Betriebsänderung in dem Betrieb der Betriebsgesellschaft nicht darauf beschränkt, nur deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei der Sozialplandotierung nach § 112 Abs. 5 BetrVG zu berücksichtigen. Nach dem Beschluss des Ersten Senats vom 15. März 2011 (- 1 ABR 97/09 -) wird durch § 134 Abs. 1 UmwG vielmehr in allen Arten der Spaltung iSd. § 123 UmwG die Einstandspflicht der Anlagegesellschaft zugunsten der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft erweitert. Dies führt nicht nur zu einer Haftung der Anlagegesellschaft für die in Sozialplänen vereinbarten Abfindungsansprüche der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft, sondern erlaubt darüber hinaus auch einen Bemessungsdurchgriff bei der Aufstellung eines Sozialplans für die Betriebsgesellschaft. Dieser besteht jedoch nicht unbeschränkt, sondern ist der Höhe nach auf die bei der Spaltung entzogenen Vermögensteile begrenzt. Ein Bemessungsdurchgriff kann sich auch aus anderen Gründen ergeben. Steht einer Gesellschaft nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen zur Existenzvernichtungshaftung im GmbH-Konzern aus § 826 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen den Alleingesellschafter zu, zählt dieser zum Vermögen der Gesellschaft, die Gläubigerin dieses Anspruchs ist. Deshalb spricht vieles dafür, ihn auch bei der Beurteilung der Vermögenslage der Gesellschaft und der daran anknüpfenden wirtschaftlichen Vertretbarkeit eines

Sozialplans zu berücksichtigen. Da es im entschiedenen Fall an Anhaltspunkten dafür gefehlt hat, dass die Alleingeschafterin der Gesellschaft in haftungsrechtlich relevanter Weise Vermögen entzogen hat, bedurfte diese Frage jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Das Unterlassen einer gebotenen finanziellen Ausstattung stellt noch keinen Eingriff in das zweckgebundene, den Gläubigern als Haftungsfonds dienende Gesellschaftsvermögen dar.

Mit Urteil vom 12. April 2011 (- 1 AZR 743/09 -) hat der Erste Senat entschieden, dass jüngere Arbeitnehmer in einem Sozialplan nicht durch Alterszuschläge benachteiligt werden, die zusätzlich zu der sich nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Arbeitsverdienst errechnenden Grundabfindung an Arbeitnehmer ab dem Erreichen des 45. und des 50. Lebensjahres gezahlt werden. Zwar verbietet § 75 Abs. 1 BetrVG Vereinbarungen, durch die Arbeitnehmer aufgrund der dort aufgeführten Merkmale, zu denen auch das Alter gehört, benachteiligt werden. Da der Gesetzgeber die in § 1 AGG geregelten Benachteiligungsverbote in § 75 Abs. 1 BetrVG übernommen hat, ist die unterschiedliche Behandlung der Betriebsangehörigen aus einem in § 1 AGG genannten Grund jedoch unter den im AGG normierten Voraussetzungen zulässig. Sind diese erfüllt, ist auch der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt. Nach § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG können die Betriebsparteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen, in der sie die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigen, oder auch Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausschließen, weil diese, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld I, rentenberechtigt sind. Der Gesetzgeber ist bei dieser Regelung davon ausgegangen, dass die den Arbeitnehmern durch den Verlust ihres Arbeitsplatzes drohenden Nachteile maßgeblich durch die Aussichten, alsbald einen neuen vergleichbaren Arbeitsplatz zu finden, bestimmt werden. Damit hat er in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG berücksichtigt, dass ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt typischerweise größere Schwierigkeiten haben als jüngere. Dies liegt im allgemeinen sozialpolitischen Interesse und nicht nur im rein individuellen Interesse der Arbeitgeber an einer Kostenreduzierung oder der Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit. Diese Vorschrift verstößt deshalb nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung im Recht der Europäischen Union. Die konkrete Sozialplanregelung, die neben dem aus Betriebszugehörigkeit und Monatsverdienst errechneten Sockelbeitrag einen Alterszuschlag iHv. 15.000,00 Euro für Mitarbeiter ab 45 Jahren und iHv. 25.000,00 Euro für Mitarbeiter ab 50 Jahren vorsieht, trägt dem mit § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG verfolgten Ziel angemessenen Rechnung. Die Betriebsparteien haben damit in vertretbarer Weise darauf

abgestellt, dass die Arbeitsmarktchancen von Arbeitnehmern in der zweiten Hälfte des Berufslebens typischerweise sinken. Die gewählten Pauschalbeträge erscheinen zwar holzschnittartig, halten sich aber noch im Rahmen des Gestaltungsspielraums der Betriebsparteien.

