

# ***SoliSeminar.de***

<http://www.soliseminar.de>

**präsentiert**

**diese**

**Unterlagen**

# Interessante Urteile des BAG

(vom 20.03.2009)

- **Keine Zeitgutschrift bei Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter während der Gleitzeit**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22.01.2009 - [6 AZR 78/08](#)
- **Gewerkschaftswerbung per E-Mail**  
Bundesarbeitsgericht, vom 20.01.2009 - [1 AZR 515/08](#)
- **Ungleichbehandlung - eingetragene Lebenspartnerschaft – Hinterbliebenenrente**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14.11.2008 - [3 AZR 20/07](#)
- **Schriftlichkeit - Mitbestimmung bei Umgruppierung - Zustimmungsverweigerung in Textform - § 99 - § 126b BGB**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 09.12.2008 - [1 ABR 79/07](#)
- **Anspruch auf Arbeitszeitverlängerung, Teilzeit**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom vom 16.09.2008 - [9 AZR 781/07](#)
- **Einigungsstellenspruch - Videoüberwachung – Verhältnismäßigkeit**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 28.08.2008 - [1 ABR 16/07](#)
- **Anspruch auf Gefährdungsbeurteilung – Arbeitnehmer**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.08.2008 - [9 AZR 1117/06](#)
- **Widerrufsklausel – AGB-Kontrolle**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30.07.2008 - [10 AZR 606/07](#)
- **Mitbestimmung – Ethikrichtlinie**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 22.07.2008 - [1 ABR 40/07](#)
- **Verringerung Arbeitszeit - Teilzeit - Betriebsvereinbarung, § 8 TzBfG**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.06.2008 - [9 AZR 313/97](#)  
(keine öffentlich zugreifbare Rechtsentscheidung)

- **Doppelte Schriftformklausel**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.05.2008 - [9 AZR 382/07](#)
- **Erforderlichkeit - Betriebsrat – Schulungsveranstaltung**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 07.05.2008 - [7 AZR 90/07](#)
- **Kündigungsschutz - Betriebliches Eingliederungsmanagement**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 23.04.2008 - [2 AZR 1012/06](#)
- **Teilnahme Schulungsveranstaltung, vom AG angeordnet, Arbeitszeit**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 15.04.2008 - [1 ABR 44/07](#)
- **Verdachtskündigung - Anhörung des Arbeitnehmers**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.03.2008 - [2 AZR 961/06](#)
- **Auskunftsanspruch – Betriebsrat**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 19.02.2008 - [1 ABR 84/06](#)
- **Mitbestimmung bei Leiharbeit**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 23.01.2008 - [1 ABR 74/06](#)
- **Erstattung Reisekosten – Betriebsrat**  
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 16.01.2008 - [7 ABR 71/06](#)
- **Außerordentliche Kündigung – Beweisverwertungsverbot**  
Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 12.12.2007 - [2 AZR 537/06](#)

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 9/09  
vom 22.01.2009

**BAG, Urteil vom 22.01.2009 - 6 AZR 78/08**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 6. September 2007 - 26 Sa 577/07

Normen:  
§ 29 TVöD

Stichworte:  
Öffentlicher Dienst  
Keine Zeitgutschrift  
ehrenamtlicher Richter  
Gleitzeit

**Öffentlicher Dienst - Keine Zeitgutschrift bei Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter während der Gleitzeit**

§ 29 des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst (TVöD) verpflichtet die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Zuständigkeitsbereich der Vereinigung Kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA) nicht dazu, Arbeitnehmern, die ihr Amt als ehrenamtliche Richter zu einer Zeit ausüben, in der sie nach einem für das Arbeitsverhältnis geltenden flexiblen Arbeitszeitmodell Gleitzeit in Anspruch nehmen können, eine Zeitgutschrift zu gewähren. Eine solche Gutschrift hat nur für die in die Kernarbeitszeit fallende Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter zu erfolgen. Diese tarifliche Bestimmung steht im Einklang mit § 616 BGB und verletzt weder das in §§ 26 ArbGG, 45 Abs. 1a DRiG geregelte Benachteiligungsverbot für ehrenamtliche Richter noch - bei Teilzeitarbeit - das Verbot der Diskriminierung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer gem. § 4 Abs. 1 TzBfG.

Die Klägerin nahm am 1. Juni 2006, einem Donnerstag, ihr Amt als ehrenamtliche Richterin beim Landesarbeitsgericht von 8.30 bis 15.00 Uhr wahr. Die Fahrzeit von ihrem Wohnort zum Gericht und zurück war 30 Minuten länger als zu ihrer Arbeitsstelle bei dem beklagten Landkreis, bei dem sie mit einer Arbeitszeit von 35 Stunden/Woche in Teilzeit beschäftigt ist. Für Donnerstag hatten die Parteien jeweils eine Normalarbeitszeit von 07.30 Uhr bis 15.30 Uhr und eine Kernarbeitszeit von 4 Stunden zwischen 9.00 Uhr und 14.00 Uhr vereinbart. Der Landkreis hat der Klägerin für den 1. Juni 2006 auf deren Arbeitszeitkonto vier Stunden gutgeschrieben. Mit ihrer Klage hat die Klägerin eine Gutschrift von drei weiteren Arbeitsstunden auf ihrem Arbeitszeitkonto verlangt.

Der Senat hat - anders als die Vorinstanzen - die Klage abgewiesen.

Die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes dürfen von Arbeitnehmern, denen ein Arbeitszeitmodell Zeitsouveränität einräumt, ohne Verstoß gegen das gesetzliche Benachteiligungsverbot verlangen, staatsbürgerliche Pflichten und damit auch eine Tätigkeit als ehrenamtlicher Richter soweit wie möglich außerhalb der Arbeitszeit wahrzunehmen.

Dafür müssen diese Arbeitnehmer auch Gleitzeit in Anspruch nehmen, ohne von ihrem Arbeitgeber einen Stundenausgleich zu erhalten. Es ist in erster Linie Aufgabe des Staates, den ehrenamtlichen Richtern eine angemessene, ihre Unabhängigkeit sichernde Entschädigung zu gewähren.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 8/09  
vom 20.01.2009

**BAG, Urteil vom 20.01.2009 - 1 AZR 515/08**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Hessisches LAG, Urteil vom 30. April 2008 - 18 Sa 1724/07

Normen:  
Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG

Stichworte:  
gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit  
Gewerkschaftswerbung  
Gewerkschaft  
Mail-Adressen  
Werbung  
Informationen

**Gewerkschaftswerbung per E-Mail - gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit**

Eine tarifzuständige Gewerkschaft darf sich an Arbeitnehmer über deren betriebliche E-Mail-Adressen mit Werbung und Informationen wenden. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber den Gebrauch der E-Mail-Adressen zu privaten Zwecken untersagt hat. Die Entscheidung einer Gewerkschaft, Arbeitnehmer auf diesem Weg anzusprechen, ist Teil ihrer durch **Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Betätigungsfreiheit**.

Soweit dabei Grundrechte des Arbeitgebers berührt werden, sind die kollidierenden Rechtspositionen gegeneinander abzuwägen. Das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsrecht des Arbeitgebers und sein von Art. 2 Abs. 1 GG erfasstes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb haben gegenüber der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit zurückzutreten, solange der E-Mail-Versand nicht zu nennenswerten Betriebsablaufstörungen oder spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen führt. Auf Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer kann sich der Arbeitgeber im Rahmen eines deliktischen Unterlassungsanspruchs gegenüber der Gewerkschaft nicht berufen.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts wies deshalb - anders als die Vorinstanzen - die Klage eines Dienstleistungsunternehmens auf dem Gebiet der Informationstechnologie ab, mit der dieses der Gewerkschaft ver.di die Versendung von E-Mails an die betrieblichen E-Mail-Adressen seiner Mitarbeiter untersagen lassen wollte.

Störungen des Betriebsablaufs oder messbare wirtschaftliche Nachteile hatte die Arbeitgeberin nicht vorgetragen.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie

>> Schwerbehindertenvertretungen <<

>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 2/09  
vom 14.01.2009

**BAG, Urteil vom 14.01.2009 - 3 AZR 20/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Köln, Urteil vom 19. Juli 2006 - 7 Sa 139/06  
EuGH, Urteil vom 1. April 2008 - C-267/06

Normen:  
Art. 6 des Grundgesetz

Stichworte:  
Gleichbehandlung  
eingetragener Lebenspartner  
Betrieblichee Hinterbliebenenrente  
Hinterbliebenenversorgung  
Altersversorgung  
Lebenspartnerschaft  
Versorgungsordnung

**Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartner bei Betrieblicher Hinterbliebenenrente**

Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat entschieden, dass Überlebende einer eingetragenen Lebenspartnerschaft aus Gründen der Gleichbehandlung einen Anspruch auf Hinterbliebenenrente haben können, wenn für Ehegatten im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung eine dahingehende Zusage besteht.

Nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 1. April 2008 (- C-267/06 - Maruko) sind die überlebenden Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bei der im Rahmen einer betrieblichen Altersversorgung gewährten Hinterbliebenenversorgung überlebenden Ehegatten gleichzustellen, wenn die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Urteil vom 17. Juli 2002 - 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 -) verpflichtet der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe in Art. 6 des Grundgesetzes den einfachen Gesetzgeber nicht, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligen. Es ist damit Sache des einfachen Gesetzgebers, zu bestimmen, ob und inwieweit er zwischen der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft eine vergleichbare Situation schafft.

Seit der Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts“ ab 1. Januar 2005 für eingetragene Lebenspartner den Versorgungsausgleich eingeführt und in der gesetzlichen Rentenversicherung die eingetragene Lebenspartnerschaft der Ehe gleichgestellt hat, ist rechtlich eine vergleichbare Situation auch hinsichtlich der im Arbeitsverhältnis zugesagten Hinterbliebenenversorgung geschaffen. Auch tatsächliche Unterschiede, die im Hinblick darauf, dass es sich bei der zugesagten Hinterbliebenenversorgung um Arbeitsentgelt des Versorgungsberechtigten handelt, die Annahme einer nicht vergleichbaren Situation rechtfertigen könnten, bestehen nicht.

Daraus folgt: Überlebende eingetragene Lebenspartner haben in gleichem Maße wie überlebende Ehegatten Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung. Voraussetzung ist, dass am 1. Januar 2005 noch ein Rechtsverhältnis zwischen dem Versorgungsberechtigten und dem Versorgungsschuldner bestand; der Senat hat offen gelassen, ob dazu ein Arbeitsverhältnis erforderlich ist oder ob es ausreicht, wenn der Arbeitnehmer mit Betriebsrentenansprüchen oder unverfallbaren Anwartschaften ausgeschieden ist. Die Ansprüche ergeben sich seit seinem Inkrafttreten im Jahre 2006 aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz und für die Zwischenzeit aus der im Arbeitsrecht allgemein geltenden Pflicht zur Gleichbehandlung von Arbeitnehmern.

Der Senat hat nicht über die Frage entschieden, welche Ansprüche gegenüber kirchlichen Arbeitgebern bestünden.

Geklagt hatte der überlebende eingetragene Lebenspartner eines ehemaligen Arbeitnehmers der Beklagten. Bei ihr besteht eine Versorgungsordnung, in der eine Hinterbliebenenversorgung zugunsten von Ehepartnern, nicht jedoch eingetragenen Lebenspartnern zugesagt ist. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen. Die Revision blieb vor dem Bundesarbeitsgericht erfolglos, weil der Lebenspartner des Klägers und ehemalige Arbeitnehmer der Beklagten bereits vor dem 1. Januar 2005 verstorben war.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 94/08  
vom 09.12.2008

**BAG, Beschluss vom 09.12.2008 - 1 ABR 79/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12. Juli 2007 - 2 TaBV 74/06

Normen:  
§ 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG  
§ 126b BGB

Stichworte:  
Mitbestimmung  
Umgruppierung  
Zustimmungsverweigerung  
Textform

**Mitbestimmung bei Umgruppierung - Zustimmungsverweigerung in Textform**

Das Schriftlichkeitsgebot des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wird auch durch die Einhaltung der Textform des § 126b BGB erfüllt.

Nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung seiner Zustimmung zu einer Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung oder Versetzung „schriftlich“ mitzuteilen. Diese Erklärung ist nicht nur dann schriftlich, wenn sie vom Betriebsratsvorsitzenden gem. § 126 BGB eigenhändig mit Namensunterschrift versehen wurde. Schriftlich ist sie auch, wenn sie der Textform des § 126b BGB genügt. Dafür reicht es aus, dass die Erklärung in dauerhaft lesbarer Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss des Textes erkennbar ist.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat deshalb, anders als das Landesarbeitsgericht, die Verweigerung der Zustimmung zur Umgruppierung einer Mitarbeiterin durch ein maschinell hergestelltes Schreiben als formwirksam angesehen, das mit einer Grußformel und der Angabe von Namen und Funktion des Betriebsratsvorsitzenden endete, aber nicht eigenhändig unterzeichnet war.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 16.09.2008

**BAG, Urteil vom 16.09.2008 - 9 AZR 781/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 12. September 2007 - 18 Sa 231/07

Normen:  
§ 9 TzBfG

Stichworte:  
Arbeitszeit  
höherwertiger Arbeitsplatz

**Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit - höherwertiger Arbeitsplatz**

Anspruch eines teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers auf Arbeitszeitverlängerung - Arbeitsplatz mit höherwertiger Tätigkeit als "entsprechender Arbeitsplatz" iSv. § 9 TzBfG - § 2 MTV Hessischer Einzelhandel

Leitsätze

1. Ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit nach § 9 TzBfG setzt voraus, dass ein "entsprechender Arbeitsplatz" mit längerer Arbeitszeit frei ist.
2. Das Erfordernis eines "entsprechenden Arbeitsplatzes" ist regelmäßig nur dann gewährt, wenn die zu besetzende Stelle inhaltlich vergleichbar ist mit dem Arbeitsplatz, auf dem der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit ausübt. Beide Tätigkeiten müssen idR dieselben Anforderungen an die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers stellen.
3. Der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer hat nur ausnahmsweise Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit, wenn dies mit einem Wechsel auf einen Arbeitsplatz mit einer höherwertigen Tätigkeit verbunden ist. Ein solcher Ausnahmefall ist zu bejahen, wenn die Personalorganisation des Arbeitgebers Teilzeitarbeit lediglich auf einer niedrigeren Hierarchiestufe als der bisher eingenommenen zulässt. Das bewirkt eine Selbstbindung: Die Grenze zwischen den beiden Hierarchieebenen wird für den späteren Verlängerungswunsch des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers durchlässig. In diesem Fall gilt auch der Arbeitsplatz mit der höherwertigen Tätigkeit als "entsprechender Arbeitsplatz" iSv. § 9 TzBfG.

Tenor

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 12. September 2007 - 18 Sa 231/07 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Tatbestand**

Die Parteien streiten noch über Schadensersatz für die unterbliebene Verlängerung der Arbeitszeit der Klägerin in der Zeit von Januar bis November 2006.

Die Klägerin arbeitet seit 1986 in den Drogeriemärkten des Beklagten. Sie ist in einer der 40 den Bezirken D I und II zugeordneten Verkaufsstellen tätig. Für die beiden Bezirke ist ein Betriebsrat gewählt, dessen Mitglied die Klägerin ist. Die Verkaufsstellen des Beklagten werden als sog. Profitcenter geführt. Die einer Verkaufsstelle zugewiesenen Personalkosten sind von ihrem Umsatz abhängig.

Der Beklagte beschäftigt Verkäuferinnen und Kassiererinnen ("VK") nur in Teilzeit. Seine Verkaufsstellen werden von Verkaufsstellenverwalterinnen geleitet. Diese sind Fachvorgesetzte der dort tätigen Verkäuferinnen und Kassiererinnen. Sie sind der Bezirksleitung unterstellt. Verkaufsstellenverwalterinnen sind in den Bezirken D I und II in Vollzeit mit 37,5 Wochenstunden oder in Teilzeit mit mindestens 30 Wochenstunden tätig. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit einer Vollzeitkraft entspricht mit 37,5 Wochenstunden § 2 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 des mit Wirkung vom 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Manteltarifvertrags für die Arbeitnehmer/innen im Hessischen Einzelhandel vom 27. Januar 2006 (MTV).

Die Klägerin wurde zu Beginn des Arbeitsverhältnisses drei Monate als Aushilfskraft eingesetzt. Danach wurde sie bis Herbst 2004 überwiegend als Verkaufsstellenverwalterin in Vollzeit beschäftigt. Seit Ende November 2001 leitete die Klägerin mit der regelmäßigen tariflichen Wochenarbeitszeit von 37,5 Stunden die Verkaufsstelle in P. Der Arbeitsvertrag sah ein Entgelt der Gehaltsgruppe III.6 des Gehaltstarifvertrags für den Einzel- und Versandhandel des Landes Hessen vor.

Die Klägerin verlangte im Herbst 2004, ihre Arbeitszeit "nach § 8 Abs. 1 TzBfG" auf 20 Wochenstunden zu verringern, um ihre Schwiegermutter zu pflegen. Sie war bereit, als Verkäuferin und Kassiererin zu arbeiten, und schloss mit dem Beklagten am 10. November 2004 einen Änderungsvertrag. Seit 15. November 2004 arbeitete die Klägerin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden als Verkäuferin und Kassiererin gegen eine Vergütung der Gehaltsgruppe I.8 des Gehaltstarifvertrags von 1.056,60 Euro in der Verkaufsstelle D, R-Straße.

Die Klägerin bemühte sich seit Herbst 2005 darum, ihre Arbeitszeit zu verlängern und wieder eine Tätigkeit als Verkaufsstellenverwalterin aufzunehmen. Sie bewarb sich fünfmal um Stellen, die mit 30 bis 37,5 Wochenstunden für "Verkaufsstellenverwaltungen" ("VWV") ausgeschrieben waren.

Die Ausschreibung des Beklagten vom 28. November 2005 für die ab 1. Januar 2006 zu besetzende Stelle einer "Verkaufsstellenverwaltung" in der Verkaufsstelle R, N-Straße, sah eine Wochenarbeitszeit von 35 Stunden vor. Die "Verkaufsstellenverwaltung" sollte nach Tarifgruppe III/ 2. Berufsjahr mit 1.843,00 Euro vergütet werden. Die an ihre Bezirksleiterin gerichtete Bewerbung der Klägerin vom 1. Dezember 2005 um diese Stelle lautet auszugsweise:

"Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle als VVW 37,5 VST. R, N-Straße  
Sehr geehrte Frau B.,  
hiermit möchte ich mich auf die o.a. Stellenausschreibung bewerben. Die erforderliche Qualifikation für eine VVW-Position bringe ich selbstverständlich mit. Derzeit arbeite ich als VK 20 in der VST. D R-Straße. Da ich wieder Vollzeit arbeiten möchte, wäre es super, wenn ich diese Stelle bekäme!"

Alle fünf Bewerbungen der Klägerin blieben erfolglos. Die für den Beklagten handelnden Personen besetzten die Stellen endgültig mit anderen Arbeitnehmerinnen.

Die Klägerin erzielte von Januar bis November 2006 ohne vermögenswirksame Leistungen, tarifliches Urlaubsgeld und tarifliche Sozialzulage Gehälter von insgesamt 15.731,36 Euro brutto. Für die Tätigkeit als Verkaufsstellenverwalterin in R hätten ihr in einer 35-Stunden-Woche Vergütungen von insgesamt 23.872,81 Euro brutto zugestanden (§ 3 B Gehaltsgruppe III Gehaltsstaffel a - nach dem vierten Tätigkeitsjahr - des Gehaltstarifvertrags zwischen dem Landesverband des Hessischen Einzelhandels e. V. und ver.di, Landesbezirk Hessen, vom 27. Januar 2006, in Kraft seit 1. April 2005 (GTV)).

Die Klägerin hat verlangt, den Beklagten zu verurteilen, einer Verlängerung ihrer Arbeitszeit auf 37,5 Stunden zuzustimmen. Zudem hat sie Schadensersatz für die unterbliebene Verlängerung der Arbeitszeit in der Zeit von November 2005 bis November 2006 gefordert. Nachdem der Beklagte ihr seit 1. Dezember 2006 die Stelle einer Verkaufsstellenverwalterin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 37,5 Stunden übertragen hatte, hat die Klägerin nur noch Schadensersatz geltend gemacht.

Die Klägerin meint, der Beklagte habe ihren Anspruch aus § 9 TzBfG schuldhaft nicht erfüllt. Der Teilzeitrichtlinie 97/81/EG lasse sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass sich der bisherige und der gewünschte Arbeitsplatz inhaltlich entsprechen müssten. Maßgebliches Korrektiv sei allein die Eignung des Arbeitnehmers. Der Beklagte verhalte sich in treuwidriger Weise widersprüchlich, wenn er sich darauf berufe, die Funktion einer Verkaufsstellenverwalterin sei höherwertig gegenüber dem Arbeitsplatz einer Verkäuferin und Kassiererin, den die Klägerin während ihrer Teilzeitbeschäftigung innegehabt habe. Das Personalkonzept des Beklagten lasse die Teilzeitarbeit einer Verkaufsstellenverwalterin nicht zu.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 9.065,14 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 25. August 2006 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er ist der Ansicht, das Merkmal des entsprechenden Arbeitsplatzes in § 9 TzBfG schließe einen Anspruch auf Übertragung einer höherwertigen Position aus. Der Klägerin habe es freigestanden, auf der Grundlage von § 8 TzBfG eine Tätigkeit als teilzeitbeschäftigte Verkaufsstellenverwalterin durchzusetzen. Ihre Bewerbung um die Leitung der Verkaufsstelle R habe jedenfalls aus dringenden betrieblichen Gründen nicht berücksichtigt werden können. Das Personalkostenbudget der Verkaufsstelle wäre mit dem der Klägerin zustehenden Entgelt der Gehaltsgruppe III Gehaltsstaffel a - nach dem vierten Tätigkeitsjahr - überschritten gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Schadensersatzklage in Höhe von 9.065,14 Euro brutto stattgegeben und einen Teil des Zinsantrags abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Berufung des Beklagten im Übrigen zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Schadensersatzklage nur für die Zeit von Januar bis November 2006 für begründet gehalten. Es hat eine geringere Schadenshöhe als das Arbeitsgericht von 8.141,45 Euro angenommen und die Zinsstaffel des erstinstanzlichen Urteils teilweise abgeändert.

Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der gesamten Klage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

A. Die Revision ist unbegründet. Der Beklagte hätte die Klägerin nach § 9 TzBfG seit 1. Januar 2006 als Verwalterin der Verkaufsstelle R in der 35-Stunden-Woche mit einer Vergütung gemäß § 3 B Gehaltsgruppe III Gehaltsstaffel a - nach dem vierten Tätigkeitsjahr - GTV beschäftigen müssen. Er verletzte diese Pflicht schuldhaft. Die Erfüllung des Anspruchs der Klägerin auf Verlängerung ihrer Arbeitszeit in der Zeit von Januar bis November 2006 ist dem Beklagten rechtlich unmöglich, weil seine Erfüllungsgehilfen die Stelle endgültig mit einer anderen Arbeitnehmerin besetzten. Die Klägerin hat deshalb Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des vom Landesarbeitsgericht errechneten entgangenen Verdienstes von 8.141,45 Euro, § 275 Abs. 1 und 4, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1, §§ 276, 278 Satz 1 2. Alt., § 251 Abs. 1, § 252 BGB (vgl. zu der Nichterfüllung eines tariflichen Verlängerungsanspruchs BAG 25. Oktober 1994 - 3 AZR 987/93 - AuR 2001, 146, zu B der Gründe; zu § 9 TzBfG LAG Berlin 2. Dezember 2003 - 3 Sa 1041/03 - AuR 2004, 468, zu I der Gründe).

I. Die Klägerin hatte Anspruch auf Verlängerung ihrer Arbeitszeit nach § 9 TzBfG in der ab 1. Januar 2006 zu besetzenden Position der Verwalterin der Verkaufsstelle R.

1. Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen des § 9 TzBfG waren in der Zeit von Januar bis November 2006 erfüllt.

a) Die Klägerin war in diesem Zeitraum teilzeitbeschäftigt iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 TzBfG. Ihre regelmäßige vertragliche Arbeitszeit von 20 Wochenstunden war kürzer als die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten. Diese beträgt in den hessischen Betrieben des Beklagten 37,5 Wochenstunden und entspricht § 2 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 MTV.

b) Die Klägerin zeigte der für den Beklagten handelnden Bezirksleiterin spätestens mit ihrer Bewerbung vom 1. Dezember 2005 um die Stelle in R ihren Wunsch nach Verlängerung der Arbeitszeit in der Funktion einer Verkaufsstellenverwalterin an. Sie führte ausdrücklich aus, wieder in Vollzeit arbeiten zu wollen. Außerdem hielt sie sich für geeignet, eine "VWV-Position" zu bekleiden.

c) Die Klägerin gab mit ihrem Schreiben vom 1. Dezember 2005 darüber hinaus ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags iSv. § 145 BGB in der Funktion der Verwalterin der Verkaufsstelle R mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden ab (zu den Erfordernissen von Anzeige und Angebot BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 603/06 - Rn. 17, NZA 2008, 701; Senat 15. August 2006 - 9 AZR 8/06 - Rn. 21, BAGE 119, 194). Dagegen spricht nicht, dass die Klägerin mitteilte, wieder in Vollzeit arbeiten zu wollen, und in der Betreffzeile ihrer Bewerbung eine Wochenarbeitszeit von 37,5 Stunden nannte. Mit diesen beiden Angaben zeigte sie lediglich ihren Wunsch nach einer Verlängerung in Höhe der Vollarbeitszeit an. Dennoch bezog sie sich ausreichend bestimmt auf die Stelle der Verwalterin der Verkaufsstelle R, die der Beklagte mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von nur 35 Stunden ausgeschrieben hatte.

2. Die unter dem 28. November 2005 ausgeschriebenene und ab 1. Januar 2006 zu besetzende Stelle der Verwalterin der Verkaufsstelle R war ein "entsprechender freier Arbeitsplatz" iSv. § 9 TzBfG.

a) Dieses Erfordernis ist regelmäßig nur dann gewahrt, wenn die zu besetzende Stelle inhaltlich dem Arbeitsplatz entspricht, auf dem der Arbeitnehmer, der den Verlängerungswunsch angezeigt hat, seine vertraglich geschuldete Tätigkeit ausübt. Die angestrebte Stelle muss vergleichbar sein. Das ist zu bejahen, wenn es sich um gleiche oder zumindest ähnliche Tätigkeiten handelt. Beide Tätigkeiten müssen idR dieselben Anforderungen an die persönliche und fachliche Eignung des Arbeitnehmers stellen. Ein entsprechender Arbeitsplatz liegt im Regelfall vor, wenn der zu besetzende Arbeitsplatz dem vertraglich vereinbarten Tätigkeitsbereich und der dafür notwendigen Eignung und Qualifikation entspricht (vgl. Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 20 und 23, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3).

aa) Die Gesetzesmaterialien stehen der Voraussetzung der Vergleichbarkeit der Arbeitsplätze nicht entgegen. Die Begründung der Beschlüsse des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung in BT-Drucks. 14/4625 S. 20 befasst sich nicht mit dem Merkmal des "entsprechenden Arbeitsplatzes". Allerdings wird in der Ausschussbegründung zum Begriff der "entsprechenden Arbeitsplätze" in § 7 Abs. 2 TzBfG (aaO) ausgeführt, durch die Einfügung des Wortes "entsprechende" werde klargestellt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der ihm den Wunsch nach einer Veränderung seiner Arbeitszeit angezeigt habe, nur über solche Arbeitsplätze zu informieren habe, die für den Arbeitnehmer auf Grund seiner Eignung und Wünsche in Frage kämen.

Die tätigkeits- und arbeitsvertragsbezogene Vergleichbarkeit sowie die Gleichwertigkeit der Arbeitsplätze werden nicht erwähnt. Gleichwohl spricht der Gesetzeswortlaut für das Erfordernis eines vergleichbaren und damit regelmäßig gleichwertigen Arbeitsplatzes. Die Voraussetzung des entsprechenden Arbeitsplatzes steht in § 9 TzBfG gleichrangig neben dem Erfordernis gleicher Eignung (vgl. Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 24 f., AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3; aA Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol Das Recht der Teilzeitarbeit 2. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 19; Laux in Laux/Schlachter TzBfG § 9 Rn. 31; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 7. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 4).

bb) Für die Vergleichbarkeit der beiden Arbeitsplätze besteht ein hinreichender Anhaltspunkt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die angestrebte Tätigkeit mit Ausnahme des veränderten Arbeitszeitumfangs durch Ausübung seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO zuweisen könnte. Der Arbeitnehmer hat idR keinen Anspruch auf Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit (vgl. LAG Berlin 2. Dezember 2003 - 3 Sa 1041/03 - AuR 2004, 468, zu I 2 a der Gründe mit insoweit ablehnender Anm. Pielenz AuR 2004, 469 f.; BeckOK RGKU/Bayreuther § 9 TzBfG Rn. 7; Hk-TzBfG/Boecken § 9 Rn. 21 f.; im Ergebnis ebenso Boewer TzBfG § 9 Rn. 26 und 28 ff., der das Kriterium des Weisungsrechts aber ablehnt; Meinel/Heyn/Herms TzBfG 2. Aufl. § 9 Rn. 20; AnwK-ArbR/Michels Bd. 2 § 9 TzBfG Rn. 4; MünchKommBGB/ Müller-Glöße 4. Aufl. Bd. 4 § 9 TzBfG Rn. 7; ErfK/Preis 8. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 6; Rolfs TzBfG § 9 Rn. 3; HWK/Schmalenberg 3. Aufl. § 9 TzBfG Rn. 4; DFL/Schüren § 9 TzBfG Rn. 7; Sievers Kommentar zum TzBfG 2. Aufl. § 9 Rn. 9; Arnold/Gräfl/Vossen TzBfG 2. Aufl. § 9 Rn. 21; aA Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol § 9 TzBfG Rn. 19; Laux in Laux/Schlachter § 9 Rn. 31; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger § 9 TzBfG Rn. 4).

b) Die von der Klägerin im Zeitpunkt ihrer Bewerbung vom 1. Dezember 2005 versehene Funktion einer Verkäuferin und Kassiererinnen war nach ihrem Anforderungsprofil nicht gleichwertig mit der angestrebten Stelle einer Verkaufsstellenverwalterin. Die Position einer Verkaufsstellenverwalterin ist als Leitungsfunktion mit Vorgesetztenbefugnissen ausgestattet und gehört der den Verkäuferinnen und Kassiererinnen der Verkaufsstelle übergeordneten Hierarchieebene an.

c) Die hier zu berücksichtigende Besonderheit ist, dass sich die Klägerin mit dem Beklagten am 10. November 2004 auf die gegenüber ihrer bisherigen Aufgabe einer Verkaufsstellenverwalterin geringere Tätigkeit einer Verkäuferin und Kassiererinnen einigte, um eine Reduzierung ihrer Arbeitszeit auf 20 Wochenstunden zu erreichen. Damit ließ sich die Klägerin auf die Personalorganisation des Beklagten ein. Dieser beschäftigte Verkaufsstellenverwalterinnen im Zeitpunkt ihres Teilzeitverlangens in den Bezirken D I und II nach den unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nur in Vollzeit oder in Teilzeit mit mindestens 30 Wochenstunden, während er Verkäuferinnen und Kassiererinnen ausschließlich in Teilzeit

d) Obwohl die im Streitfall angestrebte Stelle hierarchisch nicht der von der Klägerin in Teilzeit innegehabten Position entsprach, war sie dennoch ein "entsprechender Arbeitsplatz" iSv. § 9 TzBfG. Die von der Klägerin verlangte Verlängerung der Arbeitszeit sollte vor allem die Änderungen rückgängig machen, die erforderlich waren, um den früheren Teilzeitwunsch zu realisieren (vgl. Küttner/Reinecke Personalbuch 2008 Teilzeitbeschäftigung Rn. 59).

aa) Ein Arbeitgeber, der eine Personalorganisation vorgibt, die Teilzeitarbeit (in bestimmtem Umfang) nur auf einer niedrigeren Hierarchiestufe als der bisher eingenommenen zulässt, bindet sich selbst. Die Grenze zwischen den beiden Hierarchieebenen wird für einen späteren Verlängerungswunsch des Arbeitnehmers abweichend vom Regelfall durchlässig. Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass sein Verlängerungswunsch auch für einen freien Arbeitsplatz berücksichtigt wird, auf dem höherwertige Tätigkeiten zu verrichten sind, wenn das Anforderungsprofil der früher, dh. vor Aufnahme der Teilzeitarbeit ausgeübten Tätigkeit entspricht. Das aus Wortlaut und Regelungszusammenhang des § 9 TzBfG erkennbare gesetzgeberische Ziel rechtfertigt hier den Schluss, dass sich die beiden Arbeitsplätze "entsprechen". Auf den Rechtsgedanken einer treuwidrigen Herbeiführung des geringerwertigen Vertragsinhalts durch Rechtsmissbrauch, widersprüchliches Verhalten oder unauflösbaren Selbstwiderspruch des Arbeitgebers entsprechend § 162 BGB braucht nicht zurückgegriffen zu werden (vgl. zum Rechtsgedanken des § 162 BGB bei sog. vorweggenommener Stellenbesetzung die st. Rspr. des Zweiten Senats, zB 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 16; im Bereich des Wiedereinstellungsanspruchs zB BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326, zu B II 2 b aa der Gründe; zur rechtsmissbräuchlichen Vereitelung des Verlängerungsanspruchs Laux in Laux/Schlachter § 9 Rn. 26).

(1) Das TzBfG will den Wechsel von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt erleichtern (BT-Drucks. 14/4374 S. 11 und 18; vgl. auch Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 26, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3; 15. August 2006 - 9 AZR 8/06 - Rn. 19, BAGE 119, 194). § 1 TzBfG sieht als Ziel des Gesetzes daher ua. vor, Teilzeitarbeit zu fördern. Arbeitgeber haben Arbeitnehmern, auch in leitenden Positionen, Teilzeitarbeit nach Maßgabe des TzBfG zu ermöglichen (§ 6 TzBfG). Mit § 6 TzBfG sollen Arbeitgeber aufgefordert werden, Teilzeitarbeit auf allen Unternehmensebenen zu fördern. Sie sollen dafür sorgen, dass Teilzeitarbeit als Arbeitsform insbesondere im Bereich qualifizierter Tätigkeiten attraktiver wird (vgl. BT-Drucks. 14/4374 S. 16).

(2) Mit dem TzBfG sollte zugleich die Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. EG Nr. L 14 vom 20. Januar 1998 S. 9, ber. ABl. EG Nr. L 128 vom 30. April 1998 S. 71) idF der Richtlinie 98/23/EG vom 7. April 1998 (ABl. EG Nr. L 131 vom 5. Mai 1998 S. 10, Teilzeitrichtlinie) umgesetzt werden (BT-Drucks. 14/4374 S. 11). Ziel der Rahmenvereinbarung ist es nach ihrem Paragraphen 1 Buchst. b, die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis zu fördern und zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beizutragen, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Rechnung trägt. Paragraph 5 Nr. 3 Buchst. b der Rahmenvereinbarung sieht vor, dass die Arbeitgeber, soweit dies möglich ist, Anträge von Teilzeitbeschäftigten auf Wechsel in ein Vollzeitverhältnis oder auf Erhöhung ihrer Arbeitszeit, wenn sich diese Möglichkeit ergibt, berücksichtigen "sollten".

(3) Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum TzBfG sollen Teilzeitbeschäftigte, die den Wunsch nach einer Rückkehr zu ihrer früheren Arbeitszeit geäußert haben oder ihre Arbeitszeit verlängern möchten, bei der Besetzung freier Arbeitsplätze vorrangig berücksichtigt werden (BT-Drucks. 14/4374 S. 12). Der Arbeitgeber hat teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer deshalb nach § 9 TzBfG bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen.

Grund für den über die Vorgaben der Sollvorschrift des Paragraphen 5 Nr. 3 Buchst. b der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit hinausgehenden Verlängerungsanspruch (Schmalenberg Anm. AP TzBfG § 9 Nr. 1, zu II 1; Schmidt RdA 2008, 41, 42 f.) ist die Befürchtung vieler Arbeitnehmer, nach einem Wechsel zu Teilzeitarbeit nicht mehr zu Vollzeitarbeit zurückkehren zu können und so in ihrem beruflichen Aufstieg beeinträchtigt zu werden. Das berufliche Fortkommen und die berufliche Mobilität von Teilzeitbeschäftigten sollen gefördert werden, um Karrierehindernisse auszuräumen und damit die Akzeptanz und Attraktivität von Teilzeitarbeit zu erhöhen (BT-Drucks. 14/4374 S. 12 und 18; vgl. auch Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 26, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3).

bb) Die in §§ 1, 6 und 9 TzBfG ausgedrückten Gesetzeszwecke der Förderung beruflicher Mobilität und Flexibilität auf allen Hierarchieebenen sollen ua. gewährleisten, dass Arbeitnehmer nicht mit Rücksicht auf ihr berufliches Fortkommen davon abgehalten werden, eine Teilzeitbeschäftigung aufzunehmen. Diese Zielsetzungen würden beeinträchtigt, wenn ein Arbeitnehmer, der seine persönliche und fachliche Eignung für eine höherwertige Tätigkeit durch ihre Ausübung vor Aufnahme der Teilzeitbeschäftigung in der geringerwertigen Position gezeigt hat, mit dem Argument des nicht vergleichbaren "entsprechenden" Arbeitsplatzes nicht auf seine frühere höhere Hierarchieebene zurückkehren könnte.

(1) Lässt die Personalorganisation des Arbeitgebers die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit auf der bisherigen Hierarchieebene nicht zu und einigen sich die Vertragsparteien auf eine Teilzeitbeschäftigung in der geringerwertigen Funktion, kann der Arbeitnehmer nach § 9 TzBfG verlangen, dass seine Arbeitszeit auf dem freien höherwertigen Arbeitsplatz verlängert wird. Weitere Voraussetzung ist in einem solchen Fall die - hier festgestellte und nicht umstrittene - fortdauernde Eignung des Arbeitnehmers, die höherwertige Tätigkeit zu versehen.

(2) Sonst bliebe ein Arbeitnehmer, der sich auf eine derartige Personalorganisation seines Arbeitgebers einließ, dauerhaft auf eine Teilzeitbeschäftigung auf der niedrigeren Hierarchieebene verwiesen, wenn der Arbeitgeber nicht freiwillig eine "Beförderungsvereinbarung" träfe. IdR besteht auch keine Nebenpflicht des Arbeitgebers iSv. § 241 Abs. 2 BGB, im Vorhinein auf die Möglichkeit einer nur befristeten Arbeitszeitverringerung hinzuweisen (vgl. Senat 13. November 2001 - 9 AZR 442/00 - AP BAT § 15b Nr. 1, zu B II 1 der Gründe). Blicke die Grenze zwischen den beiden Hierarchieebenen in einem solchen Fall undurchlässig, würde die gesetzgeberische Zielvorstellung der Flexibilisierung der individuellen Arbeitszeit verfehlt (vgl. Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 26, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3). § 9 TzBfG soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer nicht damit rechnen muss, auf unabsehbare Dauer Teilzeitarbeit leisten zu müssen (Schmalenberg Anm. AP TzBfG § 9 Nr. 1, zu II 1).

(3) Einem Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit auf einem höherwertigen Arbeitsplatz steht hier nicht entgegen, dass sich die Klägerin freiwillig dazu bereitfand, die Funktion einer Verkäuferin und Kassiererin zu übernehmen. Sie versuchte zwar nicht, die Reduzierung ihrer Arbeitszeit in der Position einer Verkaufsstellenverwalterin nach § 8 TzBfG gerichtlich durchzusetzen. Damit verzichtete sie jedoch nicht auf den Verlängerungsanspruch. § 9 TzBfG bindet den von ihm begründeten Anspruch nicht an eine Teilzeitbeschäftigung auf der Grundlage eines Verringerungsanspruchs nach § 8 TzBfG.

Die Regelung erfasst alle Teilzeitbeschäftigten, zB auch Arbeitnehmer, die von vornherein ein Teilzeitarbeitsverhältnis begründen (BT-Drucks. 14/4374 S. 18). Die Berücksichtigung freiwilliger Vereinbarungen entspricht zugleich dem Ziel von Paragraph 1 Buchst. b der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit. Danach soll die Rahmenvereinbarung die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis fördern.

cc) Die im Streitfall bejahte Vergleichbarkeit der beiden Arbeitsplätze einer Verkaufsstellenverwalterin sowie einer Verkäuferin und Kassiererin, die unterschiedlichen Hierarchieebenen angehören, führt nicht zu einem "allgemeinen Qualifikationsanspruch", den § 9 TzBfG nicht vorsieht (vgl. Meinel/Heyn/Herms § 9 Rn. 20). Regelmäßig kommt Teilzeitbeschäftigten lediglich ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit in einer inhaltlich vergleichbaren und gleichwertigen Position zu (vgl. zu der ähnlichen Problematik der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien gleich- oder geringerwertigen Arbeitsplatz im Bereich des allgemeinen Kündigungsschutzes die st. Rspr. des Zweiten Senats, zB 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 17; kritisch dazu Houben NZA 2008, 851, 852 ff.). Die Ausnahme eines Anspruchs auf Verlängerung der Arbeitszeit in einer höherwertigen Funktion besteht nur unter engen Voraussetzungen. Sie verlangt eine organisatorische Vorgabe des Arbeitgebers, die Teilzeitarbeit lediglich auf einer niedrigeren Hierarchiestufe zulässt. Darüber hinaus setzt der Ausnahmetatbestand die früher tatsächlich bewiesene und fortdauernde persönliche und fachliche Eignung des Teilzeitarbeitnehmers voraus.

3. Der Verlängerung der Arbeitszeit der Klägerin in der Funktion der "Verkaufsstellenverwaltung" in R stand kein dringender betrieblicher Grund entgegen, obwohl der Beklagte den Arbeitsplatz mit einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin im zweiten Berufsjahr besetzen wollte, um das Personalkostenbudget der Verkaufsstelle nicht zu überschreiten.

a) Entgegenstehende dringende betriebliche Gründe sind nur anzunehmen, wenn sie gleichsam zwingend sind (Senat 15. August 2006 - 9 AZR 8/06 - Rn. 30, BAGE 119, 194). Die negative Anspruchsvoraussetzung der nicht entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe bezieht sich auf die personelle Auswahl für die Besetzung des freien Arbeitsplatzes (Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 34, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3). Erforderlich ist ein betrieblicher Grund von ganz besonderem Gewicht. Insoweit unterscheidet sich das Tatbestandsmerkmal vom Adressaten des Verlängerungsanspruchs, dem Arbeitgeber. Während sich der Verlängerungsanspruch auf das gesamte Unternehmen erstreckt, ist der entgegenstehende dringende Grund auf den Betrieb beschränkt (vgl. nur Hk-TzBfG/Boecken § 9 Rn. 24; Laux in Laux/Schlachter § 9 Rn. 29; Arnold/Gräfl/Vossen § 9 Rn. 16).

b) Hier kann offenbleiben, ob für die Budgetierung der Personalkosten der einzelnen Verkaufsstellen der notwendige Bezug zum Gesamtbetrieb besteht, der sich aus den Bezirken D I und II zusammensetzt. Der Beklagte macht geltend, die voraussichtlichen Personalkosten jeder Verkaufsstelle des Betriebs würden durch den Umsatz der jeweiligen Verkaufsstelle begrenzt.

aa) Der Vortrag des Beklagten lässt bereits nicht darauf schließen, dass sein Organisationskonzept tatsächlich umgesetzt wird. Die Umsätze der einzelnen Verkaufsstellen sind nicht statisch, sondern sie schwanken. Die dort eingesetzten "Verkaufsstellenverwaltungen" weisen mit zunehmender Dauer ihrer Arbeitsverhältnisse eine höhere Anzahl von Berufsjahren auf. Der Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass sein Organisationskonzept eine "Rotation" der länger beschäftigten "Verkaufsstellenverwaltungen" vorsieht. Es kann deswegen auf sich beruhen, ob das Konzept des Beklagten ältere Arbeitnehmer unerlaubt benachteiligt.

bb) Selbst wenn ein umgesetztes Organisationskonzept angenommen wird, hat das Landesarbeitsgericht seinen tatrichterlichen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des nötigen Gewichts der entgegenstehenden Gründe nicht überschritten. Ihm ist darin zuzustimmen, dass nur dann ein Grund von ganz erheblichem Gewicht vorliegt, wenn das grundsätzlich vorrangige Interesse des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers zurückzutreten hat. Das trifft hier nicht zu. Der Beklagte hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts insbesondere nicht dargelegt, dass die Überschreitung des Kostenbudgets der Verkaufsstelle R gewichtige Auswirkungen auf den Gesamtbetrieb D I und II gehabt hätte. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Budgetüberschreitung die betriebliche Organisation schwerwiegend beeinträchtigt oder völlig unverhältnismäßige Kosten verursacht hätte.

4. Die Voraussetzungen des § 9 TzBfG waren deshalb in der Zeit von Januar bis November 2006 erfüllt. § 9 TzBfG begründet einen einklagbaren Rechtsanspruch des in Teilzeit beschäftigten Arbeitnehmers auf Verlängerung seiner Arbeitszeit durch Vertragsänderung, wenn sich - wie hier - keine besser geeigneten Konkurrenten bewerben (vgl. BAG 16. Januar 2008 - 7 AZR 603/06 - Rn. 17, NZA 2008, 701; Senat 8. Mai 2007 - 9 AZR 874/06 - Rn. 18, AP TzBfG § 9 Nr. 3 = EzA TzBfG § 9 Nr. 3; 13. Februar 2007 - 9 AZR 575/05 - Rn. 26, AP TzBfG § 9 Nr. 2 = EzA TzBfG § 9 Nr. 2; 15. August 2006 - 9 AZR 8/06 - Rn. 19, BAGE 119, 194) .

a) §§ 8 und 9 TzBfG haben zum Ziel, die individuelle Arbeitszeit innerhalb des im Übrigen unverändert bestehenden Arbeitsverhältnisses zu flexibilisieren. Dieser Zweck wird für § 9 TzBfG nur erreicht, wenn der Arbeitnehmer einen durchsetzbaren Anspruch auf vertragliche Verlängerung seiner Arbeitszeit hat . Das Angebot des Arbeitnehmers auf Änderung des Arbeitsvertrags beschränkt den Arbeitgeber in seiner Vertragsfreiheit. Die Geltendmachung des Verringerungswunschs nach § 8 Abs. 2 Satz 1 TzBfG löst in seinem Anwendungsbereich die entsprechende Rechtsfolge im Sinne eines Kontrahierungszwangs aus.

b) Die Erfüllung des Anspruchs der Klägerin aus § 9 TzBfG ist dem Beklagten rechtlich unmöglich iSv. § 275 Abs. 1 und 4, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 2, § 283 Satz 1 BGB. Die für ihn handelnden Personen übertrugen der Klägerin die Aufgabe der Verwalterin der Verkaufsstelle R in der Zeit von Januar bis November 2006 nicht. Die Abgabe der Annahmeerklärung konnte auch nicht rückwirkend fingiert werden (§ 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 311a Abs. 1 BGB), weil die Stelle endgültig mit einer anderen Arbeitnehmerin besetzt wurde.

II. Der Beklagte ist für die Verletzung seiner Pflicht aus § 9 TzBfG verantwortlich (§ 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 278 Satz 1 2. Alt. BGB).

1. Nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. § 278 Satz 1 2. Alt. BGB sieht vor, dass der Schuldner ein Verschulden der Personen, der er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Entlastet wird der Schuldner durch einen unverschuldeten Tatsachen- oder Rechtsirrtum (BAG 25. Oktober 1994 - 3 AZR 987/93 - AuR 2001, 146, zu B 1 der Gründe mwN).

2. Der Beklagte beruft sich auf keinen unverschuldeten Tatsachen- oder Rechtsirrtum.

a) Ein Verschulden für einen Rechtsirrtum entfällt insbesondere nicht schon dann, wenn die Gesetzesauslegung nicht einfach ist. An einen unverschuldeten Rechtsirrtum sind strenge Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich erfordert der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Schuldner das Risiko eines Rechtsirrtums selbst trägt und es nicht dem Gläubiger überbürden kann (vgl. BAG 25. Oktober 1994 - 3 AZR 987/93 - AuR 2001, 146, zu B 2 der Gründe mwN). Der Rechtsirrtum ist unverschuldet, wenn die Rechtslage objektiv zweifelhaft ist und der Schuldner sie sorgfältig geprüft hat (vgl. BAG 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - BAGE 101, 328, zu B II 2 b cc der Gründe; 22. März 2001 - 8 AZR 536/00 - EzBAT BAT § 8 Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers Nr. 31, zu II 3 c cc der Gründe). Der Schuldner ist hierfür nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB darlegungs- und beweisbelastet (Palandt/Heinrichs BGB 67. Aufl. § 280 Rn. 34 und 40; vgl. Jacobs in Annuß/Thüsing TzBfG 2. Aufl. § 9 Rn. 45).

b) Der Beklagte hat nach den unangefochtenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keinerlei Tatsachen vorgetragen, die auf ein fehlendes Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen schließen lassen. Er hat insbesondere keine sorgfältige Prüfung der Rechtslage dargelegt. Die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB ist deswegen nicht widerlegt.

III. Das Landesarbeitsgericht hat den Schadensumfang richtig bestimmt. Der Beklagte schuldet nach § 251 Abs. 1, § 252 BGB Ersatz des in der Zeit von Januar bis November 2006 entgangenen Verdienstes.

1. Eine zeitliche Begrenzung des Schadensersatzanspruchs lässt sich nicht begründen, weil die schuldhafte Nichterfüllung des Anspruchs aus § 9 TzBfG stetig andauerte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die ihr am 1. Januar 2006 nicht übertragene Funktion der Verwalterin der Verkaufsstelle R zu einem späteren Zeitpunkt in der Zeitspanne bis 30. November 2006 wieder verloren hätte (im Ergebnis ebenso BAG 25. Oktober 1994 - 3 AZR 987/93 - AuR 2001, 146, zu B der Gründe; LAG Berlin 2. Dezember 2003 - 3 Sa 1041/03 - AuR 2004, 468, zu II der Gründe; Hk-TzBfG/Boecken

§ 9 Rn. 38; Boewer § 9 Rn. 53 mwN zu der Kontroverse in Rn. 51 f.; Jacobs in Annuß/Thüsing § 9 Rn. 45; Laux in Laux/Schlachter § 9 Rn. 74; Sievers § 9 Rn. 19; Arnold/Gräfl/Vossen § 9 Rn. 42; aA Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger § 9 TzBfG Rn. 19: Schätzung entsprechend § 10 KSchG). Ein Mitverschulden der Klägerin iSv. § 254 Abs. 1 BGB scheidet ebenfalls aus. Sie nahm das erste ihr unterbreitete Verlängerungsangebot des Beklagten mit Wirkung vom 1. Dezember 2006 an.

2. Der Beklagte schuldet daher Schadensersatz in Höhe des in zweiter Instanz zuerkannten Betrags von 8.141,45 Euro. Es handelt sich um die Differenz zwischen der für die Stelle der Verkaufsstellenverwalterin in R in der 35-Stunden-Woche zu zahlenden Gesamtvergütung für Januar bis November 2006 von 23.872,81 Euro brutto (§ 3 B Gehaltsgruppe III Gehaltsstaffel a - nach dem vierten Tätigkeitsjahr - GTV) sowie dem erhaltenen Entgelt als Verkäuferin und Kassiererin von insgesamt 15.731,36 Euro brutto.

IV. Die Klägerin hat Anspruch auf die geforderten Prozess- und Verzugszinsen in der vom Landesarbeitsgericht zugesprochenen gestaffelten Höhe (§§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2, §§ 614, 187 Abs. 1, § 193 BGB).

B. Der Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 26.08.2008

**BAG, Beschluß vom 26.08.2008 - 1 ABR 16/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Schleswig-Holstein, Beschluß vom 14. Dezember 2006 - 4 TaBV 21/06  
Arbeitsgericht Lübeck, Beschluß vom 10. April 2006 - 2 BV 130/05

Normen:  
Betriebsvereinbarung  
§ 76 Abs. 2 BetrVG  
§ 6b Abs. 5 BDSG  
Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG

Stichworte:  
Videoanlage  
Eingriff (Persönlichkeitsrechte)  
Persönlichkeitsrechte  
Videoüberwachung  
Einigungsstellenspruch  
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

**Videoüberwachung im Betrieb - Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs**

Leitsätze

Arbeitgeber und Betriebsrat sind grundsätzlich befugt, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen. Die Zulässigkeit des damit verbundenen Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer richtet sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Tenor

I. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 14. Dezember 2006 - 4 TaBV 21/06 - teilweise aufgehoben.

II. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 10. April 2006 - 2 BV 130/05 - teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 7. November 2005 in § 6 Abs. 7 unwirksam ist.

III. Die Anschlussbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 10. April 2006 - 2 BV 130/05 - wird insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die Feststellung richtet, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 7. November 2005 in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 einschließlich der Anlage 3 unwirksam ist.

IV. Die weitergehende Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird zurückgewiesen.

### **Gründe:**

A. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs zur Einführung einer Videoüberwachung.

Die Arbeitgeberin betreibt in L ein Briefverteilzentrum. Für dieses ist ein Betriebsrat errichtet. In dem Verteilzentrum wird überwiegend mit Handsortierung gearbeitet. Vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Oktober 2005 meldeten 250 Kunden Verluste von Briefsendungen. In der Vergangenheit hatte der Betriebsrat zweimal anlässlich konkreter Verdachtsmomente gegen einzelne Arbeitnehmer der vorübergehenden Installierung einer verdeckten Videokamera zugestimmt. Dadurch konnten die Täter jeweils überführt werden. Bundesweit wurden durch den Einsatz stationärer Videoanlagen in Briefverteilzentren der Arbeitgeberin im Jahr 2005 insgesamt elf Täter überführt. Die Betriebsparteien haben für das Briefzentrum L eine Betriebsvereinbarung geschlossen, nach der Tür- und Taschenkontrollen möglich sind; ein Abtasten von Personen ist nicht erlaubt.

Die Betriebsparteien verhandelten im Jahr 2005 erfolglos über die Einrichtung einer stationären Videoüberwachungsanlage. Die daraufhin angerufene Einigungsstelle beschloss am 7. November 2005 mit der Stimme des Vorsitzenden eine "Betriebsvereinbarung zum Einsatz einer stationären Videoanlage im Briefzentrum L" (BV). Diese sieht die Möglichkeit der Videoüberwachung im Innen- und Außenbereich vor und enthält ua. folgende Regelungen:

#### § 1 Geltungsbereich

Diese Betriebsvereinbarung gilt

1. in personeller Hinsicht für alle Arbeitnehmer, Auszubildenden und Beamten (im folgenden: die Beschäftigten) der Niederlassung BRIEF L, Betriebsteil L
2. in räumlicher Hinsicht für das Briefzentrum und seinen Außenbereich mit Ausnahme der Büro-, Aufenthalts- und Sozialräume.
3. In sachlicher Hinsicht für die Einführung, den Einsatz und den Betrieb einer Videoanlage sowie die Verwertung, Aufbewahrung und Vernichtung der dabei gewonnenen Erkenntnisse und Aufzeichnungen.

#### § 2 Zweck

- (1) Die Videoanlage soll Sendungsverluste, -beschädigungen sowie Inhaltsschmälerungen, die das Ansehen der Deutschen Post AG und ihrer Beschäftigten schädigen können, vermindern und aufklären. Sie soll das Eigentum der Deutsche Post AG, ihrer Kunden und Lieferanten sichern, die Beschäftigten und ihr Eigentum schützen und der Wahrung des Postgeheimnisses dienen.
- (2) Die Videoanlage wird ausschließlich zur Aufklärung von Straftaten sowie zur Vorbeugung von weiteren Straftaten betrieben.
- ...
- (4) Jede Nutzung der Anlage oder Teilen von ihr zu anderen Zwecken (Art,

Umfang und Weise) als in dieser Betriebsvereinbarung beschrieben, ist untersagt.

### § 3 Ausschluss von Leistungs- und/oder Verhaltenskontrollen

(1) Jede Leistungs- und/oder Verhaltenskontrolle über den Rahmen der Zweckbestimmung des § 2 hinaus ist ausgeschlossen.

...

### § 4 Technische Ausstattung

(1) Die Videoanlage wird durch eine Fachfirma so installiert, dass die gewonnenen Daten gegen den Zugriff Unbefugter geschützt sind.

(2) Die technische Ausstattung, Anzahl und Standorte der Kameras, Aufzeichnungsgeräte, Monitore und weiterer technischer Geräte sind in der Anlage 1 geregelt, die Bestandteil der Betriebsvereinbarung ist.

(3) Der Betrieb der Videoanlage erfolgt von einem Raum aus, der mit einem Schnappschloss so gesichert ist (z.B. durch einen Knauf), dass er von Unbefugten nicht geöffnet werden kann.

(4) Die Bedienungselemente der Videoanlage sind in einem Schrank unterzubringen, der nur mit zwei Schlüsseln geöffnet werden kann. Ein Schlüssel steht der Arbeitgeberin, ein anderer dem Betriebsrat zur Verfügung.

(5) Tonaufnahmen sind unzulässig.

(6) Eine Software-Verknüpfung mit anderen IT-Systemen findet nicht statt. Es besteht eine Hardware-Schnittstelle (potentialfreie Kontakte) zur Einbruch- und Überfallmeldeanlage. Dadurch wird im Alarmfall sichergestellt, dass für die Dauer des Alarmereignisses entsprechende Videoaufzeichnungen gespeichert und zur ereignisbezogenen Auswertung vorgehalten werden.

(7) Jede Änderung der Standorte und der Anzahl der Kameras sowie jede technische Leistungsänderung, die den Betrieb der Videoanlage, ihre Nutzung, die Speicherung von Daten und / oder deren Auswertung betrifft, bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.

...

### § 6 Betrieb der Videoanlage

(1) Die Videoanlage wird während der Betriebsruhezeiten grundsätzlich im gesamten Bereich des Briefzentrums im Aufzeichnungsmodus eingeschaltet.

(2) Der Außenbereich wird grundsätzlich, wie in Anlage 1 dargestellt, auch während der Betriebszeiten von der Videoanlage im Aufzeichnungsmodus überwacht.

(3) Voraussetzung für den Betrieb der Videoanlage im Aufzeichnungsmodus im Innenbereich während der Betriebszeiten ist ein auf konkrete Personen bezogener Verdacht einer strafbaren Handlung aufgrund von:

a) Beschädigungen, Verluste oder Inhaltsschmälerungen von Sendungen, die den Verdacht auf eine strafbare Handlung im Briefzentrum rechtfertigen oder

b) Feststellungen zu Entwendungen und / oder Beschädigungen von Eigentum der Beschäftigten oder der Deutsche Post AG im Briefzentrum.

(4) Über entsprechende Feststellungen gemäß Abs. 3 ist der Betriebsrat vor Einsatz der Videoanlage durch die NLL bzw. durch die Mitarbeiter der Konzernsicherheit zu informieren. Alle Informationen zu vorliegenden Verdachtsmomenten sowie die Art, Weise und Dauer des vorgesehenen Betriebs der Anlage unterliegen der Geheimhaltungspflicht gemäß § 79 BetrVG.

(5) Um den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten durch die Videoüberwachung so gering wie möglich zu halten, soll die Durchführung der Videoüberwachung im Aufzeichnungsmodus im jeweiligen Fall abhängig vom ermittelten Sachverhalt zunächst auf den räumlichen Bereich, dem der Vorfall gemäß Abs. 4 a) oder b) zugeordnet werden kann, beschränkt werden. Zu diesem Zweck können max. 6 Kameras eingesetzt werden.

(6) Die Dauer der Videoaufzeichnung hat sich auf den erforderlichen Umfang zu beschränken. Sobald der Täter oder die Täterin ermittelt ist, der oder die für den die Videoaufzeichnung auslösenden Vorfall i.S.d. Abs. 3 a) oder b) verantwortlich ist, ist die Aufzeichnung unverzüglich einzustellen.

(7) Hat die Videoaufzeichnung des überwachten Bereichs i.S.d. Abs. 5 zu keiner Überführung des Täters oder der Täterin geführt, kann die Videoaufzeichnung auf weitere Bereiche oder ggf. das gesamte Briefzentrum erstreckt werden, wobei die Überwachung mit Aufzeichnung insgesamt 4 Wochen nicht überschreiten darf. Eine darüber hinaus gehende Videoüberwachung im Aufzeichnungsmodus aufgrund des auslösenden Vorfalls ist nur mit Zustimmung des BR zulässig.

(8) Erforderliche Zwischenbedienungen (Behebung technischer Störungen, Schaltung der Videoanlage während der Betriebsruhezeiten) werden gemeinsam durch Personen gem. § 5 vorgenommen.

#### § 7 Auswertung der Erkenntnisse

(1) Die Auswertung der Aufzeichnungen erfolgt durch visuelle Sichtung via Bildschirm. Bis auf das Vergrößern von Bildausschnitten ist die Anwendung technischer Auswertungsmöglichkeiten nur mit Zustimmung des BR zulässig.

(2) Auswertungen von Aufzeichnungen dürfen nur aus Anlass und zur Aufklärung von Beschädigungen, Verlusten oder Inhaltsschmälerungen von Sendungen, die den Verdacht auf eine strafbare Handlung im Briefzentrum rechtfertigen oder wegen Feststellungen zu Entwendungen und / oder Beschädigungen von Eigentum der Beschäftigten oder der Deutsche Post AG erfolgen.

...

#### § 8 Aufbewahrung und Vernichtung der Aufzeichnungen

(1) Die aufgezeichneten Bilddaten befinden sich auf den eingebauten Festplatten der Digitalrecorder.

(2) Aufgezeichnete Bilddaten werden spätestens 60 Tage nach Herstellung gelöscht, es sei denn, sie werden zur Beweissicherung benötigt.

(3) Zur Beweissicherung können beweiserhebliche Bilddaten auf RAM-Disk oder Magnetband überspielt werden. Spätestens 60 Tage, nachdem die Aufzeichnungen nicht mehr zur Beweissicherung benötigt werden, werden sie gelöscht, es sei denn, das Gesetz schreibt eine längere Aufbewahrungsdauer vor.

#### § 9 Datenschutz

(1) Die Bestimmungen des Datenschutzes und anderer diesbezüglicher Gesetze und Gesamtbetriebsvereinbarungen bleiben von dieser Betriebsvereinbarung unberührt und sind zu beachten.

...

#### § 10 Rechte des Betriebsrats

(1) Der Betriebsrat ist berechtigt, sich beim Betrieb der Videoanlage einschließlich aller Zwischenbedienungen mit jeweils einem seiner Mitglieder zu beteiligen.

(2) Der Betriebsrat hat das Recht, die Einhaltung dieser Betriebsvereinbarung zu kontrollieren. Der dazu erforderliche Zutritt zu den entsprechenden Anlagen und Räumen und die dazu erforderlichen Informationen sind dem Betriebsrat jederzeit zu gewähren.

...

#### § 11 Rechte und Information der Beschäftigten

(1) Vor dem erstmaligen Betriebsbeginn sind die Beschäftigten vom Arbeitgeber über Hintergründe und Inhalt dieser Betriebsvereinbarung und die Funktionsweise der Videoanlage zu informieren.

(2) Neu eingestellte Kräfte erhalten ein vom Arbeitgeber verfasstes Informationsblatt (unter Umständen fremdsprachig) ausgehändigt.

(3) Insbesondere im Ein- und Zugangsbereich der Niederlassung wird durch gut sichtbare Beschilderung auf den Einsatz von Videokameras hingewiesen.

## § 12 Konfliktlösung und Schlussbestimmungen

(1) Sofern diese Betriebsvereinbarung das Einvernehmen mit dem BR bzw. die Zustimmung des BR erfordert und innerhalb von drei Tagen das Einvernehmen nicht hergestellt bzw. die Zustimmung nicht erteilt wurde (z.B. zum Betrieb der Anlage gem. § 6), entscheidet auf Antrag die Einigungsstelle. Die Einigungsstelle tritt in diesem Fall am Tag nach Ablauf der Dreitagefrist zusammen. Als Vorsitzende der Einigungsstelle werden die in der Anlage 3 aufgeführten Einigungsstellenvorsitzenden benannt. Für die jeweils erforderliche Einigungsstelle führt der zuoberst Genannte den Vorsitz, in dessen Verhinderungsfall der nächstgenannte, usw.

...”

Aus der Anlage 1 zur Betriebsvereinbarung ergibt sich, dass für den Innenbereich insgesamt 13 Kameras vorgesehen sind. In der Anlage 3 zur Betriebsvereinbarung sind drei Personen namentlich genannt, darunter an erster Stelle der Vorsitzende der Einigungsstelle, die den Spruch vom 7. November 2005 gefasst hat.

Durch die Videoüberwachung im Außenbereich werden 30 Kraftfahrer während des Be- und Entladens sowie der Prüfung ihrer Fahrzeuge erfasst. Diese Tätigkeiten dauern für den einzelnen Fahrer täglich höchstens eine Viertelstunde. Zum Außenbereich des Briefverteilzentrums haben Kunden, die Sendungen über die Großannahmestelle einliefern wollen, während der Betriebszeiten ungehinderten Zugang.

Der Betriebsrat hat den ihm am 16. November 2005 zugestellten Spruch der Einigungsstelle am 30. November 2005 beim Arbeitsgericht angefochten. Er hat die Auffassung vertreten, durch die in dem Spruch vorgesehenen Möglichkeiten der Videoüberwachung werde unverhältnismäßig in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen. Es sei bereits fraglich, ob die Videoüberwachung geeignet sei, Diebstähle von Briefsendungen zu ermitteln oder zu verhindern. Die Überführung von bundesweit elf Tätern durch Videoüberwachung sei im Verhältnis zu der von der Arbeitgeberin behaupteten Vielzahl von Vermögensdelikten verschwindend gering. Jedenfalls sei die Videoüberwachung nicht erforderlich. Die Möglichkeiten der Tür- und Taschenkontrolle sowie die Installation einer verdeckten Videoüberwachung in einem konkreten Verdachtsfall seien ausreichende und mildere Mittel. Vor allem seien die vorgesehenen Überwachungsmöglichkeiten unangemessen. Dies gelte sowohl für die verdachtsabhängige Überwachung im Innenbereich als auch für die verdachtsunabhängige Überwachung im Außenbereich. Im Innenbereich seien die in § 6 Abs. 3 BV genannten Voraussetzungen nicht nachvollziehbar und nur oberflächlich ausgestaltet. Vor allem aber sei die in § 6 Abs. 7 BV vorgesehene Erstreckung der Videoaufzeichnung auf den gesamten Betrieb unangemessen. Die Konfliktlösungsregelung in § 12 BV verstoße gegen § 76 Abs. 2 BetrVG.

Der Betriebsrat hat beantragt

festzustellen, dass die durch Spruch der Einigungsstelle zum Einsatz einer stationären Videoanlage bei der Deutschen Post AG, Briefzentrum L, getroffene Vereinbarung vom 7. November 2005 unwirksam ist.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Einigungsstellenspruch sei uneingeschränkt wirksam. Die vorgesehene Videoüberwachung sei geeignet, erforderlich und angemessen, um Diebstähle zu verhindern und Täter zu überführen. Die Regelungen der BV reduzierten den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten auf ein zumutbares Maß.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats teilweise entsprochen und festgestellt, dass die Regelung in § 12 Abs. 1 BV unwirksam ist. Im Übrigen hat es den Antrag abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Auf die Anschlussbeschwerde der Arbeitgeberin hat es den Antrag des Betriebsrats insgesamt abgewiesen.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat seinen Antrag in vollem Umfang weiter.

## **B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist teilweise begründet.**

Der angefochtene Einigungsstellenspruch ist insoweit unwirksam, als er in § 6 Abs. 7 BV für den Innenbereich über den nach § 6 Abs. 3 bis 6 BV zulässigen Umfang hinaus eine Ausweitung der Videoüberwachung vorsieht und in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV in Verbindung mit der Anlage 3 Vorsitzende für die im Falle von Konflikten zu errichtende Einigungsstelle bestimmt. Im Übrigen hält der Einigungsstellenspruch der gerichtlichen Überprüfung stand. Die Rechtsbeschwerde ist insoweit unbegründet.

I. Der Antrag des Betriebsrats ist zulässig. Er ist zutreffend auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs gerichtet (vgl. BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 11/02 - BAGE 106, 95, zu B I der Gründe mwN) . Er ist nicht etwa deshalb unzulässig, weil es sich bei dem angefochtenen Spruch lediglich um einen verfahrensbegleitenden Zwischenbeschluss handeln würde (vgl. dazu BAG 22. Januar 2002 - 3 ABR 28/01 - AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 16 = EzA BetrVG 1972 § 76 Nr. 69, zu II 2 b der Gründe) . Die Einigungsstelle wollte durch den Spruch den streitigen Gegenstand abschließend regeln. Dem steht nicht entgegen, dass § 12 Abs. 1 BV die erneute Bildung einer Einigungsstelle vorsieht. Diese Konfliktlösungsregelung ist nicht auf die Fortsetzung der Tätigkeit der bisherigen Einigungsstelle gerichtet. Deren Aufgabe soll beendet sein.

II. Der Antrag ist teilweise begründet. Der angefochtene Einigungsstellenspruch ist in Teilen unwirksam. Die Unwirksamkeit einzelner Regelungen hat nicht die Unwirksamkeit des gesamten Spruchs zur Folge. Die verbleibenden Teile bilden weiterhin eine in sich geschlossene und sinnvolle Regelung.

1. Arbeitgeber und Betriebsrat sind grundsätzlich befugt, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 1 der Gründe). Die Betriebsparteien haben nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine umfassende Kompetenz zur Regelung materieller und formeller Arbeitsbedingungen sowie von Fragen der Ordnung des Betriebs (vgl. GS 16. März 1956 - GS 1/55 - BAGE 3, 1, zu I 1 der Gründe; 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 13 ff., AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94 = EzA BetrVG 2001 § 88 Nr. 1) . Darunter fällt die Einführung einer Videoüberwachung. Auch an § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG wird deutlich, dass dies bei Zustimmung des Betriebsrats nicht ausgeschlossen ist. Eine Videoüberwachungsanlage ist eine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO, zu B I 1 der Gründe mwN) .

2. Regelungen der Betriebsparteien über eine Videoüberwachung im Betrieb müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Die Betriebsparteien haben nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben daher insbesondere das in Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten. Das gilt auch für den Spruch einer Einigungsstelle (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 a der Gründe mwN) .

a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst neben dem Recht am gesprochenen Wort auch das Recht am eigenen Bild. Es gehört zum Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise gegen ihn verwendet werden dürfen. Das Recht am eigenen Bild ist nicht auf bestimmte Örtlichkeiten beschränkt. Auch unterfällt nicht erst die Verwertung, sondern bereits die Herstellung von Abbildungen dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 b der Gründe mwN). Das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedarf dabei unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung in besonderem Maße des Schutzes (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO, zu B I 2 d cc der Gründe; BVerfG 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 ua. - BVerfGE 65, 1, 42, zu C II 1 a der Gründe) . Die mit der elektronischen Datenverarbeitung grundsätzlich verbundenen technischen Möglichkeiten, Einzelangaben über eine Person unbegrenzt zu speichern sowie jederzeit abzurufen, sind geeignet, bei den betroffenen Personen einen psychischen Anpassungsdruck zu erzeugen, durch den sie in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu gestalten, wesentlich gehemmt werden (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO, zu B I 2 d cc der Gründe; BVerfG 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 ua. - aaO, zu C II 1 a der Gründe; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 64, NJW 2008, 1505) .

b) Außerhalb des absoluten Kernbereichs privater Lebensgestaltung wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung garantiert. Diese besteht aus der Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind. In das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann daher insbesondere durch verfassungsgemäße Gesetze eingegriffen werden. Zu den Normen, die das Persönlichkeitsrecht einschränken können, gehören auch die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz geschlossenen Betriebsvereinbarungen (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 c der Gründe mwN).

c) Eingriffe der Betriebsparteien in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer müssen durch schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Das zulässige Maß einer Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz konkretisiert die den Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 BetrVG auferlegte Verpflichtung (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d der Gründe mwN) . Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist entgegen einer im Schrifttum an der Rechtsprechung des Senats geäußerten Kritik (vgl. Ehmann Anm. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41) dogmatisch geboten. Er stellt einen tauglichen Maßstab zur Überprüfung von Betriebsvereinbarungen dar . Betriebsvereinbarungen sind wegen ihrer nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbaren und zwingenden Wirkung Akte innerbetrieblicher privater Normsetzung (BAG 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94 = EzA BetrVG 2001 § 88 Nr. 1) . Beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen werden die Betriebsparteien und die - die Zustimmung einer Betriebspartei ersetzende - Einigungsstelle als Normgeber tätig. Indem § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen, "implantiert" die Bestimmung die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Bindungen der staatlichen Gewalt in das Betriebsverfassungsrecht (Bender Anm. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2) . Der Gesetzgeber genügt seiner Pflicht, die einzelnen Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Grundrechte durch privatautonome Regelungen zu bewahren, indem er den Betriebsparteien eine Schutzpflicht hinsichtlich der freien Entfaltung der Persönlichkeit auferlegt (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO, zu B I 2 a der Gründe). Daher ist es gerechtfertigt und geboten, Regelungen in Betriebsvereinbarungen, welche Rechte der betroffenen Arbeitnehmer, insbesondere deren Handlungsfreiheit beschränken oder ihnen Pflichten auferlegen, an dem auch für den Gesetzgeber geltenden Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen. Dieser ist dementsprechend auch maßgeblich, wenn durch eine Videoüberwachung in das Recht der Arbeitnehmer am eigenen Bild und ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht eingegriffen wird. Eine ausschließlich schuldrechtliche Betrachtung wird dem normativen Charakter von Betriebsvereinbarungen nicht gerecht.

d) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die von den Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d der Gründe; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 163, NJW 2008, 1505).

aa) Geeignet ist die Regelung, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Zweck gefördert werden kann. Dabei steht den Betriebsparteien und der Einigungsstelle - ebenso wie in einer vergleichbaren Situation dem Gesetzgeber - ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d aa der Gründe).

bb) Erforderlich ist die Regelung, wenn kein anderes, gleich wirksames und das Persönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Auch insoweit haben Betriebsparteien und Einigungsstelle einen gewissen Beurteilungsspielraum (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d bb der Gründe) .

cc) Angemessen ist eine Regelung, wenn sie als im engeren Sinn verhältnismäßig erscheint. Um das festzustellen, bedarf es einer Gesamtabwägung der Intensität des Eingriffs und des Gewichts der ihn rechtfertigenden Gründe (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B I 2 d cc der Gründe mwN; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 168, NJW 2008, 1505) . Diese Abwägung kann nicht abstrakt vorgenommen werden. So gehen weder das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum oder das durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Briefgeheimnis stets dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vor noch genießt dieses umgekehrt jederzeit Vorrang. Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO) . Für die Schwere des Eingriffs ist insbesondere von Bedeutung, wie viele Personen wie intensiv den Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Das Gewicht der Beeinträchtigung hängt ua. davon ab, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche Umstände und Inhalte der Kommunikation erfasst werden und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aus der Überwachungsmaßnahme drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO; BVerfG 3. März 2004 - 1 BvR 2378/98 - und - 1 BvR 1084/99 - BVerfGE 109, 279, 353, zu C II 3 b ee (4) (a) der Gründe; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 80, NJW 2008, 1505) . Die Intensität der Beeinträchtigung hängt ferner maßgeblich von der Dauer und Art der Überwachungsmaßnahme ab (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO) . Von erheblicher Bedeutung ist, ob der Betroffene einen ihm zurechenbaren Anlass für die Datenerhebung geschaffen hat - etwa durch eine Rechtsverletzung - oder ob diese anlasslos erfolgt. Auch die "Persönlichkeitsrelevanz" der erfassten Informationen ist zu berücksichtigen. Die Heimlichkeit einer in Grundrechte eingreifenden Ermittlungsmaßnahme erhöht das Gewicht der Freiheitsbeeinträchtigung. Den Betroffenen kann hierdurch vorheriger Rechtsschutz faktisch verwehrt und nachträglicher Rechtsschutz erschwert werden (vgl. BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - aaO, Rn. 77 - 79) .

3. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die maßgeblichen Grundsätze weitgehend zutreffend auf den Streitfall angewandt. Die Regelungen des angefochtenen Spruchs halten hinsichtlich der Videoüberwachung im Innenbereich zu erheblichen Teilen, hinsichtlich der Überwachung im Außenbereich insgesamt der Rechtmäßigkeitsprüfung stand. Unwirksam sind entgegen der Beurteilung des Landesarbeitsgerichts allerdings die Regelungen in § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV und in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV. Dies führt nicht zur Gesamtnichtigkeit des Spruchs.

a) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, sind die Regelungen in § 6 Abs. 3 bis 6 BV, die für den Innenbereich unter bestimmten Umständen eine Videoüberwachung für einen räumlich beschränkten Bereich vorsehen, wirksam. Die dort eröffnete Möglichkeit der Videoüberwachung ist unter Berücksichtigung der mit ihr verfolgten Ziele und der rechtlich schützenswerten Interessen der Arbeitgeberin sowie der Postkunden geeignet, erforderlich und angemessen.

aa) Erklärter Zweck der Videoanlage ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 BV, Sendungsverluste, Sendungsbeschädigungen sowie Inhaltsschmälerungen zu vermindern und aufzuklären, das Eigentum der Arbeitgeberin, ihrer Kunden, Lieferanten und Beschäftigten zu schützen und der Wahrung des Postgeheimnisses zu dienen. Nach § 2 Abs. 2 BV wird die Videoanlage ausschließlich zur Aufklärung sowie zur Vorbeugung von weiteren Straftaten betrieben. Nach § 2 Abs. 4 BV ist jede Nutzung zu anderen Zwecken untersagt und nach § 3 Abs. 1 BV jede Leistungs- oder Verhaltenskontrolle über den Rahmen der Zweckbestimmung des § 2 hinaus ausgeschlossen. Diese mit der Videoanlage verfolgten Ziele sind rechtlich schützenswert. Das berechtigte Interesse der Arbeitgeberin daran, dass die von ihr beförderten Briefsendungen möglichst nicht abhanden kommen, beschädigt werden oder Inhaltsverluste erleiden, ergibt sich schon aus § 39 Abs. 2 Satz 1 PostG, der die Arbeitgeberin zur Wahrung des durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleisteten Postgeheimnisses verpflichtet (BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B II 2 g aa der Gründe) . Die Arbeitgeberin ist dabei gleichsam Treuhänder für die Wahrung der Grundrechte ihrer Kunden aus Art. 10 Abs. 1 GG und aus Art. 14 Abs. 1 GG (Bender Anm. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2) . Zugleich hat sie ein eigennütziges rechtlich schützenswertes Interesse an der (repressiven) Aufklärung und der (präventiven) Verhinderung von weiteren Diebstählen in ihren Räumlichkeiten.

bb) Unter Berücksichtigung dieses Zwecks und dieser Interessen sind die Regelungen in § 6 Abs. 3 bis 6 BV geeignet, erforderlich und angemessen.

(1) Die vorgesehene Videoüberwachung ist zur Ergreifung und Überführung von Tätern und zur Verhinderung weiterer Diebstähle grundsätzlich geeignet. Diese Ziele können mit ihr jedenfalls gefördert werden. Sie kann die Feststellung der Täter erleichtern und dazu beitragen, sie von weiteren Übergriffen abzuhalten (vgl. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B II 2 g bb der Gründe) . Der Umstand, dass Verluste von Briefsendungen möglicherweise in erheblichem oder gar überwiegendem Umfang außerhalb des Briefzentrums - sei es auf dem Weg dorthin, sei es auf dem Weg zum Empfänger - eintreten, bedeutet nicht, dass eine Videoanlage im Betrieb ungeeignet wäre, dortige Verluste zu verhindern oder aufzuklären. So wurden denn auch im Jahr 2005 in anderen Briefzentren der Arbeitgeberin mittels stationärer Videoanlagen elf Täter überführt. Dabei kann dahinstehen, ob diese Anzahl bezogen auf die bei der Arbeitgeberin bundesweit beschäftigten Arbeitnehmer als eher beträchtlich oder als eher gering zu erachten ist.

(2) Unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums durfte die Einigungsstelle die vorgesehene Videoüberwachung für erforderlich halten. Die Beurteilung, es gebe zur Aufklärung und Verhinderung von Diebstählen innerhalb des Briefzentrums kein anderes in gleicher Weise wirksames, das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkendes Mittel, lag innerhalb ihrer tatsächlichen Einschätzungsprärogative.

Taschen- und Personenkontrollen sind dazu nicht in gleicher Weise geeignet. Das gilt insbesondere, soweit Diebesgut - wie dies vor allem bei Geld, aber auch bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs, etwa Handys, der Fall ist - nicht ohne Weiteres als solches erkennbar ist. Im Übrigen sieht die abgeschlossene Betriebsvereinbarung über Tür- und Taschenkontrollen "Leibesvisitationen" nicht vor. Ein reines Fernsehmonitoring ist insbesondere für die Aufklärung von Diebstählen nicht in gleicher Weise effizient wie eine Aufzeichnung.

(3) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, halten die Regelungen in § 6 Abs. 3 bis 6 BV auch einer Angemessenheitsprüfung stand.

(a) Allerdings wird durch die vorgesehene Videoüberwachung in erheblicher Weise in die allgemeinen Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen. Zwar ist die Videoüberwachung nach § 6 Abs. 3 BV vom Vorliegen eines konkreten Verdachts abhängig und nach § 6 Abs. 5 und 6 BV räumlich und zeitlich beschränkt. Gleichwohl müssen die Arbeitnehmer, für die der jeweilige Betrieb der Videoanlage nicht erkennbar ist, immer damit rechnen, dass gerade eine Situation vorliegt, in der sie gefilmt werden. Dies begründet ständig einen Überwachungs- und Anpassungsdruck. Der Senat hat dessen mögliche Auswirkungen im Beschluss vom 29. Juni 2004 (- 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173, zu B II 1 der Gründe) beschrieben. Darauf nimmt er Bezug. "Überwachungs- und Anpassungsdruck" sind keine "abgegriffenen Schlagworte" (so aber Ehmans Anm. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41), sondern beschreiben die möglichen, keineswegs unwahrscheinlichen Folgen von Überwachungsmaßnahmen. Auch das Bundesverfassungsgericht weist darauf hin, dass mit dem "Gefühl des Überwachtwerdens" Einschüchterungseffekte verbunden sein können, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen (vgl. BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 78, NJW 2008, 1505).

(b) Gleichwohl erweisen sich die Regelungen in § 6 Abs. 3 bis 6 BV unter Berücksichtigung aller Umstände als verhältnismäßig im engeren Sinn. Die Gesamtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen, der materiellen Beschränkungen sowie der verfahrensrechtlichen Sicherungen lassen die verdachtsabhängige, räumlich und zeitlich beschränkte und von der Mitwirkung des Betriebsrats abhängige Möglichkeit der Videoüberwachung als angemessen erscheinen.

(aa) Anders als in den Einigungsstellensprüchen, die den Entscheidungen des Senats vom 29. Juni 2004 (- 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173) und vom 14. Dezember 2004 (- 1 ABR 34/03 - AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 42 = EzA BetrVG 2001 § 87 Überwachung Nr. 1) zugrunde lagen, lässt § 6 Abs. 3 BV die Videoüberwachung im Innenbereich nur bei Vorliegen eines auf konkrete Personen bezogenen Verdachts einer strafbaren Handlung zu. Eine verdachtsunabhängige, rein präventive Inbetriebnahme der Überwachungsanlage ist nach § 6 Abs. 3 BV im Innenbereich nicht möglich. Voraussetzung für Überwachungsmaßnahmen ist vielmehr, dass die Arbeitgeberin Feststellungen getroffen hat, die den konkreten Verdacht einer strafbaren Handlung gegenüber bestimmten Personen begründen.

Wie das Landesarbeitsgericht unangegriffen ausgeführt hat, sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 Abs. 3 BV erst erfüllt, wenn der Verdacht auf Grund einer näheren Prüfung der Umstände - Ort des Auffindens, Anzahl der betroffenen Sendungen, Hinweise auf den Zeitpunkt der möglichen Eigentumsverletzung, bisherige Bearbeitungsstationen - als gerechtfertigt erscheint. Hiernach ist die Inbetriebnahme der Überwachungsanlage nicht anlasslos möglich, sondern an objektiv überprüfbare Voraussetzungen geknüpft. Damit hat die Einigungsstelle berücksichtigt, dass Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eher zulässig sind, wenn sie für den Fall eines konkreten Verdachts oder einer konkreten Gefahr vorgesehen sind (vgl. BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/03 - aaO, zu B II 2 g dd (2) (b) (cc) der Gründe; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 - und - 1 BvR 1254/07 - Rn. 78, 82, 168, NJW 2008, 1505).

(bb) Dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn dient es ferner, dass nach § 6 Abs. 5 Satz 1 BV die Überwachung zunächst auf den räumlichen Bereich zu beschränken ist, dem der konkrete Verdacht zugeordnet werden kann. Eine Überwachung des gesamten Innenbereichs ist damit ausgeschlossen. Nach dem Grundsatz der möglichst gesetz- und verfassungskonformen Auslegung wird auch der in § 6 Abs. 5 Satz 2 BV vorgesehene Einsatz von "max. 6 Kameras" allenfalls ausnahmsweise in Betracht kommen, kann doch mit sechs von 13 Innenkameras bereits ein Großteil des Betriebs überwacht werden.

(cc) Die Dauer der Videoaufzeichnung ist nach § 6 Abs. 6 Satz 1 BV "auf den erforderlichen Umfang" zu beschränken. Nach § 6 Abs. 6 Satz 2 BV ist sie unverzüglich nach Ermittlung des Täters einzustellen. Ferner ergibt sich aus der - als solcher allerdings unwirksamen (vgl. dazu unten unter B II 3 b der Gründe) - Regelung in § 6 Abs. 7 Satz 1 BV mittelbar, dass eine Überwachungsmaßnahme höchstens vier Wochen dauern darf. Dabei handelt es sich nicht um die regelmäßig vorzusehende Dauer, sondern um die noch zulässige Obergrenze.

(dd) Die in § 6 Abs. 3, 4 und 6 BV vorgesehenen inhaltlichen Vorgaben und Beschränkungen des Betriebs der Überwachungsanlage werden maßgeblich ergänzt durch verfahrensrechtliche Sicherungen. Nach § 6 Abs. 4 Satz 1 BV ist der Betriebsrat vor einem Einsatz der Videoanlage über die gemäß § 6 Abs. 3 BV getroffenen Feststellungen zu informieren. Dadurch wird er in die Lage versetzt, selbst zu beurteilen, ob diese Feststellungen den konkreten Verdacht einer strafbaren Handlung gegen bestimmte Personen begründen und den vorgesehenen räumlichen Bereich der Überwachungsmaßnahme sowie deren zeitliche Dauer rechtfertigen. Das Recht des Betriebsrats zur Mitbeurteilung beim konkreten Einsatz der Überwachungsanlage wird durch das in § 4 Abs. 4 BV vorgesehene Zwei-Schlüssel-System abgesichert. Danach sind die Bedienungselemente der Videoanlage in einem Schrank unterzubringen, der nur mit zwei Schlüsseln geöffnet werden kann, von denen einer dem Betriebsrat zur Verfügung steht. Auf Grund dieser Regelung ist es für die Arbeitgeberin nicht möglich, die Videoanlage ohne Mitwirkung des Betriebsrats in Betrieb zu nehmen und deren Einschaltzeit zu programmieren. Sofern der Betriebsrat die Informationen der Arbeitgeberin für die Durchführung der Videoüberwachung nicht für ausreichend erachtet, kann er die Herausgabe seines Schlüssels verweigern und ist die Arbeitgeberin gezwungen, gemäß § 12 Abs. 1 BV zur Durchsetzung der konkreten Überwachungsmaßnahme die Einigungsstelle anzurufen (vgl. zur grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Konfliktlösungsregelung noch unten unter B II 3 c der Gründe).

(ee) Dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer dienen schließlich auch die Regelungen in § 7 Abs. 2 BV über die nur beschränkt zulässige Auswertung der durch die Videoüberwachung gewonnenen Erkenntnisse und die in § 8 Abs. 2 und 3 BV vorgesehene Pflicht zur Löschung der aufgezeichneten Bilddaten. Dabei ist der in § 6b Abs. 5 BDSG ausdrücklich normierte, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierende allgemeine Rechtsgedanke zu beachten, wonach die im Wege der Videoüberwachung gewonnenen Daten "unverzüglich" gelöscht werden müssen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind. § 8 Abs. 2 BV ist deshalb wegen des Grundsatzes der möglichst gesetz- und verfassungskonformen Auslegung dahin zu verstehen, dass aufgezeichnete Bilddaten unverzüglich nach ihrer Auswertung, spätestens jedoch 60 Tage nach ihrer Herstellung gelöscht werden, es sei denn, sie werden zur Beweissicherung benötigt. § 8 Abs. 3 Satz 2 BV ist dahin auszulegen, dass die Aufzeichnungen, wenn sie nicht mehr zur Beweissicherung benötigt werden, unverzüglich, spätestens jedoch nach 60 Tagen gelöscht werden, es sei denn, das Gesetz schreibt eine längere Aufbewahrungsdauer vor.

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts sind die Regelungen in § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV unwirksam. Die darin vorgesehene Ausweitung der Videoüberwachung hält einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand.

aa) Dabei kann zugunsten der Arbeitgeberin unterstellt werden, dass die Erstreckung der Überwachung auf weitere Bereiche oder gar das gesamte Briefzentrum auf die Dauer von vier Wochen oder - wie in § 6 Abs. 7 Satz 2 BV vorgesehen - sogar noch darüber hinaus zur Überführung von Straftätern sowohl geeignet als auch erforderlich ist. Allerdings erscheint die Erforderlichkeit der Fortführung der Überwachung in dem Bereich, in dem sie sich als erfolglos erwiesen hat, durchaus zweifelhaft. Dies kann jedoch dahinstehen.

bb) Die in § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV vorgesehene Ausdehnung der Überwachung ist nicht angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinn).

(1) Während die nach § 6 Abs. 3 und 5 BV mögliche Überwachung sich auf die konkret verdächtigen Personen bezieht und allenfalls die in deren näherer Umgebung tätigen Arbeitnehmer - zwangsläufig - mit erfasst, wird durch die in § 6 Abs. 7 Satz 1 BV vorgesehene Überwachung ein weit größerer Kreis "unschuldiger" Arbeitnehmer in die Überwachung einbezogen. Es wird in die Persönlichkeitsrechte von sehr viel mehr Arbeitnehmern eingegriffen, ohne dass diese hierzu Anlass gegeben hätten. § 6 Abs. 7 Satz 1 BV macht das auch nicht etwa vom Vorliegen zusätzlicher, die Ausweitung der Überwachung rechtfertigender Verdachtsmomente oder Indizien abhängig. Vielmehr soll es genügen, dass die Videoaufzeichnung des zuvor überwachten Bereichs zu keiner Überführung des Täters geführt hat. Damit wird allein die Erfolglosigkeit des bereits vorliegenden Eingriffs in Persönlichkeitsrechte einer geringeren Zahl von Arbeitnehmern zum Grund für weitergehende Eingriffe in die Rechte einer weit größeren Zahl von Arbeitnehmern. Bereits wegen der in § 6 Abs. 7 Satz 1 BV vorgesehenen Überwachungsmöglichkeit müssen alle Arbeitnehmer besorgen, dass ohne die Möglichkeit ihrer Kenntnisaufnahme nicht nur einzelne Bereiche des Betriebs, in denen der Verdacht einer strafbaren Handlung aufgetreten ist, sondern bis zur Dauer von jeweils einem Monat der gesamte Betrieb überwacht wird.

Dies gilt in noch gesteigertem Maße für § 6 Abs. 7 Satz 2 BV. Diese Regelung ermöglicht eine räumlich und zeitlich unbeschränkte Videoüberwachung im gesamten Betrieb. Sie knüpft zwar formal noch an den "auslösenden Vorfall" an, nähert sich aber auf Grund des Fehlens jeder räumlichen, zeitlichen oder personellen Beschränkung einer verdachtsunabhängigen unbegrenzten Videoüberwachung.

(2) Die nach § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV möglichen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer sind nicht deshalb angemessen, weil sie der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen. Das Erfordernis der Zustimmung des Betriebsrats zu einer konkreten Überwachungsmaßnahme ist geeignet, eine inhaltliche Beschränkung möglicher Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer verfahrensrechtlich ergänzend zu sichern. Sie ist aber nicht geeignet, fehlende inhaltliche Beschränkungen der Videoüberwachung zu ersetzen. Es muss daher nicht entschieden werden, ob aus § 6 Abs. 7 Satz 2 BV der Umkehrschluss zu ziehen wäre, für die Ausdehnung der Überwachung nach § 6 Abs. 7 Satz 1 BV bedürfe es der Zustimmung des Betriebsrats nicht, oder ob sich das Erfordernis der Zustimmung auch in diesem Fall aus dem in § 4 Abs. 4 BV geregelten Zwei-Schlüssel-System ergäbe.

c) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ist die in § 12 Abs. 1 Satz 1 BV vorgesehene Konfliktlösungsregelung wirksam. Es handelt sich um eine rechtlich nicht zu beanstandende, die Interessen der Arbeitnehmer schützende verfahrensrechtliche Sicherung. Die Regelung ist nicht deshalb unwirksam, weil die Einigungsstelle es versäumt hätte, den ihr übertragenen Gegenstand selbst zu regeln, und den Regelungsauftrag in unzulässiger Weise an die Betriebsparteien zurückgegeben hätte.

aa) Allerdings hat eine Einigungsstelle den ihr übertragenen Regelungsstreit grundsätzlich vollständig und abschließend zu lösen (vgl. BAG 22. Januar 2002 - 3 ABR 28/01 - AP BetrVG 1972 § 76 Einigungsstelle Nr. 16, zu II 2 b aa der Gründe) . Sie muss den Regelungsgegenstand selbst gestalten, darf allerdings innerhalb des ihr zustehenden Ermessens dem Arbeitgeber unter bestimmten inhaltlichen Vorgaben gewisse Entscheidungsspielräume einräumen (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - BAGE 111, 48, zu B III 4 der Gründe mwN) . Ihren Regelungsauftrag darf sie grundsätzlich nicht an die Betriebsparteien zurückgeben; andernfalls hat sie ihren Auftrag zur Herbeiführung einer abschließenden Regelung nicht erfüllt (vgl. BAG 8. Juni 2004 1 ABR 4/03 - aaO, zu B III 4 b aa (3) der Gründe) . Gleichwohl sind Einigungsstellensprüche, die den Regelungsgegenstand zunächst nur abstrakt-generell regeln, Maßnahmen des Arbeitgebers im konkreten Einzelfall aber an eine weitere Zustimmung des Betriebsrats knüpfen und für den Fall der Nichterteilung der Zustimmung ein erneutes Einigungsstellenverfahren vorsehen, nicht generell ausgeschlossen (vgl. dazu BAG 18. April 1989 - 1 ABR 2/88 - BAGE 61, 305, zu B II 3 der Gründe) . Sie sind jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn durch sie der Regelungsstreit grundsätzlich gelöst, aber zugleich dem Umstand Rechnung getragen wird, dass die erst künftig auftretenden Einzelfälle jeweils noch eine Würdigung der konkreten Umstände sowie eine unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende Interessenabwägung verlangen. Normative generelle Regelungen können auf Grund ihrer Abstraktion bisweilen konkrete Konflikte, deren sachgerechte Regelung von den Einzelumständen abhängig ist, nicht abschließend lösen.

Daher kann es gerechtfertigt sein, die für die Konfliktlösung maßgeblichen Grundsätze abstrakt-generell festzulegen, die unter Beachtung dieser Grundsätze vorzunehmende Regelung des konkreten Einzelfalls aber den Betriebsparteien sowie im Streitfall einer für den konkreten Konflikt erneut zu bildenden Einigungsstelle vorzubehalten. Durch eine solche Gestaltung entzieht sich die zunächst angerufene Einigungsstelle nicht in unzulässiger Weise ihrem Regelungsauftrag.

bb) Hiernach ist es nicht zu beanstanden, dass die Einigungsstelle zum einen generelle Regelungen über die Einführung der Videoanlage beschlossen sowie zugleich durch das nach § 4 Abs. 4 BV vorgesehene Zwei-Schlüssel-System bestimmt hat, der Einsatz der Videoüberwachung bedürfe im konkreten Einzelfall noch der Zustimmung des Betriebsrats und im Falle der Zustimmungsverweigerung entscheide gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BV eine Einigungsstelle. Diese Lösung des Regelungsstreits rechtfertigt nicht den Vorwurf, die Einigungsstelle sei ihrem Auftrag nicht nachgekommen, sondern habe diesen rechtsfehlerhaft an die Betriebsparteien zurückgegeben. Der vorliegende Spruch der Einigungsstelle regelt grundsätzlich die Möglichkeit der Installation der Videoanlage, enthält Einzelheiten zu deren technischer Ausgestaltung sowie wesentliche generelle Vorgaben für ihren Einsatz. Zwar bedarf es bei einem möglichen Streit über die konkrete Inbetriebnahme ggf. nochmals des Spruchs einer Einigungsstelle. Diese muss aber nicht erneut die Einführung und Ausgestaltung der Videoanlage regeln, sondern lediglich unter Beachtung der im vorliegenden Spruch enthaltenen Vorgaben sowie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls den konkreten Konflikt lösen. Dabei hat sie die Intensität und Schwere des Verdachts zu beurteilen und hiervon ausgehend den räumlichen und zeitlichen Umfang der Videoüberwachung konkret festzulegen. Eine solche Ausgestaltung ist sachgerecht. Sie ermöglicht eine an den Umständen des Einzelfalls orientierte Lösung, bei der sowohl die betrieblichen Belange als auch die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer konkret abgewogen werden können und müssen.

d) Unwirksam sind entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts die Regelungen in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV. Sie verstoßen gegen § 76 Abs. 2 Satz 1 und 2 BetrVG.

aa) Die Bildung einer Einigungsstelle richtet sich nach § 76 Abs. 2 Satz 1 bis 3 BetrVG, § 98 Abs. 1 Satz 1 ArbGG. Nach § 76 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist es zunächst Sache der Betriebsparteien, sich über die Person des Einigungsstellenvorsitzenden zu verständigen. Können sie sich nicht einigen, bestimmt den Einigungsstellenvorsitzenden gemäß § 76 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, § 98 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Vorsitzende der zuständigen Kammer des Arbeitsgerichts. Diese Regelungen sind zwingend. Die Betriebsparteien können sich zwar nach § 76 Abs. 1 Satz 2 BetrVG durch freiwillige Betriebsvereinbarung auf die Errichtung einer ständigen Einigungsstelle verständigen (vgl. Kreuz GK-BetrVG 8. Aufl. § 76 Rn. 77; DKK-Berg BetrVG 11. Aufl. § 76 Rn. 7; Fitting BetrVG 24. Aufl. § 76 Rn. 8; H/S/W/G/N/R-Worzalla BetrVG 7. Aufl. § 76 Rn. 23; WP/Preis BetrVG 3. Aufl. § 76 Rn. 12). Eine Einigungsstelle kann aber nicht durch einen Spruch gegen den Willen einer Betriebspartei die Besetzung einer ständigen oder einer künftig für bestimmte Gegenstände zuständigen Einigungsstelle festlegen.

bb) Hiernach sind die Regelungen in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV wegen Verstoßes gegen zwingende betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben unwirksam. Die Einigungsstelle konnte zwar für die Lösung eines Streits über den Betrieb der Videoanlage im konkreten Einzelfall die Anrufung einer betrieblichen Einigungsstelle vorsehen.

Sie konnte aber weder deren Besetzung noch deren Verfahren regeln. Insbesondere konnte sie nicht bereits den Vorsitz der etwa anzurufenden Einigungsstelle festlegen. Dabei kann dahinstehen, ob es nicht auch dem Rechtsgedanken des für das gesamte Privatrecht geltenden § 181 BGB widerspräche, wenn ein Einigungsstellenvorsitzender sich gemeinsam mit einer und gegen den Willen der anderen Seite selbst zum Vorsitzenden einer künftigen Einigungsstelle bestellt.

e) Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, ist die Regelung in § 6 Abs. 2 BV über die Überwachung im Außenbereich wirksam. Sie hält sowohl den nach § 6b BDSG zu stellenden Anforderungen als auch denjenigen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stand. Daher kam es nicht darauf an, ob es sich - wofür vieles spricht - vorliegend bei dem Außenbereich des Briefverteilzentrums um einen "öffentlich zugänglichen Raum" iSv. § 6b Abs. 1 BDSG handelt (vgl. dazu etwa Gola/Schomerus BDSG 9. Aufl. § 6b Rn. 9; Wedde in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert BDSG 2. Aufl. § 6b Rn. 21 f.) .

aa) Gemäß § 6b Abs. 1 BDSG ist eine Videoüberwachung nur zulässig, soweit sie zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.

(1) Diesen Erfordernissen genügt die in § 6 Abs. 2 BV vorgesehene Videoüberwachung. Sie ist sowohl zur Wahrnehmung des Hausrechts der Arbeitgeberin als auch zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich. Demgegenüber überwiegen die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Arbeitnehmer nicht.

(a) Die vorgesehene Videoüberwachung im Außenbereich ist zur Wahrnehmung des Hausrechts der Arbeitgeberin erforderlich. Die Wahrnehmung des Hausrechts kann sowohl präventiven Zwecken - insbesondere der Vermeidung von Diebstählen, Sachbeschädigungen oder Störungen - dienen, als auch als repressives Mittel zur Verfolgung von Straftätern eingesetzt werden (Wedde in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert § 6b Rn. 33) . Dabei reicht die Beobachtungsbefugnis des Hausrechtinhabers bis an die Grenzen des Grundstücks (vgl. BGH 25. April 1995 - VI ZR 272/94 - NJW 1995, 1955; Gola/Schomerus § 6b Rn. 16 mwN) . Hier durfte die Einigungsstelle die Videoanlage im Außenbereich zum Schutz des Briefzentrums vor von außen drohenden Beschädigungen oder Beeinträchtigungen und damit zur Wahrnehmung des Hausrechts der Arbeitgeberin für erforderlich halten. Ebenso wirksame, die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer weniger belastende Maßnahmen sind nicht ersichtlich.

(b) Die Videoüberwachung ist auch zur Wahrnehmung berechtigter Interessen der Arbeitgeberin für konkret festgelegte Zwecke iSv. § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG erforderlich. Als berechnete Interessen iSv. § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG kommen sowohl wirtschaftliche als auch ideelle Interessen der verantwortlichen Stellen in Betracht. Diese müssen im Voraus konkret beschrieben sein (vgl. Wedde in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert § 6b Rn. 36, 37). Hier verfolgt die Arbeitgeberin mit dem Schutz ihres Besitztums, des Eigentums ihrer Kunden sowie des Postgeheimnisses berechnete Interessen. Die Zwecke sind in § 2 Abs. 1 und 2 BV hinreichend präzise angegeben. Auch im Hinblick auf diese Interessen durfte die Einigungsstelle die Videoüberwachung für erforderlich halten.

(c) Die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Arbeitnehmer überwiegen die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin nicht. Für die von der Videoüberwachung im Außenbereich betroffenen etwa 30 Kraftfahrer handelt es sich nicht um eine Dauerüberwachung. Vielmehr sind sie der Aufzeichnung durch die Videoanlage nur für die Dauer des Be- und Entladens sowie der Prüfung der Fahrzeuge und damit unstreitig allenfalls für etwa eine Viertelstunde arbeitstäglich ausgesetzt. Der Überwachungs- und Anpassungsdruck beschränkt sich damit für die Kraftfahrer - anders als derjenige im Innenbereich für die dort beschäftigten Arbeitnehmer - auf einen nur geringen, ihnen hinsichtlich der zeitlichen Lage bekannten Teil ihrer Arbeitszeit.

(2) Dem Gebot des § 6b Abs. 2 BDSG wird durch die Regelung in § 11 Abs. 3 BV Rechnung getragen. Im Zusammenhang mit § 9 Abs. 1 BV ist diese dahingehend zu verstehen, dass durch die Beschilderung nicht nur auf den Umstand der Beobachtung, sondern auch auf die verantwortliche Stelle, also die Arbeitgeberin, hinzuweisen ist.

(3) Dem Gebot des § 6b Abs. 5 BDSG ist durch ein entsprechendes gesetzeskonformes Verständnis der Bestimmungen über die Aufbewahrung und Löschung der aufgezeichneten Bilddaten in § 8 Abs. 2 und 3 BV Genüge getan (vgl. oben unter B II 3 a bb (3) (b) (ee) der Gründe).

bb) Sofern es sich bei dem Außenbereich nicht um einen öffentlich zugänglichen Raum iSv. § 6b BDSG handeln sollte, folgte daraus im Ergebnis nichts anderes. In diesem Fall richtet sich die Zulässigkeit der Videoüberwachung im Außenbereich ebenso wie diejenige im Innenbereich ausschließlich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch dann erweist sich die Regelung in § 6 Abs. 2 BV, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, als wirksam.

Eine Videoüberwachung im Außenbereich ist geeignet, Straftaten gegenüber der Arbeitgeberin, deren Kunden oder Lieferanten sowie deren Beschäftigten vorzubeugen und zu ihrer Aufklärung beizutragen. Die Einigungsstelle durfte die Videoüberwachung im Außenbereich zur Verfolgung dieser Zwecke für erforderlich halten. Eine solche Überwachung erscheint unter Berücksichtigung der mit ihr verfolgten Zwecke und unter Würdigung der mit ihr verbundenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer auch als angemessen. Dabei ist von maßgeblicher Bedeutung, dass die etwa 30 betroffenen Kraftfahrer der Videoüberwachung nur für eine Viertelstunde täglich ausgesetzt sind.

f) Die Unwirksamkeit der Regelungen in § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV sowie in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV führt nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Spruchs. Nach der Rechtsprechung des Senats bleibt bei Teilnichtigkeit einer Betriebsvereinbarung der übrige Teil grundsätzlich wirksam, sofern er noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält (vgl. BAG 22. März 2005 - 1 ABR 64/03 - BAGE 114, 162, zu B II 2 c ee

(4) (b) der Gründe mwN) . Die Weitergeltung der von der Teilnichtigkeit nicht betroffenen Regelungen folgt aus dem Normencharakter einer Betriebsvereinbarung. Hier stellt der Spruch der Einigungsstelle auch bei einem Wegfall der in § 6 Abs. 7 Satz 1 und 2 BV sowie in § 12 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BV enthaltenen Regelungen noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung dar. Darauf, ob die Einigungsstelle den Spruch bei Kenntnis seiner Teilunwirksamkeit im Übrigen in gleicher Weise beschlossen hätte, kommt es nicht an.

--

>>Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete<<  
sowie  
>>Schwerbehindertenvertretungen<<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 12.08.2008

**BAG, Urteil vom 12.08.2008 - 9 AZR 1117/06**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 23. November 2006 - 6 Sa 339/05

Normen:  
§ 5 Abs. 1 ArbSchG  
§ 618 Abs. 1 Satz 1 BGB  
§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG

Stichworte:  
Arbeitsschutz  
Anspruch  
Durchführung  
Gefährdungsbeurteilung  
Mitbestimmungsrecht (Betriebsrat)  
Handlungsspielraum (Arbeitgeber)

**Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung**

Leitsätze

1. Arbeitnehmer haben nach § 5 Abs 1 ArbSchG iVm. § 618 Abs 1 BGB Anspruch auf eine Beurteilung der mit ihrer Beschäftigung verbundenen Gefährdung.
2. § 5 Abs 1 ArbSchG räumt dem Arbeitgeber bei dieser Beurteilung einen Spielraum ein. Der Betriebsrat hat bei dessen Ausfüllung nach § 87 Abs 1 Nr 7 BetrVG mitzubestimmen. Der einzelne Arbeitnehmer kann deshalb nicht verlangen, dass die Gefährdungsbeurteilung nach bestimmten von ihm vorgegebenen Kriterien durchgeführt wird.

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 23. November 2006 - 6 Sa 339/05 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung nach bestimmten Kriterien und Überprüfungsmethoden hat.

Der Kläger ist seit 1994 als Gießereihilfe für die Beklagte tätig. Im Betrieb besteht ein Betriebsrat. Der Kläger war zunächst im Schmelzbereich und in der Putzerei eingesetzt. Seit einem von ihm gewonnenen Kündigungsschutzprozess beschäftigt die Beklagte ihn im Bereich der Sandaufbereitung der Gießerei. Der Kläger muss den Fußboden mehrerer Kellerräume von Sand reinigen, der von den Förderbändern fällt. Der Sand ist in einem Altsandcontainer zu entsorgen. Dafür stehen dem Kläger ein Staubsauger, eine Schaufel und eine Schubkarre zur Verfügung. Zu seiner persönlichen Schutzausrüstung gehören ein Schutzhelm, eine Staubmaske, Ohrenschützer und Sicherheitsschuhe. Die Tätigkeit war zuvor Teil der Aufgaben anderer Gießereihilfen, die sie neben ihren sonstigen Pflichten versahen.

Im August 2004 besichtigte und bewertete ein Sicherheitsingenieur aus einem Büro für Arbeitssicherheit den Arbeitsbereich Sandaufbereitung. Der Kläger hielt sich damals wegen einer Erkrankung nicht im Betrieb auf. Der Sicherheitsingenieur beurteilte insbesondere die Staubentwicklung, die Lichtverhältnisse, die Raumtemperatur, den Lärmpegel, die Größe und Höhe des Arbeitsbereichs sowie physische Belastungen durch schwere oder einseitige Arbeit. Er dokumentierte die Ergebnisse der Begehung in einem Schriftstück vom 18. August 2004, das er mit „Gefährdungsbeurteilung und festgelegte Schutzmaßnahmen nach ArbSchG § 6“ überschrieb.

Der Kläger hat behauptet, er habe auf Grund der Arbeitsbedingungen einen Hörschaden erlitten. Er meint, die Stellungnahme des Sicherheitsingenieurs vom 18. August 2004 entspreche nicht den Erfordernissen des § 5 Abs. 1 ArbSchG, sondern allenfalls den Vorgaben des Arbeitssicherheitsgesetzes. Er habe einen einklagbaren Erfüllungsanspruch auf Durchführung einer § 5 Abs. 1 ArbSchG genügenden Gefährdungsbeurteilung. Diese öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift werde von § 618 Abs. 1 BGB in das Arbeitsvertragsrecht transformiert. § 5 Abs. 1 ArbSchG sei keine bloße organisatorische oder ordnungspolitische Vorschrift. Die Arbeitsschutzbestimmung konkretisiere vielmehr den vom Arbeitgeber einzuhaltenden Mindeststandard. Die Verpflichtung zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung könne Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung sein. Die Beklagte müsse jedenfalls ihr Initiativrecht gegenüber dem Betriebsrat ausüben, um an seinem Arbeitsplatz eine Gefährdungsbeurteilung durchzuführen.

Der Kläger hat - soweit zur Entscheidung des Senats angefallen - beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an seinem Arbeitsplatz eine Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG durchzuführen, die sich insbesondere mit den Gefährdungspotenzialen Lärm, Staub, Hitze, Arbeitshemmnisse und Hindernisse, unklare Aufgabenstellungen, mangelnde Bewegungsspielräume, Vorgesetztenverhalten sowie den sich im Zusammenhang hieraus ergebenden psychischen Belastungen befasst, unter Anwendung der Kriterien der ISO 9241 Teil 2, der Humankriterien sowie der sonstigen gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit unter Anwendung des Verfahrens des Beobachtungsinterviews durch eine arbeitswissenschaftlich/arbeitspsychologisch qualifizierte Person;

hilfsweise

die Beklagte zu verurteilen, von ihrem Initiativrecht gegenüber dem Betriebsrat Gebrauch zu machen, um am Arbeitsplatz des Klägers eine Gefährdungsbeurteilung gemäß § 5 ArbSchG durchzuführen, die sich insbesondere mit den Gefährdungspotenzialen Lärm, Staub, Hitze, Arbeitshemmnisse und Hindernisse, unklare Aufgabenstellungen, mangelnde Bewegungsspielräume, Vorgesetztenverhalten sowie den sich im Zusammenhang hieraus ergebenden psychischen Belastungen befasst, unter Anwendung der Kriterien der ISO 9241 Teil 2, der Humankriterien sowie der sonstigen gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit unter Anwendung des Verfahrens des Beobachtungsinterviews durch eine arbeitswissenschaftlich/arbeitspsychologisch qualifizierte Person.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, der Kläger habe keinen Anspruch auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung. Wortlaut und systematischer Zusammenhang des § 5 Abs. 1 ArbSchG zeigten, dass die Norm keinen individuellen Erfüllungsanspruch gewähre. Die Überwachung des Arbeitsschutzes sei nach § 21 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG staatliche Aufgabe. Die Schutzpflicht aus § 618 Abs. 1 BGB könnten nur solche Arbeitsschutzvorschriften konkretisieren, die für den Arbeitnehmer unmittelbar einen Erfüllungsanspruch begründeten. Selbst wenn ein Anspruch grundsätzlich bejaht werde, fehle die von § 618 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Gefahr für Leben und Gesundheit. Der Gefahrenbegriff des § 618 Abs. 1 BGB unterscheide sich vom Begriff der Gefährdung in § 5 Abs. 1 ArbSchG. Unabhängig davon sei die Stellungnahme des Sicherheitsingenieurs vom 18. August 2004 eine ordnungsgemäße Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 Abs. 1 ArbSchG.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger Haupt- und Hilfsantrag weiter.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

A. Die Revision und die Klage sind unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine Gefährdungsbeurteilung nach den von ihm vorgegebenen Kriterien und Methoden. Er kann auch nicht verlangen, dass die Beklagte ihr Initiativrecht gegenüber dem Betriebsrat so ausübt, dass sich dieser mit der Beklagten über eine entsprechende Durchführungsregelung einigt.

I. Der mit dem Hauptantrag verfolgte Anspruch beruht weder unmittelbar noch iVm. § 618 Abs. 1 BGB auf § 5 Abs. 1 ArbSchG. Die vom Kläger geforderte Anwendung bestimmter Überprüfungsparameter und -methoden lässt die der Beklagten von § 5 Abs. 1 ArbSchG eröffneten Regelungsspielräume außer Acht.

1. Die besonderen Pflichten, die § 7 Abs. 1 GefStoffV dem Arbeitgeber bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG im Zusammenhang mit Gefahrstoffen auferlegt, sind für die Entscheidung nicht erheblich. Das Landesarbeitsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die darauf schließen lassen, dass es sich bei dem vom Kläger bewegten Sand oder seinen Bestandteilen um Gefahrstoffe iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1 GefStoffV, § 19 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 ChemG handelt. Die Revision hat insoweit keine Rügen erhoben.

2. Der geltend gemachte Anspruch lässt sich nicht unmittelbar aus § 5 Abs. 1 ArbSchG herleiten. Die Art. 6 Abs. 3 Buchst. a Satz 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG (ABl. Nr. L 183 S. 1) umsetzende Vorschrift begründet originär nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers. Der Referentenentwurf vom 22. Dezember 1992 des in der zwölften Legislaturperiode gescheiterten Arbeitsschutzrahmengesetzes sah in § 19 Abs. 2 noch eine individualschützende Regelung vor. Danach sollten die den Arbeitgeber treffenden Pflichten „zugleich unabdingbare Mindestpflichten aus dem Beschäftigungsverhältnis gegenüber dem Beschäftigten“ sein. § 19 Abs. 2 des Referentenentwurfs ging nicht in das in der 13. Legislaturperiode verabschiedete Arbeitsschutzgesetz vom 7. August 1996 ein (Staudinger/Oetker (2002) § 618 Rn. 15).

3. Ein privatrechtlicher Erfüllungsanspruch des Klägers auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung setzt deshalb voraus, dass § 5 Abs. 1 ArbSchG durch § 618 Abs. 1 BGB in das Arbeitsvertragsrecht transformiert wird (vgl. nur Kollmer/Kohte ArbSchG § 3 Rn. 83).

a) Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen konkretisieren den Inhalt der Fürsorgepflichten, die dem Arbeitgeber nach § 618 BGB im Hinblick auf die Sicherheit und das Leben der Arbeitnehmer obliegen (vgl. vor Inkrafttreten des Arbeitsschutzgesetzes in den Jahren 1996 und 1997 schon BAG 10. März 1976 - 5 AZR 34/75 - AP BGB § 618 Nr. 17 = EzA BGB § 618 Nr. 2, zu 1 der Gründe). Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt eine Doppelwirkung zu, wenn ihre Schutzpflichten über § 618 Abs. 1 BGB in das Arbeitsvertragsrecht transformiert werden. In diesem Fall sind sie neben öffentlich-rechtlicher Pflicht zugleich unabdingbare privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers im Sinne eines einzuhaltenden Mindeststandards (vgl. die allgemeine Meinung im Schrifttum, grundlegend Nipperdey Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. IV S. 203; in jüngerer Vergangenheit zB DFL/Kamanabrou § 618 BGB Rn. 4; HWK/Krause 3. Aufl. § 618 BGB Rn. 6; MünchKommBGB/Lorenz 4. Aufl. Bd. 4 § 618 Rn. 6; Staudinger/Oetker § 618 Rn. 14 ff.; AnwK-ArbR/Otto Bd. 1 § 618 BGB Rn. 1; ErfK/Wank 8. Aufl. § 618 BGB Rn. 4).

b) Die von § 5 Abs. 1 ArbSchG begründete Pflicht zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung ist zur Transformation durch § 618 Abs. 1 BGB geeignet. Der Kläger hat jedoch keinen Anspruch auf eine Gefährdungsbeurteilung, die unter Anwendung der von ihm vorgegebenen Beurteilungskriterien und -methoden durchgeführt wird.

aa) Welche öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften durch Transformation vertragliche Erfüllungsansprüche auf Herstellung eines arbeitsschutzkonformen Zustands begründen können, ist durch Auslegung zu ermitteln.

(1) Eine Arbeitsschutzbestimmung wirkt über § 618 Abs. 1 BGB nach der bisherigen Rechtsprechung nur dann anspruchsbegründend, wenn ihr Inhalt geeignet ist, Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu sein (BAG 21. August 1985 - 7 AZR 199/83 - AP BGB § 618 Nr. 19 = EzA BGB § 618 Nr. 5, zu II 1 der Gründe; 10. März 1976 - 5 AZR 34/75 - AP BGB § 618 Nr. 17 = EzA BGB § 618 Nr. 2, zu 1 der Gründe).

(2) Diese einschränkende Voraussetzung ist § 6 JArbSchG vom 9. August 1960 (BGBl. I S. 667) nachgebildet. Gemeinhin wird formuliert, der Inhalt der Norm des technischen Arbeitsschutzes müsse geeignet sein, Gegenstand eines individualrechtlichen Erfüllungsanspruchs zu sein. Von der Transformation ausgenommen werden organisatorische oder ordnungsrechtliche Vorschriften und solche Arbeitsschutzregelungen, die den Arbeitnehmer nur als Mitglied der Gesamtbelegschaft oder als Teil einer Arbeitnehmergruppe schützen sollen (MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 7; ErfK/Wank § 618 BGB Rn. 5). Bloße organisatorische oder ordnungsrechtliche Pflichten sollen zB die Verpflichtungen des Arbeitgebers sein, Listen und Verzeichnisse zu führen, die Aufsichtsstellen zu informieren oder bestimmte Arbeitsschutzvorschriften im Betrieb auszuhängen (Wlotzke FS für Hilger und Stumpf S. 742) .

(3) Die von der hM geforderte Eignung, Gegenstand eines individuellen Erfüllungsanspruchs zu sein, ist zur Abgrenzung von transformationsfähigen und nicht transformationsfähigen Arbeitsschutzbestimmungen nur begrenzt tauglich. Der Arbeitgeber kann sich gegenüber einzelnen Arbeitnehmern vertraglich verpflichten, Ordnungs- oder Organisationsvorschriften einzuhalten, die ihn sonst nur gegenüber den Aufsichtsstellen verpflichteten. Das Landesarbeitsgericht stellt daher im Ausgangspunkt zutreffend darauf ab, ob die jeweilige öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschrift gerade auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel hat (vgl. Kollmer/Kohte § 3 Rn. 84).

bb) Die Transformation über § 618 Abs. 1 BGB ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil die Vorschrift nur zum Schutz vor Gefahren verpflichtet, während § 5 Abs. 1 ArbSchG auf Gefährdungen abstellt. § 618 Abs. 1 BGB begründet nicht nur einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Einschreiten des Arbeitgebers gegen unmittelbare, konkret drohende Gefahren (wie hier Münch-ArbR/Wlotzke 2. Aufl. Bd. 2 § 209 Rn. 21; aA BGB-RGRK/Schick 12. Aufl. § 618 Rn. 21) . Die Transformationswirkung des § 618 Abs. 1 BGB erfasst auch Gefährdungen iSv. § 5 Abs. 1 ArbSchG (ebenso Kollmer/Oppenauer § 17 Rn. 53; aA Faber Die arbeitsschutzrechtlichen Grundpflichten des § 3 ArbSchG S. 431 f.; Marquardt Das Sicherheitsdatenblatt als Instrument außer- und innerbetrieblicher Information und Kommunikation S. 222; zu § 2 Abs. 2 Satz 1 LasthandhabV Zipprich Prävention arbeitsbedingter Erkrankungen durch manuelles Handhaben von Lasten S. 129 f.).

(1) Unter einer Gefahr ist im Bereich des Arbeitsschutzes eine Sachlage zu verstehen, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens zu einem Schaden führt. Dem Schadenseintritt muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit zugrunde liegen. Welcher Grad der Wahrscheinlichkeit ausreicht, ist unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach der Art der betroffenen Rechtsgüter zu bestimmen. Im Arbeitsschutz, bei dem es um Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer geht, genügt ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit als bei einer Gefahr für Sachgüter (BT-Drucks. 13/3540 S. 16; Kollmer/Kreizberg § 5 Rn. 30).

(2) Eine Gefährdung im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes tritt dagegen schon früher ein. Der Begriff der Gefährdung bezeichnet im Unterschied zur Gefahr die Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an ihr Ausmaß oder ihre Eintrittswahrscheinlichkeit (BT-Drucks. 13/3540 S. 16; Kollmer/Kreizberg § 5 Rn. 31).

cc) § 5 ArbSchG dient nicht in erster Linie dazu, unmittelbare Gesundheitsgefahren zu verhüten. Durch die Gefährdungsbeurteilung werden vielmehr im Vorfeld Gefährdungen ermittelt, denen ggf. durch entsprechende Maßnahmen zu begegnen ist (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - BAGE 111, 48, zu B III 2 b aa der Gründe; 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - BAGE 111, 36, zu B I 2 b bb (1) der Gründe; MünchArbR/Wlotzke § 206 Rn. 31) .

(1) Gerade die Gefährdungsermittlung ist jedoch zentrales Element des technischen Arbeitsschutzes. Mit ihr fängt der Schutz der Gesundheit als der körperlichen und geistig-psychischen Integrität des Arbeitnehmers an (zum Gesundheitsbegriff des § 618 Abs. 1 BGB näher Kollmer/Kollmer § 1 Rn. 20; HWK/Krause § 618 BGB Rn. 15; MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 56). Je genauer und wirklichkeitsnäher die Gefährdungen im Betrieb ermittelt und beurteilt werden, desto zielsicherer können konkrete Maßnahmen des Arbeitsschutzes getroffen werden (Kohte Anm. LAGE BetrVG 1972 § 87 Gesundheitsschutz Nr. 1). Die Bestandsaufnahme und die Analyse der Gefährdungen dienen mittelbar dem Gesundheitsschutz (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - BAGE 111, 48, zu B III 2 b aa der Gründe; 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - BAGE 111, 36, zu B I 2 b bb (1) der Gründe). Sie befinden sich im gesundheitsnahen Bereich (zu dem besonderen Aspekt der menschengerechten Gestaltung der Arbeit iSv. § 2 Abs. 1 ArbSchG MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 13).

(2) Der § 5 Abs. 1 ArbSchG zugrunde liegende Präventionsgedanke ist die nötige Vorstufe des Schutzes vor einer unmittelbar drohenden Gefahr und mit ihm untrennbar verbunden.

(a) Dieser Präventionsgedanke hat im Wortlaut der wesentlich älteren Norm des § 618 Abs. 1 BGB noch keinen klaren Ausdruck gefunden. Dennoch gehörte die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, das Gefährdungspotenzial eines Arbeitsplatzes zu prüfen, als Bestandteil der allgemeinen Fürsorgepflicht schon zum früheren rein privatrechtlich ausgestalteten Arbeitsschutz nach §§ 617 f. BGB und § 62 HGB (zur Entwicklung des technischen Arbeitsschutzes vom Privatrecht zum öffentlichen Recht Kollmer/Kreizberg § 5 Rn. 5; MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 7, der in Zweifelsfällen allgemein eine individuelle Transformation bejaht).

(b) Die Gefährdungsbeurteilung dient damit auch dem individuellen Schutz des Arbeitnehmers. Das zeigt sich mittelbar ua. an den originär öffentlich-rechtlich begründeten individuellen Beschäftigtenrechten des § 12 Abs. 1 Satz 1 und 4 ArbSchG. Danach hat der Arbeitgeber die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während der Arbeitszeit zu unterweisen. Die Unterweisung muss an die Gefährdungsentwicklung angepasst sein, setzt also eine Gefährdungsbeurteilung voraus (vgl. ErfK/Wank § 618 BGB Rn. 13, der § 12 Abs. 1 ArbSchG für den Prototyp einer transformationsfähigen Norm hält). Der Zweck des § 5 Abs. 1 ArbSchG liegt daher nicht ausschließlich darin, die Entscheidungsträger des betrieblichen Arbeitsschutzes - vor allem Arbeitgeber, Betriebsrat, Sicherheitsfachkraft, Betriebsarzt und Arbeitsschutzausschuss - zu einem systematischen Vorgehen anzuhalten.

Der Individualschutz des Arbeitnehmers beginnt schon mit dem Beurteilungsprozess, nicht erst dort, wo der Planungsprozess mit der Entscheidung darüber endet, ob und erforderlichenfalls welche konkreten Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind (aA Faber S. 431 f.).

dd) Die Systematik des Arbeitsschutzgesetzes steht einem privatrechtlichen Erfüllungsanspruch des Klägers auf Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Abs. 1 ArbSchG iVm. § 618 Abs. 1 BGB nicht entgegen. Die Regelung der Gefährdungsbeurteilung ist im zweiten Abschnitt des Arbeitsschutzgesetzes enthalten, der die Pflichten des Arbeitgebers behandelt, nicht in § 17 des dritten Abschnitts, der ausdrücklich die Rechte der Beschäftigten regelt. Das Vorschlagsrecht des § 17 Abs. 1 ArbSchG und das Recht des Beschäftigten, sich nach § 17 Abs. 2 ArbSchG unter bestimmten Voraussetzungen an die zuständige Behörde zu wenden, sind originäre subjektive Rechte auf Grund öffentlichen Rechts. Sie sind auf ihre Regelungsgegenstände beschränkt und schließen die flankierende privatrechtliche Transformation anderer Normen des Arbeitsschutzgesetzes, die auch dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers dienen, durch § 618 Abs. 1 BGB nicht aus.

c) Der Kläger hat jedoch nicht den von ihm geltend gemachten Anspruch, der ausschließlich die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung mit den von ihm vorgegebenen Kriterien und Beurteilungsmethoden zum Gegenstand hat.

aa) Der Inhalt eines durch § 618 Abs. 1 BGB vermittelten individuellen Erfüllungsanspruchs auf Grund des technischen Arbeitsschutzes bestimmt sich danach, ob die Arbeitsschutzvorschrift einen strikten normativen Befehl enthält oder dem Arbeitgeber einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum einräumt (DFL/Kamanabrou § 618 BGB Rn. 19; HWK/Krause § 618 BGB Rn. 33; MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 74; Staudinger/Oetker § 618 Rn. 255; ErfK/Wank § 618 BGB Rn. 24 f.). Verleiht die Arbeitsschutznorm dem Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum, kann der Arbeitnehmer lediglich die ordnungsgemäße Ausfüllung des Beurteilungsspielraums verlangen. Im Fall eines Ermessens des Arbeitgebers richtet sich der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Sie wird durch § 315 BGB konkretisiert (Staudinger/Oetker aaO).

bb) § 5 Abs. 1 ArbSchG eröffnet für den Arbeitgeber einen Handlungs- und damit einen Beurteilungsspielraum. Die Norm ist eine ausfüllungsbedürftige Rahmenvorschrift. Sie enthält keine zwingenden Vorgaben, wie die Gefährdungsbeurteilung durchzuführen ist (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - BAGE 111, 48, zu B III 2 b cc der Gründe; 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - BAGE 111, 36, zu B I 2 b bb der Gründe) . Die vom Kläger vorgegebenen starren Beurteilungskriterien und -methoden berücksichtigen den der Beklagten eingeräumten Beurteilungsspielraum in ihrer Gesamtheit nicht. Deshalb kann im Einzelnen offenbleiben, ob auch die von ihm geforderten Maßnahmen der menschengerechten Gestaltung der Arbeit iSv. § 2 Abs. 1 aE ArbSchG vom Begriff der Gesundheitsgefahr in § 618 Abs. 1 BGB erfasst werden (zu der Kontroverse über den sog. erweiterten technischen Arbeitsschutz näher MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 11 ff.).

cc) Hinzu kommt, dass der Betriebsrat bei der Ausfüllung des Beurteilungsspielraums durch den Arbeitgeber nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen hat. Dadurch soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb erreicht werden (BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 4/03 - BAGE 111, 48, zu B III 2 b cc der Gründe; 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - BAGE 111, 36, zu B I 2 b bb der Gründe; 15. Januar 2002 - 1 ABR 13/01 - BAGE 100, 173, zu B II 2 b der Gründe) .

