

A Formerfordernis als Schranke für elektronische Kommunikation im Arbeitsverhältnis

KRAMER, Formerfordernisse im Arbeitsverhältnis als Grenzen für den Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel, in **DB 2006 Heft 9 S.502-508**

GOTTHARDT / BECK, Elektronische Form und Textformen im Arbeitsrecht: Wege durch den Irrgarten, in **NZA 2002 Heft 16 Seite 876-883**

I Ausgangssituation

II um welche Formen handelt es sich ?

Es lassen sich dabei folgende Formen unterscheiden:

1. Schriftform gem. § 126 BGB

§ 126 BGB Schriftform

- (1) Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.
- (2) Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleich lautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.
- (3) Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.
- (4) Die schriftliche Form wird durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

2. elektronische Form gem. § 126a BGB

§ 126 a BGB Elektronische Form

- (1) Soll die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden, so muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen.
- (2) Bei einem Vertrag müssen die Parteien jeweils ein gleich lautendes Dokument in der in Absatz 1 bezeichneten Weise elektronisch signieren.

3. Textform gem. § 126b BGB

§ 126 b BGB Textform

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden.

1. **Schriftform**

eigenhändige Unterschrift

unterhalb der Erklärung (vgl. BAG vom 7.5.1998 - 2 AZR 55/98 - in DB 1998 Seite 1770)

Keine Urkunden i. S. der gesetzlichen Schriftform sind somit:

- Telefax
- E-Mail
- Texte mit gestempelter Unterschrift
- Faksimiles
- Texte mit eingescannter Unterschrift
- Telegramme
- Computerfax

2. **elektronische Form**

Notwendigkeit einer qualifizierten elektronischen Signatur

3. **Textform**

Erklärung auf eine zur dauerhaften Wiedergabe von Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben und die Person des Erklärenden genannt

Damit sind folgende Wiedergabemöglichkeiten eröffnet:

- Schriftstück in Gestalt der Urkunde
- Telefax
- Kopie

- Computerfax
- einfache E-Mail
- Fernschreiben
- Faksimiles
- eingescannter Text

III formfreie Erklärungen im Arbeitsverhältnis

1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

2. Rüge und Abmahnung

Es fehlt an einer gesetzlichen Vorgabe

3. Änderung des Arbeitsvertrags

Ein stumpfes Schwert stellt insofern die Bestimmung von § 3 NachweisG dar.

§ 3 NachwG Änderung der Angaben

Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach der Änderung schriftlich mitzuteilen. Satz 1 gilt nicht bei einer Änderung der gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnlichen Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten.

4. Annahme der Änderungskündigung unter Vorbehalt

§ 2 KSchG Änderungskündigung

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis und bietet er dem Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen an, so kann der Arbeitnehmer dieses Angebot unter dem Vorbehalt annehmen, daß die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 Satz 1 bis 3, Abs. 3 Satz 1 und 2). Diesen Vorbehalt muß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären.

5. Geltendmachung des Begehrens auf Weiterbeschäftigung nach Widerspruch des Betriebsrates und erfolgter Kündigung

§ 102 BetrVG	Mitbestimmung bei Kündigungen
(1)	Der Betriebsrat ist vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam.
(2)	Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen. Der Betriebsrat soll, soweit dies erforderlich erscheint, vor seiner Stellungnahme den betroffenen Arbeitnehmer hören. § 99 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend.
(3)	Der Betriebsrat kann innerhalb der Frist des Absatzes 2 Satz 1 der ordentlichen Kündigung widersprechen, wenn <ol style="list-style-type: none"> 1. der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat, 2. die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 verstößt, 3. der zu kündigende Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann, 4. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist oder 5. eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Vertragsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat.
(4)	Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Betriebsrat nach Absatz 3 der Kündigung widersprochen hat, so hat er dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten.
(5)	Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen und hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Auf Antrag des Arbeitgebers kann das Gericht ihn durch einstweilige Verfügung von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung nach Satz 1 entbinden, wenn <ol style="list-style-type: none"> 1. die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint oder 2. die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde oder 3. der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet war.
(6)	Arbeitgeber und Betriebsrat können vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet.
(7)	Die Vorschriften über die Beteiligung des Betriebsrats nach dem Kündigungsschutzgesetz bleiben unberührt.

IV *formbedürftige Erklärungen im Arbeitsverhältnis*

1. Vorüberlegung

in drei besonders wichtigen Fällen gesetzlich ausgeschlossen, sich der elektronischen Form bedienen zu dürfen:

- (1) Kündigung des Arbeitsverhältnisses - § 623 BGB
- (2) Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag - § 623 BGB
- (3) Erteilung eines Arbeitszeugnisses - § 109 Abs. 3 GewO

§ 109 GewO**Zeugnis**

- (1) Der Arbeitnehmer hat bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Das Zeugnis muss mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit (einfaches Zeugnis) enthalten. Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (qualifiziertes Zeugnis) erstrecken.
- (2) Das Zeugnis muss klar und verständlich formuliert sein. Es darf keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen.
- (3) Die Erteilung des Zeugnisses in elektronischer Form ist ausgeschlossen.**

2. praxisrelevante Beispiele

a) Arbeitsvertragsnachweis

§ 2 des NachweisG

§ 2 NachwG	Nachweispflicht
(1)	<p>Der Arbeitgeber hat spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. In die Niederschrift sind mindestens aufzunehmen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Name und die Anschrift der Vertragsparteien, 2. der Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses, 3. bei befristeten Arbeitsverhältnissen: die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses, 4. der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein soll, ein Hinweis darauf, daß der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann, 5. eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit, 6. die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit, 7. die vereinbarte Arbeitszeit, 8. die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs, 9. die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 10. ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind. <p>Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Bei Arbeitnehmern, die eine geringfügige Beschäftigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch ausüben, ist außerdem der Hinweis aufzunehmen, daß der Arbeitnehmer in der gesetzlichen Rentenversicherung die Stellung eines versicherungspflichtigen Arbeitnehmers erwerben kann, wenn er nach § 5 Abs. 2 Satz 2 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch auf die Versicherungsfreiheit durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber verzichtet.</p>
(2)	<p>Hat der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung länger als einen Monat außerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu erbringen, so muß die Niederschrift dem Arbeitnehmer vor seiner Abreise ausgehändigt werden und folgende zusätzliche Angaben enthalten:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit, 2. die Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird, 3. ein zusätzliches mit dem Auslandsaufenthalt verbundenes Arbeitsentgelt und damit verbundene zusätzliche Sachleistungen, 4. die vereinbarten Bedingungen für die Rückkehr des Arbeitnehmers.
(3)	<p>Die Angaben nach Absatz 1 Satz 2 Nr. 6 bis 9 und Absatz 2 Nr. 2 und 3 können ersetzt werden durch einen Hinweis auf die einschlägigen Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und ähnlichen Regelungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten. Ist in den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 8 und 9 die jeweilige gesetzliche Regelung maßgebend, so kann hierauf verwiesen werden.</p>
(4)	<p>Wenn dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt worden ist, entfällt die Verpflichtung nach den Absätzen 1 und 2, soweit der Vertrag die in den Absätzen 1 bis 3 geforderten Angaben enthält.</p>

b) Befristung des Arbeitsvertrages

§ 14 Abs. 4 Teilzeit und Befristungsgesetz

§ 14 TzBfG	Zulässigkeit der Befristung
(1)	<p>Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht, 2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern, 3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird, 4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt, 5. die Befristung zur Erprobung erfolgt, 6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen, 7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder 8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.
(2)	<p>Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.</p>
(2a)	<p>In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 der Abgabenordnung der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist. Auf die Befristung eines Arbeitsvertrages nach Satz 1 findet Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechende Anwendung.</p>
(3)	<p>Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf keines sachlichen Grundes, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 58. Lebensjahr vollendet hat. Die Befristung ist nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt. Bis zum 31. Dezember 2006 ist Satz 1 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle des 58. Lebensjahres das 52. Lebensjahr tritt.</p>
(4)	<p>Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.</p>

c) vertragliche Schriftform

d) die Ablehnung eines Verlangens auf Teilzeitbeschäftigung

§ 8 TzBfG Verringerung der Arbeitszeit	
(1)	Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, kann verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird.
(2)	Der Arbeitnehmer muss die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen. Er soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.
(3)	Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Er hat mit dem Arbeitnehmer Einvernehmen über die von ihm festzulegende Verteilung der Arbeitszeit zu erzielen.
(4)	Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Die Ablehnungsgründe können durch Tarifvertrag festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Ablehnungsgründe vereinbaren.
(5)	Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung schriftlich mitzuteilen. Haben sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nach Absatz 3 Satz 1 über die Verringerung der Arbeitszeit geeinigt und hat der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschtem Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Verteilung der Arbeitszeit kein Einvernehmen nach Absatz 3 Satz 2 erzielt und hat der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit schriftlich abgelehnt, gilt die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Der Arbeitgeber kann die nach Satz 3 oder Absatz 3 Satz 2 festgelegte Verteilung der Arbeitszeit wieder ändern, wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt und der Arbeitgeber die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat.
(6)	Der Arbeitnehmer kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat.
(7)	Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gilt die Voraussetzung, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt.

e) Unterrichtung des Arbeitnehmers bei Zweckbefristung

§ 15 TzBfG Ende des befristeten Arbeitsvertrages	
(1)	Ein kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag endet mit Ablauf der vereinbarten Zeit.
(2)	Ein zweckbefristeter Arbeitsvertrag endet mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung.
(3)	Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist.
(4)	Ist das Arbeitsverhältnis für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Arbeitnehmer nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.
(5)	Wird das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist, oder nach Zweckerreichung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt, so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, wenn der Arbeitgeber nicht unverzüglich widerspricht oder dem Arbeitnehmer die Zweckerreichung nicht unverzüglich mitteilt.

f) Elternzeit - Inanspruchnahme

§ 16 Abs. 1 Satz 1 BerzGG

§ 16 BerzGG	Inanspruchnahme der Elternzeit
(1)	Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen die Elternzeit, wenn sie unmittelbar nach Geburt des Kindes oder nach der Mutterschutzfrist (§ 15 Abs. 2 Satz 2) beginnen soll, spätestens sechs Wochen, sonst spätestens acht Wochen vor Beginn schriftlich vom Arbeitgeber verlangen und gleichzeitig erklären, für welche Zeiten innerhalb von zwei Jahren sie Elternzeit nehmen werden. Bei dringenden Gründen ist ausnahmsweise eine angemessene kürzere Frist möglich. Nimmt die Mutter die Elternzeit im Anschluss an die Mutterschutzfrist, wird die Zeit der Mutterschutzfrist nach § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes auf den Zweijahreszeitraum nach Satz 1 angerechnet. Nimmt die Mutter die Elternzeit im Anschluss an einen auf die Mutterschutzfrist folgenden Erholungsurlaub, werden die Zeit der Mutterschutzfrist nach § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes und die Zeit des Erholungsurlaubs auf den Zweijahreszeitraum nach Satz 1 angerechnet. Die Elternzeit kann auf zwei Zeitabschnitte verteilt werden; eine Verteilung auf weitere Zeitabschnitte ist nur mit der Zustimmung des Arbeitgebers möglich. Der Arbeitgeber soll die Elternzeit bescheinigen.
(2)	Können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus einem von ihnen nicht zu vertretenden Grund eine sich unmittelbar an die Mutterschutzfrist des § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes anschließende Elternzeit nicht rechtzeitig verlangen, können sie dies innerhalb einer Woche nach Wegfall des Grundes nachholen.
(3)	Die Elternzeit kann vorzeitig beendet oder im Rahmen des § 15 Abs. 2 verlängert werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt. Die vorzeitige Beendigung wegen der Geburt eines weiteren Kindes oder wegen eines besonderen Härtefalles (§ 1 Abs. 5) kann der Arbeitgeber nur innerhalb von vier Wochen aus dringenden betrieblichen Gründen schriftlich ablehnen. Die Arbeitnehmerin kann ihre Elternzeit nicht wegen der Mutterschutzfristen des § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes vorzeitig beenden; dies gilt nicht während ihrer zulässigen Teilzeitarbeit. Eine Verlängerung kann verlangt werden, wenn ein vorgesehener Wechsel in der Anspruchsberechtigung aus einem wichtigen Grund nicht erfolgen kann.
(4)	Stirbt das Kind während der Elternzeit, endet diese spätestens drei Wochen nach dem Tod des Kindes.
(5)	Eine Änderung in der Anspruchsberechtigung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen.

g) Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit

§ 15 BErzGG	Anspruch auf Elternzeit
(1)	Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben Anspruch auf Elternzeit, wenn sie mit einem Kind
	1.
	a) , für das ihnen die Personensorge zusteht,
	b) des Ehegatten oder Lebenspartners,
	c) , das sie in Vollzeitpflege (§ 33 des Achten Buches Sozialgesetzbuch) oder in Adoptionspflege (§ 1744 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) aufgenommen haben, oder
	d) für das sie auch ohne Personensorgerecht in den Fällen des § 1 Abs. 1 Satz 3 oder Abs. 3 Nr. 3 oder im besonderen Härtefall des § 1 Abs. 5 Erziehungsgeld beziehen können,
	in einem Haushalt leben und
	2. dieses Kind selbst betreuen und erziehen.
	Bei einem leiblichen Kind eines nicht sorgeberechtigten Elternteils ist die Zustimmung des sorgeberechtigten Elternteils erforderlich.
(2)	Der Anspruch auf Elternzeit besteht bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres eines Kindes. Die Zeit der Mutterschutzfrist nach § 6 Abs. 1 des Mutterschutzgesetzes wird auf die Begrenzung nach Satz 1 angerechnet. Bei mehreren Kindern besteht der Anspruch auf Elternzeit für jedes Kind, auch wenn sich die Zeiträume im Sinne von Satz 1 überschneiden. Ein Anteil der Elternzeit von bis zu zwölf Monaten ist mit Zustimmung des Arbeitgebers auf die Zeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres übertragbar; dies gilt auch, wenn sich die Zeiträume im Sinne von Satz 1 bei mehreren Kindern überschneiden. Bei einem angenommenen Kind und bei einem Kind in Vollzeit- oder Adoptionspflege kann Elternzeit von insgesamt bis zu drei Jahren ab der Aufnahme bei der berechtigten Person, längstens bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes genommen werden; die Sätze 3 und 4 sind entsprechend anwendbar, soweit sie die zeitliche Aufteilung regeln. Der Anspruch kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.
(3)	Die Elternzeit kann, auch anteilig, von jedem Elternteil allein oder von beiden Elternteilen gemeinsam genommen werden. Satz 1 gilt entsprechend für Ehegatten, Lebenspartner und die Berechtigten gemäß Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe c.
(4)	Während der Elternzeit ist Erwerbstätigkeit zulässig, wenn die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit für jeden Elternteil, der eine Elternzeit nimmt, nicht 30 Stunden übersteigt. Eine im Sinne des § 23 des Achten Buches Sozialgesetzbuch geeignete Tagespflegeperson kann bis zu fünf Kinder betreuen, auch wenn die wöchentliche Betreuungszeit 30 Stunden übersteigt. Teilzeitarbeit bei einem anderen Arbeitgeber oder als Selbständiger bedarf der Zustimmung des Arbeitgebers. Er kann sie nur innerhalb von vier Wochen aus dringenden betrieblichen Gründen schriftlich ablehnen.
(5)	Über den Antrag auf eine Verringerung der Arbeitszeit und ihre Ausgestaltung sollen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber innerhalb von vier Wochen einigen. Der Antrag kann mit der schriftlichen Mitteilung nach Absatz 7 Satz 1 Nr. 5 verbunden werden. Unberührt bleibt das Recht des Arbeitnehmers, sowohl seine vor der Elternzeit bestehende Teilzeitarbeit unverändert während der Elternzeit fortzusetzen, soweit Absatz 4 beachtet ist, als auch nach der Elternzeit zu der Arbeitszeit zurückzukehren, die er vor Beginn der Elternzeit hatte.
(6)	Der Arbeitnehmer kann gegenüber dem Arbeitgeber, soweit eine Einigung nach Absatz 5 nicht möglich ist, unter den Voraussetzungen des Absatzes 7 während der Gesamtdauer der Elternzeit zweimal eine Verringerung seiner Arbeitszeit beanspruchen.
(7)	Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gelten folgende Voraussetzungen:
	1. Der Arbeitgeber beschäftigt, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer;
	2. das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers in demselben Betrieb oder Unternehmen besteht ohne Unterbrechung länger als sechs Monate;
	3. die vertraglich vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit soll für mindestens drei Monate auf einen Umfang zwischen 15 und 30 Wochenstunden verringert werden;
	4. dem Anspruch stehen keine dringenden betrieblichen Gründe entgegen und
	5. der Anspruch wurde dem Arbeitgeber acht Wochen oder, wenn die Verringerung unmittelbar nach der Geburt des Kindes oder nach der Mutterschutzfrist beginnen soll, sechs Wochen vor Beginn der Tätigkeit schriftlich mitgeteilt.
	Der Antrag muss den Beginn und den Umfang der verringerten Arbeitszeit enthalten. Die gewünschte Verteilung der verringerten Arbeitszeit soll im Antrag angegeben werden. Falls der Arbeitgeber die beanspruchte Verringerung der Arbeitszeit ablehnen will, muss er dies innerhalb von vier Wochen mit schriftlicher Begründung tun. Der Arbeitnehmer kann, soweit der Arbeitgeber der Verringerung der Arbeitszeit nicht oder nicht rechtzeitig zustimmt, Klage vor den Gerichten für Arbeitsachen erheben.

h) Betriebsübergang

Gem. § 613a Abs. 5 BGB in Textform über folgende Punkte zu informieren:

- (1) den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs
- (2) den Grund für den Übergang
- (3) die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und
- (4) die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen

§ 613 a BGB	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang
(1)	Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.
(2)	Der bisherige Arbeitgeber haftet neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen nach Abs. 1, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraums entspricht.
(3)	Abs. 2 gilt nicht, wenn eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft durch Umwandlung erlischt.
(4)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt.
(5)	Der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber hat die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten über: <ol style="list-style-type: none"> 1. den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, 2. den Grund für den Übergang, 3. die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer und 4. die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen.
(6)	Der Arbeitnehmer kann dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung nach Absatz 5 schriftlich widersprechen. Der Widerspruch kann gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber oder dem neuen Inhaber erklärt werden.

i) Kündigung

§ 623 BGB Schriftform der Kündigung
Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen.

j) Aufhebungsvertrag

k) Mitteilung des Kündigungsgrundes bei fristloser Kündigung

§ 626 BGB Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund	
(1)	Das Dienstverhältnis kann 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 Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.
(2)	Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt. Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen.

l) Zeugnis

§ 109 Abs. 3 GewO

§ 109 GewO	Zeugnis
(1)	Der Arbeitnehmer hat bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis . Das Zeugnis muss mindestens Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit (einfaches Zeugnis) enthalten. Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass sich die Angaben darüber hinaus auf Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis (qualifiziertes Zeugnis) erstrecken.
(2)	Das Zeugnis muss klar und verständlich formuliert sein. Es darf keine Merkmale oder Formulierungen enthalten, die den Zweck haben, eine andere als aus der äußeren Form oder aus dem Wortlaut ersichtliche Aussage über den Arbeitnehmer zu treffen.
(3)	Die Erteilung des Zeugnisses in elektronischer Form ist ausgeschlossen.

m) nachvertragliches Wettbewerbsverbot

§ 110 GewO i. V. m. § 74 Abs. 1 HGB

§ 110 GewO	Wettbewerbsverbot
Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung beschränken (Wettbewerbsverbot). Die §§ 74 bis 75 f des Handelsgesetzbuches sind entsprechend anzuwenden.	
§ 74 HGB	Vertragliches Wettbewerbsverbot
(1)	Eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen, die den Gehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsverbot), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Prinzipal unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Gehilfen.
(2)	Das Wettbewerbsverbot ist nur verbindlich, wenn sich der Prinzipal verpflichtet, für die Dauer des Verbots eine Entschädigung zu zahlen, die für jedes Jahr des Verbots mindestens die Hälfte der von dem Handlungsgehilfen zuletzt bezogenen vertragsmäßigen Leistungen erreicht.

Tabelle gem. KRAMER aaO in DB 2006 Seite 502, 507

Ausschließliche Schriftform (§ 126 BGB)	Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen	Nachweisgesetz
	Aufhebungsvereinbarung	§ 623 BGB
	Kündigung	§ 623 BGB
	Zeugnis	§ 109 GewO
	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot	§ 110 GewO i. V. m. § 74 Abs. 1 HGB
Empfehlenswerte "freiwillige" Schriftform	Arbeitsvertrag	
	Änderungsvertrag	
	Abmahnung	
	Vorbehaltserklärung bei Änderungskündigung	
	Weiterbeschäftigungsverlangen	§ 102 Abs. 5 BetrVG
Schriftform ersetzbar durch elektronische Form (§§ 126, 126a BGB)	Befristungsabrede	§ 14 Abs. 4 Teilzeitbefristungsgesetz
	Inanspruchnahme der Elternzeit	§ 16 Abs. 1 BerzGG
	Ablehnung des Teilzeitverlangens außerhalb der Elternzeit	§ 8 Abs. 5 Teilzeitbefristungsgesetz
	Widerspruch gegen Übergang des Arbeitsverhältnisses einen Betriebsübergang	§ 613a Abs. 6 BGB
	Unterrichtung über bevorstehende Zweckerreichung	§§ 15 Abs. 2,21 Teilzeitbefristungsgesetz
Textform (§ 126b BGB)	Teilzeitverlangens und dessen Ablehnung während der Elternzeit	§ 15 Abs. 7 BerzGG
	Unterrichtung des Arbeitnehmers über einen Betriebsübergang	§ 613a Abs. 5 BGB
	Mitteilung des Kündigungsgrundes bei fristloser Kündigung	§ 626 Abs. 2 BGB
	Geltendmachung offener Ansprüche bei vertraglicher Ausschlussklausel	

B Vertragsstrafe

HERBERT / OBERRATH; Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform – eine Zwischenbilanz in **NJW 2005**
Heft 52 S.3745-3753, 3752

BAG vom 04.03.2004 – 8 AZR 196/03 – in **NZA 2004 S.727-734**

I Ausgangslage

§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB als Weg um **§ 309 Nr. 6 BGB** herum

§ 309 BGB Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

.....

6. (Vertragsstrafe)

eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;

§ 310 BGB Anwendungsbereich

- (1) **§ 305 Abs. 2 und 3** und die **§§ 308 und 309** finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. **§ 307 Abs. 1 und 2** findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den **§§ 308 und 309** genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.
- (2) Die **§§ 308 und 309** finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifikunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.
- (3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:
 1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;
 2. **§ 305c Abs. 2** und die **§§ 306 und 307 bis 309** dieses Gesetzes sowie Artikel 29 a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;
 3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach **§ 307 Abs. 1 und 2** sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.
- (4) Dieser Abschnitt findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge sind die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen; **§ 305 Abs. 2 und 3** ist nicht anzuwenden. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne von **§ 307 Abs. 3** gleich.

II Weg des Bundesarbeitsgerichts

Vertragsstrafe bis zur Höhe eines vollen Monatsgehaltes dann gerechtfertigt, wenn mindestens eine Kündigungsfrist in der Länge von § 622 Abs. 1 BGB zu beachten ist.

Keine geltungserhaltende Reduktion

§ 306 BGB Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

- (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.
- (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde

§ 339 BGB Verwirkung der Vertragsstrafe

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 343 BGB Herabsetzung der Strafe

- (1) Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.
- (2) Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

C Überstundenregelungen

SEEL; Wirksamkeit von Überstundenregelungen in Formulararbeitsverträgen – Bestandsaufnahme unter besonderer Berücksichtigung von §§ 305 ff BGB, in **DB 2005 Heft 24 S.1330-1333**

I Grundlagen

1. Begrifflichkeiten

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Arbeitszeitgesetz **i.V.m.**

§ 3 Abs. 2 BUrlG führt zur 48 Stundenwoche

Mehrarbeit

Überstunden

II Anordnung von Überstunden und ihre Rechtsgrundlage

1. Überstunden kraft Direktionsrecht ?

2. ausdrückliche vertragliche Regelung

Bsp.: Wird etwa in einem Arbeitsvertrag festgelegt, dass Überstunden bei Bedarf bis zu einer Gesamtarbeitszeit von 14 Stunden pro Tag in einem Zeitraum von 30 Werktagen angeordnet werden können, so verstößt dies ohne Zweifel gegen § 3 Arbeitszeitgesetz, da dort in Satz 2 eine Verlängerung bis zu 10 Stunden nur dann für zulässig erachtet wird, wenn innerhalb von 6 Kalendermonaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt 8 Stunden werktäglich nicht überschritten werden.

3. Frist zur Ankündigung?

nirgendwo kodifiziert

III Abgeltung der Überstunden

1. leitende Angestellte

Nach **§ 18 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitszeitgesetz** sind die Regeln des Arbeitszeitgesetzes auf leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3 BetrVG nicht anzuwenden.

2. Arbeitnehmer im allgemeinen

starre Arbeitszeitregelung

und

Arbeitsverhältnisse in denen eine Regelung fehlt

IV typische Vertragsklauseln

1. Klauseln, die keine Probleme aufweisen

" Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, im Bedarfsfall monatlich bis zu 10 Überstunden zu leisten. "

oder

" Der Arbeitgeber behält sich vor, auch Überstunden über den Rahmen der Normalarbeitszeit hinaus anzuordnen. Bei entsprechendem betrieblichen Bedarf ist der Arbeitnehmer verpflichtet, zusätzlich 10 Stunden über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus zu leisten. "

2. Klauseln, die Bedenken auslösen

" Der Arbeitnehmer erhält ein Gehalt in Höhe von 2100,00 € brutto. In diesem Gehalt ist eine pauschale für etwaige Überarbeit enthalten. "

oder

" Mit dem Gehalt sämtliche Überarbeit abgegolten. "

§ 307 BGB Transparenzgebot

§ 307 BGB Inhaltskontrolle	
(1)	Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
(2)	Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung <ol style="list-style-type: none"> 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
(3)	Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 308 Nr. 4 BGB

§ 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit	
In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam	
...	
4.	(Änderungsvorbehalt) die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, 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;

V Was geschieht bei unzulässigen Pauschalabgeltungsklauseln ?

1. Klauseln in Altverträgen

ergänzende, Lücken füllende Vertragsauslegung gem. § 313 BGB.

§ 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage	
(1)	Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.
(2)	Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.
(3)	Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

2. Vergütung bei unwirksamer Abgeltungsklausel

§ 612 Abs. 2 BGB

§ 612 BGB Vergütung

- (1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.
- (2) **Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.**
- (3) Bei einem Arbeitsverhältnis darf für gleiche oder für gleichwertige Arbeit nicht wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers eine geringere Vergütung vereinbart werden als bei einem Arbeitnehmer des anderen Geschlechts. Die Vereinbarung einer geringeren Vergütung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass wegen des Geschlechts des Arbeitnehmers besondere Schutzvorschriften gelten. § 611 a Abs. 1 Satz 3 ist entsprechend anzuwenden.

§ 812 Abs. 2 BGB

§ 812 BGB Herausgabeanspruch

- (1) Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.
- (2) Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.

§ 818 BGB Umfang des Bereicherungsanspruchs

- (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.
- (2) **Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich** oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande, **so hat er den Wert zu ersetzen.**
- (3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.
- (4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften.

3. Fragen zur Beweislast

VI Kontrolle des Arbeitgebers hinsichtlich der Ausübung seiner Anordnungsbefugnis

§ 315 Abs. 3 BGB dient als Ansatzpunkt

§ 315 BGB Bestimmung der Leistung durch eine Partei

- (1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.
- (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.
- (3) **Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht.** Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

§ 616 BGB Vorübergehende Verhinderung

Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

§ 12 TzBfG Arbeit auf Abruf

- (1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat (Arbeit auf Abruf). Die Vereinbarung muss eine bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festlegen. Wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, gilt eine Arbeitszeit von zehn Stunden als vereinbart. Wenn die Dauer der täglichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist, hat der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers jeweils für mindestens drei aufeinander folgende Stunden in Anspruch zu nehmen.
- (2) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.
- (3) Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.

VII Beachtung der Mitbestimmungsrechte

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

VIII Welche rechtlichen Möglichkeiten stehen den Parteien offen ?**1. auf Seiten des Arbeitgebers**

§ 280 BGB

§ 280 BGB Schadensersatz wegen Pflichtverletzung

- (1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.
- (2) Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung kann der Gläubiger nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des § 286 verlangen.
- (3) Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen.

§ 611 BGB**§ 611 BGB Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag**

- (1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.
- (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.

§ 888 ZPO Nicht vertretbare Handlungen

- (1) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von fünfundzwanzigtausend Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Vierten Abschnitts über die Haft entsprechend.
- (2) Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.
- (3) **Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.**

2. auf Seiten des Arbeitnehmers

Keine Verpflichtung zur Erbringung zusätzlicher Arbeitsleistung besteht für den Arbeitnehmer dann,

wenn die Anordnung der Überstunden im Einzelfall unwirksam ist,

weil bereits die Überstundenregelung im Arbeitsvertrag selbst nichtig ist und somit der Anordnung des Arbeitgebers eine Ermächtigungsgrundlage fehlt,

oder

aber die Anordnung nicht in billigem Ermessen i. S. v. § 315 Abs. 3 BGB getroffen wurde.

D Problembereich : Freistellung in Aufhebungs- / Abwicklungsverträgen

THOMAS / WEIDMANN, Sozialversicherungsrechtliche Risiken als Folge einer unwiderruflichen Freistellung in Aufhebungsverträgen, in **NJW 2006 Heft 5 S. 257-260**

SCHLEGEL, Versicherungs- und Beitragspflicht bei Freistellung von der Arbeit, in **NZA 2005 Heft 17 S.972-976**

GAGEL, Sperrzeitfragen bei arbeitsgerichtlichen Vergleichen – Überlegungen zur Lösung bereits gelöster Beschäftigungsverhältnisse, in **NZA 2005 Heft 23 S.1328-1332**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 65/01 R - in **NZA-RR 2003 S.105-107**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 89/01 R – in **NZA-RR 2003 S.162-163**

BSG vom 25.04.2002 – B 11 AL 100/01 R – in **ArbuR 2002 S.239**

I **Ausgangspunkt - BSG und Spitzenverbände**

BSG vom 25.04.2002 (s.o.)

Beschluss der Spitzenverbände vom 5. und 6.7.2005

§ 144 Abs. 2 SGB III

§ 144 SGB III	Ruhen bei Sperrzeit
(1)	Hat der Arbeitnehmer sich versicherungswidrig verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben, ruht der Anspruch für die Dauer einer Sperrzeit. Versicherungswidriges Verhalten liegt vor, wenn <ol style="list-style-type: none"> 1. der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst oder durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe),
(2)	Die Sperrzeit beginnt mit dem Tag nach dem Ereignis, das die Sperrzeit begründet, oder, wenn dieser Tag in eine Sperrzeit fällt, mit dem Ende dieser Sperrzeit.

II **Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn**

Bestehen einer Beschäftigung gegen Entgelt

§ 7 Abs. 1 SGB IV Legaldefinition für die Beschäftigung

§ 1 SGB IV Sachlicher Geltungsbereich	
(1)	Die Vorschriften dieses Buches gelten für die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte sowie die soziale Pflegeversicherung (Versicherungszweige). Die Vorschriften dieses Buches gelten mit Ausnahme des Ersten und Zweiten Titels des Vierten Abschnitts und des Fünften Abschnitts auch für die Arbeitsförderung. Die Bundesagentur für Arbeit gilt im Sinne dieses Buches als Versicherungsträger.
(2)	Die Vorschriften des Sechsten Abschnitts gelten auch für die Sozialhilfe und die Grundsicherung für Arbeitsuchende; außerdem gelten die §§ 18 f und 18 g für die Grundsicherung für Arbeitsuchende.
(3)	Regelungen in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuches, die in den Absätzen 1 und 2 genannt sind, bleiben unberührt, soweit sie von den Vorschriften dieses Buches abweichen.

§ 7 SGB IV Beschäftigung	
(1)	Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.
(1 a)	Ist für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung Arbeitsentgelt fällig, das mit einer vor oder nach diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt wird (Wertguthaben), besteht während der Freistellung eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt, wenn <ol style="list-style-type: none"> 1. die Freistellung auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung erfolgt und 2. die Höhe des für die Zeit der Freistellung und des für die vorausgegangenen zwölf Kalendermonate monatlich fälligen Arbeitsentgelts nicht unangemessen voneinander abweichen und diese Arbeitsentgelte 400 Euro übersteigen. <p>Beginnt ein Beschäftigungsverhältnis mit einer Zeit der Freistellung, gilt Satz 1 Nr. 2 mit der Maßgabe, dass die Höhe des für die Zeit der Freistellung und des für die Zeit der Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, monatlich fälligen Arbeitsentgelts nicht unangemessen voneinander abweichen darf und diese Arbeitsentgelte 400 Euro übersteigen müssen. Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt besteht während der Zeit der Freistellung auch, wenn die Arbeitsleistung, mit der das Arbeitsentgelt später erzielt werden soll, wegen einer im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht vorhersehbaren vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr erbracht werden kann. Die Vertragsparteien können beim Abschluss der Vereinbarung nur für den Fall, dass Wertguthaben wegen der Beendigung der Beschäftigung auf Grund verminderter Erwerbsfähigkeit, des Erreichens einer Altersgrenze, zu der eine Rente wegen Alters beansprucht werden kann, oder des Todes des Beschäftigten nicht mehr für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung verwendet werden können, einen anderen Verwendungszweck vereinbaren. Die Sätze 1 bis 4 gelten nicht für Beschäftigte, auf die Wertguthaben übertragen werden. Bis zur Herstellung einheitlicher Einkommensverhältnisse im Inland werden Wertguthaben, die durch Arbeitsleistung im Beitrittsgebiet erzielt werden, getrennt erfasst; sind für die Beitrags- oder Leistungsberechnung im Beitrittsgebiet und im übrigen Bundesgebiet unterschiedliche Werte vorgeschrieben, sind die Werte maßgebend, die für den Teil des Inlandes gelten, in dem das Wertguthaben erzielt worden ist.</p>
(1 b)	Die Möglichkeit eines Arbeitnehmers zur Vereinbarung flexibler Arbeitszeiten gilt nicht als eine die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber begründende Tatsache im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes.
(2)	Als Beschäftigung gilt auch der Erwerb beruflicher Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen im Rahmen betrieblicher Berufsbildung.
(3)	Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. Satz 1 gilt nicht, wenn Krankengeld, Verletztengeld, Versorgungskrankengeld, Übergangsgeld oder Mutterschaftsgeld oder nach gesetzlichen Vorschriften Erziehungsgeld bezogen oder Elternzeit in Anspruch genommen oder Wehrdienst oder Zivildienst geleistet wird.
(4)	Für Personen, die für eine selbständige Tätigkeit einen Zuschuss nach § 421 I des Dritten Buches oder eine entsprechende Leistung nach § 16 des Zweiten Buches beantragen, wird widerlegbar vermutet, dass sie in dieser Tätigkeit als Selbständige tätig sind. Für die Dauer des Bezugs dieses Zuschusses gelten diese Personen als selbständig Tätige.

Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne (für ALV)

Beschäftigung im beitragsrechtlichen Sinne (für KV / PfIV / RV / ALV)

III **Analogie zu § 7 Abs. 1 SGB IV als Lösung ?**

planwidrige Regelungslücke im Gesetz die über eine Analogie ausfüllbar wäre.

IV **einvernehmliche, unwiderrufliche Freistellung und ihre Folgen für die soziale Absicherung des Arbeitnehmers**

mit dem ersten Tag der Freistellung von der Sozialversicherung abzumelden

Arbeitslosenversicherung / Rentenversicherung

Rentenversicherung freiwillige Versicherung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB VI möglich.

§ 7 SGB VI Freiwillige Versicherung	
(1)	Personen, die nicht versicherungspflichtig sind, können sich für Zeiten von der Vollendung des 16. Lebensjahres an freiwillig versichern. Dies gilt auch für Deutsche, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland haben.
(2)	Personen, die versicherungsfrei oder von der Versicherung befreit sind, können sich nur dann freiwillig versichern, wenn sie die allgemeine Wartezeit erfüllt haben. Dies gilt nicht für Personen, die wegen Geringfügigkeit einer Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit versicherungsfrei sind.
(3)	Nach bindender Bewilligung einer Vollrente wegen Alters oder für Zeiten des Bezugs einer solchen Rente ist eine freiwillige Versicherung nicht zulässig.
§ 50 SGB VI Wartezeiten	
(1)	Die Erfüllung der allgemeinen Wartezeit von fünf Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf
1.	Regelaltersrente,
2.	Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und
3.	Rente wegen Todes.
	Die allgemeine Wartezeit gilt als erfüllt für einen Anspruch auf
1.	Regelaltersrente, wenn der Versicherte bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres eine Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit oder eine Erziehungsrente bezogen hat,
2.	Hinterbliebenenrente, wenn der verstorbene Versicherte bis zum Tod eine Rente bezogen hat.
(2)	Die Erfüllung der Wartezeit von 20 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf Rente wegen voller Erwerbsminderung an Versicherte, die die allgemeine Wartezeit vor Eintritt der vollen Erwerbsminderung nicht erfüllt haben.
(3)	Die Erfüllung der Wartezeit von 25 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf
1.	Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute und
2.	Rente für Bergleute vom 50. Lebensjahr an.
(4)	Die Erfüllung der Wartezeit von 35 Jahren ist Voraussetzung für einen Anspruch auf
1.	Altersrente für langjährig Versicherte und
2.	Altersrente für schwerbehinderte Menschen.

In der Arbeitslosenversicherung freiwillige Weiterversicherung nicht möglich

Krankenversicherung / Pflegeversicherung

eine **freiwillige Versicherung** nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bzw. nach § 26 Abs. 1 Satz 1 SGB XI möglich

§ 9 SGB V Freiwillige Versicherung	
(1)	Der Versicherung können beitreten
1.	Personen, die als Mitglieder aus der Versicherungspflicht ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens vierundzwanzig Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden ununterbrochen mindestens zwölf Monate versichert waren; Zeiten der Mitgliedschaft nach § 189 werden nicht berücksichtigt,
2.
(2)	Der Beitritt ist der Krankenkasse innerhalb von drei Monaten anzuzeigen,
1.	im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 nach Beendigung der Mitgliedschaft,
2.

§ 26 ^f SGB XI Weiterversicherung	
(1)	Personen, die aus der Versicherungspflicht nach § 20 oder § 21 ausgeschieden sind und in den letzten fünf Jahren vor dem Ausscheiden mindestens 24 Monate oder unmittelbar vor dem Ausscheiden mindestens zwölf Monate versichert waren, können sich auf Antrag in der sozialen Pflegeversicherung weiterversichern, sofern für sie keine Versicherungspflicht nach § 23 Abs. 1 eintritt. Dies gilt auch für Personen, deren Familienversicherung nach § 25 erlischt oder nur deswegen nicht besteht, weil die Voraussetzungen des § 25 Abs. 3 vorliegen. Der Antrag ist in den Fällen des Satzes 1 innerhalb von drei Monaten nach Beendigung der Mitgliedschaft, in den Fällen des Satzes 2 nach Beendigung der Familienversicherung oder nach Geburt des Kindes bei der zuständigen Pflegekasse zu stellen.
(2)	Personen, die wegen der Verlegung ihres Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes ins Ausland aus der Versicherungspflicht ausscheiden, können sich auf Antrag weiterversichern. Der Antrag ist bis spätestens einen Monat nach Ausscheiden aus der Versicherungspflicht bei der Pflegekasse zu stellen, bei der die Versicherung zuletzt bestand. Die Weiterversicherung erstreckt sich auch auf die nach § 25 versicherten Familienangehörigen oder Lebenspartner, die gemeinsam mit dem Mitglied ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland verlegen. Für Familienangehörige oder Lebenspartner, die im Inland verbleiben, endet die Familienversicherung nach § 25 mit dem Tag, an dem das Mitglied seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt.
	Fußnoten: 1
	Siehe hierzu Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. April 2001 – 1 BvR 81/98 – wird folgende Entscheidungsformel veröffentlicht:
	1. Die Regelungen des Elften Buches Sozialgesetzbuch vom 26. Mai 1994 (Bundesgesetzblatt I Seite 1014, 1015) über den Zugang zur gesetzlichen Pflegeversicherung sind mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes insoweit unvereinbar, als durch sie Personen generell vom Zugang ausgeschlossen sind, die bei Inkrafttreten des Elften Buches Sozialgesetzbuch keinen die Versicherungspflicht nach diesem Gesetz begründenden Tatbestand erfüllten.
	2. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2001 nach Maßgabe der Gründe eine verfassungsgemäße Regelung zu treffen.
	Die vorstehende Entscheidungsformel hat gemäß § 31 Abs. 2 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes Gesetzeskraft.
	(Vgl. Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 81/98 –, BGBl. I S. 774).

Folgen auf Arbeitgeberseite

Abführung der Pflichtbeiträge trotz fehlender Sozialversicherungspflicht begründet keinen Anspruch

§ 26 SGB IV

§ 26 SGB IV		Beanstandung und Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge	
(1)	Sind Pflichtbeiträge in der Rentenversicherung für Zeiten nach dem 31. Dezember 1972 trotz Fehlens der Versicherungspflicht nicht spätestens bei der nächsten Prüfung beim Arbeitgeber beanstandet worden, gilt § 45 Abs. 2 des Zehnten Buches entsprechend. Beiträge, die nicht mehr beanstandet werden dürfen, gelten als zu Recht entrichtete Pflichtbeiträge.		
(2)	Zu Unrecht entrichtete Beiträge sind zu erstatten, es sei denn, daß der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs auf Grund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind, Leistungen erbracht oder zu erbringen hat; Beiträge, die für Zeiten entrichtet worden sind, die während des Bezugs von Leistungen beitragsfrei sind, sind jedoch zu erstatten.		
(3)	Der Erstattungsanspruch steht dem zu, der die Beiträge getragen hat. Soweit dem Arbeitgeber Beiträge, die er getragen hat, von einem Dritten ersetzt worden sind, entfällt sein Erstattungsanspruch		

V Hinweispflicht des Arbeitgebers ?

zu bejahen.

THOMAS / WEIDMANN schlagen in ihrem Aufsatz folgende Formulierung für eine Klausel vor:

" Die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer sich im Hinblick auf etwaige negative Konsequenzen dieser Freistellungsvereinbarung bezüglich seines gesetzlichen Sozialversicherungsschutzes sowie des Bezugs von Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch an die für ihn zuständige Agentur für Arbeit wendet und sich mit den entsprechenden Sozialversicherungsträgern in Verbindung setzt. "

E Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen - Resümée der BAG Rechtsprechung

BAG vom 31.8.2005 - 5 AZR 545/04 - in **NZA 2006 Heft 6 Seite 324-329** (zu einseitigen Ausschlussfristen)

BAG vom 28.9.2005 - 5 AZR 52/05 - in **NZA 2006 Heft 3 Seite 149-153** (zu einstufigen Ausschlussfristen)

BAG vom 25.5.2005 - 5 AZR 572/04 - in **BB 2005 Heft 39 Seite 2131-2136** (zu zweistufigen Ausschlussfristen)

I *einseitig wirkende Ausschlussfristen*

Einseitige Ausschlussfristen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (vgl. BAG vom 31.8.2005 -5 AZR 545/04 - in NZA 2006 Heft 6 Seite 324-329).

II *einstufige Ausschlussfristen*

keine zulässige Frist mit weniger als 3 Monaten

BAG vom 28.9.2005 - 5 AZR 52/05 –in NZA 2006 Heft 3 S. 149-153:

§ 306 BGB Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

- (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.
- (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 307 BGB Inhaltskontrolle

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
- (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

III *zweistufige Ausschlussfristen*

keine zulässige Frist für die gerichtliche Geltendmachung bei weniger als 3 Monaten

BAG vom 25.5.2005 - 5 AZR 572/04 - in BB 2005 Heft 39 Seite 2131-2136:

§ 61 b ArbGG	Besondere Vorschriften für Klagen wegen geschlechtsbedingter Benachteiligung
(1)	Eine Klage auf Entschädigung nach § 611 a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches muß innerhalb von drei Monaten, nachdem der Anspruch schriftlich geltend gemacht worden ist, erhoben werden.
(2)	Machen mehrere Bewerber wegen Benachteiligung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses oder beim beruflichen Aufstieg eine Entschädigung nach § 611 a Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gerichtlich geltend, so wird auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsgericht, bei dem die erste Klage erhoben ist, auch für die übrigen Klagen ausschließlich zuständig. Die Rechtsstreitigkeiten sind von Amts wegen an dieses Arbeitsgericht zu verweisen; die Prozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.
(3)	Auf Antrag des Arbeitgebers findet die mündliche Verhandlung nicht vor Ablauf von sechs Monaten seit Erhebung der ersten Klage statt.

§ 611 a Geschlechtsbezogene Benachteiligung	
(1)	Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme, insbesondere bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei einer Weisung oder einer Kündigung, nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen . Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist jedoch zulässig, soweit eine Vereinbarung oder eine Maßnahme die Art der vom Arbeitnehmer ausübenden Tätigkeit zum Gegenstand hat und ein bestimmtes Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für diese Tätigkeit ist. Wenn im Streitfall der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist.
(2)	Verstößt der Arbeitgeber gegen das in Absatz 1 geregelte Benachteiligungsverbot bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so kann der hierdurch benachteiligte Bewerber eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen; ein Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses besteht nicht.
(3)	Wäre der Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden, so hat der Arbeitgeber eine angemessene Entschädigung in Höhe von höchstens drei Monatsverdiensten zu leisten. Als Monatsverdienst gilt, was dem Bewerber bei regelmäßiger Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis hätte begründet werden sollen, an Geld- und Sachbezügen zugestanden hätte.
(4)	Ein Anspruch nach den Absätzen 2 und 3 muss innerhalb einer Frist, die mit Zugang der Ablehnung der Bewerbung beginnt, schriftlich geltend gemacht werden. Die Länge der Frist bemisst sich nach einer für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen im angestrebten Arbeitsverhältnis vorgesehenen Ausschlussfrist; sie beträgt mindestens zwei Monate. Ist eine solche Frist für das angestrebte Arbeitsverhältnis nicht bestimmt, so beträgt die Frist sechs Monate.
(5)	Die Absätze 2 bis 4 gelten beim beruflichen Aufstieg entsprechend, wenn auf den Aufstieg kein Anspruch besteht.

IV *Anknüpfungzeitpunkt von Ausschlussfristen*

§ 199 BGB	Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Höchstfristen
(1)	Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem <ol style="list-style-type: none"> 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.
(2)	...

F Betriebsratswahl - Kurzüberblick zu Betriebsratsgröße , aktivem Wahlrecht und passivem Wahlrecht

I Bestimmung der Größe des Betriebsrats

§ 9 BetrVG

Nicht mitzurechnen die in § 5 Abs. 2 BetrVG genannten Personen.

Leitende Angestellte i. S. v. § 5 Abs. 3 BetrVG zählen ebenfalls nicht mit.

§ 9 ¹ BetrVG	Zahl der Betriebsratsmitglieder
Der Betriebsrat besteht in Betrieben mit in der Regel 5 bis 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus einer Person,	
21 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern	aus 3 Mitgliedern,
51 wahlberechtigten Arbeitnehmern bis 100 Arbeitnehmern	aus 5 Mitgliedern,
101 bis 200 Arbeitnehmern	aus 7 Mitgliedern,
201 bis 400 Arbeitnehmern	aus 9 Mitgliedern,
401 bis 700 Arbeitnehmern	aus 11 Mitgliedern,
701 bis 1 000 Arbeitnehmern	aus 13 Mitgliedern,
1 001 bis 1 500 Arbeitnehmern	aus 15 Mitgliedern,
1 501 bis 2 000 Arbeitnehmern	aus 17 Mitgliedern,
2 001 bis 2 500 Arbeitnehmern	aus 19 Mitgliedern,
2 501 bis 3 000 Arbeitnehmern	aus 21 Mitgliedern,
3 001 bis 3 500 Arbeitnehmern	aus 23 Mitgliedern,
3 501 bis 4 000 Arbeitnehmern	aus 25 Mitgliedern,
4 001 bis 4 500 Arbeitnehmern	aus 27 Mitgliedern,
4 501 bis 5 000 Arbeitnehmern	aus 29 Mitgliedern,
5 001 bis 6 000 Arbeitnehmern	aus 31 Mitgliedern,
6 001 bis 7 000 Arbeitnehmern	aus 33 Mitgliedern,
7 001 bis 9 000 Arbeitnehmern	aus 35 Mitgliedern.
In Betrieben mit mehr als 9 000 Arbeitnehmern erhöht sich die Zahl der Mitglieder des Betriebsrats für je angefangene weitere 3 000 Arbeitnehmer um 2 Mitglieder.	
Fußnoten:	
1	
Gemäß Artikel 14 Satz 2 des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVerf-Reformgesetz) vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852) gilt § 9 (Artikel 1 Nr. 8 des BetrVerf-Reformgesetzes) für im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Betriebsräte erst bei deren Neuwahl.	

§ 5 BetrVG Arbeitnehmer	
(1)	Arbeitnehmer (Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Als Arbeitnehmer gelten auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten.
(2)	Als Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes gelten nicht <ol style="list-style-type: none"> 1. in Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist; 2. die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit, soweit sie durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit oder zur Geschäftsführung berufen sind, in deren Betrieben; 3. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist; 4. Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient und die vorwiegend zu ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt werden; 5. der Ehegatte, der Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerte ersten Grades, die in häuslicher Gemeinschaft mit dem Arbeitgeber leben.
(3)	Dieses Gesetz findet , soweit in ihm nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, keine Anwendung auf leitende Angestellte . Leitender Angestellter ist, wer nach Arbeitsvertrag und Stellung im Unternehmen oder im Betrieb <ol style="list-style-type: none"> 1. zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder 2. Generalvollmacht oder Prokura hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist oder 3. regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnimmt, die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens oder eines Betriebs von Bedeutung sind und deren Erfüllung besondere Erfahrungen und Kenntnisse

voraussetzt, wenn er dabei entweder die Entscheidungen im Wesentlichen frei von Weisungen trifft oder sie maßgeblich beeinflusst; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere aufgrund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein.

- (4) Leitender Angestellter nach Absatz 3 Nr. 3 ist im Zweifel, wer
1. aus Anlass der letzten Wahl des Betriebsrats, des Sprecherausschusses oder von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den leitenden Angestellten zugeordnet worden ist oder
 2. einer Leitungsebene angehört, auf der in dem Unternehmen überwiegend leitende Angestellte vertreten sind, oder
 3. ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen üblich ist, oder,
 4. falls auch bei der Anwendung der Nummer 3 noch Zweifel bleiben, ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, das das Dreifache der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch überschreitet.

II aktives Wahlrecht

§ 7 BetrVG

§ 7 BetrVG Wahlberechtigung

Wahlberechtigt sind alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Werden Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung überlassen, so sind diese wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden.

III passives Wahlrecht

§ 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

§ 8 BetrVG Wählbarkeit

- (1) **Wählbar sind alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören** oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet haben. Auf diese sechsmonatige Betriebszugehörigkeit werden Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens oder Konzerns (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes) angehört hat. Nicht wählbar ist, wer infolge strafgerichtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt.
- (2) Besteht der Betrieb weniger als sechs Monate, so sind abweichend von der Vorschrift in Absatz 1 über die sechsmonatige Betriebszugehörigkeit diejenigen Arbeitnehmer wählbar, die bei der Einleitung der Betriebsratswahl im Betrieb beschäftigt sind und die übrigen Voraussetzungen für die Wählbarkeit erfüllen.

IV Einordnung einzelner Fallgruppen in die Rubriken von aktivem / passivem Wahlrecht und Betriebsratsgröße bestimmende AN-Anzahl

- 1. leitende Angestellte**
- 2. Teilzeitbeschäftigte**
- 3. geringfügig Beschäftigte**
- 4. Aushilfskräfte**
- 5. Job Sharing**
- 6. Leiharbeiternehmer - echte Verleihung - § 1a AÜG / unechte Verleihung = Personalleasing**
- 7. ABM-Kräfte - § 260 SGB III**
- 8. 1-Euro-Jobber - § 16 Abs. 3 SGB II**
- 9. Umschüler / berufsvorbereitende Maßnahmen für jugendliche Arbeitslose**
- 10. Arbeitnehmer in mehreren Betrieben**
- 11. Wehrdienst / Zivildienst / Wehrübung**
- 12. Mutterschutz / Elternzeit**
- 13. Heimarbeit**
- 14. Telearbeit**
- 15. gekündigte Arbeitnehmer**
- 16. Beamte in Privatunternehmen**
- 17. Altersteilzeit im Blockmodell (Freistellungsphase)**

G Insolvenz und ihre Auswirkungen auf arbeitsvertragliche Regelungen und Ansprüche – Einzelaspekte aus der neueren Rechtsprechung

ZWANZIGER, Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Insolvenzsachen, **BB 2005 Heft 25 S.1386-1388**

KRAUSHAAR, Die Massearmut, der Insolvenzverwalter, die Arbeitnehmer und der Rang ihrer Entgeltansprüche, in **BB 2004 Heft 19 S.1050-1056**

BAG vom 20.01.2005 – 2 AZR 134/04 – in **EzA § 113 InsO Nr.15**

BAG vom 15.06.2004 – 9 AZR 431/03 – in **EzA § 209 InsO Nr.3**

BAG vom 04.06.2003 – 10 AZR 586/02 – in **EzA § 209 InsO Nr.1**

BAG vom 11.12.2001 – 9 AZR 459/00 – in **EzA § 210 InsO Nr.1**

BAG vom 15.02.2005 – 9 AZR 78/04 – in **EzA § 55 InsO Nr.9**

I *allgemeine Fragen*

1. anfechtbare Situationen

a) Zahlung rückständiger Vergütungen

§§ 129, 130 Abs. 1 Nr. 2 sowie Abs. 2 InsO

§ 129 InsO Grundsatz	
(1)	Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 anfechten.
(2)	Eine Unterlassung steht einer Rechtshandlung gleich.
§ 130 InsO Kongruente Deckung	
(1)	Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat,
1.	wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder
2.	wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.
Dies gilt nicht, soweit die Rechtshandlung auf einer Sicherungsvereinbarung beruht, die die Verpflichtung enthält, eine Finanzsicherheit, eine andere oder eine zusätzliche Finanzsicherheit im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes zu bestellen, um das in der Sicherungsvereinbarung festgelegte Verhältnis zwischen dem Wert der gesicherten Verbindlichkeiten und dem Wert der geleisteten Sicherheiten wiederherzustellen (Margensicherheit).	

- (2) **Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.**
- (3) **Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.**

b) Direktversicherung – Übertragung an Arbeitnehmer

§§ 129, 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO

- § 131 InsO Inkongruente Deckung**
- (1) **Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte,**
1. **wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist,**
 2. **wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war oder**
 3. **wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und dem Gläubiger zur Zeit der Handlung bekannt war, daß sie die Insolvenzgläubiger benachteiligte.**
- (2) **Für die Anwendung des Absatzes 1 Nr. 3 steht der Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen. Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger kannte.**

c) Verjährung

§ 146 InsO - 3 Jahre

- § 146 InsO Verjährung des Anfechtungsanspruchs**
- (1) **Die Verjährung des Anfechtungsanspruchs richtet sich nach den Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.**
- (2) **Auch wenn der Anfechtungsanspruch verjährt ist, kann der Insolvenzverwalter die Erfüllung einer Leistungspflicht verweigern, die auf einer anfechtbaren Handlung beruht.**

§ 195 BGB Regelmäßige Verjährungsfrist

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

§ 204 BGB Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung**(1) Die Verjährung wird gehemmt durch**

1. die Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlass des Vollstreckungsurteils,
2. die Zustellung des Antrags im vereinfachten Verfahren über den Unterhalt Minderjähriger,
3. die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren,
4. die Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrags, der bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle oder, wenn die Parteien den Einigungsversuch einvernehmlich unternehmen, bei einer sonstigen Gütestelle, die Streitbelegungen betreibt, eingereicht ist; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein,
5. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess,
6. die Zustellung der Streitverkündung,
7. die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens,
8. den Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641 a,
9. die Zustellung des Antrags auf Erlass eines Arrests, einer einstweiligen Verfügung oder einer einstweiligen Anordnung, oder, wenn der Antrag nicht zugestellt wird, dessen Einreichung, wenn der Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung oder die einstweilige Anordnung innerhalb eines Monats seit Verkündung oder Zustellung an den Gläubiger dem Schuldner zugestellt wird,
10. die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren oder im Schiffsrechtlichen Verteilungsverfahren,
11. den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens,
12. die Einreichung des Antrags bei einer Behörde, wenn die Zulässigkeit der Klage von der Vorentscheidung dieser Behörde abhängt und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben wird; dies gilt entsprechend für bei einem Gericht oder bei einer in Nummer 4 bezeichneten Gütestelle zu stellende Anträge, deren Zulässigkeit von der Vorentscheidung einer Behörde abhängt,
13. die Einreichung des Antrags bei dem höheren Gericht, wenn dieses das zuständige Gericht zu bestimmen hat und innerhalb von drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs die Klage erhoben oder der Antrag, für den die Gerichtsstandsbestimmung zu erfolgen hat, gestellt wird, und
14. die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrags auf Gewährung von Prozesskostenhilfe; wird die Bekanntgabe demnächst nach der Einreichung des Antrags veranlasst, so tritt die Hemmung der Verjährung bereits mit der Einreichung ein.

(2) Die Hemmung nach Absatz 1 endet sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Gerät das Verfahren dadurch in Stillstand, dass die Parteien es nicht betreiben, so tritt an die Stelle der Beendigung des Verfahrens die letzte Verfahrenshandlung der Parteien, des Gerichts oder der sonst mit dem Verfahren befassten Stelle. Die Hemmung beginnt erneut, wenn eine der Parteien das Verfahren weiter betreibt.

(3) Auf die Frist nach Absatz 1 Nr. 9, 12 und 13 finden die §§ 206, 210 und 211 entsprechende Anwendung.

2. Risiken für Abfindungen und bei Annahmeverzug

a) Abfindungen

§ 271 Abs. 1 BGB in einem sich abzeichnenden Risiko der Insolvenz ein besonderer Umstand

§ 271 BGB Leistungszeit

- (1) **Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.**
- (2) **Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.**

b) Annahmeverzug

§ 615 Satz 2 Alternative 2 BGB / § 11 Nr. 2 KSchG**§ 615 BGB Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko**

Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. **Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.** Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

§ 11 KSchG Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst

Besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort, so muß sich der Arbeitnehmer auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, anrechnen lassen,

1. was er durch anderweitige Arbeit verdient hat,
2. **was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen,**
3. was ihm an öffentlich-rechtlichen Leistungen infolge Arbeitslosigkeit aus der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung, der Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch oder der Sozialhilfe für die Zwischenzeit gezahlt worden ist. Diese Beträge hat der Arbeitgeber der Stelle zu erstatten, die sie geleistet hat.

3. Rang verschiedener Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis

a) Urlaub

§ 108 InsO Fortbestehen von Dauerschuldverhältnissen

- (1) **Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt auch für Miet- und Pachtverhältnisse, die der Schuldner als Vermieter oder Verpächter eingegangen war und die sonstige Gegenstände betreffen, die einem Dritten, der ihre Anschaffung oder Herstellung finanziert hat, zur Sicherheit übertragen wurden.**
- (2) **Ansprüche für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der andere Teil nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.**

b) Altersteilzeit

§ 53 InsO	Massegläubiger
Aus der Insolvenzmasse sind die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten vorweg zu berichtigen.	
§ 55 InsO	Sonstige Masseverbindlichkeiten
(1)	Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten: <ol style="list-style-type: none"> 1. die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören; 2. aus gegenseitigen Verträgen, soweit deren Erfüllung zur Insolvenzmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen muß; 3. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse.
(2)	Verbindlichkeiten, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter begründet worden sind, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist, gelten nach der Eröffnung des Verfahrens als Masseverbindlichkeiten. Gleiches gilt für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der vorläufige Insolvenzverwalter für das von ihm verwaltete Vermögen die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.
(3)	Gehen nach Absatz 2 begründete Ansprüche auf Arbeitsentgelt nach § 187 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch auf die Bundesagentur für Arbeit über, so kann die Bundesagentur diese nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Satz 1 gilt entsprechend für die in § 208 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch bezeichneten Ansprüche, soweit diese gegenüber dem Schuldner bestehen bleiben.

4. Masseunzulänglichkeit

§ 9 InsO	Öffentliche Bekanntmachung
(1)	Die öffentliche Bekanntmachung erfolgt durch Veröffentlichung in dem für amtliche Bekanntmachungen des Gerichts bestimmten Blatt oder in einem für das Gericht bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem; die Veröffentlichung kann auszugsweise geschehen. Dabei ist der Schuldner genau zu bezeichnen, insbesondere sind seine Anschrift und sein Geschäftszweig anzugeben. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt, sobald nach dem Tag der Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind.
(2)	Das Insolvenzgericht kann weitere und wiederholte Veröffentlichungen veranlassen. Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Einzelheiten der Veröffentlichung in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem zu regeln. Dabei sind insbesondere Lösungsfristen vorzusehen sowie Vorschriften, die sicherstellen, dass die Veröffentlichungen <ol style="list-style-type: none"> 1. unversehrt, vollständig und aktuell bleiben, 2. jederzeit ihrem Ursprung nach zugeordnet werden können, 3. nach dem Stand der Technik durch Dritte nicht kopiert werden können.
(3)	Die öffentliche Bekanntmachung genügt zum Nachweis der Zustellung an alle Beteiligten, auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

§ 208 InsO	Anzeige der Masseunzulänglichkeit
(1)	Sind die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt, reicht die Insolvenzmasse jedoch nicht aus, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, so hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen, daß Masseunzulänglichkeit vorliegt. Gleiches gilt, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die bestehenden sonstigen Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.
(2)	Das Gericht hat die Anzeige der Masseunzulänglichkeit öffentlich bekanntzumachen. Den Massegläubigern ist sie besonders zuzustellen.
(3)	Die Pflicht des Verwalters zur Verwaltung und zur Verwertung der Masse besteht auch nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort.

Neumasseverbindlichkeiten

Altmasseverbindlichkeiten

§ 209 InsO	Befriedigung der Massegläubiger
(1)	<p>Der Insolvenzverwalter hat die Masseverbindlichkeiten nach folgender Rangordnung zu berichtigen, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Kosten des Insolvenzverfahrens; 2. die Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören; 3. die übrigen Masseverbindlichkeiten, unter diesen zuletzt der nach den §§ 100, 101 Abs. 1 Satz 3 bewilligte Unterhalt.
(2)	<p>Als Masseverbindlichkeiten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gelten auch die Verbindlichkeiten</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. aus einem gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter gewährt hat, nachdem er die Masseunzulänglichkeit angezeigt hatte; 2. aus einem Dauerschuldverhältnis für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte; 3. aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.

II Individualarbeitsrecht

1. Kündigungen

sogenannte Nachkündigung - § 113 InsO

§ 113 ¹ InsO	Kündigung eines Dienstverhältnisses
	<p>Ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, kann vom Insolvenzverwalter und vom anderen Teil ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluß des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Kündigt der Verwalter, so kann der andere Teil wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadenersatz verlangen.</p>
	<p>Fußnoten: 1</p>
	<p>Beachte Übergangsregelung: § 113 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1996 (BGBl. I S. 1013) geändert worden ist, ist im Geltungsbereich der Konkursordnung bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung – das ist der 1. 1. 1999 – mit der Maßgabe anzuwenden, daß jeweils das Wort »Insolvenzverwalter« durch das Wort »Konkursverwalter«, das Wort »Insolvenzgläubiger« durch das Wort »Konkursgläubiger«, das Wort »Insolvenzmasse« durch das Wort »Konkursmasse« und das Wort »Insolvenzverfahren« durch das Wort »Konkursverfahren« ersetzt wird.</p>
	<p>(Vgl. Art. 6 Gesetz vom 25. 9. 1996).</p>

Interessenausgleich mit Namensliste - § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO

Keine grobe Fehlerhaftigkeit bei der Sozialauswahl ist anzunehmen, wenn

- (1) unterschieden wird zwischen Arbeitnehmern mit und solchen ohne einschlägige Ausbildung
- (2) die Orientierung an der Eingruppierung erfolgt
- (3) die Sozialauswahl auf einzelne Abteilungen beschränkt wird
- (4) die Schaffung ausgewogener Personalstrukturen sicher einer Kombination aus Alter/Altersgruppen und Qualifikation orientiert

(vgl. BAG vom 28.8.2003 - 2 AZR 368/02 – in BB 2004 Seite 2692).

§ 125 ¹ InsO	Interessenausgleich und Kündigungsschutz
(1)	<p>Ist eine Betriebsänderung (§ 111 des Betriebsverfassungsgesetzes) geplant und kommt zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat ein Interessenausgleich zustande, in dem die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich bezeichnet sind, so ist § 1 des Kündigungsschutzgesetzes mit folgenden Maßgaben anzuwenden:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. es wird vermutet, daß die Kündigung der Arbeitsverhältnisse der bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb oder einer Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen entgegenstehen, bedingt ist; 2. die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten und auch insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden; sie ist nicht als grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder geschaffen wird. <p>Satz 1 gilt nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat.</p>
(2)	<p>Der Interessenausgleich nach Absatz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 des Kündigungsschutzgesetzes.</p> <p>Fußnoten: 1</p> <p>Beachte Übergangsregelung: §§ 125 und 126 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 1996 (BGBl. I S. 1013) geändert worden sind, sind im Geltungsbereich der Konkursordnung bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung – das ist der 1. 1. 1999 – mit der Maßgabe anzuwenden, daß jeweils das Wort »Insolvenzverwalter« durch das Wort »Konkursverwalter«, das Wort »Insolvenzgläubiger« durch das Wort »Konkursgläubiger«, das Wort »Insolvenzmasse« durch das Wort »Konkursmasse« und das Wort »Insolvenzverfahren« durch das Wort »Konkursverfahren« ersetzt wird.</p> <p>(Vgl. Art. 6 Gesetz vom 25. 9. 1996).</p>

2. Betriebsübergang

§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB passt nur auf Masseverbindlichkeiten

§ 613 a BGB	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang
(1)	<p>Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Sind diese Rechte und Pflichten durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags oder durch eine Betriebsvereinbarung geregelt, so werden sie Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer und dürfen nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Zeitpunkt des Übergangs zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden. Satz 2 gilt nicht, wenn die Rechte und Pflichten bei dem neuen Inhaber durch Rechtsnormen eines anderen Tarifvertrags oder durch eine andere Betriebsvereinbarung geregelt werden. Vor Ablauf der Frist nach Satz 2 können die Rechte und Pflichten geändert werden, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nicht mehr gilt oder bei fehlender beiderseitiger Tarifgebundenheit im Geltungsbereich eines anderen Tarifvertrags dessen Anwendung zwischen dem neuen Inhaber und dem Arbeitnehmer vereinbart wird.</p>
(2)

kein Wiedereinstellungsanspruch, wenn Betriebsübergang sich nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzieht (vgl. BAG vom 13.05. 2004 - 8 AZR 198/03 – in BB 2005 Seite 383; BAG vom 28.10.2004 - 8 AZR 199/04 n.v.).

III Betriebsverfassung

1. Interessenausgleich

§ 111 BetrVG	Betriebsänderungen
<p>In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Unternehmer den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. Der Betriebsrat kann in Unternehmen mit mehr als 300 Arbeitnehmern zu seiner Unterstützung einen Berater hinzuziehen; § 80 Abs. 4 gilt entsprechend; im Übrigen bleibt § 80 Abs. 3 unberührt. Als Betriebsänderung im Sinne des Satzes 1 gelten</p>	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, 2. Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, 3. Zusammenschluss mit anderen Betrieben oder die Spaltung von Betrieben, 4. grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen, 5. Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. 	

§ 112 BetrVG	Interessenausgleich über die Betriebsänderung, Sozialplan
<p>(1) Kommt zwischen Unternehmer und Betriebsrat ein Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung zustande, so ist dieser schriftlich niederzulegen und vom Unternehmer und Betriebsrat zu unterschreiben. Das Gleiche gilt für eine Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen (Sozialplan). Der Sozialplan hat die Wirkung einer Betriebsvereinbarung. § 77 Abs. 3 ist auf den Sozialplan nicht anzuwenden.</p>	
<p>(2) Kommt ein Interessenausgleich über die geplante Betriebsänderung oder eine Einigung über den Sozialplan nicht zustande, so können der Unternehmer oder der Betriebsrat den Vorstand der Bundesagentur für Arbeit um Vermittlung ersuchen, der Vorstand kann die Aufgabe auf andere Bedienstete der Bundesagentur für Arbeit übertragen. Erfolgt kein Vermittlungersuchen oder bleibt der Vermittlungsversuch ergebnislos, so können der Unternehmer oder der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen. Auf Ersuchen des Vorsitzenden der Einigungsstelle nimmt ein Mitglied des Vorstands der Bundesagentur für Arbeit oder ein vom Vorstand der Bundesagentur für Arbeit benannter Bediensteter der Bundesagentur für Arbeit an der Verhandlung teil.</p>	
<p>(3) Unternehmer und Betriebsrat sollen der Einigungsstelle Vorschläge zur Beilegung der Meinungsverschiedenheiten über den Interessenausgleich und den Sozialplan machen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen. Kommt eine Einigung zustande, so ist sie schriftlich niederzulegen und von den Parteien und vom Vorsitzenden zu unterschreiben.</p>	
<p>(4) Kommt eine Einigung über den Sozialplan nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle über die Aufstellung eines Sozialplans. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.</p>	
<p>(5) Die Einigungsstelle hat bei ihrer Entscheidung nach Absatz 4 sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen als auch auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihrer Entscheidung für das Unternehmen zu achten. Dabei hat die Einigungsstelle sich im Rahmen billigen Ermessens insbesondere von folgenden Grundsätzen leiten zu lassen:</p>	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Sie soll beim Ausgleich oder bei der Milderung wirtschaftlicher Nachteile, insbesondere durch Einkommensminderung, Wegfall von Sonderleistungen oder Verlust von Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung, Umzugskosten oder erhöhte Fahrtkosten, Leistungen vorsehen, die in der Regel den Gegebenheiten des Einzelfalles Rechnung tragen. 2. Sie hat die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen. Sie soll Arbeitnehmer von Leistungen ausschließen, die in einem zumutbaren Arbeitsverhältnis im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder eines zum Konzern gehörenden Unternehmens weiterbeschäftigt werden können und die Weiterbeschäftigung ablehnen; die mögliche Weiterbeschäftigung an einem anderen Ort begründet für sich allein nicht die Unzumutbarkeit. 	

- | | |
|-----|---|
| 2a. | Sie soll insbesondere die im Dritten Buch des Sozialgesetzbuches vorgesehenen Förderungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit berücksichtigen. |
| 3. | Sie hat bei der Bemessung des Gesamtbetrages der Sozialplanleistungen darauf zu achten, dass der Fortbestand des Unternehmens oder die nach Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze nicht gefährdet werden. |

2. Sozialplan

IV Prozessuales

1. Feststellungsklage

Feststellung von Forderungen zur Tabelle nach § 179 InsO

§ 179 InsO	Streitige Forderungen
(1)	Ist eine Forderung vom Insolvenzverwalter oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten worden, so bleibt es dem Gläubiger überlassen, die Feststellung gegen den Bestreitenden zu betreiben.
(2)	Liegt für eine solche Forderung ein vollstreckbarer Schuldtitel oder ein Endurteil vor, so obliegt es dem Bestreitenden, den Widerspruch zu verfolgen.
(3)	Das Insolvenzgericht erteilt dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten worden ist, einen beglaubigten Auszug aus der Tabelle. Im Falle des Absatzes 2 erhält auch der Bestreitende einen solchen Auszug. Die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, werden nicht benachrichtigt; hierauf sollen die Gläubiger vor dem Prüfungstermin hingewiesen werden.

2. Klage auf Sozialplanleistungen

Feststellungsklagen auf das Bestehen von Ansprüchen aus einem Sozialplan sind möglich - § 123 Abs. 3 Satz 2 InsO

§ 123 InsO	Umfang des Sozialplans
(1)	In einem Sozialplan, der nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt wird, kann für den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen, ein Gesamtbetrag von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten (§ 10 Abs. 3 des Kündigungsschutzgesetzes) der von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer vorgesehen werden.
(2)	Die Verbindlichkeiten aus einem solchen Sozialplan sind Masseverbindlichkeiten. Jedoch darf, wenn nicht ein Insolvenzplan zustande kommt, für die Berichtigung von Sozialplanforderungen nicht mehr als ein Drittel der Masse verwendet werden, die ohne einen Sozialplan für die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stünde. Übersteigt der Gesamtbetrag aller Sozialplanforderungen diese Grenze, so sind die einzelnen Forderungen anteilig zu kürzen.
(3)	Sooft hinreichende Barmittel in der Masse vorhanden sind, soll der Insolvenzverwalter mit Zustimmung des Insolvenzgerichts Abschlagszahlungen auf die Sozialplanforderungen leisten. Eine Zwangsvollstreckung in die Masse wegen einer Sozialplanforderung ist unzulässig.

3. Klage bei Masseunzulänglichkeit keine Leistungsklage mehr

§ 209 InsO	Befriedigung der Massegläubiger
(1)	<p>Der Insolvenzverwalter hat die Masseverbindlichkeiten nach folgender Rangordnung zu berichtigen, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Kosten des Insolvenzverfahrens; 2. die Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören; 3. die übrigen Masseverbindlichkeiten, unter diesen zuletzt der nach den §§ 100, 101 Abs. 1 Satz 3 bewilligte Unterhalt.
(2)	<p>Als Masseverbindlichkeiten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 gelten auch die Verbindlichkeiten</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. aus einem gegenseitigen Vertrag, dessen Erfüllung der Verwalter gewählt hat, nachdem er die Masseunzulänglichkeit angezeigt hatte; 2. aus einem Dauerschuldverhältnis für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte; 3. aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit für die Insolvenzmasse die Gegenleistung in Anspruch genommen hat.
§ 210 InsO	Vollstreckungsverbot
	<p>Sobald der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat, ist die Vollstreckung wegen einer Masseverbindlichkeit im Sinne des § 209 Abs. 1 Nr. 3 unzulässig.</p>

Neumasseverbindlichkeiten weiterhin mit der Leistungsklage möglich

§ 208 InsO	Anzeige der Masseunzulänglichkeit
(1)	<p>Sind die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt, reicht die Insolvenzmasse jedoch nicht aus, um die fälligen sonstigen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen, so hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen, daß Masseunzulänglichkeit vorliegt. Gleiches gilt, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die bestehenden sonstigen Masseverbindlichkeiten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.</p>
(2)	<p>Das Gericht hat die Anzeige der Masseunzulänglichkeit öffentlich bekanntzumachen. Den Massegläubigern ist sie besonders zuzustellen.</p>
(3)	<p>Die Pflicht des Verwalters zur Verwaltung und zur Verwertung der Masse besteht auch nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort.</p>

H Einzelaspekte bei der Sozialauswahl einer betriebsbedingten Kündigung

RÖDER / KRIEGER, (Mehr) Rechtssicherheit bei betriebsbedingten Kündigungen ? – Der praktische Umgang mit Altersgruppen und Namensliste, in **DB 2005 Heft 47 S.2578-2582**

GAUL / BONANNI, Sozialauswahl zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten, in **ArbRB 2005 Heft 4 S. 112-115**

GAUL / BONANNI, Betriebsübergreifende Sozialauswahl und die Bedeutung von Versetzungsklauseln, in **NZA 2006 Heft 6 S. 289-293**

BAG vom 02.06.2005 – 2 AZR 480/04 – in **BB 2006 Heft 9 S. 496-500** (Berücksichtigung von vertraglich vereinbarten Betriebszugehörigkeiten bei der Sozialauswahl)

BAG vom 21.04.2005 – 2 AZR 241/04 – in **BB 2005 S.2471-2472** (Herausnahme von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz)

BAG vom 15.12.2005 – 6 AZR 199/05 – **ArbRB 2006 S.2** (Kurzwiedergabe) (soziale Auswahl betriebsbezogen – im Anschluss an BAG vom 02.06.2005 – 2 AZR 158/04 – EZA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 61)

I Altersgruppen und Namenslisten

Neufassung von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

- (1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
- (2)
- (3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. **In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.** Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.
- (4)

1. Bildung von Altersgruppen

a) von der Vergleichsgruppe zur Altersgruppe

Beispiel:

Die Albert Meyer OHG stellt Kartonagen her. Sie beschäftigt 12 Mitarbeiter in der Verwaltung, 12 Mitarbeiter im Lager und 60 in der Produktion. Auf Grund langanhaltender wirtschaftlicher Schwierigkeiten und damit einhergehenden Auftragsrückgängen beschließt die Unternehmensführung, sich von einem Drittel ihrer Mitarbeiter zu trennen. Dabei soll die Personalreduzierung in den drei vorgenannten Bereichen etwa gleichmäßig erfolgen.

§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG lässt es nun zu, drei Vergleichsgruppen zu bilden. Die 12 Mitarbeiter der Verwaltung wie auch die 12 Mitarbeiter im Lager stellen ebenso eine Vergleichsgruppe dem Grunde nach dar wie die 60 Mitarbeiter in der Produktion. Diese generalisierende Betrachtung lässt zur Vereinfachung der Falldarstellung zunächst außer Acht, dass möglicherweise für die korrekte später zutreffende Sozialauswahl Positionen des Abteilungsleiters oder des Vorarbeiters nicht zur Disposition stehen werden. Innerhalb dieser drei Vergleichsgruppen können nun die Altersgruppen gebildet werden. Ziel der danach zutreffenden Auswahl muss nach der Rechtsprechung seien, in etwa gleichmäßig zu Erhaltung der ausgewogenen Altersstruktur Arbeitnehmer bestimmte Altersgruppen zu kündigen. Unzulässig in diesem Zusammenhang ist es, etwa aus der Gruppe der Verwaltungsangestellten nur jüngere Arbeitnehmer zu kündigen, dem gegenüber im Bereich der Produktion sich von den ältesten Mitarbeiter in ausschließlich zu trennen.

b) Wie bildet man Altersgruppen ?

3er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132)

4er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132; Sächsisches LAG vom 5.1.2005 – 2 Sa 674/04 - in LAG E § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 48)

5er-Staffelung (vgl. LAG Hamm vom 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 - in NZA-RR 2004 Seite 132)

6er-Staffelung (vgl. BAG vom 11.5.2001 - 2 AZR 533/99 - in DB 2001 Seite 1042)

8-er Staffelung (vgl. LAG Düsseldorf vom 17.3.2000 – 9 (6) Sa 84/00 – in DB 2000 Seite 1572)

c) Berücksichtigung der Altersgruppen - proportional

d) Vorgehen bei Massenentlassungen

RÖDER / KRIEGER fassen die Ergebnisse von der Rechtsprechung insoweit zusammen, dass sie ein Vorgehen in 5 Schritten vorschlagen:

- (1) Bildung von Vergleichsgruppen
- (2) Bildung von Altersgruppen
- (3) Ausnahme der Leistungsträger
- (4) Sozialauswahl unter anteilmäßiger Berücksichtigung der gebildeten Altersgruppen
- (5) Kündigung der Arbeitsverhältnisse der ausgewählten Arbeitnehmer,

2. Namensliste

a) Vermutungswirkung nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	
(1)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
(2)
(5)	Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 des Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.

b) eingeschränkte Überprüfung der Sozialauswahl auf grobe Fehlerhaftigkeit - § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG

der Arbeitgeber hat

- *den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt,*
- *unsystematische Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen gebildet,*
- *eines der vier sozialen Grundkriterien überhaupt nicht berücksichtigt oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen,*
- *die der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehenden Gründe nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert*
- *eine unzulässigen Maßregelung begangen oder in anderer Weise den gekündigten Arbeitnehmer versteckt diskriminiert*

c) prozessuale Erleichterung und gerichtliche Praxis

Sozialauswahl

Betriebsratsanhörung

II Aspekte der Sozialauswahl zwischen Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten

1. funktionelle Vergleichbarkeit als Grundlage der Sozialauswahl

- a) arbeitsplatzbezogene Komponente
- b) horizontale Vergleichbarkeit
- c) arbeitsvertragliche Komponente

2. unterschiedliche Arbeitszeitvolumina kein Hindernis für die Vergleichbarkeit

- a) Urteil des BAG vom 3.12.1998 (2 AZR 341/98 - in NZA 1999 Seite 847 ff)
- b) Urteil des BAG vom 15.07. 2004 (2 AZR 376/03 - in DB 2004 Seite 2375 ff)

Beispiel

*Im Lager der **Matthias Schneider KG** sind drei Mitarbeiter beschäftigt: Sieglinde Ostwald mit 25 Stunden pro Woche, Hermann Krämer mit 36 Stunden pro Woche sowie Carmen Dietrich mit 18 Stunden pro Woche beschäftigt.*

***Sieglinde Ostwald** ist seit 12 Jahren beschäftigt. Sie ist verheiratet. Sie hat ein schulpflichtiges Kind. Ihr Mann ist derzeit arbeitslos. Frau Ostwald ist 36 Jahre alt.*

***Hermann Krämer** ist seit 8 Jahren beschäftigt. Er ist ledig und hat keine Kinder zu versorgen. Herr Krämer ist 30 Jahre alt.*

***Carmen Dietrich** ist seit 14 Jahren beschäftigt. Sie ist Mutter zweier schulpflichtiges Kinder. Sie ist alleinerziehend. Frau Dietrich ist 45 Jahre alt.*

3. Organisationsentscheidung - welche Aspekte machen sie zur nachvollziehbaren Organisationsentscheidung ?

§ 4 TzBfG Verbot der Diskriminierung

- (1) Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht.
- (2) Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Befristung des Arbeitsvertrages nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer unbefristet beschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Einem befristet beschäftigten Arbeitnehmer ist Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung, die für einen bestimmten Bemessungszeitraum gewährt wird, mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Beschäftigungsdauer am Bemessungszeitraum entspricht. Sind bestimmte Beschäftigungsbedingungen von der Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses in demselben Betrieb oder Unternehmen abhängig, so sind für befristet beschäftigte Arbeitnehmer dieselben Zeiten zu berücksichtigen wie für unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer, es sei denn, dass eine unterschiedliche Berücksichtigung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.

§ 8 TzBfG Verringerung der Arbeitszeit

- (1) Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, kann verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird.
- (2) Der Arbeitnehmer muss die Verringerung seiner Arbeitszeit und den Umfang der Verringerung spätestens drei Monate vor deren Beginn geltend machen. Er soll dabei die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit angeben.
- (3) Der Arbeitgeber hat mit dem Arbeitnehmer die gewünschte Verringerung der Arbeitszeit mit dem Ziel zu erörtern, zu einer Vereinbarung zu gelangen. Er hat mit dem Arbeitnehmer Einvernehmen über die von ihm festzulegende Verteilung der Arbeitszeit zu erzielen.
- (4) Der Arbeitgeber hat der Verringerung der Arbeitszeit zuzustimmen und ihre Verteilung entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers festzulegen, soweit betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Ein betrieblicher Grund liegt insbesondere vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Die Ablehnungsgründe können durch Tarifvertrag festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Ablehnungsgründe vereinbaren.
- (5) Die Entscheidung über die Verringerung der Arbeitszeit und ihre Verteilung hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Verringerung schriftlich mitzuteilen. Haben sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht nach Absatz 3 Satz 1 über die Verringerung der Arbeitszeit geeinigt und hat der Arbeitgeber die Arbeitszeitverringerung nicht spätestens einen Monat vor deren gewünschtem Beginn schriftlich abgelehnt, verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Verteilung der Arbeitszeit kein Einvernehmen nach Absatz 3 Satz 2 erzielt und hat der Arbeitgeber nicht spätestens einen Monat vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit schriftlich abgelehnt, gilt die Verteilung der Arbeitszeit entsprechend den Wünschen des Arbeitnehmers als festgelegt. Der Arbeitgeber kann die nach Satz 3 oder Absatz 3 Satz 2 festgelegte Verteilung der Arbeitszeit wieder ändern, wenn das betriebliche Interesse daran das Interesse des Arbeitnehmers an der Beibehaltung erheblich überwiegt und der Arbeitgeber die Änderung spätestens einen Monat vorher angekündigt hat.
- (6) Der Arbeitnehmer kann eine erneute Verringerung der Arbeitszeit frühestens nach Ablauf von zwei Jahren verlangen, nachdem der Arbeitgeber einer Verringerung zugestimmt oder sie berechtigt abgelehnt hat.
- (7) Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gilt die Voraussetzung, dass der Arbeitgeber, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt.

Diskriminierungsverbot

Eine Organisationsentscheidung kann dann nachvollziehbar sein, wenn etwa folgende Argumentation ihr zu Grunde liegt:

- (1) Sicherung der Maschinenlaufzeiten innerhalb eines Produktionsprozesses

- (2) Systematik eines bestimmten Schichtenmodells
- (3) Betreuung eines wichtigen Kunden in einer Hand
- (4) Abwicklung eines bestimmten Projektes nur durch Arbeitnehmer mit bestimmtem Arbeitszeitvolumen bzw. durch einen bestimmten Arbeitnehmer
- (5) Orientierung der Arbeitszeiten an den Wünschen eines bestehenden Kunden oder Auftraggebers
- (6) Bildung von Arbeitsgruppen mit Mitarbeitern mit einem bestimmten Arbeitszeitvolumen
- (7) starke Schwankungen des Arbeitsanfalls, welche die Beschäftigung von Arbeitnehmern mit einem bestimmten Arbeitszeitvolumen als vorteilhaft erscheinen lassen (vgl. BAG vom 19.5.1993 - 2 AZR 584/92 - in NZA 1993 S. 1075 ff)
- (8) Vermeidung von in der Vergangenheit aufgetretenen Störungen im Betriebsablauf nur durch Einsatz von Arbeitnehmern mit bestimmten Arbeitszeitvolumina zu erreichen bzw. wenn Mitarbeiter, die von zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmern als Vergleichspersonen benannt worden sind, auf Grund ihrer wesentlich flexibleren Einsatzmöglichkeit (Staffelung der Teilzeitkontingente) Betriebsablaufstörungen verhindern können

III vertragliche Anrechnung von Dienstjahren als Benachteiligung anderer Mitarbeiter bei der Sozialauswahl?

Beispiel :

Ist zum Beispiel ein Mitarbeiter in der Buchhaltung des konkret von personellen Maßnahmen betroffenen Betriebs erst 2 Jahre tätig, hat aber vertraglich 8 weitere Dienstjahre als anrechnungsfähige anerkannt bekommen, so wird diese Person vordergründig als sozial schwächer eingestuft gegenüber einem Mitarbeiter der Buchhaltung, welcher gerade erst 5 Jahre im gleichen Betrieb beschäftigt ist.

IV Bedeutung von arbeitsvertraglichen Versetzungsklauseln für die Sozialauswahl

1. Problemstellung

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	
(1)	Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.
(2)	Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn
1.	in Betrieben des privaten Rechts
a)	die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,
b)	der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann
	und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,
2.	in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts
a)	die Kündigung gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt,
b)	der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann
	und die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung Einwendungen erhoben hat, es sei denn, daß die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat.
	Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

- (3) Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur **des Betriebes**, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.
- (4) Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach **§ 95 des Betriebsverfassungsgesetzes** oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.
- (5) Sind bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach **§ 111 des Betriebsverfassungsgesetzes** die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach **§ 17 Abs. 3 Satz 2**.

2. Ausgangspunkt der Sozialauswahl = der Betrieb - aber welcher ?

- § 4 BetrVG** **Betriebsteile, Kleinbetriebe**
- (1) **Betriebsteile gelten als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und**
1. **räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt** oder
 2. **durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.**
- Die Arbeitnehmer eines Betriebsteils, in dem kein eigener Betriebsrat besteht, können mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen; **§ 3 Abs. 3 Satz 2** gilt entsprechend. Die Abstimmung kann auch vom Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlasst werden. Der Beschluss ist dem Betriebsrat des Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit mitzuteilen. Für den Widerruf des Beschlusses gelten die Sätze 2 bis 4 entsprechend.
- (2) Betriebe, die die Voraussetzungen des **§ 1 Abs. 1 Satz 1** nicht erfüllen, sind dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

3. Direktionsrecht und seine Spielarten

- § 106 GewO** **Weisungsrecht des Arbeitgebers**
- Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

- a) standortbezogene Direktionsklauseln
- b) Standort übergreifende Direktionsklauseln
- c) Fehlen einer ausdrücklichen Regelung zur Versetzbarkeit im Arbeitsvertrag
- d) Empfehlung für die Vertragsgestaltung

- e) Standort übergreifende Sozialauswahl und Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG