Landesarbeitsgericht Hamm, 9 Sa 1553/05

Datum:	15.08.2006
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	9. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	9 Sa 1553/05
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2006:0815.9SA1553.05.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Münster, 2 Ca 2963/04
Schlagworte:	Anforderungen an das Verlangen nach Elternzeit, ,,dringende betriebliche Gründe'' gegen einen Teilzeitanspruch
Normen:	§§ 16, 18, 15 Abs. 6 u. 7 BErzGG
Rechtskraft:	3) Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:

1) Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 16.06.2005 - 2 Ca 2963/04 - wird zurückgewiesen.

2) Die Kosten der Berufung, auch soweit sie durch die übereinstimmende Erledigungserklärung hinsichtlich des Antrages des Klägers auf Verringerung der Arbeitszeit veranlasst sind, werden der Beklagten auferlegt.

T a t b e s t a n d

1

Die Parteien streiten um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Ursprünglich war weiterer Streitgegenstand die Frage eines Anspruches des Klägers auf Verringerung der wöchentlichen Arbeitszeit, welcher durch Zeitablauf erledigt ist. 2

Der am 18.04.1961 geborene und verheiratete Kläger ist gegenüber zwei Kindern unterhaltsverpflichtet. Das jüngere Kind wurde am 12.02.2003 geboren. Der Kläger lebt mit seiner Familie in W1xxxxxxx. Ihm ist ein Grad der Behinderung (GdB) von 30 zuerkannt und er ist einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. 3

Die Parteien schlossen unter dem 13.03.2003 einen Anstellungsvertrag, wonach der Kläger ab 01.04.2003 als Reiseverkehrskaufmann angestellt wird. Die vom Kläger zuletzt bezogene Bruttomonatsvergütung lag bei 2.250,00 € bei einer 40-Stunden-Woche. 4

Die Beklagte formulierte unter dem 14.05., 02.06. und 05.07.2004 jeweils eine an den Kläger gerichtete Abmahnung, in welchen sie auf aus ihrer Sicht bestehende Leistungsdefizite bei der Erbringung der Arbeitsleistung durch den Kläger hinwies. 5

Mit Schreiben vom 16.07.2004 beantragte sie beim Landschaftsverband Westfalen-Lippe - Integrationsamt - in Münster die Zustimmung zu einer ordentlichen Kündigung des Klägers. Zur Begründung trug sie Leistungsdefizite vor. In diesem Antrag formulierte sie unter der Rubrik "Angaben zum Beschäftigungsbetrieb", dass mit Stand 16.07.2004 16 Festangestellte in Voll- und Teilzeit, zwei Geschäftsführer, sechs Auszubildende und sechs Aushilfen beschäftigt seien. Wegen der Einzelheiten dieses Antrages wird auf die Kopie Blatt 51 - 54 d.A. Bezug genommen. 6

Mit Schreiben vom 21.09.2004 wandte sich der Kläger an die Beklagte mit folgendem Anliegen: 7

> "Elternzeit mit Teilzeit 8
>
> Guten Tag, sehr geehrte Frau H2xxx, 9
>
> ich bitte Sie um eine schriftliche Bestätigung meiner Elternzeit in der Zeit vom 17.11.2004 - 11.2.2006 mit einer wöchentlichen Teilzeitarbeit von 3 Tagen á 8 Stunden. 10
>
> Ich würde gerne Montags, Dienstags und Donnerstags je 8 Stunden zwischen 9 und 18 Uhr arbeiten. 11
>
> Vielen Dank." 12

Die Beklagte reagierte wie folgt mit Schreiben vom 27.09.2004: 13

> "**Elternzeit mit Teilzeit** 14
>
> Sehr geehrter Herr G2xxx , 15
>
> in der Anlage erhalten Sie Ihren Antrag auf Elternzeit mit Teilzeit zur Entlastung zurück. 16
>
> Ihr Antrag entspricht nicht den gesetzlichen Vorschriften, um die Voraussetzungen ihres Anspruchs zu prüfen." 17

Unmittelbar nach Erhalt des ablehnenden Schreibens wandte sich der Kläger erneut an die Beklagte unter dem 01.10.2004: 18

> "**Anmeldung Elternzeit - Teilzeitantrag** 19
>
> Guten Tag, sehr geehrte Frau H2xxx, 20
>
> nach der Geburt meines Kindes L2xxx M3xxx am 12.02.2003 möchte ich Elternzeit mit verringerter Arbeitszeit für den Zeitraum 26.11.2004 bis 11.02.2006 in Anspruch nehmen. 21
>
> Während der Elternzeit möchte ich meine wöchentliche Arbeitszeit von 40 stunden auf 24 Stunden verringern. 22

Die wöchentliche Arbeitszeit soll sich wie folgt verteilen: 23

Montags, Dienstags und Donnerstags je 8 Stunden in der Zeit von 9-18 Uhr. 24

Ich bitte um eine schriftliche Bestätigung." 25

Auch hierzu äußerte sich die Beklagte abschlägig unter dem 15.10.2004: 26

"**Elternzeit mit Teilzeit** 27

Sehr geehrter Herr G2xxx , 28

ich bestätige Ihnen zunächst den Erhalt des neuen Antrages auf Elternzeit in Teilzeit vom 29
01.10.2004.

Auch wenn Sie nicht alle erforderlichen formalen Voraussetzungen dargelegt haben, gehe ich 30
davon aus, daß Sie grundsätzlich Anspruch auf Elternzeit gemäß §§ 15 ff. BErzGG haben. Dies beinhaltet unter bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeit einer verringerten Arbeitszeit.

Allerdings ist im Falle unseres Unternehmens der sogenannte Schwellenwert , eine 31
Beschäftigung von mehr als 15 Arbeitnehmern , ohne Auszubildende, nicht erreicht.

