



Jahresbericht
des Bundesarbeitsgerichts
2010

Impressum

Herausgeber: Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Redaktion: Pressestelle des Bundesarbeitsgerichts
Tel. 0361 2636-1428

Stand: 31.12.2010

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	18
1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses	20
I. Arbeitsbedingungen	20
1. Arbeitspflicht	20
2. Weisungsrecht	20
3. Arbeitszeit	22
4. Personalgestellung	23
5. Bezugnahmeklauseln.....	24
6. Fachkraft für Arbeitssicherheit	25
II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis	26
1. Vergütung	26
2. Urlaub	34
3. Freizeitausgleich.....	36
4. Wettbewerbsverbot.....	37
5. Vertragsstrafe	39
6. Schadensersatz und Haftung.....	39
7. Ausschlussfristen.....	41
III. Schutz vor Benachteiligung - Förderung der Chancengleichheit	42
1. Geschlecht.....	42
2. Alter.....	43
3. Behinderung.....	47
4. Ethnische Herkunft.....	48
5. Religion.....	49
6. Auskunftsanspruch	49
IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen	50
1. Kündigung.....	50
2. Befristung.....	56
3. Auflösung durch Urteil.....	58
V. Betriebsübergang	59
1. Voraussetzungen des Betriebsübergangs.....	59
2. Fortgeltung von Kollektivverträgen	59
VI. Betriebliche Altersversorgung	60
VII. Berufsbildung	67
VIII. Konkurrentenklage	68

2. Abschnitt	<i>Kollektives Arbeitsrecht</i>	68
I.	Koalitionsrecht	68
II.	Tarifrecht	70
1.	Tariffähigkeit	70
2.	Tarifpluralität	71
3.	Tarifvertragsrecht	72
III.	Betriebsverfassungsrecht	73
1.	Wahl des Betriebsrats	73
2.	Kosten des Betriebsrats	74
3.	Sachaufwand des Betriebsrats	75
4.	Restmandat des Betriebsrats	76
5.	Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats	77
6.	Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats	78
7.	Durchführungsanspruch	80
8.	Parteilpolitische Betätigung	80
9.	Tendenzträger	81
IV.	Schwerbehindertenvertretung	81
3. Abschnitt	<i>Insolvenzrecht</i>	82
4. Abschnitt	<i>Prozessrecht</i>	83
C.	Über das Bundesarbeitsgericht	85
I.	Bibliothek	85
II.	Dokumentation	86
III.	Presse- und Öffentlichkeitsarbeit	88
IV.	Personalien	98
D.	Tabellarischer Anhang	99
E.	Geschäftsverteilung	107

A. Geschäftsentwicklung

1. Die Zahl der Eingänge beim Bundesarbeitsgericht ist um 149 Verfahren gestiegen. Die durchschnittliche Verfahrensdauer beim Bundesarbeitsgericht betrug im abgelaufenen Geschäftsjahr acht Monate und zehn Tage.

2. Insgesamt gingen im Geschäftsjahr 2010 2.471 Sachen ein (*Vorjahr 2.322*). Davon waren 873 (*Vorjahr 1.014*) oder 35,3 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.466 (*Vorjahr 1.243*) oder 59,3 % Nichtzulassungsbeschwerden. Hinzu kamen 62 (*Vorjahr 38*) Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 64 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie sechs sonstige Verfahren. Die Zahl der Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren ist um 141 Verfahren (13,9 %) zurückgegangen. Die Zahl der Eingänge bei den Nichtzulassungsbeschwerden hat sich dagegen um 223 Verfahren (17,9 %) gesteigert.

3. Im Jahr 2010 sind 2.634 Sachen erledigt worden, also 274 Sachen mehr als im Jahr 2009 (*2.360 Sachen*). Es handelte sich um 1.123 (*Vorjahr 1.013*) oder 42,6 % Revisionen und Rechtsbeschwerden in Beschlussverfahren sowie 1.404 (*Vorjahr 1.272*) oder 53,3 % Nichtzulassungsbeschwerden. Daneben wurden noch 53 Revisions- bzw. Rechtsbeschwerden in Beschwerdeverfahren, 49 Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe außerhalb eines anhängigen Verfahrens sowie fünf sonstige Verfahren erledigt.

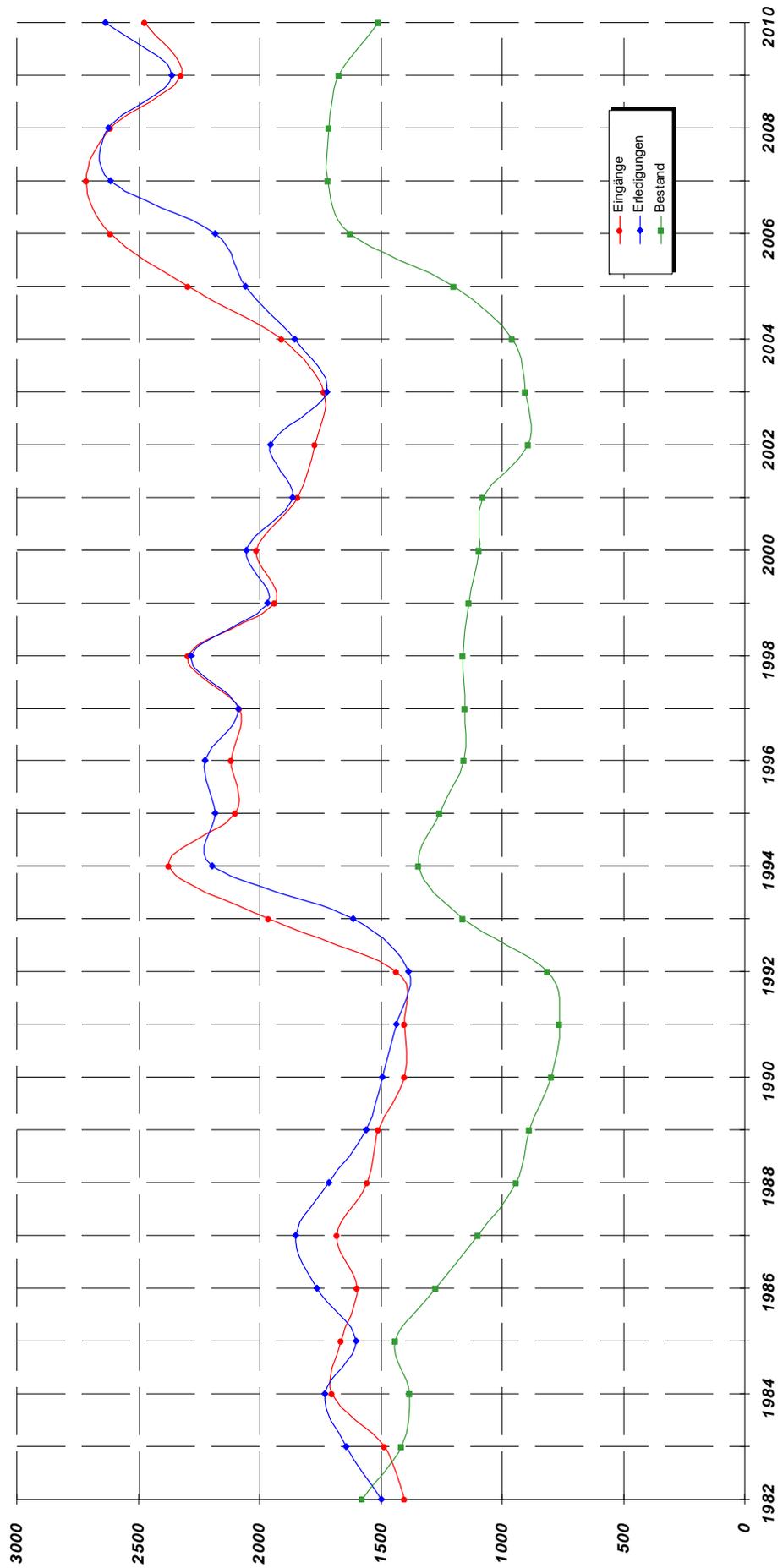
Von den erledigten Revisionen hatten unter Berücksichtigung der Zurückverweisungen 218 Erfolg, das entspricht einer Erfolgsquote von 38,6 % gegenüber 28,3 % (*170 Sachen*) im Vorjahr. Von den Nichtzulassungsbeschwerden waren - soweit man die Zurückverweisungen mit berücksichtigt, 132 Beschwerden (*9,4 % - im Vorjahr 150 entsprechend 11,8 %*) erfolgreich. Anhängig sind am Ende des Berichtsjahres noch 1.511 Sachen (*Vorjahr 1.673; 2008: 1.714; 2007: 1.718; 2006: 1.626; 2005: 1.196; 2004: 957; 2003: 905; 2002: 891; 2001: 1.077; 2000: 1.094*); davon sind 1.023 Revisionen (*Vorjahr 1.214*).

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

Zuordnung nach Rechtsgebieten:

	Eingänge	Erledigungen	Bestände
Beendigung von Arbeitsverhältnissen (Kündigungen, befristete Arbeits- verhältnisse; ohne Kündigungen nach § 613a BGB)	30,03 % (742)	27,45 % (723)	19,46 % (294)
Arbeitsentgelt	13,88 % (343)	12,91 % (340)	12,44 % (188)
Tarifauslegung und Tarifvertragsrecht	9,67 % (239)	10,48 % (276)	12,51 % (189)
Ruhegeld (einschl. Vorruhestand) und Altersteilzeit	9,11 % (225)	10,55 % (278)	13,43 % (203)
Betriebsverfassung und Personalvertretung	8,38 % (207)	10,14 % (267)	12,18 % (184)
Sonstige	28,94 % (715)	28,47 % (750)	29,98 % (453)

Geschäftsentwicklung beim Bundesarbeitsgericht



B. Rechtsprechungsübersicht

In den Jahresbericht wurden folgende Entscheidungen aufgenommen:

1. Entscheidungen des Ersten Senats:

Beschluss vom 19. Januar 2010 - 1 ABR 62/08 -

(Mitbestimmung bei Versetzungen - Vertragsstrafe zugunsten Dritter)

Beschluss vom 20. April 2010 - 1 ABR 78/08 -

(Betriebsrat - Tendenzträger - Anzeigenredakteur)

Urteil vom 18. Mai 2010 - 1 AZR 187/09 -

(Sozialplan - Gleichbehandlung - Anreize zum Abschluss von Aufhebungsverträgen)

Beschluss vom 18. Mai 2010 - 1 ABR 96/08 -

(Vergütungsordnung für AT-Angestellte - Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats - Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs - Gleichbehandlungsgrundsatz)

Beschluss vom 18. Mai 2010 - 1 ABR 6/09 -

(Anspruch auf Durchführung einer Betriebsvereinbarung)

Urteil vom 22. Juni 2010 - 1 AZR 853/08 -

(Betriebliche Lohngestaltung - Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung)

Urteil vom 22. Juni 2010 - 1 AZR 179/09 -

(Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zur Mitgliederwerbung)

Beschluss vom 13. August 2010 - 1 ABR 173/09 -

(Freistellung von der Arbeitspflicht für gewerkschaftliche Betätigung)

Beschluss vom 5. Oktober 2010 - 1 ABR 88/09 -

(Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung)

Beschluss vom 14. Dezember 2010 - 1 ABR 19/10 -

(Tariffähigkeit einer Spitzenorganisation)

2. Entscheidungen des Zweiten Senats:

Urteil vom 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08 -

(Mittelbare Diskriminierung - Kenntnis der deutschen Schriftsprache)

Urteil vom 23. Februar 2010 - 2 AZR 554/08 -

(Auflösungsantrag des Arbeitgebers)

Urteil vom 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 -

(Kündigungsschutz - Betriebsratsmitglied)

Urteil vom 22. April 2010 - 2 AZR 991/08 -

(Betriebsbedingte Kündigung - Anhörung des Betriebsrats)

Urteil vom 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 -
(Änderungskündigung - Versetzung)

Urteil vom 12. Mai 2010 - 2 AZR 544/08 -
(Gerichtlicher Vergleich - Anfechtung - Drohung)

Urteil vom 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 -
(Interessenausgleich mit Namensliste - Schriftform)

Urteil vom 10. Juni 2010 - 2 AZR 541/09 -
(Fristlose Kündigung - Interessenabwägung - Abmahnung)

Urteil vom 30. September 2010 - 2 AZR 88/09 -
(Krankheitsbedingte Kündigung - Betriebliches Eingliederungsmanagement)

Urteil vom 28. Oktober 2010 - 2 AZR 392/08 -
(Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes - Kleinbetrieb)

3. Entscheidungen des Dritten Senats:

Urteil vom 22. Dezember 2009 - 3 AZR 814/07 -
(Abfindung der im Insolvenzverfahren erdienten Anwartschaften)

Urteil vom 19. Januar 2010 - 3 AZR 660/09 -
(Betriebsrente - Neue Länder - Produktionsgenossenschaft des Handwerks -
Eintrittspflicht des PSV)

Urteil vom 16. Februar 2010 - 3 AZR 181/08 -
(Betriebliche Altersversorgung - Unterstützungskasse - Dynamische Bezugnahme auf
Versorgungsrichtlinien)

Urteil vom 16. Februar 2010 - 3 AZR 216/09 -
(Betriebsrente - Gleichbehandlung Arbeiter und Angestellte)

Urteil vom 16. März 2010 - 3 AZR 594/09 -
(Betriebsrente - Insolvenzversicherung)

Urteil vom 20. April 2010 - 3 AZR 370/08 -
(Betriebliche Altersversorgung - Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten -
Besitzstand aus der bisherigen VAP-Zusatzversorgung)

Urteil vom 20. April 2010 - 3 AZR 509/08 -
(Hinterbliebenenversorgung - Ausschluss von Ehepartner bei Eheschließung nach dem
Ausscheiden)

Urteil vom 18. Mai 2010 - 3 AZR 80/08 -
(Betriebsrente - Wirtschaftliche Auszehrung anderer Ansprüche)

Urteil vom 15. Juni 2010 - 3 AZR 334/06 -
(Direktversicherung - Insolvenz)

Urteil vom 27. Juli 2010 - 3 AZR 317/08 -
(Anlernvertrag - Faktisches Arbeitsverhältnis - Entgelt)

4. Entscheidungen des Vierten Senats:

Urteil vom 21. Oktober 2009 - 4 AZR 396/08 -
(Dynamische Bezugnahme auf „ortsfremden“ Tarifvertrag - Betriebsübergang auf nicht tarifgebundenen Erwerber - Negative Koalitionsfreiheit)

Urteil vom 18. November 2009 - 4 AZR 491/08 -
(Vertretung bei Abschluss eines Firmentarifvertrags)

Urteil vom 9. Dezember 2009 - 4 AZR 495/08 -
(Eingruppierung einer Oberärztin)

Urteil vom 27. Januar 2010 - 4 AZR 570/08 -
(Auslegung einer Klausel als Gleichstellungsabrede - Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag)

Beschluss vom 3. März 2010 - 4 AZB 23/09 -
(Verhinderung eines Richters an der Unterschriftsleistung)

Urteil vom 24. März 2010 - 4 AZR 727/08 -
(Persönlicher Geltungsbereich des TV-Ärzte KAH - Qualitätsmanagerin)

Urteil vom 21. April 2010 - 4 AZR 768/08 -
(Ablösung transformierter Tarifregelungen)

Urteil vom 19. Mai 2010 - 4 AZR 796/08 -
(Ergänzende Auslegung einer vertraglichen Bezugnahmeklausel)

Urteil vom 7. Juli 2010 - 4 AZR 549/08 -
(Grundsatz der Tarifeinheit - Rechtsprechungsänderung)

Urteil vom 20. Oktober 2010 - 4 AZR 105/09 -
(Zustimmungsvorbehalt - Tariföffnungsklausel - Betriebliches Bündnis für Arbeit)

5. Entscheidungen des Fünften Senats:

Urteil vom 20. Januar 2010 - 5 AZR 53/09 -
(Entgeltfortzahlung - Tarifliche Abweichung)

Urteil vom 17. März 2010 - 5 AZR 301/09 -
(Schwarzgeldabrede)

Urteil vom 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 -
(Tariflicher Feiertagszuschlag für Ostersonntag)

Urteil vom 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 -
(Annahmeverzug - Leistungsfähigkeit - Leidensgerechter Arbeitsplatz - Rücksichtnahmepflicht - Schadensersatz)

Urteil vom 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 -
(Ausschlussfrist und Arbeitszeitkonto)

Urteil vom 1. September 2010 - 5 AZR 700/09 -
(Kündigungsfrist - Klagefrist - Annahmeverzug)

Urteil vom 10. November 2010 - 5 AZR 603/09 -
(ERA-Leistungszulage - Tarifliche Sicherungsklausel)

6. Entscheidungen des Sechsten Senats:

Urteil vom 21. Januar 2010 - 6 AZR 785/08 -
(Leistungsklage aus Sozialplan bei Masseunzulänglichkeit)

Urteil vom 25. Februar 2010 - 6 AZR 809/08 -
(Anspruch auf kinderbezogenen Ortszuschlag bei Teilzeitarbeit)

Urteil vom 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 -
(Aufhebungsverträge - Altersdiskriminierung)

Urteil vom 22. April 2010 - 6 AZR 962/08 -
(Anspruch auf Strukturausgleich)

Beschluss vom 20. Mai 2010 - 6 AZR 148/09 (A) -
(Vergütung nach dem Lebensalter im BAT - Diskriminierung)

Beschluss vom 20. Mai 2010 - 6 AZR 319/09 (A) -
(Überleitung in den TVöD - Besitzstand - Diskriminierung)

Urteil vom 22. Juli 2010 - 6 AZR 78/09 -
(Bereitschaftsdienst - Abgeltung durch Freizeit)

Urteil vom 23. September 2010 - 6 AZR 180/09 -
(Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten im TV-L)

Urteil vom 23. September 2010 - 6 AZR 338/09 -
(Undifferenziertes Leistungsentgelt nach § 18 TVöD)

Urteil vom 16. Dezember 2010 - 6 AZR 487/09 -
(Bühnenschiedsgericht - Kontrollmaßstab und Kunstfreiheit)

7. Entscheidungen des Siebten Senats:

Beschluss vom 11. November 2009 - 7 ABR 26/08 -
(Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch Wahlvorstand)

Beschluss vom 9. Dezember 2009 - 7 ABR 46/08 -
(Gesamtbetriebsrat - Nutzung von Telefonen)

Beschluss vom 20. Januar 2010 - 7 ABR 39/08 -
(Wahl einer Schwerbehindertenvertretung)

Beschluss vom 20. Januar 2010 - 7 ABR 79/08 -
(Internetnutzung durch den Betriebsrat)

Beschluss vom 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 -
(Wählbarkeit eines Leiharbeitnehmers)

Beschluss vom 17. März 2010 - 7 ABR 95/08 -
(Parteilpolitische Betätigung - Unterlassungsanspruch)

Urteil vom 5. Mai 2010 - 7 AZR 728/08 -
(Vergütungsansprüche im restmandatierten Betriebsrat)

Beschluss vom 23. Juni 2010 - 7 ABR 103/08 -
(Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds)

Beschluss vom 27. Oktober 2010 - 7 AZR 485/09 (A) -
(Haushaltsbefristung - Europäisches Unionsrecht)

Beschluss vom 17. November 2010 - 7 AZR 443/09 (A) -
(Befristungskontrolle - Unionsrecht)

8. Entscheidungen des Achten Senats:

Urteil vom 17. Dezember 2009 - 8 AZR 1019/08 -
(Betriebsübergang - Fortführung des bisherigen Betriebs)

Urteil vom 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 -
(Geschlechtsbezogene Benachteiligung - Gleichstellungsbeauftragte -
Männlicher Bewerber)

Beschluss vom 20. Mai 2010 - 8 AZR 287/08 (A) -
(Entschädigung - Bewerbung - Geschlechtsbezogene Benachteiligung)

Urteil vom 22. Juli 2010 - 8 AZR 1012/08 -
(Beförderung - Geschlechtsbezogene Benachteiligung)

Urteil vom 22. Juli 2010 - 8 AZR 144/09 -
(Materielles Schuldanerkenntnis eines Arbeitnehmers - Unwirksamkeit wegen Sitten-
widrigkeit oder Anfechtung)

Urteil vom 19. August 2010 - 8 AZR 370/09 -
(Entschädigungsanspruch eines schwerbehinderten Bewerbers - Bewerbung nach er-
folgter Stellenbesetzung)

Urteil vom 19. August 2010 - 8 AZR 466/09 -
(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Ungünstigere Behandlung in „vergleichbarer
Lage“)

Urteil vom 19. August 2010 - 8 AZR 530/09 -
(Entschädigung - Schadensersatz - Bewerbung - Altersbedingte Benachteiligung)

Urteil vom 23. September 2010 - 8 AZR 897/08 -
(Vertragsstrafe - Vertragswidrige Beendigung des Arbeitsverhältnisses)

9. Entscheidungen des Neunten Senats:

Urteil vom 17. November 2009 - 9 AZR 844/08 -
(Urlaubsentgelt im Baugewerbe)

Urteil vom 15. Dezember 2009 - 9 AZR 769/08 -
(Fachkraft für Arbeitssicherheit - Gemeindeverwaltung)

Urteil vom 23. Februar 2010 - 9 AZR 3/09 -
(Redakteurin - Versetzung - Direktionsrecht)

Urteil vom 23. Februar 2010 - 9 AZR 44/09 -
(Altersteilzeit - Insolvenz - Geschäftsführerhaftung)

Urteil vom 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 -
(Mehrurlaub - Zusatzurlaub - Vertrauensschutz)

Urteil vom 17. August 2010 - 9 AZR 347/09 -
(Konkurrentenklage - Auswahlverfahren - Abbruch)

Urteil vom 21. September 2010 - 9 AZR 510/09 -
(Höhe des Urlaubsentgelts bei Arbeitnehmerüberlassung)

10. Entscheidungen des Zehnten Senats:

Urteil vom 24. März 2010 - 10 AZR 58/09 -
(Zulage wegen ständiger Wechselschichtarbeit)

Urteil vom 24. März 2010 - 10 AZR 66/09 -
(Nebentätigkeit - Unmittelbarer Wettbewerb)

Urteil vom 21. April 2010 - 10 AZR 288/09 -
(Karenzentschädigung - Überschießendes Wettbewerbsverbot)

Urteil vom 12. Mai 2010 - 10 AZR 390/09 -
(Schadensersatzanspruch - Unterbliebene Zielvereinbarung)

Beschluss vom 23. Juni 2010 - 10 AS 2/10 - (Tarifpluralität)

Urteil vom 23. Juni 2010 - 10 AZR 543/09 -
(Arbeitszeit der Werkfeuerwehr)

Urteil vom 14. Juli 2010 - 10 AZR 182/09 -
(Personalgestellung durch Landesgesetz)

Urteil vom 14. Juli 2010 - 10 AZR 291/09 -
(Wettbewerbsverbot - Vorvertrag)

Urteil vom 25. August 2010 - 10 AZR 275/09 -
(Allgemeine Geschäftsbedingungen - Versetzungsvorbehalt)

Urteil vom 29. September 2010 - 10 AZR 588/09 -
(Datenschutzbeauftragter - Beschäftigungsanspruch)

Abkürzungsverzeichnis

ABN	Beschwerden wegen der Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde
ABR	Rechtsbeschwerden
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
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BetrAVG	Betriebsrentengesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
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
SchwVVO	Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Kranken- versicherung
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen
StGB	Strafgesetzbuch

st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Abschnitt Recht des Arbeitsverhältnisses

I. Arbeitsbedingungen

1. Arbeitspflicht

Nach § 4f Abs. 1 BDSG haben öffentliche und nichtöffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisch erheben, verarbeiten oder nutzen, einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen. Die Übertragung eines solchen Amtes und der damit verbundenen Aufgaben bedarf der Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien (vgl. BAG 13. März 2007 - 9 AZR 612/05 -). Wird der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis zum Datenschutzbeauftragten bestellt, liegt darin nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 29. September 2010 (- 10 AZR 588/09 -) regelmäßig das Angebot des Arbeitgebers, den Arbeitsvertrag um die mit dem Amt verbundenen Aufgaben für dessen Dauer nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu erweitern. Nimmt der Arbeitnehmer dieses Angebot durch sein Einverständnis mit der Bestellung an, wird der Arbeitsvertrag für die Zeitspanne der Amtsübertragung geändert. Wird die Bestellung nach § 4f Abs. 1 Satz 4 BDSG widerrufen oder erlischt das Amt auf andere Weise, ist die Tätigkeit nicht mehr Bestandteil der vertraglich geschuldeten Leistung. Einer Änderungs- oder Teilkündigung bedarf es nicht. Ist der Datenschutzbeauftragte bei einer gesetzlichen Krankenkasse bestellt worden, so erlischt sein Amt, wenn diese mit einer anderen Krankenkasse fusioniert. Ein Übergang des Amtes auf die neu gebildete Krankenkasse nach § 144 Abs. 4 Satz 2 SGB V findet nicht statt.

2. Weisungsrecht

Eine Klausel im Arbeitsvertrag einer Redakteurin, nach der der Arbeitgeber befugt ist, ihr andere redaktionelle oder journalistische Aufgaben zu übertragen, berechtigt diesen nach einem Urteil des Neunten Senats vom 23. Februar 2010 (- 9 AZR 3/09 -) nicht, die Redakteurin in eine Service- und Entwicklungsredaktion zu versetzen, in der sie ausschließlich Testbeiträge für neue Verlagsprodukte erarbeiten muss. Nach allgemeinem Verständnis ist es Aufgabe eines Redakteurs, aus der Fülle von Informationen die für die Leser, Zuhörer oder Zuschauer bedeutsamen Beiträge für die nächste Ausgabe oder Sendung aufzubereiten. Er erstellt Beiträge, die zur Veröffentlichung bestimmt

sind. Hieran fehlt es bei einer Tätigkeit in einer Service- und Entwicklungsredaktion, in der auf nicht absehbare Zeit Beiträge nur zu Test- oder Entwicklungszwecken bearbeitet werden. Ob die Versetzungsklausel einer Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB standgehalten hätte, konnte dahinstehen.

In der Entscheidung vom 25. August 2010 (- 10 AZR 275/09 -) hatte der Zehnte Senat sich mit der Prüfung eines in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Versetzungsvorbehalts zu befassen. Der Senat hat dazu folgende Grundsätze aufgestellt: Durch Auslegung der vertraglichen Regelungen ist zunächst zu ermitteln, ob ein bestimmter Tätigkeitsinhalt und -ort vertraglich festgelegt wurde. Enthält der Vertrag hierüber eine nähere Festlegung, so unterliegt diese keiner Angemessenheitskontrolle iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, da es sich um eine inhaltliche Bestimmung der Hauptpflicht handelt. Ist der Inhalt der Leistungspflicht im Arbeitsvertrag nicht festgelegt, ergibt sich der Umfang des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts aus § 106 GewO. Auf die Zulässigkeit eines vereinbarten Versetzungsvorbehalts kommt es dann nicht mehr an. Enthält der Vertrag neben einer Festlegung von Art oder Ort der Tätigkeit einen Versetzungsvorbehalt, unterliegt dieser nicht der gesetzlichen Angemessenheitskontrolle, wenn er inhaltlich der Regelung des § 106 Satz 1 GewO entspricht. Dabei muss die vertragliche Regelung die Beschränkung auf den materiellen Gehalt des § 106 GewO unter Berücksichtigung der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Auslegungsgrundsätze aus sich heraus erkennen lassen. Geht der Vorbehalt über § 106 GewO hinaus, findet eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB statt. Behält sich der Arbeitgeber vor, die vertraglich vereinbarte Tätigkeit unter Einbeziehung geringererwertiger Tätigkeiten einseitig ohne den Anspruch einer Änderungskündigung zulasten des Arbeitnehmers ändern zu können, so liegt darin regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung iSd. § 307 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Abs. 2 Nr. 1 BGB. Erweist sich die Versetzung danach als unwirksam, so hat der Arbeitnehmer auch dann einen Anspruch auf Beschäftigung mit seiner bisherigen Tätigkeit am bisherigen Ort, wenn Inhalt und Ort der Arbeitsleistung im Vertrag nicht abschließend festgelegt sind, sondern dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO unterliegen.

3. Arbeitszeit

Der Zehnte Senat hatte im Urteil vom 23. Juni 2010 (- 10 AZR 543/09 -) die Vereinbarkeit der Arbeitszeitregelung in § 5 Abschnitt II des Manteltarifvertrags für die chemische Industrie (MTV) mit dem ArbZG zu prüfen. Danach gelten ua. für die Werkfeuerwehr sog. 24-Stunden-Dienste, die aus einer achtstündigen Arbeitszeit, einer Arbeitsbereitschaft und einer Bereitschaftsruhezeit bestehen. Der Senat hat die tariflichen Regelungen auf der Grundlage von § 7 Abs. 2a ArbZG für zulässig gehalten. Nach dieser Norm kann die werktägliche Arbeitszeit in einem Tarifvertrag auch ohne Ausgleich über acht Stunden verlängert werden, wenn in die Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt und durch besondere Regelungen sichergestellt wird, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Die Vorschrift erlaubt tarifliche Bestimmungen, nach denen die durchschnittliche Wochenarbeitszeit 48 Stunden dauernd überschreitet. Dies ist bei den 24-Stunden-Diensten nach § 5 Abschnitt II MTV der Fall, da auch die Bereitschaftsruhe Arbeitszeit iSd. § 2 Abs. 1 ArbZG darstellt. Soweit § 7 Abs. 2a ArbZG zur Sicherstellung der Gesundheit der Arbeitnehmer „besondere Regelungen“ verlangt, reichen die allgemeinen Vorgaben des Arbeitsschutzrechts - wie etwa die Erstellung einer Gefährdungsanalyse nach § 5 ArbSchG - nicht aus. Erforderlich sind zusätzliche, über das Gesetz hinausgehende Regelungen. Für die Werkfeuerwehr stellt § 5 Abschnitt II MTV iVm. den hierzu abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen sicher, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht gefährdet wird. Ob die den Tarifvertragsparteien durch § 7 Abs. 2a ArbZG eingeräumte Möglichkeit der Arbeitszeitverlängerung gegen Art. 22 der Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 verstößt, konnte der Senat dahinstehen lassen. Selbst wenn das ArbZG bestimmte Vorgaben für die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer sowie zu den erforderlichen Maßnahmen aufstellen musste, bleibt § 7 Abs. 2a ArbZG einschließlich der auf dieser Grundlage abgeschlossenen Tarifverträge zwischen Privaten anwendbar. Im Hinblick hierauf bestand mangels Entscheidungserheblichkeit auch keine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union.

4. Personalgestellung

Durch das Gesetz zur Eingliederung der Versorgungsämter in die allgemeine Verwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen (*VersÄmtEinglG*) sind die bei den aufgelösten Versorgungsämtern in Nordrhein-Westfalen Beschäftigten kraft Gesetzes zu anderen Landesbehörden versetzt oder im Wege der Personalgestellung kommunalen Körperschaften unter Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Land zur Aufgabenwahrnehmung zur Verfügung gestellt worden. Der Zehnte Senat hat im Urteil vom 14. Juli 2010 (- 10 AZR 182/09 -) eine Personalgestellung auf der Grundlage des *VersÄmtEinglG* für rechtswirksam erachtet. Eines Rückgriffs auf eine vertragliche oder tarifliche Rechtsgrundlage bedurfte es nicht. Das *VersÄmtEinglG* ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Der Landesgesetzgeber war gesetzgebungsbefugt. Der Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufungsausübungsfreiheit der Beschäftigten ist durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Dies gilt auch für einen etwaigen Eingriff des Gesetzes in die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie. Bei der Erstellung des nach dem *VersÄmtEinglG* vorgesehenen Zuordnungsplans, durch den die Beschäftigten den jeweiligen kommunalen Körperschaften zugewiesen wurden, durfte sich das Land eines Punkteschemas bedienen. Im Hinblick auf den Zweck der Auswahl - die Veränderung des Beschäftigungsorts - war es nicht zu beanstanden, dass Alter und Betriebszugehörigkeit im Vergleich zu anderen Faktoren geringer bewertet wurden. Dies verstieß nicht gegen das AGG. Allerdings musste unabhängig vom verwendeten Punkteschema für jeden Beschäftigten noch individuell geprüft werden, ob ihm die Maßnahme unter Berücksichtigung dienstlicher Belange und sozialer Kriterien zumutbar ist. Maßgeblich war dabei der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte. Ein Mitbestimmungsrecht der Personalräte der abgebenden Dienststellen bestand bei der Personalgestellung nicht. Diese ist keine Versetzung iSv. § 72 Abs. 1 Nr. 5 LPVG NW. Eine analoge Anwendung dieser Norm scheidet aus, weil es an einer unbewussten Gesetzeslücke fehlt. Ob die Eingliederung in die aufnehmende Dienststelle der Mitbestimmung des dortigen Personalrats nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NW bedurfte, konnte der Senat offenlassen. Denn die fehlende Beteiligung des Personalrats begründet nur dann ein Leistungsverweigerungsrecht des Beschäftigten, wenn der Personalrat die Aufhebung der Maßnahme begehrt. Dies war nicht der Fall.

5. Bezugnahmeklauseln

Eine Klausel in einem von einem tarifgebundenen Arbeitgeber vor dem 1. Januar 2002 abgeschlossenen Arbeitsvertrag (*sog. Altvertrag*), die auf die für den Betrieb einschlägigen Tarifverträge verweist, ist nach der Rechtsprechung des Vierten Senats aus Gründen des Vertrauensschutzes regelmäßig als Gleichstellungsabrede auszulegen (*BAG 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 -*). Dem steht nach einer Entscheidung des Senats vom 27. Januar 2010 (*- 4 AZR 570/08 -*) nicht entgegen, dass der Altvertrag auf ein Tarifwerk verweist, das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses überwiegend für allgemeinverbindlich erklärt war. Trotz der Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge ist die der früheren Rechtsprechung zur Gleichstellungsabrede zugrunde liegende Interessenlage für den bei Vertragsschluss kraft Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband tarifgebundenen Arbeitgeber gegeben (*vgl. dazu BAG 1. Dezember 2004 - 4 AZR 50/04 -*). Dies folgt schon daraus, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung höchstens für die Laufzeit des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags gilt. Zudem hat der einzelne Arbeitgeber keinen unmittelbaren Einfluss darauf, ob seine Gleichstellungsabsicht bereits durch die Allgemeinverbindlicherklärung gewahrt wird, da das Antragsrecht hierfür bei den tarifschließenden Gewerkschaften und Verbänden liegt.

Eine einfache dynamische Verweisungsklausel in einem Altvertrag, die ein Tarifwerk in Bezug nimmt, das auch bei beiderseitiger Tarifgebundenheit der Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsverhältnis nicht nach § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1 TVG normativ gelten würde, kann nicht als Gleichstellungsabrede ausgelegt werden. Dies hat der Vierte Senat in einem Urteil vom 21. Oktober 2009 (*- 4 AZR 396/08 -*) klargestellt. Voraussetzung für die Auslegung einer dynamischen Verweisungsklausel als Gleichstellungsabrede ist die Einschlägigkeit des vertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrags. Hieran fehlt es bei der Bezugnahme auf einen nach seinem räumlichen Geltungsbereich nicht einschlägigen Tarifvertrag. Bei einem Betriebsübergang ist der nicht tarifgebundene Betriebserwerber daher nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB an die vom Arbeitnehmer mit dem Betriebsveräußerer vertraglich vereinbarte Dynamik der Verweisungsklausel gebunden. Diese Bindung verletzt den Erwerber weder in seiner negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG noch verstößt sie gegen unionsrechtliche Bestimmungen.

In einer Entscheidung vom 19. Mai 2010 (*- 4 AZR 796/08 -*) hat sich der Vierte Senat mit der Auslegung einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel auseinandergesetzt, nach der „für das Arbeitsverhältnis die Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrags (*BAT*) in der jeweils gültigen Fassung“ gelten. Da die Regelung lediglich zeit-

dynamisch, nicht aber inhaltlich dynamisch ausgestaltet ist, erfasst sie regelmäßig weder den zum 1. Oktober 2005 für den Bund und die Kommunen in Kraft getretenen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*TVöD*) noch den zum 1. November 2006 in Kraft getretenen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (*TV-L*). Aus der dynamischen Ausgestaltung der Verweisung ergibt sich allerdings der Wille der Parteien, die Arbeitsbedingungen dynamisch an der Tarifentwicklung im öffentlichen Dienst auszurichten. Infolge der Tarifsukzession und der fehlenden Weiterführung des in Bezug genommenen Tarifwerks ist die dynamische Verweisklausel lückenhaft geworden. Diese Regelungslücke ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung dahin zu schließen, dass die an diese Stelle tretenden Tarifregelungen in Bezug genommen sind. Aufgrund der Aufspaltung der bis Oktober 2005 weitgehend gleichlautenden tariflichen Regelungen in die des *TVöD* und des *TV-L* ist dabei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auch zu bestimmen, welche Nachfolgeregelung die Arbeitsvertragsparteien vereinbart hätten. Dies ist im Zweifel derjenige Tarifvertrag, der typischerweise gelten würde, wenn die ausgeübten Tätigkeiten innerhalb des öffentlichen Dienstes erbracht würden.

6. Fachkraft für Arbeitssicherheit

Gemäß § 8 Abs. 2 ASiG unterstehen die Fachkräfte für Arbeitssicherheit oder, wenn für einen Betrieb mehrere Fachkräfte bestellt sind, die leitende Fachkraft für Arbeitssicherheit unmittelbar dem Leiter des Betriebs. Die Vorschrift begründet nach einem Urteil des Neunten Senats vom 15. Dezember 2009 (- 9 AZR 769/08 -) eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die angestellte - leitende - Fachkraft für Arbeitssicherheit fachlich und disziplinarisch unmittelbar dem Leiter des Betriebs zu unterstellen. Diese Vorgabe gilt auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Zwar findet das ASiG dort nicht unmittelbar Anwendung. § 16 ASiG begründet aber die Verpflichtung, einen den Grundsätzen des ASiG gleichwertigen Arbeitsschutz zu gewährleisten. Die herausgehobene Einordnung der Fachkraft für Arbeitssicherheit in der betrieblichen Hierarchie gehört zu den strukturprägenden Grundsätzen des ASiG. Hierdurch wird die Unabhängigkeit dieser Funktionsträger gesichert und ihr Einfluss gestärkt. Deshalb ist auch der öffentliche Arbeitgeber gehalten, die - leitende - Fachkraft für Arbeitssicherheit fachlich und disziplinarisch unmittelbar dem Leiter der Dienststelle oder Behörde, für die sie bestellt ist, zu unterstellen. Der Fachkraft steht insoweit ein einklagbarer Anspruch zu. Denn mit ihrer Bestellung richten sich ihre vertraglichen Rechte und Pflichten, soweit sie ihre Stellung und Tätigkeit im Betrieb betreffen, nach dem ASiG. Das kommunale Selbst-

verwaltungsrecht der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG steht dem nicht entgegen. Ein etwaiger Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie wäre jedenfalls durch den mit dem Arbeitsschutz nach dem ASiG angestrebten Schutz des Lebens und der Gesundheit der Beschäftigten gerechtfertigt.

II. Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis

1. Vergütung

a) Schwarzgeldabrede

Die Abrede, die Arbeitsvergütung ohne Berücksichtigung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen („schwarz“) auszuführen, stellt nach einem Urteil des Fünften Senats vom 17. März 2010 (- 5 AZR 301/09 -) für sich genommen noch keine Nettolohnabrede dar. Die Arbeitsvertragsparteien bezwecken mit einer Schwarzgeldabrede lediglich, Steuern und Sozialversicherungsbeiträge zu hinterziehen, nicht jedoch deren Übernahme durch den Arbeitgeber. Auch aus § 14 Abs. 2 SGB IV folgt keine Nettolohnvereinbarung. Danach gilt bei einem illegal beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen der Berechnung der nachzufordernden Gesamtsozialversicherungsbeiträge zwar ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart. Diese Fiktion betrifft aber nur das Sozialversicherungsrecht und erstreckt sich nicht auf das bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien.

b) Eingruppierung

Zum 1. November 2006 ist der Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte an Universitätskliniken (*TV-Ärzte/TdL*) in Kraft getreten. Dieser sieht in § 12 eine eigenständige Entgeltgruppe für Oberärzte vor. Nach den tariflichen Bestimmungen ist Oberarzt derjenige Arzt, dem die medizinische Verantwortung für Teil- oder Funktionsbereiche der Klinik bzw. Abteilung vom Arbeitgeber übertragen worden ist. In einem Urteil vom 9. Dezember 2009 (- 4 AZR 495/08 -) hatte der Vierte Senat erstmals Gelegenheit, diese tariflichen Tätigkeitsmerkmale auszulegen. Danach ist ein Teilbereich einer Klinik oder Abteilung regelmäßig eine organisatorisch abgrenzbare Einheit innerhalb der Klinik oder Abteilung, der eine bestimmte Aufgabe mit eigener Zielsetzung sowie eigener medizinischer Verantwortungsstruktur zugewiesen ist und die über eine eigene räumliche, personelle und sachlich-technische Ausstattung verfügt. Der Teilbereich muss

nicht notwendig einem speziellen ärztlichen Fachgebiet zugeordnet sein. Die bloße Aufgabenerfüllung mit wechselndem Personal genügt für die erforderliche organisatorische Abgrenzung allerdings nicht. Das Tätigkeitsmerkmal der medizinischen Verantwortung kann nur erfüllt werden, wenn dem Oberarzt ein Aufsichts- und eingeschränktes Weisungsrecht für das medizinische Personal in dem Teilbereich zugewiesen worden ist. Im Hinblick auf die allgemeine ärztliche Verantwortungsstruktur und die unterschiedlichen hierarchischen Ebenen ist dabei erforderlich, dass dem Oberarzt nicht nur Assistenzärzte, sondern in aller Regel auch mindestens ein Facharzt unterstellt ist. Zudem muss dem Oberarzt - ungeachtet der ohnehin bestehenden Letztverantwortung des Chefarztes - die Alleinverantwortung für den Teilbereich obliegen. Das Tarifmerkmal der „Übertragung vom Arbeitgeber“ ist erfüllt, wenn die vom Oberarzt nach dem Arbeitsvertrag auszuübende Tätigkeit in einer dem Arbeitgeber nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zuzurechnenden Art und Weise übertragen worden ist. Hierbei ist insbesondere das Institut der Anscheins- und Duldungsvollmacht von Bedeutung. Erfolgte die Zuweisung einer Tätigkeit vor Inkrafttreten des TV-Ärzte/TdL durch die Klinikleitung, durfte der Oberarzt im Regelfall davon ausgehen, dass diese hierzu befugt war. Die ausdrückliche Verleihung des Titels oder des Status eines Oberarztes ist für die tarifliche Bewertung der Tätigkeit dagegen ohne Bedeutung.

In einem Urteil vom 24. März 2010 (- 4 AZR 727/08 -) hatte der Vierte Senat über die Eingruppierung einer Qualitätsmanagerin in den Tarifvertrag für Ärztinnen und Ärzte im Krankenhausarbeitgeberverband Hamburg (*TV-Ärzte/KAH*) zu entscheiden. Nach § 1 Abs. 1 TV-Ärzte/KAH gilt dieser Tarifvertrag ua. für Ärzte. Gemäß der Protokollnotiz zu dieser Bestimmung sind Ärzte iSd. Tarifvertrags Beschäftigte, die nach dem Inhalt ihres Arbeitsvertrags ärztliche Tätigkeiten ausüben oder bei denen die ärztliche Qualifikation arbeitgeberseitig für die auszuübende Tätigkeit vorausgesetzt wird. Der Senat hat betont, dass der Begriff der „ärztlichen Tätigkeit“ an das einschlägige Medizinalrecht anknüpft, nach dem die Approbation als Arzt Voraussetzung für die Ausübung des ärztlichen Berufs ist. Allerdings reicht die Approbation allein für die Anwendbarkeit des Tarifvertrags noch nicht aus. Hinzu kommen muss eine dieser Qualifikation entsprechende - ärztliche - Tätigkeit. Diese übte die Klägerin im Streitfall nicht aus. Dass die Entgeltgruppe Ä 2 des § 12 TV-Ärzte/KAH den „Qualitätsmanager“ ausdrücklich aufführt, konnte die Anwendung des Tarifvertrags ebenfalls nicht begründen. Denn dieses Tätigkeitsbeispiel wird erst in der Zusammenschau mit dem Obersatz „Ärzte, die überwiegend ein spezifisches ärztliches Arbeitsfeld erfüllen“ mit Inhalt erfüllt. Eine für ein Krankenhaus tätige Qualitätsmanagerin fällt somit nur dann in den Geltungsbereich des TV-Ärzte/KAH, wenn ihre Arbeit überwiegend und unmittelbar auf die Verbesse-

nung der Qualität ärztlicher Berufstätigkeit gerichtet ist und deshalb notwendigerweise eine ärztliche Qualifikation iSd. Protokollnotiz zu § 1 Abs. 1 TV-Ärzte/KAH verlangt.

c) Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Dem Arbeitnehmer, der ohne sein Verschulden arbeitsunfähig krank ist, ist nach § 4 Abs. 1 EFZG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Die gesetzlich geregelte Entgeltfortzahlung umfasst auch die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile, sofern diese nicht unter § 4 Abs. 1a EFZG fallen. Von dem in § 4 Abs. 1 EFZG verankerten Entgeltausfallprinzip weicht § 21 Satz 2 TVöD für die nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteile ab. Diese werden als Durchschnitt auf Basis der letzten drei vollen Kalendermonate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit gezahlt. Wurde der Umfang der vereinbarten Arbeitszeit weniger als drei volle Kalendermonate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit geändert, verkürzt sich dieser Berechnungszeitraum nach der Protokollklärung Nr. 1 zu § 21 Satz 2 TVöD auf zwei volle Kalendermonate oder einen vollen Kalendermonat. Für den Fall, dass zwischen einer Arbeitszeitänderung und dem Beginn der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit weniger als ein voller Kalendermonat liegt, trifft der Tarifvertrag keine Regelung zur Berücksichtigung von nicht in Monatsbeträgen festgelegten Entgeltbestandteilen. Damit verbleibt es insoweit beim gesetzlich geregelten Entgeltausfallprinzip. Dies hat der Fünfte Senat mit Urteil vom 20. Januar 2010 (- 5 AZR 53/09 -) entschieden. Soll durch Tarifvertrag eine von § 4 Abs. 1 EFZG abweichende Bemessungsgrundlage für das fortzuzahlende Arbeitsentgelt festgelegt werden, bedarf dies einer klaren Regelung.

d) Annahmeverzug

Der Arbeitgeber kommt nach § 294 BGB nur dann in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung so anbietet, wie sie zu bewirken ist. Ist die vom Arbeitnehmer zu erbringende Tätigkeit im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschrieben, obliegt es nach § 106 Satz 1 GewO dem Arbeitgeber, den Inhalt der zu leistenden Arbeit näher zu bestimmen. Der Arbeitgeber kommt nach einem Urteil des Fünften Senats vom 19. Mai 2010 (- 5 AZR 162/09 -) deshalb nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer, der aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage ist, die bislang vom Arbeitgeber wirksam zugewiesene Tätigkeit auszuüben, eine im Rahmen der arbeitsvertraglichen Vereinbarung liegende andere - leidensgerechte - Arbeit anbietet. Allerdings kann der Arbeitgeber in diesem Fall aufgrund der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gehalten sein, sein vertragliches Direktionsrecht derart

neu auszuüben, dass dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung wieder möglich wird. Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft diese Pflicht, kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB wegen entgangener Vergütung in Betracht. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Neubestimmung der vom Arbeitnehmer zu bewirkenden Tätigkeit setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Umsetzung auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz verlangt und dem Arbeitgeber mitgeteilt hat, wie er sich seine weitere, die aufgetretenen Leistungshindernisse ausräumende Beschäftigung vorstellt. Der Arbeitgeber muss dem Verlangen in der Regel entsprechen, wenn ihm die Zuweisung der neuen Tätigkeit zumutbar und rechtlich möglich ist. Von der Zumutbarkeit ist auszugehen, wenn weder betriebliche Gründe - zu denen auch wirtschaftliche Erwägungen zählen können - noch Rücksichtnahmepflichten gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen. Ist kein leidensgerechter Arbeitsplatz frei, kann die Zuweisung einer anderen Tätigkeit auch durch den Austausch mit anderen Arbeitnehmern erfolgen. Dies erfordert, dass der Arbeitgeber dem auszutauschenden Arbeitnehmer im Wege des Direktionsrechts eine andere Tätigkeit zuweisen kann, die Umsetzung diesem gegenüber billigem Ermessen entspricht und der Arbeitnehmer dem Arbeitsplatzwechsel zugestimmt hat. Rechtlich ist die Zuweisung einer anderen Tätigkeit unmöglich, wenn der Betriebsrat den mit einem Austausch von Arbeitnehmern verbundenen Versetzungen die Zustimmung nach § 99 Abs. 1 BetrVG verweigert hat. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, ein Zustimmungsersetzungsverfahren gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG durchzuführen.

e) Tariflicher Feiertagszuschlag

Verwendet ein Tarifvertrag einen Rechtsbegriff der Gesetzessprache, ist dieser Begriff in seiner allgemeinen rechtlichen Bedeutung auszulegen, sofern sich nicht aus dem Tarifvertrag etwas anderes ergibt. Vor diesem Hintergrund hat der Fünfte Senat in einem Urteil vom 17. März 2010 (- 5 AZR 317/09 -) einen Tarifvertrag, der Zuschläge für Arbeit an gesetzlichen Feiertagen vorsieht, dahin ausgelegt, dass dieser Zuschlag für Arbeit an Ostersonntag nur dann zu zahlen ist, wenn dieser Tag landesrechtlich ein staatlich anerkannter Feiertag ist. Maßgebend hierfür ist das Recht des Landes, in dem der Erfüllungsort des Arbeitsverhältnisses liegt. Im Streitfall waren diese Anforderungen nicht erfüllt. Auch einen Anspruch auf Zahlung des Feiertagszuschlags auf Grundlage einer betrieblichen Übung hat der Senat verneint. Wenn - wie im Fall - die Belegschaft bei Annahme einer Leistung des Arbeitgebers davon ausgeht, der Arbeitgeber vollziehe damit die Regelungen eines Tarifvertrags, kann die Leistungsgewährung rechtsgeschäftlich nicht als stillschweigendes Angebot zur Begründung einer betrieblichen Übung mit dem Inhalt einer übertariflichen Leistung verstanden werden.

f) Stufenzuordnung nach dem TV-L

Nach den Regelungen des TV-L bestimmt sich die Höhe des monatlichen Entgelts der Beschäftigten ua. nach der Zuordnung zu einer Entgeltstufe. Gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 TV-L werden die Beschäftigten bei der Einstellung der Stufe 1 zugeordnet, soweit keine einschlägige Berufserfahrung vorliegt. Bei der Berücksichtigung von Zeiten mit einschlägiger Berufserfahrung unterscheidet § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 TV-L zwischen Arbeitnehmern, die ein neues Arbeitsverhältnis zu demselben Arbeitgeber nach einer idR längstens sechs Monate dauernden Unterbrechung begründen, und solchen, die von einem anderen Arbeitgeber zum Land wechseln. Diese Differenzierung ist nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 23. September 2010 (- 6 AZR 180/09 -) mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Ein Verstoß hiergegen liegt nur vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich behandelt oder wesentlich Ungleiches gleich behandelt wird. Dabei ist es grundsätzlich dem Normgeber überlassen, die Merkmale zu bestimmen, nach denen Sachverhalte als hinreichend gleich anzusehen sind, um sie gleich zu regeln. Hinsichtlich der von § 16 Abs. 2 Satz 2 und 3 TV-L erfassten Personengruppen liegen nach dem von den Tarifvertragsparteien verfolgten Konzept keine wesentlich gleichen Sachverhalte vor. Die Tarifvertragsparteien wollten mit Satz 2 dieser Bestimmung den Besitzstand der bereits zuvor im öffentlichen Dienst bei demselben Arbeitgeber Beschäftigten schützen. Beschäftigte, die von einem anderen - insbesondere privatrechtlichen - Arbeitgeber zum Land wechseln, weisen einen solchen, von den Parteien des Tarifvertrags als schutzwürdig angesehenen Besitzstand nicht auf. Zudem durften die Tarifvertragsparteien bei typisierender Betrachtung davon ausgehen, dass Gründe vorliegen, die eine unterschiedliche Berücksichtigung der erworbenen Berufserfahrungen rechtfertigen. Sie durften annehmen, dass in der weit überwiegenden Mehrzahl von Fällen die Beschäftigten nach einer Wiedereinstellung beim Land die dort früher erworbene Berufserfahrung schneller in vollem Umfang einsetzen können als Arbeitnehmer, die ihre Berufserfahrung in den oftmals gänzlich andersartigen Strukturen bei anderen Arbeitgebern erworben haben.

g) Wechselschichtzulage nach TVöD

Nach § 8 Abs. 5 Satz 1 TVöD erhalten Beschäftigte, die ständig Wechselschichtarbeit leisten, eine monatliche Zulage. Der Anspruch auf Zahlung dieser Zulage setzt nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 24. März 2010 (- 10 AZR 58/09 -) grundsätzlich voraus, dass der Beschäftigte die Arbeitsleistung in den Wechselschichten

tatsächlich erbringt. Allerdings steht es der tatsächlichen Erbringung der Arbeitsleistung gleich, wenn die Leistung einer bestimmten Schichtart oder der tariflich geforderten Nachtschichten nur deshalb nicht erfolgt, weil der Beschäftigte gemäß § 21 Satz 1 TVöD wegen Krankheit, Erholungsurlaub, Zusatzurlaub, Arbeitsbefreiung oder Freistellung am 24. und 31. Dezember unter Fortzahlung der Bezüge von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt ist. In diesen Fällen genügt es, wenn der Beschäftigte ohne die Freistellung von der Arbeitsleistung die erforderlichen Schichten geleistet hätte. Eindeutige Anhaltspunkte, dass die Tarifvertragsparteien hinsichtlich der Zulage für ständige Wechselschichtarbeit vom Entgeltausfallprinzip des § 4 Abs. 1 EFZG und der Regelung des § 1 BUrlG zulasten der Beschäftigten abweichen wollten, sind den Tarifnormen nicht zu entnehmen.

h) Besitzstandszulage für kinderbezogenen Ortszuschlag

Der kinderbezogene Ortszuschlag eines im Geltungsbereich des Tarifvertrags zur Anpassung des Tarifrechts - Manteltarifliche Vorschriften (*BAT-O*) teilzeitbeschäftigten Angestellten ist auch nach der Überleitung seines vollzeitbeschäftigten Ehegatten in den TVöD nicht nach § 34 Abs. 1 Satz 1 *BAT-O* zeitanteilig zu kürzen. Die Vorschrift findet gemäß § 29 Abschnitt B Abs. 6 Satz 3 *BAT-O* keine Anwendung. Denn dem vollzeitbeschäftigten Ehegatten stünde nach Überleitung in den TVöD eine Besitzstandszulage nach § 11 der Überleitungstarifverträge und damit eine dem kinderbezogenen Ortszuschlag entsprechende Leistung zu. Für die Anspruchsberechtigung des Ehegatten kommt es nicht auf den tatsächlichen Bezug des Kindergeldes an, sondern darauf, ob ihm die Besitzstandszulage zugestanden hätte, wenn er zum Kindergeldberechtigten bestimmt worden wäre. Mit Urteil vom 25. Februar 2010 (- 6 AZR 809/08 -) hat der Sechste Senat seine bisherige Rechtsprechung zur Besitzstandszulage bestätigt (vgl. *BAG 13. August 2009 - 6 AZR 319/08 -*). Nach der Überleitung des teilzeitbeschäftigten Angestellten vom *BAT-O* in den TV-L hatte dieser deshalb Anspruch auf eine entsprechende Besitzstandszulage nach § 11 Abs. 1 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der Länder in den TV-L und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-Länder*).

i) Strukturausgleich nach dem TVÜ-Bund

§ 12 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Bund sieht für die in den TVöD übergeleiteten Beschäftigten des Bundes die Zahlung eines sog. Strukturausgleichs vor, sofern die nach der Strukturausgleichstabelle (*Anlage 3 zum TVÜ-Bund*) erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Sechste Senat musste sich in einer Entscheidung vom 22. April 2010

(- 6 AZR 962/08 -) mit der Frage beschäftigen, ob das in dieser Tabelle enthaltene Merkmal „Aufstieg - ohne“ dahin zu verstehen ist, dass die für die Überleitung maßgebliche Vergütungsgruppe nicht im Wege eines vorherigen Aufstiegs erreicht worden ist, oder ob es lediglich erfordert, dass aus der zum Überleitungsstichtag maßgeblichen Vergütungsgruppe kein weiterer Aufstieg mehr möglich war. Da Wortlaut, tariflicher Gesamtzusammenhang, Sinn und Zweck der Regelung sowie die Praktikabilität beider Auslegungsmöglichkeiten nicht zu einer eindeutigen Auslegung führen, bedarf es eines Rückgriffs auf die Entstehungsgeschichte des Strukturausgleichs im TVÜ-Bund und des dabei zum Ausdruck gekommenen Willens der Tarifvertragsparteien. Der Senat hat den Rechtsstreit deshalb zur weiteren Aufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen. Sollte sich kein übereinstimmender Regelungswille der Tarifvertragsparteien feststellen lassen, wäre das umstrittene Merkmal so auszulegen, dass es ausreicht, dass am Stichtag 1. Oktober 2005 kein weiterer Aufstieg mehr möglich war. Der Gesichtspunkt der Normenklarheit gebietet es in diesem Fall, der Auslegung den Vorzug zu geben, die bei einem unbefangenen Durchlesen der Regelung als näherliegend erscheint und folglich von den Normadressaten typischerweise als maßgeblich empfunden wird.

j) Undifferenziertes Leistungsentgelt

§ 18 Abs. 2 TVöD (VKA) sieht die Einführung eines Leistungsentgelts zum 1. Januar 2007 vor. Ist bis zum 31. Juli 2007 hierüber keine betriebliche Regelung zustande gekommen, haben die Beschäftigten nach Satz 6 der Protokollerklärung zu § 18 Abs. 4 TVöD (VKA) mit dem Tabellenentgelt des Monats Dezember 2007 Anspruch auf ein undifferenziertes Leistungsentgelt für das Jahr 2007 in Höhe von 12 % des für den Monat September 2007 jeweils zustehenden Tabellenentgelts. Der Anspruch hängt nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 23. September 2010 (- 6 AZR 338/09 -) weder von der Zahlung des Entgelts noch dem Bestehen eines Entgeltersatzanspruchs für den Monat September 2007 ab. Aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt sich, dass es sich beim undifferenzierten Leistungsentgelt nicht um eine Einmalzahlung mit Stichtagsregelung handelt. Die Zahlung stellt ein Surrogat für das nach § 18 Abs. 2 TVöD einzuführende differenzierte Leistungsentgelt des gesamten Jahres 2007 dar. Die Mittel hierfür wurden im Jahr 2006 erwirtschaftet. Eine Stichtagsregelung stünde zu diesem Zweck in keinerlei Beziehung, so dass bei einem derartigen Verständnis der Norm der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt wäre. Durch die Bezugnahme auf das im September 2007 „zustehende Tabellenentgelt“ legt der Tarifvertrag demnach lediglich eine Bemessungsgrundlage fest.

k) ERA-Leistungszulage

Nach § 10 Nr. 1 des Entgeltrahmenabkommens in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens (*ERA*) erhalten Beschäftigte im Zeitentgelt neben dem sich aus dem Entgeltabkommen ergebenden tariflichen Monatsgrundentgelt eine Leistungszulage, die auf einer jährlichen Beurteilung beruht. Der Arbeitgeber kann gemäß § 10 Abs. 6 *ERA* die betriebliche Gesamtsumme aller Leistungszulagen auf 11 % korrigieren, wenn die jährlich durchzuführenden Leistungsbeurteilungen zur Überschreitung dieses Werts führen. Allerdings darf dies bei Beschäftigten, deren Punktzahl nach der Neubeurteilung gleichgeblieben oder gestiegen ist, nicht zu einer Minderung des Euro-Betrags ihrer Leistungszulage führen. Nach einer Entscheidung des Fünften Senats vom 10. November 2010 (- 5 *AZR 603/09* -) findet die tarifliche Sicherungsklausel bereits bei der ersten Beurteilung nach der Einführung des Entgeltrahmenabkommens Anwendung. Die Klausel setzt nicht voraus, dass die - frühere - Leistungsbeurteilung nach den Kriterien des *ERA* durchgeführt wurde. Eine solche Einschränkung kann dem Wortlaut von § 10 Abs. 6 *ERA* nicht entnommen werden. Auch die Verschiedenheit der Beurteilungskriterien vor und nach der *ERA*-Einführung steht dem nicht entgegen. Der Zweck der Sicherungsklausel besteht darin, die Arbeitnehmer bei gleichbleibender oder gesteigener Zahl an Leistungspunkten vor einer Entgeltabsenkung zu bewahren. Eine Unterscheidung, wie diese Punkte zustande gekommen sind, enthält der Tarifvertrag nicht.

l) Sondervergütung für Chormitglieder

Nach § 79 Abs. 1 Normalvertrag Bühne (*NV Bühne*) sind mit der Opernchormitgliedern gezahlten Vergütung ua. kurze solistische Sprech- und/oder Gesangsleistungen abgegolten. Für die Übernahme kleinerer Partien ist gemäß § 79 Abs. 2 Buchst. a *NV Bühne* dagegen eine angemessene Sondervergütung zu zahlen. Gleiches gilt nach § 79 Abs. 3 *NV Bühne* für die Mitwirkung in Konzerten, es sei denn, es handelt sich um konzertante Aufführungen eines musikalischen Bühnenwerks. Nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 16. Dezember 2010 (- 6 *AZR 487/09* -) liegt eine Sondervergütungspflichtige „kleinere Partie“ vor, wenn das Opernchormitglied aus dem Opernchorkollektiv solistisch austritt. Dies setzt voraus, dass es eine nach der konkreten Inszenierung und nach ihrem Umfang eigenständige Leistung erbringt. Vor diesem Hintergrund blieben die Klagen von insgesamt sieben Klägerinnen und Klägern, die an Aufführungen der Oper „*Idomeneo*“ von Mozart und/oder an einer Konzertaufführung der Lyrischen Suite „*Leben in unserer Zeit*“ von Edmund Nick mitgewirkt hatten, erfolglos. Die Kläger(innen) hatten - wie in § 53 *NV Bühne* vorgesehen - zunächst

die Bühnenschiedsgerichtsbarkeit angerufen. Die auf Aufhebung des Schiedsspruchs des Bühnenschiedsgerichts gerichteten Klagen hatten wie schon beim Arbeits- und beim Landesarbeitsgericht auch vor dem Bundesarbeitsgericht keinen Erfolg. Das Bühnenschiedsgericht hat die Gesangsleistungen der Kläger(innen) in der Oper „Idomeneo“ zu Recht als nicht sondervergütungspflichtige kurze solistische Leistungen angesehen. Der bloße Umstand, dass bei allen streitbefangenen Gesangsleistungen die Stimmgruppen partiturgerecht nur einzeln („solo“) besetzt gewesen sind, löst noch keine Sondervergütungspflicht aus. Mangels abweichender szenischer Aspekte hat das Bühnenschiedsgericht rechtsfehlerfrei auf die den musikalischen Willen des Komponisten verkörpernde Partitur abgestellt und die solistischen Leistungen als kurz bewertet. Dies galt ebenso für das Männerquartett Nr. 5 in der Lyrischen Suite. Da es sich zudem um Gesangsleistungen im Rahmen der konzertanten Aufführung eines musikalischen Bühnenwerks handelte, schied auch ein Anspruch auf der Grundlage von § 79 Abs. 3 NV Bühne aus.

2. Urlaub

§§ 5 und 6 der allgemeinverbindlichen Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern (*idF vom 19. Mai 2006*) sehen vor, dass sich das Urlaubsentgelt aufgrund von Arbeitsausfällen durch Saison-Kurzarbeit in der Zeit von Dezember bis März und vorübergehendem Arbeitsausfall infolge von Kurzarbeit verringert. Zudem pauschaliert die tarifliche Regelung das Urlaubsentgelt mit 11,4 % des Bruttolohns, den der Arbeitnehmer vor Urlaubsantritt im Urlaubsjahr zu beanspruchen hat. Damit weicht der Tarifvertrag für die Berechnung des Urlaubsentgelts von § 11 Abs. 1 Satz 3 BUrlG und von dem in § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG festgelegten dreizehnwöchigen Referenzzeitraum ab. Diese Abweichungen sind nach einem Urteil des Neunten Senats vom 17. November 2009 (- 9 AZR 844/08 -) durch die Öffnungsklausel in § 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG gedeckt. Ob auch die Pauschalierung des Entgelts hiervon getragen ist, konnte der Senat offenlassen. Denn diese Abweichung wird jedenfalls im Fall des Saison-Kurzarbeitergeldes von der besonderen Öffnungsklausel ua. für das Baugewerbe in § 13 Abs. 2 Satz 1 BUrlG erfasst. Eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV bedurfte es nicht. Der Senat hatte auch nicht darüber zu befinden, ob die Öffnungsklauseln im BUrlG und die tariflichen Regelungen die Zielvorgabe von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG (*Arbeitszeitrichtlinie*) richtig umsetzen. Danach müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen erhält. Die Auslegung von Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie war für den Rechtsstreit nicht entscheidungserheb-

lich. Selbst wenn man annähme, dass die Arbeitszeitrichtlinie während des Mindestjahresurlaubs einen Anspruch auf Fortzahlung des gewöhnlichen Arbeitsentgelts ohne Minderung (*zB durch Zeiten der Kurzarbeit*) gewährleisten will, dürften die gesetzlichen Öffnungsklauseln und die tariflichen Regelungen nicht unangewendet bleiben. Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gilt im Privatrechtsverkehr nicht unmittelbar. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften oder eine Rechtsfortbildung scheidet aus. Dies widerspräche Wortlaut, Systematik, Zweck und Gesetzesgeschichte der innerstaatlichen Regelungen.

Nach einer Entscheidung des Neunten Senats vom 23. März 2010 (- 9 AZR 128/09 -) dürfen die Tarifvertragsparteien Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüche, die den von Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie gewährleisteteten und von §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG begründeten Mindestjahresurlaubsanspruch von vier Wochen übersteigen, frei regeln. Ihre Regelungsmacht ist nicht durch die für gesetzliche Urlaubsansprüche erforderliche richtlinienkonforme Fortbildung des § 7 Abs. 3 und 4 BUrlG (*vgl. dazu BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 -*) beschränkt. Einem tariflich angeordneten Verfall des übergesetzlichen Urlaubsanspruchs und seiner Abgeltung steht nach dem klaren Richtlinienrecht und der gesicherten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kein Unionsrecht entgegen. Damit hat der Senat seine bisherige Rechtsprechung zu übergesetzlichen vertraglichen Urlaubs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen auch auf entsprechende tarifliche Ansprüche übertragen (*vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 -*). Gleichzeitig hat der Senat weiter an seiner Auslegungsregel festgehalten, nach der für einen Regelungswillen der (Tarif-)Vertragsparteien, der zwischen gesetzlichen und übergesetzlichen Urlaubsansprüchen unterscheidet, deutliche Anhaltspunkte bestehen müssen. Diese liegen idR vor, wenn sich die (Tarif-)Vertragsparteien in weiten Teilen durch eigenständige Regelungen vom gesetzlichen Urlaubsregime lösen. Im Streitfall hat der Senat diese Anforderungen bejaht. Zudem hat er entschieden, dass sich der schwerbehindertenrechtliche Zusatzurlaubsanspruch aus § 125 Abs. 1 Satz 1 SGB IX nach den Regeln des gesetzlichen Mindesturlaubs bestimmt. Infolgedessen ist der Zusatzurlaub nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses auch dann abzugelten, wenn er nicht gewährt werden konnte, weil der Arbeitnehmer über die Übertragungsfrist des § 7 Abs. 3 Satz 3 BUrlG hinaus arbeitsunfähig erkrankt war. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes steht dem nicht entgegen. Zwar war die langjährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die seit 1982 vom Verfall von Urlaubs(-abgeltungs)ansprüchen bei bis zum Ende des Übertragungszeitraums fortdauernder Arbeitsunfähigkeit ausging, geeignet, berechtigtes Vertrauen der Arbeitgeberseite auf den Fortbestand dieser Recht-

sprechung zu begründen. Dieses Vertrauen war aber seit Ablauf der Umsetzungsfrist für die erste Arbeitszeitrichtlinie 93/104/EG ab dem 23. November 1996 nicht mehr schutzwürdig.

Der Leiharbeitnehmer hat nach § 13 Abs. 3 Satz 1 und 2 des vom Bundesverband Zeitarbeit Personaldienstleistungen e. V. abgeschlossenen Manteltarifvertrags (*MTV BZA*) während des Urlaubs Anspruch auf das tarifliche Entgelt sowie auf die tariflichen Zuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nacharbeit. Diese Bestimmung enthält nach einem Urteil des Neunten Senats vom 21. September 2010 (- 9 AZR 510/09 -) für übertarifliche Entgeltbestandteile keine von § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG abweichende Regelung. Im Streitfall hatten die Arbeitsvertragsparteien neben dem tariflichen Entgelt eine Zulage für den Einsatz beim Entleiher sowie eine Schicht-Nacharbeitspauschale vereinbart. Beide Vergütungsbestandteile sind gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG der Bemessung des Urlaubsentgelts und der Urlaubsabgeltung zugrunde zu legen. Bereits der Wortlaut des § 13 Abs. 3 MTV BZA enthält keinen Hinweis, dass übertarifliche Vergütungsbestandteile während des Urlaubs nicht gezahlt werden sollen. Für den gesetzlichen Mindesturlaub wären die Tarifvertragsparteien auch gar nicht befugt, zur Minderung des Entgelts solche Entgeltbestandteile aus der Berechnung herauszunehmen, die ohne die urlaubsbedingte Freistellung angefallen wären (*Gebot der Sicherstellung des gewöhnlichen Entgelts*). Dass die Parteien des MTV BZA eine gegen § 13 Abs. 1 BUrlG verstoßende Regelung treffen wollten, kann nicht angenommen werden. Da es an Feststellungen fehlte, wie hoch die durchschnittlich verdiente Schicht-Nacharbeitspauschale in den jeweiligen Referenzzeiträumen vor Urlaubsbeginn war, hat der Senat den Rechtsstreit zurückverwiesen.

3. Freizeitausgleich

Nach § 12 Abs. 4 des Tarifvertrags für Ärztinnen und Ärzte an kommunalen Krankenhäusern im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (*TV-Ärzte/VKA*) in der bis zum 30. April 2010 geltenden Fassung (*seitdem § 12 Abs. 5 TV-Ärzte/VKA*) hat der Arbeitgeber ein Wahlrecht, ob er die für geleistete Bereitschaftsdienste errechnete Arbeitszeit vergütet oder durch Freizeit abgilt. Der Freizeitausgleich wird gewährt, indem der Arbeitgeber den Arzt von seiner an sich bestehenden Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen, freistellt und so dessen Sollarbeitszeit reduziert. Ist der Arzt nach Ableistung eines Bereitschaftsdienstes aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen an sich zur Arbeitsleistung verpflichtet, kann er aber tatsächlich wegen Einhal-

tung der Ruhezeit nach § 5 ArbZG nicht zur Arbeit herangezogen werden, kann auch in dieser Zeit Freizeitausgleich erfolgen. Nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 22. Juli 2010 (- 6 AZR 78/09 -) steht dem weder der Zweck des Freizeitausgleichs noch § 5 ArbZG entgegen. Die Gewährung von Ruhezeit verlangt nicht, dass der Arzt unentgeltlich von seiner Arbeitspflicht freigestellt wird. Entscheidend ist lediglich, dass der Arbeitnehmer innerhalb des gesetzlich festgelegten Zeitraums nicht in einem Umfang beansprucht wird, der eine Einstufung als Arbeitszeit begründet. Durch welche vertragliche Gestaltung der Arbeitgeber sicherstellt, dass der Arbeitnehmer während der Ruhezeit nicht zur Arbeitsleistung herangezogen wird, schreibt § 5 ArbZG nicht vor. Auch § 12 Abs. 4 des Tarifvertrags zielt nicht darauf ab, ein „Mehr an Freizeit“ zu gewährleisten. Der Arzt hat deshalb keinen Anspruch darauf, nach Ableistung eines Bereitschaftsdienstes zunächst unbezahlte Ruhezeit und anschließend bezahlten Freizeitausgleich zu bekommen.

4. Wettbewerbsverbot

Dem Arbeitnehmer ist während des rechtlichen Bestehens eines Arbeitsverhältnisses auch ohne entsprechende individual- oder kollektivvertragliche Regelung grundsätzlich jede Konkurrenztaetigkeit zum Nachteil seines Arbeitgebers untersagt (*vgl. nur BAG 20. September 2006 - 10 AZR 439/05 -*). In einer Entscheidung vom 24. März 2010 (- 10 AZR 66/09 -) hat der Zehnte Senat Bedenken geäußert, ob dies auch für einfache (Neben-)Tätigkeiten gilt, die allenfalls zu einer untergeordneten wirtschaftlichen Unterstützung des Konkurrenzunternehmens führen können und im Übrigen schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers nicht berühren. Bei der Bestimmung der Reichweite des im laufenden Arbeitsverhältnis bestehenden Wettbewerbsverbots muss immer auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Dies spricht dafür, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden muss, ob die anderweitige Tätigkeit zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers führt. Im Entscheidungsfall konnte der Senat diese Frage dahinstehen lassen. Durch die für die Klägerin maßgeblichen tariflichen Regelungen war das allgemeine Wettbewerbsverbot während des laufenden Arbeitsverhältnisses zugunsten der Arbeitnehmer eingeschränkt. Eine Nebentätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen konnte danach nur untersagt werden, wenn Gründe des „unmittelbaren Wettbewerbs“ gegen sie sprachen. Solche Gründe sind nur gegeben, wenn aus der Stellung des Arbeitnehmers oder der Art sei-

ner Tätigkeit eine unmittelbare Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers droht. Diese Voraussetzungen hat der Senat im Streitfall verneint.

Ein für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbartes Wettbewerbsverbot ist nach § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB für den Arbeitnehmer insoweit unverbindlich, als es nicht dem Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Arbeitgebers dient. Nach einem Urteil des Zehnten Senats vom 21. April 2010 (- 10 AZR 288/09 -) fehlt es dem Arbeitgeber an einem derartigen Interesse, wenn er dem früheren Arbeitnehmer auch eine Vertriebstätigkeit auf einer Handelsstufe untersagt, auf der sich der Arbeitgeber nicht betätigt. Für den Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung einer Karenzentschädigung reicht es in diesem Fall aus, dass der Arbeitnehmer das Verbot in seinem verbindlichen Teil beachtet. Anders als bei § 74 Abs. 2 HGB hängt die Karenzentschädigung nicht davon ab, dass der Arbeitnehmer ein Wahlrecht zugunsten der Einhaltung des gesamten Wettbewerbsverbots ausübt. Dies zeigt die ausdrückliche Differenzierung in § 74a Abs. 1 HGB zwischen dem verbindlichen und dem unverbindlichen Teil des Verbots. Zudem widerspräche es dem Schutzzweck dieser Norm und der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit, wenn der Anspruch auf Karenzentschädigung davon abhinge, dass der Arbeitnehmer das Verbot auch in seinem unverbindlichen Teil einhält.

Aufgrund der Vertragsfreiheit sind nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 14. Juli 2010 (- 10 AZR 291/09 -) auch bei Wettbewerbsverboten Vorverträge grundsätzlich zulässig. Verpflichtet sich der Arbeitnehmer im Vorvertrag, auf Verlangen des Arbeitgebers ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot abzuschließen, so ist dieser Vorvertrag entsprechend § 74a Abs. 1 Satz 1 HGB unverbindlich, wenn die dem Arbeitgeber eingeräumte Option nicht auf den Zeitpunkt bis zum Ausspruch einer Kündigung oder bis zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags beschränkt ist. Ohne feste zeitliche Begrenzung der Verpflichtung stellt sich die Sach- und Interessenlage für den Arbeitnehmer wie bei einem unzulässig bedingten Wettbewerbsverbot dar (*vgl. dazu BAG 22. Mai 1990 - 3 AZR 647/88 -*). Da dem Vorvertrag in diesem Fall die Wirkung eines unverbindlichen Wettbewerbsverbots zukommt, kann der Arbeitnehmer zwischen Wettbewerbsfreiheit ohne Karenzentschädigung und Wettbewerbsenthaltung zu den Bedingungen des Vorvertrags wählen. Ob bei einem unverbindlichen Vorvertrag eine Erklärung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber erforderlich ist, wie er sein Wahlrecht ausübt, bedurfte keiner Entscheidung. Der Rechtsstreit wurde an die Vorinstanz zurückverwiesen. Aus den bisherigen Feststellungen ergab sich nicht, ob das

auch für den Vorvertrag geltende Schriftformerfordernis, welches nach § 74 Abs. 1 HGB bei Wettbewerbsverboten zu beachten ist, eingehalten worden war.

5. Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafenabrede in einem Formulararbeitsvertrag benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes für den Fall vorsieht, dass der Arbeitnehmer sein während der Probezeit mit zweiwöchiger Kündigungsfrist kündbares Arbeitsverhältnis vorzeitig vertragswidrig beendet (*BAG 4. März 2004 - 8 AZR 196/03 -*). Dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis tatsächlich erst nach Ablauf der Probezeit unter der Geltung einer Kündigungsfrist von 12 Wochen zum Monatsende vorzeitig vertragswidrig beendet, ändert nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 23. September 2010 (*- 8 AZR 897/08 -*) an der Unwirksamkeit der Klausel nichts. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Wirksamkeit ist der Vertragsabschluss. Eine Teilung der Klausel in einen zulässigen Regelungsteil vor und einen unzulässigen nach Ablauf der Probezeit scheidet aus. Eine geltungserhaltende Reduktion für die Zeit, in der die Probezeitkündigungsfrist nicht mehr gilt, kommt ebenfalls nicht in Betracht. Eine Aufrechterhaltung der Klausel mit einem - eingeschränkt - zulässigen Inhalt wäre mit dem Schutzzweck der §§ 305 ff. BGB nicht vereinbar. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung ist nicht möglich, da das Risiko der Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen dann nicht mehr beim Verwender läge.

6. Schadensersatz und Haftung

Nach § 13 Abs. 2 GmbHG ist die Haftung für Verbindlichkeiten einer GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Eine Eigenhaftung der Geschäftsführer einer GmbH kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn es hierfür einen besonderen Haftungsgrund gibt (*vgl. BAG 21. November 2006 - 9 AZR 206/06 -*). Der Neunte Senat hat in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung mit Urteil vom 23. Februar 2010 (*- 9 AZR 44/09 -*) entschieden, dass § 8a Abs. 1 AltTZG (*idF bis zum 31. Dezember 2008*) keine Durchgriffshaftung von gesetzlichen Vertretern juristischer Personen begründet. Nach dieser Norm ist der Arbeitgeber unter den im Gesetz aufgeführten Voraussetzungen verpflichtet, bei Abschluss eines Altersteilzeitvertrags das Wertguthaben des Arbeitnehmers einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag mit der ersten Gutschrift in geeigneter Weise gegen

das Risiko seiner Zahlungsunfähigkeit abzusichern. § 8a Abs. 1 AltTZG aF ist nur im Verhältnis zum Arbeitgeber ein Schutzgesetz iSd. § 823 Abs. 2 BGB. Dessen gesetzliche Vertreter sind nicht Adressaten der Norm. Die Vorschrift soll lediglich die Stellung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber stärken. Auch die zum 1. Januar 2009 in Kraft getretene Fassung von § 7e Abs. 7 Satz 2 SGB IV zeigt, dass der Gesetzgeber erst seit dieser Zeit den Regelungswillen für eine Eigenhaftung im allgemeinen Insolvenzschutz für Wertguthaben hatte. Dementsprechend kann eine Haftung des Geschäftsführers aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 8a Abs. 1 AltTZG aF auch nicht aus einer Garantenstellung hergeleitet werden. Die Voraussetzungen des sog. Treubruchstatbestands (§ 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB) waren im Entscheidungsfall ebenfalls nicht gegeben. Selbst wenn § 8a Abs. 1 AltTZG eine für den Treubruchstatbestand erforderliche treuhänderische Geschäftsbesorgungspflicht begründen sollte, waren keine Tatsachen festgestellt, die auf einen zumindest bedingten Vorsatz der in Anspruch genommenen Geschäftsführer hätten schließen lassen.

Hat ein Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag einen Anspruch auf einen variablen Gehaltsbestandteil gemäß einer Zielvereinbarung, so resultiert daraus die Verpflichtung des Arbeitgebers, mit dem Arbeitnehmer Verhandlungen über den Abschluss einer Zielvereinbarung zu führen und ihm realistische Ziele für die jeweilige Zielperiode anzubieten. Kommt eine Zielvereinbarung nicht zustande, ist der Arbeitgeber nach Ablauf der Zielperiode gemäß § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 283 Satz 1, § 252 BGB verpflichtet, dem Arbeitnehmer wegen der entgangenen Vergütung Schadensersatz zu leisten, wenn er das Nichtzustandekommen der Zielvereinbarung zu vertreten hat (*BAG 10. Dezember 2008 - 10 AZR 889/07 -*). Die Verpflichtung des Arbeitgebers, mit dem Arbeitnehmer über die in der jeweiligen Periode zu erreichenden Ziele zu verhandeln, bleibt nach einer Entscheidung des Zehnten Senats vom 12. Mai 2010 (*- 10 AZR 390/09 -*) regelmäßig auch dann bestehen, wenn die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren, dass eine Zielvereinbarung bis zum Abschluss einer Folgevereinbarung fortgelten soll. Aus der vereinbarten Nachwirkung folgt zwar die vorübergehende Weitergeltung der abgelaufenen Zielvereinbarung. Die Verhandlungspflichten in Bezug auf eine sich anschließende Zielvereinbarung sind dadurch aber nicht ohne Weiteres erledigt. Da der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entscheiden konnte, ob die Beklagte im Streitfall ihre Verhandlungspflichten schuldhaft verletzt hatte, wurde der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Gibt der Arbeitnehmer ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis ab, so ist er nach einem Urteil des Achten Senats vom 22. Juli 2010 (- 8 AZR 144/09 -) danach mit den Einwänden ausgeschlossen, die er bei Abgabe des Anerkenntnisses kannte oder mit denen er zumindest rechnete. Dient das Schuldanerkenntnis dazu, die Verpflichtung des Arbeitnehmers zum Schadensersatz und dessen Höhe dem Streit zwischen den Parteien zu entziehen, so kann der Arbeitnehmer daher später nicht einwenden, der Arbeitgeber hätte einen Schaden in dieser Höhe nicht oder nur mit unzulässigen Mitteln beweisen können. Allerdings kann das Schuldanerkenntnis wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Hierfür ist nicht die Beweisbarkeit des zwischen den Parteien geregelten Schadens maßgeblich, sondern die Art und Weise, wie die Parteien bei Abgabe des Anerkenntnisses auf den festgehaltenen Schadensbetrag gekommen sind. Es verstößt grundsätzlich auch nicht gegen die guten Sitten, sich in eigener Verantwortung zu finanziellen Leistungen zu verpflichten, die nur unter besonders günstigen Bedingungen erbracht werden können. Dies gilt insbesondere, wenn es um Verpflichtungen des Arbeitnehmers aus eigenen unerlaubten Handlungen geht, die mittels eines Anerkenntnisses reguliert werden sollen. Hat der Arbeitnehmer zugegeben, Unterschlagungen in erheblicher Höhe begangen zu haben, und droht der Arbeitgeber daraufhin mit einer Strafanzeige, begründet dies keine sittenwidrige Zwangslage für den Arbeitnehmer. Auch eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung iSd. § 123 BGB scheidet aus. Das in Aussicht gestellte Verhalten ist ebenso wenig widerrechtlich wie der mit ihm verfolgte Zweck und die Verknüpfung von beiden.

7. Ausschlussfristen

Nach § 70 Satz 1 BAT verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden. Hierfür ist nach einer Entscheidung des Vierten Senats vom 7. Juli 2010 (- 4 AZR 549/08 -) nicht erforderlich, dass die Geltendmachung eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet ist. Das in § 126 Abs. 1 BGB vorgesehene Schriftformerfordernis findet keine Anwendung. Denn die Geltendmachung eines Anspruchs ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung. Auch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift scheidet im Hinblick auf Sinn und Zweck der Ausschlussfrist aus. Ausreichend ist vielmehr die Einhaltung der Textform nach § 126b BGB. Danach muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben, die Person

des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Eine Geltendmachung iSd. § 70 Satz 1 BAT kann somit auch durch eine E-Mail erfolgen, die den Aussteller zu erkennen gibt und durch eine Grußformel mit Namensangabe das Textende kenntlich macht.

Nach einem Urteil des Fünften Senats vom 28. Juli 2010 (- 5 AZR 521/09 -) stellt die vorbehaltlose Mitteilung eines Arbeitgebers an den Arbeitnehmer über den Stand des für ihn geführten Arbeitszeitkontos dessen Arbeitszeitguthaben ebenso streitlos wie eine Lohn- oder Gehaltsmitteilung die darin ausgewiesene Geldforderung. Einer weiteren Geltendmachung zur Wahrung einer Ausschlussfrist bedarf es deshalb nicht mehr. Dies gilt auch, wenn sich - zB wegen des Ablaufs eines Ausgleichszeitraums oder der Schließung eines Arbeitszeitkontos - der Freizeitausgleichsanspruch in einen Anspruch auf Zahlung wandelt. Der Zahlungsanspruch ist im Verhältnis zum Zeitguthaben kein neuer Anspruch im Sinne der Ausschlussfrist. Er ersetzt ihn lediglich, nachdem eine Freistellung ausscheidet.

III. Schutz vor Benachteiligung - Förderung der Chancengleichheit

1. Geschlecht

Der Achte Senat hatte in einer Entscheidung vom 18. März 2010 (- 8 AZR 77/09 -) zu beurteilen, ob einem männlichen Bewerber, der sich erfolglos auf die Stelle eines kommunalen Gleichstellungsbeauftragten beworben hatte, ein Entschädigungsanspruch wegen geschlechtsbezogener Diskriminierung zusteht. Nach § 5a der - einschlägigen - niedersächsischen Gemeindeordnung (*NdsGO*) muss dieses Amt mit einer Frau besetzt werden. Der Senat hat in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung (*BAG 28. Mai 2009 - 8 AZR 536/08 -*) klargestellt, dass es für die grundsätzliche Anspruchsberechtigung nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG nicht darauf ankommt, ob der Bewerber objektiv für die ausgeschriebene Position geeignet ist. Die objektive Eignung ist vielmehr für die Frage von Bedeutung, ob der Bewerber „in einer vergleichbaren Situation“ eine weniger günstige Behandlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG erfahren hat. Die Auswahl-situation ist nur für Bewerber vergleichbar, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen. Dabei ist nicht das formelle Anforder-

rungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, maßgeblich, sondern die Anforderungen, welche an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung gestellt werden. Dies gewährleistet, dass der Arbeitgeber die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten und damit den Schutz des AGG de facto beseitigen kann. Im Streitfall war der objektiv für die Stelle geeignete Kläger zwar wegen seines Geschlechts benachteiligt worden. Dies war jedoch nach § 8 Abs. 1 AGG sachlich gerechtfertigt. Nach dem von der Kommune beabsichtigten Stellenschnitt, der insbesondere die Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen beinhaltete, stellte das weibliche Geschlecht für die zu besetzende Position eine unverzichtbare berufliche Anforderung dar. Ob § 5a NdsGO mit Unionsrecht sowie Art. 3 und Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar ist, konnte deshalb dahinstehen.

Nach der gesetzlichen Beweislastregelung des § 22 AGG genügt es, wenn der Anspruchsteller Indizien vorträgt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen. Indizien für eine geschlechtsbezogene Benachteiligung können sich nach einem Urteil des Achten Senats vom 22. Juli 2010 (- 8 AZR 1012/08 -) grundsätzlich auch aus Statistiken ergeben. Die statistischen Daten müssen sich jedoch konkret auf den betreffenden Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf ein diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers aussagekräftig sein. Der Tatsache, dass in der derselben Branche in der vergleichbaren Hierarchieebene der Frauenanteil höher ist als bei dem betroffenen Arbeitgeber, kommt für sich genommen keine Indizwirkung für eine geschlechtsbezogene Diskriminierung von Frauen bei Beförderungsentscheidungen zu. Auch der Umstand, dass in den oberen Hierarchieebenen des Arbeitgebers der Anteil der Frauen deutlich geringer ist als im gesamten Unternehmen, reicht hierfür nicht aus. Im Streitfall bedurfte es darum für die Annahme einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung über die bloßen Statistiken hinaus weiterer Anhaltspunkte. Aus diesem Grund hat der Senat den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen.

2. Alter

Wird ein Arbeitnehmer objektiv anders als ein älterer oder jüngerer Arbeitnehmer behandelt, so liegt darin noch keine weniger günstige Behandlung iSd. § 3 Abs. 1 AGG. Die Differenzierung zwischen unterschiedlich alten Arbeitnehmern muss sich nach einer Entscheidung des Sechsten Senats vom 25. Februar 2010 (- 6 AZR 911/08 -) für eine bestimmte Altersgruppe negativ auswirken und diese zurücksetzen. Hierbei sind

die von der Richtlinie 2000/78/EG und dem AGG verfolgten Ziele zu beachten. Bei beiden steht - soweit Altersdiskriminierungen betroffen sind - der Schutz und die Integration älterer Arbeitnehmer im Vordergrund. Unter Berücksichtigung dieser Zielrichtung werden ältere Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber generell von einem Personalabbau ausnimmt, grundsätzlich auch dann nicht unmittelbar gegenüber jüngeren Arbeitnehmern benachteiligt, wenn der Personalabbau durch freiwillige Aufhebungsverträge unter Zahlung attraktiver Abfindungen erfolgt. Der Zweck des Diskriminierungsverbots wegen des Alters wird gerade durch den weiteren Verbleib der älteren Beschäftigten im Arbeitsverhältnis verwirklicht. Jedenfalls wäre eine etwaige Benachteiligung nach § 10 Satz 1 und 2 AGG gerechtfertigt. Die Vorschrift ist unionsrechtskonform. Der nationale Gesetzgeber durfte über diese Generalklausel Tarif- und Betriebsparteien sowie einzelnen Arbeitgebern Ermessens- und Gestaltungsbefugnisse bei der Festlegung von Zielen, die als rechtmäßig iSv. Art. 6 der Richtlinie angesehen werden können, einräumen. Die Herausnahme älterer Arbeitnehmer aus der Personalabbaumaßnahme ermöglicht deren weitere Teilnahme am Erwerbsleben und stellt damit ein legitimes beschäftigungspolitisches Ziel iSd. § 10 Satz 1 AGG dar. Der Kläger konnte sein Begehren auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags unter Zahlung einer Abfindung auch nicht erfolgreich auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen. Dieser findet wegen des Vorrangs der Vertragsfreiheit keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern individuelle Vereinbarungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung schließt. Im Streitfall hatte der Arbeitgeber sich vorbehalten, in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob er die Angebote der Arbeitnehmer auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags annimmt.

Nach § 27 BAT hängt die Höhe der zu zahlenden Grundvergütung von sog. Lebensalterstufen ab. Die Grundvergütung steigt alle zwei Jahre mit Erreichen einer höheren Lebensalterstufe an, bis die Endgrundvergütung erreicht ist. Ein solches Entgeltsystem könnte gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (*Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU*) in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG verstoßen, weil die lebensaltersabhängige Entgeltstaffelung unmittelbar an das Merkmal des Alters anknüpft. Allerdings ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union grundsätzlich anerkannt, dass Berufserfahrung honoriert werden darf, wenn sie den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten (*vgl. EuGH 3. Oktober 2006 - C-17/05 - [Cadman]*). Bei generalisierender Betrachtung könnte § 27 BAT eine solche Berufserfahrung honorieren. Die Ungleichheit des Entgelts aufgrund des Dienstaltekriteriums bedürfte dann möglicherweise keiner darüber hinausgehenden besonderen Rechtfertigung mehr. Zumindest den Ta-

rifvertragsparteien könnte aufgrund des ihnen durch Art. 28 der Grundrechtecharta gewährleisteten Rechts auf Kollektivverhandlungen sowie der damit untrennbar verbundenen Tarifautonomie eine solche generalisierende Betrachtung erlaubt sein. Sowohl die Auslegung von Unionsrecht als auch die Auflösung einer möglichen Kollision zwischen dem primärrechtlich gewährleisteten Verbot der Altersdiskriminierung und dem Recht auf Kollektivverhandlungen ist dem Gerichtshof der Europäischen Union vorbehalten. Im Hinblick hierauf hat der Sechste Senat durch Beschluss vom 20. Mai 2010 (- 6 AZR 148/09 (A) -) einen Rechtsstreit, in dem der Kläger unter Verweis auf seine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters Vergütung nach der für ihn höchsten Lebensaltersstufe des BAT begehrt, ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung ersucht.

Ein weiteres dem Sechsten Senat im Berichtszeitraum vorliegendes Verfahren betraf die Frage, ob sich die - möglicherweise - im BAT enthaltene Altersdiskriminierung in dem zum 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen TVöD fortsetzt. Zwar stellt das Entgeltssystem des TVöD auf Tätigkeit, Berufserfahrung und Leistung ab. Nach den tariflichen Bestimmungen des Bundes und der Kommunen erfolgte die Überleitung der Beschäftigten in das neue System aber aufgrund eines Vergleichsentgelts, in das ua. auch die lebensaltersabhängige Grundvergütung einfließt. Die Überleitung führte idR dazu, dass dem Beschäftigten Entgelt in bisheriger Höhe weitergezahlt und damit sein Besitzstand gewahrt wurde. Da die Stufenzuordnung im neuen Tarifrecht jedoch nicht allein von der zuvor erreichten Lebensaltersstufe abhing und typischerweise Beschäftigte mit mehr Berufserfahrung einer höheren Stufe zugeordnet wurden, könnte die Überleitung unter Berücksichtigung des den Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer Tarifautonomie zustehenden Gestaltungsspielraums möglicherweise bereits keine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen. Jedenfalls könnte eine Benachteiligung jüngerer Mitarbeiter durch das legitime Ziel gerechtfertigt sein, eine mögliche Altersdiskriminierung im BAT unter Wahrung erdienter Besitzstände sukzessive abzubauen. Bislang ungeklärt ist auch, ob Tarifvertragsparteien ein gesamtes altersdiskriminierendes Entgeltssystem unverzüglich und vollständig beseitigen müssen oder ob sie unter Berücksichtigung der tatsächlich konsensfähigen Regelungen schrittweise vorgehen dürfen. Sollten die Überleitungsregelungen gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoßen, würden sich zudem die Fragen stellen, ob die Diskriminierung von den Tarifvertragsparteien im Hinblick auf die ihnen zustehende Tarifautonomie auch rückwirkend beseitigt werden könnte und welcher zeitliche Spielraum den Tarifvertragsparteien hierfür einzuräumen wäre. Da der Senat diese Fragen nicht selbst beantworten darf, hat er auch diesen Rechtsstreit durch Beschluss vom 20. Mai 2010 (- 6 AZR 319/09 (A) -) ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung gebeten.

Wird in einer Stellenanzeige ein „junger“ Bewerber oder eine „junge“ Bewerberin gesucht, so begründet dies gemäß § 22 AGG grundsätzlich die Vermutung, dass ein abgelehnter Bewerber wegen seines Alters benachteiligt worden ist, wenn eine deutlich jüngere Person eingestellt wurde. Dies hat der Achte Senat durch Urteil vom 19. August 2010 (- 8 AZR 530/09 -) entschieden. Die Ausschreibung verstößt gegen § 7 Abs. 1 AGG, da sie ältere Menschen vom Kreis der für die zu besetzende Stelle in Betracht kommenden Personen ausschließt. Besteht in einem solchen Fall ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, darf diese nach § 15 Abs. 2 Satz 2 AGG drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. Da die Vorschrift eine Aus-

nahme vom Grundsatz der Angemessenheit und damit eine teilweise rechtsvernichtende Einwendung enthält, obliegt es dem Arbeitgeber, die für das Eingreifen dieser Höchstgrenze erforderlichen Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Gelingt ihm dies, muss der Tatsachenrichter zunächst die Höhe einer angemessenen und der Höhe nach nicht begrenzten Entschädigung ermitteln und diese dann, wenn sie drei Monatsentgelte übersteigen sollte, kappen. Verlangt der abgelehnte Bewerber hingegen nach § 15 Abs. 1 AGG Ersatz des durch die Benachteiligung entstandenen materiellen Schadens in Form des entgangenen Arbeitsentgelts, so trägt er nach den allgemeinen Beweislastregeln die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er als am besten geeigneter Bewerber bei benachteiligungsfreier Auswahl die begehrte Stelle erhalten hätte. Die für den Entschädigungsanspruch entwickelten Grundsätze gelten bei § 15 Abs. 1 AGG nicht. Auch § 22 AGG findet im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität keine Anwendung. Für die schriftliche Geltendmachung der Ansprüche gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG genügt die Textform nach § 126b BGB. Eine analoge Anwendung des Schriftformgebots von § 126 BGB ist nach Normzweck und Interessenlage nicht gerechtfertigt.

3. Behinderung

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot schwerbehinderter Beschäftigter nach § 81 Abs. 2 Satz 1 SGB IX kann gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 AGG iVm. § 81 Abs. 2 Satz 2 SGB IX einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Entschädigung in Geld begründen. Eine Entschädigung kann nach einer Entscheidung des Achten Senats vom 19. August 2010 (- 8 AZR 370/09 -) aber nur verlangen, wer als „Beschäftigter“ iSd. § 6 Abs. 1 AGG unter den persönlichen Anwendungsbereich des AGG fällt. Hierzu gehören auch Bewerber und Bewerberinnen für ein Beschäftigungsverhältnis (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG). Ob auch derjenige, der sich auf eine schon besetzte, versehentlich aber noch ausgeschriebene Stelle beworben hat, „Bewerber“ iSd. AGG ist, hat der Senat dahinstehen lassen. Selbst wenn man hiervon ausgeht, fehlt es in einem solchen Fall an der für die unmittelbare Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG notwendigen ungünstigeren Behandlung in einer vergleichbaren Situation. Die Situation einer Bewerbung auf eine ausgeschriebene, noch offene Stelle ist mit derjenigen einer Bewerbung auf eine noch ausgeschriebene, aber schon besetzte Stelle nicht vergleichbar. Dass der Arbeitgeber im - abgeschlossenen - Besetzungsverfahren gegen seine Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen hat, ist unerheblich. Eine abstrakte Diskriminierung ohne konkrete eigene Benachteiligung begründet kei-

nen Entschädigungsanspruch. Soweit der Gerichtshof der Europäischen Union in der Entscheidung vom 10. Juli 2008 (- C-54/07 - [*Feryn*]) den Diskriminierungsschutz von einer individualisierten Person, die konkret benachteiligt wurde, gelöst hat, ändert dies nichts. Die vom Gerichtshof der Europäischen Union erwogenen Situationen sehen zur Verhinderung abstrakter Benachteiligungen keinen Entschädigungsanspruch für konkrete Personen vor.

4. Ethnische Herkunft

In einer Entscheidung vom 28. Januar 2010 (- 2 AZR 764/08 -) musste der Zweite Senat sich mit der Wirksamkeit einer wegen mangelnder Kenntnis der deutschen Schriftsprache ausgesprochenen Kündigung beschäftigen. Nach Ansicht des Senats war die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch Gründe in der Person des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Das Lesen und Verstehen der deutschen Schriftsprache war eine wesentliche Anforderung für die Erfüllung der von ihm zu verrichtenden Arbeiten. Die vom Arbeitgeber insoweit gestellte Anforderung verstieß auch nicht gegen das AGG. Eine unmittelbare Benachteiligung iSd. § 3 Abs. 2 Satz 1 AGG lag nicht vor, da das Verlangen, nach schriftlichen, in deutscher Sprache abgefassten Arbeitsanweisungen zu arbeiten, nicht an eines der in § 1 AGG genannten Merkmale anknüpft. Die deutsche Schriftsprache kann unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Ethnie beherrscht werden. Auch eine mittelbare Diskriminierung aus ethnischen Gründen war nicht gegeben. Nach § 3 Abs. 2 AGG liegt keine mittelbare Benachteiligung vor, wenn die unterschiedliche Behandlung durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Diese Voraussetzungen waren im Streitfall erfüllt. Rechtmäßige Ziele iSd. § 3 Abs. 2 AGG können alle nicht ihrerseits diskriminierenden und auch sonst legalen Ziele sein. Dazu gehören auch privatautonom bestimmte Ziele des Arbeitgebers, wie zB betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Mit den schriftlichen Arbeitsanweisungen sollte die möglichst optimale Erledigung der im Betrieb anfallenden Arbeit gesichert werden. Dies stellt ein rechtmäßiges Ziel dar, zu dessen Erreichung ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache erforderlich waren.

5. Religion

Der Achte Senat hat in einem Urteil vom 19. August 2010 (- 8 AZR 466/09 -) seine Rechtsprechung noch einmal eingehend bekräftigt, wonach die objektive Eignung einer Bewerberin für die ausgeschriebene Stelle keine Voraussetzung für eine Aktivlegitimation im Hinblick auf Ansprüche nach § 15 AGG ist (vgl. BAG 18. März 2010 - 8 AZR 77/09 -). Die objektive Eignung ist vielmehr Voraussetzung dafür, dass sich die Bewerberin in der für die Feststellung einer ungünstigeren Behandlung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG notwendigen „vergleichbaren Lage“ befinden. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat der Senat die objektive Eignung der abgelehnten Bewerberin verneint. Die - muslimische - Bewerberin hatte sich bei einem Landesverband des Diakonischen Werks der Evangelischen Kirche auf eine Stelle als Sozialpädagogin beworben. Nach der Ausschreibung war für diese Position ein abgeschlossenes Studium der Sozialwissenschaft/Sozialpädagogik erforderlich. Über dieses verfügte die Klägerin nicht. Nach Auffassung des Senats war das in der Stellenausschreibung verlangte Studium nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung für die vorgesehene Tätigkeit geboten. Von diesem in der Ausschreibung zu Recht geforderten Qualifikationsmerkmal war die Beklagte auch bei der Einstellung nicht abgewichen. Auf die Frage, ob eine etwaige Ungleichbehandlung der Klägerin aufgrund der Religion gerechtfertigt gewesen wäre, kam es nicht an.

6. Auskunftsanspruch

Durch Beschluss vom 20. Mai 2010 (- 8 AZR 287/08 (A) -) hat der Achte Senat den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung gebeten, ob die Beweislastregelungen in Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54/EG, Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG es gebieten, einem - erfolglosen - Bewerber, der darlegt, dass er die Voraussetzungen für eine von einem Arbeitgeber ausgeschriebene Stelle erfüllt, einen Anspruch auf Auskunft gegen den Arbeitgeber einzuräumen, ob dieser einen anderen Bewerber eingestellt hat, und, wenn ja, aufgrund welcher Kriterien diese Einstellung erfolgt ist. Im Ausgangsfall hatte die Klägerin einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG wegen geschlechts-, alters- und ethnisch bedingter Benachteiligung bei einer Stellenbesetzung geltend gemacht. Aus dem Vortrag der Klägerin ergaben sich keine Indizien, die eine Benachteiligung wegen dieser Diskriminierungsmerkmale gemäß § 22 AGG vermuten ließen. Dem abgelehnten Stellenbewerber steht in einem solchen Fall weder aus

§ 242 BGB noch aus § 241 Abs. 2 BGB oder nach dem AGG ein Anspruch auf Auskunft gegen den Arbeitgeber zu. Möglicherweise muss ein solcher Anspruch, um den Beweislastregelungen der Richtlinien zu genügen, in unions-rechtskonformer Auslegung des AGG entwickelt werden. Die Nichterteilung der Auskunft könnte dann ggf. als ein Indiz für das Vorliegen einer Diskriminierung angesehen werden.

IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Kündigung

a) Kündigungsfrist

Der Arbeitnehmer muss bei einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung die Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist innerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt. Dies hat der Fünfte Senat in einem Urteil vom 1. September 2010 (- 5 AZR 700/09 -) entschieden. Hat der Arbeitnehmer die zu kurze Kündigungsfrist nicht rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht, gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis zum „falschen Termin“. Eine Umdeutung nach § 140 BGB scheidet dann aus. Im Entscheidungsfall hat der Senat eine Auslegung der Kündigung wegen des eindeutigen Wortlauts der Erklärung sowie des Fehlens anderweitiger Anhaltspunkte abgelehnt. Zudem hat er im Anschluss an die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci]) und des Bundesverfassungsgerichts (6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 -) bestätigt, dass § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts für nach dem 2. Dezember 2006 ausgesprochene Kündigungen nicht anzuwenden ist. Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer sind deshalb auch Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, zu berücksichtigen.

b) Anwendungsbereich des KSchG

Der Zweite Senat hatte sich in einem Urteil vom 28. Oktober 2010 (- 2 AZR 392/08 -) mit der Anwendung der sog. Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG zu befassen. Die Vorschrift trägt den besonderen Verhältnissen in kleineren Betrieben und Verwal-

tungen Rechnung, in dem die Arbeitnehmer dieser Einheiten keinen Kündigungsschutz genießen. Die darin liegende Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmern in Kleinbetrieben mit fünf bzw. zehn Arbeitnehmern und größeren Betrieben ist sachlich gerechtfertigt, weil Kleinbetriebe typischerweise durch enge persönliche Zusammenarbeit, geringere Finanzausstattung und einen Mangel an Verwaltungskapazität geprägt sind. Die vom Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 27. Januar 1998 (- 1 BvL 15/87 -) geforderte verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG idF vom 26. April 1985 auf solche Einheiten, für deren Schutz die Klausel bestimmt ist, gilt nach Auffassung des Senats auch für die seit dem 1. Januar 2004 gültige Fassung dieser Norm. Dies verlangt jedoch nicht, den Betriebsbezug des jeweiligen Schwellenwertes nach § 23 Abs. 1 KSchG immer schon dann zu durchbrechen, wenn sich das Unternehmen in mehrere kleine, organisatorische Einheiten gliedert, die als eigenständige Betriebe anzusehen sind, in denen aber - zusammen betrachtet - mehr als fünf bzw. zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dies liefe auf eine vom Gesetz nicht beabsichtigte Gleichstellung von Betrieb und Unternehmen hinaus. Umgekehrt setzt die Anwendung der Kleinbetriebsklausel aber auch nicht voraus, dass die als „Betrieb“ im kündigungsschutzrechtlichen Sinn zu verstehende Einheit sämtliche den Kleinbetrieb typischerweise charakterisierenden Merkmale erfüllt. Maßgebend ist vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel nach Maßgabe des allgemeinen Betriebsbegriffs unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck noch hinreichend gerecht wird. Danach war es in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall nicht geboten, die vom Arbeitgeber unterhaltenen zwei Betriebstätten auch dann als einheitlichen Betrieb iSd. § 23 Abs. 1 KSchG anzusehen, wenn sie - was streitig war - organisatorisch selbständige Betriebe bildeten. Da die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen fehlten, wurde der Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen.

c) Ordentliche Beendigungskündigung

Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt, ist der Arbeitgeber nach § 84 Abs. 2 SGB IX verpflichtet, ein betriebliches Eingliederungsmanagement (*BEM*) durchzuführen. Die Durchführung des BEM ist nach der Rechtsprechung des Zweiten Senats zwar keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung des erkrankten Arbeitnehmers. Die Norm konkretisiert aber den im Kündigungsschutzrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. War der Arbeitgeber verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung ein BEM durchzuführen, darf er sich im Kündigungsschutzprozess nicht darauf

beschränken, pauschal vorzutragen, es gebe keine leidensgerechten Arbeitsplätze für den erkrankten Arbeitnehmer. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (*außergerichtlich*) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträgliche Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz ausscheidet (*vgl. nur BAG 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 -*). Diese Rechtsprechung hat der Zweite Senat in einer Entscheidung vom 30. September 2010 (*- 2 AZR 88/09 -*) erneut bestätigt. Zudem hat der Senat klargestellt, dass der Arbeitgeber auch dann verpflichtet ist, ein BEM durchzuführen, wenn keine betriebliche Interessenvertretung iSd. § 93 SGB IX gebildet ist. Die in § 84 Abs. 2 SGB IX genannten Maßnahmen dienen der Vermeidung von Kündigungen erkrankter Menschen. Die Verwirklichung dieses Gesetzeszwecks setzt nicht die Existenz eines Betriebsrats voraus. Dieser ist nach § 84 Abs. 2 SGB IX nur einer von mehreren Verfahrensbeteiligten. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein BEM deswegen entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte bringen können, obliegt dem Arbeitgeber.

d) Außerordentliche Kündigung

Rechtswidrige und vorsätzliche Handlungen, die der Arbeitnehmer bei oder im Zusammenhang mit seiner Arbeit begeht und die sich unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers richten, können nach einem Urteil des Zweiten Senats vom 10. Juni 2010 (*- 2 AZR 541/09 -*) auch dann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, wenn die Pflichtverletzung Sachen von nur geringem Wert betrifft oder nur zu einem geringfügigen, möglicherweise gar keinem Schaden geführt hat. Damit hat der Senat ausdrücklich an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten (*vgl. BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 -*). Der Arbeitnehmer verletzt durch derartige Handlungen in schwerwiegender Weise seine schuldrechtliche Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen. Aus der Wertung des § 248a StGB folgt nichts anderes. Diese legt nur fest, ab welcher Grenze der Gesetzgeber staatliche Sanktionen zwingend für geboten hält. Ein solcher Ansatz lässt sich nicht auf das Privatrecht übertragen. Im KSchG gilt nicht das Sanktions-, sondern das Prognoseprinzip. Auch ein Wertungswiderspruch zum Disziplinarrecht der Beamten besteht nicht. Dieses verfügt - anders als das Arbeitsrecht - über eine Bandbreite disziplinarischer Reaktionsmöglichkeiten. Auf die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens kommt es bei § 626 BGB nicht an. Maßgebend sind vielmehr der Verstoß gegen die vertraglichen Pflichten und der damit verbundene Vertrauensbruch. Gleich-

wohl hat der Senat im Streitfall die fristlose Kündigung für unwirksam erachtet, da als Reaktion auf das Fehlverhalten der Arbeitnehmerin - das unberechtigte Einlösen von aufgefundenen Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro - im konkreten Einzelfall eine Abmahnung ausgereicht hätte. Nach dem im Kündigungsschutzrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt, wenn es mildere Mittel gibt, eine Vertragsstörung zukünftig zu beseitigen. Hierzu gehört auch der Ausspruch einer vorherigen Abmahnung. Diese ist nur dann entbehrlich, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft nicht zu erwarten steht oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist. Diese Grundsätze gelten auch bei Störungen im Vertrauensbereich. Auch dort gibt es keine „absoluten“ Kündigungsgründe. Im Arbeitsverhältnis bedarf es somit immer einer genauen Prüfung, ob die Vertrauensbeziehung der Vertragspartner durch eine erstmalige Enttäuschung des Vertrauens vollständig und unwiederbringlich zerstört werden konnte. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung des Arbeitgebers an, sondern auf einen objektiven Maßstab. Maßgebender Zeitpunkt hierfür ist der Zugang der Kündigungserklärung. Nachträglich eingetretene Umstände, zu denen auch das Prozessverhalten des gekündigten Arbeitnehmers gehört, sind nur von Bedeutung, soweit sie den Kündigungsgrund in einem neuen Licht erscheinen lassen. Dies ist genau zu prüfen.

e) Änderungskündigung

Für eine Änderungskündigung zum Zwecke der Versetzung ist die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung nach § 99 Abs. 1 BetrVG oder ihre gerichtliche Ersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Damit hat der Zweite Senat in einer Entscheidung vom 22. April 2010 (- 2 AZR 491/09 -) seine bisherige Rechtsprechung bestätigt (vgl. BAG 30. September 1993 - 2 AZR 283/93 -). An der Trennung zwischen dem betriebsverfassungsrechtlichen Schicksal der Versetzung und den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung ist auch für den Fall festzuhalten, dass die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Versetzung gerichtlich nicht ersetzt worden und die entsprechende Entscheidung rechtskräftig ist. Gegenstand eines Zustimmungsersetzungsverfahrens ist lediglich die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme aufgrund eines konkreten Zustimmungersuchens des Arbeitgebers angesichts der vom Betriebsrat vorgebrachten Verweigerungsgründe zulässig ist. Der Arbeitgeber ist daher nicht gehindert, den Betriebsrat ggfs. mehrmals hintereinander um Zustimmung zur Versetzung desselben Arbeitnehmers auf denselben Arbeitsplatz zu ersuchen. Ob die dem Arbeitnehmer angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt ist, hängt nicht davon ab, ob und wann der Arbeitgeber von der

gewünschten Änderung der Vertragsbedingungen tatsächlich - durch eine dann von diesen gedeckte Ausübung seines Weisungsrechts - Gebrauch machen kann. Durch die rechtskräftige Abweisung eines bestimmten Zustimmungsersetzungsantrags wird die Ausführung der mit der Änderungskündigung beabsichtigten Vertragsänderung grundsätzlich noch nicht dauerhaft unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 BGB.

f) Interessenausgleich mit Namensliste

Sind die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, bei einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, wird nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Das nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für den Interessenausgleich geltende Schriftformerfordernis erstreckt sich auch auf die Namensliste. Hierfür reicht es aus, dass die Namensliste in einer gesonderten Anlage zum Interessenausgleich enthalten ist, sofern beide eine einheitliche Urkunde bilden (*st. Rspr. vgl. nur BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 -*). Eine solche einheitliche Urkunde kann nach einem Urteil des Zweiten Senats vom 12. Mai 2010 (*- 2 AZR 551/08 -*) zwar auch dann vorliegen, wenn die Namensliste getrennt vom Interessenausgleich erstellt worden ist. Voraussetzung ist aber, dass der von den Betriebsparteien unterschriebene Interessenausgleich auf die zu erstellende Namensliste Bezug nimmt und die von den Betriebsparteien unterzeichnete Namensliste ihrerseits eindeutig auf den Interessenausgleich (rück-)verweist. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall lagen diese Anforderungen nicht vor. Ob die Schriftform schon deshalb verletzt war, weil die Namensliste bloß mit Paraphen unterzeichnet war, konnte dahinstehen. Jedenfalls enthielt die Namensliste keinen Verweis auf den Interessenausgleich. Der Senat hat den Rechtsstreit zurückverwiesen. Die Vorinstanz wird ua. zu klären haben, ob nicht - wie der Arbeitgeber behauptet hat - beide Unterlagen schon im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Interessenausgleichs fest miteinander verbunden waren. Auch dann wäre die Schriftform für die Namensliste gewahrt (*vgl. BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 -*).

g) Betriebsratsanhörung

Der Betriebsrat ist nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor jeder Kündigung anzuhören. Die Anhörung hat in erster Linie den Zweck, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers vorzubringen und auf dessen Kündigungsentschluss Einfluss zu nehmen. Im Hinblick hierauf widerspricht es dem Sinn des Anhörungsverfahrens, dieses zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem der Arbeitgeber seine Kündigungsabsicht noch gar nicht verwirklichen will oder kann, weil diese noch unter dem Vorbehalt der weiteren Entwicklung steht (*vgl. BAG 27. November 2003 - 2 AZR 654/02 - sog. „Vorratsanhörung“*). Hängt die Frage, ob der Arbeitgeber eine Änderungskündigung oder eine Beendigungskündigung aussprechen wird, allein davon ab, ob der Arbeitnehmer einem Betriebsübergang widerspricht oder nicht, so liegt nach einem Urteil des Zweiten Senats vom 22. April 2010 (- 2 AZR 991/08 -) keine unzulässige „Anhörung auf Vorrat“ vor, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteilt, er wolle im Fall des Widerspruchs eine Beendigungskündigung und andernfalls eine Änderungskündigung aussprechen. Eine derartige Anhörung widerspricht dem Schutzzweck des § 102 Abs. 1 BetrVG nicht. Die Willensbildung des Arbeitgebers ist abgeschlossen. Der Betriebsrat ist in der Lage, sich in sachgerechter Weise zum Kündigungssachverhalt zu äußern. Die Ausübung des Widerspruchsrechts durch den Arbeitnehmer führt in diesem Fall nicht zu einer wesentlichen Änderung der Umstände, die eine erneute Anhörung des Betriebsrats erforderlich machen würde.

h) Sonderkündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder

Der Arbeitgeber ist nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG verpflichtet, im Fall der Stilllegung einer Betriebsabteilung dem dort beschäftigten Betriebsratsmitglied eine möglichst gleichwertige Stellung in einer anderen Betriebsabteilung anzubieten. Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz zwar vorhanden, aber mit einem nicht durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer besetzt, muss der Arbeitgeber grundsätzlich versuchen, den Arbeitsplatz durch Umverteilung der Arbeit, Ausübung seines Direktionsrechts oder ggf. durch Kündigung für den Mandatsträger freizumachen (*vgl. BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 -*). Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz nicht vorhanden, ist der Arbeitgeber nach dem im KSchG geltenden ultima-ratio-Grundsatz verpflichtet, dem Mandatsträger vor Ausspruch einer Beendigungskündigung die Beschäftigung auf einem geringwertigen Arbeitsplatz anzubieten und hierzu ggf. eine Änderungskündigung auszusprechen (*BAG 2. März 2006 - 2 AZR 83/05 -*). Hingegen besteht nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG regelmäßig keine Verpflichtung, dem Mandatsträger die

Beschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz anzubieten, selbst wenn eine andere Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht und das Betriebsratsmitglied das Anforderungsprofil der Beförderungsstelle erfüllt. Dies hat der Zweite Senat in einem Urteil vom 23. Februar 2010 (- 2 AZR 656/08 -) entschieden. § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG kommt im Interesse der personellen Kontinuität des Betriebsrats lediglich eine bestandssichernde Funktion für das Arbeitsverhältnis zu. Ein Beförderungsanspruch lässt sich daraus nicht ableiten. Dies würde den vom Gesetzgeber angestrebten Ausgleich zwischen dem Interesse der Belegschaft an der Amtskontinuität einerseits und den berechtigten wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers sowie seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit andererseits beeinträchtigen. Zudem widerspräche dies § 78 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG, nach dem das Betriebsratsmitglied nicht wegen seiner Betriebsratstätigkeit begünstigt werden darf.

2. Befristung

Der Siebte Senat hat in zwei Verfahren, die Klagen von Arbeitnehmerinnen gegen die Befristung ihres Arbeitsverhältnisses betrafen, den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung ersucht. In dem Rechtsstreit - 7 AZR 485/09 - war die Klägerin aufgrund von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen seit über zehn Jahren als Justizangestellte in der Bewährungshilfe beschäftigt. Das beklagte Land hat sich zur Rechtfertigung der Befristung des zuletzt geschlossenen Arbeitsvertrags auf § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG berufen. Nach dieser Vorschrift liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses vor, wenn der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird. Die Möglichkeit, auf Grundlage dieser Bestimmung die Befristung von Arbeitsverhältnissen zu rechtfertigen, besteht nur im öffentlichen Dienst. Nach § 5 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden. Der Siebte Senat hat für klärungsbedürftig gehalten, ob es unter Berücksichtigung des allgemeinen Gleichheitssatzes mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung vereinbar ist, durch § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 TzBfG für den öffentlichen Dienst einen zusätzlichen Grund zur Befristung von Arbeitsverträgen vorzusehen, der in der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Da diese Frage weder vom Gerichtshof der Europäischen Union geklärt, noch ihre Beantwortung offenkundig ist, hat der Senat den Rechtsstreit durch

Beschluss vom 27. Oktober 2010 (- 7 AZR 485/09 (A) -) ausgesetzt und - ua. - diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union vorgelegt.

Dem Verfahren - 7 AZR 443/09 - lag ebenfalls die Klage einer seit mehr als 10 Jahren auf der Grundlage von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen beschäftigten Justizangestellten zugrunde, die sich gegen die Wirksamkeit ihrer letzten Vertragsbefristung wandte. Die befristete Beschäftigung diene jeweils der Vertretung von anderen in demselben Amtsgericht beschäftigten Justizangestellten, die sich in Elternzeit oder Sonderurlaub befanden. Auch in diesem Verfahren hat der Siebte Senat durch Beschluss vom 17. November 2010 (- 7 AZR 443/09 (A) -) den Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung gebeten. Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TzBfG liegt ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsvertrags vor, wenn der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird. Die Anzahl der vorhergehenden befristeten Verträge, die mit derselben Person oder zur Verrichtung der gleichen Arbeit geschlossen wurden, spielt nach der bisherigen Rechtsprechung des Siebten Senats für die Rechtfertigung der allein zur Überprüfung stehenden Befristung des letzten Vertrags keine Rolle (vgl. BAG 25. März 2009 - 7 AZR 34/08 -). Ebenso wenig kommt es für die Wirksamkeit der Befristung darauf an, ob im Betrieb, in der Dienststelle oder im Unternehmen ein ständiger Vertretungsbedarf besteht. Nach Ansicht des Senats ist bislang nicht abschließend geklärt, ob es mit Art. 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung vereinbar ist, mit einem Arbeitnehmer wiederholt aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge abzuschließen, obwohl bei dem Arbeitgeber ein ständiger Vertretungsbedarf vorhanden ist, der auch durch eine Personalreserve aus unbefristet eingestellten Arbeitnehmern gedeckt werden könnte. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union widerspricht es dem mit der Rahmenvereinbarung verfolgten Ziel, wenn eine nationale Regelung die Grundlage für Vertragsverlängerungen bildet, obwohl in Wirklichkeit der damit gedeckte Bedarf kein zeitweiliger, sondern ein „ständiger und dauernder“ ist (vgl. EuGH 23. April 2009 - C-378/07 - [Angelidaki]). Der Siebte Senat hat den Gerichtshof der Europäischen Union ferner um Klärung gebeten, ob und in welcher Weise bei Befristungen mit Sachgrund die Anzahl und Dauer der bereits in der Vergangenheit mit demselben Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsverträge im Rahmen der Missbrauchskontrolle durch die nationalen Gerichte zu berücksichtigen sind. Außerdem fragt der Senat, ob es für die Befristungskontrolle unionsrechtlich von Bedeutung ist, wenn der Vertretungsbedarf mit einem vom Gesetzgeber verfolgten legitimen sozialpolitischen Ziel zusammenhängt. Die in diesem Kontext bedeutsame Möglichkeit zum Abschluss befristeter Verträge auf Grundlage von § 21 BEEG hat zumindest auch das sozialpolitische Ziel, Arbeitgebern die Gewäh-

rung und Arbeitnehmern die Inanspruchnahme von Elternzeit und Sonderurlaub zur Kinderbetreuung zu erleichtern.

3. Auflösung durch Urteil

Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Gericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen und diesen zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zur verurteilen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Für die Auflösung ist dabei der Zeitpunkt festzusetzen, an dem das Arbeitsverhältnis geendet hätte, wenn die Kündigung des Arbeitgebers sozial gerechtfertigt gewesen wäre (§ 9 Abs. 2 KSchG). In einer Entscheidung vom 23. Februar 2010 (- 2 AZR 554/08 -) hat der Zweite Senat seine bisherige Rechtsprechung bekräftigt, nach der eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses auch dann noch möglich ist, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem vom Gericht nach § 9 Abs. 2 KSchG festzusetzenden Zeitpunkt, aber vor Erlass des Auflösungsurteils geendet hat (*BAG 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 -*). Die Begründetheit des Auflösungsantrags ist in diesem Fall nicht auf Grund der bei Erlass des Urteils vorliegenden Umstände zu beurteilen. Vielmehr ist die erforderliche Prognose anhand der bis zur Beendigung eingetretenen Umstände zu erstellen und auf den Zeitraum zwischen dem Termin, zu dem die Kündigung gewirkt hätte, und dem Beendigungszeitpunkt zu erstrecken. Vorfälle, die sich erst nach dem Beendigungstermin ereignet haben, können dagegen zur Begründung nicht - auch nicht unterstützend - herangezogen werden. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitgebers kommt zudem nur in Betracht, wenn die Kündigung nicht auch aus einem anderen Grund als dem der Sozialwidrigkeit unwirksam ist. Liegt ein anderer Unwirksamkeitsgrund iSv. § 13 Abs. 3 KSchG vor, so führt dies nicht zur prozessualen Unzulässigkeit des Auflösungsantrags. Es mangelt dem Antrag vielmehr - wie auch beim Fehlen von Auflösungsgründen - an einer materiellen Voraussetzung. Auf eine bestimmte Prüfungsreihenfolge sind die Gerichte für Arbeitssachen dabei nicht festgelegt. Weist das Landesarbeitsgericht den Auflösungsantrag des Arbeitgebers mit der Begründung ab, es lägen zwar keine anderen Unwirksamkeitsgründe iSv. § 13 Abs. 3 KSchG vor, es fehle aber an einem Auflösungsgrund, ist der Arbeitnehmer dadurch nicht beschwert. Ein hiergegen eingelegtes Rechtsmittel des Arbeitnehmers, das allein auf die Begründung der Antragsabweisung zielt, ist unzulässig.

V. Betriebsübergang

1. Voraussetzungen des Betriebsübergangs

Ein Betriebsübergang iSd. § 613a BGB setzt die Wahrung der Identität einer auf gewisse Dauer angelegten, hinreichend strukturierten und selbständigen wirtschaftlichen Einheit voraus. Die Wahrung der Identität kann sich aus dem Übergang sachlicher und immaterieller Betriebsmittel, aber auch aus dem Übergang von Personal, Führungskräften, der Übernahme von Arbeitsorganisation und Betriebsmethoden herleiten. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung aller Umstände an (*st. Rspr. vgl. nur BAG 2. Dezember 1999 - 8 AZR 796/98 -*). Nicht erforderlich für einen Betriebsübergang ist, dass der Übernehmer die konkrete Organisation der verschiedenen übertragenen Produktionsfaktoren beibehält. Es reicht aus, wenn die funktionelle Verknüpfung der Wechselbeziehung und gegenseitigen Ergänzung der Produktionsfaktoren aufrechterhalten bleibt. Dies hat der Achte Senat durch Urteil vom 17. Dezember 2010 (*- 8 AZR 1019/08 -*) im Hinblick auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 12. Februar 2009 (*- C-466/07 - [Klarenberg]*) noch einmal ausdrücklich bekräftigt. Im Streitfall hat der Senat einen Betriebsübergang verneint. Wird eine Betriebskantine von dem neuen Betreiber nur noch benutzt, um fertig zubereitete Speisen zu wärmen und auszugeben, so bleibt die bisherige Betriebsidentität nicht gewahrt, wenn die Speisen zuvor vor Ort frisch gekocht wurden. Der Entzug und die Verlagerung der Kochleistungen nach außen stellen eine Konzeptänderung dar, die der Annahme eines Betriebsübergangs entgegensteht.

2. Fortgeltung von Kollektivverträgen

Gilt im Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsveräußerer ein Vergütungstarifvertrag kraft beiderseitiger Tarifbindung, können die gemäß § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB in das Arbeitsverhältnis transformierten Tarifregelungen nach einem Urteil des Vierten Senats vom 21. April 2010 (*- 4 AZR 768/08 -*) nicht durch eine beim Betriebserwerber geltende ungünstigere Betriebsvereinbarung nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB abgelöst werden. Eine „Über-Kreuz-Ablösung“ von Tarifnormen durch eine Betriebsvereinbarung ist jedenfalls außerhalb des Bereichs zwingender Mitbestimmung ausgeschlossen. Damit hat sich der Vierte Senat der Rechtsprechung des Ersten und des Dritten Senats angeschlossen (*vgl. BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 -; 13. November 2007*

- 3 AZR 191/06 -). Zudem hat er in der Entscheidung an seiner bisherigen Rechtsprechung festgehalten, wonach auch bereits vereinbarte, aber erst später wirksam werdende Rechte und Pflichten, die in Normen eines Tarifvertrags geregelt sind, nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt des Arbeitsvertrags mit dem Betriebserwerber werden (*BAG 19. September 2007 - 4 AZR 711/06 -*). Eine in den statisch fortgeltenden Normen selbst angelegte Dynamik bleibt folglich aufrechterhalten.

VI. Betriebliche Altersversorgung

Werden Satzung und Richtlinien einer Unterstützungskasse ausdrücklich oder stillschweigend in Bezug genommen, müssen die Arbeitnehmer nach einem Urteil des Dritten Senats vom 16. Februar 2010 (- 3 AZR 181/08 -) schon aufgrund des nach § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG typischen Ausschlusses eines Rechtsanspruchs stets mit einer Abänderung der Versorgungsordnung rechnen. Der Ausschluss des Rechtsanspruchs ist nach der Rechtsprechung des Senats nämlich dahin zu verstehen, dass der Versorgungsanspruch unter dem Vorbehalt eines Widerrufs aus sachlichen Gründen steht (*vgl. BAG 10. September 2002 - 3 AZR 635/01 -*). Aus diesem Grund handelt es sich bei der dynamischen Bezugnahme auf die Versorgungsrichtlinien einer Unterstützungskasse nicht um eine überraschende Klausel iSd. § 305c Abs. 1 BGB. Eine derartige Bezugnahme ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Ein dynamischer Verweis auf Vorschriften eines anderen Regelwerks führt für sich genommen noch nicht zur Intransparenz. Zur Wahrung des Transparenzgebotes reicht es aus, wenn die im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung geltenden in Bezug genommenen Regelungen bestimmbar sind. Da sich der Regelungsgehalt der Bezugnahme auf die Verweisung beschränkt, unterliegt die Klausel keiner weitergehenden Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Allerdings sind der Möglichkeit des Arbeitgebers, mit Hilfe einer dynamischen Verweisung auf die Richtlinien einer Unterstützungskasse auf die Versorgungsansparnissen der begünstigten Arbeitnehmer einzuwirken, dieselben Grenzen gesetzt, die für die Ablösung durch Änderungsvereinbarungen der Betriebsparteien gelten (*vgl. dazu BAG 17. November 2001 - 3 AZR 76/92 -*). Eingriffe in die Besitzstände sind demnach nur im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes möglich. Je stärker der Besitzstand ist, den die Arbeitnehmer erworben haben, umso gewichtiger muss der Grund sein, der einen Eingriff rechtfertigt (*vgl. BAG 22. Dezember 2001 - 3 AZR 512/00 -*). Im Streitfall lag lediglich ein Eingriff in künftige dienstzeitabhängige Zuwächse vor. Die hierfür erforderlichen sachlich-proportionalen

Gründe für die verschlechternde Neuregelung hat der Senat mit eingehender Begründung bejaht.

In einer Entscheidung vom 18. Mai 2010 (- 3 AZR 80/08 -) musste sich der Dritte Senat mit der Zulässigkeit der Kürzung einer betrieblichen Altersversorgung aufgrund des Bezugs von Witwergeld nach Beamtenversorgungsrecht auseinandersetzen. Die dem Streitfall zugrunde liegende Gesamtbetriebsvereinbarung sieht eine Berücksichtigung des Witwergeldes bei der Errechnung des höchstzulässigen Gesamteinkommens vor. Dies verstößt nicht gegen § 5 Abs. 1 BetrAVG. Die Norm steht einer Anrechnung von Versorgungsleistungen, die nach Eintritt des Versorgungsfalls erstmals an den Versorgungsberechtigten geleistet werden, nicht entgegen. Sie verbietet nur die Minderung der bei Eintritt des Versorgungsfalls festgesetzten Leistungen der betrieblichen Altersversorgung im Hinblick auf die Anpassung anderer Versorgungsbezüge an die wirtschaftliche Entwicklung. Gleiches gilt für § 5 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG. Die Vorschrift untersagt lediglich die Anrechnung solcher Versorgungsleistungen auf eine Betriebsrente, die der Arbeitnehmer ausschließlich durch eigene Beiträge erworben hat. Dies ist bei Einkünften aus der Beamtenversorgung nicht der Fall. Auch § 2 Abs. 5 BetrAVG ist nicht einschlägig. Die Bestimmung soll nur verhindern, dass Versorgungsleistungen, die der Arbeitnehmer nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit einer unverfallbaren Versorgungsanwartschaft anderweitig erarbeitet, den unverfallbaren Anspruch auszehren. Die Anrechnung des Witwergelds auf die Betriebsrente verstößt auch nicht gegen den durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz von Ehe und Familie. Allerdings gebietet § 75 BetrVG iVm. dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Gestaltung von Anrechnungsregeln, den Versorgungszweck der betrieblichen Altersversorgung einerseits und ihren Entgeltcharakter andererseits zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Die Berücksichtigung anderweitiger Bezüge bei der Berechnung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung darf deshalb nicht zu deren unverhältnismäßiger wirtschaftlicher Entwertung führen. Wird eine anderweitige Hinterbliebenenversorgung auf eine betriebliche Altersrente angerechnet, muss bei Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung im Beamtenversorgungsgesetz die Hinterbliebenenversorgung zumindest zu 20 % erhalten bleiben. Die Versorgungsrichtlinien sind, soweit sie diese Grenze überschreiten, unwirksam.

Der bloße Statusunterschied zwischen Arbeitern und Angestellten kann nach einem Urteil des Dritten Senats vom 16. Februar 2010 (- 3 AZR 216/09 -) eine Ungleichbehandlung in einer Betriebsvereinbarung hinsichtlich der betrieblichen Altersversorgung nicht rechtfertigen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn durch den Statusunter-

schied gleichzeitig an einen Lebenssachverhalt angeknüpft wird, der geeignet ist, die in der betrieblichen Regelung vorgesehenen unterschiedlichen Rechtsfolgen zu tragen. Dies ist am Regelungszweck und am Differenzierungsgrund zu messen. Der unterschiedlich hohe Versorgungsgrad durch die gesetzliche Rente ist an sich ein billigerwertiger Differenzierungsgrund. Voraussetzung ist, dass die Gruppen - im Streitfall die Lohnempfänger einerseits und Gehaltsempfänger andererseits - hinreichend homogen sind und die Gruppenmitglieder einen typischerweise ähnlichen Versorgungsgrad aus der gesetzlichen Rente aufweisen. Zudem müssen die Rechtsfolgen in der Versorgungsordnung geeignet sein, den unterschiedlichen Versorgungsgrad auszugleichen. Im Entscheidungsfall hat der Senat dies verneint. Die dortige Versorgungsordnung sah unterschiedliche prozentuale Steigerungssätze für Arbeiter und Angestellte vor. Der hierin bestehende Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat jedenfalls im Betriebsrentenrecht zur Folge, dass die benachteiligten Arbeitnehmer Ansprüche auf „Angleichung nach oben“ haben. Diese können sie nicht nur gegen ihren - ehemaligen - Arbeitgeber, sondern auch gegen die Gruppenunterstützungskasse geltend machen. Allerdings sind ihre Ansprüche auf die erhöhten Steigerungssätze begrenzt, die sich seit dem 1. Juli 1993 ergeben. Der Stichtag entspricht der Frist, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zur Angleichung der Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte gesetzt hat (*BVerfG 30. Mai 1990 - 1 BvL 2/83 -*). Für Beschäftigungszeiten vor diesem Stichtag konnten die Betriebsparteien darauf vertrauen, dass sie auch im Betriebsrentenrecht zwischen Arbeitern und Angestellten allein aufgrund des Status unterscheiden durften.

Der Ausschluss von Erziehungsurlaubszeiten von der Anwartschaftssteigerung stellt weder eine nach Art. 157 AEUV noch eine nach Art. 3 Abs. 2 und 3 GG unzulässige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Dies hat der Dritte Senat in einem Urteil vom 20. April 2010 (- 3 AZR 370/08 -) entschieden. Versorgungsregelungen, die an die tatsächliche Arbeitsleistung anknüpfen und deshalb Zeiten des Erziehungsurlaubs nicht berücksichtigen, sind durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Während des Erziehungsurlaubs ruht das Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes. Dieses Ruhen rechtfertigt objektiv eine Anspruchsminderung nicht nur beim Arbeitsentgelt, sondern auch bei den Aufwendungen für die betriebliche Altersversorgung. Dass Zeiten des Grundwehr- oder Ersatzdienstes aufgrund § 14a Abs. 1 bis 3 ArbPISchG als umlagepflichtige Zeiten zu einer Steigerung des Besitzstandsbetrags führen, obgleich das Arbeitsverhältnis währenddessen ebenfalls ruht, begründet keine mittelbare Diskriminierung von Frauen. Der private Arbeitgeber kann auf die Zeit des Wehr- oder Zivildienstes entfallende Beiträge

nach den Regelungen des ArbPISchG bei den dort bezeichneten Stellen zur Erstattung anmelden. Dies erlaubt eine Differenzierung auch im Arbeitsverhältnis. Auch der von Art. 6 Abs. 1 und 2 GG gewährleistete Mindestschutz für Familien gebietet es nicht, Erziehungszeiten im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung anwartschaftssteigernd zu berücksichtigen. Ebenso wenig stehen sekundäres Unionsrecht oder § 15 Abs. 2 Satz 6 BEEG bzw. § 15 Abs. 2 Satz 6 BErzGG tarifvertraglichen oder satzungsrechtlichen Regelungen entgegen, nach denen solche Zeiten nicht zu einer Anspruchssteigerung führen.

Eine Versorgungszusage kann nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 20. April 2010 (- 3 AZR 509/08 -) den Anspruch auf Witwen- bzw. Witwerversorgung davon abhängig machen, dass die Ehe vor dem - ggf. vorzeitigen - Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geschlossen wurde. Dies steht nicht im Widerspruch zu der Unverfallbarkeitsbestimmung des § 1b Abs. 1 BetrAVG. Vielmehr wird der Kreis der möglichen Versorgungsberechtigten damit von vornherein in einer für den Mitarbeiter erkennbaren Weise auf Hinterbliebene eingeschränkt, die bereits während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in familiärer Beziehung zu ihm standen. Eine solche Regelung ist auch nicht gemäß § 7 Abs. 2 AGG unwirksam. Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts liegt nicht vor, da nicht ersichtlich ist, dass ein Geschlecht durch die Regelung stärker betroffen wäre. Auch eine mittelbare Altersdiskriminierung ist nicht gegeben. Das Erfordernis, dass die Ehe vor dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geschlossen sein muss, ist durch ein rechtmäßiges Ziel iSd. § 3 Abs. 2 AGG gerechtfertigt. Durch diese Einschränkung sollen die Leistungspflichten des Arbeitgebers auf Risiken begrenzt werden, die bereits während des Arbeitsverhältnisses angelegt waren. Hieran hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse, um die mit der Hinterbliebenenversorgung verbundenen zusätzlichen Risiken kalkulierbar zu halten. Auch Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ist nicht verletzt. Die Festsetzung von Altersgrenzen in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit ist europarechtlich zulässig. Auch Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Durch die einschränkende Voraussetzung entsteht den Ehepartnern kein Nachteil, den sie ohne die Heirat nicht gehabt hätten.

Besteht ein mit einer Versorgungszusage unterlegtes Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird, sind bis zur Insolvenzeröffnung erworbene Anwartschaften reine Insolvenzforderungen, die zur Tabelle angemeldet werden müssen. Für gesetzlich unverfallbare Anwartschaften aus einer Direktzusage tritt der Pensionssicherungsverein ein. Besteht das Arbeitsverhält-

nis nach Insolvenzeröffnung mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort, entstehen nach der Eröffnung weitere Anwartschaften zu Lasten der Masse. Kommt es während des Insolvenzverfahrens zu einem Betriebsübergang, so haftet der Betriebserwerber hinsichtlich der übergegangenen Arbeitnehmer nicht nur für die Anwartschaften, die in der Zeit nach dem Betriebsübergang entstehen, sondern auch für die Anwartschaften, die vom Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind. Geht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers nicht in Folge des Betriebsübergangs auf den Erwerber über, so hat nach einem Urteil des Dritten Senats vom 22. Dezember 2009 (- 3 AZR 814/07 -) der Insolvenzverwalter für die erst während des Insolvenzverfahrens erworbenen Anwartschaften des Arbeitnehmers einzustehen. Der Insolvenzverwalter kann diese unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 BetrAVG abfinden. Dass der Betrieb der Insolvenzschuldnerin nicht stillgelegt, sondern vom Erwerber fortgeführt wird, steht dem nicht entgegen. Das Abfindungsrecht nach § 3 Abs. 4 BetrAVG soll die Liquidation eines Unternehmens im Insolvenzverfahren erleichtern. Die Vorschrift dient nicht dem Kündigungs-, sondern ausschließlich dem Gläubigerschutz. Deshalb liegt eine vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit iSd. Norm vor, wenn das insolvente Unternehmen selbst keine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit mehr entfaltet. Eine Beschränkung des Abfindungsrechts auf Anwartschaften „geringen Umfangs“ enthält die Regelung nicht. Dies würde auch dem insolvenzpolitischen Zweck der Norm zuwiderlaufen. Die Ausübung des Abfindungsrechts kann auch nicht auf eine etwaige Unbilligkeit überprüft werden. § 315 BGB findet auf die Ersetzungsbefugnis des Insolvenzverwalters weder direkt noch analog Anwendung.

Ob die Rechte aus einem Versicherungsverhältnis zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung bei Insolvenz des Arbeitgebers der Masse oder dem Arbeitnehmer zustehen, richtet sich nach der Rechtsprechung des Dritten Senats danach, ob nach den Bedingungen des Versicherungsvertrags noch die Möglichkeit besteht, das Bezugsrecht des Arbeitnehmers zu widerrufen. Räumt der Arbeitgeber - entsprechend dem gesetzlichen Normalfall des § 159 VVG - dem versicherten Arbeitnehmer lediglich ein widerrufliches Bezugsrecht ein, stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag der Masse zu. Ist das Bezugsrecht hingegen unwiderruflich, gehören die Rechte aus dem Versicherungsvertrag von vornherein nicht mehr zum Vermögen des Arbeitgebers und damit auch nicht zur Insolvenzmasse. Sie stehen vielmehr dem Arbeitnehmer zu, der ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO hat. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Versicherungsvertrag ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt, dieses jedoch unter bestimmten Voraussetzungen mit einem Widerrufsvorbehalt versehen

- sog. „eingeschränkt unwiderrufliches Bezugsrecht“ - kommt es darauf an, ob die Voraussetzungen für den Widerrufsvorbehalt vorliegen. Nur dann stehen die Rechte aus dem Versicherungsvertrag der Masse zu (*vgl. nur BAG 26. Juni 1990 - 3 AZR 651/88 -; 31. Juli 2007 - 3 AZR 446/05 -*). In einer Entscheidung vom 15. Juni 2010 (*- 3 AZR 334/06 -*) hat der Dritte Senat diese Rechtsprechung weiter entwickelt. Bei der Auslegung des Versicherungsvertrags, durch die ermittelt werden soll, ob die Voraussetzungen des Widerrufsvorbehalts erfüllt sind, ist danach entscheidend auf die betriebsrentenrechtlichen Wertungen abzustellen. Der Versicherungsvertrag dient dazu, dem Arbeitnehmer auf der Grundlage des BetrAVG Ansprüche zu verschaffen. Deshalb wollen die Vertragsparteien idR an das anknüpfen, was nach dem Betriebsrentenrecht maßgeblich ist. Darf das Widerrufsrecht nach den Versicherungsbedingungen nur ausgeübt werden, wenn der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, ohne dass die Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung gesetzlich unverfallbar sind, liegt ein „Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis“ daher nicht vor, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs auf einen anderen Arbeitgeber übergeht. Auch betriebsrentenrechtlich besteht das Arbeitsverhältnis in diesem Fall fort, da der Erwerber nach § 613a BGB in die Verpflichtungen aus der Versorgungszusage eintritt.

Der Pensionssicherungsverein als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung muss im Sicherungsfall nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG nur für Leistungen der betrieblichen Altersversorgung eintreten. Dies sind Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aus Anlass seines Arbeitsverhältnisses zusagt. Mit einem Urteil vom 16. März 2010 (*- 3 AZR 594/09 -*) hat der Dritte Senat seine bisherige Rechtsprechung zum Begriff der betrieblichen Altersversorgung fortgeführt (*vgl. BAG 28. Oktober 2008 - 3 AZR 317/07 -*). Danach muss die Zusage des Arbeitgebers einem Versorgungszweck dienen und die Leistungspflicht muss nach dem Inhalt der Zusage durch ein in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG genanntes biologisches Ereignis ausgelöst werden. Ausreichend ist, wenn durch die vorgesehene Leistung ein im BetrAVG angesprochenes biometrisches Risiko teilweise übernommen wird. Die Risikoübernahme muss der Versorgung dienen, wobei der Begriff weit auszulegen ist; erfasst sind nicht nur Geld-, sondern auch Sach- und Nutzungsleistungen. Maßgebend für die Beurteilung, ob eine betriebliche Altersversorgung iSd. BetrAVG vorliegt, ist nicht, aus welchem Grund die Zusage erteilt wurde, sondern welches Ereignis die Versorgung auslöst. Ob in den maßgeblichen Regelungen neben den vom BetrAVG erfassten Risiken noch weitere abgedeckt werden, ist unerheblich. Demzufolge handelt es sich beim sog. Hausbrand

und der an dessen Stelle tretenden Energiebeihilfe, die nach dem Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer des rheinisch-westfälischen Steinkohlebergbaus gewährt werden, um eine betriebliche Altersversorgung, wenn die jeweilige Leistungspflicht auf einem tariflichen Tatbestand beruht, der seinerseits an biometrische Risiken iSd. BetrAVG anknüpft. Soweit die Hausbrandleistung erbracht wird, weil die ausgeschiedenen Arbeitnehmer Inhaber eines Bergmannsversorgungsscheins sind, ist dies nicht der Fall. Anders ist es jedoch, wenn die Leistung gewährt wird, weil der Arbeitnehmer eine Rente für Bergleute nach § 45 Abs. 3 SGB IV erhält. Die gesetzliche Regelung knüpft nämlich an das Invaliditätsrisiko an. Dass es sich bei der Hausbrandleistung um einen tariflich geregelten Anspruch handelt, ist unschädlich. Auch diese sind nach dem Zweck des BetrAVG von dessen § 7 Abs. 1 Satz 1 erfasst. Eine Werksrente, die nur deshalb gezahlt wird, weil der Arbeitnehmer Anpassungsleistungen wegen Umstrukturierungen im Bergbau erhält, ist hingegen keine betriebliche Altersversorgung. Die Rente knüpft an das Risiko der Arbeitslosigkeit und damit nicht an ein biometrisches Risiko nach dem BetrAVG an.

Nach den Regelungen im Einigungsvertrag gilt das BetrAVG auch in den neuen Bundesländern, wenn die Versorgungszusage nach dem 31. Dezember 1991 erteilt wurde. Ausreichend ist, dass der Versorgungsberechtigte nach dem Stichtag zumindest eine bestätigende Neuzusage erhalten hat. Dies hat der Dritte Senat in einem Urteil vom 19. Januar 2010 (- 3 AZR 660/09 -) unter Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden (vgl. BAG 19. Dezember 2000 - 3 AZR 451/99 -). Ist das BetrAVG anwendbar, gelten auch die Regeln zum Insolvenzschutz. Danach hat der Pensionssicherungsverein (PSV) gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BetrAVG für gesetzlich unverfallbare Versorgungsanswartschaften, die auf einer Direktversicherung beruhen, unter den im Gesetz geregelten Voraussetzungen einzustehen. Ist ein Gesellschafter gleichzeitig als Arbeitnehmer für die Gesellschaft tätig, besteht der Insolvenzschutz nur, wenn die Versorgungszusage „aus Anlass“ des Arbeitsverhältnisses erteilt wurde. Hierfür ist eine Kausalitätsprüfung erforderlich, die alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt. Bei der Berechnung der Betriebszugehörigkeit, die für die Unverfallbarkeit der Answartschaften erforderlich ist, sind nicht nur Zeiten eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch einer „Tätigkeit für ein Unternehmen“ iSd. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG zu berücksichtigen. Entscheidend ist, dass die jeweilige Tätigkeit für ein- und dasselbe Unternehmen erbracht wurde. Auch Zeiten einer Tätigkeit aufgrund eines Mitgliedschaftsverhältnisses für eine Produktionsgenossenschaft des Handwerks nach dem Recht der DDR zählen deshalb bei der Betriebszugehörigkeit mit. Ein Versicherungsmissbrauch, der nach § 7 Abs. 5 BetrAVG die Eintrittspflicht durch den PSV ausschließt, liegt nur vor,

wenn der Versorgungsberechtigte an der missbräuchlichen Maßnahme beteiligt gewesen ist und den missbilligten Zweck der Maßnahme zumindest erkennen konnte. Die bloße Beleihung der Versicherung mit Zustimmung des Arbeitnehmers ist hierfür noch kein Indiz. Eine Einstandspflicht des PSV besteht hingegen nicht, wenn ein Arbeitnehmer mit einer gesetzlich unverfallbaren Versorgungsanwartschaft vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus dem Unternehmen ausgeschieden ist und seine Ansprüche gegenüber der Versicherung durch sein Ausscheiden und die Insolvenz seines früheren Arbeitgebers nicht beeinträchtigt wurden. Ob über die in § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 iVm. § 1b Abs. 2 Satz 3 BetrAVG geregelten Tatbestände hinaus auch bei einer Beschädigung von Rechten aus einer Direktversicherung eine Einstandspflicht des PSV in Betracht kommen kann, hat der Senat offen gelassen.

VII. Berufsbildung

Die Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf muss nach einer Entscheidung des Dritten Senats vom 27. Juli 2010 (- 3 AZR 317/08 -) grundsätzlich in einem Berufsausbildungsverhältnis iSd. §§ 10 ff. BBiG durchgeführt werden. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 2 BBiG. Daneben kann - wie § 45 Abs. 2 BBiG zeigt - der Erwerb der für die Ausbildung notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten auch in einem Arbeitsverhältnis erfolgen. Schließen die Vertragsparteien hingegen ein anderes Vertragsverhältnis nach § 26 BBiG - wie etwa im Streitfall einen „Anlernvertrag“ - ist dieses nach § 134 BGB iVm. § 4 Abs. 2 BBiG insgesamt nichtig. Die Nichtigkeit des Vertrags führt dazu, dass das „Anlernverhältnis“ zumindest für den Zeitraum seiner Durchführung entsprechend den Regeln über das fehlerhafte (*faktische*) Arbeitsverhältnis zu behandeln ist. Dem Arbeitnehmer steht für die Zeit, in der das Arbeitsverhältnis in Vollzug gesetzt wurde, mangels wirksamer Vergütungsabrede ein Anspruch auf die übliche Vergütung iSd. § 612 Abs. 2 BGB zu. Im Bereich des Maler- und Lackiererhandwerks ist dies die Vergütung, die sich aus dem Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohnes für gewerbliche Arbeitnehmer im Maler- und Lackiererhandwerk (*TV Mindestlohn*) ergibt. Der TV Mindestlohn wurde durch die Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Maler- und Lackiererhandwerk vom 31. August 2005 auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse erstreckt und damit im Rahmen seines fachlichen Anwendungsbereiches faktisch angewandt. Ob auch die tariflichen Ausschlussfristen stets Teil des an einem Tarifvertrag orientierten üblichen Entgelts iSd. § 612 Abs. 2 BGB sind, konnte dahinstehen. Denn jedenfalls für die im TV Min-

destlohn geregelten Ausschlussfristen trifft dies nach Ansicht des Senats wegen des Gefüges der tariflichen Normen zu.

VIII. Konkurrentenklage

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien (*BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 -*). Nur der am besten geeignete Bewerber hat für die ausgeschriebene Stelle einen Besetzungsanspruch (*BAG 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 -*). Bricht der öffentliche Arbeitgeber das Stellenbesetzungsverfahren aus einem sachlich nachvollziehbaren Grund ab, gehen diese Rechte unter (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 -*). In Fortführung dieser Rechtsprechung hat der Neunte Senat in einem Urteil vom 17. August 2010 (*- 9 AZR 347/09 -*) entschieden, dass die gerichtliche Beanstandung einer Auswahlentscheidung grundsätzlich ein sachlicher Grund für den Abbruch eines Auswahlverfahrens darstellt, sofern die Ausführungen des Gerichts dem Dienstherrn berechtigten Anlass geben, seine Entscheidungsfindung zu überdenken. Diese Anforderungen hat der Senat im Streitfall bejaht. Das Landesarbeitsgericht hatte im einstweiligen Verfügungsverfahren gerügt, der Arbeitgeber habe gegen seine aus Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitete Pflicht, die Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen, verstoßen. Die Einhaltung des Dokumentationsgebots ist zwingende Voraussetzung zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes bei einer Konkurrentenklage. Ein Verstoß hiergegen begründet einen nicht heilbaren Verfahrensmangel, der den Arbeitgeber zum Abbruch des Auswahlverfahrens berechtigt.

2. Abschnitt Kollektives Arbeitsrecht

I. Koalitionsrecht

Der Erste Senat hatte sich im Urteil vom 22. Juni 2010 (*- 1 AZR 179/09 -*) mit dem Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zum Zwecke der Mitgliederwer-

zung zu befassen. Der Senat hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach ein solches Zutrittsrecht nicht ausdrücklich geregelt ist (vgl. BAG 28. Februar 2006 - 1 AZR 460/06 -). § 13 des allgemeinverbindlichen Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe gewährt der Gewerkschaft nur ein arbeitsschutzrechtlich bezogenes Zutrittsrecht. Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 135 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 23. Juni 1971 betrifft lediglich betriebsangehörige Arbeitnehmervertreter. Auch Art. 51 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung des Landes Brandenburg begründet nicht selbst einen Anspruch. Grundlage für das betriebliche Zutrittsrecht der Gewerkschaften zu Werbezwecken ist vielmehr die richterrechtliche Ausgestaltung der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsbetätigungsfreiheit (vgl. dazu BAG 28. Februar 2006 - 1 AZR 460/06 -). Danach richtet es sich nach den Umständen des Einzelfalls, ob der von der Gewerkschaft jeweils konkret begehrte Zutritt zu gewähren ist. Dabei ist zwischen der betroffenen Grundrechtsposition der Gewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG und den durch Art. 12 Abs. 1, Art. 13 und 14 Abs. 1 GG geschützten gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers eine praktische Konkordanz herzustellen. Dies erfordert die Berücksichtigung typischer und vorhersehbarer betrieblicher Belange des Arbeitgebers bereits im Erkenntnisverfahren. Hierzu gehört insbesondere der von der Häufigkeit und der Dauer des Zutrittsbegehrens abhängige organisatorische Aufwand, der im Einzelfall betrieben werden muss, um Störungen des Betriebsfriedens und des Betriebsablaufs zu verhindern. Die auf beiden Seiten betroffenen Belange sind typischerweise gewahrt, wenn sich die Häufigkeit des begehrten Zutritts an der gesetzlichen Wertung des § 43 Abs. 4 BetrVG orientiert und eine angemessene Ankündigungsfrist von in der Regel einer Woche eingehalten wird. Verlangt die Gewerkschaft hingegen mehr als einmal im Kalenderhalbjahr Zutritt, hat sie die Notwendigkeit weiterer betrieblicher Werbemaßnahmen im Einzelnen aufzuzeigen.

Dem Arbeitnehmer steht nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 13. August 2010 (- 1 AZR 173/09 -) kein Anspruch auf unbezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht zur Teilnahme an Sitzungen des Ortsvorstands einer Gewerkschaft zu. Zwar stellt die Teilnahme an den Sitzungen eine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte koalitionspezifische Betätigung dar. Jedoch hat der Arbeitnehmer mit Abschluss des Arbeitsvertrags und den damit eingegangenen Bindungen in zulässiger Weise über seine Grundrechtspositionen verfügt. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit ist deshalb für sich betrachtet keine unzulässige Abrede iSd. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Auch aus der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB ergibt sich kein genereller Freistellungsanspruch. Das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit geht dem grundsätzlich vor. Da im Streitfall der Sitzungs-

beginn regelmäßig zu einer Kollision mit bestehenden Arbeitspflichten Vollzeitbeschäftigter führte und die Verlegung der Sitzung auf einen späteren Zeitpunkt nicht unmöglich war, bestand auch kein Leistungsverweigerungsrecht der betroffenen Arbeitnehmerin nach § 275 Abs. 3 BGB. Der Arbeitgeber ist jedoch gehalten, im Fall eines Schichtdienstes der Arbeitnehmerin ihren Wunsch an einer Sitzungsteilnahme bei der Einteilung der Schichten zu berücksichtigen.

II. Tariffrecht

1. Tariffähigkeit

Der Erste Senat hatte im Berichtszeitraum über die Tariffähigkeit der im März 2006 gegründeten Gewerkschaft für Kunststoffgewerbe- und Holzverarbeitung im Christlichen Gewerkschaftsbund (GKH) zu entscheiden. Durch Beschluss vom 5. Oktober 2010 (- 1 ABR 88/09 -) hat er das Verfahren zur neuen Anhörung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen konnte die Tariffähigkeit der GKH nicht abschließend beurteilt werden. Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung setzt ua. voraus, dass diese über eine Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler verfügt, die erwarten lässt, dass sie vom sozialen Gegenspieler wahr- und ernst genommen wird (vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 -). Zudem muss die Vereinigung auch organisatorisch in der Lage sein, die Aufgaben einer Tarifvertragspartei zu erfüllen. Dabei kommt die Tariffähigkeit in erster Linie in der Zahl der Mitglieder und der Leistungsfähigkeit der Organisation zum Ausdruck. Bei Zweifeln an der Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung kann eine nennenswerte Zahl eigenständig abgeschlossener Tarifverträge ihre Tariffähigkeit indizieren. Die GKH hat ihre Mitgliederzahl im Verfahren nicht offen gelegt und die Leistungsfähigkeit ihrer Organisation nicht ausreichend dargestellt. Die von ihr in Tarifgemeinschaft mit dem „Deutschen Handels- und Industrieangestellten-Verband“ bundesweit mit Innungsverbänden des Tischler-, Schreiner- und Modellbauerhandwerks abgeschlossen Tarifverträge stellen weder ein Indiz für die Durchsetzungsfähigkeit noch für die organisatorische Leistungsfähigkeit der GKH dar.

In einem Beschluss vom 14. Dezember 2010 (- 1 ABR 19/10 -) hat der Erste Senat festgestellt, dass die im Dezember 2002 gegründete Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) keine tariffähige Spitzenorganisation iSd. § 2 Abs. 3 TVG ist. Nach § 2 Abs. 3 TVG kann eine Spitzen-

organisation nur dann als Partei selbst Tarifverträge abschließen, wenn dies zu ihren satzungsmäßigen Aufgaben gehört. Dazu müssen die sich zusammenschließenden Gewerkschaften ihrerseits tariffähig sein und der Spitzenorganisation ihre Tariffähigkeit vollständig vermitteln. Dies ist nicht der Fall, wenn die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen durch die Spitzenorganisation auf einen Teil des Organisationsbereichs der Mitgliedsgewerkschaften beschränkt wird. Zudem darf der Organisationsbereich einer Spitzenorganisation nicht über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinausgehen. Im Fall der CGZP waren diese Anforderungen nicht erfüllt. Alleinige satzungsmäßige Aufgabe der CGZP ist der Abschluss von Tarifverträgen mit Arbeitgebern, die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreiben wollen. Ihre Mitgliedsgewerkschaften, die Christliche Gewerkschaft Metall, die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen sowie die DHV - Die Berufsgewerkschaft im CGB e.V., haben sich nicht im Umfang ihrer Tariffähigkeit zusammengeschlossen. Zudem geht der in der Satzung der CGZP festgelegte Organisationsbereich für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung über den ihrer Mitgliedsgewerkschaften hinaus.

2. Tarifpluralität

Tarifpluralität liegt vor, wenn der Betrieb des Arbeitgebers vom Geltungsbereich zweier von verschiedenen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge für Arbeitsverhältnisse derselben Art erfasst wird, an die der Arbeitgeber gebunden ist, während für den jeweiligen Arbeitnehmer je nach Tarifgebundenheit nur einer der beiden Tarifverträge Anwendung findet. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Vierten Senats stand einer Tarifpluralität der Grundsatz der Tarifeinheit entgegen. Danach sollte in einem Betrieb grundsätzlich nur ein Tarifvertrag Anwendung finden. Eine Tarifpluralität wurde daher idR dahin aufgelöst, dass der speziellere, dh. der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten stehende Tarifvertrag den anderen verdrängte (vgl. nur BAG 20. März 1991 - 4 AZR 455/90 -). Mit Beschluss vom 27. Januar 2010 (- 4 AZR 549/08 (A) -) hat der Vierte Senat mitgeteilt, dass er diese Rechtsprechung aufgeben möchte. Tarifliche Normen, die den Inhalt, Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, sollen auch bei einer auf die Tarifbindung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 1 TVG zurückzuführenden Tarifpluralität in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen zur Anwendung kommen. Da der Senat damit von der bisherigen Rechtsprechung des Zehnten Senats abwich, hat er nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG eine Divergenzanfrage an diesen gerichtet. Der Zehnte Senat hat sich durch Beschluss vom 23. Juni 2010 (- 10 AS 2/10 -) der geänderten Auffassung des Vierten Senats an-

geschlossen. Mit Urteil vom 7. Juli 2010 (- 4 AZR 549/08 -) hat der Vierte Senat daher seine Ankündigung umgesetzt. Die durch das TVG vorgesehene unmittelbare und zwingende Geltung von Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, kann auch bei einer aufgrund unmittelbarer Tarifbindung des Arbeitgebers eingetretenen Tarifpluralität nicht durch den Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt werden. Dieser Grundsatz lässt sich weder auf eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsgrundlage noch auf übergeordnete Prinzipien der Rechtssicherheit oder der Rechtsklarheit stützen. Auch die Voraussetzungen für eine richterliche Rechtsfortbildung oder eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung liegen nicht vor. Zudem stellt die Verdrängung eines von einer Gewerkschaft geschlossenen Tarifvertrags nach dem Grundsatz der Tarifeinheit sowohl einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Gewerkschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG als auch in die individuelle Koalitionsfreiheit des an diesen gebundenen Gewerkschaftsmitglieds dar. Weder dem Tarifvertragsgesetz noch Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich eine rechtlich verbindliche Vorgabe der betriebseinheitlichen Geltung von Tarifnormen, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, entnehmen. Die Ordnungsfunktion von Tarifverträgen ist entsprechend der von Verfassungs wegen vorgegebenen mitgliederschaftlichen Struktur der Koalitionen auf die unmittelbar Tarifgebundenen beschränkt. Der Grundsatz einer betrieblichen Tarifeinheit ist auch kein verfassungsrechtliches Element der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie. Dem steht entgegen, dass die Koalitionsfreiheit in erster Linie als Freiheitsgrundrecht strukturiert und auf einen Wettbewerb zwischen verschiedenen Koalitionen angelegt ist.

3. Tarifvertragsrecht

Eine wirksame Vertretung bei Abschluss eines Firmentarifvertrags setzt nach § 164 Abs. 1 BGB voraus, dass der Vertreter - neben der Bevollmächtigung zur Abgabe der Willenserklärung - erkennbar im Namen des Vertretenen gehandelt hat. Der Vertretungswille kann sich zwar auch aus den Umständen ergeben (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wegen des Normcharakters tariflicher Regelungen müssen diese aber einen Grad an Klarheit und Eindeutigkeit erreichen, der einer ausdrücklichen Nennung als Tarifvertragspartei gleichwertig ist. Zudem müssen sie in einer § 1 Abs. 2 TVG genügenden Form niedergelegt sein (BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 1005/06 -). In einem Urteil vom 18. November 2009 (- 4 AZR 491/08 -) hat der Vierte Senat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt. Danach gilt ein durch eine herrschende Konzerngesellschaft

geschlossener Tarifvertrag nur dann für ein abhängiges Unternehmen iSd. §§ 17, 18 AktG, wenn es erkennbar und dem Schriftlichkeitsgebot ausreichend Rechnung tragend den Tarifvertrag als Partei mit abgeschlossen hat. Im Streitfall waren diese Anforderungen nicht erfüllt. Die bloße Angabe des abhängigen Unternehmens in den Regelungen des Geltungsbereichs des Tarifvertrags reicht nicht aus. Über die Wirksamkeit der im Tarifvertrag vereinbarten sog. einfachen Differenzierungsklausel für die Beschäftigten eines verklagten Tochterunternehmens, nach der Gewerkschaftsmitglieder eine höhere Sonderzahlung als die anderen Arbeitnehmer erhalten, musste der Senat deshalb nicht entscheiden. Ein Anspruch auf eine höhere Sonderzahlung ergab sich auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn dieser greift nur bei einem gestaltenden Verhalten des Arbeitgebers ein, nicht aber - wie im Streitfall - beim vermeintlichen Normenvollzug.

Sieht ein Flächentarifvertrag vor, dass die Tarifvertragsparteien einer Betriebsvereinbarung über abweichende Arbeitsbedingungen im Fall der begründeten Notwendigkeit derartiger Regelungen zu bestimmten, im Tarifvertrag aufgeführten Zwecken zustimmen „sollen“, begründet dies bei Einhaltung dieser Kriterien eine Pflicht der Tarifvertragsparteien zur Erteilung der Zustimmung, sofern die möglichen Abweichungen im Tarifvertrag selbst eingegrenzt sind und keine gewichtigen Anhaltspunkte im Einzelfall einer solchen Zustimmung entgegenstehen. Dies hat der Vierte Senat in einem Urteil vom 20. Oktober 2010 (- 4 AZR 105/09 -) entschieden. Die Einhaltung dieser sich aus dem Tarifvertrag ergebenden Pflicht kann vom anderen Tarifvertragspartner gerichtlich geltend gemacht werden.

III. Betriebsverfassungsrecht

1. Wahl des Betriebsrats

Der Arbeitgeber trägt nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die Kosten der Betriebsratswahl. Hierzu gehören alle Kosten, die mit der Einleitung und der Durchführung der Wahl sowie mit der gerichtlichen Überprüfung des Wahlergebnisses verbunden sind. Kosten für die Beratung des Wahlvorstands durch einen Rechtsanwalt hat er nach einem Beschluss des Siebten Senats vom 11. November 2009 (- 7 ABR 26/08 -) allerdings nur dann zu tragen, wenn der Wahlvorstand darüber mit dem Arbeitgeber zuvor eine Vereinbarung getroffen hat. § 80 Abs. 3 BetrVG findet auf die Hinzuziehung eines Sachverständigen durch den Wahlvorstand entsprechende Anwendung. Das Gesetz regelt

die Befugnisse des Wahlvorstands und die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für dessen Tätigkeit in § 20 Abs. 3 BetrVG nur unvollständig. Durch das Erfordernis einer Vereinbarung nach § 80 Abs. 3 BetrVG, die zumindest den Gegenstand der gutachterlichen Tätigkeit, die Person des Sachverständigen und die Vergütung umfasst, wird dem Arbeitgeber im Hinblick auf die von ihm zu tragenden Kosten die Möglichkeit eröffnet, Einwendungen gegen die Beauftragung eines Sachverständigen oder gegen den Umfang des Auftrags zu erheben oder seinen Sachverstand bzw. eigene sachkundige Personen zur Beratung anzubieten. Dieser von § 80 Abs. 3 BetrVG verfolgte Gesetzeszweck gilt auch für den Wahlvorstand. Verweigert der Arbeitgeber eine solche Vereinbarung, obwohl die Hinzuziehung eines Sachverständigen erforderlich ist, kann der Wahlvorstand die fehlende Zustimmung des Arbeitgebers durch eine arbeitsgerichtliche Entscheidung ersetzen lassen.

Bei einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung können Leiharbeiter nach § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG nicht in den Betriebsrat des Entleiherbetriebs gewählt werden. In einem Beschluss vom 17. Februar 2010 (- 7 ABR 51/08 -) hat der Siebte Senat mit eingehender Begründung seine Rechtsprechung bestätigt, wonach dies auch für die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gilt (BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 -). Wahlberechtigt iSd. § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG - und damit nach sechs Monaten Betriebszugehörigkeit wählbar - sind im Entleiherbetrieb nur die nach § 7 Satz 1 BetrVG, nicht dagegen die nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmer. Dies zeigt sowohl der systematische Gesamtzusammenhang der genannten Bestimmungen als auch ihr Sinn und Zweck. Auch die Gesetzesgeschichte spricht für dieses Verständnis. Der Ausschluss der Wählbarkeit von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Der unterschiedliche betriebsverfassungsrechtliche Status von Stamm- und Leiharbeitnehmern entspricht den strukturellen Unterschieden, die typischerweise zwischen beiden Gruppen bestehen. Wurde ein Leiharbeiter in den Betriebsrat des Entleiherbetriebs gewählt, so kann dessen Nichtwählbarkeit nach § 24 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch nach Ablauf der zweiwöchigen Frist zur Wahlanfechtung noch gerichtlich festgestellt werden.

2. Kosten des Betriebsrats

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Hierzu gehören auch die erforderlichen Aufwendungen einzelner Betriebsratsmitglieder, die diesen durch die Wahrnehmung ihrer betriebsverfassungs-

rechtlichen Aufgaben entstehen (vgl. nur BAG 16. Januar 2008 - 7 ABR 71/08 -). Das Betriebsratsmitglied hat nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 23. Juni 2010 (- 7 ABR 103/08 -) grundsätzlich keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten, die dem Bereich seiner persönlichen Lebensführung zuzuordnen sind oder durch eine persönlich veranlasste Pflichtenkollision entstehen. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Erfüllung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben mit der Pflicht eines Betriebsratsmitglieds zur Pflege und Betreuung minderjähriger Kinder kollidiert. In diesem Fall ist bei der Auslegung von § 40 Abs. 1 BetrVG die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu beachten. Diese führt dazu, dass ein Betriebsratsmitglied vom Arbeitgeber in angemessener Höhe die Erstattung von Aufwendungen für die Fremdbetreuung minderjähriger Kinder verlangen kann, wenn es die Pflichtenkollision zwischen seinen gesetzlichen Betriebsratsaufgaben und der sowohl grundrechtlich als auch einfachgesetzlich in § 1626 Abs. 1, § 1631 Abs. 1 BGB normierten Pflicht zur Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung der Kinder anders in zumutbarer Weise nicht lösen kann. War ein Familienmitglied bereit und in der Lage, die Kinder kostenlos zu betreuen, scheidet ein Erstattungsanspruch aus. Kinderbetreuungskosten für Zeiten, in denen das Betriebsratsmitglied ohne die Erfüllung von Betriebsratsaufgaben zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wäre oder in denen der Arbeitgeber Mehrarbeit hätte verlangen können, hat der Arbeitgeber ebenfalls nicht zu erstatten. Bei diesen handelt es sich nicht um Aufwendungen, die gerade durch die Betriebsrats-tätigkeit entstanden sind.

3. Sachaufwand des Betriebsrats

Der Arbeitgeber hat nach § 40 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat im erforderlichen Umfang Informations- und Kommunikationstechnik zur Verfügung zu stellen. Die Entscheidung, ob ein Sachmittel zur Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich ist, obliegt dem Betriebsrat. Hierbei hat er auch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers, insbesondere dessen Interesse an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht, zu berücksichtigen. Die Arbeitsgerichte können die Entscheidung des Betriebsrats nur darauf überprüfen, ob das verlangte Sachmittel aufgrund der konkreten betrieblichen Situation der Erledigung einer gesetzlichen Aufgabe des Betriebsrats dient und dieser bei seiner Entscheidung auch den berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung getragen hat (vgl. nur BAG 27. November 2002 - 7 ABR 36/01 -). In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Siebte Senat durch Beschluss vom 9. Dezember 2009 (- 7 ABR 46/08 -) entschieden, dass ein Gesamtbetriebsrat nach § 40 Abs. 2 iVm.

§ 51 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber die Freischaltung der in seinem Büro und der in betriebsratslosen Verkaufsstellen vorhandenen Telefone zum Zwecke der wechselseitigen Erreichbarkeit verlangen kann. Der Gesamtbetriebsrat repräsentiert im Rahmen seiner originären Zuständigkeit nach § 50 Abs. 1 BetrVG auch die Arbeitnehmer der betriebsratslosen Betriebe. Zur Wahrnehmung dieser gesetzlichen Aufgabe muss er sich ein Bild über die Situation in diesen Betrieben machen können. Welche Informations- und Kommunikationswege er hierfür für erforderlich hält, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Demzufolge ist er auch berechtigt, die Freischaltung von Telefonen in räumlich entfernten Betriebsstätten zu verlangen, um mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern in einen Informationsaustausch treten zu können. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass sich die betreffenden Kommunikationsmittel im Besitz des Gesamtbetriebsrats befinden.

In einem Beschluss vom 20. Januar 2010 (- 7 ABR 79/08 -) hat der Siebte Senat erneut betont, dass auch für das Begehren des Betriebsrats auf Zugang zum Internet weiter an der nach § 40 Abs. 2 BetrVG notwendigen Prüfung der Erforderlichkeit des Sachmittels festzuhalten ist. Allerdings kann idR davon ausgegangen werden, dass die Nutzung des Internet der Informationsbeschaffung durch den Betriebsrat und damit der Erfüllung der ihm obliegenden betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben dient. Durch das Internet kann der Betriebsrat die für die Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben notwendigen rechtlichen und tatsächlichen Informationen zu jedem nur denkbaren Themenbereich einholen. Der Betriebsrat darf - soweit keine berechtigten Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen - daher einen Internetzugang regelmäßig für erforderlich halten. Einer Darlegung konkreter, sich ihm aktuell stellender Aufgaben, zu deren Erledigung er Informationen aus dem Internet benötigt, bedarf es nicht. Insoweit hat der Senat seine frühere Rechtsprechung aufgegeben (vgl. BAG 23. August 2006 - 7 ABR 55/05 -). Zudem hat er in Abgrenzung zu seiner früheren Rechtsprechung (vgl. BAG 16. Mai 2007 - 7 ABR 45/06 -) klargestellt, dass die Erforderlichkeit eines Internetzugangs nicht von einer Darlegung des Betriebsrats abhängt, dass er ohne die Nutzung des Internet die Wahrnehmung sich ihm stellender Aufgaben vernachlässigen müsste.

4. Restmandat des Betriebsrats

Im Fall einer Stilllegung des Betriebs bleibt der Betriebsrat nach § 21b BetrVG so lange im Amt, wie dies zur Wahrnehmung der damit im Zusammenhang stehenden Mitwir-

kungs- und Mitbestimmungsrechte erforderlich ist. Der Siebte Senat musste sich im Berichtszeitraum mit dem Problem beschäftigen, ob einem Betriebsratsmitglied im Restmandat für die Zeit nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ein Vergütungsanspruch für geleistete Betriebsratstätigkeit zusteht. Der Senat hat dies durch Beschluss vom 5. Mai 2010 (- 7 ABR 728/08 -) für den Fall abgelehnt, dass das Betriebsratsmitglied durch seine Tätigkeit lediglich ein Freizeitopfer erbringt. Zwar erlischt die Mitgliedschaft im Betriebsrat nach der Begründung des Restmandats nicht mehr durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses; denn § 24 Nr. 3 BetrVG findet - auch wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses keine Folge der Betriebsstilllegung ist - im Restmandat keine Anwendung. Dennoch fehlt es in diesem Fall an einer gesetzlichen Grundlage für Vergütungsansprüche des Betriebsratsmitglieds. Eine analoge Anwendung von § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG scheidet mangels planwidriger Gesetzeslücke aus, wenn die Betriebsratstätigkeit nur mit einem Freizeitopfer verbunden ist. Aus dem Ehrenamtsprinzip (§ 37 Abs. 1 BetrVG), den Regelungen in § 37 Abs. 2 und 3 BetrVG sowie dem Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG ergibt sich, dass von Betriebsratsmitgliedern erbrachte Freizeitopfer keinen Entgeltanspruch begründen. Ob das Betriebsratsmitglied einen Ausgleich für Vermögenseinbußen verlangen kann, die dadurch entstehen, dass es sich von einem neuen Arbeitgeber unbezahlt für Tätigkeiten im restmandatierten Betriebsrat freistellen lässt, hat der Senat offen gelassen.

5. Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats

Der Gesamtbetriebsrat ist für eine Angelegenheit, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betrifft, nach § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG originär zuständig, wenn ein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung besteht. Hiervon ist etwa auszugehen, wenn der Arbeitgeber im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung zu einer Leistung nur betriebsübergreifend bereit ist (*BAG 10. Oktober 2006 - 1 ABR 59/05 -*). Bei einer vom Arbeitgeber beabsichtigten unternehmenseinheitlichen Regelung der Vergütungsstruktur von AT-Angestellten liegt nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 18. Mai 2010 (- 1 ABR 96/08 -) kein zwingendes Erfordernis iSd. § 50 Abs. 1 BetrVG vor. Die Entgeltzahlung an die AT-Angestellten ist keine freiwillige Leistung. Denn der Arbeitgeber muss diese aufgrund individualvertraglicher Vereinbarung oder zumindest nach § 612 Abs. 1 BGB auch dann erbringen, wenn er sich mit dem Betriebsrat über deren Verteilungsgrundsätze nicht einig wird. Der Arbeitgeber kann die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats deshalb nicht dadurch begründen,

dass er ein Gesamtbudget für die Vergütung der AT-Angestellten auf Unternehmensebene festlegt. Auch der tarifersetzende Charakter der Vergütungsgrundsätze stellt kein Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung dar. Gleiches gilt für den arbeits- bzw. betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser hat keinen Einfluss auf die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Betriebsverfassungsorganen. Er begrenzt lediglich die Regelungsmacht der Betriebsparteien.

6. Mitbestimmung und Mitwirkung des Betriebsrats

Schließen Arbeitgeber und Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über eine betriebliche Vergütungsordnung, liegt darin nach einem Urteil des Ersten Senats vom 22. Juni 2010 (- 1 AZR 853/08 -) zugleich die Ausübung des dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zustehenden Mitbestimmungsrechts für die zukünftige Anwendung der in der Vereinbarung zum Ausdruck kommenden Entlohnungsgrundsätze. Die Beendigung der Betriebsvereinbarung führt deswegen regelmäßig nicht zum ersatzlosen Fortfall der bisher im Betrieb geltenden Vergütungsstruktur. Es endet lediglich die gemäß § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG zwingende Wirkung der Entlohnungsgrundsätze. Infolgedessen bedarf deren Änderung auch nach Ablauf der Betriebsvereinbarung der Zustimmung des Betriebsrats oder einer ersetzenden Entscheidung der Einigungsstelle nach § 87 Abs. 2 BetrVG. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der nicht tarifgebundene Arbeitgeber entgegen den Regelungen einer Betriebsvereinbarung eine jährliche Monatszuwendung sukzessive abgesenkt und zuletzt nur noch in Höhe eines halben Bruttoentgelts gezahlt. Diese Maßnahme hätte der Mitbestimmung des Betriebsrats bedurft, weil in der durch die Betriebsvereinbarung festgelegten Gesamtvergütung für alle Beschäftigte gleich hohe Vergütungsbestandteile enthalten waren und sich deshalb durch die Absenkung der Monatszuwendung der relative Abstand der Gesamtvergütungen zueinander änderte. Da der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht beachtet hatte, konnten die betroffenen Arbeitnehmer nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine Vergütung auf der Grundlage der zuletzt mitbestimmten Entlohnungsgrundsätze verlangen. Die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung über die Vergütungshöhe wird in einem solchen Fall von Gesetzes wegen durch die Verpflichtung des Arbeitgebers ergänzt, die Arbeitnehmer nach den im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätzen zu vergüten.

Haben die Betriebsparteien in einem Sozialplan die wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern durch eine Betriebsänderung entstehen, angemessen ausgeglichen, können sie in einer weiteren freiwilligen Betriebsvereinbarung nach § 88 BetrVG zusätzlich zu den bestehenden Sozialplanleistungen finanzielle Anreize zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags vereinbaren. Dies hat der Erste Senat in einem Urteil vom 18. Mai 2010 (- 1 AZR 187/09 -) entschieden. Im Streitfall enthielt die freiwillige Gesamtbetriebsvereinbarung eine Stichtagsregelung, nach der nur die Arbeitnehmer ein Angebot auf Zahlung einer zusätzlichen Abfindung erhielten, die bei Inkrafttreten der Vereinbarung noch keinen Aufhebungsvertrag geschlossen hatten. Diese Differenzierung verstieß nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 75 Abs. 1 BetrVG. Die Gesamtbetriebsvereinbarung unterlag nicht den für Sozialpläne aus § 112 Abs. 1 BetrVG folgenden Regelungsbeschränkungen (vgl. dazu BAG 19. Februar 2008 - 1 AZR 1004/06 -). Die Betriebsparteien können in der freiwilligen Betriebsvereinbarung Regelungen treffen, die dazu dienen, das arbeitgeberseitige Interesse an einem zügigen Personalabbau durch einvernehmliche Vertragsbeendigungen zu verwirklichen. In Anbetracht dieser Anreizfunktion durften sie auch diejenigen Arbeitnehmer ausschließen, die zur einvernehmlichen Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses keines weiteren Anreizes mehr bedurften.

Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, wonach der Arbeitgeber bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten eine Vertragsstrafe an einen Dritten zu zahlen hat, ist nach einem Beschluss des Ersten Senats vom 19. Januar 2010 (- 1 ABR 62/08 -) unwirksam. Eine solche Vertragsstrafenabrede widerspricht zwingenden Grundsätzen zur Gewährleistung der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung. Das BetrVG weist dem Betriebsrat die Aufgabe zu, auf die Einhaltung dieser Ordnung hinzuwirken. Dabei stellt es deren Durchsetzung in das pflichtgemäße Ermessen des Betriebsrats. Kommt der Arbeitgeber einer gerichtlichen Entscheidung nicht nach, haben ihn die Arbeitsgerichte auf Antrag des Betriebsrats durch Ordnungs- oder Zwangsgeld zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuhalten. Die beigetriebenen Ordnungs- bzw. Zwangsgelder verfallen der Staatskasse. Dies sichert die äußere Unabhängigkeit der Amtsführung des Betriebsrats. Das Vertragsstrafeversprechen zielt dagegen nicht auf die Wiederherstellung eines betriebsverfassungsgemäßen Zustands, sondern hat reinen Strafcharakter. Dass der Arbeitgeber von der Beteiligung des Betriebsrats gegen Zahlung der vereinbarten Strafe absehen kann, kommt einem „Abkauf“ gesetzlicher Rechte gleich. Durch die finanzielle Begünstigung Dritter kann zudem der Eindruck entstehen, der Betriebsrat mache die Wahrnehmung seiner Rechte von sachfremden Erwägungen abhängig.

7. Durchführungsanspruch

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber die Durchführung einer Betriebsvereinbarung verlangen (vgl. BAG 24. Februar 1987 - 1 ABR 18/85 -). Dies setzt nach einer Entscheidung des Ersten Senats vom 18. Mai 2010 (- 1 ABR 6/09 -) voraus, dass der Betriebsrat selbst Partei der Betriebsvereinbarung ist oder ihm durch die Betriebsvereinbarung ausdrücklich eigene Rechte eingeräumt werden. Der örtliche Betriebsrat hat daher keinen eigenen Anspruch auf Durchführung von Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarungen, die der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat in originärer Zuständigkeit mit dem Arbeitgeber abgeschlossen hat. Er kann die Einhaltung der durch diese Vereinbarungen gestalteten betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung nur nach § 23 Abs. 3 BetrVG erzwingen. Etwas anderes gilt bei einer Delegation der Regelungsbefugnis gemäß § 50 Abs. 2, § 58 Abs. 2 BetrVG. Da der beauftragte Gesamt- oder Konzernbetriebsrat in diesen Fällen als Vertreter tätig wird, steht der Durchführungsanspruch den beauftragenden Betriebsräten zu.

8. Parteipolitische Betätigung

Betriebsrat und Arbeitgeber haben nach § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG jede parteipolitische Betätigung im Betrieb zu unterlassen. Die Verletzung des parteipolitischen Neutralitätsgebots durch den Betriebsrat begründet nach einem Beschluss des Siebten Senats vom 17. März 2010 (- 7 ABR 95/08 -) keinen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat. Damit hat der Senat die frühere Rechtsprechung zu § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG aufgegeben (BAG 12. Juni 1986 - 6 ABR 67/84 -). Der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, wer Inhaber eines solchen Anspruchs sein könnte. Auch das Konzept des § 23 BetrVG sieht einen wegen der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats ohnehin nicht vollstreckbaren Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers nicht vor. Der Arbeitgeber kann bei einem groben Verstoß des Betriebsrats gegen die nach § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG bestehenden Pflichten gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Auflösung des Betriebsrats beantragen. Im Übrigen hat er die Möglichkeit, die Unzulässigkeit der Betätigung des Betriebsrats nach § 256 Abs. 1 ZPO gerichtlich feststellen zu lassen. Eine entsprechende Feststellung ist bei einer späteren gleichartigen Pflichtverletzung des Betriebsrats von erheblicher Bedeutung für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers. Offen gelassen hat der Senat, ob auch künftig noch daran festzuhalten ist, dass schon das Eintreten für oder gegen eine

bestimmte politische Richtung - unabhängig von einem konkreten Bezug zu einer politischen Partei - unter § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG fällt (vgl. BAG 12. Juni 1986 - 6 ABR 67/84 -). Jedenfalls untersagt die Norm nicht Äußerungen allgemeinpolitischer Art, die eine politische Partei, Gruppierung oder Richtung weder unterstützen noch sich gegen sie wenden. Der Betriebsrat verstößt deshalb allein durch einen an die Mitarbeiter des Betriebs gerichteten Aufruf, sich an einer bevorstehenden politischen Wahl oder Abstimmung zu beteiligen, nicht gegen das parteipolitische Neutralitätsgebot.

9. Tendenzträger

Beschäftigte sind Tendenzträger, wenn die Bestimmungen und Zwecke der in § 118 Abs. 1 BetrVG genannten Unternehmen und Betriebe für ihre Tätigkeit inhaltlich prägend sind (vgl. BAG 13. Februar 2007 - 1 ABR 14/06 -). Anzeigenredakteure sind danach Tendenzträger, wenn sie entweder durch eigene Veröffentlichungen oder die Auswahl und das Redigieren von Beiträgen und Texten Dritter auf die Tendenzverwirklichung des Verlagsunternehmens unmittelbar inhaltlich Einfluss nehmen. Dies hat der Erste Senat mit Beschluss vom 20. April 2010 (- 1 ABR 78/08 -) entschieden. Der Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst auch den Anzeigenteil einer Tageszeitung. Maßgebend für die Tendenzträgereigenschaft ist die Einflussnahme der Anzeigenredakteure auf den Inhalt des Presseerzeugnisses und nicht ihre organisatorische Einbindung in den Verlag. Im Streitfall hat der Senat daher ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei der Durchführung von betrieblichen Berufs- bildungsmaßnahmen nach § 98 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 BetrVG für die Redakteure verneint, da dies die Tendenzverwirklichung beeinträchtigen würde.

IV. Schwerbehindertenvertretung

Wahlvorschläge für die Wahl einer Schwerbehindertenvertretung müssen nach § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 der Wahlordnung für die Schwerbehindertenvertretung (*SchwVVO*) innerhalb von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Wahlvorstand eingereicht werden und mindestens von drei Wahlberechtigten unterzeichnet sein. Nach einer Entscheidung des Siebten Senats vom 20. Januar 2010 (- 7 ABR 39/08 -) ist die Einreichung von Telekopien zur Wahrung der vorgeschriebenen Form nicht ausreichend. Die Stützunterschriften müssen im Original beim Wahlvorstand eingehen. Nicht erforderlich ist, dass sie sich alle auf demselben Blatt befin-

den. Es genügt, wenn die Bewerberliste und die Stützunterschriften eine einheitliche Urkunde bilden und - zB durch ein Kennwort - sichergestellt ist, dass sich die Unterschriften auf den betreffenden Wahlvorschlag beziehen. Im Unterschied zu anderen Wahlordnungen regelt die SchwbVWO allerdings keine Pflicht des Wahlvorstands, Wahlvorschläge nach ihrem Eingang unverzüglich auf mögliche Fehler zu prüfen und den einreichenden Listenvertreter über etwaige Mängel zu unterrichten. Eine solche Pflicht gehört auch nicht zu den elementaren Grundsätzen einer demokratischen Wahl. Da der Verordnungsgeber die Möglichkeit unzulänglicher Wahlvorschläge in der SchwbVWO gesehen hat, besteht insoweit auch keine planwidrige Regelungslücke, die durch eine analoge Anwendung von Vorschriften anderer Wahlordnungen geschlossen werden könnte. Dennoch war die von drei Wahlberechtigten eingeleitete Anfechtung der Wahl einer Schwerbehindertenvertretung erfolgreich. Die Schwerbehindertenvertretung war in einer Dienststelle der Bundeswehr gewählt worden, in der nach dem BPersVG eine Vertretung der Soldaten zu wählen ist. Infolgedessen hätte das Wahlausschreiben nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SchwbVWO den Hinweis enthalten müssen, dass gemäß § 94 Abs. 4 SGB IX auch Soldaten und Soldatinnen wählbar sind. Daran fehlte es.

3. Abschnitt *Insolvenzrecht*

Eine Leistungsklage gegen den Insolvenzverwalter auf Zahlung der Abfindung aus einem nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vereinbarten Sozialplan ist unzulässig. Da die Zwangsvollstreckung in die Masse wegen einer solchen Forderung nach § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO nicht möglich ist, fehlt der Klage das erforderliche Rechtschutzbedürfnis. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO steht dem nicht entgegen. Nach einem Urteil des Sechsten Senats vom 21. Januar 2010 (- 6 AZR 785/08 -) hat diese Vorschrift aufgrund der in § 123 Abs. 2 Satz 2 und 3 InsO geregelten Berechnungsweise für Sozialplanansprüche keine Bedeutung. Danach darf in den Fällen, in denen kein Insolvenzplan zustande kommt, für die Berichtigung von Sozialplanansprüchen nicht mehr als ein Drittel der Masse verwendet werden, die ohne den Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Hieraus ergibt sich, dass bei Masseunzulänglichkeit keine Sozialplanansprüche bestehen, weil die Masse schon nicht ausreicht, um alle Masseverbindlichkeiten und Massekosten nach § 53 InsO vorweg zu berichtigen. Der Antrag, mit dem der Kläger hilfsweise feststellen lassen wollte, dass ihm ein Sozialplananspruch gegen die Masse zusteht, war ebenfalls unzulässig. Der Insolvenzverwalter hatte den Anspruch des Klägers nicht bestritten, sondern war lediglich dem Leistungsbegehren unter Hinweis auf die Vollstreckungsverbote der Insol-

venzordnung entgegengetreten. In einem solchen Fall mangelt es an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse.

4. Abschnitt Prozessrecht

Nach § 69 Abs. 1 Satz 1 ArbGG ist das landesarbeitsgerichtliche Urteil von sämtlichen Mitgliedern der Kammer zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert seine Unterschrift beizufügen, ist dies nach § 315 Abs. 1 Satz 2 ZPO unter Angabe des Verhinderungsgrundes vom Kammervorsitzenden unter dem Urteil zu vermerken. Der Verhinderungsvermerk entfaltet nach einem Beschluss des Vierten Senats vom 3. März 2010 (- 4 AZB 23/09 -) nur Wirkung, wenn sich der Vorsitzende vor Anbringung des Vermerks über den Verhinderungsgrund vergewissert hat. Maßgebend für die Annahme des Verhinderungsgrundes ist sein subjektiver Kenntnisstand, wobei ihm auch etwaige ergänzende Kenntnisse der Geschäftsstelle zugerechnet werden können. Auf den späteren tatsächlichen Gang der Ereignisse kommt es hingegen nicht an. Demzufolge kann ein wirksamer Verhinderungsvermerk nicht dadurch nachträglich unwirksam werden, dass der angenommene Verhinderungsgrund entfällt bzw. aufgrund unrichtig erteilter Informationen gar nicht vorlag. Ebenso wenig kann eine danach unzulässige Ersetzung der Unterschrift durch einen dem Vorsitzenden unbekanntem Tatsachenverlauf im Nachhinein Wirksamkeit entfalten. Da eine nur kurzfristige Ortsabwesenheit noch keine Verhinderung darstellt, erfordert die Wirksamkeit eines Verhinderungsvermerks wegen Urlaubs regelmäßig, dass der Vorsitzende oder die Geschäftsstelle den Urlaubszeitraum des verhinderten Richters in Erfahrung bringt. Gleiches gilt für dessen Ortsabwesenheit. Ein Anruf beim Arbeitgeber des verhinderten Richters, der lediglich ergibt, dass dieser „im Urlaub“ ist, genügt nicht.

Der Zweite Senat hat in einer Entscheidung vom 12. Mai 2010 (- 2 AZR 544/08 -) die bisherige Rechtsprechung bekräftigt, nach der ein Streit über die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs in dem Verfahren auszutragen ist, in dem der Vergleich geschlossen wurde (vgl. BAG 23. November 2006 - 6 AZR 394/06 -). Handelt es sich um einen Gesamtvergleich, mit dem mehrere Verfahren erledigt wurden, kann der Streit über dessen Wirksamkeit in jedem dieser Verfahren geklärt werden. Die Partei kann die Unwirksamkeit des Vergleichs in dem gewählten Verfahren auch zum Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO machen. Dadurch wird sie einer auch für die übrigen Verfahren bindenden rechtskräftigen Entscheidung zuge-

führt. Bis zur Entscheidung des angegangenen Gerichts müssen diese Verfahren ggf. ausgesetzt werden. Die zur Anfechtung nach § 123 BGB berechtigende Drohung kann auch von einem Dritten, ua. dem Gericht oder einem seiner Mitglieder, herrühren. Legt das Gericht im Verfahren seine vorläufigen rechtlichen Überlegungen offen, ist darin regelmäßig keine Drohung iSd. § 123 BGB, sondern ein sachlicher Hinweis auf die rechtlichen Folgen des Scheiterns der Vergleichsverhandlungen zu sehen. Etwas anderes gilt, wenn durch die gerichtliche Verhandlungsführung der Eindruck erweckt wird, die Partei müsse sich zwingend der Autorität des Gerichts beugen. Bei der Beurteilung, ob das Drängen des Gerichts auf einen Vergleichsabschluss nach den Umständen des Einzelfalls eine widerrechtliche Drohung darstellt, ist auch der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG iVm. Art. 2 GG abzuleitende Justizgewährleistungsanspruch zu berücksichtigen. Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel iSv. § 123 BGB liegt daher idR vor, wenn der Partei ein Fortgang des Prozesses in Aussicht gestellt wird, der nicht den Grundsätzen eines fairen Verfahrens entspricht.

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 2010 ca. 88.000 Medieneinheiten und ca. 76.000 Tarifverträge in einer hausinternen Sondersammlung.

Seit der Verlegung des Gerichts nach Erfurt im Jahr 1999 steht ihr im repräsentativen Neubau auf dem Petersberg eine Gesamtfläche von ca. 1.700 qm mit 31 Arbeitsplätzen im Lesebereich zur Verfügung. Bestand und Dienstleistungen der Bibliothek sind gezielt auf die Bedürfnisse der Angehörigen des Gerichts ausgelegt, können aber auch von externen Benutzern während der allgemeinen Dienstzeiten in Anspruch genommen werden. Den 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 und Rechtsentwicklungen 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 über 1.093.000 Dokumente aus allen Gerichtsbarkeiten, davon etwa ein Drittel mit Langtext. Etwa 76.500 dieser Dokumente betreffen Entscheidungen der Gerichte für Arbeitssachen. Das sind im wesentlichen alle veröffentlichten, ab Entscheidungsjahrgang 1980 auch die nicht zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (23.500) sowie die veröffentlichten Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgerichte 44.700, Arbeitsgerichte 8.200). Hinzu kommen ca. 40 Entscheidungen von Bünnenschiedsgerichten, 60 kirchengerichtliche Entscheidungen, knapp 100 arbeitsrechtliche Entscheidungen von Gerichten der ehemaligen DDR sowie etwas mehr als 400 arbeitsrechtliche Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die ebenfalls vom Bundesarbeitsgericht dokumentiert wurden.

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

gungsdatum) 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. 790.000 Dokumenten betreffen mehr als 112.000 Dokumente Literatur (seit 1970) mit Bezug zum Arbeitsrecht oder zur Arbeitsgerichtsbarkeit, etwa 44.000 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 2010 wurden die Terminvorschauen an 679 Abonnenten und die insgesamt 96 Pressemitteilungen an 965 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 2007 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 2010 haben 127 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 40 Besuchergruppen das Bundesarbeitsgericht und wurden von fachkundigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Haus geführt .

Im Jahr 2010 waren Delegationen aus Japan und Korea 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 2010

lfd. Nr.	Nr.	Datum	Stichwort
1945	1/10	19.01.10	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 1043/08 -
1946	2/10	19.01.10	Betriebsrente - Insolvenzversicherung - Neue Bundesländer - 3 AZR 660/09 -
1947	3/10	20.01.10	Internet für den Betriebsrat - 7 ABR 79/08 -
1948	4/10	21.01.10	Keine Leistungsklage auf Abfindung aus einem nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit vereinbarten Sozialplan - 6 AZR 785/08 -
1949	5/10	20.01.10	Wahlvorschläge und Stützunterschriften - 7 ABR 39/08 -
1950	6/10	21.01.10	Mitteilung zu den Verfahren - 8 AZR 1012/08 - und - 8 AZR 436/09 -
1951	7/10	22.01.10	Dritter arbeitsrechtlicher Moot-Court Wettbewerb beim Bundesarbeitsgericht
1952	8/10	27.01.10	Geschäftslage des Bundesarbeitsgerichts zum 1. Januar 2010
1953	9/10	27.01.10	Vierter Senat beabsichtigt Änderung der Rechtsprechung zur Tarifeinheit - 4 AZR 549/08 (A) -
1954	10/10	28.01.10	Unzureichende Deutschkenntnisse als Kündigungsgrund - 2 AZR 764/08 -
1955	11/10	16.02.10	Betriebsrente - Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten - 3 AZR 216/09 -
1956	12/10	16.02.10	Weihnachtsgratifikationen für Betriebsrentner - 3 AZR 123/08 -
1957	13/10	17.02.10	Übernahme von Jugend- und Auszubildendenvertretern bei Einsatz von Leiharbeitnehmern - 7 ABR 89/08 -

1958	14/10	23.02.10	Anspruch auf namentliche Auskunft über „fördernde“ und „ordentliche“ Mitglieder in einem Arbeitgeberverband - Terminaufhebung - - 4 ABR 59/08 -
1959	15/10	23.02.10	Versetzung einer Tageszeitungsredakteurin in eine Entwicklungsredaktion - 9 AZR 3/09 -
1960	16/10	24.02.10	Fortgeltung einer dynamischen Verweisung auf Tarifverträge auch bei nicht tarifgebundenem Betriebserwerber - „Altvertrag/Neuvertrag“ - 4 AZR 691/08 -
1961	17/10	25.02.10	Kinderbezogener Ortszuschlag eines Teilzeitbeschäftigten gemäß BAT-O nach der Überleitung seines Ehegatten in den TVöD - 6 AZR 809/08 -
1962	18/10	25.02.10	Keine Altersdiskriminierung durch auf jüngere Arbeitnehmer beschränktes Angebot von Aufhebungsverträgen - 6 AZR 911/08 -
1963	19/10	16.03.10	Betriebliche Altersversorgung - Hausbrand - Insolvenzsicherung - 3 AZR 594/09 -
1964	20/10	17.03.10	Tariflicher Feiertagszuschlag für Ostersonntag - 5 AZR 317/09 -
1965	21/10	17.03.10	Politische Betätigung des Betriebsrats - 7 ABR 95/08 -
1966	22/10	17.03.10	Wirksamkeit einer Haushaltsbefristung - 7 AZR 843/08 -
1967	23/10	18.03.10	Ortszuschlag für Stiefkinder in eingetragener Lebenspartnerschaft - 6 AZR 156/09 - und - 6 AZR 434/07 -
1968	24/10	18.03.10	Diskriminierung aufgrund des Geschlechts - 8 AZR 77/09 -
1969	25/10	23.03.10	Schwerbehindertenzusatzurlaub und Tarifurlaub bei Krankheit - 9 AZR 128/09 -
1970	26/10	24.03.10	Untersagung einer Nebentätigkeit - 10 AZR 66/09 -

1971	27/10	24.03.10	Zulage für ständige Wechselschichtarbeit - Urlaub - 10 AZR 58/09 -
1972	28/10	15.04.10	„Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste“ ist nicht tariffähig - Terminaufhebung im Verfahren - 1 ABR 101/09 -
1973	29/10	20.04.10	Tendenzträgereigenschaft von Anzeigenredakteuren - 1 ABR 78/08 -
1974	30/10	21.04.10	Karenzentschädigung - „überschießendes“ Wettbewerbsverbot - 10 AZR 288/09 -
1975	31/10	21.04.10	Zahlung einer ERA-Strukturkomponente - unzulässige Feststellungsklage - 4 AZR 755/08 -
1976	32/10	22.04.10	Neuberechnung des Vergleichsentgelts bei Alleinerziehenden nach Beendigung des Grundwehr- oder Zivildienstes ihres Sohnes - 6 AZR 966/08 -
1977	33/10	22.04.10	Strukturausgleich für in den TVöD übergeleitete Beschäftigte des Bundes - 6 AZR 962/08 -
1978	34/10	04.05.10	Schadensersatz wegen unrichtiger Arbeitgeberauskunft - 9 AZR 184/09 -
1979	35/10	06.05.10	Keine Vergütung für Betriebsratstätigkeiten im Restmandat - 7 AZR 728/08 -
1980	36/10	18.05.10	Betriebliche Altersversorgung - Verrechnung bei Hinterbliebenenversorgung - 3 AZR 97/08 - und - 3 AZR 80/08 -
1981	37/10	19.05.10	Tariflich angelegte Dynamik nach einem Betriebsübergang - 4 AZR 823/08 -
1982	38/10	19.05.10	Ergänzende Auslegung einer vertraglichen Bezugnahmeklausel - 4 AZR 796/08 -
1983	39/10	20.05.10	Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes beim Entgelt? - 6 AZR 319/09 (A) - und - 6 AZR 148/09 (A) -

1984	40/10	20.05.10	Auskunftsanspruch eines abgelehnten Stellenbewerbers? - 8 AZR 287/08 (A) -
1985	41/10	31.05.10	Vorsitzender Richter beim Bundesarbeitsgericht Dr. Gerhard Reinecke im Ruhestand
1986	42/10	10.06.10	„Fall Emmely“ - Fristlose Kündigung - unrechtmäßiges Einlösen aufgefundener Leergutbons - 2 AZR 541/09 -
1987	43/10	11.06.10	audit berufundfamilie® für das Bundesarbeitsgericht Auszeichnung für familienfreundliche Personalpolitik
1988	44/10	15.06.10	Direktversicherung zur betrieblichen Altersversorgung in der Insolvenz - 3 AZR 334/06 -
1989	45/10	16.06.10	Arbeitsrechtliche Gleichbehandlung beim Umzug des Bundesnachrichtendienstes - 4 AZR 928/08 -
1990	46/10	23.06.10	Grundsatz der Tarifeinheit - 10 AS 2/10 - und - 10 AS 3/10 -
1991	47/10	23.06.10	Kinderbetreuungskosten eines alleinerziehenden Betriebsratsmitglieds - 7 ABR 103/08 -
1992	48/10	07.07.10	Weitergeltung tariflicher Regelungen bei einem Betriebsübergang - 4 AZR 1023/08 -
1993	49/10	09.07.10	Edith Gräfl neue Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht
1994	50/10	14.07.10	Internet und E-Mail für einzelne Betriebsratsmitglieder - 7 ABR 80/08 -
1995	51/10	14.07.10	Auflösung der Versorgungsämter in Nordrhein-Westfalen - 10 AZR 21/09 -
1996	52/10	20.07.10	Neue Richterin am Bundesarbeitsgericht
1997	53/10	22.07.10	Freizeitausgleich für Bereitschaftsdienstzeiten von Ärzten kann in der gesetzlichen Ruhezeit erfolgen - 6 AZR 78/09 -

1998	54/10	22.07.10	Notarielles Schuldanerkenntnis bei zuvor eingeräumten Unterschlagungen am Arbeitsplatz - 8 AZR 144/09 -
1999	55/10	27.07.10	Mitteilung zum Verfahren - 5 AZR 358/09 -
2000	56/10	27.07.10	Wirksamkeit eines „Anlernvertrags“ für einen anerkannten Ausbildungsberuf - 3 AZR 317/08 -
2001	57/10	27.07.10	Mitteilung zu den Verfahren - 5 AZR 519/09 - und - 5 AZR 520/09 -
2002	58/10	29.07.10	Mitteilung zum Verfahren - 7 ABR 94/09 -
2003	59/10	17.08.10	Konkurrentenklage - Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens - 9 AZR 347/09 -
2004	60/10	17.08.10	Rechte der Schwerbehindertenvertretung bei Besetzung von Führungsstellen - 9 ABR 83/09 -
2005	61/10	19.08.10	Keine Benachteiligung bei nicht vergleichbarer Bewerbersituation - 8 AZR 466/09 -
2006	62/10	19.08.10	Benachteiligung bei Stellenbesetzung - 8 AZR 370/09 -
2007	63/10	19.08.10	Behindertengerechte Beschäftigung - Schadensersatz - 8 AZR 315/09 -
2008	64/10	19.08.10	Diskriminierung eines Stellenbewerbers wegen seines Alters - 8 AZR 530/09 -
2009	65/10	25.08.10	Arbeitszeit der Werkfeuerwehr - 10 AZR 535/09 -
2010	66/10	31.08.10	Richterin am Bundesarbeitsgericht Annelie Marquardt im Ruhestand
2011	67/10	01.09.10	Nichteinhaltung der Kündigungsfrist und Klage nach § 4 Satz 1 KSchG - Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB - 5 AZR 700/09 -

2012	68/10	21.09.10	Höhe des Urlaubsentgelts bei Arbeitnehmerüberlassung - 9 AZR 510/09 -
2013	69/10	23.09.10	Undifferenziertes Leistungsentgelt nach § 18 TVöD auch ohne Entgeltanspruch für September 2007 - 6 AZR 338/09 -
2014	70/10	23.09.10	Berücksichtigung von Berufserfahrung bei Stufenzuordnung im TV-L - 6 AZR 180/09 - und - 6 AZR 174/09 -
2015	71/10	29.09.10	Rechtsstellung des Datenschutzbeauftragten bei Fusion zweier Krankenkassen - 10 AZR 588/09 -
2016	72/10	05.10.10	Keine Ordnungshaft bei mitbestimmungswidrigem Verhalten des Arbeitgebers - 1 ABR 71/09 -
2017	73/10	05.10.10	Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung - 1 ABR 88/09 -
2018	74/10	06.10.10	Mitteilung zum Rechtsstreit - 7 AZR 238/09 -
2019	75/10	12.10.10	Besetzung einer Professorenstelle an einer kirchlichen Hochschule - 9 AZR 554/09 -
2020	76/10	19.10.10	Höhe des Ehegattenanteils im Ortszuschlag und des Vergleichsentgelts eines Teilzeibesetzten nach der Überleitung seines Ehegatten in den TVöD - 6 AZR 305/09 -
2021	77/10	20.10.10	Tarifvertragliche Öffnung für betriebliche Bündnisse für Arbeit - 4 AZR 105/09 -
2022	78/10	26.10.10	Betriebsrentenanpassung - wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Rentner- oder Abwicklungsgesellschaft - 3 AZR 502/08 -
2023	79/10	26.10.10	Wirksamkeit einer Dienstvereinbarung - Bindung der Betriebsrente an die Entgeltentwicklung der aktiv Beschäftigten - 3 AZR 711/08 -

2024	80/10	27.10.10	Haushaltsbefristung und europäisches Unionsrecht - 7 AZR 485/09 (A) -
2025	81/10	28.10.10	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 483/09 -
2026	82/10	28.10.10	Mitteilung zum Verfahren - 8 AZR 546/09 -
2027	83/10	28.10.10	Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes - Kleinbetriebsklausel - 2 AZR 392/08 -
2028	84/10	16.11.10	Einsicht in die Personalakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses - 9 AZR 573/09 -
2029	85/10	16.11.10	Mitteilung zum Verfahren - 9 AZR 629/09 -
2030	86/10	17.11.10	Gewerkschaftliche Einwirkungsklage gegen den Arbeitgeberverband - Beachtung des Seniori- tätsprinzips bei der Schulung für Flugzeugmuster - 4 AZR 118/09 -
2031	87/10	17.11.10	Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifvertrag - maßgebendes Tarifrecht bei Branchenwechsel nach Betriebsübergang - 4 AZR 391/09 ua. -
2032	88/10	17.11.10	Vertretungsbefristung und europäisches Unions- recht - 7 AZR 443/09 (A) -
2033	89/10	30.11.10	Anrechnung der gesetzlichen Rente auf die Betriebsrente - 3 AZR 747/08 -
2034	90/10	08.12.10	Weihnachtsgratifikation und vertraglich verein- barter Freiwilligkeitsvorbehalt - 10 AZR 671/09 -
2035	91/10	14.12.10	Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit - 9 AZR 631/09 -
2036	92/10	14.12.10	Betriebliche Altersversorgung - Erstattung von Energieverbrauchskosten - 3 AZR 799/08 -
2037	93/10	14.12.10	Die CGZP kann keine Tarifverträge schließen - 1 ABR 19/10 -

2038	94/10	15.12.10	Tarifgebundenheit - Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft - 4 AZR 256/09 u.a. -
2039	95/10	16.12.10	Zum Anspruch von Opernchormitgliedern auf Sondervergütung für partiturgerechte Duo- und Quartettauftritte in einer Aufführung der Oper „Idomeneo“ von W. A. Mozart - 6 AZR 487/09 -
2040	96/10	16.12.10	Stufenzuordnung eines Oberarztes - 6 AZR 357/09 -

IV. Personalien

Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Gerhard Reinecke ist mit Ablauf des 31. Mai 2010 in den Ruhestand getreten. Herr Dr. Reinecke wurde im Juli 1991 zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt und gehörte zunächst dem Fünften Senat des Bundesarbeitsgerichts an. Seit seiner Ernennung zum Vorsitzenden Richter im Mai 1999 leitete er den Dritten Senat. (Pressemitteilung Nr. 41/10)

Richterin am Bundesarbeitsgericht Annelie Marquardt ist mit Ablauf des 31. August 2010 in den Ruhestand getreten. Frau Marquardt wurde am 1. September 1999 zur Richterin am Bundesarbeitsgericht gewählt und dem Zehnten Senat zugeteilt. Seit 2005 war sie dessen stellvertretende Vorsitzende. (Pressemitteilung Nr. 66/10)

Der Bundespräsident hat die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Hessen Stephanie Rachor mit Wirkung vom 1. August 2010 zur Richterin am Bundesarbeitsgericht ernannt. Frau Rachor wurde dem Zweiten Senat zugeteilt. (Pressemitteilung Nr. 52/10)

Am 8. Juli 2010 wurde die Richterin am Bundesarbeitsgericht Edith Gräfl zur Vorsitzenden Richterin ernannt. Frau Gräfl, die zuvor dem Siebten Senat angehörte, übernahm den Vorsitz im Dritten Senat. (Pressemitteilung Nr. 49/10)

D. Tabellarischer Anhang

Geschäftsjahr 2010

Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Zeilen Nr.	Anhängige Verfahren	Verfahren	
		Insgesamt	Veränderungen gegenüber Vorjahr
1	Revisionen		
11	Unerledigte Revisionen am Jahresanfang	1214	- 38
12	Eingelegte Revisionen	786	- 87
	davon aus:		
1201	Baden-Württemberg	56	+ 9
1202	Bayern	55	- 30
1203	Berlin-Brandenburg	84	- 20
1204	Bremen	13	+ 5
1205	Hamburg	40	+ 10
1206	Hessen	119	+ 14
1207	Mecklenburg-Vorpommern	14	+ 3
1208	Niedersachsen	57	- 14
1209	Nordrhein-Westfalen	216	- 57
1210	Rheinland-Pfalz	24	- 2
1211	Saarland	10	- 1
1212	Sachsen	44	+ 15
1213	Sachsen-Anhalt	29	- 2
1214	Schleswig-Holstein	12	- 24
1215	Thüringen	13	+ 7
13	Revisionen insgesamt	2000	- 125
14	Erledigte Revisionen	982	+ 71
141	Nach der Art der Erledigung:		
1411	Streitiges Urteil	565	- 29
1412	Sonstiges Urteil	6	+ 4
1413	Beschluss nach § 91a ZPO	8	+5
1414	Sonstigen Beschluss	7	+ 1
1415	Vergleich	128	+ 46
1416	Rücknahme	223	+10
1417	Auf sonstige Art	45	+ 34
142	Durch Streitiges Urteil erledigte Revisionen (Zeile 1411) nach der Dauer des Verfahrens		
1421	bis zu 6 Monaten	7	+ 4
1422	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	81	- 97
1423	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	417	+ 17
1424	über 2 Jahren	60	+ 45

15	Unerledigte Revisionen am Jahresende	1018	- 196
2	Rechtsbeschwerden		
21	Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresanfang	171	+ 39
22	Eingereichte Rechtsbeschwerden	87	- 54
	davon aus:		
2201	Baden-Württemberg	12	0
2202	Bayern	5	- 4
2203	Berlin-Brandenburg	8	- 6
2204	Bremen	8	+ 5
2205	Hamburg	5	0
2206	Hessen	12	- 1
2207	Mecklenburg-Vorpommern	0	- 3
2208	Niedersachsen	2	- 9
2209	Nordrhein-Westfalen	24	- 8
2210	Rheinland-Pfalz	3	+ 2
2211	Saarland	0	- 33
2212	Sachsen	2	0
2213	Sachsen-Anhalt	1	+ 1
2214	Schleswig-Holstein	3	0
2215	Thüringen	2	+ 2
23	Rechtsbeschwerden insgesamt	258	- 15
24	Erledigte Rechtsbeschwerden	141	+ 39
	davon:		
241	durch mündliche Verhandlung	45	+ 9
242	ohne mündliche Verhandlung	47	+ 37
243	durch Einstellung des Verfahrens gem. § 94 Nr. 3 ArbGG oder auf sonstige Art	49	- 7
25	Durch Beschluss erledigte Rechtsbeschwerden (Zeilen 241 - 242) nach der Dauer des Verfahrens		
251	bis zu 6 Monaten	2	+ 1
252	über 6 Monate bis zu 1 Jahr	10	+ 5
253	über 1 Jahr bis zu 2 Jahren	80	+ 42
254	über 2 Jahre	0	- 1
26	Unerledigte Rechtsbeschwerden am Jahresende	117	- 54

3	Nichtzulassungsbeschwerden		
31	Verfahren gem. § 72a ArbGG		
311	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	251	- 35
312	Beantragte Verfahren	1384	+ 259
313	Verfahren insgesamt	1635	+ 224
314	Erledigte Verfahren	1316	+ 156
	davon durch:		
3141	Stattgebenden Beschluss	93	+ 11
3142	Zurückweisung	502	+39
3143	Zurückverweisung	31	- 24
3144	Verwerfung	455	+ 105
3145	Rücknahme	214	+14
3146	Auf sonstige Art	21	+ 11
3147	Unerledigte Verfahren am Jahresende	319	+ 68
32	Verfahren gem. § 92a ArbGG		
321	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	28	+ 6
322	Beantragte Verfahren	82	- 36
323	Verfahren insgesamt	110	- 30
324	Erledigte Verfahren	88	- 24
	davon durch:		
3241	Stattgebenden Beschluss	8	- 4
3242	Zurückweisung	42	- 22
3243	Zurückverweisung	0	- 1
3244	Verwerfung	18	+ 10
3245	Rücknahme	14	- 6
3246	Auf sonstige Art	6	- 1
3247	Unerledigte Verfahren am Jahresende	22	- 6
4	Revisionsbeschwerden		
41	Verfahren gem. § 72b ArbGG:		
411	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	1	0
412	Beantragte Verfahren	3	+3
413	Verfahren insgesamt	4	+3
414	Erledigte Verfahren	4	+2
	davon durch:		
4141	Stattgebenden Beschluss (Zurückverweisung)	2	+ 1
4142	Zurückweisung	1	+ 1
4143	Verwerfung	0	0
4144	Rücknahme	1	0
4145	Auf sonstige Art	0	0
415	Unerledigte Verfahren am Jahresende	0	+ 1

42	Verfahren gem. § 77 ArbGG:		
421	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	1	- 2
422	Beantragte Verfahren	19	+ 14
423	Verfahren insgesamt	20	+ 12
424	Erledigte Verfahren	10	+ 3
	davon durch:		
4241	Stattgebenden Beschluss	0	0
4242	Zurückweisung	3	+ 3
4243	Verwerfung	6	0
4244	Rücknahme	0	0
4245	Auf sonstige Art	1	0
425	Unerledigte Verfahren am Jahresende	10	+ 9
43	Verfahren gem. § 78 ArbGG:		
431	Unerledigte Verfahren am Jahresanfang	7	- 5
432	Beantragte Verfahren	40	+ 10
433	Verfahren insgesamt	47	+ 5
434	Erledigte Verfahren	39	+ 4
	davon durch:		
4341	Stattgabe	4	- 2
4342	Zurückweisung	6	- 6
4343	Verwerfung	20	+ 7
4344	Rücknahme	7	+ 4
4335	Auf sonstige Art	2	+ 1
435	Unerledigte Verfahren am Jahresende	8	+ 1
5	Sonstige Verfahren (AS)		
51	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	0	- 2
52	Beantragte Verfahren	6	+ 2
53	Verfahren insgesamt	6	0
54	Erledigte Verfahren	5	- 1
55	Unerledigte Verfahren am Jahresende	1	+ 1
6	Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe		
61	Anträge außerhalb einer anhängigen Revision:		
611	Unerledigte Anträge am Jahresanfang	0	- 2
612	Eingereichte Anträge	64	+ 41
613	Anträge insgesamt	64	+ 39
614	Erledigte Anträge	49	+ 24
615	Unerledigte Anträge am Jahresende	15	+ 15
62	Ergangene Entscheidungen bei anhängigen Revisionsverfahren (Zahl der Beschlüsse)	15	+ 7

7	Entscheidung über Anträge auf Einstellung der Zwangsvollstreckung	9	+ 1
8	In das allgemeine Register eingetragene Anträge und Anfragen	237	- 124
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 2010

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	2	0	2	2	0
	b) im schriftlichen Verfahren	0	0	0	0	0
	2. als unbegründet zurückgewiesen					
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	304	20	324	185	139
	b) im schriftlichen Verfahren	20	1	21	18	3
	3. unter Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils zurückverwiesen					
a) aufgrund mündlicher Verhandlung	55	13	68	26	42	
b) im schriftlichen Verfahren	4	1	5	0	5	
4. der Revision ganz oder teilweise stattgegeben						
	a) aufgrund mündlicher Verhandlung	121	8	129	78	51
b) im schriftlichen Verfahren	15	1	16	8	8	
II.	durch sonstiges Urteil	6	0	6	0	4
III.	durch Beschluss					
	1. als unzulässig verworfen	5	2	7	3	1
	2. Kostenbeschluss § 91a ZPO	7	1	8	1	1
IV.	durch Vergleich					
	1. gerichtlichen Vergleich	114	11	125		
	2. außergerichtlichen Vergleich	3	0	3		
V.	durch Rücknahme	220	3	223		
VI.	auf sonstige Art	44	1	45		
	Summe	920	62	982	321	254

Rechtsbeschwerden (ABR) nach Art der Erledigung - Geschäftsjahr 2010

Zulassung	Zulassung		Summe Spalte 2a-2b
	durch LAG	durch BAG	
1	2a	2b	3
1. Als unzulässig verworfen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	1	0	1
b) Ohne mündliche Anhörung	1	0	1
2. Als unbegründet zurückgewiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	24	0	24
b) Ohne mündliche Anhörung	26	1	27
3. Aufgehoben und zurückverwiesen			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	4	0	4
b) Ohne mündliche Anhörung	6	0	6
4. Ganz oder teilweise stattgegeben			
a) Aufgrund mündlicher Anhörung	15	1	16
b) Ohne mündliche Anhörung	13	0	13
5. Einstellung gem. § 94 Abs. 3 ArbGG	21	0	21
6. Sonstige Art	28	0	28
Summe	139	2	141

E. Geschäftsverteilung

Für das Geschäftsjahr 2010 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 Recht der Arbeitsrechtsregelungen der Religionsgesellschaften, Ein-, Höher-, Um- und Rückgruppierungen sowie Beschäftigung nach bestimmten Vergütungs- und Lohngruppen

5.Senat

Arbeitsentgeltansprüche einschließlich Ansprüche aus Annahmeverzug, Entgeltfortzahlung bei Krankheit und für Feiertage, 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, Ansprüche auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses

8.Senat

Schadensersatz, Betriebsübergang, Entschädigung, Vertragsstrafen

9.Senat

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

10. Senat

Gratifikationen, Aktienoptionen und Sondervergütungen, Tätigkeitszulagen und Erschwerniszulagen, ergebnisorientierte Zahlungen und Zielvereinbarungen, Wettbewerbs-, Handelsvertreter- und Zwangsvollstreckungsrecht, Streitigkeiten über Rechtsfragen, die das Verhältnis zu einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien betreffen, Arbeitspflicht, Beschäftigungspflicht, Arbeitnehmerstatus sowie alle nicht in die Zuständigkeit anderer Senate fallende Rechtsstreitigkeiten

Für das Geschäftsjahr 2010 sind den zehn Senaten folgende Richter zugewiesen:

1. Senat

Vorsitzende: Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt

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

2. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Kreft

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

3. Senat

Vorsitzende: Vorsitzende Richterin Gräfl

1. Beisitzer Richter Dr. Zwanziger
2. Beisitzerin Richterin Dr. Schlewing
3. Beisitzer Richter N. N.

4. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Prof. Bepler

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

5. Senat

Vorsitzender: Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge

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

6. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Dr. Fischermeier

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

7. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Linsenmaier

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

8. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Hauck

1. Beisitzer Richter Böck
2. Beisitzer Richter Breinlinger

9. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Prof. Düwell

1. Beisitzer Richter Krasshöfer
2. Beisitzer Richter Dr. Suckow

10. Senat

Vorsitzender: Vorsitzender Richter Prof. Dr. Mikosch

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

Der Jahresbericht gibt einen Überblick über die Tätigkeit des Bundesarbeitsgerichts im Geschäftsjahr 2010

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.