(1) Der Arbeitnehmer kann bei nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen nur verlangen, dass der Arbeitgeber sein Initiativrecht ausübt, um mit dem Betriebsrat die erforderliche Einigung über die Art und Weise der Durchführung des Gesundheitsschutzes zu erzielen (DFL/Kamanabrou § 618 BGB Rn. 20; HWK/Krause § 618 BGB Rn. 34; ErfK/Wank § 618 BGB Rn. 24; aA MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 75, der wegen des individuellen Erfüllungsanspruchs des Arbeitnehmers einen kollektiven Tatbestand verneint). Das gilt bei einer arbeitsplatzbezogenen Gefährdungsbeurteilung jedenfalls dann, wenn es sich - wie hier - wegen der nötigen Vertretung des Klägers zB bei Krankheit und Urlaub um einen kollektiven Tatbestand handelt.

(2) Der regelmäßige Vorrang der Ausübung des Initiativrechts tritt hier auch nicht ausnahmsweise deswegen zurück, weil der Kläger auf Grund einer konkreten Gefahr für seine Gesundheit besonders schutzbedürftig und die Beklagte wegen der gebotenen Eile verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen sofort zu treffen (vgl. HWK/Krause § 618 BGB Rn. 34; MünchKommBGB/Lorenz § 618 Rn. 75). Das Landesarbeitsgericht hat keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem vom Kläger behaupteten Hörschaden und seinem Arbeitsplatz festgestellt. Der Kläger hat insoweit keine durchgreifenden Verfahrensrügen erhoben (§ 559 Abs. 1 Satz 2, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO).

II. Der Hilfsantrag des Klägers ist ebenfalls unbegründet. Der den Betriebspartnern von § 5 Abs. 1 ArbSchG und § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eröffnete Spielraum lässt es nicht zu, dass der Kläger starre Vorgaben für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung macht.

III. Da dem Kläger die erhobenen Ansprüche nicht zustehen, kann offenbleiben, ob die Beurteilung des Sicherheitsingenieurs vom 18. August 2004 den Anforderungen an eine Gefährdungsbeurteilung iSv. § 5 Abs. 1 ArbSchG gerecht wurde. Darüber hinaus kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beklagte nach § 3 Abs. 1 Satz 2, § 1 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG iVm. § 618 Abs. 1 BGB dazu verpflichtet ist, die bereits 2004 getroffenen Arbeitsschutzmaßnahmen kontinuierlich auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls den sich ändernden Gegebenheiten anzupassen (eine solche individualvertragliche Pflicht ablehnend Kollmer/Kohte § 3 Rn. 86, der einen bloßen internen Überprüfungsprozess annimmt; zu dem nötigen kontinuierlichen Verbesserungsprozess AnwK-ArbR/Lorenz § 3 ArbSchG Rn. 3).

B. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 30.07.2008

**BAG, Urteil vom 30.07.2008 - 10 AZR 606/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Thüringer Landesarbeitsgericht, Urteil vom 22. März 2007 - 3 Sa 66/07  
Arbeitsgericht Erfurt, Urteil vom 18. August 2005 - 1 Ca 537/05

Stichworte:  
Freiwilligkeitsvorbehalt  
Sonderzahlungen  
Weihnachtsgratifikation

**Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen**

Leitsätze

Weist der Arbeitgeber in einem vorformulierten Arbeitsvertrag darauf hin, dass die Gewährung einer Sonderzahlung keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume begründet, benachteiligt ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt den Arbeitnehmer nicht unangemessen. Die Klausel ist auch dann wirksam, wenn die Sonderzahlung ausschließlich im Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet.

Tenor

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 22. März 2007 - 3 Sa 66/07 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Erfurt vom 18. August 2005 - 1 Ca 537/05 - abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.000,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 1. Januar 2005 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten über eine Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2004.

Die Beklagte ist eine Eisenbahn- und Bauplanungsgesellschaft. Bei ihr besteht kein Betriebsrat. Die Klägerin ist seit dem 1. Februar 1992 bei der Beklagten als technische Angestellte beschäftigt. Am 15. Januar 1992, 11. Januar 1994 und 1. März 1996 schlossen die Parteien jeweils Formulararbeitsverträge. Im Vertrag vom 1. März 1996 heißt es:

“§ 5 Sonstige betrieblichen Leistungen 2

Der /Die Angestellte erhält Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehaltes / nach den tariflichen Bestimmungen 3 / nach den betrieblichen Vereinbarungen 3 / als betriebliche Leistung mit Rechtsanspruch 3 . Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Wird eine solche gewährt, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufbare Leistung des Arbeitgebers dar 3 .

...

2 In Betracht kommen Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, vermögenswirksame Leistungen, Fahrgelderstattung, Essenszuschuß, Ertragsbeteiligung, Altersversorgung, Wohngeld.

3 Nichtzutreffendes streichen.

...”

Die in § 5 des Vertrags vom 1. März 1996 unterstrichen Worte “Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehaltes” wurden maschinenschriftlich in die Vertragsurkunde eingefügt. Am 22. Januar 2003 vereinbarten die Parteien schriftlich, dass die Klägerin ab dem 1. Februar 2003 ein monatliches Grundgehalt iHv. 2.000,00 Euro erhält und dass alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag vom 1. März 1996 unberührt bleiben. Die Beklagte zahlte der Klägerin ebenso wie ihren anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Jahren 1992 bis 2003 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe der jeweiligen Bruttomonatsvergütung. Im Jahr 2004 gewährte die Beklagte keine Weihnachtsgratifikation. Diese verlangte die Klägerin von der Beklagten ohne Erfolg mit einem Schreiben vom 28. Januar 2005.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung Anspruch auf Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2004. Die Regelungen in § 5 der Arbeitsverträge hätten das Entstehen einer betrieblichen Übung nicht verhindert. Die Kombination eines Freiwilligkeits- mit einem Widerrufsvorbehalt halte einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht stand. Eine solche Kombination sei mehrdeutig und widersprüchlich. Die Beklagte habe im Übrigen Gründe für einen Widerruf weder in der arbeitsvertraglichen Widerrufsklausel genannt noch einen Widerruf tatsächlich erklärt.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie Weihnachtsgeld für das Jahr 2004 in Höhe von 2.000,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der EZB seit dem 1. Dezember 2004 zu zahlen.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, die Regelung im Arbeitsvertrag, dass ein Rechtsanspruch auf die Weihnachtsgratifikation nicht bestehe, hindere den Anspruch der Klägerin auf die beanspruchte Zahlung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsverhandlung am 22. März 2007 haben die Parteien ausweislich der Sitzungsniederschrift nach den zur Berufungseinlegung, Berufungsbegründung und Berufungserwiderung getroffenen Feststellungen ihre Anträge gestellt, bevor der ehrenamtliche Richter P M vereidigt wurde. Nach dessen Vereidigung nahmen die Parteien auf ihre gestellten Anträge Bezug und verwiesen auf ihren Tatsachenvortrag sowie die von ihnen vorgebrachten Argumente. Am Ende des Sitzungstages hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen, ohne die Revision zuzulassen. Mit der vom Senat auf die Beschwerde der Klägerin zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin hat Erfolg.

Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Klägerin hat nach § 5 Satz 1 des Arbeitsvertrags vom 1. März 1996 Anspruch auf Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2004 in Höhe ihres Bruttomonatsgehalts von 2.000,00 Euro.

A. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung der Kammer des Landesarbeitsgerichts (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 547 Nr. 1 ZPO) nicht gegeben. Über die Berufung der Klägerin haben keine anderen Richter entschieden als die gesetzlich Berufenen. Die erkennende Kammer des Landesarbeitsgerichts war iSv. § 547 Nr. 1 ZPO vorschriftsmäßig besetzt. An der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hat auch kein nicht vereidigter ehrenamtlicher Richter mitgewirkt. Zwar ist der ehrenamtliche Richter P M in der Berufungsverhandlung am 22. März 2007 erst vereidigt worden, nachdem die Parteien ihre Anträge gestellt hatten. Allerdings haben die Parteien ausweislich der Sitzungsniederschrift über die Berufungsverhandlung vom 22. März 2007 nach der Vereidigung des ehrenamtlichen Richters P M auf die von ihnen gestellten Anträge, ihren Tatsachenvortrag sowie die von ihnen vertretenen Rechtsansichten ausdrücklich Bezug genommen. Maßgebend ist, dass der ehrenamtliche Richter P M vor der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts vereidigt worden ist und damit als vereidigter ehrenamtlicher Richter an der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts mitgewirkt hat.

B. Der Klägerin steht nach § 5 Satz 1 des Arbeitsvertrags der Parteien vom 1. März 1996 für das Jahr 2004 Weihnachtsgratifikation in Höhe ihres monatlichen Bruttogehalts von 2.000,00 Euro zu. Nach dieser Vertragsbestimmung erhält die Angestellte Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehaltes nach den betrieblichen Bestimmungen. Ohne Bedeutung ist, dass die Parteien die Worte in § 5 Satz 1 des Vertragsmusters "nach den betrieblichen Vereinbarungen" nicht gestrichen haben, wie das von den Herausgebern des Vertragsformulars bei nicht durch Betriebsvereinbarung geregelten betrieblichen Leistungen nach der Fußnote 3 vorgesehen war.

I. Der Vorbehalt in § 5 Satz 2 des Formulararbeitsvertrags, wonach ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation nicht besteht, hindert den Anspruch der Klägerin auf Weihnachtsgratifikation für das Jahr 2004 entgegen der Ansicht der Beklagten nicht.

1. Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der sich nicht in dem bloßen Hinweis erschöpft, dass sich der Arbeitgeber "freiwillig" zur Erbringung der Leistung verpflichtet, ohne dazu durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz gezwungen zu sein (BAG 23. Oktober 2002 - 10 AZR 48/02 - BAGE 103, 151, 155 mwN), wirksam das Entstehen eines Rechtsanspruchs des Zuwendungsempfängers auf künftige Sonderzahlungen hindern kann (BAG 11. April 2000 - 9 AZR 255/99 - BAGE 94, 204, 206 f.; 12. Januar 2000 - 10 AZR 840/98 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 223 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 158; 5. Juni 1996 - 10 AZR 883/95 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 193 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 141). Der Arbeitgeber kann außer bei laufendem Arbeitsentgelt (vgl. BAG 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 20) grundsätzlich einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine in Aussicht gestellte Sonderzahlung ausschließen und sich die Entscheidung vorbehalten, ob und in welcher Höhe er künftig Sonderzahlungen gewährt (st. Rspr., vgl. BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26; 23. Oktober 2002 - 10 AZR 48/02 - aaO; 11. April 2000 - 9 AZR 255/99 - aaO, jeweils mwN). Daran hat der Senat auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 festgehalten, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde. Er hat angenommen, der Arbeitgeber sei auf Grund eines klaren und verständlichen Freiwilligkeitsvorbehalts in einem Formulararbeitsvertrag, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf eine Sonderzahlung eindeutig ausschließt, grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er zum laufenden Arbeitsentgelt eine zusätzliche Leistung gewährt (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - aaO; 26. September 2007 - 10 AZR 569/06 - AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 205 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 13; 28. März 2007 - 10 AZR 261/06 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 265 = EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 21).

2. Daran ist festzuhalten. Wird bereits im Arbeitsvertrag oder später bei der Leistung der Sonderzahlung klar und verständlich darauf hingewiesen, dass aus der Leistung der Sonderzahlung Ansprüche nicht hergeleitet werden können, dann schließt ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt einen Anspruch auf die Sonderzahlung für die Zukunft aus (BAG 5. Juni 1996 - 10 AZR 883/95 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 193 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 141).

a) Ein vom Arbeitgeber vorformulierter Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, ist nicht nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.

aa) Nach dieser Bestimmung ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders unwirksam, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.

Einseitige Leistungsbestimmungsrechte, die dem Arbeitgeber in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag das Recht einräumen, seine Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung einzuschränken, zu verändern, auszugestalten oder zu modifizieren, unterliegen damit einer gerichtlichen Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB (BAG 25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 20 mwN) .

bb) Zweifelhaft ist bereits, ob ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, eine Vertragsbedingung iSv. § 305 BGB ist oder ob es sich nur um einen einseitigen Hinweis des Arbeitgebers handelt, der nicht wie eine Vertragsbedingung auf die Regelung des Inhalts des Arbeitsvertrags zielt und kein Rechtsverhältnis gestalten, sondern nur die Entstehung eines Anspruchs auf Grund betrieblicher Übung verhindern will (vgl. Ulrici BB 2005, 1902, 1903 f.; Thüsing AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht S. 106 Rn. 268; Ricken DB 2006, 1372, 1374). Allerdings besteht Einigkeit, dass ein vom Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer Sonderzahlung vorformulierter Freiwilligkeitsvorbehalt dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechen muss (Linck in Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand, Mannheimer Arbeitsrechtstag 2007 S. 29, 46; Reinecke BB 2008, 554, 555; Sprenger BB 2007, 1902, 1903; MünchArbR/Hanau 2. Aufl. § 62 Rn. 94; MünchKomm/BGB/Müller-Glöge 4. Aufl. § 611 Rn. 448; ErfK/Preis 8. Aufl. §§ 305-310 BGB Rn. 70) und Zweifel bei der Auslegung eines vom Arbeitgeber vorformulierten Freiwilligkeitsvorbehalts gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu seinen Lasten gehen (Thüsing S. 107 Rn. 271) .

cc) Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt, der jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ausschließt, fehlt es jedenfalls an einer versprochenen Leistung iSv. § 308 Nr. 4 BGB. Ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt verhindert die Entstehung eines Anspruchs auf eine Leistung für künftige Bezugszeiträume (Gaul FS Hromadka S. 99, 100 mwN; Linck in Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand S. 29, 45) . Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird nicht eingeschränkt oder sonst verändert. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Leistung der Sonderzahlung wird von vornherein nicht begründet (MünchArbR/Hanau § 62 Rn. 94) . Es mangelt an einem Angebot des Arbeitgebers iSv. § 151 BGB, das der Arbeitnehmer annehmen könnte. Mit der Formulierung, dass aus der Leistung einer Sonderzahlung keinerlei Rechte hergeleitet werden können, macht der Arbeitgeber hinreichend deutlich, dass er gerade keine Rechtsfolge im Sinne einer Erfüllungspflicht herbeiführen will (Ricken DB 2006, 1372, 1373; Sprenger BB 2007, 1902, 1903; Ulrici BB 2005, 1902, 1903) . Deshalb verstößt ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließt, auch nicht gegen den allgemeinen Grundsatz "pacta sunt servanda" (Verträge sind einzuhalten), weil es zu keiner verbindlichen Zusage der Sonderzahlung gekommen ist (Thüsing AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht S. 106 Rn. 268; Schmitt-Rolfes AuA 2008, 71; aA Preis Der Arbeitsvertrag S. 1502 Rn. 98). Ein Anspruch entsteht nur auf die jeweils zugesagte Sonderzahlung (Gaul FS Hromadka S. 99, 100 mwN) . Mit der Zahlung erlischt dieser Anspruch (Hanau/Hromadka NZA 2005, 73) . Es gibt damit kein über die Erbringung der einzelnen Leistung hinausgehendes "pactum" (Hanau ZIP 2005, 1661, 1666) . Deshalb muss der Arbeitgeber auch nicht bereits zu Beginn des Bezugszeitraums unter Berufung auf die Freiwilligkeitsklausel ankündigen, dass er keine Sonderzahlung leisten will (aA Küttner/Griese Personalbuch 2008 Gratifikation Rn. 7).

Mangels eines Anspruchs des Arbeitnehmers bedarf es weder einer Ankündigung, um einen Anspruch des Arbeitnehmers zu Fall zu bringen (BAG 12. Januar 2000 - 10 AZR 840/98 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 223 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 158) , geschweige denn einer Präzisierung in der Vorbehaltsklausel, aus welchen Gründen der Freiwilligkeitsvorbehalt ausgeübt wird (Gaul S. 99, 113; aA ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 70) .

dd) Ein Teil der Literatur weist unter den Gesichtspunkten der Harmonisierung der Kontrollmaßstäbe und der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zunächst darauf hin, dass mit einem jeden Rechtsanspruch des Arbeitnehmers ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalt vom Arbeitgeber das gleiche Ziel verfolgt wird wie mit anderen Bestimmungsrechten, insbesondere der Befristung einzelner Arbeitsbedingungen und dem Widerrufsvorbehalt. Daraus wird dann das Erfordernis einer Angemessenheitskontrolle bei Freiwilligkeitsvorbehalten in Formularverträgen abgeleitet, auch soweit sich der Vorbehalt nicht auf laufendes Arbeitsentgelt, sondern auf Sonderzahlungen bezieht (vgl. Preis Der Arbeitsvertrag S. 1503 Rn. 105; ErfK/Preis BGB 8. Aufl. §§ 305 - 310 Rn. 71, für den Fall, dass sich der Freiwilligkeitsvorbehalt auf eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Leistung bezieht; Dorndorf/Bonin in Däubler/Dorndorf/Bonin/Deinert AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht 2. Aufl. § 307 BGB Rn. 198; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 7. Aufl. § 2 KSchG Rn. 76) . Ein anderer Teil der Literatur vertritt die Auffassung, dass bei Freiwilligkeitsvorbehalten eine Inhaltskontrolle nicht in Betracht kommt und es eine den Grundsätzen der Privatautonomie zuwiderlaufende Überdehnung des AGB-Rechts bedeuten würde, wenn die Einstellung einer freiwilligen Leistung auf Angemessenheit überprüft würde (Hanau/Hromadka NZA 2005, 73, 75; Thüsing AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht S. 106 Rn. 268) . Daraus wird zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs zum Widerrufsvorbehalt der Schluss gezogen, dass auch der Widerruf zugesagter und gewährter Arbeitsentgelte nicht stets nach billigem Ermessen gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB erfolgen müsse, sondern auch nach freiem Ermessen erfolgen könne (MünchArbR/Hanau § 62 Rn. 109; aA Isenhardt FS Hanau S. 221, 228 f.) .

ee) Für eine Gleichstellung von Freiwilligkeitsvorbehalten, die einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung für künftige Bezugszeiträume ausschließen, mit Widerrufsvorbehalten, die einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers voraussetzen, fehlt bei Sonderzahlungen allerdings eine rechtliche Grundlage. Der Hinweis auf das Erfordernis einer Harmonisierung der unterschiedlichen, auch rechtsdogmatisch nicht vergleichbaren Vorbehalte (vgl. Maties DB 2005, 2689, 2694) rechtfertigt weder einen Widerruf vom Arbeitgeber versprochener Leistungen nach seinem freien Ermessen noch eine Angemessenheitskontrolle von Freiwilligkeitsvorbehalten bei Sonderzahlungen.

(1) Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Leistung von Sonderzahlungen in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag versprochen und sich zugleich vorbehalten, die Zusage der Sonderzahlung zu widerrufen, unterliegt der vereinbarte Widerrufsvorbehalt wie der Widerrufsvorbehalt bei einer laufenden Leistung (vgl. BAG 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17; 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6; 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140) einer Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB. Die Regelung in dieser Bestimmung differenziert bezüglich der versprochenen Leistung nicht zwischen laufenden Zahlungen und Sonderzahlungen und hindert damit die Kontrollfreiheit auch bei Widerrufsvorbehalten, die sich auf Sonderzahlungen beziehen.

Die Kontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB, ob dem Arbeitnehmer der Widerruf der Sonderzahlung zumutbar ist, schließt einen Widerruf der Sonderzahlung nach freiem Ermessen des Arbeitgebers aus.

(2) Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dagegen Sonderzahlungen nicht versprochen, sondern im Arbeitsvertrag oder bei der Leistung der Sonderzahlung klar und verständlich darauf hingewiesen, dass die Leistung einer Sonderzahlung keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für künftige Bezugszeiträume begründet, ist dieser Arbeitgeber nicht einem Arbeitgeber gleichzustellen, der dem Arbeitnehmer die Sonderzahlung - obschon unter dem Vorbehalt des Widerrufs - ausdrücklich zugesagt und sich damit zur Leistung der Sonderzahlung verpflichtet hat. Bei einer Zusage unter Widerrufsvorbehalt kann der Arbeitnehmer mit der Sonderzahlung rechnen und sie beanspruchen, solange der Arbeitgeber keinen Widerruf erklärt hat. Selbst wenn der Arbeitgeber von seinem vereinbarten Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat, ist der Widerruf nur dann wirksam, wenn dieser für den Arbeitnehmer nach § 308 Nr. 4 BGB zumutbar ist. Dagegen darf bei einem klar und verständlich formulierten, einen Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalt der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit Sonderzahlungen rechnen. Schließen die Arbeitsvertragsparteien einen Arbeitsvertrag, der keinen Anspruch auf eine Sonderzahlung vorsieht, ist ihre Abrede zu achten und der Arbeitnehmer nicht einem Arbeitnehmer gleichzustellen, der den Abschluss des Arbeitsvertrags von der Leistung einer Sonderzahlung abhängig gemacht hat oder dem der Arbeitgeber von sich aus ausdrücklich Sonderzahlungen versprochen hat.

b) Selbst wenn der Hinweis des Arbeitgebers in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag, dass durch die Leistung einer Sonderzahlung kein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung begründet wird, als Vertragsbedingung iSv. § 305 BGB verstanden würde, benachteiligte ein solcher Freiwilligkeitsvorbehalt den Arbeitnehmer nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.

aa) Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit, ob die gesetzliche Regelung nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt. Die Frage, ob eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders vorliegt, ist auf der Grundlage einer Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten zu beantworten. Hierbei ist das Interesse des Verwenders an der Aufrechterhaltung der Klausel mit dem Interesse des Vertragspartners an der Ersetzung der Klausel durch das Gesetz abzuwägen. Bei dieser wechselseitigen Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner sind auch grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26 mwN). Rechtsvorschriften im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind nicht nur die Gesetzesbestimmungen selbst, sondern die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, dh. auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die auf Grund ergänzender Auslegung nach den §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6 mwN).

bb) Ein Freiwilligkeitsvorbehalt, der einen Rechtsanspruch auf Sonderleistungen ausschließt, weicht nicht von § 611 Abs. 1 BGB ab, wonach der Arbeitgeber als Dienstgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Haben die Arbeitsvertragsparteien ausschließlich eine nach Zeitabschnitten iSv. § 614 Satz 2 BGB bemessene, in aller Regel monatlich zu zahlende laufende Vergütung vereinbart, muss der Arbeitgeber nach § 611 Abs. 1 BGB nicht zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen leisten.

cc) Die Regelung in § 4a Satz 1 EFZG spricht dafür, dass Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers bedeuten. Nach dieser Vorschrift ist eine Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Kürzung von Sonderzahlungen auf Grund Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit grundsätzlich zulässig. Eine solche Vereinbarung kann bei längerer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bewirken, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Sonderzahlung hat. Demgegenüber verbietet es § 12 EFZG den Arbeitsvertragsparteien, den gesetzlichen Anspruch des Arbeitnehmers auf fortzuzahlendes, laufendes Arbeitsentgelt bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit abzubedingen. Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer bei Sonderzahlungen nicht für ebenso schutzwürdig hält wie bei der Zahlung laufenden Arbeitsentgelts.

dd) Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderzahlungen, die einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung auch bei wiederholter Zahlung nicht entstehen lassen, weichen nicht von allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ab. Vielmehr entsprechen solche Vorbehalte den allgemein anerkannten Regeln zur Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung.

(1) Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Aus dem Verhalten des Arbeitgebers wird konkludent auf eine Willenserklärung geschlossen, die vom Arbeitnehmer gemäß § 151 BGB angenommen werden kann. Dadurch wird ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch auf die üblich gewordene Vergünstigung erwächst. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat. Die Wirkung einer Willenserklärung oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr schon dann ein, wenn der Erklärende aus der Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen geäußert hat. Ob eine für den Arbeitgeber bindende betriebliche Übung auf Grund der Gewährung von Leistungen an seine Arbeitnehmer entstanden ist, muss deshalb danach beurteilt werden, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gemäß § 242 BGB und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften. Für jährlich an die gesamte Belegschaft gezahlte Gratifikationen besteht die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt (st. Rspr., vgl. BAG 28. Juni 2006 - 10 AZR 385/05 - BAGE 118, 360, 368 f.).

(2) Kaum ein Grundsatz aus der Rechtsprechung in Arbeitsachen hat einen so hohen Bekanntheitsgrad im Arbeitsleben erlangt, wie die Begründung eines Anspruchs auf eine Gratifikation durch dreimalige vorbehaltlose Zahlung des Arbeitgebers (Freitag NZA 2002, 294, 295). Hat der Arbeitgeber vergessen, einen diese Rechtsfolge verhindernden Vorbehalt zu machen, besteht Einigkeit, dass der Arbeitnehmer nach dreimaliger Zahlung Anspruch auf die Gratifikation hat. Nicht strittig ist aber auch, dass die Voraussetzungen einer anspruchsbegründenden betrieblichen Übung nicht vorliegen, wenn der Arbeitgeber klar und verständlich darauf hingewiesen hat, dass durch die Gewährung der Gratifikation kein Anspruch für die Zukunft begründet wird. Freiwilligkeitsvorbehalte haben ihren Ursprung im Gratifikationsrecht bei der Verhinderung einer betrieblichen Übung (ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 70) . Würde ein Freiwilligkeitsvorbehalt des Arbeitgebers bei Sonderzahlungen als den Arbeitnehmer entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben unangemessen benachteiligende und damit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksame Regelung verstanden, hätte dieses Verständnis zur Folge, dass der Arbeitgeber bei Gratifikationen jedenfalls von einer dreimaligen Zahlung Abstand nehmen müsste, um einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation auszuschließen. Dies und nicht die Zahlung unter Vorbehalt würde den Arbeitnehmer benachteiligen. Mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt verbundene Sonderzahlungen werden oft jahrelang geleistet. Das zeigt auch der Entscheidungsfall. Die Beklagte hat der Klägerin und ihren anderen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen eine Weihnachtsgratifikation in Höhe des jeweiligen Bruttogehalts in den Jahren 1992 bis 2003 gewährt, obwohl sie sich dazu nicht verpflichtet sah.

c) Allerdings kann eine jahrelange Leistung von Sonderzahlungen dazu führen, dass der Arbeitnehmer trotz des Hinweises des Arbeitgebers im Arbeitsvertrag, dass kein Rechtsanspruch auf die Sonderzahlung besteht, mit dieser tatsächlich rechnet, insbesondere dann, wenn die Sonderzahlung nicht an besondere Voraussetzungen, zB bestimmte individuelle Leistungen des Arbeitnehmers oder einen bestimmten Erfolg des Unternehmens, geknüpft war (Strick NZA 2005, 723, 725) . Selbst wenn es zuträfe, dass jährliche Sonderzahlungen im Gegensatz zur laufenden Vergütung nicht für den gewöhnlichen Lebensunterhalt bestimmt sind, sondern einen typischen Sonderbedarf decken sollen, auf den der Arbeitnehmer eher verzichten kann als auf sein regelmäßiges Einkommen (Singer FS Canaris S. 1467, 1481) , ist nicht zu verkennen, dass Sonderzahlungen von Arbeitnehmern nicht stets für Luxusausgaben oder besondere Annehmlichkeiten verwandt werden, sondern mit jährlichen Sonderzahlungen oft auch einmal im Jahr anfallende notwendige Ausgaben bestritten werden. Das tatsächliche Vertrauen des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung ist jedoch nicht schutzwürdig. Der Umstand, dass sich ein Arbeitnehmer auf künftige Sonderzahlungen eingerichtet hat, begründet noch keinen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung, wenn ihn der Arbeitgeber klar und verständlich darauf hingewiesen hat, dass kein Anspruch auf die Sonderzahlung für künftige Bezugszeiträume besteht. Ohne Bedeutung ist, ob dieser Hinweis aus Beweisgründen (vgl. Reiserer NZA 2007, 1249, 1251) bereits im Arbeitsvertrag festgehalten ist oder vor der jeweiligen Auszahlung erfolgt (Gaul FS Hromadka S. 99, 113) . Ungeachtet der Schwierigkeiten, die mit der Wiederholung des Vorbehalts vor jeder Sonderzahlung für den Arbeitgeber verbunden sein können, ist nicht anzunehmen, dass ein Arbeitnehmer einer ständigen Wiederholung des Vorbehalts vor jeder Leistung größere Bedeutung beimisst als einem klaren und verständlichen Hinweis im Arbeitsvertrag. Im Arbeitsvertrag enthaltene Hinweise und getroffene Abreden müssen zu ihrer Wirksamkeit nicht ständig wiederholt werden.

Bringt der Arbeitgeber im Arbeitsvertrag eindeutig zum Ausdruck, dass die Leistung von Sonderzahlungen ohne rechtliche Verpflichtung erfolgt, genügt dies § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Folge, dass kein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen entsteht (Linck in Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand S. 29, 46) .

d) Ebenso wenig wie ein nicht schutzwürdiges tatsächliches Vertrauen des Arbeitnehmers führen die typischerweise gegebene Situation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers und die in der Regel vorliegende wirtschaftliche Überlegenheit des Arbeitgebers dazu, dass der Arbeitnehmer trotz eines klaren und verständlichen Freiwilligkeitsvorbehalts, der einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung für künftige Bezugszeiträume ausschließt, diese vom Gesetz nicht vorgesehene Leistung beanspruchen kann. Selbst wenn der Arbeitnehmer keine realistische Chance hat, im Rahmen der Verhandlungen mit dem Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt Sonderzahlungen zu erreichen, widerspricht der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei Sonderzahlungen mangels eines gesetzlichen Anspruchs nicht dem Zweck des Arbeitsvertrags.

aa) Damit setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zur Entscheidung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 25. April 2007 (- 5 AZR 627/06 - AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 20) . Diese Entscheidung betraf einen anderen Sachverhalt. Es ging nicht um den Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei einer zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt geleisteten Sonderzahlung zur Verhinderung des Entstehens einer betrieblichen Übung, sondern um eine monatlich zu zahlende Leistungszulage und damit um einen Freiwilligkeitsvorbehalt bei laufendem Arbeitsentgelt. Auf dieses hat der Arbeitnehmer kraft der Fiktion einer Vergütungsvereinbarung in § 612 Abs. 1 BGB auch dann einen gesetzlichen Anspruch, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine Abrede über die Vergütung nach § 611 Abs. 1 BGB getroffen und sich damit über einen wesentlichen Vertragspunkt iSv. § 154 BGB nicht geeinigt haben. Haben sich die Parteien demgegenüber "nur" über das laufende Arbeitsentgelt geeinigt, aber nicht über zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers, hat der Arbeitnehmer keinen gesetzlichen Anspruch auf Sonderzahlungen.

bb) Wenngleich Sonderzahlungen von Arbeitnehmern nicht stets für Luxusausgaben oder besondere Annehmlichkeiten verwandt, sondern mit jährlichen Sonderzahlungen oft auch einmal im Jahr anfallende notwendige Ausgaben bestritten werden, sind sie doch im Vergleich zur laufenden Vergütung nicht in gleichem Maße für den gewöhnlichen Lebensunterhalt bestimmt, so dass auf sie bei typisierender Betrachtung regelmäßig eher verzichtet werden kann als auf das regelmäßige Einkommen (Singer FS Canaris S. 1467, 1481) .

cc) Oft werden Sonderzahlungen auch an besondere Voraussetzungen geknüpft, zB bestimmte individuelle Leistungen des Arbeitnehmers oder einen bestimmten Erfolg des Unternehmens, so dass in diesen Fällen mit ihrer Zahlung nicht mit der gleichen Gewissheit gerechnet werden kann wie mit der Zahlung des laufenden Arbeitsentgelts.

dd) Allerdings kommt es auch vor, dass ein Arbeitgeber eine Sonderzahlung nicht an besondere Voraussetzungen knüpft und mit ihr außer einer zusätzlichen Vergütung der im Bezugszeitraum tatsächlich geleisteten Arbeit keinen weitergehenden Zweck verfolgt, die Sonderzahlung insbesondere nicht der Honorierung erbrachter oder künftiger Betriebstreue dient.

Gewährt ein Arbeitgeber zB einem Arbeitnehmer mit einer monatlichen Bruttovergütung iHv. 2.400,00 Euro am Jahresende eine Sonderzahlung in Höhe der Bruttomonatsvergütung, um die im Kalenderjahr geleistete Arbeit zusätzlich zu honorieren, und weist er darauf hin, dass durch die Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird, und zahlt ein anderer Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit derselben monatlichen Bruttovergütung unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs monatlich eine "freiwillige Leistungszulage" iHv. 200,00 Euro, wird in beiden Fällen die vom Arbeitnehmer geleistete Arbeit über das im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeitsentgelt hinaus in etwa gleich zusätzlich vergütet. Der Umstand, dass die monatlich zu zahlende Leistungszulage nach der Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts (25. April 2007 - 5 AZR 627/06 - AP BGB § 308 Nr. 7 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 20) nicht wirksam mit einem jeden Rechtsanspruch ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalt verbunden werden kann, zwingt jedoch nicht dazu, dies auch bei Sonderzahlungen anzunehmen, die ausschließlich eine zusätzliche Vergütung des Arbeitnehmers bezwecken. Auf den Zweck der Sonderleistung kommt es nicht an. Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderleistungen sind auch dann statthaft, wenn sie der zusätzlichen Vergütung der während des Bezugszeitraums geleisteten Arbeit dienen (Gaul FS Hromadka S. 99, 113; aA ErfK/Preis §§ 305-310 BGB Rn. 71; Linck in Mitarbeitervergütung auf dem Prüfstand S. 29, 46) .

(1) Ein Verständnis, wonach sich Freiwilligkeitsvorbehalte bei Sonderleistungen nur auf Vergütungsbestandteile beziehen dürfen, die nicht in unmittelbarem Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehen, würde im Ergebnis jedenfalls bei dreimaliger Leistung zu einer "betrieblichen Übung" und damit einem Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung führen. Das entspräche bei dem anzulegenden generellen, typisierenden Maßstab nicht den rechtlich anzuerkennenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien. Das Interesse des Arbeitgebers geht dahin, in der Zukunft möglichst flexibel entscheiden zu können und grundsätzlich frei in seiner Entscheidung zu sein, ob und unter welchen Voraussetzungen und gegebenenfalls in welcher Höhe er eine zusätzliche Leistung zu den durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag geregelten Leistungen gewährt. Im Interesse eines Arbeitnehmers, der einen Anspruch auf die Sonderzahlung bei den Vertragsverhandlungen nicht durchsetzen konnte, liegt es, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, ihm zusätzlich zu der vereinbarten eine weitere Vergütung zu zahlen. Dazu wird der Arbeitgeber oft nur dann bereit sein, wenn die Leistung der Sonderzahlung nicht zu einem Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für künftige Bezugszeiträume führt. Zwar mag der Arbeitnehmer hoffen und sich nicht selten auch darauf einstellen, trotz des Freiwilligkeitsvorbehalts Sonderzahlungen dauerhaft zu erhalten. Eine solche Hoffnung begründet, wie auch außerhalb von arbeitsrechtlichen Beziehungen, aber noch keinen Rechtsanspruch.

(2) Enthält der Arbeitsvertrag weder eine Regelung über Sonderzahlungen noch einen Hinweis des Arbeitgebers, dass etwaige Sonderzahlungen keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen begründen, und entschließt sich der Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer für die in einem Kalenderjahr oder in einem anderen Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich in Höhe eines Bruttomonatsentgelts zu vergüten, besteht weitgehend Einigkeit, dass die Arbeitnehmer auch dann nicht unangemessen benachteiligt werden, wenn der Arbeitgeber bei der Zahlung darauf hinweist, dass die Zahlung freiwillig erfolgt und durch sie kein Anspruch auf künftige Sonderzahlungen begründet wird. In einem solchen Fall steht die Sonderleistung im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung der Arbeitnehmer.

Gleichwohl ist auch hier trotz der synallagmatischen Verknüpfung der Sonderzahlung mit der Arbeitsleistung der Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind (pacta sunt servanda), nicht verletzt. Mit dem Angebot, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers in einem bestimmten Bezugszeitraum zusätzlich zu vergüten, verstößt der Arbeitgeber gegen keine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag. Dieser verbietet es dem Arbeitgeber nicht, dem Arbeitnehmer Sonderzahlungen anzubieten. Der Arbeitnehmer wird in aller Regel das Angebot des Arbeitgebers gemäß § 151 Satz 1 BGB annehmen, er muss es aber nicht. Wenn der Arbeitgeber damit die in einem Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich honorieren darf, macht es rechtlich keinen Unterschied, ob er erst bei der Leistung der Sonderzahlung einen Rechtsanspruch auf künftige Sonderzahlungen ausschließt oder bereits im Arbeitsvertrag klar und verständlich darauf hinweist, dass etwaige Sonderzahlungen keinen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Sonderzahlungen für die Zukunft begründen (Gaul FS Hromadka S. 99, 113) .

(3) Würde die Wirksamkeit eines jeden Rechtsanspruch ausschließenden Freiwilligkeitsvorbehalts bei Sonderzahlungen daran gebunden, dass der Arbeitgeber mit ihnen jedenfalls nicht ausschließlich in einem Bezugszeitraum geleistete Arbeit zusätzlich vergütet, sondern zB auch erbrachte oder künftige Betriebstreue honoriert, wäre der Arbeitgeber gehalten, diese zusätzliche von ihm nicht gewollte Zwecksetzung zB durch Stichtags- oder Rückzahlungsklauseln zum Ausdruck zu bringen. Diese zusätzlichen vergangenheits- und zukunftsbezogenen Anspruchsvoraussetzungen für die Sonderzahlung führten dazu, dass Arbeitnehmer, die an einem Stichtag noch nicht beim Arbeitgeber beschäftigt waren oder die das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf einer Bindungsfrist beenden, keinen Anspruch auf die Sonderzahlung hätten. Das liegt nicht im Interesse der Arbeitnehmer. Sieht der Arbeitgeber von vergangenheits- und zukunftsbezogenen Anspruchsvoraussetzungen für die Sonderzahlung ab, benachteiligt dies die Arbeitnehmer nicht unangemessen. Es begünstigt sie.

ee) Für die Wirksamkeit eines Freiwilligkeitsvorbehalts bei einer Leistung reicht es allerdings nicht aus, dass der Arbeitgeber diese als Sonderzahlung bezeichnet. Maßgebend ist, dass sie zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt gewährt wird, wie dies auch für die Möglichkeit der Kürzung von Sonderzahlungen nach § 4a EFZG Voraussetzung ist. Das Erfordernis einer zusätzlichen Leistung ist bei Zahlungen, die aus einem bestimmten Anlass, zB einem Jubiläum oder an Weihnachten, oder nur einmal im Jahr erfolgen, in aller Regel erfüllt. Auf Grund der Vielzahl möglicher Fallgestaltungen bei der Zahlung der laufenden Vergütung, die regelmäßig monatlich erfolgt aber nicht monatlich erfolgen muss, und bei der Gewährung von Sonderzahlungen, die unterschiedliche Ziele verfolgen können und oft jährlich gewährt werden, aber auch mehrmals im Kalenderjahr geleistet werden können, ist eine allgemein gültige Abgrenzung zwischen einer laufenden Zahlung und einer Sonderzahlung allerdings nicht möglich.

e) Soll ein Freiwilligkeitsvorbehalt in einem vorformulierten Arbeitsvertrag nicht nur so verstanden werden, dass sich der Arbeitgeber "freiwillig" zur Erbringung der Leistung verpflichtet, ohne dazu durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Gesetz gezwungen zu sein (vgl. BAG 23. Oktober 2002 - 10 AZR 48/02 - BAGE 103, 155 mwN) , sondern soll er das Entstehen eines Rechtsanspruchs des Zuwendungsempfängers auf zukünftige Zahlungen hindern, muss er klar und verständlich iSv. § 307 Abs.1 Satz 2 BGB sein und darf nicht in Widerspruch zu anderen Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien stehen (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26).

Eine im Arbeitsvertrag vorformulierte Regelung, die dem Wortlaut nach eindeutig einen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Sonderzahlung begründet, indem sie festlegt, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf eine bestimmte Sonderleistung hat, oder bestimmt, dass der Arbeitnehmer eine bestimmte Sonderzahlung erhält, oder regelt, dass der Arbeitnehmer an einem Bonussystem teilnimmt, verpflichtet den Arbeitgeber zur Leistung dieser Sonderzahlung. In einem solchen Fall verspricht der Arbeitgeber eine Leistung iSv. § 308 Nr. 4 BGB. Deshalb ist es widersprüchlich, wenn der Arbeitgeber zugleich entgegen diesem Versprechen mit einer Freiwilligkeitsklausel einen Rechtsanspruch auf die versprochene Sonderzahlung ausschließt. Wenn Sonderleistungen des Arbeitgebers in einem Formulararbeitsvertrag in Voraussetzungen und Höhe präzise formuliert werden, ist es in aller Regel widersprüchlich, diese dennoch an einen Freiwilligkeitsvorbehalt zu binden. Dies gilt insbesondere für Zahlungen, die gezielt das Verhalten des Arbeitnehmers steuern und seine Leistung beeinflussen wollen (vgl. Thüsing AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht S. 107 Rn. 270) . Solche widersprüchliche Klauseln in einem Formulararbeitsvertrag sind nicht klar und verständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - aaO; Gaul FS Hromadka S. 99, 106) . Dies bewirkt nach § 306 Abs. 1 BGB jedoch nicht die Unwirksamkeit der gesamten Regelung. Nach dieser Vorschrift bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind.

II. Die Auslegung des § 5 des Arbeitsvertrags durch das Landesarbeitsgericht, wonach diese Vertragsbestimmung dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt, hält der nicht eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand.

1. Allerdings trifft es zu, dass der Senat die Formulierung in einer vom Arbeitgeber im Betrieb ausgehängten Bekanntmachung "... freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistung, auf die - auch zukünftig - kein Rechtsanspruch besteht..." als Freiwilligkeitsvorbehalt ausgelegt hat, der einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf künftige Leistungen ausschließt (BAG 26. März 1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38) . Die Entscheidung betraf jedoch einen anderen Sachverhalt. Der Arbeitgeber hatte anders als im Entscheidungsfall dem Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag nicht die Zahlung von Weihnachtsgratifikation in Höhe seines monatlichen Bruttoentgelts ausdrücklich versprochen. Hinzu kommt, dass die Klausel noch nicht am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu messen war.

2. Nach den von der Beklagten nicht mit Gegenrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelt es sich bei den in § 5 des Arbeitsvertrags zu sonstigen betrieblichen Leistungen getroffenen Vereinbarungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. §§ 305 ff. BGB. Die Klauseln sind entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts widersprüchlich und damit nicht klar und verständlich iSd. in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten Transparenzgebots, soweit sie einerseits einen Anspruch der Klägerin auf eine Weihnachtsgratifikation in Höhe ihres Bruttogehalts begründen, andererseits einen solchen Anspruch ausschließen.

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, kann das nur in Bezug auf typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele gelten (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26 mwN) .

b) Bleibt nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht dies gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Die Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB setzt allerdings voraus, dass die Auslegung einer einzelnen AGB-Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keine den klaren Vorzug verdient. Es müssen "erhebliche Zweifel" an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht. § 305c Abs. 2 BGB ist unanwendbar, wenn sich zwei Klauseln inhaltlich widersprechen und deshalb unwirksam sind. Widersprüchliche Klauseln sind nicht klar und verständlich iSd. Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Sinn des Transparenzgebots ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten wird. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn der Arbeitnehmer keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit hat, die betreffende Regelung zu verstehen. Erst in der Gefahr, dass der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen unklar abgefasster Allgemeiner Vertragsbedingungen seine Rechte nicht wahrnimmt, liegt eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 BGB. Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch das Berufungsgericht unterliegt der vollen revisionsrechtlichen Nachprüfung durch das Bundesarbeitsgericht (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26 mwN) .

3. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze verstoßen die Regelungen in § 5 Satz 2 und Satz 3 des Arbeitsvertrags, wonach ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation nicht besteht und eine Weihnachtsgratifikation, falls eine solche gewährt wird, eine freiwillige, stets widerrufliche Leistung des Arbeitgebers darstellt, gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und sind deshalb unwirksam. Der Wortlaut der in § 5 Satz 2 des Arbeitsvertrags getroffenen Abrede ist zwar eindeutig. Er schließt einen Rechtsanspruch der Angestellten auf eine Weihnachtsgratifikation aus. Diese Regelung ist jedoch deshalb nicht klar und verständlich iSv. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil sie zu der in § 5 Satz 1 des Arbeitsvertrags getroffenen Vereinbarung in Widerspruch steht. Nach der in § 5 Satz 1 des Arbeitsvertrags maschinenschriftlich in das Vertragsformular eingefügten und durch vergrößerte Schrift optisch hervorgehobenen Arbeitsvertragsbestimmung erhält die Angestellte Weihnachtsgratifikation in Höhe des Bruttogehalts nach den betrieblichen Vereinbarungen.

Eine Formulierung, nach der vom Arbeitgeber ein Bonus oder eine Gratifikation gezahlt wird oder der Arbeitnehmer einen Bonus oder eine Gratifikation erhält, ist typisch für die Begründung eines Entgeltanspruchs (vgl. BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26; 24. September 2003 - 10 AZR 34/03 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 254 = EzA BGB 2002 § 133 Nr. 3 mwN) . Mit den Worten "in Höhe des Bruttogehaltes" haben die Parteien auch die Höhe der Weihnachtsgratifikation präzise bestimmt. Auch soweit § 5 Satz 3 des Arbeitsvertrags von einer "stets widerrufbaren Leistung des Arbeitgebers" spricht, lässt sich die Klausel vom Wortlaut her nur dahingehend verstehen, dass der Klägerin eine Weihnachtsgratifikation zusteht. Der Widerruf einer Leistung durch den Arbeitgeber setzt den Anspruch des Arbeitnehmers auf die Leistung voraus. Hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Leistung, geht ein Widerruf der Leistung ins Leere.

4. Der unwirksame Freiwilligkeitsvorbehalt fällt ersatzlos weg. Er ist nicht in einen Widerrufsvorbehalt umzudeuten.

a) Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht. Unwirksame Klauseln sind grundsätzlich nicht auf einen mit dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbarenden Regelungsgehalt zurückzuführen (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - AP BGB § 307 Nr. 32 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 26; 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 38 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 19; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17) . § 306 BGB sieht eine solche Rechtsfolge nicht vor. Eine Aufrechterhaltung mit eingeschränktem Inhalt wäre auch nicht mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB vereinbar. Es ist Ziel des Gesetzes, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuwirken. Der Vertragspartner des Klauselverwenders soll den Umfang seiner Rechte und Pflichten zuverlässig erfahren. Dieser Umfang soll nicht erst in einem Prozess geklärt werden müssen. Wer die Möglichkeit nutzen kann, die ihm der Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Aufstellung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eröffnet, muss auch das vollständige Risiko einer Klauselunwirksamkeit tragen (BAG 24. Oktober 2007 - 10 AZR 825/06 - aaO mwN) . Anderenfalls liefen das Benachteiligungsverbot und das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB weitgehend ins Leere (BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - aaO mwN) .

b) Allerdings haben die Parteien den Arbeitsvertrag am 1. März 1996 und damit vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes abgeschlossen. Der Arbeitsvertrag ist damit im Vertrauen auf die damals geltende Gesetzeslage und die nicht den Bindungen des AGB-Rechts unterworfenen Rechtsprechung formuliert worden. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auch anerkannt, dass bei Altfällen Vertragsklauseln, die nach den §§ 305 ff. BGB unwirksam sind, nicht stets ersatzlos wegfallen. Eine durch den Wegfall der unwirksamen Klausel entstandene Lücke ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wenn dispositives Gesetzesrecht für den betreffenden Regelungssachverhalt nicht zur Verfügung steht und ein ersatzloser Wegfall der unwirksamen Klausel unverhältnismäßig in die Privatautonomie eingreifen und keine angemessene, den typischen Interessen der Vertragspartner Rechnung tragende Lösung bieten würde (vgl. BAG 11. Oktober 2006 - 5 AZR 721/05 - AP BGB § 308 Nr. 6 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 6; 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 - BAGE 113, 140; 23. Januar 2007 - 9 AZR 482/06 - AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 38 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 19; 19. Dezember 2006 - 9 AZR 294/06 - AP BGB § 611 Sachbezüge Nr. 21 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 17; zum Vertrauensschutz bei Altverträgen vgl. auch Stoffels NZA 2005, 726).

c) Ein "Altfall" liegt jedoch nicht vor. Die Parteien haben ihren Arbeitsvertrag zuletzt am 22. Januar 2003 geändert. Sie haben das Grundgehalt der Klägerin auf 2.000,00 Euro brutto erhöht und im Übrigen vereinbart, dass alle anderen Vereinbarungen aus dem Anstellungsvertrag unberührt bleiben. Damit haben die Parteien trotz der geänderten Gesetzeslage auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG aufgegeben wurde, ausdrücklich an den am 1. März 1996 getroffenen Abreden festgehalten. Dies hindert die Annahme eines "Altalles" und eine Rechtsfolgenkorrektur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes.

III. Soweit die Klägerin Zinsen seit dem 1. Dezember 2004 und nicht erst seit dem 1. Januar 2005 verlangt, ist die Klage unbegründet. Nach dem Vorbringen der Klägerin ist ihr die Weihnachtsgratifikation bisher nicht stets mit der Vergütung für November, sondern teilweise auch mit dem Dezembergehalt gezahlt worden.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 58/08  
vom 22.07.2008

**BAG, Beschluss vom 22.07.2008 - 1 ABR 40/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 18. Januar 2007 - 5 TaBV 31/06

Stichworte:  
Ethik-Richtlinien  
„codes of conduct“  
Mitbestimmung  
Mitbestimmungsrecht

**>> Mitbestimmung bei „Ethik-Richtlinien“**

Der Betriebsrat hat mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber durch sog. Ethik-Richtlinien („codes of conduct“) das Verhalten der Beschäftigten und die betriebliche Ordnung regeln will. Kein Mitbestimmungsrecht besteht bei Vorgaben, mit denen lediglich die geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert werden soll. Der Mitbestimmung entzogen sind auch Angelegenheiten, die gesetzlich abschließend geregelt sind. Ausländische Vorschriften, die für börsennotierte Unternehmen die Einführung von Ethik-Richtlinien vorsehen, schließen die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz aber nicht aus. Ethik-Richtlinien können sowohl mitbestimmungspflichtige als auch mitbestimmungsfreie Teile enthalten. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts wies daher - anders als das Landesarbeitsgericht - einen Antrag ab, mit dem der Konzernbetriebsrat des deutschen Tochterunternehmens einer US-amerikanischen Gesellschaft ein Mitbestimmungsrecht an der Gesamtheit von konzernweit eingeführten Ethik-Richtlinien festgestellt wissen wollte; das Regelungswerk enthält auch mitbestimmungsfreie Bestimmungen. Auf entsprechende Hilfsanträge des Konzernbetriebsrats stellte das Bundesarbeitsgericht jedoch fest, dass dieser an bestimmten Regelungen, wie etwa der Verpflichtung der Arbeitnehmer, Interessenkonflikte schriftlich zu melden, zu beteiligen ist.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 39/08  
vom 20.05.2008

**BAG, Urteil vom 20.05.2008 - 9 AZR 382/07**

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom  
Vorinstanz: Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 13. April 2007 - 9 Sa 143/07

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Normen:  
§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB  
§ 305b BGB  
§ 125 Satz 2 BGB

Stichworte:  
AGB-Kontrolle  
Schriftformklausel  
betriebliche Übung.  
Nichteinhaltung (Schriftform)

**AGB-Kontrolle einer doppelten Schriftformklausel - Betriebliche Übung**

Vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsvertragsklauseln sind gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorrang.

Der Kläger war von Mai 2002 bis zum 31. März 2006 für die Beklagte als Büroleiter in China mit dortigem Wohnsitz beschäftigt. Die Beklagte erstattete ihm und den anderen dort tätigen Mitarbeitern die Kosten für die Miete. Ab August 2005 verweigerte sie gegenüber dem mittlerweile gekündigten Kläger die Fortsetzung dieser Übung unter Berufung auf die im Arbeitsvertrag enthaltene Schriftformklausel. Nach dem Formulararbeitsvertrag bedürfen Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sowie der Verzicht auf das Schriftformerfordernis der Schriftform.

Der Neunte Senat hat ebenso wie das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben.

Der Erstattungsanspruch des Klägers folgt aus betrieblicher Übung. Die Schriftformklausel ist zu weit gefasst und daher gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie erweckt beim Arbeitnehmer entgegen der Schutzvorschrift des § 305b BGB den Eindruck, auch eine mündliche individuelle Vertragsabrede sei wegen Nichteinhaltung der Schriftform gem. § 125 Satz 2 BGB unwirksam.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 07.05.2008

**BAG, Urteil vom 07.05.2008 - 7 AZR 90/07**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Hamm vom 8. November 2006 - 10 Sa 1053/06  
Arbeitsgericht Bochum vom 11. Mai 2006 - 3 Ca 238/06

Normen:  
§ 611 BGB iVm. § 37 Abs. 2, Abs. 6 BetrVG

Stichworte:  
Betriebsrat  
Schulungsveranstaltung  
Erforderlichkeit  
Schulung

**Betriebsrat - Schulungsveranstaltung - Erforderlichkeit**

Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 8. November 2006 - 10 Sa 1053/06 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 11. Mai 2006 - 3 Ca 238/06 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 632,80 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Februar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 45,20 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27. Februar 2006 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche des Klägers für die Zeit seiner Teilnahme an einer Betriebsratsschulung.

Der Kläger ist seit dem 15. Juli 1990 bei der Beklagten als technischer Angestellter mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 35 Stunden und einem monatlichen Durchschnittsentgelt von 2.752,66 Euro beschäftigt. Er wurde im Jahr 2002 erstmals zum Mitglied des aus neun Personen bestehenden Betriebsrats bei der Beklagten gewählt. Die konstituierende Sitzung des Betriebsrats fand am 20. März 2002 statt.

Während seiner Amtszeit nahm der Kläger an folgenden Schulungsveranstaltungen teil:

- „Interessenvertretung und Handlungsmöglichkeiten gemäß BetrVG“ (BR I) vom 5. - 10. Oktober 2003;
- „Aktuelle Rechtsprechung zum Kündigungsschutz“ am 8. Januar 2004;
- „Organisation und Planung der Betriebsratsarbeit“ - Grundstufe vom 15. - 20. Februar 2004;
- „Überblick über die aktuelle Gesetzgebung im Kündigungs-, Befristungs- und Abfindungsrecht ab dem 1. Januar 2004“ am 16. Juni 2004."

Der Betriebsrat beschloss am 3. Februar 2005, den Kläger und das weitere Betriebsratsmitglied K zu dem Wochenseminar „BR II (Teil 1)“ vom 10. - 15. April 2005 und zu dem Wochenseminar „BR II (Teil 2)“ vom 16. - 21. Oktober 2005 zu entsenden. Mit Schreiben vom 17. Februar 2005 unterrichtete der Betriebsrat die Geschäftsführung der Beklagten über den Entsendungsbeschluss. Die Beklagte zahlte dem Kläger für die Zeit seiner Teilnahme an der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 1)“ das Arbeitsentgelt und übernahm die anfallenden Seminarkosten.

Nachdem der Betriebsrat die Beklagte mit Schreiben vom 16. August 2005 über den Zeitraum des Seminars „BR II (Teil 2)“ unterrichtet hatte, teilte diese mit Schreiben vom 26. August 2005 mit, die Teilnahme des Klägers an der Schulungsveranstaltung sei auf Grund der im März 2006 anstehenden Betriebsratswahl nicht mehr erforderlich. Daraufhin bestätigte der Betriebsrat auf seiner Betriebsratssitzung vom 15. September 2005 den bereits am 3. Februar 2005 gefassten Beschluss über die Teilnahme des Klägers und des weiteren Betriebsratsmitglieds K an der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“. Der Kläger nahm in der Zeit vom 16. - 21. Oktober 2005 an dem von dem DGB NRW Bildungswerk e. V. veranstalteten Seminar teil. Schwerpunktthemen des Seminars waren die Mitwirkungsrechte in personellen Angelegenheiten nach den §§ 92 - 102 BetrVG, wobei am dritten und an einem Teil des Vormittags des vierten Seminartags das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG behandelt wurde.

Die Beklagte zahlte dem Kläger das auf die Zeit seiner Seminarteilnahme entfallende Arbeitsentgelt iHv. 632,80 Euro brutto nicht. Daneben nahm sie auf Grund der Betriebsvereinbarung vom 3. Dezember 2004 einen Stundenabzug für fünf Fehltage iHv. insgesamt 2,5 Stunden von dem seinerzeit geführten Arbeitszeitkonto des Klägers vor.

Mit der am 1. Februar 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Zahlung der Arbeitsvergütung für die Zeit seiner Seminarteilnahme geltend gemacht und sich gegen die Belastung seines Arbeitszeitkontos gewandt.

Er hat gemeint, die Teilnahme an dem Seminar „BR II (Teil 2)“ sei erforderlich gewesen. Bei dieser Schulungsmaßnahme habe es sich um den zweiten Teil des einheitlichen Grundseminars „BR II“ gehandelt. Die Schulung sei auch nicht erst kurz vor dem Ende der Amtszeit des Betriebsrats erfolgt, da die Neuwahl des Betriebsrats erst am 17. Mai 2006 stattgefunden habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 632,80 Euro brutto nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, 2,5 Stunden auf das Arbeitszeitkonto des Klägers gutzuschreiben,

hilfsweise zu 2.

an den Kläger 45,20 Euro brutto nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, die Betriebsratsbeschlüsse vom 3. Februar 2005 und vom 15. September 2005 seien nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Der Kläger habe überdies zum Zeitpunkt der streitigen Schulungsmaßnahme auf Grund der absolvierten Schulungsveranstaltungen und seiner Betriebsratsarbeit über ein ausreichendes Erfahrungswissen verfügt. Er habe als Betriebsratsmitglied im Jahr 2003 an der Anhörung von ca. 20 betriebsbedingten Kündigungen und im Mai 2004 an der Einstellung von 15 Leiharbeitnehmern mitgewirkt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist begründet und führt unter teilweiser Aufhebung der angefochtenen Entscheidung zur Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts. Die Klage ist mit dem Antrag zu 1. und mit dem zum Antrag zu 2. gestellten Hilfsantrag begründet. Der Kläger hat Anspruch auf die Zahlung der Vergütung für die Zeit vom 16. bis zum 21. Oktober 2005 für die Zeit seiner Teilnahme an dem Seminar „BR II (Teil 2)“ in dieser Zeit nach § 611 BGB iVm. § 37 Abs. 2, Abs. 6 BetrVG.

## I.

1. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind nicht freigestellte Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und so weit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Der Anspruch auf Vergütungsfortzahlung setzt voraus, dass das Betriebsratsmitglied während der Zeit der Arbeitsbefreiung gesetzliche Aufgaben des Betriebsrats wahrnimmt.

Außerdem muss die Arbeitsbefreiung zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich sein. Nach § 37 Abs. 6 Satz 1 iVm. § 37 Abs. 2 BetrVG hat ein Betriebsratsmitglied für die Zeit der Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der nach dem Arbeitsvertrag geschuldeten Arbeitsleistung, soweit diese Kenntnisse vermittelt, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich sind. Sinn und Zweck des § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG ist es, dem Betriebsrat als Gremium die Kenntnisse zu verschaffen, die ihm die sachgerechte Wahrnehmung seiner Rechte und Pflichten ermöglichen.

2. Die Vermittlung von Kenntnissen ist für die Betriebsratsarbeit erforderlich iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG, wenn diese Kenntnisse unter Berücksichtigung der konkreten Situation im Betrieb und im Betriebsrat benötigt werden, damit die Betriebsratsmitglieder ihre derzeitigen oder demnächst anfallenden gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen können. Für die Frage, ob die konkreten Aufgaben des einzelnen Betriebsratsmitglieds seine Schulung erforderlich machen, ist darauf abzustellen, ob nach den Verhältnissen des einzelnen Betriebs Fragen anstehen oder absehbar in naher Zukunft anstehen werden, die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen und für die im Hinblick auf den Wissensstand des Betriebsrats eine Schulung eines Betriebsratsmitglieds gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Aufgabenverteilung im Betriebsrat erforderlich erscheint, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte sach- und fachgerecht ausüben kann.

a) Der Senat unterscheidet in ständiger Rechtsprechung zwischen der Vermittlung von sog. Grundkenntnissen, durch die das Betriebsratsmitglied erst in die Lage versetzt werden soll, seine sich aus der Amtsstellung ergebenden Rechte und Pflichten ordnungsgemäß wahrzunehmen, und anderen Schulungsveranstaltungen, bei denen ein aktueller, betriebsbezogener Anlass für die Annahme bestehen muss, dass die auf der Schulungsveranstaltung zu erwerbenden Kenntnisse derzeit oder in naher Zukunft von dem zu schulenden Betriebsratsmitglied benötigt werden, damit der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte sach- und fachgerecht ausüben kann. Hingegen ist bei Schulungsveranstaltungen, auf denen das für die Ausübung des Betriebsratsamts unverzichtbare Grundwissen vermittelt wird, wegen der mit der Betriebsratsarbeit typischerweise verbundenen Aufgabenstellung auch ohne besondere Darlegung davon auszugehen, dass sie vom Betriebsratsmitglied entweder alsbald oder zumindest demnächst benötigt werden, um seine Betriebsratsaufgaben sachgerecht wahrnehmen zu können. Zu diesen Grundschulungen zählen Schulungsveranstaltungen, bei denen Grundkenntnisse im Betriebsverfassungsrecht, im allgemeinen Arbeitsrecht oder im Bereich der Arbeitssicherheit und Unfallverhütung vermittelt werden (BAG 19. Juli 1995 - 7 ABR 49/94 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 110 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 126, zu B 2 b der Gründe mwN).

b) Von der Entbehrlichkeit der Darlegung eines betriebsbezogenen Schulungsbedarfs bei den Grundschulungen hat der Senat zwei Ausnahmen anerkannt. Die Vermittlung eines Grundwissens ist für die ordnungsgemäße Betriebsratsarbeit nicht mehr erforderlich, wenn das zu schulende Betriebsratsmitglied auf Grund seiner bis zum Zeitpunkt des Betriebsratsbeschlusses erworbenen Vorkenntnisse bereits über das erforderliche Grundwissen für die Ausübung seiner sich aus dem Betriebsratsamt ergebenden Aufgaben verfügt. Zu den persönlichen Vorkenntnissen gehören auch die auf vorangegangenen Schulungen vermittelten Kenntnisse und das durch langjährige Tätigkeit im Betriebsrat erworbene Erfahrungswissen (BAG 16. Oktober 1986 - 6 ABR 14/84 - BAGE 53, 186 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 58 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 87, zu II 2 c bb der Gründe) .

An der Erforderlichkeit kann es daneben fehlen, wenn die Schulung erst kurz vor dem Ende der Amtszeit des Betriebsrats stattfindet und der Betriebsrat zum Zeitpunkt seiner Beschlussfassung absehen kann, dass das zu schulende Mitglied bis zum Ablauf der Amtszeit die auf der Schulungsveranstaltung vermittelten Grundkenntnisse nicht mehr einsetzen kann. Soweit der Senat in der Vergangenheit darüber hinaus eine besondere Darlegung der Erforderlichkeit bei der Vermittlung von Grundkenntnissen für notwendig gehalten hat, wenn die Schulungsveranstaltung erst kurz vor Ablauf der Amtszeit erfolgen soll (BAG 7. Juni 1989 - 7 ABR 26/88 - BAGE 62, 74 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 67 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 98, zu B I 2 der Gründe) , hält er hieran nicht mehr fest. Eine solche Sichtweise trägt der Bedeutung der für die Betriebsratsarbeit notwendigen Grundkenntnisse und dem Beurteilungsspielraum des Betriebsrats bei der Beschlussfassung über die Teilnahme an einer Schulung iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG, den der Senat in späteren Entscheidungen anerkannt hat (zB 15. Januar 1997 - 7 ABR 14/96 - BAGE 85, 56 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 118 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 133, zu B 2 der Gründe) , nicht ausreichend Rechnung. Das durch die Grundschulungen vermittelte Wissen im Betriebsverfassungsrecht, im allgemeinen Arbeitsrecht und im Bereich der Arbeitssicherheit sowie der Unfallverhütung sollen das Betriebsratsmitglied in die Lage versetzen, die sich aus dem Gesetz ergebenden Betriebsratsaufgaben sachgerecht wahrzunehmen. Der Betriebsrat kann seine gesetzlichen Aufgaben nur erfüllen, wenn bei allen seinen Mitgliedern zumindest ein Mindestmaß an Wissen über die Rechte und Pflichten einer Arbeitnehmervertretung vorhanden ist. Deshalb überwiegt regelmäßig das Interesse des Betriebsrats an der Vermittlung des erforderlichen Grundwissens das Interesse des Arbeitgebers an einer effizienten und kostengünstigen Betriebsführung. Außerdem unterliegt es wegen des dem Betriebsrats bei der Beschlussfassung nach § 37 Abs. 6 BetrVG zustehenden Beurteilungsspielraums seiner Einschätzung, ob er die Vermittlung von Grundwissen für die Betriebsratsarbeit an ein erstmalig gewähltes Betriebsratsmitglied für erforderlich hält. Der Beurteilungsspielraum des Betriebsrats ist erst überschritten, wenn für ihn absehbar ist, dass das zu schulende Betriebsratsmitglied in seiner verbleibenden Amtszeit das vermittelte Wissen nicht mehr benötigt. Dies setzt eine hinreichend sichere Einschätzung des Betriebsrats über die bis zum Ende der Amtszeit noch anfallenden Betriebsratsaufgaben voraus. Kann der Betriebsrat Art und Umfang der beteiligungspflichtigen Angelegenheiten, die voraussichtlich bis zu dem Amtszeitende des zu schulenden Betriebsratsmitglieds anfallen werden, nicht beurteilen, kann er die Teilnahme eines erstmalig in den Betriebsrat gewählten Betriebsratsmitglieds - von Missbrauchsfällen abgesehen - als erforderlich iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG ansehen.

3. Der durch § 37 Abs. 6 Satz 1 iVm. Abs. 2 Satz 1 BetrVG normierte Anspruch auf Entsendung von Betriebsratsmitgliedern zu Schulungs- und Bildungsveranstaltungen ist - anders als der Anspruch nach § 37 Abs. 7 BetrVG - nicht als Anspruch der einzelnen Betriebsratsmitglieder ausgestaltet (BAG 15. Mai 1986 - 6 ABR 64/83 - BAGE 52, 73 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 53 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 84, zu II 2 a der Gründe) . Die Freistellung eines Betriebsratsmitglieds für eine Schulungsveranstaltung ist daher von einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung des Betriebsrats über die Entsendung des Betriebsratsmitglieds zu der Schulungsveranstaltung abhängig (BAG 16. Oktober 1986 - 6 ABR 14/84 - BAGE 53, 186 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 58 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 87, zu II 2 der Gründe) . Die Wirksamkeit eines Betriebsratsbeschlusses setzt voraus, dass er in einer Betriebsratssitzung gefasst worden ist, zu der die Mitglieder des Betriebsrats gem. § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung geladen worden sind (BAG 28. April 1988 - 6 AZR 405/86 - BAGE 58, 221 = AP BetrVG 1972 § 29 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 29 Nr. 1, zu II 3 a der Gründe) . Ist ein Betriebsratsmitglied verhindert, an der Sitzung teilzunehmen, ist ein Ersatzmitglied zu laden (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Der Betriebsrat muss sich als Gremium mit dem entsprechenden Sachverhalt befassen und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben (BAG 14. Februar 1996 - 7 ABR 25/95 - AP BetrVG 1972 § 76a Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 76, zu B II 4 der Gründe) .

## II.

Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht nicht genügend beachtet. Es ist zwar zutreffend von der Ordnungsmäßigkeit des für die Schulungsteilnahme maßgeblichen Betriebsratsbeschlusses am 15. September 2005 ausgegangen. Das Landesarbeitsgericht durfte die Erforderlichkeit des Seminars „BR II (Teil 2)“ nach den von ihm getroffenen Feststellungen aber nicht mit ausreichenden Vorkenntnissen des Klägers aus dem Bereich der personellen Angelegenheiten verneinen. Die vom Berufungsgericht festgestellten Vorkenntnisse des Klägers betrafen nur das Anhörungsverfahren vor dem Kündigungsausspruch (§ 102 BetrVG) und die Einstellung von Leiharbeitnehmern iSd. § 99 Abs. 1 BetrVG, § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG. Auf dem Seminar „BR II (Teil 2)“ wurden jedoch überwiegend Themen aus dem Bereich der personellen Angelegenheiten behandelt, für die das Landesarbeitsgericht keine Vorkenntnisse des Klägers festgestellt hat. Der Erforderlichkeit iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG stehen auch die im Jahr 2006 im Betrieb der Beklagten anstehenden regulären Betriebsratswahlen nicht entgegen. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit den Beurteilungsspielraum des Betriebsrats nicht hinreichend beachtet. Für die Erforderlichkeit einer Schulungsveranstaltung ist es nicht maßgeblich, ob in der Zeit von der Schulungsveranstaltung bis zur Neuwahl des Betriebsrats von der Beklagten Entlassungen oder Einstellungen bzw. Versetzungen vorgenommen worden sind. Entscheidend ist vielmehr, dass der Betriebsrat bei seiner Beschlussfassung nicht ausschließen konnte, dass bis zum Ende der Amtszeit des Klägers Beteiligungssachverhalte in personellen Angelegenheiten anfallen, für die der Kläger die auf der Schulungsveranstaltung vermittelten Kenntnisse benötigen würde. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Einer Zurückverweisung an die Vorinstanz bedarf es nicht, da der Senat auf Grund der vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Der Betriebsrat durfte bei seiner Beschlussfassung am 15. September 2005 die Teilnahme des Klägers an der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ in der Zeit vom 16. Oktober bis zum 21. Oktober 2005 für erforderlich iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG halten. Die Klage ist daher mit dem Antrag zu 1. und mit dem zum Antrag zu 2. gestellten Hilfsantrag begründet.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von der Ordnungsmäßigkeit des Entsendungsbeschlusses für die Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ ausgegangen.

a) Allerdings ist für die Prüfung der Erforderlichkeit iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nur der Betriebsratsbeschluss vom 15. September 2005 maßgeblich. Mit diesem hat der bei der Beklagten gebildete Betriebsrat erneut eine Sachentscheidung über die Entsendung des Klägers zu dem Seminar „BR II (Teil 2)“ getroffen, nachdem die Beklagte die Erforderlichkeit der Schulung nie in Zweifel gezogen hatte.

b) Nach dem von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen Vorbringen des Klägers ist der Betriebsrat zu seiner Sitzung am 15. September 2005 unter Mitteilung des Tagesordnungspunkts „Nochmalige Beschlussfassung über die Seminarteilnahme der BR-Mitglieder K und M“ geladen worden. An der Betriebsratssitzung haben neben sieben Betriebsratsmitgliedern zwei Ersatzmitglieder für die wegen Urlaub verhinderten zwei regulären Betriebsratsmitglieder teilgenommen und sich an der Abstimmung über die Teilnahme des Klägers an dem Seminar beteiligt, die zu der einstimmigen Annahme des Antrags geführt hat. Der Kläger hat zwar nicht vorgetragen, wann die Tagesordnung den Betriebsratsmitgliedern vor der Sitzung zugegangen ist. Dies war vorliegend nicht erforderlich, da sich nach dem Protokoll der Betriebsratssitzung kein Betriebsratsmitglied auf eine zu kurze Vorbereitungszeit berufen hat. Danach ist der Beschluss ordnungsgemäß gefasst worden.

2. Der Betriebsrat durfte die Teilnahme des Klägers an dem Seminar „BR II (Teil 2)“ für erforderlich iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG halten. Dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt.

a) Nach der von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Annahme des Landesarbeitsgerichts handelt es bei der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ um die Vermittlung von Grundkenntnissen in Bereich der personellen Mitbestimmung des Betriebsrats, für deren Erforderlichkeit nach der Senatsrechtsprechung eine besondere Darlegung nicht erforderlich ist.

b) Das Landesarbeitsgericht durfte die Erforderlichkeit der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ nach den von ihm getroffenen Feststellungen nicht mit ausreichenden Vorkenntnissen des Klägers verneinen. Bei der Veranstaltung wurden überwiegend Themen aus dem Bereich der personellen Angelegenheiten behandelt, bei denen der Betriebsrat nicht von ausreichenden Vorkenntnissen des Klägers ausgehen konnte.

aa) Es ist schon fraglich, ob der Kläger - wie das Landesarbeitsgericht meint - durch seine Mitwirkung an dem Anhörungsverfahren für den Ausspruch von 20 betriebsbedingten Kündigungen im Jahr 2003 und an dem Zustimmungsverfahren für die Einstellung von 15 Leiharbeitnehmern im Jahr 2004 ausreichendes Erfahrungswissen erworben hat, das einer systematischen Wissensvermittlung im Rahmen einer Grundschulung entspricht.

Zu einer solchen Annahme hätte das Landesarbeitsgericht nur kommen können, wenn es sich näher mit den Inhalten der im Jahr 2004 vom Kläger besuchten Tagesveranstaltungen und den von der Beklagten nur pauschal vorgetragenen Abläufen der Beteiligungssachverhalte befasst hätte, woran es im Streitfall fehlt. Aber selbst wenn der Kläger durch seine bisherige Seminarteilnahme und seine Mitwirkung an den Beteiligungsverfahren zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats am 15. September 2005 über ausreichende Vorkenntnisse im Bereich der betriebsbedingten Kündigung und der Einstellung von Leiharbeitnehmern verfügt haben sollte, konnte der Betriebsrat den Besuch der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ dennoch für erforderlich halten. Diese hatte nämlich überwiegend Themen zum Gegenstand, bei denen der Betriebsrat auch unter Berücksichtigung der bisher vom Kläger besuchten Schulungsveranstaltungen nicht von vorhandenem Erfahrungswissen des Klägers ausgehen musste.

bb) Grundsätzlich ist die Erforderlichkeit für eine Schulungsveranstaltung einheitlich zu bewerten. Eine nur teilweise erforderliche Schulung für die Tätigkeit eines Betriebsratsmitglieds kommt nur dann in Betracht, wenn die unterschiedlichen Themen so klar voneinander abgegrenzt sind, dass ein zeitweiser Besuch der Schulungsveranstaltung möglich und sinnvoll ist. Ist eine Aufteilung der Schulungsveranstaltung und ein zeitweiser Besuch praktisch nicht möglich, entscheidet über die Erforderlichkeit der Gesamtschulung, ob die erforderlichen Themen mit mehr als 50 % überwiegen (BAG 28. Mai 1976 - 1 AZR 116/74 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 24 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 49, zu 3 a der Gründe). Dies ist der Fall.

cc) Einen Abgleich des Themenplans der Veranstaltung mit den Vorkenntnissen des Klägers hat das Landesarbeitsgericht nicht vorgenommen. Es hat nicht ausgeführt, welche Teile der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ der Betriebsrat wegen der Vorkenntnisse des Klägers als nicht erforderlich ansehen durfte. Einer solchen Auseinandersetzung hätte es jedoch bedurft, weil in dem Seminar „BR II (Teil 2)“ auch Themen behandelt worden sind, die nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts weder Inhalt der bisherigen Betriebsratsarbeit noch Gegenstand der vom Kläger besuchten Schulungsveranstaltungen gewesen sind. Dies betrifft zB die Beteiligungsrechte aus den §§ 92 - 95 BetrVG. Selbst wenn zu Gunsten der Beklagten unterstellt würde, dass der Kläger auf Grund seiner Mitwirkung an den Anhörungsverfahren bei den betriebsbedingten Kündigungen und seiner Teilnahme an den Tagesseminaren am 8. Januar 2004 bzw. 16. Juni 2004 über ein hinreichendes Erfahrungswissen über das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG verfügt haben sollte, wäre allenfalls die am dritten Seminartag und an einem Teil des Vormittags am vierten Seminartag erfolgte Behandlung der Beteiligung des Betriebsrats als nicht erforderlich anzusehen. Die an den verbleibenden Tagen vermittelten Inhalte und damit den überwiegenden Teil der Veranstaltung „BR II (Teil 2)“ durfte der Betriebsrat hingegen als erforderlich iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG ansehen. Dies gilt auch für den Seminarteil, der sich mit den personellen Einzelmaßnahmen iSd. § 99 BetrVG befasst hat. Das Landesarbeitsgericht hat bei seinen Feststellungen zu den Vorkenntnissen des Klägers über die Mitwirkung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nicht genügend beachtet, dass es sich bei der Einstellung nur um einen von vier Beteiligungstatbeständen des § 99 Abs. 1 BetrVG handelt.

c) Der bevorstehende Ablauf der Amtszeit steht der Erforderlichkeit der Schulungsveranstaltung „BR II (Teil 2)“ nicht entgegen. Auch dies hat das Landesarbeitsgericht verkannt.

Das Berufungsgericht hat insoweit den Beurteilungsspielraum des Betriebsrats nicht genügend beachtet. Für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Schulungsveranstaltung iSd. § 37 Abs. 6 BetrVG ist maßgeblich, ob der Betriebsrat bei seiner Beschlussfassung am 15. September 2005 davon ausgehen konnte, dass der Kläger die auf der Veranstaltung „BR II (Teil 2)“ erworbenen Kenntnisse voraussichtlich bis zum Ablauf seiner Amtszeit im Jahr 2006 noch benötigt. Deshalb ist es ohne Bedeutung, dass die Beklagte von Oktober 2005 bis zum Ende der Amtszeit des Betriebsrats keine Kündigungen oder Einstellungen bzw. Versetzungen vorgenommen hat. Dieser Umstand hätte vom Landesarbeitsgericht nur dann berücksichtigt werden können, wenn der Betriebsrat bei seiner Beschlussfassung am 15. September 2005 davon ausgehen konnte, dass entsprechende Beteiligungssachverhalte und auch andere personelle Angelegenheiten bis zu dem Amtszeitende des Klägers voraussichtlich nicht anfallen werden. Dies hat aber selbst die Beklagte nicht vorgetragen.

3. Danach ist die Klage mit dem Antrag zu 1. und mit dem zum Antrag zu 2. gestellten Hilfsantrag begründet. Die Höhe der mit den Klageanträgen geltend gemachten Vergütung hat die Beklagte nicht in Abrede gestellt. Beide Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass ein Arbeitszeitkonto, auf dem die mit dem Antrag zu 2. verfolgte Stundengutschrift erfolgen könnte, gegenwärtig nicht besteht, weshalb dem zum Antrag zu 2. gestellten Hilfsantrag zu entsprechen war.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 23.04.2008

**BAG, Urteil vom 23.04.2008 - 2 AZR 1012/06**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
LAG Niedersachsen, Urteil vom 25. Oktober 2006 - 6 Sa 974/05

Normen:  
§ 1 Abs. 2 KSchG iVm. § 84 Abs. 2 SGB IX

Stichworte:  
Kündigungsschutz  
Betriebliches Eingliederungsmanagement  
BEM  
verhaltens- und personenbedingte Kündigung

**Kündigungsschutz - Betriebliches Eingliederungsmanagement**

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das am 25. Oktober 2006 verkündete Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen - 6 Sa 974/05 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

**Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von der Beklagten auf verhaltens- und personenbedingte Gründe gestützten ordentlichen Kündigung.

Der 1964 geborene Kläger trat 1992 in die Dienste der Beklagten. Er war zuletzt als Busfahrer tätig.

In den Jahren von 1996 bis 2004 war der Kläger wie folgt mit Entgeltfortzahlung arbeitsunfähig erkrankt:

1996: 80 Tage	
1997: 114 Tage	
1998: 52 Tage	
1999: 67 Tage	
2000: 61 Tage	
2001: 127 Tage	
2002: 138 Tage	
2003: 93 Tage	
2004 (mit und ohne Entgeltfortzahlung):	119 Tage

Die Fehlzeiten resultierten aus unterschiedlichen Leiden, wobei ab Ende 2000 wiederholt Furunkulosen/Hautabszesse und depressive Episoden auftraten.

Auf Grund einer betriebsärztlichen Mitteilung vom 16. Dezember 2002 konnte der Kläger vorübergehend nicht im Fahrdienst eingesetzt werden. Die Beklagte wies dem Kläger daraufhin vom 23. Dezember 2002 bis 31. Juli 2003 einen Arbeitsplatz in ihrem "Servicecenter City" im "Frontoffice" zu. Die dort beschäftigten Mitarbeiter haben von 8.00 bis 20.00 Uhr Schichtdienst zu leisten. Während dieser Tätigkeit tauschte der Kläger wiederholt mit seinen Kollegen die Spätschicht gegen deren Frühschicht ein. In diesem Zeitraum war der Kläger vom 10. April bis 18. April 2003 (Virusinfektion) und vom 2. Mai bis 9. Mai 2003 (Luxation, Verstauchung, Zerrung) arbeitsunfähig erkrankt. Ab dem 1. August 2003 wurde der Kläger wieder im Schichtdienst als Busfahrer eingesetzt.

Die Beklagte erteilte dem Kläger im April und Mai 2004 insgesamt drei Abmahnungen. Darin warf sie dem Kläger Fehlverhalten im Zusammenhang mit Arbeitsunfähigkeiten vor. Der Kläger wandte sich klageweise gegen die Abmahnungen. Der betreffende Rechtsstreit ruht gegenwärtig.

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Mai 2004 das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2004.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe lägen nicht vor oder seien durch die Abmahnungen verbraucht. Für eine Kündigung aus Krankheitsgründen fehle es an einer negativen Prognose. Die Beklagte habe das erforderliche betriebliche Eingliederungsmanagement versäumt. Sie habe nicht ausreichend dargestellt, dass keine anderweitige Beschäftigung möglich sei.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 27. Mai 2004 zum 31. Dezember 2004 nicht beendet ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Kündigung sei aus verhaltensbedingten Gründen gerechtfertigt. Auch die Voraussetzungen einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen lägen vor. Bei Zugang der Kündigung sei eine negative Prognose gerechtfertigt gewesen. Mit den Fehlzeiten seien erhebliche Entgeltfortzahlungskosten verbunden. Zu einem betrieblichen Eingliederungsmanagement sei sie nicht verpflichtet gewesen. Gleichwohl habe sie dem Kläger vielfach und sehr geduldig Gelegenheit zur Beschäftigung auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen gegeben. Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit bestehe nicht. Selbst wenn im Servicecenter City eine freie, besetzbare Planstelle vorhanden sei, ändere das an der negativen Gesundheitsprognose nichts, weil der Kläger auch dort Schichtdienst zu leisten habe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben und nach dem Klageantrag erkannt.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision hat Erfolg.

Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

A. Das Landesarbeitsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die Kündigung sei sozialwidrig. Auf verhaltensbedingte Gründe könne die Beklagte sich nicht stützen, weil der Kündigungsvorwurf durch Abmahnung verbraucht sei. Was die personenbedingten Gründe betreffe, so könne zwar auf Grund der unstrittigen Tatsachen und der Zeugenaussage von einer negativen Prognose ausgegangen werden. Die zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten stellten auch eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen dar. Die Beklagte habe aber das Ultima-Ratio-Prinzip nicht gewahrt, weil sie ein Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX unterlassen habe. Die Vorschrift konkretisiere die Handlungspflichten des Arbeitgebers und wirke sich auf seine Darlegungslast im Prozess aus. Die Beklagte habe nicht vorgetragen, ein betriebliches Eingliederungsmanagement durchgeführt zu haben. Sie habe sich deshalb nicht damit begnügen dürfen, pauschal geltend zu machen, es seien keine freien Arbeitsplätze vorhanden. Sie habe die vorhandenen Arbeitsplätze nach Anforderungsprofil und etwaigen Umgestaltungsmöglichkeiten in zeitlicher und tatsächlicher Hinsicht konkret vortragen müssen. Daran fehle es.

B. Dem stimmt der Senat in weiten Teilen der Begründung, aber nicht im Ergebnis zu.

I. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass die Kündigung nicht durch Gründe im Verhalten (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) des Klägers gerechtfertigt sei, ist von der Revision nicht beanstandet worden. Sie liegt auch innerhalb des revisionsrechtlich zu beachtenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraums. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die mit Schreiben vom 12. Mai 2004 erteilte Abmahnung schließe es aus, den abgemahnten Vorgang, nämlich die um mehrere Stunden verspätete Meldung über die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit, zur Begründung der Kündigung heranzuziehen, ist überdies gut nachvollziehbar.

II. Ob die Kündigung aus Gründen in der Person des Klägers gerechtfertigt ist, kann auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht beurteilt werden.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Kündigung wegen häufiger (Kurz-)Erkrankungen entwickelt hat (vgl. insbesondere 12. Dezember 1996 - 2 AZR 7/96 - EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 41; 20. Januar 2000 - 2 AZR 378/99 - BAGE 93, 255; 7. November 2002 - 2 AZR 599/01 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 40 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 50; 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 41 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 52; zuletzt 8. November 2007 - 2 AZR 292/06 - AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 29 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 54) . Danach ist zunächst - erste Stufe - eine negative Gesundheitsprognose erforderlich. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn sie auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, was als Teil des Kündigungsgrundes - zweite Stufe - festzustellen ist. Dabei können neben Betriebsablaufstörungen auch wirtschaftliche Belastungen, etwa durch zu erwartende, einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen pro Jahr übersteigende Entgeltfortzahlungskosten, zu einer derartigen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Liegt eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen vor, so ist in einem dritten Prüfungsschritt im Rahmen der nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob diese Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hingenommen werden müssen.

2. Nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, beim Kläger sei bei unverändertem Einsatz als Busfahrer auch in Zukunft mit erheblichen Fehlzeiten zu rechnen. Der Kläger hat insoweit keine Gegenrüge erhoben und sich - im Gegenteil - den rechtlichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts "in vollem Umfang" angeschlossen.

3. Ob die prognostizierten Fehlzeiten auch zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen, steht noch nicht fest.

a) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die zu erwartenden Entgeltfortzahlungskosten für jährlich mehr als sechs Wochen könnten an sich zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen.

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße wegen einer Möglichkeit der Weiterbeschäftigung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wird jedoch von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen. Die vom Landesarbeitsgericht zur kündigungrechtlichen Bedeutung des sog. Betrieblichen Eingliederungs-Managements (BEM) (§ 84 Abs. 2 SGB IX) vertretene Auffassung entspricht zwar in weiten Teilen den vom Senat erstmals in seiner Entscheidung vom 12. Juli 2007 (- 2 AZR 716/06 - AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA SGB IX § 84 Nr. 3) niedergelegten Grundsätzen. Die von der Revision insoweit vorgebrachten Bedenken, denen zufolge § 84 Abs. 2 SGB IX nur für schwerbehinderte Menschen und darüber hinaus lediglich als Programmsatz gelten soll, hat der Senat in der Entscheidung vom 12. Juli 2007 ausführlich behandelt und zurückgewiesen. Daran hält der Senat fest. Lediglich insoweit weicht die Auffassung des Landesarbeitsgerichts von der des Senats ab, als der Senat dem Arbeitgeber, der ein Betriebliches Eingliederungsmanagement unterlassen hat, die Darlegung gestattet, dass ein solches Verfahren, zB aus gesundheitlichen Gründen (vgl. 24. November 2005 - 2 AZR 514/04 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 51) nicht zu einer Beschäftigungsmöglichkeit geführt hätte. Da sich aus dem Vorbringen der Beklagten Ansatzpunkte dafür ergeben, dass sie zu diesem vom Landesarbeitsgericht nicht behandelten rechtlichen Gesichtspunkt, wenn er ihr bekannt gewesen wäre, Vortrag gehalten hätte, muss der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

aa) Nicht zu beanstanden ist zunächst die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, dass § 84 Abs. 2 SGB IX auf die Kündigung anzuwenden ist.

bb) Ob die Kündigung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt, steht aber noch nicht fest.

(1) Der Senat hat in der Entscheidung vom 12. Juli 2007 (- 2 AZR 716/06 - AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA SGB IX § 84 Nr. 3) festgehalten, dass eine Kündigung entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam ist, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, dh., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist. § 84 Abs. 2 SGB IX stellt eine Konkretisierung dieses Grundsatzes dar. Dabei ist das BEM an sich zwar kein milderes Mittel. Durch das BEM können aber solche milderen Mittel, zB die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen "freizumachenden" - Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden.

(2) Für die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess hat der Senat aus § 84 Abs. 2 SGB IX abgeleitet - und so hat es auch das Landesarbeitsgericht gesehen -, dass der Arbeitgeber, wenn er kein BEM durchgeführt hat, sich durch seine dem Gesetz widersprechende Untätigkeit keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile verschaffen darf (siehe zu § 81 SGB IX: BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - BAGE 116, 121) . In diesem Fall darf er sich nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine "freien Arbeitsplätze", die der erkrankte Arbeitnehmer auf Grund seiner Erkrankung noch ausfüllen könne.

Es bedarf vielmehr eines umfassenderen konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne.

(3) Allerdings kann eine Kündigung nicht allein deshalb wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als sozial ungerechtfertigt qualifiziert werden, weil das BEM nicht durchgeführt wurde. Es müssen vielmehr auch bei gehöriger Durchführung des BEM überhaupt Möglichkeiten einer alternativen (Weiter-)Beschäftigung bestanden haben, die eine Kündigung vermieden hätten. Im Umkehrschluss folgt daraus weiter, dass ein unterlassenes BEM einer Kündigung dann nicht entgegensteht, wenn sie auch durch das BEM nicht hätte verhindert werden können.

cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist es dem Kläger nicht bereits deshalb verwehrt, sich auf eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wegen der Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung zu berufen, weil er - nach seinen von der Beklagten zunächst bestrittenen - Behauptungen im Jahre 2003 eine Beschäftigung im Front-Office unter entsprechender Vertragsänderung abgelehnt hat. Die seinerzeitig ablehnende Haltung haben die Parteien nicht vor dem Hintergrund einer ansonsten drohenden Beendigungskündigung sehen können, denn eine solche stand offenbar nicht in Rede. Insoweit gelten die zur Frage der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz im Falle betriebsbedingter Kündigungen entwickelten Grundsätze auch bei krankheitsbedingten Kündigungen: Bietet der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung dem Arbeitnehmer an, den Vertrag der noch bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit anzupassen, und lehnt der Arbeitnehmer dies ab, so bleibt der Arbeitgeber regelmäßig dennoch verpflichtet, das abgelehnte Angebot durch Änderungskündigung anzubieten. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung annehmen (BAG 21. April 2005 - 2 AZR 244/04 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 80 = EzA KSchG § 2 Nr. 52) .

dd) Bei der kündigungsrechtlichen Anwendung des § 84 Abs. 2 SGB IX im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind demnach drei voneinander teilweise abhängige Aspekte zu beachten: Zunächst ist zu fragen, ob ein BEM stattgefunden hat. Ist dies der Fall, so ist für die Frage der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit das - positive oder auch negative - Ergebnis des BEM maßgeblich zu berücksichtigen. Hat dagegen kein BEM stattgefunden, ist - zweitens - zu prüfen, ob es ein positives Ergebnis hätte erbringen können. Ist dies nicht der Fall, so kann dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen des BEM kein Nachteil entstehen. Wäre ein positives Ergebnis dagegen möglich gewesen, treten - drittens - die oben näher beschriebenen Verschiebungen in der Darlegungslast ein.

(1) Zutreffend ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, aus dem Vorbringen der Beklagten ergebe sich nicht, dass sie ein BEM oder vergleichbare Maßnahmen ergriffen habe. Die Darlegung der Beklagten, sie habe dem Kläger vielfach und geduldig Gelegenheit zur Beschäftigung auf anderen Arbeitsplätzen gegeben, durfte das Landesarbeitsgericht als derart pauschal ansehen, dass damit konkrete Maßnahmen nicht dargelegt sind.

Bei der Größe des Betriebs der Beklagten durfte das Landesarbeitsgericht auch die Ausführungen der Beklagten zu den Beschäftigungsmöglichkeiten im Service-Center und als Busfahrer im Schichtdienst für nicht ausreichend erachten, um Bemühungen zur Klärung für den Gesundheitszustand des Klägers passender Beschäftigungen darzutun, die dem BEM entsprechen. Zu Unrecht rügt die Revision, sie sei vor dem Berufungstermin nicht darauf hingewiesen worden, dass das Landesarbeitsgericht hierzu Vortrag erwarte. Im angefochtenen Urteil ist festgehalten, dass die Beklagte im Berufungstermin auf die Rechtsauffassung des Landesarbeitsgerichts hingewiesen wurde und die Beklagte sich dazu weder konkret erklärt noch um Gelegenheit zu schriftsätzlichem Vortrag gebeten hat. Der Beklagten ist damit jedenfalls rechtliches Gehör gewährt worden. Gegenteiliges macht auch die Revision nicht geltend.

(2) Zumindest vertretbar - und damit revisionsrechtlich unbedenklich - ist, dass das Landesarbeitsgericht die auf Grund der Nichtdurchführung des BEM oder vergleichbarer Maßnahmen verschärften Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers als nicht erfüllt angesehen hat. In diesen Fällen darf sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer bzw. es gebe keine "freien Arbeitsplätze", die der erkrankte Arbeitnehmer auf Grund seiner Erkrankung noch ausfüllen könne. Es bedarf vielmehr eines umfassenderen konkreten Sachvortrags des Arbeitgebers zu einem nicht mehr möglichen Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz einerseits und zu der Frage, warum andererseits eine leidensgerechte Anpassung und Veränderung ausgeschlossen ist oder der Arbeitnehmer nicht auf einem (alternativen) anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit eingesetzt werden könne (BAG 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - AP KSchG § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA SGB IX § 84 Nr. 3) . Die Beklagte hat die Möglichkeit eines Einsatzes auf Büroarbeitsplätzen wegen mangelnder Vorbildung des Klägers als ausgeschlossen bezeichnet. Ihre Ausführungen hat sie nicht näher konkretisiert, insbesondere nicht die - vom Kläger angeblich nicht zu erfüllenden - Mindestanforderungen für die Bürotätigkeit benannt. Einen Einsatz im Service-Center hat sie bereits deshalb als ausgeschlossen erachtet, weil dort Schichtdienst zu leisten sei und für Schichtdienst beim Kläger eine negative Prognose bestehe. Letzteres ist aber bisher weder durch die Aussagen des sachverständigen Zeugen belegt noch offenkundig. Das Landesarbeitsgericht weist zu recht darauf hin, dass beim Kläger während seines Einsatzes im Service-Center jedenfalls für einen beträchtlichen Zeitraum sehr geringe Fehlzeiten zu verzeichnen waren. Dass sie allein wegen des Schichtdienstes wieder vermehrt auftraten, hat die Beklagte nur allgemein behauptet.

(3) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob die Kündigung auch bei Durchführung eines BEM oder vergleichbarer Maßnahmen nicht zu verhindern gewesen wäre. Diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat das Landesarbeitsgericht außer Acht gelassen und dadurch § 1 Abs. 2 KSchG iVm. § 84 Abs. 2 SGB IX nicht in der rechten Weise angewandt. Da der Senat die Frage mangels entsprechender Feststellungen nicht selbst entscheiden kann, ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Anhaltspunkte dafür, dass ein BEM die Kündigung nicht hätte vermeiden können, sind von der Beklagten jedenfalls in einem Maße benannt, dass weiterer uU auch ausreichender Sachvortrag möglich erscheint. So hatte die Beklagte dargelegt, sie habe vielfach und sehr geduldig Gelegenheit zu Beschäftigung auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen gegeben. In diesem Zusammenhang können die seinerzeitige Beschäftigung im Front-Office und die Gründe des Scheiterns eines dauerhaften Einsatzes Bedeutung gewinnen.

Ebenso kann die Frage entscheidungserheblich sein, ob der Kläger für einen der in Betracht zu ziehenden Arbeitsplätze gesundheitlich geeignet gewesen wäre oder ob sich die für die Tätigkeit eines Busfahrers im Schichtdienst vom Landesarbeitsgericht bejahte Negativ-Prognose unter allen Umständen auf jedwede Beschäftigung bezogen hätte. Weiter kann eine Rolle spielen, ob der Kläger zu einem BEM oder vergleichbaren Maßnahmen überhaupt bereit war oder ob die im Jahre 2003 erklärte Weigerung, einer Vertragsänderung zuzustimmen, als Ablehnung jeglicher Bemühungen um eine Vertragsanpassung mit dem Ziel der Weiterbeschäftigung zu verstehen war.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 15.04.2008

**BAG, Beschluss vom 15.04.2008 - 1 ABR 44/07**

Quelle:  
Lexetius.com

Vorinstanz:  
LAG Hamburg vom 10. Januar 2007 - 4 TaBV 3/ 05  
Arbeitsgericht Hamburg vom 26. April 2005 - 20 BV 10/ 04

Normen:  
§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG

Stichworte:  
Beteiligungs- und Auskunftsrechte  
Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen  
Feststellungsinteresse  
Beschlussverfahren  
Betriebsrat

**Feststellungsinteresse im Beschlussverfahren - Beteiligungs- und Auskunftsrechte im Zusammenhang mit Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen**

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 10. Januar 2007 - 4 TaBV 3/ 05 - zu Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3b aufgehoben.
2. Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg vom 26. April 2005 - 20 BV 10/ 04 - wird auch insoweit zurückgewiesen, wie sie sich gegen die Abweisung seiner Anträge auf Feststellung eines Mitbestimmungsrechts und eines Anspruchs auf Auskunft darüber richtet, ob die zur Schulung vorgesehenen Mitarbeiter in den persönlichen Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung "Gleitende Arbeitszeit" oder des Tarifvertrags "Teamarbeit" fallen.
3. Die weitergehende Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass in Nr. 3 des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts die Worte "im Rahmen der Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG" entfallen.
4. Die Anschlussrechtsbeschwerde des Betriebsrats wird zurückgewiesen.

## Gründe:

A. Die Beteiligten streiten über Beteiligungs- und Auskunftsrechte im Zusammenhang mit Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen.

Die Arbeitgeberin ist eine bundesweit tätige Privatbank mit etwa 8.700 Mitarbeitern. Der antragstellende Betriebsrat ist die von den rund 1.400 Beschäftigten ihres Standorts Hamburg gewählte Arbeitnehmervertretung. Die Arbeitgeberin unterhält ein internes Fortbildungsprogramm. Die Inhalte der einzelnen Fortbildungsmaßnahmen spricht sie - in der Regel in Form von Rahmenbetriebsvereinbarungen - mit dem Gesamtbetriebsrat ab. Vor Durchführung einzelner Schulungsmaßnahmen in Hamburg teilt sie dem beteiligten Betriebsrat den Inhalt und die Gesamtdauer, die geplanten konkreten Termine und die jeweils beabsichtigte tageszeitliche Lage der Schulungen mit und ersucht unter Beifügung der Teilnehmerlisten um Zustimmung. Die Teilnehmerlisten enthalten regelmäßig den Namen, die Personalnummer, die Abteilung oder Funktion der Betroffenen und die Angabe, ob es sich um einen in Vollzeit oder in Teilzeit beschäftigten Mitarbeiter handelt. Manche Listen führen zudem an, welchem der im Betrieb geltenden Arbeitszeitmodelle der Teilnehmer unterfällt. Insoweit gilt für die etwa 600 Mitarbeiter der Bereiche Buchungsverkehr und Kontoführung der Tarifvertrag "Teamarbeit" vom 20. September 1995, für die übrigen Mitarbeiter die "Betriebsvereinbarung zur Gleitenden Arbeitszeit" vom 13. Januar 2006. § 8 Abs. 2 des Tarifvertrags lautet:

"Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage werden unbeschadet nicht dispositiver rechtlicher Vorschriften eigenständig und abschließend vom Team rechtzeitig im Voraus geplant. ... Bei der Planung des Beginns und des Endes der täglichen Arbeitszeit sowie der möglichen Über- oder Unterschreitungen sind die betrieblichen Erfordernisse zu wahren und die Interessen des einzelnen Teammitglieds zu berücksichtigen."

In § 7 Abs. 4 des Tarifvertrags heißt es:

"Zur Teilnahme an Qualifizierungsmaßnahmen werden die Arbeitnehmer im erforderlichen Umfang unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freigestellt. Die Kosten für die Fortbildung übernimmt die [Arbeitgeberin]."

Die Betriebsvereinbarung "Gleitende Arbeitszeit" löste eine Vorgängerregelung aus dem Jahr 1996 ab. Sie sieht, anders als diese, keine Kernarbeitszeiten mehr vor, sondern enthält in Nr. 4 Regelungen zu einer sog. Besetztgarantie. Diese betrifft Zeiten, zu denen eine Organisationseinheit in einer bestimmten Mindeststärke besetzt sein muss.

Im Zusammenhang mit den Schulungen zur Einführung einer neuen Bankensoftware entstand zwischen den Beteiligten im Jahr 2003 Streit darüber, ob es sich bei den Schulungszeiten um "Arbeitszeit" handele und deshalb der Betriebsrat an der zeitlichen Ausgestaltung der einzelnen Veranstaltungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG zu beteiligen sei. Als der Betriebsrat bestimmten Schulungsmaßnahmen in der Zeit von Ende August bis Anfang Oktober 2004 nicht zustimmte, kam es auf Antrag der Arbeitgeberin zu einem Einigungsstellenverfahren.

Der Betriebsrat hat daraufhin das vorliegende Beschlussverfahren eingeleitet. Er hat die Auffassung vertreten, die Schulungen führten bei den Teilnehmern zu Änderungen bei Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG und jedenfalls bei Teilzeitkräften häufig auch zu einer Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit; in diesem Fall handele es sich um zuschlagspflichtige tarifliche "Überzeitarbeit". Zur sachgerechten Wahrnehmung seiner Mitbestimmungsrechte benötige er bestimmte Angaben über die Personen der Teilnehmer.

Der Betriebsrat hat beantragt

1. festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hierbei der tägliche Beginn und das tägliche Ende der Schulungs- und Fortbildungsveranstaltungen in Abweichung zur betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer festgelegt werden soll (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

hilfsweise

festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hierbei der tägliche Beginn und das tägliche Ende der Schulungs- bzw. Fortbildungsveranstaltungen in Abweichung zur betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer festgelegt werden soll, wenn es sich hierbei um Arbeitnehmer in Gleitzeit handelt und durch die vorstehende Anordnung die Kernarbeitszeit gemäß der Betriebsvereinbarung der Beteiligten zur Gleitzeit tangiert wird, und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

hilfsweise

festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hierbei der tägliche Beginn und das tägliche Ende der Schulungs- bzw. Fortbildungsveranstaltungen in Abweichung zur betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer festgelegt werden soll, wenn es sich hierbei um Arbeitnehmer in Gleitzeit handelt und durch die vorstehende Anordnung die Arbeitszeit der Besetztgarantie gemäß der Betriebsvereinbarung der Beteiligten zur Gleitzeit tangiert wird, und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

2. festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hiermit die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer verbunden ist (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

hilfsweise

festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hiermit die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer verbunden ist, wenn es sich hierbei um Arbeitnehmer in Gleitzeit handelt und durch die vorstehende Anordnung die Kernarbeitszeit gemäß der Betriebsvereinbarung der Beteiligten zur Gleitzeit tangiert wird, und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

hilfsweise

festzustellen, dass ihm bei der Durchführung von im dienstlichen Interesse stehenden, von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit hiermit die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer verbunden ist, wenn es sich hierbei um Arbeitnehmer in Gleitzeit handelt und durch die vorstehende Anordnung die Arbeitszeit der Besetzgarantie gemäß der Betriebsvereinbarung der Beteiligten zur Gleitzeit tangiert wird, und soweit tarifvertragliche oder gesetzliche Regelungen nicht bestehen;

3. festzustellen, dass die Arbeitgeberin im Rahmen seiner Beteiligung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG verpflichtet ist, ihn im Falle beabsichtigter Fortbildungs- und Schulungsmaßnahmen darüber zu informieren,

a) ob die zur Schulung vorgesehenen Mitarbeiter Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigte sind,

b) ob die zur Schulung vorgesehenen Mitarbeiter in den persönlichen Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung "Gleitende Arbeitszeit" oder des Tarifvertrags "Teamarbeit" fallen,

c) welche betriebsübliche Arbeitszeit auf die zur Schulung vorgesehenen Mitarbeiter Anwendung findet (Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit).

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Anträge seien mangels Bestimmtheit und Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Zumindest seien sie unbegründet. § 98 BetrVG habe abschließenden Charakter. Für Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG bestehe daneben kein Raum. Mehr als die ihm erteilten Auskünfte könne der Betriebsrat nicht verlangen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge des Betriebsrats abgewiesen.

Auf dessen Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht den Hauptanträgen zu 1 und 2 sowie den Unteranträgen zu 3a und 3b stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat gem. einer entsprechenden Verfügung der Vorsitzenden und soweit tatsächlich noch möglich in der gleichen Besetzung entschieden, in der es die Anhörung in einem ersten Termin durchführte. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Mit seiner Anschlussrechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat sein Begehren zu 3c weiter.

## **B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist überwiegend begründet.**

Das Landesarbeitsgericht hat den Feststellungsanträgen des Betriebsrats zum Bestehen eines Mitbestimmungsrechts und einer Auskunftspflicht nach Maßgabe des Antrags zu 3b zu Unrecht stattgegeben. Begründet ist nur der Antrag zu 3a. Die Anschlussrechtsbeschwerde des Betriebsrats hat keinen Erfolg.

I. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Landesarbeitsgericht den Feststellungsanträgen zu 1, 2 und 3b stattgegeben hat.

1. Der Hauptantrag zu 1 ist unzulässig.

a) Der Antrag bedarf der Auslegung. Mit ihm begehrt der Betriebsrat die Feststellung, dass ihm bei der Durchführung bestimmter Schulungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit Beginn und Ende der Schulungsveranstaltung von der betriebsüblichen Arbeitszeit der betroffenen Arbeitnehmer abweichen. Mit dem angefügten Klammerzusatz "(§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)" gibt der Betriebsrat zu verstehen, dass er festgestellt wissen möchte, er könne ein Mitbestimmungsrecht gerade aus der genannten Vorschrift herleiten. Dieses auf eine bestimmte rechtliche Begründung des reklamierten Mitbestimmungsrechts gerichtete Begehren ist unbeachtlich. Bei der Erwähnung der Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG handelt es sich um ein für den Antragsinhalt unbedeutendes Element der Antragsbegründung.

aa) Der Antragsteller eines Beschlussverfahrens vermag den Gegenstand des von ihm eingeleiteten Verfahrens zu bestimmen. Dagegen kann er nicht bindend vorgeben, anhand welcher Rechtsnormen sein Antragsbegehren gerichtlich geprüft werden möge. Der Verfahrensgegenstand wird auf der Grundlage eines bestimmten Lebenssachverhalts und der bestehenden Rechtslage durch den Inhalt des vom Antragsteller reklamierten Rechts oder Anspruchs konstituiert (BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 79/ 06 - Rn. 18 mwN, NZA 2008, 429; 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/ 03 - BAGE 113, 218, zu B I 1 der Gründe). Er bestimmt sich nicht durch die jeweils konkrete Rechtsnorm, die als Grundlage für das betreffende Begehren in Frage kommt. Dementsprechend ändert sich der Verfahrensgegenstand nicht, wenn der Betriebsrat ein zwingendes, im Fall der Nichteinigung zur Einschaltung der Einigungsstelle führendes Mitbestimmungsrecht bei der Regelung einer bestimmten Angelegenheit für sich in Anspruch nimmt, und dies einmal auf die eine, das andere Mal auf die andere von zwei möglichen Rechtsgrundlagen stützt.

bb) Danach ist die Erwähnung der Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG für den Antragsgegenstand ohne Bedeutung. Dem Betriebsrat geht es um die Feststellung eines zwingenden Mitbestimmungsrechts bei der Festlegung der Termine und tageszeitlichen Lage geplanter Schulungsmaßnahmen. Gegenstand des Antrags zu 1 ist das Bestehen dieses Mitbestimmungsrechts, nicht auch die Rechtsnorm, aus der es sich herleitet. Bei der Prüfung, ob ein solches Mitbestimmungsrecht besteht, sind die Gerichte nicht darauf beschränkt, den vom Betriebsrat für zutreffend gehaltenen Herleitungsgrund zu beurteilen. Als solcher kommt sowohl § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG als auch - wenn die zeitliche Lage der Bildungsmaßnahme eine Frage ihrer "Durchführung" darstellt - § 98 Abs. 1 BetrVG in Betracht.

b) Dem Antrag fehlt das erforderliche Feststellungsinteresse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO.

aa) Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung als besondere Prozessvoraussetzung ist die spezielle Ausgestaltung des bei jeder Rechtsverfolgung erforderlichen Rechtsschutzinteresses. § 256 ZPO ist deshalb auch im Beschlussverfahren anwendbar (BAG 19. Februar 2002 - 1 ABR 20/ 01 - BAGE 100, 281, zu B I 2 der Gründe mwN). Ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Bestehens eines Mitbestimmungsrechts besteht, soweit und solange dem Begehren ein betriebsverfassungsrechtlicher Konflikt zugrunde liegt und fortbesteht. Dabei können das Bestehen, der Inhalt und der Umfang eines Mitbestimmungsrechts losgelöst von einem konkreten Ausgangsfall zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden, wenn die Maßnahme, für die ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch genommen wird, häufiger im Betrieb auftritt und sich auch zukünftig jederzeit wiederholen kann. Eine gerichtliche Entscheidung ist in diesem Fall in der Lage, das betreffende Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten umfassend zu klären und seinen Inhalt auch für die Zukunft hinreichend konkret festzustellen (BAG 28. Mai 2002 - 1 ABR 35/ 01 - BAGE 101, 232, zu B II 1 der Gründe mwN). Es gehört dagegen nicht zu den Aufgaben der Gerichte, einem Beteiligten gutachterlich zu bescheinigen, dass er sich in einer umstrittenen abstrakten Rechtsfrage, deren unterschiedliche Beantwortung für den Inhalt des Rechtsverhältnisses ohne Bedeutung ist, im Recht befindet (BAG 9. Dezember 2003 - 1 ABR 44/ 02 - BAGE 109, 61, zu B III 2 a der Gründe).

bb) Danach besteht für den Betriebsrat an der Feststellung des im Antrag zu 1 beschriebenen Mitbestimmungsrechts kein rechtliches Interesse. Die Arbeitgeberin stellt nicht in Abrede, dass er bei der Durchführung von Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen auch insoweit mitzubestimmen hat, wie es um die Festlegung des tageszeitlichen Beginns und Endes der Schulung geht und dabei von den betriebsüblichen Arbeitszeiten der betroffenen Mitarbeiter abgewichen wird. Dementsprechend verhält die Arbeitgeberin sich auch in der betrieblichen Praxis. Sie legt dem Betriebsrat stets ihre entsprechenden Planungen vor und ersucht ihn um Zustimmung. Hat der Betriebsrat in der Vergangenheit seine Zustimmung einmal nicht erteilt, hat die Arbeitgeberin die Maßnahme nicht etwa einseitig durchgeführt, sondern die betriebliche Einigungsstelle angerufen. Das vom Betriebsrat reklamierte Mitbestimmungsrecht ist von der Arbeitgeberin nach Inhalt und Umfang stets beachtet und auch für die Zukunft nicht in Frage gestellt worden. Die Beteiligten streiten lediglich darüber, ob es sich (auch) aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG - so der Betriebsrat - oder (nur) aus § 98 Abs. 1 BetrVG ergibt - so offenbar die Arbeitgeberin.

Die Arbeitgeberin bestreitet dagegen nicht, dass es sich um ein zwingendes Mitbestimmungsrecht handelt, das im Falle der Nichteinigung zur Notwendigkeit eines Einigungsstellenverfahrens führt, sei es nach § 87 Abs. 2 BetrVG, sei es nach § 98 Abs. 4 BetrVG. Damit herrscht zwischen den Beteiligten über das Bestehen des reklamierten Mitbestimmungsrechts als solches kein Streit. Der Betriebsrat begehrt die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens über die Rechtsgrundlage seines von der Arbeitgeberin zugestandenem und einschränkungslos beachteten Mitbestimmungsrechts. Dies ist nicht Aufgabe der Gerichte.

cc) Daran ändert nichts die vom Betriebsrat anscheinend angestellte Erwägung, nach einer Herleitung aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG gehe mit der Feststellung eines Mitbestimmungsrechts notwendig die Feststellung einher, bei einer auf Anordnung der Arbeitgeberin stattfindenden Schulungsteilnahme handele es sich um "Arbeitszeit", eine Feststellung, die ihrerseits zu außerhalb des Mitbestimmungstatbestands liegenden vorteilhaften Rechtsfolgen für die Arbeitnehmer führe. Zum einen ist das Vorliegen von "Arbeitszeit" iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG unmaßgeblich für die Frage, ob es sich bei dieser zugleich um Arbeitszeit im vergütungsrechtlichen und/ oder arbeitsschutzrechtlichen Sinne handelt (BAG 14. November 2006 - 1 ABR 5/ 06 - Rn. 26, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 121 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10). Zum anderen vermag der Betriebsrat ein rechtliches Interesse an der Feststellung eines zwischen ihm und der Arbeitgeberin bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses nicht auf deren mögliche Folgen für individuelle Rechtspositionen der Arbeitnehmer zu stützen (BAG 9. Dezember 2003 - 1 ABR 44/ 02 - BAGE 109, 61, zu B III 2 c der Gründe mwN).

2. Die Hilfsanträge zum Feststellungsantrag zu 1 sind ebenfalls unzulässig.

a) Die Anträge sind auf Grund des Umstands, dass das Landesarbeitsgericht dem Hauptantrag des Betriebsrats stattgegeben hat, mit der Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin auch in die Rechtsbeschwerdeinstanz gelangt. Wegen der Abweisung des Hauptantrags sind sie dem Senat zur Entscheidung angefallen.

b) Für beide Anträge fehlt es am Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Der Betriebsrat hat - ebensowenig wie beim Hauptantrag - kein schützenswertes Interesse an einer gerichtlichen Feststellung, sein als solches von der Arbeitgeberin nicht bestrittenes Mitbestimmungsrecht folge aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Mit Blick auf den ersten Hilfsantrag kommt hinzu, dass die begehrte Feststellung ausschließlich vergangenheitsbezogen ist. Die mittlerweile maßgebliche Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit vom 13. Januar 2006 enthält keine "Kernarbeitszeit" mehr, wie sie im Antrag angeführt ist.

3. Auch der Hauptantrag zu 2 ist unzulässig.

a) Er bedarf der Auslegung. Der Betriebsrat will festgestellt wissen, dass ihm bei der Durchführung der fraglichen Schulungsmaßnahmen ein Mitbestimmungsrecht zusteht, soweit mit diesen die vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der Teilnehmer verbunden ist. Durch den Klammerzusatz "(§ 87 Abs. 1 Nr. 3)" gibt er auch hier seinem Wunsch nach einer Herleitung des Mitbestimmungsrechts aus gerade dieser Vorschrift Ausdruck.

Aus den dargelegten Gründen ist die Angabe der Rechtsgrundlage für die Bestimmung des Verfahrensgegenstands ohne Bedeutung. Maßgeblich für den Antragsinhalt sind erneut nur Inhalt und Umfang des reklamierten Mitbestimmungsrechts als solches. Danach verlangt der Betriebsrat die Feststellung eines zwingenden, ggf. zur Einsetzung der betrieblichen Einigungsstelle führenden Mitbestimmungsrechts, wenn die Schulungsmaßnahmen für die Teilnehmer mit einer Verlängerung ihrer betriebsüblichen Arbeitszeit einhergehen.

b) Der Betriebsrat hat auch an der Bescheidung dieses Antrags kein rechtliches Interesse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. Zwischen den Beteiligten besteht kein entsprechender Konflikt. Die Arbeitgeberin spricht dem Betriebsrat das reklamierte Recht nicht ab. Sie beteiligt ihn im oben beschriebenen umfassenden Sinne an der Festlegung von Umfang und Lage der täglichen Schulungszeit auch insoweit, wie dies für die Teilnehmer mit einer Verlängerung ihrer üblichen Arbeitszeit verbunden ist. Sie vertritt dabei nicht etwa die Ansicht, sie sei dazu rechtlich nicht verpflichtet. Damit bedarf es zur Wahrung des entsprechenden Mitbestimmungsrechts nicht der gerichtlichen Feststellung seines Bestehens.

4. Gleichmaßen unzulässig sind die zum Feststellungsantrag zu 2 gestellten Hilfsanträge. Die Ausführungen zu den Hilfsanträgen zu 1 gelten entsprechend.

5. Der Feststellungsantrag zu 3b ist zulässig, aber unbegründet.

a) Der Antrag bedarf der Auslegung. Nach seinem Wortlaut ist er auf die Auskunft über das Ergebnis einer Rechtsanwendung gerichtet. Welche Arbeitnehmer welchem betrieblichen Arbeitszeitregime unterfallen, hängt vom Geltungsbereich der jeweiligen Regelungen und der korrekten Zuordnung der Arbeitnehmer zu diesem ab. Ein solches Verständnis würde den Interessen des Betriebsrats nicht gerecht. Dieser möchte nicht über das Ergebnis des jeweiligen Subsumtionsvorgangs durch die Arbeitgeberin informiert werden. Er möchte vielmehr wissen, welchem betrieblichen Organisationsbereich - der Buchungsvorbereitung, der Kontoführung oder einem anderen Bereich - die Teilnehmer angehören, um sodann seinerseits beurteilen zu können, welches Regelwerk auf sie Anwendung findet. Der Antrag ist deshalb in Wirklichkeit auf die Mitteilung der Bereichszugehörigkeit der Teilnehmer als eines tatsächlichen Umstands gerichtet.

b) Mit diesem Inhalt ist der Antrag zulässig. Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt.

aa) Der Antrag ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Ein Rechtsverhältnis ist die durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache. Ein Antrag nach § 256 Abs. 1 ZPO muss sich dabei nicht auf das Rechtsverhältnis insgesamt erstrecken. Er kann auch das Bestehen einzelner aus der betreffenden Rechtsbeziehung abzuleitender Ansprüche oder Verpflichtungen und/ oder deren Umfang zum Gegenstand haben. Bloße Elemente oder Vorfragen einer Rechtsbeziehung können dagegen ebenso wie abstrakte Rechtsfragen nicht Gegenstand eines Feststellungsbegehrens sein (BAG 3. Mai 2006 - 1 ABR 63/ 04 - Rn. 19 mwN, AP ArbGG 1979 § 81 Nr. 61).

Danach ist der vom Betriebsrat gestellte Antrag zulässiger Gegenstand eines Feststellungsbegehrens. Er ist auf das Bestehen eines einzelnen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruchs gegen die Arbeitgeberin gerichtet.

bb) Das erforderliche rechtliche Interesse an der begehrten Feststellung ist gegeben. Die Arbeitgeberin erteilt die vom Betriebsrat gewünschten Informationen in der Regel nicht. Sie hat dies in der Vergangenheit nur in Einzelfällen getan und vertritt generell die Ansicht, dazu nicht verpflichtet zu sein. Da Schulungsmaßnahmen auch in Zukunft durchgeführt werden sollen, kann ein Streit der Beteiligten jederzeit entstehen.

c) Der Antrag ist unbegründet. Dem Betriebsrat steht ein Anspruch auf die erbetenen Auskünfte nicht zu.

aa) Allerdings ist der Arbeitgeber gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat zur Durchführung von dessen gesetzlichen Aufgaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Mit dieser Verpflichtung geht ein entsprechender Anspruch des Betriebsrats einher (BAG 19. Februar 2008 - 1 ABR 84/ 06 - Rn. 15 mwN). Zu den Aufgaben des Betriebsrats gehört die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Der Betriebsrat kann diejenigen Informationen verlangen, derer er zur Durchführung seiner Aufgaben im Einzelfall tatsächlich bedarf (st. Rspr., BAG 19. Februar 2008 - 1 ABR 84/ 06 - Rn. 16 mwN).

bb) Danach besteht im Streitfall kein Anspruch auf Unterrichtung darüber, welchem betrieblichen Organisationsbereich die Schulungsteilnehmer angehören. Zur sachgerechten Wahrnehmung seines Mitbestimmungsrechts bei der Festlegung von Dauer und Lage der täglichen Schulungszeit benötigt der Betriebsrat diese Auskünfte nicht. Der Betriebsrat könnte auf diese Weise feststellen, welche Arbeitszeitregelungen für die jeweiligen Teilnehmer gelten: ob die Gleitzeitbestimmung der Betriebsvereinbarung vom 13. Januar 2006, nach der vollbeschäftigte Arbeitnehmer mindestens vier, teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mindestens drei Stunden am Tag innerhalb des Gleitzeitrahmens von 6. 00 Uhr - 20. 00 Uhr, an Sonnabenden 13. 00 Uhr anwesend sein müssen, oder die Vorschrift des § 8 TV "Teamarbeit", nach der Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und deren Verteilung auf die einzelnen Wochentage vom Team eigenständig geplant werden. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund der Betriebsrat dieser Informationen zur sachangemessenen Ausübung seines Mitbestimmungsrechts bedürfte. Ein Vergleich der vorgesehenen Schulungszeiten mit den für die einzelnen Teilnehmer üblichen Arbeitszeiten ist angesichts der nach beiden Regelwerken großen Arbeitszeitautonomie unergiebig. Bei der gebotenen Prüfung, ob die geplanten Schulungszeiten den sozialen Interessen der Arbeitnehmer entsprechen, führt die gewünschte Auskunft nicht weiter, wenn die Schulungszeiten nicht außerhalb des Gleitzeitrahmens liegen. Dass Schulungen auch außerhalb dieses Rahmens vorgesehen sind, ist weder vorgetragen noch festgestellt. Im Übrigen könnte der Betriebsrat berechnete Bedenken gegen solche Zeiten unabhängig davon vorbringen, ob er weiß, dass Teilnehmer dem Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit unterfallen.

II. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Landesarbeitsgericht dem Antrag zu 3a stattgegeben hat. Dieser Antrag ist zulässig und begründet.

1. Der Antrag ist zulässig.

a) Er bedarf der Auslegung. Entgegen seinem Wortlaut ist die begehrte Feststellung auch hier auf die Verpflichtung zur Auskunftserteilung beschränkt. Sie erstreckt sich nicht auf die Angabe der anspruchsbegründenden Rechtsnorm. Diese ist nicht konstitutiv für den Verfahrensgegenstand. Ihre Erwähnung ist ein Element der Antragsbegründung.

b) Der Antrag genügt den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO. Er ist auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet. Die Ausführungen zur Zulässigkeit des Antrags zu 3b gelten gleichermaßen. Der Betriebsrat besitzt das erforderliche Feststellungsinteresse. Die Arbeitgeberin erteilt die erbetenen Auskünfte zwar faktisch. Sie hat aber noch in der Rechtsbeschwerdebegründung geltend gemacht, dazu rechtlich nicht verpflichtet zu sein. Damit kann bei einer Verhaltensänderung der Dissens der Beteiligten jederzeit praktisch relevant werden.

2. Der Antrag ist begründet. Der Auskunftsanspruch des Betriebsrats folgt aus § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Der Betriebsrat benötigt die erbetene Information zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben.

a) Zu den Aufgaben des Betriebsrats gehört die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten. Im Zusammenhang mit vom Arbeitgeber angeordneten und finanzierten Schulungsmaßnahmen kommen hinsichtlich der Dauer und Lage der täglichen Schulungszeit Mitbestimmungsrechte nach § 98 Abs. 1 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG in Betracht.

Es muss nicht entschieden werden, ob vom Begriff der "Durchführung" von Bildungsmaßnahmen iSv. § 98 Abs. 1 BetrVG auch deren tägliche Dauer und tageszeitliche Lage erfasst werden (so DKK-Buschmann BetrVG 11. Aufl. § 98 Rn. 6; Fitting BetrVG 24. Aufl. § 98 Rn. 10; HSWGNER-Worzalla BetrVG 7. Aufl. § 98 Rn. 13a; Preis in: Wlotzke/ Preis BetrVG 3. Aufl. § 98 Rn. 5; wohl auch Raab GK-BetrVG 8. Aufl. Bd. II § 98 Rn. 10). Wenn dies nicht anzunehmen sein sollte, bestünde jedenfalls ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Die Teilnahme an einer vom Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts angeordneten Schulungsmaßnahme ist Arbeitszeit im Sinne dieser Vorschriften. Dies ist die Zeit, während derer der Arbeitnehmer die von ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang vertraglich geschuldete Arbeitsleistung tatsächlich erbringen soll. Ob es sich dabei um die Erfüllung der Hauptleistungspflicht oder um eine vom Arbeitgeber verlangte sonstige Leistung handelt, ist solange ohne Bedeutung, wie die sonstige Leistung in der Erbringung von "Arbeit" besteht (BAG 14. November 2006 - 1 ABR 5/ 06 - Rn. 27, 28, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 121 = EzA BetrVG 2001 § 87 Arbeitszeit Nr. 10). "Arbeit" ist eine Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient (BAG 11. Oktober 2000 - 5 AZR 122/ 99 - BAGE 96, 45, zu IV 3 d der Gründe).

Danach ist die Teilnahme an den von der Arbeitgeberin angeordneten Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen Arbeitszeit im Sinne der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Die Schulungen verlangen von den Teilnehmern geistige Tätigkeit im Interesse der Arbeitgeberin.

b) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist weder durch Regelungen des Tarifvertrags "Teamarbeit" iSv. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG verdrängt noch durch den Abschluss der Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit verbraucht. Keines der Regelwerke enthält Vorgaben über die tägliche Dauer und tageszeitliche Lage von Schulungsmaßnahmen, deren zeitliche Festlegung nicht der Selbstbestimmung der betroffenen Arbeitnehmer unterliegt.

c) Zur sachgerechten Wahrnehmung seines Mitbestimmungsrechts aus § 98 Abs. 1 BetrVG oder § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG bei der Festlegung von Dauer und Lage der täglichen Schulungszeit muss der Betriebsrat wissen, ob und welche Teilnehmer Teilzeitbeschäftigte sind. Deren zeitliche Interessen verlangen bei der zu treffenden Regelung über die Schulungszeiten besondere Beachtung.

d) Der Betriebsrat ist grundsätzlich nicht darauf verwiesen, sich die benötigten Informationen selbst zu beschaffen, auch wenn er dazu faktisch in der Lage wäre (BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 60/ 04 - Rn. 29 mwN, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 65 = EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 5). Gründe für eine Ausnahme, wie sie in dem vom Senat mit Beschluss vom 24. Januar 2006 (- 1 ABR 60/ 04 - aaO) entschiedenen Fall gegeben waren, liegen nicht vor.

e) Der Tenor des angefochtenen Beschlusses war insoweit zu ändern, als die Worte "im Rahmen der Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG" entfallen. Als bloßes Element der Antragsbegründung nehmen sie nicht teil am Antragsinhalt.

III. Die zulässige Anschlussrechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag des Betriebsrats zu 3c zu Recht abgewiesen.

1. Der Antrag ist zulässig. Er hat einen anderen Gegenstand als der Antrag zu 3b. Mit diesem möchte der Betriebsrat darüber informiert werden, welches allgemeine Arbeitszeitregime für die betroffenen Mitarbeiter gilt. Mit dem Antrag zu 3c will er demgegenüber Auskunft darüber erhalten, welche konkreten täglichen Arbeitszeiten für die betroffenen Mitarbeiter an den jeweils konkreten Schulungstagen geplant sind.

2. Der Antrag ist unbegründet. Der Anspruch besteht nicht. Die Arbeitgeberin ist zur Auskunftserteilung nicht unbeschränkt in der Lage.

Nach den geltenden Arbeitszeitregelungen legen die Beschäftigten Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit entweder innerhalb des Teams eigenständig und abschließend fest - so, wenn sie dem Geltungsbereich des Tarifvertrags "Teamarbeit" unterfallen - oder planen Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit eigenständig in der jeweiligen Einsatzabteilung, um sich anschließend von der Abteilungsleitung deren Freigabe einzuholen - so, wenn für sie Nr. 3. 1 Abs. 4 und Nr. 4 der Betriebsvereinbarung zur gleitenden Arbeitszeit gelten.

Es ist damit nicht auszuschließen, dass die konkreten Zeitplanungen zu einem Zeitpunkt stattfinden, zu dem das Zustimmungersuchen der Arbeitgeberin an den Betriebsrat hinsichtlich geplanter Schulungszeiten bereits ergangen ist. Die konkreten Arbeitszeitplanungen der Beschäftigten werden in diesem Fall gerade darauf Bedacht nehmen, ob und welche Arbeitnehmer an den Schulungen teilnehmen. Das hat zur Folge, dass die Arbeitgeberin zu dem Zeitpunkt, in welchem sie den Betriebsrat um Zustimmung zu den geplanten Schulungszeiten bittet, die für die betreffenden Schulungstage geplanten konkreten Arbeitszeiten der Schulungsteilnehmer in vielen Fällen nicht kennt und nicht kennen kann. Der Antrag ist damit insgesamt unbegründet.

IV. Auf eine nach § 39 ArbGG möglicherweise unvorschriftsmäßige Besetzung des Beschwerdegerichts iSv. § 547 Nr. 1 ZPO kommt es wegen § 93 Abs. 1 Satz 1, § 94 Abs. 2 Satz 2 ArbGG iVm. § 557 Abs. 3 Satz 2, § 551, § 554 Abs. 3 ZPO nicht an. Keiner der Beteiligten hat einen solchen Mangel gerügt und den darin liegenden absoluten Rechtsbeschwerdegrund geltend gemacht.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
Pressemitteilung Nr. 21/08  
vom 13.03.2008

**BAG, Urteil vom 13.03.2008 - 2 AZR 961/06**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 11. Mai 2006 - 2 Sa 71/05

Stichworte:  
Verdachtskündigung  
Anhörung (Arbeitnehmer)  
Kündigung (fristlose)

**Außerordentliche Verdachtskündigung - Anhörung des Arbeitnehmers**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann nicht nur die vollendete Tat, sondern auch der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen schweren Pflichtverletzung einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung bilden. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung zu den gegen ihn bestehenden Verdachtsmomenten anhören. In der Anhörung muss er den Arbeitnehmer über den erhobenen Vorwurf so unterrichten, dass der Arbeitnehmer dazu Stellung nehmen kann. Dabei sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Weiß der Arbeitnehmer, hinsichtlich welcher Straftaten der Verdacht beim Arbeitgeber besteht, so ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, solange abzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft eingesehen hat.

In dem heute vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber die fristlose Kündigung auf den Verdacht gestützt, der Kläger habe zwischen dem 14. September 2001 und dem 9. April 2003 an den Fahrzeugen von Kolleginnen in elf Fällen die Reifen aufgeschlitzt. Die Kolleginnen hatten sich zuvor kritisch über die Tätigkeit des Klägers geäußert. Auf ihre Strafanzeige hin installierte die Polizei eine Videoüberwachungsanlage. Die Kolleginnen gaben an, den Kläger in der Videoaufzeichnung erkannt zu haben. Bei der Beklagten war zwischen dem 14. und 20. Juli 2003 eine entsprechende Ermittlungsakte eingegangen. Mit Schreiben vom 14. Juli unterrichtete die Beklagte den Kläger über ihre Kündigungsabsicht.

Dem Kläger waren die in Betracht kommenden Tattage aus einem früher gegen ihn ergangenen Durchsuchungsbefehl bekannt. Nach Rückkehr aus seinem Urlaub teilte der Kläger der Beklagten am 22. August mit, er wolle sich zu den Vorwürfen nicht äußern. Daraufhin sprach die Beklagte die außerordentliche Kündigung aus. Der Kläger, der im Strafverfahren rechtskräftig mit der Begründung freigesprochen wurde, zwar glaube das Gericht, dass er die Taten begangen habe, habe jedoch letzte, geringe Zweifel, hat sich gegen die Kündigung gewandt. Er sei zu den Vorwürfen nicht ausreichend angehört worden, weil ihm die Ermittlungsakte nicht vorgelegen habe.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

**Die Revision der Beklagten vor dem Bundesarbeitsgericht hatte Erfolg.**

Sie führte zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Gegen den Kläger bestand der schwerwiegende, auf objektive Tatsachen gegründete Verdacht, seine Kolleginnen durch das Aufschlitzen der Reifen vorsätzlich geschädigt zu haben. Dies stellt einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar.

Der Kläger ist vor der Kündigung in ausreichendem Maße angehört worden. Er wusste, was ihm vorgeworfen wurde und konnte sich zu den Vorwürfen äußern. Die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft brauchte er dazu nicht. Wegen noch unaufgeklärter formeller Fragen wurde der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 19.02.2008

**BAG, Beschluss vom 19.02.2008 - 1 ABR 84/06**

Quelle:  
Lexetius.com

Vorinstanz:  
LAG München vom 4. Juli 2006 - 11 TaBV 76/ 05  
Arbeitsgericht München vom 22. September 2005 - 11 BV 225/ 05

Normen:  
BV  
§ 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG iVm. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Stichworte:  
Auskunftsanspruch  
Betriebsrat  
ambulanter Pflegedienst  
Informationsanspruch  
Betriebsrat  
Auskunftsanspruch

**Auskunftsanspruch des Betriebsrats**

I. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 4. Juli 2006 - 11 TaBV 76/ 05 - teilweise aufgehoben.

II. Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 22. September 2005 - 11 BV 225/ 05 - teilweise abgeändert:

1. Der Arbeitgeberin wird aufgegeben, dem Betriebsrat die Namen derjenigen Arbeitnehmer mitzuteilen, die sie im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 9. Juni 2005 angewiesen hat, für die Dauer eines Jahres eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen.

2. Der Arbeitgeberin wird ferner aufgegeben, dem Betriebsrat die Tatsachen mitzuteilen, auf Grund derer sie bei den unter der vorstehenden Nr. 1 genannten Arbeitnehmern im konkreten Einzelfall begründete Zweifel am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit hatte.

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 23.01.2008

**BAG, Beschluß vom 23.01.2008 - 1 ABR 74/06**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Beschluß vom 9. August 2006 - 15 TaBV 53/05  
Arbeitsgericht Braunschweig, Beschluß vom 22. Juni 2005 - 3 BV 34/05

Normen:  
§ 99 Abs. 1 BetrVG  
§ 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG

Stichworte:  
Mitbestimmung  
Übernahme (Leiharbeitnehmern)  
Stellenpool

**Mitbestimmung bei Übernahme von Leiharbeitnehmern**

Leitsätze

Die Aufnahme von Leiharbeitnehmern in einen Stellenpool, aus dem der Verleiher auf Anforderung des Entleihers Kräfte für die Einsätze im Entleiherbetrieb auswählt, ist keine nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Übernahme iSv. § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG.

Mitbestimmungspflichtig ist erst der jeweilige konkrete Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb.

Tenor

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 9. August 2006 - 15 TaBV 53/05 - aufgehoben.

2. Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 22. Juni 2005 - 3 BV 34/05 - wird hinsichtlich der Anträge auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der folgenden Arbeitnehmer zurückgewiesen:

B B,

D B,

Do B,  
H D,  
T G,  
D H,  
B K,  
J K,  
I K,  
M L,  
A M,  
R M,  
K N,  
Z P,  
A S,  
M S,  
T T,  
A B S,  
W B,  
B P,  
R R,  
J v G,  
N T,  
C L,  
J G,  
C F,  
M G.

3. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

## Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Aufnahme bestimmter Arbeitnehmer in einen "Stellenpool" von Leiharbeitnehmern, die im Betrieb der Arbeitgeberin eingesetzt werden sollen.

Die Arbeitgeberin betreibt ua. eine Druckerei und beschäftigt regelmäßig mehr als 20 Arbeitnehmer. In der Rotationsendverarbeitung setzte sie in den Bereichen Ladestraße/Post und Beilageneinlage/Beipack seit Jahren je nach Bedarf sog. Abrufer im Rahmen befristeter Tagesarbeitsverhältnisse ein. Hierzu vereinbarte sie mit der Gewerkschaft ver.di am 29. Juli 2002 einen Haustarifvertrag, der den Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Abrufern in der Rotationsendverarbeitung vorsah. Die daraufhin geschlossene Betriebsvereinbarung endete am 31. Dezember 2004 ohne Nachwirkung. Ab dem 1. Januar 2005 informierte die Arbeitgeberin den Betriebsrat jeweils über den tageweisen Einsatz der einzusetzenden Abrufer und teilte zugleich mit, die sofortige Einstellung sei gemäß § 100 BetrVG dringend erforderlich.

Ende Februar 2005 entschloss sich die Arbeitgeberin, ab dem 7. März 2005 keine eigenen Abrufer, sondern nur noch Leiharbeitnehmer der b GmbH einzusetzen. Hierüber informierte sie den Betriebsrat mit Schreiben vom 25. Februar 2005, in dem es ua. heißt:

"Gemäß §§ 14 Abs. 3 S. 1 AÜG, 99 BetrVG informiere ich Sie daher über den ab dem 7. März 2005 beabsichtigten Einsatz von 47 Leiharbeitnehmern des Unternehmens b GmbH in der Rotationsendverarbeitung. Dessen Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung der Bundesanstalt für Arbeit vom 06.05.1998, verlängert am 09.04.2001, ist in Kopie als Anlage 1 beigelegt. B GmbH ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes Mittelständischer Personaldienstleister e.V. (AMP) und unterliegt dementsprechend dem Tarifvertrag Christlicher Gewerkschaften, Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (PSA). Die Mitarbeiter von b GmbH werden somit nach diesem Tarifwerk vergütet. Die Arbeitsverhältnisse unserer Stammbesetzung werden von dieser Entscheidung nicht berührt. Die Namen der vorgesehenen Leiharbeitnehmer entnehmen Sie bitte der beigelegten Anlage 2. Einsatzdauer und Einsatztage werden grundsätzlich wie folgt sein:

Grundbesetzung:

Einsatz in Nachtschichten:

Sonntag, Montag, Mittwoch: Jeweils vier Leiharbeitskräfte für Ladestraße und Post/Beilagenanleger. Arbeitsanfang: ab ca. 23:00 Uhr, Arbeitsende: ca. 2:00 Uhr bzw. 3:00 Uhr.

Dienstag: Acht Leiharbeitskräfte für Ladestraße sowie neun Leiharbeitskräfte für Post/Beilagenanleger. Arbeitsanfang: ab ca. 23:00 Uhr bzw. 1:00 Uhr, Arbeitsende: ca. 6:00 Uhr bzw. 8:00 Uhr.

Donnerstag: Vier Leiharbeitskräfte für Ladestraße sowie sechs Leiharbeitskräfte für Post/Beilagenanleger: Arbeitsanfang: ab ca. 23:00 Uhr, Arbeitsende: ca. 2:00 Uhr bzw. 3:00 Uhr.

Freitag: Jeweils sechs Leiharbeitskräfte für Ladestraße und Post/Beilagenanleger. Arbeitsanfang: ab ca. 23:00 Uhr, Arbeitsende: ca. 2:00 Uhr bzw. 3:30 Uhr.

Samstag: Zwölf Leiharbeitskräfte für Ladestraße sowie 20 Leiharbeitskräfte für Post/Beilagenanleger. Arbeitsanfang. ab ca. 19:30 Uhr, Arbeitsende: ca. 1:00 Uhr bzw. 3:00 Uhr.

Spitzenbesetzung:

In der Nacht von Dienstag auf Mittwoch bis zu 20 Leiharbeitskräfte für Ladezone und 35 Leiharbeitskräfte für Beilagen.

Am Samstag bis zu 25 Leiharbeitskräfte für Ladezone und 40 Leiharbeitskräfte für Beilagen.

Einsatz in Tagschichten:

Mittwoch: Arbeitsanfang: ab ca. 14:30 Uhr, Arbeitsende: ca. 21:00 Uhr

Freitag: Arbeitsanfang: ab ca. 17:00 Uhr, Arbeitsende: ca. 20:00 Uhr.

Die Einsatzdauer ist abhängig von der Auftragslage.

Darüber hinaus können je nach Auftragsstand sporadisch von Montag bis Freitag am Tage bis zu zehn weitere Leiharbeitskräfte zu unterschiedlichen Anfangs- und Endzeiten zur Verstärkung eingesetzt werden.

Ich darf Sie daher um Ihre Stellungnahme innerhalb der gesetzlichen Frist bitten.“

Mit Schreiben vom 4. März 2005 verweigerte der Betriebsrat mit näherer Begründung seine Zustimmung unter Berufung auf die Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 BetrVG sowie wegen der nach seiner Auffassung nicht ordnungsgemäß erfolgten Anhörung.

Mit Schreiben vom 11. März 2005 unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat von der ab dem 12. März 2005 in der Rotationsendverarbeitung beabsichtigten "Einstellung" weiterer 36 namentlich bezeichneter Leiharbeitnehmer und teilte mit, dass deren sofortige Beschäftigung gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Mit Schreiben vom 15. März 2005 verweigerte der Betriebsrat erneut seine Zustimmung und bestritt die dringende Erforderlichkeit der personellen Maßnahme.

Ebenfalls am 15. März 2005 schloss die Arbeitgeberin mit der b GmbH einen unbefristeten Rahmenvertrag über die Arbeitnehmerüberlassung für den Bereich Rotationsendverarbeitung. Dieser sieht für 2005 ein geschätztes Jahreskontingent von ca. 55.000 Stunden Abrufstunden vor und enthält Bestimmungen über die Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter sowie Regelungen über die "Grundbesetzung" und "Spitzenbesetzungen". Hinsichtlich "Einsatzplanung" und "Arbeitsbeginn" heißt es:

“- Einsatzplanung: für die einzelnen Wochentage einer Woche wird der Bedarf am Donnerstag der Vorwoche bis ca. 11.00 Uhr von der Druckerei festgelegt und b gemeldet. Im Laufe der Woche können sich noch Veränderungen ergeben (in der Regel Mehrbedarf z.B. durch Ausfälle bei der Stammbesetzung des BZV oder weil Beilagen nachgemeldet werden, aber auch geringerer Bedarf durch Beilagenstornierungen).

- Der Arbeitsbeginn liegt in der Regel fest (siehe oben unter ‚Grundbesetzung‘). Das Arbeitsende ist abhängig davon, wie gut die Produktion läuft. Es liegt selten vor der Planzeit, aber häufiger auch später, zumindest für einen Teil der Mannschaft.“

Seitdem fordert die Arbeitgeberin je nach Auftragslage und Beschäftigungsbedarf bei der b GmbH Einsatzkräfte an, die von dieser ausgewählt und entsandt werden. Die Einsätze der Leiharbeitnehmer sind von unterschiedlicher Häufigkeit und Dauer.

Im Laufe des vorliegenden Verfahrens beantragte die Arbeitgeberin mit weiteren Schreiben vom 15., 18., 22., 24. März, vom 4. und 18. April, vom 4., 19. und 24. Mai vom 2. und 8. Juni 2005 die Zustimmung des Betriebsrats zur "Einstellung" von 79 weiteren namentlich genannten Leiharbeitnehmern. In den Schreiben vom 2. und 8. Juni 2005 waren - anders als in den früheren Schreiben - Wohnort, Geburtsdatum und Geburtsort der Leiharbeitnehmer enthalten. Der Betriebsrat verweigerte jeweils binnen Wochenfrist seine Zustimmung mit gleichlautender Begründung und bestritt die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Maßnahmen.

Die Arbeitgeberin hat in dem am 21. März 2005 eingeleiteten und anlässlich der weiteren Zustimmungersuchen jeweils erweiterten Verfahren die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu den "Einstellungen" und die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der vorläufigen personellen Maßnahmen begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, sie habe den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet. Über die persönlichen Daten der eingesetzten Leiharbeitnehmer habe sie mangels eigener Kenntnis nicht informieren können. Die Rahmendaten und die verlangten Qualifikationen habe der Betriebsrat dem Rahmenvertrag entnehmen können. Die vom Betriebsrat geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe lägen nicht vor.

Die Arbeitgeberin hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung - beantragt,

die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Leiharbeitnehmer B B, D B, Do B, H D, T G, D H, B K, J K, I K, M L, A M, R M, K N, Z P, A S, M S, T T, A B S, W B, B P, R R, J v G, N T, C L, J G, C F, M G zu ersetzen und festzustellen, dass die jeweils vorläufig vorgenommene Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, er sei schon nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden. Er habe sich anhand der erteilten Informationen weder ein hinreichendes Bild von den einzustellenden Personen noch von Zeitpunkt und zeitlichem Umfang des Einsatzes machen können. Personaleinsatzpläne seien ihm zwar zur Verfügung gestellt worden. Dies sei aber erst nach dem jeweiligen Einsatz geschehen und könne die Information nach § 99 BetrVG nicht ersetzen. Im Übrigen habe er sich zu Recht auf die Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 5 BetrVG berufen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge der Arbeitgeberin abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat ihnen entsprochen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die Arbeitgeberin beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. Sowohl im Beschwerdeverfahren als auch im Rechtsbeschwerdeverfahren ist ein erheblicher Teil der zunächst insgesamt 165 Einzelanträge für erledigt erklärt worden, da ein Einsatz der betreffenden Leiharbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin nicht mehr stattfindet.

## **B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist hinsichtlich der Zustimmungsersetzungsanträge begründet.**

Das Landesarbeitsgericht hat diesen Anträgen zu Unrecht stattgegeben. Die Aufnahme von Leiharbeitnehmern in den "Pool" der Einsatzkräfte, welche die b GmbH für Einsätze bei der Arbeitgeberin auf Grund des Rahmenvertrags vorhält, ist keine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG. Hinsichtlich der Feststellungsanträge war das Verfahren einzustellen.

I. Neben der antragstellenden Arbeitgeberin und dem Betriebsrat sind an dem Verfahren keine weiteren Personen oder Stellen iSv. § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt. Weder die Leiharbeitnehmer, um deren Beschäftigung es geht, noch die b GmbH sind in einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung betroffen.

II. Die Zustimmungsersetzungsanträge sind zulässig, aber unbegründet.

1. Die Anträge sind zulässig. Sie sind bei der gebotenen Auslegung hinreichend bestimmt.

a) Nach dem im Beschlussverfahren entsprechend anwendbaren § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss der Verfahrensgegenstand so genau bezeichnet sein, dass die eigentliche Streitfrage zwischen den Beteiligten mit Rechtskraft entschieden werden kann (Senat 30. Mai 2006 - 1 ABR 17/05 - Rn. 15, BAGE 118, 205; 2. Oktober 2007 - 1 ABR 60/06 - Rn. 10) . Bei einem Zustimmungsersetzungsantrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG muss deshalb klar sein, zu welcher personellen Einzelmaßnahme die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung gerichtlich ersetzt werden soll. Dabei genügt es meist, die Art der personellen Maßnahme - Einstellung, Versetzung, Ein- oder Umgruppierung in eine bestimmte Vergütungsgruppe - und die davon betroffene Person hinreichend präzise zu bezeichnen. Zwar sind die Begriffe "Einstellung, Versetzung, Ein- und Umgruppierung" Rechtsbegriffe. Häufig kann mit ihnen jedoch - vereinfachend - der tatsächliche Lebensvorgang beschrieben werden, um dessen rechtliche Beurteilung oder Feststellung es geht . In Fällen, in denen allerdings gerade zweifelhaft erscheint, welcher Lebensvorgang die mitbestimmungspflichtige personelle Einzelmaßnahme ausmacht, muss dieser zur Bestimmung des Streitgegenstands konkret bezeichnet sein. Erforderlichenfalls hat hierzu das Gericht einen Antrag unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Antragstellers auszulegen.

b) Hier ist eine den Streitgegenstand hinreichend bestimmende Auslegung des Antrags der Arbeitgeberin möglich. Diese begehrt die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur "Einstellung" zahlreicher namentlich bezeichneter Leiharbeitnehmer. Sie hat allerdings nicht ausdrücklich beschrieben, welchen tatsächlichen Lebensvorgang sie konkret unter "Einstellung" versteht. Aus ihrem gesamten Vorbringen folgt aber, dass sie die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur unbefristeten Aufnahme der einzelnen Leiharbeitnehmer in einen Stellenpool begehrt.

Wie sich bereits aus den an den Betriebsrat gerichteten Zustimmungersuchen ergibt, ging es der Arbeitgeberin nicht um die Zustimmung des Betriebsrats zum jeweiligen Einsatz bestimmter Arbeitnehmer zu einem konkreten Zeitpunkt und einem näher bezeichneten, auf die einzelnen Arbeitnehmer bezogenen Zeitvolumen, sondern um die generelle Zustimmung zum künftigen Einsatz der benannten Arbeitnehmer zu noch unbestimmten Zeitpunkten in ungewissem Umfang. Dem entspricht auch die Ausgestaltung des Rahmenvertrags mit der b GmbH, nach der es dieser obliegt, auf namentlich nicht konkretisierte Anforderungen der Arbeitgeberin hin aus einem Pool von Leiharbeitnehmern die jeweils konkret eingesetzten Kräfte zu bestimmen. Der Verfahrensbevollmächtigte der Arbeitgeberin hat in der Anhörung vor dem Senat bestätigt, dass Gegenstand der Zustimmungsersetzungsanträge nicht die einzelnen konkreten Einsätze der Leiharbeitnehmer, sondern deren Aufnahme in den Stellenpool beim Verleiher ist. Auch das Landesarbeitsgericht hat das Begehren der Arbeitgeberin in diesem Sinne verstanden. Es hat ausgeführt, es gehe um die Aufnahme der einzelnen Leiharbeitnehmer in den Stellenpool und um die dauerhafte Einstellung von Leiharbeitnehmern, die dadurch gekennzeichnet sei, dass deren Anzahl und Einsatz feststehe, dem Verleiher jedoch die Disposition zustehe, welche Arbeitnehmer er dem Arbeitgeber zu welchen Zeiten zur Verfügung stelle.

2. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts sind die Zustimmungsersetzungsanträge unbegründet.

a) Ein Antrag nach § 99 Abs. 4 BetrVG auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer als "Einstellung" bezeichneten Maßnahme setzt voraus, dass es sich bei dieser tatsächlich um eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG handelt. Andernfalls geht der Antrag ins Leere.

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor, wenn Personen in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Personen zum Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an (vgl. etwa Senat 25. Januar 2005 - 1 ABR 59/03 - BAGE 113, 206, zu B II 2 a der Gründe; 2. Oktober 2007 - 1 ABR 60/06 - Rn. 13) .

bb) Auch der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb ist danach eine Einstellung. Dies folgt zugleich aus § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG (vgl. Senat 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218, zu B II 1 der Gründe) . Nach dieser Bestimmung ist vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Dabei ist trotz der vom BetrVG abweichenden Wortwahl die "Übernahme" iSv. § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG bezogen auf den Betrieb des Entleihers die als Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG zu erachtende Eingliederung (ebenso Hamann in Schüren/Hamann AÜG 3. Aufl. § 14 Rn. 144, 146) .

cc) Hiernach liegt eine Übernahme (iSv. § 14 Abs. 3 AÜG) bzw. eine Einstellung (iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG) eines Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb erst vor, wenn der Leiharbeitnehmer dort zur Arbeitsleistung eingegliedert wird. Damit löst allein der zwischen dem Arbeitgeber und dem Verleiher abgeschlossene Überlassungsvertrag noch keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb aus (Hamann in Schüren/Hamann § 14 Rn. 147; Wensing/Freise BB 2004, 2238, 2239). Gleiches gilt für eine Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher darüber, welche Arbeitnehmer der Verleiher in den Betrieb des Entleihers entsenden kann. Allein damit ist noch keine Eingliederung im Entleiherbetrieb verbunden. Dessen Belegschaft ist noch nicht betroffen.

dd) Nach § 14 Abs. 3 AÜG, § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist erst der tatsächliche Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb. Hier ist allerdings jede noch so kurze tatsächliche Beschäftigung mitbestimmungspflichtig (Wensing/ Freise BB 2004, 2238, 2239). Erfolgen nacheinander mehrere befristete Einsätze, ist jeder von ihnen nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig (Hamann in Schüren/Hamann § 14 Rn. 149; vgl. zur Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses Senat 7. August 1990 - 1 ABR 68/89 - BAGE 65, 329).

Dies gilt auch, wenn den jeweils befristeten Eingliederungen eine Rahmenvereinbarung zugrunde liegt. Das folgt aus Sinn und Zweck des § 99 Abs. 1 BetrVG, die ihren Niederschlag in den Zustimmungsverweigerungsgründen des § 99 Abs. 2 BetrVG gefunden haben und vorrangig der Wahrung der Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft dienen (vgl. Senat 2. Oktober 2007 - 1 ABR 60/06 - Rn. 19 mwN). Für die Beurteilung des Vorliegens von Zustimmungsverweigerungsgründen etwa nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 und 6 BetrVG ist die Kenntnis von Dauer und zeitlichem Umfang der Tätigkeit des eingestellten Arbeitnehmers von wesentlicher Bedeutung. Dementsprechend kann auch eine erhebliche Erhöhung der Arbeitszeit eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers eine mitbestimmungspflichtige Einstellung darstellen (Senat 25. Januar 2005 - 1 ABR 59/03 - BAGE 113, 206; 15. Mai 2007 - 1 ABR 32/06 - Rn. 52, EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 5). Die Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung reduzieren insoweit die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Entleiherbetrieb nicht. Dies gilt auch, wenn Arbeitgeber und Verleiher die Entscheidung über die konkrete Auswahl der auf Anforderung des Arbeitgebers zum Einsatz kommenden Leiharbeitnehmer dem Verleiher überlassen. Auch in einem solchen Fall stellt jeder Einsatz und jeder Austausch eine erneute Übernahme iSv. § 14 Abs. 3 AÜG dar und löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG aus (vgl. Hamann in Schüren/Hamann § 14 Rn. 151 mwN). Die im Interesse der Belegschaft bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Einstellung von Arbeitnehmern würden weitgehend entwertet und wären nicht sinnvoll wahrzunehmen, wenn sie sich auf die Aufnahme eines Leiharbeitnehmers in einen Stellenpool oder seinen erstmaligen Einsatz beschränken würden und völlig offen wäre, wie oft, wie lange und in welchem zeitlichem Umfang er künftig eingesetzt werden wird.

b) Hiernach sind die streitbefangenen Maßnahmen, für welche die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt werden soll, keine Einstellungen iSv. § 99 Abs. 1 BetrVG. Die Arbeitgeberin begehrt nicht die Zustimmung zu bestimmten, in ihrem Umfang konkretisierten Eingliederungen, sondern die generelle Zustimmung zum künftigen, noch nicht näher konkretisierten Einsatz der bezeichneten Leiharbeitnehmer.

III. Die auf die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der vorläufigen personellen Maßnahme gerichteten Anträge fallen dem Senat nicht zur Entscheidung an. Ihre Rechtshängigkeit ist auflösend bedingt durch die rechtskräftige Entscheidung über die Zustimmungsersetzungsanträge. Das Verfahren ist insoweit einzustellen (vgl. dazu näher Senat 16. Januar 2007 - 1 ABR 16/06 - Rn. 52 ff., EzA BetrVG 2001 § 99 Versetzung Nr. 3 mwN) .

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

## **Gründe:**

A. Die Beteiligten streiten über Auskunftsansprüche.

Die Arbeitgeberin betreibt einen ambulanten Pflegedienst. Der Antragsteller ist der bei ihr gebildete siebenköpfige Betriebsrat. Die Beteiligten schlossen am 10. Dezember 1998 eine Betriebsvereinbarung zur "Regelung der Vorlage von Bescheinigungen über die Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Krankheitstag" (BV). Sie enthält folgende Bestimmungen:

### "§ 2 Einzelfallregelung

Die Arbeitgeberin kann die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Krankheitstag nur in konkreten Einzelfällen verlangen. Sie hat hierbei nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit zu verfahren.

### § 3 Begründungspflicht

Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, der Arbeitnehmerin, welche zur Vorlage einer Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit am ersten Krankheitstag angewiesen wird, über die Gründe, die zu dieser Entscheidung ... führten, Auskunft zu geben. Die Arbeitnehmerin hat das Recht, eine schriftliche Begründung seitens der Arbeitgeberin zu verlangen.

### § 4 Gründe

Alleiniger Grund für die Anweisung an eine Arbeitnehmerin, die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit am ersten Krankheitstag vorzulegen, sind begründete Zweifel am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit.

### § 5 Anhörung

Bevor die Arbeitnehmerin angewiesen wird, die Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Krankheitstag zu bescheinigen, muß die Arbeitgeberin die betroffene Arbeitnehmerin anhören. Die Arbeitgeberin hat die Gründe, welche die Arbeitnehmerin für ihr Verhalten vorbringt, zu berücksichtigen. Insbesondere müssen Faktoren, welche eine auffällige Häufung von Kurzeiterkrankungen wahrscheinlich machen (z. B.: Schwangerschaft, chronische Krankheiten, schweres persönliches Leid usw.) berücksichtigt werden. ...

## § 7 Befristung

Die Anweisung, am ersten Tage der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, ist zeitlich befristet längstens auf 1 Jahr zu erteilen. Das Ende der Frist ist der betroffenen Arbeitnehmerin im Rahmen der Anweisung mitzuteilen. ...

## § 8 Beschwerde

Die betroffene Arbeitnehmerin hat das Recht sich bei zuständigen Stellen im Betrieb, insbesondere beim Betriebsrat zu beschweren, falls sie der Meinung ist, sie würde nicht nach Recht und Billigkeit behandelt. ...

## § 10 Kündigung, Nachwirkung

Diese Betriebsvereinbarung tritt am 01. 12. 1998 in Kraft.

Diese Betriebsvereinbarung kann mit einer Frist von 3 Monaten zum Quartalsende gekündigt werden. Die Nachwirkung dieser Betriebsvereinbarung wird ausdrücklich vereinbart."

Der Betriebsrat kündigte die BV zum 30. September 2000. Eine Nachfolgeregelung wurde bisher nicht getroffen.

In den ersten Jahren nach Abschluss der BV wurden jährlich etwa zwei bis drei, maximal fünf Mitarbeiter angewiesen, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon für den ersten Krankheitstag vorzulegen. Im Zeitraum von Anfang Mai bis Anfang Juni 2005 erteilte die Arbeitgeberin insgesamt rund zwanzig solcher Anweisungen.

Der Betriebsrat hat vorgebracht, für die Vorgehensweise der Arbeitgeberin seien möglicherweise nicht mehr begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der betreffenden Mitarbeiter, sondern eine von ihr aufgestellte, vom Einzelfall absehende allgemeine Regel maßgeblich. Nachdem der Betriebsrat die Arbeitgeberin im Juni 2005 vergeblich aufgefordert hatte, ihm mitzuteilen, welche Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon für den ersten Krankheitstag vorzulegen haben, hat er das vorliegende Beschlussverfahren eingeleitet.

Er hat, soweit noch von Interesse, beantragt,

1. die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihm die Namen derjenigen Arbeitnehmer mitzuteilen, die sie im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 9. Juni 2005 angewiesen hat, für die Dauer eines Jahres eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen;

2. die Arbeitgeberin zu verpflichten, ihm die Tatsachen mitzuteilen, auf Grund derer sie bei den unter Nr. 1 genannten Arbeitnehmern im konkreten Einzelfall begründete Zweifel am Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit hatte.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat behauptet, sie sei stets nach den Regelungen der BV vorgegangen. Kein Mitarbeiter habe sich je über eine Anhörung und Anweisung nach §§ 5, 4 BV beschwert. Auch enthalte die BV keinen Informationsanspruch zugunsten des Betriebsrats. Im Übrigen sei dessen Auskunftsbegehren unverhältnismäßig. Es sei auch nicht erforderlich. Der Betriebsrat könne sich die gewünschten Informationen von den Mitarbeitern selbst beschaffen.

Die Vorinstanzen haben die Anträge des Betriebsrats abgewiesen.

Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt dieser sein Begehren weiter.

## **B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet.**

Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht einen Informationsanspruch des Betriebsrats verneint. Dieser kann von der Arbeitgeberin gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG iVm. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die begehrten Auskünfte verlangen.

### **I. Die Anträge des Betriebsrats sind zulässig.**

1. Der Antrag zu 2 bedarf der Auslegung. Der Betriebsrat begehrt die Mitteilung der "Tatsachen", auf Grund derer die Arbeitgeberin in den betreffenden Einzelfällen "begründete Zweifel" am Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit hatte. Der Antrag ist damit nicht allein auf die Mitteilung äußerer Umstände beschränkt. Vielmehr geht es dem Betriebsrat erkennbar auch um die Unterrichtung über innere Tatsachen. Er will darüber informiert werden, welche subjektiven tatsächlichen Annahmen die Arbeitgeberin dazu bewogen haben, an der Arbeitsunfähigkeit der betreffenden Mitarbeiter zu zweifeln.

2. Mit diesem Inhalt ist - neben dem Antrag zu 1 - auch der Antrag zu 2 zulässig. Beide Anträge sind Leistungsanträge, für die ein Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich gegeben ist. Es besteht unabhängig davon, ob die Mitteilung der Namen derjenigen Mitarbeiter, die im ersten Halbjahr 2005 zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon für den ersten Krankheitstag aufgefordert worden waren, und der dem zugrunde liegenden tatsächlichen Annahmen auch jetzt noch von Bedeutung für die rechtliche Beziehung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeberin sind. Dies betrifft nicht die Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Anträge. Gleiches gilt für die Frage, ob sich der Betriebsrat die begehrten Informationen auf andere Weise beschaffen könnte.

## II. Die Anträge sind begründet.

1. Ein Anspruch auf die begehrten Auskünfte folgt nicht aus der BV selbst. In dieser sind Unterrichtsansprüche des Betriebsrats nicht geregelt.

2. Die Auskunftsansprüche folgen aus § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Danach ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Betriebsrat zur Durchführung seiner gesetzlichen Aufgaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Mit dieser Verpflichtung geht ein entsprechender Anspruch des Betriebsrats einher (BAG 21. Oktober 2003 - 1 ABR 39/ 02 - BAGE 108, 132, zu B II 3 b der Gründe mwN).

a) Zu den Aufgaben des Betriebsrats iSv. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gehören dessen allgemeine Aufgaben gem. dem Katalog des § 80 Abs. 1 BetrVG, die vom Vorliegen besonderer Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte unabhängig sind. Zu ihnen gehört ferner die Wahrnehmung von Beteiligungsrechten nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Der Unterrichtsanspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG besteht nicht nur dann, wenn solche allgemeinen Aufgaben oder Beteiligungsrechte bereits feststehen. Die Unterrichtung soll es dem Betriebsrat vielmehr auch ermöglichen, anschließend in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich Aufgaben iSd. Betriebsverfassungsgesetzes ergeben und er zu ihrer Wahrnehmung tätig werden muss. Dafür genügt eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen von Aufgaben. Die Grenzen des Auskunftsanspruchs liegen dort, wo ein Beteiligungsrecht oder eine sonstige Aufgabe offensichtlich nicht in Betracht kommt. Erst dann kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass die begehrte Auskunft zur Durchführung von Aufgaben des Betriebsrats erforderlich sei. Aus diesen Grundsätzen folgt eine zweistufige Prüfung darauf hin, ob überhaupt eine Aufgabe des Betriebsrats gegeben und ob im Einzelfall die begehrte Information zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich ist (BAG 21. Oktober 2003 - 1 ABR 39/ 02 - BAGE 108, 132, zu B II 3 b der Gründe mwN).

b) Im Streitfall besteht eine Aufgabe des Betriebsrats in der Wahrnehmung der in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG normierten Überwachungspflicht.

aa) Nach dieser Bestimmung hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass - ua. - die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. "Zugunsten" der Arbeitnehmer gilt eine Betriebsvereinbarung auch dann, wenn sie einschränkende Voraussetzungen für die Ausübung des Weisungsrechts oder die Wahrnehmung sonstiger Befugnisse durch den Arbeitgeber regelt. Hier hat die Arbeitgeberin die bis jetzt nachwirkende BV vom 10. Dezember 1998 durchzuführen. Dabei hat sie die dort vorgesehenen Voraussetzungen für ein Vorlageverlangen und die Grundsätze von Recht und Billigkeit zu beachten.

bb) Die Überwachungspflicht ist nicht deshalb entfallen, weil sie durch Regelungen der BV ausgeschlossen wäre. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin nach § 3 BV den betroffenen Arbeitnehmern Auskunft über ihre Gründe zu geben hat, und diese nach § 8 BV das Recht haben, sich beim Betriebsrat zu beschweren, bedeutet nicht, dass der Betriebsrat dadurch seiner Überwachungsaufgabe enthoben wäre. Ein solcher Inhalt ist den Bestimmungen nicht zu entnehmen. Entsprechende Regelungen wären außerdem unbeachtlich. Sie kämen einem Verzicht des Betriebsrats auf ihm gesetzlich übertragene Befugnisse und einer Entledigung der damit verbundenen gesetzlichen Pflichten gleich und wären deshalb unwirksam (BAG 3. Juni 2003 - 1 AZR 349/ 02 - BAGE 106, 204, zu II 2 der Gründe mwN).

cc) Der Ablauf der BV steht einer Überwachungspflicht nicht entgegen. Zwar hat der Betriebsrat die BV zum 30. September 2000 gekündigt. Ihre Regelungen gelten jedoch gem. § 77 Abs. 6 BetrVG weiter. Dafür kommt es nicht darauf an, ob die Gegenstände der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG unterliegen und deshalb ein Spruch der Einigungsstelle gem. § 87 Abs. 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeberin und Betriebsrat ersetzen kann. Die Betriebsparteien können eine Nachwirkung auch für freiwillige Betriebsvereinbarungen vereinbaren (BAG 28. April 1998 - 1 ABR 43/ 97 - BAGE 88, 298, zu B II 2 b aa der Gründe). Im Streitfall haben sie das in § 10 BV getan. Die Nachwirkung ist an keine Frist gebunden. Zu einem sie beendenden Umstand hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen.

dd) Dem Informationsanspruch steht nicht entgegen, dass die begehrten Auskünfte sich auf das Jahr 2005 beziehen. Zwar geht es im Rahmen der Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht darum, dass der Betriebsrat für vergangene, abgewickelte und die aktuelle Lage nicht mehr beeinflussende Zeiträume überprüft, ob der Arbeitgeber die geltenden Rechtsvorschriften eingehalten hat. Die Überwachungsaufgabe ist vielmehr vorrangig gegenwarts- und zukunftsbezogen, um den Arbeitgeber ggf. zu künftiger Rechtsbefolgung anzuhalten. Aus Auskünften über bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitgebers in der Vergangenheit lassen sich aber Rückschlüsse auch für sein derzeitiges und künftiges Verhalten ziehen. Die rückwärtige zeitliche Grenze liegt erst dort, wo der Betriebsrat aus den gewünschten Informationen für sein Handeln keine sachgerechten Folgerungen mehr ziehen könnte (BAG 21. Oktober 2003 - 1 ABR 39/ 02 - BAGE 108, 132, zu II 3 b bb (3) der Gründe).

Diese Grenze ist hier nicht überschritten. Weder ist der Arbeitgeberin die Auskunftserteilung wegen Zeitablaufs unmöglich geworden noch ergibt sich aus der Überwachungsaufgabe als solcher eine Beschränkung auf erst kurzfristig vergangene Zeiträume. Erfährt der Betriebsrat aus den erbetenen Auskünften, wie die Arbeitgeberin die Regelungen in §§ 2, 4 und 5 BV im ersten Halbjahr 2005 praktiziert hat, vermag er daraus auch jetzt noch Schlüsse zu ziehen. Er kann etwa bei der Arbeitgeberin darauf drängen, künftig in vergleichbaren Fällen anders zu verfahren, vermag die Arbeitnehmer entsprechend zu informieren oder kann prüfen, ob es angezeigt ist, das Einigungsstellenverfahren zu betreiben, um die nachwirkenden Regelungen entweder in bestimmter Weise zu ändern, zu präzisieren oder möglicherweise ganz entfallen zu lassen. Es wäre Sache der Arbeitgeberin gewesen vorzutragen, die gewünschten Informationen seien auf Grund des Zeitablaufs für mögliche Reaktionen des Betriebsrats keine geeignete Grundlage mehr.

ee) Das Verlangen des Betriebsrats ist nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Der Betriebsrat begehrt nicht die Vorlage schriftlicher Unterlagen - etwa nach § 3 BV -, von denen die Arbeitgeberin unwidersprochen behauptet hat, sie existierten nicht. Er verlangt vielmehr Auskünfte. Die Arbeitgeberin soll ihn über ihre eigenen Beweggründe für die fraglichen Anordnungen unterrichten. Dem kann sie ohne Rückgriff auf Unterlagen - sei es mündlich, sei es im Hinblick auf § 2 Abs. 1 BetrVG sachgerechterweise schriftlich - jederzeit nachkommen (zu Gründen für eine schriftliche Auskunftserteilung vgl. BAG 10. Oktober 2006 - 1 ABR 68/ 05 - Rn. 19, BAGE 119, 356).

ff) Das Auskunftsverlangen ist entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar gilt das Verbot unzulässiger Rechtsausübung auch im Verhältnis von Arbeitgeber und Betriebsrat (BAG 13. Februar 2007 - 1 ABR 14/ 06 - Rn. 25, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 81 = EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 7). Für ein rechtsmissbräuchliches Verlangen besteht aber im Streitfall kein Anhaltspunkt. Der

Umstand, dass sich bislang keiner der betroffenen Arbeitnehmer nach § 8 BV beschwert hat, besagt insoweit nichts. Für dieses Verhalten sind vielerlei Ursachen denkbar. Es bedeutet nicht, dass ein Verstoß gegen die Regelungen der BV objektiv nicht vorliegt und eine Unterrichtung des Betriebsrats deshalb Durchführungsmängel nicht zu Tage fördern kann.

gg) Anders als das Landesarbeitsgericht angenommen hat, bedarf es für den Auskunftsanspruch keiner "greifbaren Anhaltspunkte" dafür, dass sich die Arbeitgeberin an die Bestimmungen der BV nicht hält. Die Überwachungsaufgabe des Betriebsrats besteht darin, auf die Durchführung der BV zu achten. Der Betriebsrat käme ihr nicht pflichtgemäß nach, würde er die Überwachung vom Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente abhängig machen, die für eine Verletzung der BV sprächen. Eine Überwachung verlangt - wie in anderen Zusammenhängen auch - ein von einem bestimmten Anlass gerade unabhängiges, vorbeugendes Tätigwerden. Zwar muss der Betriebsrat unter Beachtung des Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit in § 2 Abs. 1 BetrVG nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden, wann und wie er dieser Aufgabe nachkommen will. Auf das Auftreten von Anhaltspunkten für eine Regelverletzung ist er aber nicht verwiesen (HaKo-BetrVG/ Kohte 2. Aufl. § 80 Rn. 19). Dies zeigt die Vorschrift des § 80 Abs. 2 Satz 2 1. Halbs. BetrVG. Danach sind dem Betriebsrat auf Verlangen "jederzeit" die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. "Jederzeit" bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen ohne besonderen Anlass verlangen kann. Wegen des systematischen Zusammenhangs von Auskunftsanspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG und Vorlageanspruch nach § 80 Abs. 2 Satz 2 1. Halbs. BetrVG gilt für das (bloße) Auskunftsverlangen des Betriebsrats nichts anderes (BAG 30. Juni 1981 - 1 ABR 26/ 79 - BAGE 35, 342, zu B III 2 der Gründe).

Dazu steht die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Oktober 1999 (- 1 ABR 75/ 98 - AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 58 = EzA BetrVG 1972 § 80 Nr. 45) nicht im Widerspruch. Ihr zufolge ist der Umfang des Auskunftsanspruch des Betriebsrats je nach den bei diesem schon vorhandenen Informationen gestuft. Besitzt er in bestimmtem Umfang Kenntnisse, derer er zur Erfüllung seiner Kontrollaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bedarf, setzt der Anspruch auf zusätzliche Informationen oder die Vorlage weiterer Unterlagen konkrete Anhaltspunkte voraus, die der Betriebsrat darzulegen hat. Von einer solchen Vorinformation kann im Streitfall nicht gesprochen werden. Der Betriebsrat ist über die Beweggründe der Arbeitgeberin nicht - auch nicht teilweise - unterrichtet. Er ist deshalb nicht in einer Weise bereits in Kenntnis gesetzt, dass sein Auskunftsanspruch von der Darlegung der Erforderlichkeit weitergehender Informationen abhinge.

c) Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG benötigt der Betriebsrat die verlangten Informationen. Die Arbeitgeberin hat die BV nur dann korrekt durchgeführt, wenn begründete Zweifel am Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit der betreffenden Mitarbeiter bestanden haben und den Ausschlag dafür gaben, die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon für den ersten Krankheitstag zu verlangen. Ob solche Zweifel tatsächlich berechtigt waren und die Arbeitgeberin bei ihrem Verlangen gem. § 2 BV die Grundsätze von Recht und Billigkeit beachtet hat, kann der Betriebsrat nur beurteilen, wenn er die Namen der betroffenen Mitarbeiter und die tatsächlichen Annahmen kennt, auf die die Arbeitgeberin ihre Zweifel gestützt hat.

d) Der Betriebsrat ist nicht darauf verwiesen, sich die benötigten Informationen selbst zu beschaffen. Hinsichtlich der Annahmen, auf welche die Arbeitgeberin ihre Zweifel gegründet hat, ist ihm dies objektiv nicht möglich. Unabhängig davon hat er nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG Anspruch darauf, ohne eigenes Zutun unterrichtet zu werden (BAG 24. Januar 2006 - 1 ABR 60/ 04 - AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 65 = EzA BetrVG 2001 § 80 Nr. 5, zu B II 1 d der Gründe mwN).

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 16.01.2008

**BAG, Beschluß vom 16.01.2008 - 7 ABR 71/06**

Quelle:  
Bundesarbeitsgericht

Vorinstanz:  
Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgericht vom 29. Juni 2006 - 9 TaBV 197/05

Normen:  
§ 40 Abs. 1 BetrVG  
§ 37 Abs. 3 BetrVG

Stichworte:  
Betriebsratsmitglied  
Reisekosten

**Betriebsratsmitglied - Erstattung von Reisekosten**

Leitsätze

Nimmt ein Mitglied des Betriebsausschusses außerhalb seiner Arbeitszeit an Sitzungen des Betriebsausschusses teil und muss er den Betrieb ausschließlich deswegen aufsuchen, ist der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG zur Erstattung der Reisekosten verpflichtet, die dem Betriebsratsmitglied für die Fahrten von seiner Wohnung zum Betrieb entstehen. Der Anspruch auf Erstattung der Reisekosten hängt nicht davon ab, ob die Betriebsausschusssitzung aus betriebsbedingten Gründen iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG außerhalb der Arbeitszeit des Betriebsausschussmitglieds stattgefunden hat.

Tenor

Die Rechtsbeschwerde des Arbeitgebers gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 29. Juni 2006 - 9 TaBV 197/05 - wird zurückgewiesen.

**Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über die Erstattung von Fahrtkosten an den Antragsteller zu 2), die diesem anlässlich der Teilnahme an Betriebsausschusssitzungen entstanden sind, sowie über die Zahlung von Tagegeld.

Der zu 3) beteiligte Verein (im Folgenden: Arbeitgeber) betreibt in Frankfurt am Main und Umgebung eine Reihe von Einrichtungen. Er beschäftigt etwa 500 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber erstattet bei Dienstreisen Reisekosten nach dem Hessischen Reisekostengesetz (HRKG). Bei eintägigen Dienstreisen wird danach bei einer Abwesenheit von mindestens acht Stunden ein Tagegeld in Höhe von 6,-- Euro gewährt.

Der Antragsteller zu 1) ist der im Betrieb des Arbeitgebers gebildete, aus 11 Mitgliedern bestehende Betriebsrat. Der Antragsteller zu 2) ist Mitglied des Betriebsrats und des nach § 27 BetrVG gebildeten Betriebsausschusses. Er arbeitete bis März 2005 mittwochs, donnerstags und freitags. Sein Arbeitsplatz befindet sich in E.

Bis Anfang des Jahres 2003 fanden die Betriebsratssitzungen und die Sitzungen des Betriebsausschusses wöchentlich donnerstags statt. Mit Schreiben vom 3. Februar 2003 informierte der Betriebsrat den Arbeitgeber darüber, dass die Betriebsausschusssitzungen ab dem 3. März 2003 nicht mehr donnerstags, sondern am Montag von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr durchgeführt würden. Dem widersprach der Arbeitgeber und wies den Betriebsrat mit Schreiben vom 20. März 2003 darauf hin, dass dieser Termin außerhalb der individuellen Arbeitszeit ua. des Antragstellers zu 2) liege. Seit März 2003 fanden die Betriebsausschusssitzungen entsprechend der Ankündigung des Betriebsrats wöchentlich montags statt. Seitdem reiste der Antragsteller zu 2) montags von seinem Wohnort in G bei W zu der Betriebsausschusssitzung nach F. Die dadurch entstandenen Fahrtkosten sowie Tagegeld in Höhe von 6,- Euro pro Tag hat der Arbeitgeber bis Februar 2004 erstattet. Seit März 2004 verweigert der Arbeitgeber die Erstattung dieser Kosten.

Der Betriebsrat und der Antragsteller zu 2) haben mit der am 21. Februar 2005 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift die Erstattung der Fahrtkosten und die Zahlung von Tagegeld an den Antragsteller zu 2) wegen seiner Teilnahme an den Betriebsausschusssitzungen für die Monate März 2004 bis einschließlich Februar 2005 geltend gemacht. Der Betriebsrat und der Antragsteller zu 2) haben die Auffassung vertreten, der Arbeitgeber sei zur Erstattung der Fahrtkosten und zur Zahlung von Tagegeld verpflichtet. Der Antragsteller zu 2) habe an den vom Betriebsratsvorsitzenden anberaumten Betriebsausschusssitzungen teilzunehmen. Die auf Montag nachmittags anberaumten Betriebsausschusssitzungen lägen innerhalb der üblichen betrieblichen Arbeitszeit und innerhalb der persönlichen Arbeitszeit der meisten Betriebsratsmitglieder.

Der Betriebsrat und der Antragsteller zu 2) haben beantragt,  
den Arbeitgeber zu verpflichten, an den Antragsteller zu 2) 1.411,22 Euro netto  
nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

aus 158,12 Euro seit dem 1. April 2004,  
aus 77,44 Euro seit dem 1. Mai 2004,  
aus 148,88 Euro seit dem 1. Juni 2004,  
aus 116,16 Euro seit dem 1. Juli 2004,  
aus 160,22 Euro seit dem 1. August 2004,  
aus 148,88 Euro seit dem 1. September 2004,  
aus 116,16 Euro seit dem 1. Oktober 2004,  
aus 38,72 Euro seit dem 1. November 2004,  
aus 106,16 Euro seit dem 1. Dezember 2004,  
aus 116,16 Euro seit dem 1. Januar 2005,  
aus 144,88 Euro seit dem 1. Februar 2005 und

aus 79,44 Euro seit dem 1. März 2005 zu zahlen.

Der Arbeitgeber hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen.

Auf die Beschwerde des Betriebsrats und des Antragstellers zu 2) hat das Landesarbeitsgericht den Beschluss des Arbeitsgerichts abgeändert und dem Antrag entsprochen.

Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Arbeitgeber die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

## **B. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.**

Das Landesarbeitsgericht hat dem zulässigen Antrag im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Der Arbeitgeber ist nach § 40 Abs. 1 BetrVG verpflichtet, dem Antragsteller zu 2) die anlässlich seiner Teilnahme an den Betriebsausschusssitzungen in der Zeit von März 2004 bis Februar 2005 entstandenen, der Höhe nach unstreitigen Fahrtkosten einschließlich Tagegeld zu erstatten.

I. Der Antrag ist zulässig. Sowohl der Betriebsrat als auch der Antragsteller zu 2) sind antragsbefugt. Sie sind berechtigt, die Erstattung der dem Antragsteller zu 2) anlässlich der Teilnahme an den Betriebsausschusssitzungen entstandenen Reisekosten gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.

Der Betriebsrat ist befugt, die seinen Mitgliedern anlässlich der Durchführung von Betriebsratstätigkeit entstandenen Kosten gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen (vgl. zu Schulungskosten: BAG 29. Januar 1974 - 1 ABR 34/73 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 8, zu II 2 der Gründe; 15. Januar 1992 - 7 ABR 23/90 - BAGE 69, 214 = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 41 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 68, zu B I 2 b aa der Gründe; 28. Juni 1995 - 7 ABR 47/94 - AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 47 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 75) . Der Betriebsrat kann daher den Arbeitgeber auf Zahlung von Reisekosten, die einem seiner Mitglieder bei der Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben entstanden sind, an dieses Mitglied in Anspruch nehmen. Auch das einzelne Betriebsratsmitglied kann im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren vom Arbeitgeber den Ersatz von Aufwendungen verlangen, welche ihm wegen seiner Tätigkeit als Betriebsratsmitglied entstanden sind (BAG 6. November 1973 - 1 ABR 26/73 - BAGE 25, 357 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 6, zu I 1 der Gründe) .

II. Der Antrag ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass der Arbeitgeber nach § 40 Abs. 1 BetrVG verpflichtet ist, dem Antragsteller zu 2) die anlässlich seiner Teilnahme an den Betriebsausschusssitzungen in der Zeit von März 2004 bis Februar 2005 entstandenen Reisekosten einschließlich Tagegeld zu erstatten. Bei der Teilnahme an Betriebsausschusssitzungen handelt es sich für die Mitglieder des Betriebsausschusses um erforderliche Betriebsratstätigkeit. Dies gilt auch für Betriebsausschusssitzungen, die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit eines Mitglieds des Betriebsausschusses stattfinden. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kommt es für den Kostenerstattungsanspruch nicht darauf an, ob die Betriebsausschusssitzung aus betriebsbedingten Gründen iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG außerhalb der Arbeitszeit des Betriebsausschussmitglieds stattgefunden hat.

1. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Er hat die erforderlichen Aufwendungen einzelner Betriebsratsmitglieder, die ihnen bei der Wahrnehmung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben entstehen, zu erstatten (BAG 28. August 1991 - 7 ABR 46/90 - BAGE 68, 224 = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 39 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 66, zu B II der Gründe; 10. August 1994 - 7 ABR 35/93 - NZA 1995, 796, zu B I der Gründe; 14. Februar 1996 - 7 ABR 32/95 -, zu B I der Gründe) . Allerdings hat der Arbeitgeber wegen des in § 2 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Gebots der vertrauensvollen Zusammenarbeit nur die für eine sachgerechte Interessenwahrnehmung erforderlichen Kosten zu tragen (BAG 18. Januar 1989 - 7 ABR 89/87 - BAGE 60, 385 = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 28 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 60, zu B II 1 der Gründe; 25. Mai 2005 - 7 ABR 45/04 - AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 13 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 9, zu B I der Gründe) . Zu den vom Arbeitgeber zu erstattenden Kosten gehören auch Reisekosten, die das Betriebsratsmitglied zur Durchführung konkreter Betriebsratstätigkeit aufgewendet hat (BAG 28. August 1991 - 7 ABR 46/90 - aaO; 25. Mai 2005 - 7 ABR 45/04 - aaO) . Für Fahrtkosten aus Anlass von Fahrten zwischen der Wohnung des Betriebsratsmitglieds und dem Betrieb gilt dies allerdings nur, wenn das Betriebsratsmitglied ohne die konkret zu erledigende Betriebsratstätigkeit den Betrieb nicht hätte aufsuchen müssen. Fahrtkosten, die das Betriebsratsmitglied auch ohne Rücksicht auf die Erledigung konkreter Betriebsratstätigkeit hätte aufwenden müssen, um seiner Pflicht zu genügen, sich im Betrieb zur Arbeit bereit zu stellen, sind keine Kosten, die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstanden sind (BAG 28. August 1991 - 7 ABR 46/90 - aaO; 13. Juni 2007 - 7 ABR 62/06 - Rn. 13, NZA 2007, 1301) .

Bei der Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an Sitzungen des Betriebsrats handelt es sich um erforderliche Betriebsratstätigkeit. Die Teilnahme an den Sitzungen des Betriebsrats gehört zu den gesetzlichen Aufgaben eines Betriebsratsmitglieds nach § 29 BetrVG (BAG 25. Mai 2005 - 7 ABR 45/04 - AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 13 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 9, zu B I 1 der Gründe; vgl. zur Teilnahme an den Sitzungen des Gesamtbetriebsrats: BAG 29. April 1998 - 7 ABR 42/97 - BAGE 88, 322 = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 58 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 82, zu B II 4 der Gründe) . Ebenso verhält es sich bei der Teilnahme von Mitgliedern des Betriebsausschusses an Sitzungen des Betriebsausschusses. Dies gilt auch dann, wenn die Sitzungen außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds stattfinden. Das Betriebsratsmitglied ist nicht gehalten, sich durch ein zu dieser Zeit im Betrieb anwesendes Ersatzmitglied vertreten zu lassen.

Die Tatsache, dass das Betriebsratsmitglied von seinem Wohnort zum Betrieb fahren muss, um an den Sitzungen teilzunehmen, ist kein Grund zur Annahme eines Verhinderungsfalls iSv. § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG (vgl. zur Betriebsratssitzung: BAG 18. Januar 1989 - 7 ABR 89/87 - BAGE 60, 385 = AP BetrVG 1972 § 40 Nr. 28 = EzA BetrVG 1972 § 40 Nr. 60, zu B II 2 der Gründe) . Entstehen dem Betriebsratsmitglied allein wegen der Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats oder des Betriebsausschusses Kosten, die ohne die Teilnahme nicht anfielen, ist der Arbeitgeber zur Erstattung der Kosten verpflichtet. Das ist der Fall, wenn das Betriebsratsmitglied den Betrieb außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit ausschließlich wegen der Teilnahme an einer Sitzung des Betriebsrats oder des Betriebsausschusses, dem es angehört, aufsuchen muss und ihm dadurch Reisekosten für die Fahrt von seiner Wohnung zum Betrieb entstehen (vgl. hierzu BAG 18. Januar 1989 - 7 ABR 89/87 - aaO) .

Der Anspruch auf Kostenerstattung hängt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht davon ab, ob die Betriebsratssitzung oder die Betriebsausschusssitzung aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds stattfindet. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG bestimmt zwar für den Anspruch des Betriebsratsmitglieds auf Freizeitausgleich, dass dieser nur zu gewähren ist, wenn Betriebsratstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds durchzuführen ist. § 37 Abs. 3 BetrVG regelt jedoch nicht die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für erforderliche Betriebsratstätigkeit, sondern ausschließlich den Anspruch auf Freizeitausgleich für Betriebsratstätigkeit, die außerhalb der persönlichen Arbeitszeit und damit während der Freizeit des Betriebsratsmitglieds wahrzunehmen ist. Das Betriebsratsmitglied, das während seiner Freizeit betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben wahrnehmen muss, hat keinen Vergütungsanspruch nach § 37 Abs. 2 BetrVG für die dazu aufzuwendende Zeit. Hierfür gewährt § 37 Abs. 3 BetrVG einen Ausgleich. Das von dem Betriebsratsmitglied erbrachte "Freizeitopfer" ist allerdings nicht bereits dann durch entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung auszugleichen, wenn das Betriebsratsmitglied während seiner Freizeit erforderliche Betriebsratstätigkeit ausgeübt hat, sondern nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 BetrVG.

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Tragung der durch die Betriebsratstätigkeit entstehenden Kosten ist nicht in § 37 BetrVG, sondern in § 40 Abs. 1 BetrVG geregelt. Danach ist die Kostentragungspflicht nur davon abhängig, dass das Betriebsratsmitglied erforderliche Betriebsratstätigkeit geleistet hat und dadurch Kosten entstanden sind. Weitere Voraussetzungen, wie sie in § 37 Abs. 3 BetrVG genannt sind, müssen nicht vorliegen. Musste das Betriebsratsmitglied erforderliche betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit wahrnehmen und sind hierdurch Kosten entstanden, hat der Arbeitgeber diese Kosten zu erstatten. So verhält es sich, wenn Betriebsratssitzungen oder Betriebsausschusssitzungen außerhalb der persönlichen Arbeitszeit eines Betriebsratsmitglieds oder eines Mitglieds des Betriebsausschusses anberaumt werden. Das Betriebsratsmitglied ist - sofern kein Fall der Verhinderung vorliegt - zur Teilnahme an den Sitzungen verpflichtet. Es kann nicht selbst darüber bestimmen, zu welchem Termin die Sitzungen stattfinden. Die Einberufung der Betriebsrats- und Betriebsausschusssitzungen obliegt nach § 29 Abs. 2 Satz 1 BetrVG dem Betriebsratsvorsitzenden. Dieser hat bei der Terminierung die Vorgaben des § 30 BetrVG zu beachten, wonach die Sitzungen in der Regel während der Arbeitszeit stattfinden und bei der Ansetzung der Sitzungen auf betriebliche Notwendigkeiten Rücksicht zu nehmen ist.

Hält sich der Betriebsratsvorsitzende bei der Terminierung von Sitzungen jedoch nicht an diese Vorgaben, ist das Betriebsratsmitglied dennoch zur Teilnahme verpflichtet, und die Teilnahme stellt eine erforderliche Betriebsratstätigkeit iSv. § 40 Abs. 1 BetrVG dar.

2. Nach diesen Grundsätzen ist der Arbeitgeber zur Erstattung der geltend gemachten Reisekosten einschließlich Tagegeld an den Antragsteller zu 2) verpflichtet. Der Antragsteller zu 2) musste von März 2004 bis Februar 2005 den Betrieb montags ausschließlich zur Teilnahme an Betriebsausschusssitzungen aufsuchen. Dadurch sind ihm Fahrtkosten für die Fahrten von seiner Wohnung in G zum Betrieb in F entstanden, die ohne die Teilnahme an den Sitzungen des Betriebsausschusses nicht angefallen wären. Diese der Höhe nach unstreitigen Fahrtkosten hat der Arbeitgeber zu erstatten.

Dem Antragsteller zu 2) steht auch das geltend gemachte Tagegeld in Höhe von 6,-- Euro pro Tag zu. Der Arbeitgeber erstattet bei Dienstreisen und bei der Teilnahme an Betriebsrats- und Betriebsausschusssitzungen Reisekosten nach den Bestimmungen des Hessischen Reisekostengesetzes. Nach § 9 HRKG bestimmt sich die Höhe des Tagegeldes nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 5 Satz 2 EStG. Danach ist bei einer Abwesenheit von der Wohnung oder dem Tätigkeitsmittelpunkt, dh. dem Arbeitsort von länger als acht Stunden ein Tagegeld von 6,-- Euro pro Tag zu zahlen. Die Betriebsausschusssitzungen fanden nicht an dem Arbeitsort des Antragstellers zu 2) in E, sondern in F statt. Der Antragsteller zu 2) war unstreitig in der Zeit von März 2004 bis Februar 2005 an den Montagen, an denen er an den Betriebsausschusssitzungen teilgenommen hat, länger als acht Stunden von seiner Wohnung abwesend.

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<

**Bundesarbeitsgericht**  
vom 13.12.2007

**BAG, Urteil vom 13.12.2007 - 2 AZR 537/06**

Quelle:  
Lexetius.com

Vorinstanz:  
LAG Hamm vom 5. April 2006 - 3 Sa 1376/ 05

Normen:  
§ 626 Abs. 1 BGB  
§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Stichworte:  
Außerordentliche Kündigung  
betriebsverfassungswidrig  
Information  
Spätkontrolle  
Einzelhandel

**Einzelhandel - Außerordentliche Kündigung - betriebsverfassungswidrig erlangte Information**

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 5. April 2006 - 3 Sa 1376/ 05 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Die Beklagte betreibt bundesweit eine Drogeriekette. Die am 3. Juli 1951 geborene Klägerin war seit dem 13. Februar 1995 bei der Beklagten beschäftigt und wurde zuletzt als Verkaufsstellenverwalterin in der Verkaufsstelle I eingesetzt.

Der für die Verkaufsstelle I zuständige Betriebsrat der Region 1 und die Beklagte schlossen am 1. April 2003 eine "Betriebsvereinbarung zur betrieblichen Ordnung - Personalkontrollen" (im Folgenden: BV-Personalkontrolle).

Die Leiterin der Außenrevision, die Zeugin S, und die Mitarbeiterin der Außenrevision, die Zeugin V, führten am 8. Februar 2005 eine sog. Spätkontrolle in der Verkaufsstelle I durch. Sie kontrollierten beide noch in der Filiale anwesenden Mitarbeiterinnen, die Klägerin und die Arbeitnehmerin H. In der sich in einem Spind befindlichen Jacke der Klägerin fand die Zeugin S einen Lippenstift der Marke "Jade Forever Metallic". Zwischen den Parteien ist streitig, ob es sich bei diesem Lippenstift um reguläre Verkaufsware oder einen sog. Tester handelte und welche Farbnummer dieser Lippenstift hatte.

Mit Schreiben vom 10. Februar 2005 hörte die Beklagte den Betriebsrat der Region 1 zu einer beabsichtigten fristlosen, hilfsweise fristgerechten Kündigung der Klägerin an. Der Betriebsrat gab keine Stellungnahme ab.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Schreiben vom 15. Februar 2005 fristlos.

Mit ihrer Klage hat sich die Klägerin gegen diese Kündigung gewandt und insbesondere ausgeführt: Sie habe sich den Lippenstift nicht zu Unrecht angeeignet. Er habe sich schon mehrere Monate in ihrem Besitz befunden. Es habe sich nicht um reguläre Verkaufsware der Beklagten, sondern um einen sog. Tester gehandelt (Farbnummer 20 und nicht 110). Sie habe ihn im Herbst 2004 erlaubterweise aus einem Korb des Personalraums in der Filiale mitgenommen. Es sei damals üblich und bis Endes des Jahres 2004 erlaubt gewesen, sog. Tester mitzunehmen. Die "Tester" habe die Arbeitnehmerin K in den Korb des Pausenraums gelegt. Im Übrigen habe die Beklagte das Verfahren nach der BV-Personalkontrolle nicht eingehalten. Schon deshalb sei die Kündigung unwirksam.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Interesse - beantragt, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 15. Februar 2005 nicht beendet worden ist.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen: Die Kündigung sei aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Die Klägerin habe reguläre Ware aus dem Bestand des Drogeriemarkts entwendet. Es habe sich bei dem Lippenstift nicht um einen "Tester" gehandelt. Dies zeige schon das Scanner-Etikett (EAN-Code). Der Abgleich der Inventurdaten der Verkaufsstelle I habe im Übrigen das Fehlen genau dieses Lippenstifts ergeben. Eine Regelung oder Übung, "Tester" für den Privatgebrauch mitnehmen zu dürfen, habe es nicht gegeben. Die Regelungen der BV-Personalkontrolle seien eingehalten worden. Ein möglicher Verstoß gegen die kollektivrechtlichen Regelungen könne auch nicht ein Beweisverwertungsverbot und die Unwirksamkeit der Kündigung rechtfertigen.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

## **Entscheidungsgründe:**

Die Revision der Beklagten ist begründet.

Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. Februar 2005 sei bereits deshalb rechtsunwirksam, weil die Beklagte die Erkenntnisse aus der Personalkontrolle vom 8. Februar 2005 nicht habe verwenden dürfen.

A. Das Landesarbeitsgericht hat zur Begründung seiner der Klage stattgebenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Das Arbeitsverhältnis sei durch die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 15. Februar 2005 nicht aufgelöst worden. Die Beklagte könne die Ermittlungsergebnisse aus der Spätkontrolle vom 8. Februar 2005 nicht heranziehen. Diese seien unter Verstoß gegen die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle gewonnen worden. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Inbesitznahme von regulärer Ware durch die Klägerin bewiesen habe oder auch die Inbesitznahme eines "Testers" ausreichen könnte, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu beenden.

Die Beklagte habe die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle nicht eingehalten. Diese Betriebsvereinbarung sehe regelmäßige Personalkontrollen nach Ziff. 3 Abs. 2 nur unter gewissen Voraussetzungen vor. Nach Ziff. 4 der BV-Personalkontrolle müsse ein bestimmtes Verfahren bei Durchführung solcher Kontrollen eingehalten werden. Die am 8. Februar 2005 durchgeführte Spätkontrolle entspreche nicht den Vorgaben der BV-Personalkontrolle. Zum einen seien die zu kontrollierenden Personen nicht auf Grund des Zufallsprinzips ermittelt worden. Zum anderen sei der Sachverhalt dem Betriebsrat nicht unverzüglich mitgeteilt und die Polizei nicht zur weiteren Beweisaufnahme eingeschaltet worden. Es sei auch kein Betriebsratsmitglied an einem Gespräch mit der Revision beteiligt worden. Die Klägerin habe auf eine solche Teilnahme eines Betriebsratsmitglieds nicht verzichtet. Auf Grund dieser Verstöße gegen die Verfahrensregelungen der BV-Personalkontrolle dürfe die Beklagte die gewonnenen Erkenntnisse aus der Spätkontrolle nicht verwenden. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Taschenkontrollen diene zumindest auch dem Schutz des Arbeitnehmers vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Die von den Betriebsparteien geschaffenen Verfahrensregelungen sollten gerade diesen Schutz gewährleisten. Es sei daher gerechtfertigt, bei Nichteinhaltung der Regeln der BV-Personalkontrolle den ermittelten Sachverhalt nicht zu Lasten der Klägerin verwenden zu dürfen. Dem Schutzzweck der BV-Personalkontrolle entspreche es, bei Nichteinhaltung der mitbestimmten Regelung eine Unwirksamkeit der Maßnahme als Rechtsfolge anzunehmen.

B. Dem folgt der Senat nicht.

Auf Grund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen kann noch nicht davon ausgegangen werden, dass für die Kündigung vom 15. Februar 2005 kein wichtiger Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB vorliegt. Jedenfalls rechtfertigen die möglichen Verstöße der Mitarbeiter der Beklagten gegen die Regelungen der BV-Personalkontrolle bei der Durchführung der Spätkontrolle am 8. Februar 2005 es nicht, die daraus gewonnenen, unstreitigen Erkenntnisse, nämlich die Auffindung des Lippenstifts in der Tasche der Klägerin bei der Bewertung des wichtigen Grundes außer Acht zu lassen.

Ob die Klägerin diesen Lippenstift sich rechtswidrig zugeeignet und deshalb die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin aus wichtigem Grund zu Recht gekündigt hat, wird das Landesarbeitsgericht nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits näher zu klären und zu bewerten haben (§ 563 Abs. 1 ZPO).

I. Nach § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dabei sind vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte regelmäßig geeignet, eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu rechtfertigen (vgl. insbesondere Senat 17. Mai 1984 - 2 AZR 3/ 83 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 14 = EzA BGB nF § 626 Nr. 90; 20. September 1984 - 2 AZR 633/ 82 - AP BGB § 626 Nr. 80 = EzA BGB nF § 626 Nr. 91; zuletzt 11. Dezember 2003 - 2 AZR 36/ 03 - AP BGB § 626 Nr. 179 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 5 und 16. Dezember 2004 - 2 ABR 7/ 04 - AP BGB § 626 Nr. 191 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 7). Ein Arbeitnehmer, der im Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung strafrechtlich relevante Handlungen gegen das Vermögen seines Arbeitgebers begeht, verletzt damit seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht schwerwiegend und missbraucht das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise (vgl. zuletzt Senat 16. Dezember 2004 - 2 ABR 7/ 04 - aaO). Dies gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch dann, wenn die rechtswidrige Verletzungshandlung nur Sachen von geringem Wert betrifft (vgl. zuletzt beispielsweise Senat 11. Dezember 2003 - 2 AZR 36/ 03 - aaO).

II. Demnach läge im Entscheidungsfall ein wichtiger Grund an sich vor, wenn die Klägerin einen im Eigentum der Beklagten stehenden Lippenstift sich rechtswidrig zugeeignet hat. Ob dies der Fall ist bzw. die Beklagte eine Aneignung von sog. "Testern" durch die Mitarbeiter geduldet hat, ist zwischen den Parteien streitig und lässt sich auf Grund der bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

1. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist jedoch ein wichtiger Grund wegen einer erheblichen Pflichtverletzung der Klägerin noch nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Beklagte auf die durch die Spätkontrolle vom 8. Februar 2005 gewonnenen Erkenntnisse nicht stützen könnte. Die möglichen Verstöße der Mitarbeiter der Beklagten gegen die Regelungen der BV-Personalkontrolle bei dieser durchgeführten Spätkontrolle rechtfertigen es nicht, die unstreitige Tatsache, dass die Klägerin im Besitz eines aus dem Sortiment der Beklagten stammenden Lippenstifts war, im Prozess gar nicht zu berücksichtigen.

a) Nach § 286 ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlung und des Ergebnisses einer möglichen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine tatsächliche streitige Behauptung für wahr erachtet. Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann lediglich überprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen und Grenzen von § 286 Abs. 1 ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist dabei insbesondere, ob das Berufungsgericht tatsächlich den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt und - für den Fall einer durchgeführten Beweisaufnahme - alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweismwürdigung in sich widerspruchsfrei sowie frei von Verstößen gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze und ob sie rechtlich möglich ist (vgl. BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/ 01 - AP BetrVG 1972 § 103

Nr. 48 = EzA BetrVG 1972 § 103 Nr. 44; 1. Oktober 1997 - 5 AZR 685/ 96 - BAGE 86, 347; 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356).

b) Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten auch einer in diesem Sinne eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat nicht den gesamten rechtlich berücksichtigungsfähigen Inhalt der Verhandlung in seine Bewertung des wichtigen Grundes einbezogen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die Beklagte nicht gehindert, sich zur Begründung für eine erhebliche Pflichtverletzung der Klägerin auf die Spätkontrolle vom 8. Februar 2005 und deren Ergebnis zu berufen.

aa) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht zunächst davon ausgegangen, dass die Durchführung von Taschenkontrollen der Mitarbeiter unzweifelhaft dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegt (vgl. BAG 26. Mai 1988 - 1 ABR 9/ 87 - BAGE 58, 297; 12. August 1999 - 2 AZR 923/ 98 - BAGE 92, 184). Auch ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine mit dem Betriebsrat vereinbarte Betriebsvereinbarung durchzuführen und vereinbarungswidrige Maßnahmen und Verfahrensverstöße zu unterlassen (vgl. insbesondere BAG 24. Februar 1982; 24. Februar 1987 - 1 ABR 55/ 86 - BAGE 56, 313 = AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 21; 13. Oktober 1987 - 1 ABR 51/ 86 - AP BetrVG § 77 Auslegung Nr. 2 = EZA BGB § 611 Teilzeitarbeit Nr. 2; 28. September 1988 - 1 ABR 41/ 87 - AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 29; 21. Januar 2003 - 1 ABR 9/ 02 - AP BetrVG 1972 § 21a Nr. 1; Fitting BetrVG 23. Aufl. § 77 BetrVG Rn. 7 mwN).

Weiterhin hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, die Beklagte habe bei der Durchführung der Spätkontrolle die Vorgaben der BV-Personalkontrolle nur unzureichend beachtet. Gegen diese tatsächlichen Feststellungen und Wertungen wendet sich die Revision im Kern auch nicht.

bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt aber aus den Verstößen der Beklagten bzw. ihrer Mitarbeiter gegen die BV-Personalkontrolle nicht, dass die Beklagte die unstreitige Tatsache des im Besitz der Klägerin aufgefundenen Lippenstiftes im Kündigungsschutzprozess nicht verwerten kann.

(1) Im Arbeitsgerichtsprozess gilt wie im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz (Zöller/ Greger ZPO 26. Aufl. Vor § 128 Rn. 9 ff.; Reichold in Thomas/ Putzo ZPO 28. Aufl. Einl. I Rn. 2). Das entscheidende Gericht darf nur die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen verwerten (Zöller/ Greger ZPO 26. Aufl. Vor § 128 Rn. 10; Stein/ Jonas/ Leipold ZPO 21. Aufl. Vor § 128 Rn. 76). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss die Bindung des Gerichts an den Vortrag der Parteien und an einen vorgetragenen, entscheidungserheblichen Sachverhalt. Ein entsprechender Vortrag kann nicht ohne gesetzliche Grundlagen (wie zB ausnahmsweise in Form der Präklusionsvorschriften) unbeachtet und unverwertet gelassen werden (Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann ZPO 65. Aufl. Grdz. § 128 Rn. 24; Cahn AcP Bd. 198, 35, 36; Heinemann MDR 2001, 137, 138). Ordnungsgemäß in den Prozess eingeführten Sachvortrag muss das entscheidende Gericht berücksichtigen. Ein "Verwertungsverbot" von Sachvortrag kennt das deutsche Zivilprozessrecht nicht. Der beigebrachte Tatsachenstoff ist entweder unschlüssig oder unbewiesen, aber nicht "unverwertbar".

Dies gilt umso mehr, wenn der Sachverhalt unstreitig ist. Das Gericht ist an ein Nichtbestreiten (wie auch an ein Geständnis) grundsätzlich gebunden (Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann aaO § 128 Rn. 23). Es darf für unbestrittene Tatsachen keinen Beweis verlangen und erheben (Stein/ Jonas/ Leipold aaO § 138 Rn. 31a). Die Annahme eines "Sachvortragsverwertungsverbots", so wie ihn das Landesarbeitsgericht im Ergebnis angenommen hat, steht somit in deutlichem Widerspruch zu den Grundprinzipien des deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsverfahrens (siehe auch Heinemann MDR 2001, 137, 140).

(2) Ein solches "Verwertungsverbot" von Sachvortrag würde zudem den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG umfassend einschränken. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, jeden erheblichen Vortrag einer bzw. der Partei (en) zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidungsfindung in Erwägung zu ziehen. Würde das entscheidende Gericht aber vor allem - unstreitiges - entscheidungserhebliches Vorbringen von vornherein ausblenden können, würde dies zu einer erheblichen Verkürzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führen.

cc) Allein die Verletzung eines Mitbestimmungstatbestands oder die Nichteinhaltung einer Betriebsvereinbarung und deren Verfahrensregelungen können es demnach grundsätzlich nicht rechtfertigen, einen entscheidungserheblichen, unstreitigen Sachvortrag der Parteien nicht zu berücksichtigen und im Ergebnis ein "Sachverhaltsverwertungsverbot" anzuerkennen (siehe auch BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356; im Ergebnis ebenso Altenburg/ Leister NJW 2006, 469, 470; aA LAG Baden-Württemberg - 12 Sa 115/ 97 - BB 1999, 1439; LAG Bremen 28. Juli 2005 - 3 Sa 98/ 05 -; Fischer BB 1999, 154, 155 f.).

(1) Dies gilt umso mehr, als weder das Betriebsverfassungsgesetz noch die Zivilprozessordnung ein - ausdrückliches - prozessuales Verwertungs- bzw. Beweisverwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Informationen oder Beweismittel kennen (vgl. insbesondere BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356; zusammenfassend: Prütting in Germelmann/ Matthes/ Prütting/ Müller-Glöge ArbGG 5. Aufl. § 58 Rn. 32; Stein/ Jonas/ Leipold ZPO aaO § 284 Rn. 56). Vielmehr folgt aus § 286 ZPO iVm. Art. 103 Abs. 1 GG die Verpflichtung der Gerichte, den von den Parteien vorgetragene Sachverhalt und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen (vgl. insbesondere BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/ 05 - NJW 2007, 753, 754; BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356; Dauster/ Braun NJW 2000, 313, 317, 319; MünchKommZPO-Prütting 2. Aufl. § 284 Rn. 65; Schlewing NZA 2004, 1071, 1072; Werner NJW 1988, 993, 998). Dementsprechend bedarf es für die Annahme eines Verwertungsverbots einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (MünchKommZPO-Prütting aaO; Rhotert BB 1999, 1378; Altenburg/ Leister NJW 2006, 469, 470).

(2) Zwar genießt im Zivilprozess die Wahrheitspflicht keinen generellen Vorrang vor allen anderen Prozesszwecken (vgl. Stein/ Jonas/ Leipold aaO § 284 Rn. 56 mwN). Rechtswidrig erlangte Beweismittel sind deshalb nicht schlechthin immer im Prozess verwertbar. Vielmehr kann ein rechtswidriges Verhalten einer Prozesspartei auch prozessuale Auswirkungen in Form eines Verwertungsverbots haben (Prütting in Germelmann/ Matthes/ Prütting/ Müller-Glöge § 58 Rn. 32). Allerdings wird dies aber nur anzuerkennen sein, wenn im Entscheidungsfall der Schutzzweck der verletzten Norm eine solche prozessuale Sanktion zwingend gebietet.

Dementsprechend kann ein prozessuales Verwertungsverbot nur in Betracht kommen, wenn in verfassungsrechtlich geschützte Grundpositionen einer Prozesspartei eingegriffen wird (Prütting in Germelmann/ Matthes/ Prütting/ Müller-Glöge aaO; Stein/ Jonas/ Leipold ZPO aaO § 284 Rn. 58; Werner NJW 1988, 993, 998).

Denn in einem gerichtlichen Verfahren tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Er ist nach Art. 1 Abs. 3 GG bei seiner Urteilsfindung an die maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (siehe zuletzt BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/ 05 - BVerfGE 117, 202). Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt die Pflicht des Richters zu einer fairen Handhabung des Prozess-, insbesondere des Beweisrechts (siehe BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/ 05 - aaO).

Aus dem Umstand, dass eine Information oder ein Beweismittel unzulässig erlangt wurde, ergibt sich deshalb noch nicht zwingend deren Nichtverwertbarkeit. Grundsätzlich muss zwischen der Erlangung einer Information oder eines Beweismittels und dessen Verwertung getrennt werden (vgl. insbesondere BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/ 01 - BAGE 102, 190; Schlewing NZA 2004, 1071, 1073; Werner NJW 1988, 993, 997). Erst wenn durch die Verwertung einer rechtswidrig erlangten Information oder eines Beweismittels ein erneuter bzw. perpetuierender Eingriff in rechtlich erheblich geschützte Positionen der anderen Prozesspartei erfolgt, kann ein prozessuales Verbot einer Verwertung in Betracht kommen.

dd) Auch die sog. Theorie von der Wirksamkeitsvoraussetzung führt zu keinem anderen Ergebnis und rechtfertigt nicht die Anerkennung eines Verwertungsverbots für mitbestimmungswidrig, aber ansonsten rechtmäßig erlangte Informationen oder Beweismittel (vgl. Wiese FS Lorenz S. 915, 939 mwN; Grosjean DB 2003, 2650, 2653; aA Fischer BB 1999, 154, 155). Die Rechtsprechung des Zweiten Senats hat in Kündigungsstreitigkeiten stets zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Maßnahmen einerseits und den kündigungsrechtlichen Auswirkungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern andererseits unterschieden (vgl. beispielsweise 2. Dezember 1999 - 2 AZR 724/ 98 - BAGE 93, 41). Es sprechen schon erhebliche systematische Argumente gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbots im Falle von bloß mitbestimmungswidrig erlangten Informationen oder Beweismitteln. Dies gilt aber erst recht für ein mögliches Sachvortragsverwertungsverbot. Zwar handelt der Arbeitgeber, der das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats oder ein durch eine Betriebsvereinbarung etabliertes Beteiligungsverfahren missachtet, rechtswidrig. Für diesen Fall sehen aber sowohl das Betriebsverfassungsrecht kollektiv-rechtliche Sanktionen (insbesondere § 23 Abs. 3 BetrVG und den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch) als auch das Individualarbeitsrecht (zB Leistungsverweigerungsrechte) Reaktionsmöglichkeiten vor (vgl. Wiese FS Lorenz S. 915, 935). Ein mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers ist somit durchaus sanktionsbewehrt. Einer darüber hinausgehenden - individualprozessrechtlichen - Sanktion bedarf es deshalb nicht. Dies gilt umso mehr als - wie schon ausgeführt - grundsätzlich auch materiell-rechtswidrige erlangte Beweismittel im Zivilprozess verwertet werden können (vgl. den Fall und die Entscheidung zu BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/ 01 - BAGE 102, 190).

Hinzu kommt, dass auch eine Betriebsvereinbarung zu einem Mitbestimmungstatbestand, der einen Persönlichkeitsrechtsbezug hat, nicht festlegen kann, ob das Persönlichkeitsrecht verletzt ist oder nicht. Dementsprechend kann aus der Existenz einer Betriebsvereinbarung und einer möglichen Verletzung ihrer Regelungen nicht allein auf eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts eines Arbeitnehmers geschlossen werden. Ob eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, muss deshalb im Einzelfall festgestellt werden und lässt sich nicht allein mit nicht eingehaltenen Verfahrensregelungen einer Betriebsvereinbarung begründen. Entscheidend für ein Verwertungsverbot kann allenfalls ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht und nicht ein Verstoß gegen die Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder gegen die Regelungen einer Betriebsvereinbarung sein (vgl. BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356; Haußmann/ Krets NZA 2005, 259, 263).

ee) Schließlich gebietet auch der Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und von § 77 BetrVG jedenfalls in den Fällen, in denen die Verwertung der Information bzw. des Beweismittels zumindest nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist, nicht die Annahme eines Verwertungsverbots (vgl. BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356). Der Sinn von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht ua. darin, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Es geht insoweit also um einen kollektiv-rechtlich vermittelten Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer. Soweit § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers bezweckt, sind die Schutzzwecke dieser Norm und die zivilprozessualen Grundsätze über ein mögliches (Beweis-) Verwertungsverbot identisch. Ist demnach eine Informations- bzw. Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, so ist bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats oder bei einer nicht ausreichenden Einhaltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens ein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot grundsätzlich abzulehnen.

c) Ein Verwendungs- und Verwertungsverbot kommt deshalb allenfalls dann in Betracht, wenn durch das Verhalten der Beklagten oder ihrer Repräsentanten bei der durchgeführten Spätkontrolle Persönlichkeitsrechte der Klägerin erheblich verletzt worden wären. Eine derartige Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin ist aber im Entscheidungsfall nicht erkennbar.

aa) Das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist zwar auch im Privatrechtsverkehr und insbesondere im Arbeitsverhältnis zu beachten (BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis nicht nur vor einer lückenlosen technischen Überwachung am Arbeitsplatz (beispielsweise BAG 27. März 2003 aaO), sondern auch vor anderen Eingriffen (vgl. ErfK/ Dieterich 7. Aufl. Art. 2 GG Rn. 80). So stellen körperliche und sonstige Durchsuchungen, wie die Kontrolle des persönlichen Schrankes, mitgeführter Taschen oder Kleidungsstücke, in aller Regel zwar einen beachtlichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar (BGH 3. November 1993 - VIII ZR 106/ 93 - BGHZ 124, 39; KK-Nack StPO 3. Aufl. § 102 Rn. 11; Löwe/ Rosenberg/ Schäfer StPO 24. Aufl. § 102 Rn. 36).

bb) Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch Wahrnehmung überwiegend schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist somit durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/ 96 - und - 1 BvR 805/ 98 - BVerfGE 106, 28; 19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/ 85 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 24 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 10; zuletzt: 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/ 05 - BVerfGE 117, 202; BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/ 01 - BAGE 102, 190; 18. November 1999 - 2 AZR 743/ 98 - BAGE 93, 1; zuletzt 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - BAGE 105, 356). Dabei ist im Rahmen der Abwägung zu beachten, dass das Grundgesetz einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG; siehe BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/ 02 - aaO). Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte deshalb grundsätzlich gehalten, den von den Parteien in den Prozess eingeführten Vortrag einerseits und ggf. die angebotenen Beweismittel andererseits zu berücksichtigen. Dies folgt, wie schon erwähnt, aus dem in § 286 ZPO niedergelegten Grundsatz der freien Beweiswürdigung, dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem grundrechtsähnlichen Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG. Diese Aspekte können als Bestandteil der verfassungsgemäßen Ordnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht beschränken (vgl. BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/ 96 - und - 1 BvR 805/ 98 - BVerfGE 106, 28). Allerdings reicht allein das allgemeine Interesse an einer funktionsfähigen Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der Abwägung stets von einem gleichen oder gar höheren Gewicht ausgehen zu können als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Gleiches gilt für das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/ 96 - und - 1 BvR 805/ 98 - aaO; 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/ 05 - aaO; BGH 12. Januar 2005 - XII ZR 227/ 03 - BGHZ 162, 1; Stein/ Jonas/ Leipold aaO § 284 Rn. 63). Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung eine bestimmte Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als schutzbedürftig qualifizieren. Im Zivilprozess kann es insbesondere Situationen geben, in denen sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder einer notwehrähnlichen Lage befindet (BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/ 96 - und - 1 BvR 805/ 98 - aaO; siehe auch Stein/ Jonas/ Leipold aaO § 284 Rn. 62 f.).

cc) Danach ist im Entscheidungsfall kein Sachverhalt gegeben, der auf Grund einer erheblichen Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine ausnahmsweise Annahme eines prozessualen Verwertungsverbots als geboten erscheinen lässt. Das Persönlichkeitsrecht der Klägerin wird schon deshalb nicht in einem verfassungsrechtlich bedenklichen Maße beeinträchtigt, weil die Klägerin in die Kontrolle eingewilligt hat. Ob und wann etwas anderes gelten muss, wenn keine Einwilligung der Betroffenen vorliegt, kann hier dahingestellt bleiben (vgl. zu möglichen Anforderungen: BAG 29. Juni 2004 - 1 ABR 21/ 03 - BAGE 111, 173).

III. Da nicht feststeht, ob es sich bei dem durch die Spätkontrolle aufgefundenen Lippenstift um einen sog. Tester gehandelt hat und die Mitnahme dieser (gebrauchten bzw. benutzten) Ware von der Beklagten erlaubt bzw. geduldet worden war, war der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zur weiteren Sachaufklärung und auch zur abschließenden Interessenabwägung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

--

>> Die Web-Site fuer Betriebs- und Personalraete <<  
sowie  
>> Schwerbehindertenvertretungen <<  
>> <http://www.soliserv.de/> <<