Im Übrigen stehen einer Teilzeitbeschäftigung während der von Ihnen in Anspruch 32
genommenen Elternzeit auch dringende betriebliche Gründe entgegen. Die Tätigkeit verlangt eine Vollzeitbeschäftigung - auch zur Koordinierung mit anderen Mitarbeitern -, da andernfalls die anfallenden Aufgaben nicht in der erforderlichen Weise, was Zeitaufwand, schnelle Reaktionszeit und sachliche Bearbeitung angeht, erfüllt werden können. Es ist nicht darstellbar, dass die Sachbearbeiter in unserem Hause nur zu bestimmten Zeiten und nicht an jedem Werktag für Kunden erreichbar sind.

Im Übrigen zeigt sich schon jetzt durch Ihre Tätigkeit, dass Sie den gestellten Anforderungen 33
nicht gerecht werden, bei Verringerung der wöchentlichen Arbeitszeit wird sich das Manko eher vergrößern.

Ich bedauere daher, Ihren Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit 34
ablehnen zu müssen."

Wegen der weiteren Einzelheiten beider Schreiben wird auf die Kopien Blatt 2, 3 d.A. Bezug 35
genommen.

Nachdem das Integrationsamt durch Bescheid vom 22.10.2004, den 36
Prozessbevollmächtigten der Beklagten zugestellt am 26.10.2004, die Zustimmung zur ordentlichen Kündigung erteilt hatte (Fotokopie Bl. 30 ff. d.A.), kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum Kläger mit Schreiben vom 04.11.2004. Auch in diesem Kündigungsschreiben trug sie Leistungsdefizite des Klägers vor. Wegen der Kopie wird auf Blatt 21, 22 d.A. Bezug genommen.

Mit zwei zum Arbeitsgericht Münster unabhängig voneinander erhobenen und sodann durch 37
das Arbeitsgericht verbundenen Klagen hat der Kläger zum einen sein Begehren auf Teilzeitbeschäftigung für die Zeit vom 26.11.2004 bis zum 11.02.2006 weiterverfolgt und zudem die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung vom 04.11.2004 geltend gemacht. Die Kündigungsschutzklage ist am 16.11.2004 beim Arbeitsgericht eingegangen.

Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung vom 04.11.2004 sei schon deswegen rechtsunwirksam, weil die Beklagte es versäumt habe, insoweit die Zustimmung der zuständigen Stelle zur Kündigung einzuholen, als dass der Kläger sich aufgrund der von ihm gestellten Anträge in Elternzeit befinde. 38

Er habe einen Anspruch auf Teilzeitarbeit während der Elternzeit, wie spätestens mit Schreiben vom 01.10.2004 auch hinsichtlich der Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit geltend gemacht. Die Beklagte beschäftige insgesamt 14 Vollzeitarbeitnehmer, zwölf Teilzeitarbeitnehmer, drei Werkstudenten sowie drei geringfügig Beschäftigte neben weiteren sechs Auszubildenden. Wegen der vom Kläger gefertigten Auflistung der tätigen Mitarbeiter wird auf die Fotokopie Blatt 55 d.A. Bezug genommen. 39

Im Übrigen stünden dringende betriebliche Gründe einer Teilzeitarbeit des Klägers nicht entgegen. Seine Tätigkeit als Reiseverkehrskaufmann bei der Beklagten könne durchaus in Teilzeit erbracht werden. Dies ergebe sich bereits daraus, dass bei der Beklagten in der Verkaufsabteilung, in der auch der Kläger arbeite, mehr Teilzeit- als Vollzeitkräfte beschäftigt seien. Die Verkaufsabteilung werde ähnlich wie ein Call-Center geführt. So sei es nach einer drei- bis viermonatigen Einarbeitungszeit unproblematisch möglich, flexibel zu arbeiten. Der Kläger habe bei der Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit die Interessen der Beklagten berücksichtigt, da er zu den bekannten Arbeitsspitzen im Betrieb anwesend sei. In seiner Eigenschaft als ehemaliger Verkaufsleiter der Beklagten habe er hierüber einen guten Überblick, was die Beklagte ihm in einem Zwischenzeugnis vom 01.11.2003 (Kopie Bl. 59 d.A.) auch bescheinigt habe. 40

Somit bestehe der Teilzeitanspruch; die Kündigung sei rechtsunwirksam, woraus sich auch der Anspruch auf Weiterbeschäftigung ergebe. 41

Der Kläger hat beantragt, 42

1) die Beklagte zu verpflichten, der Verringerung der Arbeitszeit des Klägers von bislang 40 Stunden auf künftig 24 Wochenstunden, verteilt auf die Wochentage Montag, Dienstag und Donnerstag jeweils acht Stunden in der Zeit von 9.00 Uhr - 18.00 Uhr bis zum 11.02.2006 zuzustimmen, 43

2) festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 04.11.2004 nicht beendet wird, 44

3) im Falle des Obsiegens mit dem Bestandsschutzantrag die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Reiseverkehrskaufmann weiterzubeschäftigen. 45

Die Beklagte hat beantragt, 46

die Klage abzuweisen. 47

Sie hat vorgetragen: 48

Jedenfalls zum Zeitpunkt der maßgeblichen Beurteilung der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer im Oktober/November 2004 habe sie nicht mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. 49

Die Beklagte hat hierzu folgende Aufstellung zur Gerichtsakte gereicht (Bl. 73 d.A.): 50

51

< An dieser Stelle befindet sich im Originalurteil eine

Bildwiedergabe der Aufstellung der Beklagten > 52

Zu dieser Auflistung hat sie dargelegt, hieraus ergebe sich eine Anzahl von 14 Personen, die bei ihr einschließlich des Klägers beschäftigt gewesen seien, und zwar per 31.10.2004. 53

Im Übrigen würden dringende betriebliche Erfordernisse gegen eine Verringerung der wöchentlichen Arbeitszeit des Klägers sprechen, da die von ihm abverlangte Tätigkeit nur in Vollzeit effektiv zu bewältigen sei. Anders sei eine Koordinierung mit anderen Einkaufsmitarbeitern nicht möglich. Die Beklagte müsse ansonsten erhebliche Umsatzrückgänge befürchten, weil sie sich nicht schnell genug auf sich verändernde Situationen einstellen könne. 54