Die Betriebsparteien können nach dem Urteil des Ersten Senats vom 7. Juni 2011 (- 1 AZR 34/10 -) in einem Sozialplan Arbeitnehmer von der Zahlung einer Abfindung ausnehmen, wenn sie wegen des Bezugs einer befristeten vollen Erwerbsminderungsrente nicht beschäftigt sind und mit der Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit auch nicht zu rechnen ist. Konkretisiert dies der Sozialplan in der Weise, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, wenn der Arbeitnehmer am maßgeblichen Stichtag mehr als drei Jahre arbeitsunfähig war und mehr als drei Jahre volle Erwerbsminderungsrente bezogen hat, führt dies zwar zu einer unmittelbaren Ungleichbehandlung behinderter und nicht behinderter Beschäftigter iSd. § 3 Abs. 1 AGG, weil der Ausschlusstatbestand in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem durch die RL 2000/78/EG und § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX vorgegebenen Verständnis einer Behinderung steht. Gleichwohl verstößt eine solche Sozialplanregelung nicht gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung aus § 75 Abs. 1 BetrVG, weil diese Ungleichbehandlung keine unmittelbare Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 1 AGG darstellt. Eine solche liegt nur dann vor, wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in vergleichbarer Situation. Die Situationen müssen nicht identisch, sondern nur vergleichbar sein. Dies ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht allgemein und abstrakt, sondern spezifisch und konkret von den nationalen Gerichten im Einzelfall anhand des Zwecks und der Voraussetzungen für die Gewährung der fraglichen Leistungen festzustellen. Danach bestand zwischen dem Kläger, der zum Stichtag mehr als drei Jahre arbeitsunfähig war und volle Erwerbsminderungsrente bezog, und den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern im Hinblick auf die erfolgte Betriebsschließung keine vergleichbare Situation. Während diese infolge des Verlustes der Arbeitsplätze ihren Arbeitsverdienst verloren, erhielt der Kläger bereits vor der Betriebsschließung kein Arbeitsentgelt mehr, sondern eine Erwerbsminderungsrente. Hieran hat sich durch die Betriebsstilllegung nichts geändert. Die Sozialplanabfindung ist keine Belohnung für die in der Vergangenheit geleisteten Dienste, sondern eine zukunftsgerichtete Hilfe, die dazu dient, künftige Nachteile auszugleichen oder zu mildern, die als Folge einer Betriebsänderung entstehen.

3. Abschnitt Insolvenzrecht

Nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist. In diesem Fall hat der Insolvenzgläubiger das durch die anfechtbare Rechtshandlung Erlangte gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zurückzugewähren. In einem vom Sechsten Senat im Urteil vom 19. Mai 2011 (- 6 AZR 736/09 -) entschiedenen Fall hatte ein Arbeitnehmer einen Geldbetrag durch Zwangsvollstreckung aus einem gerichtlichen Abfindungsvergleich erlangt und zwar nach Eingang eines Insolvenzantrags über das Vermögen der Schuldnerin. Die Insolvenzverwalterin erklärte deshalb die Anfechtung und forderte den entsprechenden Betrag vom Arbeitnehmer zurück. Der Senat bestätigte die Rechtsprechung zur inkongruenten Deckung bei in der kritischen Zeit durch Zwangsvollstreckung erlangter Erfüllung. Der das Insolvenzverfahren beherrschende Gleichbehandlungsgrundsatz verdrängt das Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung bereits in dem durch die §§ 130 - 132 InsO besonders geschützten Zeitraum. Der „Wettlauf der Gläubiger“ führt nur dann zu mit dem Zweck der Insolvenzverfahrens im Einklang stehenden Ergebnissen, wenn für die zurückgesetzten Gläubiger noch die Aussicht besteht, sich aus anderen Vermögensgegenständen des Schuldners zu befriedigen. Andernfalls soll eine Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht mehr durch den Einsatz von oder die Drohung mit staatlichen Machtmitteln erzwungen werden. Der beklagte Arbeitnehmer konnte sich auch nicht auf Entreicherung iSv. § 818 Abs. 3 BGB berufen. Er unterlag als Anfechtungsgegner nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO unmittelbar der verschärften Haftung des § 819 Abs. 1 BGB. Im Rahmen einer Rechtsfolgenverweisung wird er damit insoweit einem bösgläubigen Bereicherungsschuldner gleichgestellt.

Gemäß § 142 InsO ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt (Bargeschäft), nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben ist. Der Sechste Senat hat mit Urteil vom 6. Oktober 2011 (- 6 AZR 262/10 -) entschieden, dass verspätete Entgeltzahlungen des Arbeitgebers dann noch Bargeschäfte sind, wenn zwischen Arbeitsleistung und Entgeltzahlung ein Zeitraum von nicht mehr als drei Monaten liegt. In der Regel ist die Mehrzahl der Arbeitnehmer trotz des Zahlungsverzugs des Arbeitgebers zur Weiterarbeit bereit und ermöglicht damit die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs, sofern

sie ihre Entgeltansprüche als durch Insolvenzgeld gesichert ansehen. In dem vom Senat entschiedenen Fall lag zwischen Arbeit und Auszahlungszeitpunkt allerdings teilweise ein Zeitraum von mehr als drei Monaten, so dass die Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO in Betracht kam. Diese setzt voraus, dass der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte. Eine die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO begründende Zahlungseinstellung liegt regelmäßig vor, wenn ein Verhalten des Schuldners nach außen hervorgetreten ist, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Allerdings gilt eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, lediglich als Zahlungsstockung. Der Gläubiger kennt die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung als komplexen Rechtsbegriff nur, wenn er selbst die Liquidität oder das Zahlungsverhalten des Schuldners wenigstens laienhaft so bewertet. Er muss daraus den Schluss ziehen, dass der Schuldner wesentliche Teile seiner in den nächsten drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht wird tilgen können. Allerdings steht nach § 130 Abs. 2 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Der Anfechtungsgegner muss - gleichgültig aus welchen Quellen - die tatsächlichen Umstände positiv kennen, aus denen die Zahlungsunfähigkeit objektiv folgt. Angesichts der Materialversorgung der Schuldnerin gegen Rechnung war aber die tatrichterliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger habe nicht annehmen müssen, die Schuldnerin sei zahlungsunfähig, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Zahlung der Lohnrückstände war auch nicht nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO anfechtbar. Auch hier waren die Grenzen tatrichterlicher Beweiswürdigung nicht überschritten, wenn das Landesarbeitsgericht angenommen hat, im Hinblick auf den Benachteiligungsvorsatz seien die Kenntnis des Klägers von der zeitlichen Dauer und Höhe der eigenen Gehaltsrückstände und seine Kenntnis von Gehalts- und Lohnrückständen gegenüber einem Großteil der anderen Arbeitnehmer kein ausreichendes Indiz dafür, dass der Kläger die drohende Zahlungsunfähigkeit oder entsprechende Umstände kannte, die zwingend auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hingewiesen haben.

4. Abschnitt Prozessrecht

Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 21. September 2011 (- 5 AZR 520/10 -) sind bei einer Feststellungsklage grundsätzlich keine geringeren Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen als bei einer Leistungsklage. Auch wenn das Bestehen oder der Umfang eines Rechtsverhältnisses zur gerichtlichen Entscheidung gestellt wird, muss zuverlässig erkennbar sein, worüber das Gericht eine Sachentscheidung treffen soll. Diesen Anforderungen genügt der Antrag auf Feststellung einer Lohnerhöhungsverpflichtung ab Januar 2009 iHv. 2,1 % nicht. Sie lässt nicht erkennen, worüber die Sachentscheidung konkret ergehen soll. Weder aus dem Antrag noch aus dem Sachvortrag der Kläger ergab sich, was unter dem Begriff „Lohn“ zu verstehen sein sollte. Es blieb offen, ob nur der Stundenlohn oder auch andere Vergütungsbestandteile wie Zulagen, Zuschläge, Einmalzahlungen, Mehrarbeitsvergütungen und ähnliche Leistungen erfasst werden sollten. Des Weiteren haben die Kläger den Ausgangswert der begehrten Lohnerhöhung offengelassen und nicht klar gestellt, ob Basis der Lohnerhöhung der von ihnen bis zum 31. Dezember 2008 tatsächlich bezogene oder ein nicht näher bestimmter Tariflohn sein sollte.

Grundsätzlich ist ein gewillkürter Parteiwechsel in der Revisionsinstanz ausgeschlossen. In Ausnahmefällen kann das Parteiwechselverbot durchbrochen werden. Dies ist der Fall, wenn ein Betriebserwerber noch in der ersten Instanz als streitgenössischer Nebenintervenient dem beklagten Betriebsveräußerer beitrifft und wenn die klagende Partei nunmehr den Betriebserwerber an Stelle des Betriebsveräußerers auf Abgabe einer das Arbeitsverhältnis gestaltenden Willenserklärung in Anspruch nimmt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sowohl der aus dem Rechtsstreit ausscheidende Betriebsveräußerer als auch der in den Rechtsstreit eintretende Betriebserwerber ihr Einverständnis mit dem Parteiwechsel erklären. Insofern war der Parteiwechsel nach einem Urteil des Neunten Senats vom 21. Juni 2011 (- 9 AZR 236/10 -) in der Revisionsinstanz vom Betriebsveräußerer zum Betriebserwerber zulässig. Der Betriebserwerber war streitgenössischer Nebenintervenient, da ein zwischen Arbeitnehmer und Betriebsveräußerer ergangenes rechtskräftiges Urteil in Bezug auf Rechte und Pflichten aus diesem Arbeitsverhältnis gemäß § 325 ZPO auch gegenüber dem Betriebserwerber gilt.

C. Über das Bundesarbeitsgericht

I. Bibliothek

Die Bibliothek des Bundesarbeitsgerichts ist die größte juristische Spezialbibliothek mit Schwerpunkt Arbeitsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Der Bestand umfasste Ende 2011 ca. 90.000 Medieneinheiten und ca. 78.500 Tarifverträge in einer hausinternen Sondersammlung.

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

Der gesamte Medienbestand ist im Online-Katalog verzeichnet, der an den Arbeitsplätzen im Haus, an den Auskunftsplätzen in der Bibliothek und im Internet nutzbar ist. Der Zeitschriftenbestand der Bibliothek ist außerdem in der Zeitschriftendatenbank (ZDB) nachgewiesen.

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

II. Dokumentation

Die Dokumentationsstelle des Bundesarbeitsgerichts wertet die ihr zugänglichen arbeitsrechtlichen Dokumente aus und erfasst diese sowohl in einer hausinternen Datenbank als auch in Dateien, die in das juristische Informationssystem juris Eingang finden. Daneben führt sie eine gerichtsinterne Chronologische Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts. In einem internen wöchentlich erscheinenden Informationsdienst weist die Dokumentationsstelle auf aktuelle Beiträge, Rechtsentwicklungen und Entscheidungen im nationalen und supranationalen Arbeitsrecht hin.

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

Die juris Datenbank Rechtsprechung enthält knapp 1.150.000 Dokumente aus allen Gerichtsbarkeiten. Etwa 80.000 dieser Dokumente betreffen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitsachen. Es handelt sich dabei um Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (24.000) sowie Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgerichte 47.000, Arbeitsgerichte 8.500), hinzu kommen ca. 40 Entscheidungen von Bühnenschiedsgerichten, 90 kirchengerichtliche Entscheidungen, knapp 100 arbeitsrechtliche Entscheidungen von Gerichten der ehemaligen DDR sowie ca. 430 arbeitsrechtliche Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), des Gerichts erster Instanz der Europäischen Union (EuG), des Gerichts für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (EuGöD) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die ebenfalls vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert wurden.

Seit 1995 werden - unabhängig von ihrer Veröffentlichung - sämtliche beim Bundesarbeitsgericht im Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren anhängigen Instanzentscheidungen mit ihrem Verfahrensgang (Eingang, Terminierung, Erledigungsart, Erledigungsdatum) für die juris Datenbank dokumentiert, sofern nicht das Verfahren unmittelbar nach Eingang beim Bundesarbeitsgericht beendet wird.

In der juris Datenbank Literaturnachweise (Aufsätze und Bücher) mit einem Bestand von ca. 820.000 Dokumenten betreffen mehr als 90.000 Dokumente Literatur (seit 1970) mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, etwa 46.000 hiervon wurden von der Dokumentationsstelle des Bundesarbeitsgerichts dokumentiert.

An Verwaltungsregelungen (Erlasse, Bekanntmachungen, Richtlinien etc.) werden in der juris Datenbank Verwaltungsvorschriften für den Bereich des Sozial- und Arbeitsrechts ca. 31.000 Dokumente angeboten. Etwa 3.000 Dokumente davon betreffen Regelungen mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, die zum Teil vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert worden sind.

III. Presse- und Öffentlichkeitsarbeit

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

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

Im Jahr 2011 wurden die Terminvorschauen an 822 Abonnenten und die insgesamt 96 Pressemitteilungen an 1.100 Bezieher versandt.

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

Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts ab 2008 stehen ebenfalls im Internet zur Verfügung. Hier ist eine Suche nach Daten, Nummer der Pressemitteilung oder Textstichworten möglich.

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

Im Jahr 2011 haben 130 Gruppen - insbesondere Betriebs- und Personalräte sowie Führungskräfte, Referendare, Studenten und Schüler - Verhandlungen des Gerichts besucht. Sie wurden durch wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und wissenschaftliche

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

Im Übrigen besteht nach wie vor ein großes Interesse an der Architektur des Gerichtsgebäudes und den Arbeitsbedingungen des Bundesarbeitsgerichts. Auch im vergangenen Jahr besichtigten wieder 36 Besuchergruppen das Bundesarbeitsgericht und wurden von fachkundigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Haus geführt .

Im Jahr 2011 waren Delegationen aus China, Russland, Japan, Italien und Frankreich sowie von verschiedenen Gerichten und Institutionen aus dem Inland zu Gast beim Bundesarbeitsgericht und informierten sich über die Arbeit eines obersten Gerichtshofes des Bundes vor Ort.

Übersicht über die Pressemitteilungen 2011

lfd. Nr.	Nr.	Datum	Stichwort
2041	1/11	11.01.11	Unterweisung zum Arbeitsschutz - 1 ABR 104/09 -
2042	2/11	12.01.11	ERA-TV und Mitbestimmung des Betriebsrats bei Ein- und Umgruppierungen - 7 ABR 34/09 -
2043	3/11	19.01.11	Rückzahlung von Weiterbildungskosten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Abschluss der Ausbildung - Inhaltskontrolle - 3 AZR 621/08 -
2044	4/11	19.01.11	Betriebliche Altersversorgung - Nichtberück- sichtigung von Zeiten eines früheren Arbeits- verhältnisses - 3 AZR 29/09 -
2045	5/11	21.01.11	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 798/09 -
2046	6/11	26.01.11	Geschäftslage des Bundesarbeitsgerichts zum 1. Januar 2011
2047	7/11	26.01.11	Fahrtkostenerstattung nach dem Bundesrah- mentarifvertrag Bau (BRTV-Bau) - Wirksam- keit der Allgemeinverbindlicherklärung - 4 AZR 445/09 -Vorangekünigter Termin: 23. März 2011
2048	8/11	27.01.11	Keine Anrechnung der Elternzeit auf die Stufenlaufzeit im Entgeltsystem des TVÖD - 6 AZR 526/09 -
2049	9/11	27.01.11	Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber - 8 AZR 326/09 -
2050	10/11	27.01.11	Schutz behinderter, aber nicht schwerbehin- deter Menschen - 8 AZR 580/09 -
2051	11/11	27.01.11	Geschlechtsspezifische Benachteiligung we- gen Schwangerschaft bei einer Stellenbeset- zung - 8 AZR 483/09 -

2052	12/11	27.01.11	Kündigung eines Hornisten wegen Verkleinerung des Orchesters - 2 AZR 9/10 -
2053	13/11	01.02.11	Freistellung des Betriebsrats von Schulungskosten, Mitteilung zum Verfahren - 7 ABR 12/10 - Angekündigter Termin: 9. Februar 2011
2054	14/11	15.02.11	Geschlechtsbezogene Benachteiligung bei tariflichem Vorruhestand - 9 AZR 584/09 -
2055	15/11	24.02.11	Mitteilung zum Verfahren - 6 AZR 598/09 -
2056	16/11	24.02.11	Kündigung wegen Arbeitsverweigerung aus Glaubensgründen - 2 AZR 636/09 -
2057	17/11	09.03.11	Haushaltsbefristungen bei der Bundesagentur für Arbeit - 7 AZR 728/09 -
2058	18/11	15.03.11	Bemessungsdurchgriff bei der Aufstellung eines Sozialplans im Konzern - 1 ABR 97/09 -
2059	19/11	22.03.11	Haushaltsbefristung und europäisches Unionsrecht - 7 AZR 485/09 -
2060	20/11	23.03.11	Keine Anwendung der im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen auf „Equal Pay“-Anspruch des Leiharbeitnehmers - 5 AZR 7/10 -
2061	21/11	23.03.11	Unwirksamkeit einer qualifizierten tariflichen Differenzierungsklausel (hier: sog. „Spannensicherungsklausel“) - 4 AZR 366/09 -
2062	22/11	23.03.11	Widerruf der Bestellung zum Beauftragten für den Datenschutz - 10 AZR 562/09 -

2063	23/11	24.03.11	Mitteilung zum Verfahren - 6 AZR 779/09 -
2064	24/11	24.03.11	Kündigung wegen mehrjähriger Freiheitsstrafe - 2 AZR 790/09 -
2065	25/11	06.04.11	Sachgrundlose Befristung und „Zuvor-Beschäftigung“ - 7 AZR 716/09 -
2066	26/11	07.04.11	Übergang eines Betriebsteils - 8 AZR 730/09 -
2067	27/11	12.04.11	Aufwendungsersatz für das häusliche Arbeits- zimmer eines Lehrers - 9 AZR 14/10 -
2068	28/11	12.04.11	Sozialplanabfindung und Altersstufen - 1 AZR 764/09 -
2069	29/11	14.04.11	Mitteilung zum Verfahren - 6 AZR 687/09 -
2070	30/11	14.04.11	Anspruch auf Strukturausgleich nach Herabgruppierung - 6 AZR 726/09 -
2071	31/11	19.04.11	Abdingbarkeit des Anspruchs auf Entgeltum- wandlung nach § 1a BetrAVG - 3 AZR 154/09 -
2072	32/11	20.04.11	Vergütung eines Bauarbeiters bei Auslandsein- satz - 5 AZR 171/10 -
2073	33/11	20.04.11	Widerruf einer in AGB geregelten Zulage, ergänzende Vertragsauslegung in Altfällen - 5 AZR 191/10 -
2074	34/11	28.04.11	Schadensersatz wegen Arbeiten an asbesthal- tigen Bauteilen - 8 AZR 769/09 -
2075	35/11	12.05.11	Außerdienstliche Aktivitäten für NPD und JN als Kündigungsgrund - 2 AZR 479/09 -

2076	36/11	17.05.11	Urlaub und Elternzeit - 9 AZR 197/10 -
2077	37/11	17.05.11	Urlaub in der Kündigungsfrist - 9 AZR 189/10 -
2078	38/11	17.05.11	Tarifwidrige Betriebsvereinbarung und gewerkschaftlicher Beseitigungsanspruch - 1 AZR 473/09 -
2079	39/11	18.05.11	Mitteilung zum Verfahren - 5 AZR 181/10 -
2080	40/11	18.05.11	Verbandsaustritt unter Nichteinhaltung der satzungsmäßigen Kündigungsfrist - 4 AZR 457/09 -
2081	41/11	18.05.11	Funktionszulage im Schreibdienst - 10 AZR 206/10 -
2082	42/11	19.05.11	Mitteilung zum Verfahren - 6 AZR 644/09 -
2083	43/11	25.05.11	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Günter Spinner
2084	44/11	26.05.11	Verlagerung eines Betriebsteils ins grenznahe Ausland - 8 AZR 37/10 -
2085	45/11	31.05.11	Mitteilung zu dem Verfahren - 3 AZR 379/09 -
2086	46/11	07.06.11	Sozialplanabfindung bei Bezug einer Erwerbs- minderungsrente - 1 AZR 34/10 -
2087	47/11	09.06.11	Unterlassene Anhörung eines Betriebsrats vor Ausspruch einer Kündigung - 6 AZR 132/10 -
2088	48/11	09.06.11	Zugang einer Kündigung bei Übergabe des Kündigungsschreibens an den Ehegatten außerhalb der Wohnung - 6 AZR 687/09 -

2089	49/11	15.06.11	Mitteilung zum Verfahren - 10 AZR 154/10 -
2090	50/11	21.06.11	AGB-Kontrolle einer Arbeitszeitregelung - 9 AZR 236/10 -
2091	51/11	22.06.11	Abgelehnte Sprachkursteilnahme - Entschädigung wegen Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft? - 8 AZR 48/10 -
2092	52/11	22.06.11	Ersatz des Unfallschadens - Einsatz eines Privatfahrzeugs im Rahmen der Rufbereitschaft - 8 AZR 102/10 -
2093	53/11	29.06.11	Einzelvertragliche Vergütungsregelung eines Chefarztes im Bereich des BAT-KF - 5 AZR 161/10 -
2094	54/11	29.06.11	Abmeldepflicht von Betriebsratsmitgliedern - 7 ABR 135/09 -
2095	55/11	06.07.11	Gewerkschaftseintritt eines Arbeitnehmers während der Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) des Arbeitgebers - 4 AZR 424/09 -
2096	56/11	06.07.11	Sachliche Reichweite einer vertraglichen Bezugnahmeklausel - 4 AZR 706/09 -
2097	57/11	07.07.11	Betriebsratsanhörung zur Kündigung und Ersetzung der Stellungnahme des Betriebsrats zur Massenentlassungsanzeige durch einen Interessenausgleich - 6 AZR 248/10 -
2098	58/11	07.07.11	Falsche Beantwortung der Frage nach einer Schwerbehinderung - 2 AZR 396/10 -
2099	59/11	19.07.11	Berechnung der insolvenzgeschützten Betriebsrentenanwartschaft - keine Altersdiskriminierung - 3 AZR 434/09 -

2100	60/11	26.07.11	Betriebsrat, PC und Internet - 7 ABR 8/09 -
2101	61/11	27.07.11	Mitteilung zum Verfahren - 10 AZR 421/10 -
2102	62/11	04.08.11	Mitteilung zum Verfahren - 6 AZR 164/10 -
2103	63/11	09.08.11	Urlaubsabgeltungsansprüche und Ausschlussfristen - 9 AZR 352/10 -
2104	64/11	09.08.11	Befristung von Urlaubsansprüchen - 9 AZR 425/10 -
2105	65/11	17.08.11	Tariflicher Feiertagszuschlag für Oster- und Pfingstsonntag - 10 AZR 347/10 -
2106	66/11	18.08.11	Betriebsübergang bei Zwangsverwaltung eines Grundstücks - 8 AZR 230/10 -
2107	67/11	18.08.11	Wechsel zu einer „Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft“ vor Betriebsübergang - 8 AZR 312/10 -
2108	68/11	24.08.11	Tarifvertragliche Entgeltanpassung Ost/West - Schuldrechtliche Abrede oder Inhaltsnorm - 4 AZR 566/09 -
2109	69/11	08.09.11	Kündigung des Chefarztes einer katholischen Klinik wegen Wiederverheiratung - 2 AZR 543/10 -
2110	70/11	15.09.11	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 370/10 -
2111	71/11	15.09.11	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 455/10 -
2112	72/11	20.09.11	Vererblichkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen - 9 AZR 416/10 -

2113	73/11	20.09.11	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 353/10 -
2114	74/11	21.09.11	Mitteilung zum Verfahren - 4 AZR 810/09 -
2115	75/11	06.10.11	Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen - 6 AZR 262/10 - u.a.
2116	76/11	12.10.11	Bonuszahlung 2008 - Investmentbank - 10 AZR 756/10 - und - 10 AZR 649/10 -
2117	77/11	13.10.11	Prüfpflicht zur Besetzung freier Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen - 8 AZR 608/10 -
2118	78/11	13.10.11	Betriebsübergang - Betriebsteil - 8 AZR 455/10 -
2119	79/11	18.10.11	Leiharbeitnehmer - Interessenausgleich beim Entleiher - 1 AZR 335/10 -
2120	80/11	18.10.11	Verlängerung der Elternzeit - 9 AZR 315/10 -
2121	81/11	19.10.11	Einführung des Entgeltrahmenabkommens der Metallindustrie (ERA) nach Verbandsaustritt? - 4 ABR 116/09 -
2122	82/11	19.10.11	Befristete Arbeitsverhältnisse älterer Arbeitnehmer - 7 AZR 253/07 -
2123	83/11	27.10.11	Neuer Richter am Bundesarbeitsgericht Oliver Klose
2124	84/11	01.11.11	Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Franz Josef Düwell im Ruhestand
2125	85/11	10.11.11	Rücktritt vom Aufhebungsvertrag während des Insolvenzeröffnungsverfahrens - 6 AZR 357/10 - u.a.

2126	86/11	10.11.11	Betriebsübergang - Widerspruch des Arbeitnehmers - 8 AZR 277/10 -
2127	87/11	15.11.11	Mehrmalige Inanspruchnahme der Pflegezeit - 9 AZR 348/10 -
2128	88/11	15.11.11	Zeugnis - verschlüsselte Formulierung - 9 AZR 386/10 -
2129	89/11	16.11.11	Sondertarifvertrag für studentische Aushilfskräfte - 4 AZR 856/09 -
2130	90/11	05.12.11	Mitteilung zum Verfahren - 3 AZR 775/09 -
2131	91/11	08.12.11	Kündigung gegenüber einem minderjährigen Auszubildenden - 6 AZR 354/10 -
2132	92/11	13.12.11	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 411/10 -
2133	93/11	13.12.11	Mitbestimmung bei Versetzungen während eines Arbeitskampfs - 1 ABR 2/10 -
2134	94/11	14.12.11	Keine zeitliche Begrenzung des Vertrauensschutzes für „Altverträge“ bei der Auslegung einer Verweisklausel als Gleichstellungsabrede - 4 AZR 79/10 -
2135	95/11	15.12.11	Überlassung von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes an private Einsatzbetriebe - Betriebsgröße - 7 ABR 65/10 -
2136	96/11	15.12.11	Sozialauswahl und Altersdiskriminierung - 2 AZR 42/10 -

IV. Personalien

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Franz Josef Düwell ist mit Ablauf des 31. Oktober 2011 in den Ruhestand getreten. Herr Prof. Düwell wurde im Mai 1993 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Seitdem gehörte er dem Neunten Senat durchgehend an, dessen Vorsitz er mit seiner Ernennung zum Vorsitzenden Richter am 1. September 2001 übernahm. (Pressemitteilung Nr. 84/11)

Der Bundespräsident hat den Vizepräsidenten des Arbeitsgerichts Stuttgart Dr. Günter Spinner mit Wirkung vom 1. Juni 2011 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Dr. Spinner wurde dem Dritten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 43/11)

Der Bundespräsident hat den Richter am Arbeitsgericht Düsseldorf Oliver Karl Klose mit Wirkung vom 1. November 2011 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt. Herr Klose wurde dem Neunten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 83/11)

D. Tabellarischer Anhang

Geschäftsjahr 2011

Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Zeilen Nr.	Anhängige Verfahren	Verfahren	
		Insgesamt	Veränderungen gegenüber Vorjahr
1	Revisionen		
11	Unerledigte Revisionen am Jahresanfang	1018	- 196
12	Eingelegte Revisionen	995	+ 209
	davon aus:		
1201	Baden-Württemberg	88	+ 32
1202	Bayern	109	+ 54
1203	Berlin-Brandenburg	72	- 12
1204	Bremen	8	- 5
1205	Hamburg	25	- 15
1206	Hessen	154	+ 35
1207	Mecklenburg-Vorpommern	17	+ 3
1208	Niedersachsen	76	+ 19
1209	Nordrhein-Westfalen	272	+ 56
1210	Rheinland-Pfalz	59	+ 35
1211	Saarland	7	- 3
1212	Sachsen	41	- 3
1213	Sachsen-Anhalt	18	- 11
1214	Schleswig-Holstein	31	+ 19
1215	Thüringen	18	+ 5
13	Revisionen insgesamt	2013	+ 13
14	Erledigte Revisionen	801	- 181
141	Nach der Art der Erledigung:		
1411	Streitiges Urteil	518	- 47
1412	Sonstiges Urteil	4	- 2
1413	Beschluss nach § 91 a ZPO	9	+ 1
1414	Sonstigen Beschluss	3	+ 7
1415	Vergleich	137	+ 9
1416	Rücknahme	125	- 98
1417	Auf sonstige Art	5	- 40
142	Durch Streitiges Urteil erledigte Revisionen (Zeile 1411) nach der Dauer des Verfahrens		
1421	bis zu 6 Monaten	0	- 7
1422	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	95	+ 14
1423	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	381	- 36
1424	über 2 Jahren	42	- 18
15	Unerledigte Revisionen am Jahresende	1212	+ 194

2	Rechtsbeschwerden		
21	Unerledigte Rechtsbeschwerden am		
	Jahresanfang	117	- 54
22	Eingereichte Rechtsbeschwerden	94	+ 7
	davon aus:		
2201	Baden-Württemberg	3	- 9
2202	Bayern	8	+ 3
2203	Berlin-Brandenburg	7	- 1
2204	Bremen	1	- 7
2205	Hamburg	3	- 2
2206	Hessen	16	+ 4
2207	Mecklenburg-Vorpommern	3	+ 3
2208	Niedersachsen	12	+ 10
2209	Nordrhein-Westfalen	25	+ 1
2210	Rheinland-Pfalz	6	+ 3
2211	Saarland	1	+ 1
2212	Sachsen	1	- 1
2213	Sachsen-Anhalt	2	+ 1
2214	Schleswig-Holstein	5	+ 2
2215	Thüringen	1	- 1
23	Rechtsbeschwerden insgesamt	211	- 47
24	Erledigte Rechtsbeschwerden	102	- 39
	davon:		
241	durch mündliche Verhandlung	47	+ 2
242	ohne mündliche Verhandlung	16	- 31
243	durch Einstellung des Verfahrens gem. § 94 Nr. 3 ArbGG oder auf sonstige Art	39	- 10
25	Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden (Zeilen 241 - 242) nach der Dauer des Verfahrens		
251	bis zu 6 Monaten	0	- 2
252	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	10	0
253	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	53	- 27
254	über 2 Jahre	0	0
26	Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresende	109	- 8
3	Nichtzulassungsbeschwerden		
31	Verfahren gem. § 72a ArbGG		
311	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	319	+ 68
312	Beantragte Verfahren	2058	+ 674
313	Verfahren insgesamt	2377	+ 742

314	Erledigte Verfahren	1698	+ 382
	davon durch:		
3141	Stattgebenden Beschluss	109	+ 16
3142	Zurückweisung	763	+ 261
3143	Zurückverweisung	42	+ 11
3144	Verwerfung	573	+ 118
3145	Rücknahme	183	- 31
3146	Auf sonstige Art	28	+ 7
3147	Unerledigte Verfahren am Jahresende	679	+ 360
32	Verfahren gem. § 92a ArbGG		
321	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	22	- 6
322	Beantragte Verfahren	122	+ 40
323	Verfahren insgesamt	144	+ 34
324	Erledigte Verfahren	110	+ 22
	davon durch:		
3241	Stattgebenden Beschluss	9	+ 1
3242	Zurückweisung	41	- 1
3243	Zurückverweisung	0	0
3244	Verwerfung	37	+ 19
3245	Rücknahme	21	+ 7
3246	Auf sonstige Art	2	- 4
3247	Unerledigte Verfahren am Jahresende	34	+ 12
4	Revisionsbeschwerden		
41	Verfahren gem. § 72b ArbGG		
411	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	0	- 1
412	Beantragte Verfahren	2	- 1
413	Verfahren insgesamt	2	- 2
414	Erledigte Verfahren	1	- 3
	davon durch:		
4141	Stattgebenden Beschluss (Zurückverweisung)	0	- 2
4142	Zurückweisung	0	- 1
4143	Verwerfung	1	+ 1
4144	Rücknahme	0	- 1
4145	Auf sonstige Art	0	0
415	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	- 1
42	Verfahren gem. § 77 ArbGG		
421	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	10	+ 9
422	Beantragte Verfahren	16	-3
423	Verfahren insgesamt	26	+ 6
424	Erledigte Verfahren	25	+ 15
	davon durch:		
4241	Stattgebenden Beschluss	1	0
4242	Zurückweisung	2	- 1

4243	Verwerfung	16	+ 10
4244	Rücknahme	4	+ 4
4245	Auf sonstige Art	2	+ 1
425	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	- 9
43	Verfahren gem. § 78 ArbGG		
431	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	8	+ 1
432	Beantragte Verfahren	63	+ 23
433	Verfahren insgesamt	71	+ 24
434	Erledigte Verfahren	33	- 6
	davon durch:		
4341	Stattgabe	4	0
4342	Zurückweisung	7	+ 1
4343	Verwerfung	16	- 4
4344	Rücknahme	5	- 2
4335	Auf sonstige Art	1	- 1
435	Unerledigte Verfahren am Jahresende	38	+ 30
5	Bestimmungen des zuständigen Gerichts		
51	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	1	+ 1
52	Eingereichte Anträge	5	+ 3
53	Anträge insgesamt	6	+ 4
54	Erledigte Anträge	4	+ 3
55	Unerledigte Anträge am Jahresende	2	+ 1
6	Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe		
61	Anträge außerhalb einer anhängigen Revision		
611	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	15	+ 15
612	Eingereichte Anträge	66	+ 2
613	Anträge insgesamt	81	+ 17
614	Erledigte Anträge	58	+ 9
615	Unerledigte Anträge am Jahresende	23	+ 8
62	Ergangene Entscheidungen bei anhängigen Revisionsverfahren (Zahl der Beschlüsse)	22	+ 7
7	Entscheidung über Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung	20	+ 11
8	In das allgemeine Register eingetragene Anträge und Anfragen	251	+ 14

9	Großer Senat (Anrufungen)		
91	Unerledigte Vorlagen am Jahresanfang	0	0
92	Eingereichte Vorlagen	0	0
93	Vorlagen insgesamt	0	0
94	Entschiedene Vorlagen	0	0
95	Unerledigte Vorlagen am Jahresende	0	0

Revisionen (AZR) nach der Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2011

Art der Erledigungen		Zulassung		Summe Spalten 2a –2b	Entschieden zu- gunsten	
		durch LAG	durch BAG		Arbeit- geber	Arbeit- nehmer
1		2a	2b	3	3a	3b
I.	durch streitiges Urteil					
	1. als unzulässig verworfen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	5	0	5	5	0
	b) im schriftlichen Verfahren	0	0	0	0	0
	2. als unbegründet zurückgewiesen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	66	203	269	182	87
	b) im schriftlichen Verfahren	27	0	27	26	1
	3. unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zurückverwiesen					
a) aufgrund mündlicher Verhandlung	70	10	80	32	48	
b) im schriftlichen Verfahren	8	0	8	7	1	
4. der Revision ganz oder teilweise stattgegeben						
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	108	13	121	84	37
b) im schriftlichen Verfahren	8	0	8	7	1	
II.	durch sonstiges Urteil	4	0	4	0	0
III.	durch Beschluss					
	1. als unzulässig verworfen	3	0	3	2	0
	2. Kostenbeschluss § 91a ZPO	9	0	9	0	2
IV.	durch Vergleich					
	1. gerichtlichen Vergleich	121	11	132		
	2. außergerichtlichen Vergleich	5	0	5		
V.	durch Rücknahme	109	16	125		
VI.	auf sonstige Art	1	4	5		
	Summe	544	257	801	345	177

Rechtsbeschwerden (ABR) nach Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2011

Zulassung	Zulassung		Summe Spalte 2a-2b
	durch LAG	durch BAG	
1	2a	2b	3
1. Als unzulässig verworfen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	0	0	0
b) Ohne mündliche Anhörung	2	0	2
2. Als unbegründet zurückgewiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	19	0	19
b) Ohne mündliche Anhörung	11	0	11
3. Aufgehoben und zurückverwiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	6	0	6
b) Ohne mündliche Anhörung	1	1	2
4. Ganz oder teilweise stattgegeben			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	22	0	22
b) Ohne mündliche Anhörung	1	0	1
5. Einstellung gem. § 94 Abs. 3 ArbGG	13	1	14
6. Sonstige Art	25	0	25
Summe	100	2	102

E. Geschäftsverteilung

Für das Geschäftsjahr 2011 sind den zehn Senaten des Bundesarbeitsgerichts im Wesentlichen folgende Rechtsmaterien zugewiesen:

1.Senat

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

2.Senat

Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigungen sowie daran anschließende Abfindungs- und Weiterbeschäftigungsansprüche, Ersetzung der Zustimmung zur Kündigung, Abmahnungen

3.Senat

Betriebliche Altersversorgung und Lebensversicherung einschließlich Versorgungsschäden, Fragen der Berufsbildung

4.Senat

Tarifvertragsrecht und Anwendung eines Tarifvertrages in seiner Gesamtheit auf ein Arbeitsverhältnis, Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen

5.Senat

Arbeitsentgeltansprüche, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen, Mutterschutz

6.Senat

Auslegung von Tarifverträgen und Dienstordnungen im öffentlichen Dienst, bei der

Deutschen Bahn, der Deutschen Post, der Postbank, der Deutschen Telekom und bei den Alliierten Streitkräften sowie von Tarifverträgen und Arbeitsvertragsrichtlinien im kirchlichen Bereich, Insolvenzrecht, Beendigung des Arbeitsverhältnisses in anderer Weise als durch Kündigung sowie daran anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung, Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses

7.Senat

Formelles Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund einer Befristung oder Bedingung oder aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sowie daran jeweils anschließende Ansprüche auf Weiterbeschäftigung, Ansprüche auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses

8.Senat

Schadensersatz, Betriebsübergang und damit verbundene Kündigungen sowie Weiterbeschäftigungs- oder Wiedereinstellungsansprüche und Abfindungen, Entschädigung, Vertragsstrafen

9.Senat

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

10. Senat

Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen, Tätigkeitszulagen und Erschwerniszulagen, ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen, Wettbewerbs-, Handelsvertreter- und Zwangsvollstreckungsrecht, Arbeitspflicht, Beschäftigungspflicht, Arbeitnehmerstatus sowie alle nicht in die Zuständigkeit anderer Senate fallende Rechtsstreitigkeiten

Für das Geschäftsjahr 2011 sind den zehn Senaten folgende Richter zugewiesen:

1. Senat

Vorsitzende: Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch

2. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann
2. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger
3. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor

3. Senat

Vorsitzende: Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger
2. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing
3. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Spinner (seit 1. Juni 2011)

4. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Treber
3. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter

5. Senat

Vorsitzender: Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge

1. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl

6. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler
2. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge

7. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier

1. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel
3. Beisitzerin Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt

8. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Böck
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Breinlinger

9. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell
(bis 31. Oktober 2011)

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow
3. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Klose (ab 1. November 2011)

10. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch

1. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert
2. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder
3. Beisitzer Richter am Bundesarbeitsgericht Mestwerdt

Der Jahresbericht gibt einen Überblick über die Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts im Geschäftsjahr 2011

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