Im Übrigen gehe es dem Kläger offenkundig mit seinem Antrag auf Verringerung der Arbeitszeit nur darum, Sonderkündigungsschutz zu erlangen, nachdem er mit Zustimmung des Integrationsamtes die gleichfalls angefochtene Kündigung erhalten habe. 55

Dieser Sonderkündigungsschutz stehe ihm im Übrigen auch deswegen nicht zu, weil die Beklagte eben die maßgebliche Anzahl von 15 beschäftigten Arbeitnehmern in ihrem Betrieb nicht erreiche. 56

Die Kündigung sei rechtswirksam, da der Kläger sein mangelhaftes Leistungsverhalten auch nach drei einschlägigen Abmahnungen nicht verbessert habe. Dies ergebe sich letztendlich auch aus dem Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes. 57

Durch Urteil vom 16.06.2005 (Bl. 95 ff. d.A.) hat das Arbeitsgericht nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch Vernehmung der Mitarbeiterin der Beklagten Frau W3xxxx-L1xxxxx der Klage insgesamt stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass zu seiner Überzeugung feststehe, die Beklagte beschäftige mehr als 15 Arbeitnehmer im Sinne des Bundeserziehungsgeldgesetzes, wobei es der Beklagten nicht gelungen sei, dringende betriebliche Erfordernisse, die der begehrten Teilzeitarbeit entgegenstünden, dazulegen. Die Kündigung erweise sich wegen Verstoßes gegen § 18 Abs. 1 Satz 1 BErzGG als rechtsunwirksam. 58

Gegen dieses, der Beklagten unter dem 04.07.2005 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit der am 04.08.2005 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 05.10.2005 unter diesem Datum begründeten Berufung. 59

Sie trägt vor: 60

Die Beklagte beschäftige nicht mehr als 15 Arbeitnehmer im Sinne des § 15 Abs. 7 BErzGG. Hierzu werde erneut auf die Liste aller Mitarbeiter der Beklagten Stand 31.10.2004 hingewiesen, die bereits in erster Instanz vorgelegt worden sei. Auch habe die erstinstanzlich vernommene Zeugin zu jedem einzelnen Mitarbeiter konkrete Angaben gemacht, woraus sich ebenfalls der Sachvortrag der Beklagten bestätige. 61

Zu dem Mitarbeiter F3xxxxx F4xxx sei ergänzend darauf hingewiesen, dass er sich bis zum 25.09.2004 in Australien zu einem längeren Studienaufenthalt befunden habe und erst Mitte/ Ende November 2004 seine Tätigkeit bei der Beklagten wieder aufgenommen habe. Zuvor sei er auch auf der Basis eines Jahreszeitkontos nur als Aushilfe auf Abruf für die Beklagte tätig gewesen, wobei sich eine wöchentliche Arbeitszeit von zehn Stunden lediglich aufgrund 62

einer Durchschnittsermittlung bezogen auf das ganze Jahr ergeben habe. Tatsächlich sei er jedoch im Oktober 2004 überhaupt nicht bei der Beklagten beschäftigt gewesen, sondern erst wieder im Laufe des Monats November.

Vorsorglich sei zu den dringenden betrieblichen Gründen, die dem Teilzeitanspruch des Klägers entgegenstünden, wie folgt vorzutragen: 63

Der Kläger könne nur in der Verkaufsabteilung arbeiten, da ein anderweitiger Einsatz mangels entsprechender Vorkenntnisse nicht möglich sei. Alle in der Verkaufsabteilung beschäftigten Mitarbeiter müssten regelmäßig an zwei- bis dreimal jährlich stattfindenden fünf bis sechs Tage dauernden Expedientenfahrten teilnehmen. Darüber hinaus würden zwei- bis dreimal jährlich sogenannte In-House-Seminare in Form von ganzen Schulungswochen stattfinden. Während dieser Schulungen sei eine ganzwöchige Präsenz erforderlich. 64

Darüber hinaus müsse der Mitarbeiter durchgehend Ansprechpartner für seinen Kunden sein, der sowohl das einleitende Verkaufsgespräch führe, als auch bei Rückfragen kompetent, effizient und schnell zur Verfügung stehen müsse. Die Beklagte lege Wert auf eine personalisierte Betreuung ihrer Kunden. 65

Das Kundenverhalten verschiebe sich in zeitlicher Hinsicht zunehmend zum Wochenende. Deshalb müsse der Mitarbeiter auch an Samstagen uneingeschränkt zur Verfügung stehen mit der Folge, dass eine flexible Einteilung auf die anderen Werktage möglich sein müsse. Darüber verlange die Beklagte vom Kläger genau wie von anderen Mitarbeitern, mittels eines sogenannten Notdienst-Handys auch an Wochenenden zur Verfügung zu stehen, um gegebenenfalls Reisereklamationen von Kunden entgegennehmen zu können, was auch ein Aktenstudium der entsprechenden geschäftlichen Vorgänge bedinge. 66

Darüber hinaus würden die wöchentlichen Verkaufssitzungen, die bislang mittwochs stattgefunden haben, jetzt freitags abgehalten werden, was eine Teilnahme des Klägers bei seiner jetzt gewünschten Verteilung der Arbeitszeit nicht ermögliche. In den Hauptnachfragezeiten Dezember bis März und August/September sei es erforderlich, dass zu solchen Zeiten alle Mitarbeiter in der gesamten Zeit in Vollzeit und mit 40 Stunden zur Verfügung stünden. Urlaubszeiten im Verkauf würden eine flexible Planbarkeit erforderlich machen, da Vertretungen organisiert werden müssten. Auch in dieser Zeit würde eine Vollzeitbelastung auf ansonsten teilzeitbeschäftigte Kräfte zukommen. In der Phase von Katalogvorbereitungen seien Zusatzarbeiten dreimal jährlich erforderlich, die eine Stammdatenüberprüfung durch Verkaufsmitarbeiter unter immensen Zeitdruck und einem Arbeitsaufwand von einer vollen Woche bedeuteten. 67

Zusammengefasst sei festzustellen, dass angesichts der Größe der Beklagten und unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Situation aufgrund der aktuellen Kundennachfragen weder Vollzeitstellen in Teilzeitstellen umgewandelt werden könnten; erst recht sei die Einstellung einer weiteren Vollzeitkraft für den Kläger undenkbar. 68

Die Kündigung erweise sich als rechtswirksam, da ein Verstoß gegen § 18 BErzGG nicht vorliege und ansonsten die dargelegten Leistungsmängel nach einschlägigen Abmahnungen die Kündigung tragen würden. 69

Im Verhandlungstermin vor der Berufungskammer hat die Beklagte ergänzend erläutert, dass sie die Schreiben des Klägers vom 21.09. und 01.10.2004 wegen seiner beabsichtigten Teilzeitarbeit nicht als Verlangen der Elternzeit betrachte, sondern allein als Teilzeitantrag. Demzufolge stünde dem Kläger der Kündigungsschutz des § 18 Abs. 1 BErzGG nicht zu. 70

Ansonsten verlange der weitergehende Kündigungsschutz des § 18 Abs. 2 Ziffer 2 BErzGG, dass auch die Voraussetzungen für die Verringerung der Arbeitszeit im Sinne des § 15 Abs. 7 BErzGG vorlägen.

Darüber hinaus sei das Arbeitsverhältnis zum Kläger durch das Gericht aufzulösen, da eine weitere Beschäftigung unzumutbar sei. Hierzu hat die Beklagte ein Schreiben der Mitarbeiterin W3xxxx vom 11.08.2006 sowie ein Schreiben der Mitarbeiter K2xxx und R3xxxxx vom 14.08.2006 zur Gerichtsakte gereicht, woraus sich nach Auffassung der Beklagten ergebe, dass diese Mitarbeiter nicht bereit seien, weiter mit dem Kläger zusammenzuarbeiten. 71

Schließlich ist im Verhandlungstermin vor der Berufungskammer von beiden Parteien darauf hingewiesen worden, dass der Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes vom 22.10.2004 mittlerweile unter dem 09.09.2005 vom Widerspruchsausschuss beim Integrationsamtes des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe aufgehoben worden ist. Wegen der Fotokopie des Aufhebungsbescheides wird auf Blatt 160 ff. d.A. Bezug genommen. 72

Darüber hinaus haben beide Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Antrages des Klägers auf Verringerung der Arbeitszeit für erledigt erklärt, da dieser wegen des bis zum 11.02.2006 beantragten Zeitraums sich durch Zeitablauf erledigt habe. Unter Berücksichtigung dieser Erledigungserklärung beantragt die Beklagte, 73

> das Urteil des Arbeitsgerichts Münster vom 16.06.2005 - 2 Ca 2963/05 - abzuändern und die Klage abzuweisen, 74
>
> hilfsweise, 75
>
> das Arbeitsverhältnis zum Kläger gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen. 76

Der Kläger beantragt, 77

> die Berufung und den Auflösungsantrag zurückzuweisen. 78

Der Kläger trägt vor: 79

Ausweislich der Schreiben des Klägers vom 21.09. und 01.10.2004 habe er von der Beklagten Elternzeit verlangt. Daraus ergebe sich mangels Vorliegens der Zustimmung der zuständigen Stelle die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen das Bundeserziehungsgeldgesetz. 80

Der Kläger habe auch einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit im begehrten Umfange während der Dauer der Elternzeit gehabt, da die Beklagte regelmäßig mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftige und dringende betriebliche Erfordernisse nicht entgegenstünden. Insoweit verteidigt er die erstinstanzliche Entscheidung als zutreffend und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen unter Erwiderung auf die Darstellung der Beklagten in der Berufungsbegründung. 81

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle Bezug genommen. 82

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 83

84

Die nach der Beschwer (§ 64 Abs. 2 ArbGG) an sich statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten (§§ 66 Abs. 1 Satz 1; 64 Abs. 6 ArbGG, 516 ff. ZPO) hat keinen Erfolg, da die Kündigung der Beklagten vom 04.11.2004 das Arbeitsverhältnis zum Kläger nicht beendet hat (s.u. I.) und der erstmals in der Berufungsinstanz gestellte Auflösungsantrag zurückzuweisen war (s.u. II.).

Außerdem waren der Beklagten nach übereinstimmender Erledigungserklärung hinsichtlich des Teilzeitantrages des Klägers die damit verbundenen Kosten aufzuerlegen (s.u. III.). 85

I. 86

Die Kündigung der Beklagten vom 04.11.2004 erweist sich gem. § 134 BGB als nichtig, da sie im Sinne dieser Vorschrift gegen ein Gesetz, § 18 Abs. 1 S.1 BErzGG, verstößt. Wenn nämlich § 18 Abs. 1 S.1 BErzGG beschreibt, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, so liegt hierin ein gesetzliches Verbot, welches sich gegen die Kündigungserklärung selbst richtet mit der Folge, dass die trotzdem ausgesprochene Kündigung gem. § 134 BGB nichtig ist (grundlegend BAG, Urteil vom 17.02.1994, 2 AZR 616/93, NZA 1994, S. 656). 87

A. 88

Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 S.1 BErzGG liegen vor, da der Kläger im Sinne der Norm Elternzeit verlangt hat. 89

1. 90

§ 18 BErzGG beschreibt selbst nicht die Voraussetzungen, unter denen Elternzeit verlangt werden kann, sondern bezieht sich nur auf das Verlangen selbst. Aus diesem Grunde ist auf die Vorschriften der §§ 15, 16 BErzGG zurückzugreifen, die die Grundlagen für den Anspruch auf Elternzeit und die formellen Regeln für deren Inanspruchnahme bestimmen. Der Kündigungsschutz aus § 18 Abs. 1 S. 1 BErzGG besteht nämlich grundsätzlich nur, wenn das Verlangen rechtswirksam erklärt worden ist (BAG, Urteil vom 17.02.1994, aaO, vgl. auch Gröninger/Thomas MuSchG, 40. Erg. 2006, § 18 nF, Rdnr. 11; Hessisches LAG, Urteil vom 07.11.2000, 9 Sa 675/00 zu II.1a) der Gründe bei juris). 91

a. 92

Der Kläger hat einen Anspruch auf Elternzeit gem. § 15 Abs. 1 und Abs. 2 BErzGG, da er streitlos 93

- Arbeitnehmer der Beklagten ist, 94
- mit einem Kind, für welches ihm die Personensorge zusteht, in einem Haushalt lebt, 95
- dieses Kind selbst betreut und erzieht und 96
- das Kind (*12.02.2003) das dritte Lebensjahr zum streitgegenständlichen Zeitpunkt noch nicht vollendet hatte. 97

Ob und inwieweit die Ehefrau des Klägers Elternzeit ihrerseits in Anspruch genommen haben mag, konnte offen bleiben, da § 15 Abs. 3 BErzGG ausdrücklich für beide Elternteile das Recht einräumt, auch gemeinsam Elternzeit in Anspruch zu nehmen. 98

99

b.

Der Kläger hat spätestens mit Schreiben vom 01.10.2004 gem. § 16 Abs. 1 S.1 BErzGG rechtswirksam Elternzeit verlangt. Diese Bestimmung setzt die schriftliche Form und die Angabe der Zeiten voraus, in denen Elternzeit beansprucht wird. Außerdem bezeichnet sie die Frist von acht Wochen vor Beginn der Elternzeit. 100

Die Schriftform ist gewahrt, da der Kläger seinen Antrag unterschrieben hat, § 126 Abs. 1 BGB. Auch sind die entsprechenden Zeiten angegeben, wobei offen bleiben kann, ob mit Zugang des Schreibens am 01.10.2004 auch bei gewünschtem Beginn am 26.11.2004 die Frist von acht Wochen gewahrt ist, da eine Nichteinhaltung der Frist ohnehin nicht zur Unwirksamkeit des Verlangens im o.g. Sinne führen würde, sondern den Beginn der Elternzeit nur herausschieben würde (BAG, Urteil vom 17.02.1994 aaO zu II.3.c)(2) der Gründe) mit der Folge, dass der Arbeitnehmer erst nach Fristablauf ohne weitere Erklärungen der Arbeit fernbleiben kann (vgl. Gröninger/Thomas aaO, § 16 nF, Rdnr. 8). 101

Soweit die Beklagte hierzu die Auffassung vertreten hat, dass sowohl das erste Schreiben vom 21.09. als auch das zweite vom 01.10.2004 nur einen Teilzeitantrag, nicht aber das Verlangen nach Elternzeit darstellt, vermochte die Berufungskammer dem nicht zu folgen. Selbst wenn man der Beklagten beipflichten und das Schreiben vom 01.10.2004 nicht als eindeutig im Sinne eines Verlangens nach § 16 Abs. 1 BErzGG ansehen würde, so wäre in jedem Falle eine Auslegung gem. § 133 BGB vorzunehmen (Hessisches LAG, Urteil vom 07.11.2000 aaO; BAG, Urteil vom 27.04.2004, 9 AZR 21/04, NZA 2004, 1039). Eine solche Auslegung müsste dann auch dazu führen, trotz des Schriftformerfordernisses in § 16 Abs. 1 S.1 BErzGG auch Umstände außerhalb des Schreibens vom 01.10.04 heranzuziehen (BAG, Urteil vom 27.04.2004 aaO), also auch das vorhergehende Schreiben vom 21.09.2004. 102

Beide Schreiben formulieren zwar nicht ausdrücklich, dass der Kläger hiermit Elternzeit verlange, beschränken sich aber auch nicht auf ein bloßes Teilzeitverlangen, wie es sich etwa auf § 8 Abs. 2 TzBfG stützen lassen könnte. Das Schreiben vom 01.10. betitelt er mit "Anmeldung Elternzeit-Teilzeitantrag", nimmt ausdrücklich Bezug auf die Geburt der Tochter am 12.02.2003 und schreibt "möchte ich Elternzeit .... in Anspruch nehmen. Zudem beschränkt er den zugleich geäußerten Teilzeitwunsch auf die Vollendung des dritten Lebensjahres der Tochter und bringt damit verstärkt zum Ausdruck, dass er sich am BErzGG (dort § 15 Abs. 2) orientiert. 103

Daneben lag der Beklagten das Schreiben vom 21.09.2004 vor, welches mit "Elternzeit mit Teilzeit" überschrieben war und worin der Kläger eine schriftliche Bestätigung "meiner Elternzeit" für den angegebenen Zeitraum bat. 104

Damit war nach den o.g. Grundsätzen für die Beklagte klar, dass der Kläger Elternzeit nach Ablauf von acht Wochen ab seinen Schreiben bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres der Tochter beanspruchte und sich nicht nur auf die Geltendmachung eines Teilzeitverlangens beschränkte. Auch die Reaktion der Beklagten im Schreiben vom 15.10.2004 dokumentiert, dass die Beklagte das Ansinnen des Klägers genau so verstanden hat, da sie ausdrücklich davon spricht, der Kläger habe "grundsätzlich Anspruch auf Elternzeit gemäß § 15 ff BErzGG". 105

Liegt damit ein wirksames Verlangen der Elternzeit im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 04.11.2004 vor, verbietet § 18 Abs. 1 BErzGG diese Kündigung mit der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB. Die gleichfalls in § 18 Abs. 1 (S.2) BErzGG geregelte Ausnahme der behördlichen Zulässigkeitserklärung der Kündigung ist nicht gegeben, da eine solche von der 106

Beklagten ohnehin nicht beantragt worden ist.

B. 107

Da bereits die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 BErzGG vorliegen, kam es auf die insbesondere im Verhandlungstermin vor der Berufungskammer aufgeworfene Frage, unter welchen Voraussetzungen der Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 2, Ziffer 2 BErzGG eingreift, nicht mehr an. Allerdings möchte die Kammer darauf hinweisen, dass zumindest nach einhelliger Auffassung in der Literatur, die die Kammer teilt, eine Anknüpfung an die tatbestandlichen Voraussetzungen des Teilzeitverlangens nach § 15 Abs. 7 BErzGG (hier: Betriebsgröße) nicht stattfindet. Denn § 18 Abs. 2 Ziffer 2 BErzGG macht auch ohne eine solche Anknüpfung einen Sinn, da § 15 BErzGG für die Elternzeit weitere Anspruchsvoraussetzungen bezeichnet, deren Nichtvorliegen einem Anspruch auf Elternzeit entgegenstehen (vgl. Gröninger/Thomas aaO, § 18 nF, Rdnr 9: Wohnsitz, Aufenthalt des Kindes etc.). 108

C. 109

Dem Kläger ist es auch nicht verwehrt, sich auf den Kündigungsschutz aus § 18 BErzGG zu berufen, § 242 BGB. 110

Zwar hat die Beklagte vorgetragen, der Kläger habe nur deswegen seinen Antrag vom 01.10.2004 gestellt, um Sonderkündigungsschutz zu schaffen, nachdem er die Kündigung mit Zustimmung des Integrationsamtes erhalten hatte. Allerdings konnte die Kammer offen lassen, ob selbst dann, wenn eine solche Konstellation vorliegt, die Berufung auf § 18 BErzGG rechtsmissbräuchlich sein kann. 111

Denn die Abfolge der Zeitdaten im vorliegenden Rechtsstreit stützt die Auffassung der Beklagten nicht: So stammt der aus Sicht der Beklagten maßgebliche "Antrag" des Klägers vom 01.10.2004, bei der Beklagten ausweislich ihres Antwortschreibens jedenfalls vor dem 15.10.2004, nach den tatbestandlichen Feststellungen des insoweit nicht angegriffenen erstinstanzlichen Urteils am gleichen Tage, zugegangen. Der Zustimmungsbescheid des Integrationsamtes datiert hingegen vom 22.10.2004, also drei Wochen nach dem Verlangen.der Elternzeit; die Kündigung stammt vom 04.11.2004. Damit steht schon aufgrund des Zeitablaufes fest, dass der Kläger die Elternzeit nicht nach Zugang der Kündigung verlangt hat. 112

Nach alledem verbleibt es bei der Nichtigkeit der streitgegenständlichen Kündigung. 113

II. 114

Der Auflösungsantrag, der erstmals in der Berufungsinstanz von der Beklagten gestellt wurde, hat keinen Erfolg. 115

A. 116

Der Antrag ist zulässig. Es begegnet keinen Bedenken, dass er erstmals in der Berufungsinstanz gestellt wurde. Unzulässig wird der Auflösungsantrag erst dann, wenn kein Bestandsschutzstreit vor Gericht zwischen den Parteien (mehr) anhängig ist (LAG Hamm, Urteil vom 22.03.1989, LAGE § 9 KSchG Nr. 13). Ansonsten gilt gem. § 9 Abs. 1 S. 3 KSchG, dass dieser Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz – wie geschehen – gestellt werden kann (vgl. Spilger in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften – KR -, 117

§ 9 Rdnr. 20 mit weiteren Nachweisen auch zur Rechtsprechung).

B. 118

Der Antrag ist aber nicht begründet. 119

Unabhängig davon, dass sich die streitgegenständliche Kündigung vom 04.11.2004 zwar als rechtsunwirksam erwiesen und damit das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat (s.o. I.), kann die Beklagte einen Auflösungsantrag nicht mit Erfolg stellen, ohne das es auf die Frage der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ankäme. 120

Wegen des Standortes der maßgeblichen Vorschrift des § 9 Abs. 1, S.2 KSchG im Ersten Abschnitt des Gesetzes kommt diese Vorschrift nur zur Anwendung, wenn eine Überprüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung durch das Gericht nach den Maßstäben der sozialen Rechtfertigung gem. § 1 KSchG deren Rechtsunwirksamkeit ergeben hat (vgl. KR-Spilger aaO, § 9 Rdnrn. 26 ff mit weiteren Nachweisen). Erweist sich die Kündigung hingegen aus anderen gesetzlichen Gründen als nichtig, ist für den Auflösungsantrag kein Raum (BAG, Urteil vom 10.11.1994, 2 AZR 207/94, NZA 1995, S. 309; LAG Köln, Urteil vom 11.03.1999, 10 (2) Sa 889/98, NZA-RR 2000, 55), weil die Lösungsmöglichkeit nach § 9 Abs. 1, S.2 KSchG für den Arbeitgeber eine Vergünstigung darstellt, die nur in Betracht kommt, wenn eine Kündigung "nur" sozialwidrig und nicht aus anderen Gründen nichtig ist (BAG, Beschluss vom 21. September 2000, 2 AZN 576/00, NZA 2001, 102). 121

So liegt der Fall hier: Die Kündigung verstößt gegen § 18 Abs. 1 BErzGG, s.o. I. 122

Auf den Inhalt der von der Beklagten im Verhandlungstermin überreichten Schriftstücke anderer Mitarbeiter, die sie zur Begründung des Auflösungsbegehrens herangezogen hat, kam es danach nicht an. 123

III. 124

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien wegen Zeitablaufs hinsichtlich des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Teilzeitarbeit in der Zeit vom 26.11.2004 bis zum 11.02.2006 hatte die Berufungskammer insoweit gem. § 91 a Abs. 1, S. 1 i.V.m. § 525 ZPO, § 64 Abs. 6 ArbGG über die Kosten unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. 125

Die Kosten waren nach diesen Maßstäben der Beklagten aufzuerlegen, da dem Kläger der Anspruch auf Teilzeitarbeit zustand. 126

A. 127

Vorauszuschicken ist, dass als Prüfungsmaßstab für das klägerische Begehren § 15 Abs. 6 und 7 BErzGG heranzuziehen sind - wie das Arbeitsgericht zutreffend entschieden hat -, da der Kläger Teilzeitarbeit während der Elternzeit beantragt hatte und insoweit die Voraussetzungen im allgemeinen (Anspruch auf Elternzeit, Verlangen der Elternzeit, Fristenwahrung, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Bestimmtheit des klägerischen Antrages, Umfang der Teilzeitarbeit) vorlagen. Auf die Ausführungen zum Kündigungsschutz nach § 18 BErzGG unter I. dieses Urteils wird insoweit Bezug genommen. Problematisch waren allein die Fragen nach der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer (§ 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG) – dazu unten 1. - und nach evtl. entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen (§ 15 Abs. 7 Nr. 4 BErzGG) – dazu unten 2. 128

129

1.

Die Beklagte beschäftigte in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG. 130

a. 131

Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Anzahl der Arbeitnehmer sind die reinen Kopfzahlen der Beschäftigten, nicht deren Arbeitszeit. Das bedeutet, dass auch Teilzeitbeschäftigte und sog. Abruf- und Aushilfskräfte (wie immer sie aus Sicht der Beklagten zu definieren sind) voll mitzählen, da es allein auf die Arbeitnehmereigenschaft ankommt. Ob die Arbeitszeit 1 Stunde pro Woche, anders verteilt auf einzelne Monate oder 40 Stunden pro Woche beträgt, ist rechtlich unerheblich. Lediglich Personen, die sich in der Berufsbildung befinden, sind ausgenommen. Dieses Verständnis von § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG ergibt sich zum einem aus dem Wortlaut der Norm, der nämlich irgendwelche Eingrenzungen unter Berücksichtigung der abzuleistenden Arbeitszeit nicht vorsieht. Zum anderen ergibt sich das auch aus der Gesetzgebungsgeschichte: Während im Gesetzesentwurf zur Änderung des BErzGG der Fraktion der SPD/Bündnis90-Die Grünen (Bundestagsdrucksache 14/3118) die Formulierung des neu zu schaffenden § 15 Abs. 7 Nr. 1 noch lautete (BT-Dr. 14/3118 S. 7): 132

> (7) Für den Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit gelten folgende Voraussetzungen: 133
>
> 1. Der Arbeitgeber beschäftigt, unabhängig von der Anzahl der Personen in Berufsbildung, in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer; § 23 Abs. 1 Satz 3 des Kündigungsschutzgesetzes gilt entsprechend; ... 134

und die Regierungskoalition zur Begründung anführte (S. 21): 135

> Die weiteren Voraussetzungen regelt Absatz 7. Nummer 1 betrifft die Mindestgröße des Betriebes (unter Bezugnahme auf § 23 Abs. 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) wegen der anteiligen Berücksichtigung von Teilzeitkräften) 136

ist der einschränkende Verweis auf § 23 KSchG nicht zum Inhalt der dann verabschiedeten Gesetzesänderung geworden (vgl. auch Gröninger/Thomas aaO, § 15 nF. Rdnr. 8; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 10. A., § 102 Rdnr. 178). 137

Mit der Formulierung "..in der Regel..." hingegen knüpft der Gesetzgeber an andere gesetzliche Bestimmungen an, die gleiche oder ähnliche Formulierungen verwenden, so z.B. in § 23 Abs. 1 S.2 KSchG. Dieser Umstand war auch im Gesetzgebungsverfahren nie zweifelhaft, da der ursprünglich angedachte und nicht realisierte Verweis auf § 23 Abs. 1 KSchG sich ausschließlich auf die Frage der Teilzeitkräfte, nicht auf die Frage des Begriffs "in der Regel" bezog, vgl. die oben zitierten Auszüge aus der BT-Drucks. 14/3118. Hiernach gilt, dass es bei dieser Feststellung nicht allein auf den Zeitpunkt des Zugangs des Teilzeitverlangens ankommt, sondern dass vielmehr eine Rückschau auf die bisherige personelle Situation und eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklung im Betrieb vorzunehmen ist (BAG, Urteil vom 31.01.1991, 2 AZR 356/90, NZA 1991, 562 zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG mit weiteren Nachweisen). 138

b. 139

Ausgehend von diesen Grundlagen sind die vom Arbeitsgericht im angegriffenen Urteil getroffenen Feststellungen zutreffend. Berücksichtigt man nämlich die von der Beklagten selbst gefertigte Liste mit Stand 31.10.2004, die durchgeführte Beweisaufnahme sowie das 140

Vorbringen in der Berufungsinstanz, so sind die von der Beklagten bezeichneten Saison- und Aushilfskräfte schon deswegen zu berücksichtigen, weil es sich begrifflich um Arbeitnehmer handelt. Auch die Abrufarbeitskraft, die der Deckung von Arbeitsspitzen dient, die regelmäßig saisonal auftreten, ist Arbeitnehmer, wie sich zweifelsohne aus § 12 Abs. 1 TzBfG ergibt, der die Arbeitnehmereigenschaft solcher Kräfte unterstellt.

Den Mitarbeiter F4xxx hat die Beklagte selbst als Aushilfe mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 10 Stunden aufgeführt. Soweit sie hierzu dessen Abwesenheit durch einen Australienaufenthalt angeführt hat, führt das nicht zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft: 141

Zum einen ist nicht vorgetragen, dass das Arbeitsverhältnis zu Herrn F4xxx beendet war; zum anderen ergibt sich aus der überreichten Kopie des Reisepasses eine Einreise in Australien unter dem 27.06.2004 und eine Ausreise unter dem 25.09.2004 (Bl. 146 d.A.), verbunden mit dem Vortrag, Herr F4xxx sei zuvor und sodann wieder ab Mitte November tätig geworden. Nach Auffassung der Berufungskammer stellen diese Umstände unter Beachtung der o.g. höchstrichterlichen Rechtsprechung durchaus eine regelmäßige Beschäftigung im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG dar. 142

Herauszurechnen sind aus der eigenen Liste der Beklagten daher die beiden geschäftsführenden Gesellschafter, da ihnen die Arbeitnehmereigenschaft fehlt (vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG) sowie die sechs Auszubildenden, da sich letztere im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG in der Berufsbildung befinden (vgl. § 1 Abs. 1 BBiG). Die angeführte Studentin hingegen zählt nach den obigen Grundsätzen zu Aushilfskräften mit; insbesondere befindet sie sich nicht in der Berufsbildung im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG, da eine universitäre Ausbildung nicht Berufsbildung im Sinne des Gesetzes ist, § 1 Abs. 1 BBiG. Damit verbleiben 18 Arbeitnehmer im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG; jedenfalls mehr als 15, auch wenn man das Vorbringen der Beklagten zu zwei Aushilfsschülern berücksichtigen würde. 143

2. 144

Dringende betriebliche Gründe im Sinne des § 15 Abs. 7 Nr. 4 BErzGG standen dem Teilzeitanspruch des Klägers nicht entgegen. 145

a. 146

Maßstab für das Entfallen des Teilzeitanspruchs nach § 15 Abs. 7 Nr. 1 BErzGG sind – anders als in § 8 TzBfG – dringende betriebliche Gründe; "einfache" betriebliche Gründe reichen nicht aus. Hintergrund für diese Differenzierung zwischen allgemeinem Teilzeitrecht und den Bestimmungen im BErzGG war das Ziel des Gesetzgebers, "angemessene strukturelle Verbesserungen beim Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub einschließlich einer erleichterten Teilzeitarbeit während dieser Zeit,..." zu schaffen (BT-Drucks. 14/3118, S. 1). Daraus und aus der vergleichbaren Wortwahl in § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ("dringende betriebliche Erfordernisse") folgt, dass die entgegenstehenden betrieblichen Interessen von erheblichem Gewicht sein müssen und sich als zwingende Hindernisse für die beantragte Verkürzung der Arbeitszeit und deren Verteilung darstellen (Gröninger/Thomas aaO, § 15 nF, Rdnr. 55 a; LAG Hamm, Urteil vom 08.02.2006, 9 Sa 1601/04 zu 2.b) der Gründe; BAG, Urteil v. 18.03.2003- 9 AZR 126/02 - AP 3 zu § 8 TzBfG; zu BI2a der Gründe) In der Entscheidung vom 19.04.2005, der die Berufungskammer folgt, hat das Bundesarbeitsgericht hierzu wörtlich ausgeführt: (BAG, Urteil vom 19.04.2005, 9 AZR 233/04, NZA 2005, 1354-1358): 147

Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber gegen den Anspruch des Arbeitnehmers auf Elternzeit ohne jegliche Arbeitsleistung keine Einwendungen erheben kann. Daraus folgt, dass sich die dringenden betrieblichen Gründe iSd. § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BErzGG gerade daraus ergeben müssen, dass durch den Wunsch nach Teilzeitarbeit des in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmers erhebliche Beeinträchtigungen für den Arbeitgeber entstehen. 148

b. 149

Diesen Kriterien werden die von der Beklagten aufgeführten Gründe nicht gerecht. Insbesondere konnte die Beklagte nicht näher darlegen, warum es ihr grundsätzlich möglich ist (durch ihre eigene Liste Stand 31.10.04 dokumentiert und vom Kläger substantiiert vorgetragen), Teilzeitkräfte zu beschäftigen, aber eine Reduzierung der Arbeitszeit des Klägers für einen begrenzten Zeitraum nicht verkraften zu können. 150

Soweit sie auf Schulungsveranstaltungen, notwendige Expedientenreisen, Urlaubsvertretungen und Wochenenddienste verweist, ist nicht ersichtlich, warum der Kläger nicht trotz Teilzeit bereit gewesen wäre, an solchen Veranstaltungen teilzunehmen; zur Organisation von Vertretungen und Wochenenden ist nicht zu erkennen, welche organisatorischen Anstrengungen und Vorkehrungen die Beklagte hätte treffen können, um ihren eigenen Anforderungen zu entsprechen. Aus dem pauschalen Vorbringen, der Kläger müsse solche Dienste leisten, mögen gewisse Schwierigkeiten zu ersehen sein, "dringende betriebliche Gründe" sind es jedenfalls nicht. 151

Die von der Beklagten geforderte "Einheitlichkeit des Ansprechpartners" stellt ebenso keinen dringenden betrieblichen Grund dar. Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten zu Verschiebungen der Kundenanfragen auf Samstage und zu notwendigen Wochenenddiensten ergibt sich, dass die Beklagte unter Berücksichtigung der mit den Mitarbeitern vereinbarten vertraglichen Wochenarbeitszeiten (max. 40 Stunden; s. Aufstellung Stand 31.10.2004) ohnehin nicht den gewünschten "einheitlichen Ansprechpartner" für ihre Kunden vorhalten kann (so schon zu § 8 TzBfG: BAG, Urteil vom 30.09.2003, 9 AZR 665/02, DB 2004, 709). Die Beklagte trägt insoweit auch widersprüchlich vor, wenn sie darlegt, bei Wahrnehmung von Samstagsarbeit müsse sie über Mitarbeiter verfügen, da dann flexibel auf die Werktage verteilt eingesetzt werden können: Eine flexible Verteilung auf Werktage lässt sich nur schwer mit der Vorstellung nach einem einheitlichen Ansprechpartner in Einklang bringen. 152

Im Übrigen wird auf die zutreffenden Erwägungen der angegriffenen Entscheidung Bezug genommen, vgl. § 69 Abs. 2 ArbGG. 153

Nach alledem verbleibt es dabei, dass das Arbeitsgericht dem entsprechenden Antrag des Klägers auf Verringerung der Arbeitszeit zu Recht entsprochen hat mit der Folge, dass nach Erledigungserklärung in der Berufungsinstanz insoweit der Beklagten die Kosten aufzuerlegen waren, § 91 a Abs. 1 ZPO. 154

IV. 155

Die Kosten des Berufungsverfahrens im übrigen hat die Beklagte als unterlegene Partei zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO. 156

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor. 157

Auferkorte	Sandbothe	Dau

158

Ri.

159

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE