

2.4 Folie 6-8

①

Recherchieren unter juris | Das Rechtsportal

Langtext

Nachdienstuntauglichkeit einer Krankenschwester**Gericht:** BAG 10. Senat**Entscheidungsdatum:** 09.04.2014**Aktenzeichen:** 10 AZR 637/13**Dokumenttyp:** Urteil**Quelle:****Normen:**

§ 106 S 1 GewO, § 611 BGB, § 613 BGB, § 615 BGB, § 242 BGB, § 293 BGB, § 294 BGB, § 295 BGB, § 315 Abs 3 S 2 BGB, § 3 EntgFG, § 275 BGB

Beschäftigungsanspruch - Nachdienstuntauglichkeit**Leitsatz**

1. Kann eine Krankenschwester aus gesundheitlichen Gründen keine Nachtschichten im Krankenhaus mehr leisten, ist sie deshalb nicht arbeitsunfähig krank. Sie hat Anspruch auf Beschäftigung, ohne für Nachtschichten eingeteilt zu werden. (Rn.16)
2. Wird die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber mit dieser Einschränkung angeboten, handelt es sich um ein ordnungsgemäßes Angebot iSd. §§ 294, 295 BGB. (Rn.37)

Orientierungssatz

Die Arbeitsfähigkeit beurteilt sich nach der vom Arbeitnehmer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung, wie sie der Arbeitgeber ohne die Arbeitsunfähigkeit als vertragsgemäß annehmen muss. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung der Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde. (Rn.21)

Fundstellen

BAGE 00, 00
 DB 2014, 1434-1437 (red. Leitsatz und Gründe)
 NZA 2014, 719-722 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
 GesR 2014, 436-439 (Leitsatz und Gründe)
 NJW 2014, 2302-2304 (Leitsatz und Gründe)
 EBE/BAG 2014, 113-116 (Leitsatz und Gründe)
 ZTR 2014, 488-490 (red. Leitsatz und Gründe)
 ZBVR online 2014, Nr 7/8, 29-32 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

Altenpflege 2014, Nr 5, 4 (Kurzwiedergabe)
 AMK 2014, Nr 5, 18 (Kurzwiedergabe)
 Gute Arbeit 2014, Nr 5, 31 (Kurzwiedergabe)
 StuB 2014, 392 (Kurzwiedergabe)
 Welt der Krankenversicherung 2014, 157 (Kurzwiedergabe)
 BPUVZ 2014, 268 (Kurzwiedergabe)
 AA 2014, 96 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 PersF 2014, Heft 6, 100 (Kurzwiedergabe)
 ZMV 2014, 165 (Kurzwiedergabe)
 AuA 2014, 368 (Kurzwiedergabe)
 AP-Newsletter 2014, 119-120 (Kurzwiedergabe)
 ArbRB 2014, 129 (Kurzwiedergabe)
 ZBVR online 2014, Nr 5, 29 (Kurzwiedergabe)

ArbR 2014, 200 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 EzA-SD 2014, Nr 9, 6 (Kurzwiedergabe)
 AA 2014, 73 (Kurzwiedergabe)
 BB 2014, 1140 (Kurzwiedergabe)
 ArbuR 2014, 209 (Kurzwiedergabe)
 ZTR 2014, 329 (Kurzwiedergabe)
 FA 2014, 182 (Kurzwiedergabe)
 BB 2014, 1588 (red. Leitsatz)
 EzA-SD 2014, Nr 13, 12 (Leitsatz, red. Leitsatz)
 PKR 2014, 53 (Kurzwiedergabe)
 NJW-Spezial 2014, 403 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 ArbuR 2014, 284 (red. Leitsatz)
 GWR 2014, 309 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 ArbRB 2014, 196-197 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 EBE/BAG Beilage 2014, Ls 54/14 (Leitsatz)
 FA 2014, 247 (Leitsatz, red. Leitsatz)
 faktor arbeitsschutz 2014, Nr 4, 5 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Potsdam, 14. November 2012, Az: 8 Ca 1434/12, Urteil
 vorgehend LArbG Berlin-Brandenburg 5. Kammer, 30. Mai 2013, Az: 5 Sa 78/13, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Tim Jesgarzewski, AA 2014, 96-97 (Anmerkung)
 Tim Hesse, AMK 2014, Nr 5, 18 (Anmerkung)
 Jobst-Hubertus Bauer, ArbR 2014, 200 (Anmerkung)
 Stefan Sasse, ArbRB 2014, 196 (Anmerkung)
 Daniel Balzert, PKR 2014, 53 (Entscheidungsbesprechung)
 Detlev Fey, ZMV 2014, 165 (Anmerkung)

Zeitschriften

Stefan Sasse, ArbRB 2014, 196 (Anmerkung)

Tenor

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 30. Mai 2013 - 5 Sa 78/13 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin als Krankenschwester ohne Ableistung von Nachtschichten zu beschäftigen, außerdem über Ansprüche auf Arbeitsentgelt unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.
- 2 Die Beklagte betreibt ein Krankenhaus der sogenannten Vollversorgung. Hieraus ergibt sich die Verpflichtung eines rund um die Uhr zu gewährleistenden Krankenhausbetriebs. Das Krankenhaus hat ca. 1.000 Betten und beschäftigt etwa 2.000 Mitarbeiter.
- 3 Die im Jahr 1963 geborene Klägerin ist seit dem 1. September 1983 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängern als Krankenschwester beschäftigt. Arbeitsvertraglich bestimmt sich das Arbeitsverhältnis „nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag Ost (BAT-O) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) jeweils geltenden Fassung sowie nach den für Angestellte des Arbeitgebers im Gebiet nach Art. 3 des Einigungsvertrags jeweils geltenden sonstigen Regelungen“ und „finden die für den Arbeitgeber jeweils geltenden sonstigen einschlägigen Tarifverträge Anwendung“. Nach der Regelung in einem Haustarifvertrag sind die Beschäftigten im Rahmen begründeter betrieblicher Notwendigkeiten verpflichtet, Sonntags-, Feiertags-,

Nacht-, Wechselschicht- und Schichtarbeit zu leisten. In einer Betriebsvereinbarung über die Grundsätze der Dienstplangestaltung vom 1. August 2011 heißt es ua.:

„§ 3 Grundsätze der Dienstplangestaltung

- (1) Der Dienstplan ist für einen Geltungszeitraum von einem Kalendermonat zu erstellen.

...

- (4) Die Stations-/Bereichsleitungen sollen den Einsatz der Beschäftigten aktiv steuern, unter Beachtung arbeitsphysiologischer Gesichtspunkte vorwärts rotierend in Früh-, Spät- und Nachtdiensten. Hierbei ist eine gleichmäßige Planung in Bezug auf Freizeitgleich, freie Tage, Schichtfolgen, Einsatz an Feiertagen, Voll- und Teilzeitbeschäftigung unter Erreichung der individuell geschuldeten Arbeitszeit anzustreben. Sofern betriebliche Erfordernisse oder berechnete Belange anderer Beschäftigter nicht entgegenstehen, sind individuelle Wünsche bei der Dienstplangestaltung zu berücksichtigen.

...

- (6) Die Schichtfolge im Nachtdienst ist auf maximal drei Nächte beschränkt. Nach schriftlicher Vereinbarung mit dem Beschäftigten kann die Schichtfolge freiwillig im Nachtdienst auf maximal fünf Nächte in Folge erhöht werden. Diese Vereinbarung kann der Beschäftigte schriftlich ohne Angabe von Gründen mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen. Diese Vereinbarung ist für den Mitarbeiter jederzeit zugänglich aufzubewahren (Vordruck s. Anlage 1).

Protokollnotiz:

Die Schichtfolge im Nachtdienst kann ohne freiwillige schriftliche Einwilligung des Mitarbeiters über den Zeitraum der hohen Feiertage (Ostern; Pfingsten; Weihnachten; Neujahr) auf maximal fünf Nächte in Folge erhöht werden."

- 4 Die Krankenschwestern bei der Beklagten arbeiten im Schichtdienst, bis zu ihrer Erkrankung im Jahr 2010 auch die Klägerin. Die Frühschicht dauert von 06:00 Uhr bis 14:30 Uhr, die Zwischenschicht von 11:30 Uhr bis 22:00 Uhr, die Spätschicht von 14:00 Uhr bis 22:30 Uhr und die Nachtschicht von 21:45 Uhr bis 06:15 Uhr.
- 5 Die Klägerin muss gesundheitlich bedingt Medikamente einnehmen, die zum Einschlafen führen und einen nächtlichen Schlaf bewirken. Sie ist deshalb seit dem Ende ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2011 nicht mehr in der Lage, Nachtdienste zu leisten. Soweit sie zum Nachtdienst eingeteilt wurde, was seit Dezember 2011 durchschnittlich zweimal im Monat der Fall war, tauschte sie die Dienste mit anderen Mitarbeitern.
- 6 Eine betriebsärztliche Untersuchung am 30. April 2012 bestätigte den Befund, dass die Klägerin keine Nachtdienste mehr leisten kann. Hierauf schickte der Pflegedirektor die Klägerin nach deren Frühdienst am 12. Juni 2012 nach Hause mit dem Bemerkten, sie

sei arbeitsunfähig krank und werde für die nächsten sechs Wochen Entgeltfortzahlung erhalten.

- 7 Mit Schreiben vom 14. Juni 2012 teilte die Klägerin der Beklagten mit, sie könne ihren Dienstverpflichtungen hinsichtlich der Früh-, Spät-, Zwischen-, Wochenend- und Feiertagsdienste nachkommen, sei deshalb nicht arbeitsunfähig und bleibe ihre Arbeitsleistung „hiermit weiterhin ausdrücklich an“. Die Nachtdienste hätten bisher nicht mehr als 5 % der Gesamtarbeitszeit betragen. Sie bitte um Mitteilung, wann sie wieder zum Dienst erscheinen dürfe. Die Beklagte bekräftigte daraufhin mit Schreiben vom 12. Juli 2012 ihren Standpunkt, es liege eine Arbeitsunfähigkeit vor; die Klägerin könne ihre Tätigkeit wieder aufnehmen, sobald sie wieder nachtdiensttauglich und damit arbeitsfähig sei. Ärztlicherseits wurde der Klägerin Arbeitsunfähigkeit nicht bescheinigt. Ab dem 25. Juli 2012 bezog sie Arbeitslosengeld.
- 8 Mit ihrer am 1. August 2012 erhobenen und am 8. November 2012 erweiterten Klage hat die Klägerin Beschäftigung und Zahlung von Arbeitsvergütung für die Zeit vom 25. Juli 2012 bis zum 31. Oktober 2012 in unstreitiger Höhe von 9.665,16 Euro brutto abzüglich 3.525,95 Euro bezogenen Arbeitslosengeldes geltend gemacht. Die Beklagte müsse sie gemäß § 106 GewO für alle Schichten mit Ausnahme der Nachtschichten einteilen. Das sei organisatorisch möglich und zumutbar. Der Zahlungsanspruch ergebe sich aus Annahmeverzug, hilfsweise als Schadensersatz.
- 9 Die Klägerin hat beantragt,
1. die Beklagte zu verurteilen, sie auf der Basis des Arbeitsvertrags vom 17. September 1982 in der Fassung des Änderungsvertrags vom 1. Juli 1991 und vom 20. April 2012 als Krankenschwester ohne Ableistung von Nachtschichten zu beschäftigen;
 2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 9.665,16 Euro brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 3.525,95 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8. November 2012 zu zahlen.
- 10 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie sei zur Beschäftigung der Klägerin nicht verpflichtet, da diese die geschuldete Arbeitsleistung nicht mehr in vollem Umfang erbringen könne. Da es keine Tagesarbeitsplätze gebe, könne auch kein leistungsgerechter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt werden. Eine gleichmäßige Verteilung des Nachtbetriebs auf die Arbeitnehmer sei aus Gründen der Gleichbehandlung und wegen ihrer eingeschränkten finanziellen und personellen Möglichkeiten erforderlich. Wegen der tarifvertraglichen Festschreibung der Tätigkeit der Klägerin im Schichtdienst könne sie ihr Direktionsrecht auch nicht anders ausüben. Die Zuweisung einer Tätigkeit als Krankenschwester ohne die Ableistung von Nachtschichten würde keine Ausübung des Direktionsrechts bedeuten, sondern wäre nur im Wege einer Änderungskündigung möglich. Mangels Leistungsfähigkeit habe die Klägerin keinen Anspruch auf Vergütung aus Annahmeverzug. Es mangle auch schon an einem hinreichend präzisierten Angebot der Klägerin. Im Übrigen sei ein Angebot seitens der Klägerin unerheblich, solange die Arbeitsleistung nicht durch Ausübung des Direktionsrechts bestimmt sei. Zu beachten seien insbesondere die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Ein Schadensersatzanspruch bestehe mangels schuldhafter Pflichtverletzung ebenfalls nicht.
- 11 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision hält die Beklagte an ihrem Klageabweisungsantrag fest.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Recht stattgegeben.

- 13 1. Der mit einem hinreichend konkreten und damit zulässigen Klageantrag (vgl. BAG 22. Oktober 2008 - 4 AZR 735/07 - Rn. 53 ff.) geltend gemachte Beschäftigungsanspruch folgt aus den §§ 611, 613 iVm. § 242 BGB.
- 14 1. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers im bestehenden Arbeitsverhältnis wird aus den §§ 611, 613 iVm. § 242 BGB hergeleitet. Er beruht auf der arbeitsvertraglichen Förderungspflicht des Arbeitgebers im Hinblick auf das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG zum Persönlichkeitsschutz. Eine einseitige Suspendierung des Arbeitnehmers ohne vertragliche Vereinbarung ist grundsätzlich nicht zulässig (BAG 21. September 1993 - 9 AZR 335/91 - zu 1 der Gründe). Der Anspruch muss nur dann zurücktreten, wenn überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen (BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - zu C I 3 der Gründe, BAGE 48, 122; *ErfK/Preis* 14. Aufl. § 611 BGB Rn. 563).
- 15 2. Der Anspruch ist auf die vertragsgemäße Beschäftigung gerichtet. Deren Konkretisierung obliegt gemäß § 106 GewO dem Arbeitgeber. Der Arbeitgeber kann bestimmen, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsvertrags und der auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Regelungen zu erbringen hat. Zur Erfüllung des Beschäftigungsanspruchs muss eine hierfür gegebenenfalls erforderliche Konkretisierung erfolgen (BAG 12. September 1996 - 5 AZR 30/95 - zu 2 der Gründe, BAGE 84, 116). Bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung besteht kein Beschäftigungsanspruch, vielmehr ist der Anspruch auf die Arbeitsleistung ausgeschlossen, § 275 Abs. 1 BGB. Insbesondere entfällt die Leistungspflicht, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit arbeitsunfähig ist.
- 16 a) Die Klägerin ist nicht deshalb krankheitsbedingt arbeitsunfähig, weil sie gesundheitlich bedingt Medikamente einnehmen muss und aus diesem Grunde Nachdienste nicht mehr leisten kann.
- 17 aa) Ob die Klägerin wegen ihres körperlichen Defizits „krank“ ist, kann dahingestellt bleiben.
- 18 Krankheit iSd. EFZG ist jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand. Was regelwidrig ist, bestimmt sich nach dem Stand der (medizinischen) Wissenschaft (BAG 7. August 1991 - 5 AZR 410/90 - zu I der Gründe, BAGE 68, 196; 7. Dezember 2005 - 5 AZR 228/05 - zu II 1 b der Gründe; *Schaub/Linck ArbR-Hdb.* 15. Aufl. § 98 Rn. 10; *ErfK/Reinhard* § 3 EFZG Rn. 5 ff.).
- 19 Im Fall der Klägerin kommt ein regelwidriger Körperzustand in Betracht, der nur durch ständige Behandlung einschließlich Medikation zu beherrschen ist. Das Erfordernis einer Heilbehandlung ist allerdings nicht maßgebend (vgl. *ErfK/Reinhard* § 3 EFZG Rn. 7 mwN).
- 20 bb) Die Klägerin ist jedenfalls nicht arbeitsunfähig.
- 21 (1) Für den Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ ist eine vom Arzt nach objektiven Maßstäben vorzunehmende Bewertung des Gesundheitszustands maßgebend (vgl. die in Ausführung von § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V durch den Gemeinsamen Bundesausschuss [§ 91 SGB V] erlassene *Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie* vom 1. Dezember 2003 idF vom 21. Juni 2012, *BAnz. AT* 7. September 2012 B4). Die Arbeitsfähigkeit beurteilt sich nach der vom Arbeitnehmer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung, wie sie der Arbeitgeber ohne die Arbeitsunfähigkeit als vertragsgemäß annehmen muss. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung der Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde (BAG 23. Januar 2008 - 5 AZR 393/07 - Rn. 19; *Schaub/Linck* § 98 Rn. 14, 15).

- 22 (2) Die Klägerin kann ihre arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit als Krankenschwester weiterhin ausüben; ihre eingeschränkte Verwendbarkeit hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit steht dem nicht entgegen.
- 23 Die Klägerin kann unstreitig sämtliche von ihr als Krankenschwester geschuldeten Arbeiten ausführen, ohne dass von Verhinderung oder Verzögerung einer Heilung die Rede sein kann. Sie ist nach Art und Ort der Arbeitsleistung sowie zeitlicher Dauer der Arbeit uneingeschränkt einsetzbar und unterliegt Einschränkungen nur hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit und insoweit auch nur in Bezug auf die Nachtschicht. Zwar sind die Nachtschichten grundsätzlich von der Arbeitspflicht der Klägerin mit umfasst; jedoch gibt es keine vertragliche Festlegung der Arbeit auf die Nachtzeit. Vielmehr ist es der Beklagten nach § 106 GewO überlassen, die Arbeitszeit im Rahmen ihres Schichtmodells festzulegen, wobei die Nachtschicht gewöhnlich einen ganz untergeordneten Anteil einnimmt.
- 24 Damit liegt nicht der Fall einer verminderten Arbeitsfähigkeit vor, den die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Arbeitsunfähigkeit versteht und für den sie die Annahme einer teilweisen Arbeitsfähigkeit bzw. teilweisen Arbeitsunfähigkeit ausdrücklich ablehnt. Hierzu hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, die Arbeitsunfähigkeit werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer seine geschuldeten Vertragspflichten anstatt voll nur teilweise zu erbringen vermag (BAG 29. Januar 1992 - 5 AZR 37/91 - zu II 1 der Gründe, BAGE 69, 272). Wie der Zusammenhang der Ausführungen, die zugrunde liegende Fallgestaltung und der Hinweis auf die Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 25. Oktober 1973 (- 5 AZR 141/73 -) und vom 25. Juni 1981 (- 6 AZR 940/78 -) zeigen, ist damit eine verminderte Arbeitsfähigkeit gemeint, aufgrund derer der Arbeitnehmer die vertraglich festgelegte volle Arbeitsleistung (im Gegensatz zu einer Teilleistung, § 266 BGB) nach objektiver Beurteilung nicht erbringen kann. Eine Teilarbeitsunfähigkeit mit teilweiser Arbeitspflicht und teilweisem Entgeltfortzahlungsanspruch soll es nämlich nicht geben; jedenfalls braucht sich weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer auf eine Teilleistung einzulassen. Dagegen werden von der Arbeitsunfähigkeit nicht die Fälle umfasst, in denen der Arbeitnehmer eine volle Arbeitsleistung erbringen kann und lediglich gehindert ist, der gesamten Bandbreite der arbeitsvertraglich an sich möglichen Leistungsbestimmungen gerecht zu werden. Vielmehr muss der Arbeitgeber dann im Rahmen des § 106 GewO nach Möglichkeit berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer aus Gründen seiner Gesundheit nicht (mehr) in der Lage ist, alle an sich geschuldeten Tätigkeiten vollumfänglich auszuführen. Ein solcher Fall liegt hier vor.
- 25 b) Die Klägerin kann verlangen, dass die Beklagte ihr Weisungsrecht so ausübt, dass für die Klägerin keine Nachtdienste anfallen.
- 26 aa) Nach § 106 Satz 1 GewO hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben. Eine Leistungsbestimmung entspricht billigem Ermessen, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind. Ob die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB (vgl. näher ua.: BAG 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 - Rn. 35 mwN, BAGE 118, 22; 15. Mai 2013 - 10 AZR 679/12 - Rn. 34 f. mwN).
- 27 bb) Die vertragliche Arbeit als Krankenschwester ist der Klägerin nicht ganz oder teilweise unmöglich geworden, § 275 Abs. 1 BGB. Vielmehr kann die Klägerin, wie ausgeführt, alle Arbeiten einer Krankenschwester in vollem zeitlichem Umfang weiterhin erbringen. Die Nachtarbeit, deren Ausklammerung und Ersetzung durch andere Arbeitszeiten die Klägerin verlangt, betrifft nur eine untergeordnete Modalität ihrer Arbeitsleistung insgesamt. Wenn die Beklagte auch in der Revision weiterhin auf die klägerische Verpflichtung zur Ableistung von Nachtdiensten abstellt, verwechselt sie nach wie vor den allgemeinen Umfang ihres Weisungsrechts mit dem festgelegten Inhalt der Arbeitspflicht der Klägerin.
- 28 cc) Der Beklagten ist die vollumfänglich vertragsgemäße Beschäftigung der Klägerin nicht unmöglich geworden. Auch wenn die Klägerin nicht mehr zu Nachtdiensten eingeteilt wird, handelt es sich um eine vertragsgemäße Beschäftigung in diesem

Sinne. Nach den weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag noch mit zulässigen Verfahrensrügen angefochtenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist eine solche Beschäftigung möglich. Die Besonderheiten des Schichtdienstes stellen kein unüberwindbares tatsächliches Hindernis dar, die Klägerin nicht zu Nachtdiensten einzuteilen. Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht hätte auf ein entsprechendes Vortragsdefizit zur Ermöglichung ergänzenden Vortrags durch die Beklagte hinweisen müssen, fehlt es schon an der Angabe, was auf einen Hinweis noch vorgetragen worden wäre (vgl. nur BAG 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 3 e aa der Gründe, BAGE 109, 145); außerdem liegt klar auf der Hand, dass die anwaltlich vertretene Beklagte diese Problematik von sich aus erkennen musste und dazu im Einzelnen auch ohne besondere Hinweise vorzutragen hatte.

- 29 Rechtliche Gründe stehen dem Begehren der Klägerin ebenfalls nicht entgegen, wie das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei ausgeführt hat. Eine Rechtspflicht, die Klägerin gegen ihren Willen in den Schichtdienst mit sämtlichen Schichtarten einzubeziehen, lässt sich weder arbeitsvertraglich noch kollektivrechtlich, sondern allenfalls über § 106 GewO und den Grundsatz der Gleichbehandlung begründen. Die tarifliche Verpflichtung der Beschäftigten begründet ebenso wie die Betriebsvereinbarung vom 1. August 2011 lediglich das Recht, nicht aber die Pflicht der Beklagten, einen entsprechenden Einsatz vorzusehen. Hierfür gelten dann § 106 GewO und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz.
- 30 dd) Das Landesarbeitsgericht hat § 106 GewO rechtsfehlerfrei und zutreffend angewendet. Soweit die Revision hiergegen überhaupt Rügen erhebt, greifen diese nicht durch.
- 31 Die Interessen der langjährig bei der Beklagten beschäftigten Klägerin treten deutlich zutage: Die Klägerin vermag Nachtdienste nicht mehr zu leisten, alle anderen Arbeitspflichten kann sie im vertraglichen Umfang erfüllen. Sie verlangt deshalb (lediglich) die Befreiung von Nachtdiensten. Daran hat sie ein hohes Interesse. Hätte die Beklagte Recht, könnte die Klägerin bei der Beklagten nicht mehr arbeiten. Auch eine Arbeit in anderen Krankenhäusern wäre weitgehend ausgeschlossen.
- 32 Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht die Interessen der Beklagten zu Recht zurücktreten lassen. Der Beklagten bleibt das volle Weisungsrecht mit Ausnahme nur der Möglichkeit zur Einteilung von Nachtdiensten. Eine Herausnahme der Klägerin aus den Nachtdiensten ist möglich. Sie ist erforderlich, zumutbar und angemessen. Besondere Interessen anderer Arbeitnehmer sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die Beklagte hat nicht einmal vorgetragen, es habe konkrete Beschwerden gegeben oder es sei aus bestimmten Gründen schwer, frei werdende Nachtdienste gleichmäßig zu verteilen oder andere Arbeitnehmer hierfür zu gewinnen. Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Größe des Betriebs und den geringen Anteil der Nachtdienste abgestellt. Die Auffassung der Revision, es sei der Beklagten nicht möglich, gegenüber anderen Krankenschwestern eine häufigere Ableistung von Nachtschichten anzuordnen, ist unrichtig und wird auch nicht nachvollziehbar begründet. Der von der Beklagten bemühte Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet gerade, Unterschiedliches auch unterschiedlich zu behandeln und den sachlichen, hier sogar zwingenden Gründen bei der Klägerin Rechnung zu tragen. Die von der Beklagten möglicherweise angestrebte „Generalprävention“ wäre von vornherein unzulässig.
- 33 c) Danach kann dahinstehen, ob die Klägerin den Anspruch auf Umsetzung gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 Buchst. a iVm. § 2 Abs. 5 Nr. 1 ArbZG geltend gemacht hat und ob dessen Voraussetzungen vorliegen.
- 34 II. Der Zahlungsanspruch ist nach den §§ 611, 615, 293 ff. BGB gerechtfertigt.
- 35 1. Die Beklagte befand sich vom 25. Juli 2012 bis zum 31. Oktober 2012 im Annahmeverzug.
- 36 a) Die Beklagte hat die ihr mit Schreiben der Klägerin vom 14. Juni 2012 angebotene Arbeitsleistung nicht angenommen, § 293 BGB. Das wörtliche Angebot (§ 295 BGB)

genügte, weil die Beklagte zuvor erklärt hatte, sie werde die Leistung nicht annehmen, weil und solange die Klägerin nachtdienstuntauglich und damit arbeitsunfähig krank sei.

- 37 b) Allerdings muss die Leistung ebenso wie nach § 294 BGB auch im Fall des § 295 BGB so angeboten werden, wie sie zu bewirken ist. Entgegen der Auffassung der Revision hat die Klägerin genau dies getan: Die Klägerin war nicht arbeitsunfähig. Sie hatte einen Anspruch auf Beschäftigung als Krankenschwester, ohne zu Nachtdiensten eingeteilt zu werden. Das hat die Klägerin im Schreiben vom 14. Juni 2012 so geltend gemacht und auf dieser Grundlage die Arbeit angeboten. Sie hat damit nicht das Weisungsrecht der Beklagten angetastet, indem sie etwa eine bestimmte, möglicherweise zwar vertragsgemäße, aber seitens der Beklagten nicht zugewiesene und damit nicht geschuldete Tätigkeit angeboten hat (vgl. BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 21, BAGE 141, 34). Sie hat den Inhalt der arbeitsvertraglich nur rahmenmäßig umschriebenen Arbeitsleistung nicht selbst konkretisiert, sondern das Weisungsrecht der Beklagten in dem vollen Umfang überlassen, in dem die Beklagte es ausüben durfte. Die Beklagte hatte, wie oben zu I ausgeführt, keine andere Möglichkeit der Leistungsbestimmung, als die Klägerin mit ihrem Angebot eingeräumt hat. Es war dann Sache der Beklagten, vertragsgemäße Arbeit nach billigem Ermessen zuzuweisen.
- 38 c) Die Beklagte beruft sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Mai 2010 (- 5 AZR 162/09 - BAGE 134, 296). Hiernach ist das Angebot einer „leidensgerechten Arbeit“ ohne Belang, wenn der Arbeitgeber eine andere Tätigkeit nach § 106 GewO wirksam bestimmt hatte (BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 16, aaO). Die Beklagte hat aber keine andere Arbeitsleistung wirksam bestimmt; vielmehr hat sie gemeint, die Klägerin sei wegen der unstreitig bestehenden Nachtdienstuntauglichkeit arbeitsunfähig, und hat deswegen die Annahme einer Arbeitsleistung überhaupt abgelehnt. Darin liegt weder die Konkretisierung einer bestimmten Arbeitsleistung noch überhaupt eine wirksame Bestimmung. Von einer „vorläufigen Bindung“ durch Weisung (vgl. BAG 22. Februar 2012 - 5 AZR 249/11 - Rn. 24, BAGE 141, 34) kann auch deshalb keine Rede sein, weil die Unfähigkeit der Klägerin zur Ableistung von Nachtdiensten geklärt war und entsprechende Weisungen - selbst nach Auffassung der Beklagten - von vornherein ausgeschlossen waren.
- 39 d) Die Klägerin war nicht iSv. § 297 BGB außerstande, die geschuldete Leistung zu bewirken (oben zu I 2).
- 40 2. Die Arbeit ist infolge des Verzugs nicht geleistet worden. Die Ablehnung der Beschäftigung seitens der Beklagten war die einzige Ursache für den Ausfall der Arbeit.
- 41 3. Die Höhe des Anspruchs nach § 615 Satz 1 iVm. § 611 BGB ist ebenso unstreitig wie der Betrag des anzurechnenden Arbeitslosengeldes, § 615 Satz 2 BGB (hierzu ErfK/Preis § 615 BGB Rn. 94).
- 42 4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1, § 288 Abs. 1 BGB.
- 43 III. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Mikosch

W.
ReinfelderSchmitz-
Scholemann

Schürmann

Trümner

BEM

Gericht:	BAG 2. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	24.03.2011	Normen:	§ 69 Abs 2 ArbGG, § 69 Abs 3 ArbGG, § 1 Abs 2 KSchG, § 84 Abs 2 SGB 9, § 313a Abs 1 S 1 ZPO
Aktenzeichen:	2 AZR 170/10		
Dokumenttyp:	Urteil		

Berufungsurteil ohne Tatbestand - Krankheitsbedingte Kündigung - Betriebliches Eingliederungsmanagement

Orientierungssatz

1. Ein völliges Absehen von der Darstellung des Tatbestandes gem. § 69 Abs. 2 ArbGG, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO kommt bei Berufungsurteilen nur dann in Betracht, wenn ein Rechtsmittelverzicht erklärt worden ist. Zumindest eine verkürzte Darstellung des zweitinstanzlichen Vorbringens ist erforderlich (Rn.11) Ausnahmsweise können die in den Entscheidungsgründen erwähnten Sachverhaltselemente eine ausreichende tatsächliche Grundlage für eine abschließende Beurteilung der aufgeworfenen Rechtsfragen darstellen. (Rn.12)(Rn.15)
2. Zum Erfordernis des betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM). (Rn.18)
3. Hat der Arbeitgeber ein BEM deshalb nicht durchgeführt, weil der Arbeitnehmer nicht eingewilligt hat, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber den Betroffenen zuvor auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hatte. Die Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB 9 gehört zu einem regelkonformen Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung des Arbeitnehmers zur Durchführung eines BEM. Sie soll dem Arbeitnehmer die Entscheidung ermöglichen, ob er ihm zustimmt oder nicht. Die Initiativlast für die Durchführung eines BEM trägt der Arbeitgeber. (Rn.23)

Fundstellen

DB 2011, 1343-1344 (red. Leitsatz und Gründe)
 EzA-SD 2011, Nr 12, 3-4 (red. Leitsatz und Gründe)
 NZA 2011, 993-995 (red. Leitsatz und Gründe)
 EzA § 84 SGB IX Nr 8 (red. Leitsatz und Gründe)
 ZD 2011, 132-133 (red. Leitsatz und Gründe)
 EzTöD 100 § 34 Abs 1 TVöD-AT Krankheitsbedingte Kündigung Nr 6 (red. Leitsatz und Gründe)
 Behindertenrecht 2012, 20-21 (red. Leitsatz und Gründe)
 AP Nr 6 zu § 69 ArbGG 1979 (red. Leitsatz und Gründe)
 USK 2011-77 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

ArbR 2011, 303 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 BB 2011, 1460 (red. Leitsatz)
 VersorgW 2011, 190 (Kurzwiedergabe)
 NJW-Spezial 2011, 436 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 NJW-Spezial 2011, 436 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 PersR 2011, 281 (red. Leitsatz)
 ArbRB 2011, 195-196 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 AP-Newsletter 2011, 61-62 (red. Leitsatz)

FA 2011, 254-255 (red. Leitsatz)
SozSichplus 2011, Nr 10, 12 (Kurz wiedergabe)
ZBVR online 2011, Nr 12, 16 (red. Leitsatz)
ZfPR online 2011, Nr 12, 16 (red. Leitsatz)
Behindertenrecht 2012, 118 (Kurz wiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Stuttgart, 20. Februar 2009, Az: 11 Ca 4614/08, Urteil
vorgehend Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg 20. Kammer, 2. Oktober 2009, Az: 20 Sa 19/09, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

So auch Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern 5. Kammer, 13. November 2012, Az: 5 Sa 19/12

Literaturnachweise

Christoph Beyer, jurisPR-ArbR 26/2011 Anm. 4 (Anmerkung)
Wolfgang Manske, ArbR 2011, 303 (Anmerkung)
Detlef Grimm, ArbRB 2011, 196 (Anmerkung)
JC, VersorgW 2011, 190 (Anmerkung)
Detlef Grimm, ZD 2011, 133-135 (Anmerkung)

Zeitschriften

Detlef Grimm, ArbRB 2011, 196 (Anmerkung)

Praxisreporte

Christoph Beyer, jurisPR-ArbR 26/2011 Anm. 4 (Anmerkung)

Kommentare

Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar

- Bepler, § 73 ArbGG Revisionsgründe
 - Bepler, § 96 ArbGG Entscheidung
 - Kalb, § 69 ArbGG Urteil
 - Thies, § 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen; IV. Personenbedingte Kündigung; 7. Darlegungs- und Beweislast/Prozessuales.
 - Thies, § 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen; IV. Personenbedingte Kündigung; ...; 3. Prüfungsschema bei der personen...; b) Die Prüfungsschritte im Einzelnen...; cc) 3. Stufe: Interessenabwägung
 - Thies, § 84 SGB IX Prävention
- Plath, BDSG*
- Stamer/Kuhnke, 32 BDSG Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses; VI. Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses

Sonstiges

Moll/Reufels, 6. Abschnitt Kündigung; IV. Ordentliche Kündigung ; 2. Gründe in der Person des Arbeitnehmers ; a) Kündigung wegen Krankheit
Grimm, A. Gegenseitige Grundpflichten; II. Verpflichtungen des Arbeitgebers
Tschöpe, E. Kündigungsschutz nach dem KSchG; III. Personenbedingte Kündigung ; 2. Krankheit

Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 2. Oktober 2009 - 20 Sa 19/09 - aufgehoben.

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

Tatbestand

- 1 Nach Maßgabe der erstinstanzlichen Entscheidung streiten die Parteien über eine auf Krankheitszeiten gestützte Kündigung. Das Landesarbeitsgericht hat von einer eigenen Darstellung des Tatbestandes abgesehen.

- 2 Der im Oktober 1974 geborene Kläger war seit dem 3. August 1998 als Lager- und Logistikarbeiter bei der Beklagten beschäftigt. Sein durchschnittlicher Bruttomonatslohn betrug etwa 2.430,00 Euro.
- 3 Mit Schreiben vom 30. Mai 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. August 2008. Zur Begründung hat sie sich auf häufige Kurzerkrankungen des Klägers bezogen, die im Jahr 2005 insgesamt 46 Arbeitstage, im Jahr 2006 24 Arbeitstage, im Jahr 2007 70 Arbeitstage und im Jahr 2008 bis Ende Mai 47 Arbeitstage betragen hätten.
- 4 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Eine negative Gesundheitsprognose sei nicht berechtigt. Im Übrigen habe die Beklagte ein betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX nicht durchgeführt.
- 5 Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das bestehende Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 30. Mai 2008 nicht aufgelöst worden ist.

- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Kläger sei auch künftig nicht in der Lage, die von ihm geschuldete Arbeitsleistung ohne erhebliche Ausfallzeiten zu erbringen. Diese Prognose werde durch das vom Kläger selbst vorgelegte ärztliche Attest vom 12. Juni 2008 belegt. Diesem zufolge dürfe der Kläger nur noch leichte körperliche Tätigkeiten ausführen. Auch ihr eigener Betriebsarzt halte eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf der bisherigen Arbeitsstelle für ausgeschlossen, nachdem er dieses Attest eingesehen habe. Sie habe in den Jahren 2005 bis 2008 insgesamt etwa 32.000,00 Euro an Lohnfortzahlungskosten aufwenden müssen. Sie habe häufiger versucht, ein betriebliches Eingliederungsmanagement mit dem Kläger durchzuführen. Anderweitige Einsatzmöglichkeiten habe dieser bisher nicht aufzeigen können.
- 7 Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision ist begründet.
- 9 1. Das Berufungsurteil ist schon deswegen aufzuheben, weil es entgegen § 69 Abs. 3 ArbGG keinen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Tatbestand enthält.
- 10 1. Ein Berufungsurteil muss einen den Anforderungen des § 69 Abs. 3 ArbGG genügenden Tatbestand enthalten.
- 11 a) Nach § 69 Abs. 2 ArbGG kann unter den dort genannten Voraussetzungen von der Darstellung des Tatbestandes nur dann abgesehen werden, wenn das Berufungsurteil unzweifelhaft nicht der Revision unterliegt (§ 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO). § 69 Abs. 3 ArbGG verlangt für Urteile, gegen die die Revision statthaft ist, eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf der Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien. Das ist erforderlich, um die Nachprüfung des angefochtenen Urteils durch das Revisionsgericht zu ermöglichen. Dies gilt auch dann, wenn die Revision vom Landesarbeitsgericht nicht zugelassen worden ist. Darin liegt kein Fall des § 69 Abs. 2 ArbGG iVm. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO. Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72a ArbGG ist ein Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil nicht „unzweifelhaft“ unzulässig (*Senat 30. September 2010 - 2 AZR 160/09 - Rn. 11, NZA 2011, 349*). Ein völliges Absehen von der Darstellung des Tatbestandes gem. § 69 Abs. 2 ArbGG, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO kommt bei Berufungsurteilen nur dann in Betracht, wenn ein Rechtsmittelverzicht erklärt worden

ist (BAG 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - Rn. 15, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 2 = EzA ArbGG 1979 § 69 Nr. 5). Zumindest eine verkürzte Darstellung des zweitinstanzlichen Vorbringens ist erforderlich (BAG 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - Rn. 16, aaO; Senat 15. August 2002 - 2 AZR 386/01 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 12 = EzA ZPO § 543 Nr. 12; BGH 13. August 2003 - XII ZR 303/02 - BGHZ 156, 97; Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 7. Aufl. § 69 Rn. 10, 11).

- 12 b) Einem Urteil ohne Tatbestand kann in der Regel nicht entnommen werden, welchen Streitstoff das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat. Damit ist dem Revisionsgericht eine abschließende Überprüfung verwehrt. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Zweck des Revisionsverfahrens, dem Revisionsgericht die Nachprüfung des Berufungsurteils und seiner Rechtsanwendung auf den festgestellten Sachverhalt zu ermöglichen, deshalb erreicht werden kann, weil der Sach- und Streitstand sich aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils in einem für die Beurteilung der aufgeworfenen Rechtsfrage ausreichenden Umfang ergibt (Senat 30. September 2010 - 2 AZR 160/09 - Rn. 11, NZA 2011, 349; BAG 18. Mai 2006 - 6 AZR 627/05 - AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 2 = EzA ArbGG 1979 § 69 Nr. 5; Senat 17. Juni 2003 - 2 AZR 123/02 - zu I 1 der Gründe, AP ZPO 1977 § 543 Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 4).
- 13 2. Danach enthält das angefochtene Urteil keinen ausreichenden Tatbestand.
- 14 a) Das Landesarbeitsgericht hat wegen des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Im Übrigen hat es „gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen“, weil sein Urteil nicht der Revision unterfalle. Hierbei hat es außer Acht gelassen, dass auf eine Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers die Revision zugelassen werden konnte. Die Parteien hatten keinen Rechtsmittelverzicht erklärt.
- 15 b) Die in den Entscheidungsgründen erwähnten Sachverhaltselemente stellen keine ausreichende tatsächliche Grundlage für eine abschließende Beurteilung der aufgeworfenen Rechtsfragen dar. Sie erlauben dem Senat keine Entscheidung darüber, ob die Kündigung deswegen unverhältnismäßig ist, weil die Beklagte mangels Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf andere Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger trifft.
- 16 II. Die Sache ist an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für die neue Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits wird das Landesarbeitsgericht die folgenden Hinweise zu beachten haben.
- 17 1. Das Landesarbeitsgericht hat vor einer Prüfung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG Feststellungen zur Anzahl der im Betrieb der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer zu treffen.
- 18 2. Falls danach der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes im Streitfall Anwendung findet, wird das Landesarbeitsgericht zu prüfen haben, ob die Beklagte gem. § 84 Abs. 2 SGB IX ein betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) durchzuführen hatte. Ist dies zu bejahen, trifft sie eine erweiterte Darlegungslast. Sie hätte dann von sich aus zum Fehlen alternativer Beschäftigungsmöglichkeiten vorzutragen.
- 19 a) Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen (Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 35, BAGE 123, 234). Nach den vom Landesarbeitsgericht zugrunde gelegten Krankheitszeiten des Klägers wäre die Beklagte grundsätzlich verpflichtet gewesen, ein BEM durchzuführen. Danach war der Kläger iSv. § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen krank. Dafür genügt es, dass die krankheitsbedingten Fehlzeiten insgesamt, gegebenenfalls in mehreren Abschnitten, mehr als sechs Wochen betragen haben (Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 34, aaO; Gagel/Schian br 2006, 46;

Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 84 Rn. 11). Nicht erforderlich ist, dass es eine einzelne Krankheitsperiode von durchgängig mehr als sechs Wochen gab.

- 20 b) Die Verpflichtung zur Durchführung eines BEM stellt eine Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Das BEM ist zwar selbst kein milderes Mittel gegenüber einer Kündigung. Mit seiner Hilfe können aber solche milderen Mittel, zB die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen - ggf. durch Umsetzungen „freizumachenden“ - Arbeitsplatz erkannt und entwickelt werden (vgl. *Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 18, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56; 23. April 2008 - 2 AZR 1012/06 - Rn. 25, EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 55; 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 41, BAGE 123, 234*).
- 21 aa) Wurde entgegen § 84 Abs. 2 SGB IX ein BEM nicht durchgeführt, darf sich der Arbeitgeber nicht darauf beschränken, pauschal vorzutragen, er kenne keine alternativen Einsatzmöglichkeiten für den erkrankten Arbeitnehmer und es gebe keine leistungsgerechten Arbeitsplätze, die dieser trotz seiner Erkrankung ausfüllen könne. Er hat vielmehr von sich aus denkbare oder vom Arbeitnehmer (*außergerichtlich*) bereits genannte Alternativen zu würdigen und im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen sowohl eine Anpassung des bisherigen Arbeitsplatzes an dem Arbeitnehmer zuträglich Arbeitsbedingungen als auch die Beschäftigung auf einem anderen - leistungsgerechten - Arbeitsplatz ausscheiden (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 19, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56*). Erst nach einem solchen Vortrag ist es Sache des Arbeitnehmers, sich hierauf substantiiert einzulassen und darzulegen, wie er sich selbst eine leistungsgerechte Beschäftigung vorstellt.
- 22 bb) Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus § 84 Abs. 2 SGB IX ein Verfahren durchgeführt hat, das nicht den gesetzlichen Mindestanforderungen an ein BEM genügt (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 400/08 - Rn. 20, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 48 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 56*).
- 23 cc) Hat der Arbeitgeber ein BEM deshalb nicht durchgeführt, weil der Arbeitnehmer nicht eingewilligt hat, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber den Betroffenen zuvor auf die Ziele des BEM sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hingewiesen hatte (vgl. *§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX; Düwell in Dau/Düwell/Joussen SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 56*). Die Belehrung nach § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX gehört zu einem regelkonformen Ersuchen des Arbeitgebers um Zustimmung des Arbeitnehmers zur Durchführung eines BEM (vgl. *Fabricius in Schlegel/Voelzke SGB IX § 84 Rn. 22*). Sie soll dem Arbeitnehmer die Entscheidung ermöglichen, ob er ihm zustimmt oder nicht (*Trenk-Hinterberger in Lachwitz/Scheilhorn/Welti HK-SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 54*). Die Initiativlast für die Durchführung eines BEM trägt der Arbeitgeber (*Senat 10. Dezember 2009 - 2 AZR 198/09 - Rn. 18, AP SGB IX § 84 Nr. 3 = EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 57*).
- 24 dd) Stimmt der Arbeitnehmer trotz ordnungsgemäßer Aufklärung nicht zu, ist das Unterlassen eines BEM „kündigungsneutral“ (vgl. *Düwell in Dau/Düwell/Joussen SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 56*). Zwingende Voraussetzung für die Durchführung eines BEM ist das Einverständnis des Betroffenen (vgl. *Senat 12. Juli 2007 - 2 AZR 716/06 - Rn. 51, BAGE 123, 234; Fabricius in Schlegel/Voelzke SGB IX § 84 Rn. 22; Trenk-Hinterberger in Lachwitz/Scheilhorn/Welti HK-SGB IX 3. Aufl. § 84 Rn. 53*). Ohne die ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen darf keine Stelle unterrichtet oder eingeschaltet werden (*Neumann in Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 84 Rn. 9*).
- 25 ee) Möglich ist, dass auch ein BEM kein positives Ergebnis hätte erbringen können. Sofern dies der Fall ist, kann dem Arbeitgeber aus dem Unterlassen eines BEM kein Nachteil entstehen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein BEM deshalb entbehrlich war, weil es wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Arbeitnehmers unter keinen Umständen ein positives Ergebnis hätte bringen können, trägt der Arbeitgeber. Dazu muss er umfassend und konkret vortragen, warum weder

der weitere Einsatz des Arbeitnehmers auf dem bisher innegehabten Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung und Veränderung möglich war und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein BEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, erneuten Krankheitszeiten des Arbeitnehmers vorzubeugen und ihm den Arbeitsplatz zu erhalten (*Senat 30. September 2010 - 2 AZR 88/09 - Rn. 36, NZA 2011, 39*).

Kreft

Berger

Rachor

Gans

Pitsch

© juris GmbH

Recherchieren unter juris | Das Rechtsportal

2.C Folie 12

3

Langtext

Asbest I

D1 Welle

Gericht:	Landesarbeitsgericht Köln 12. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	22.01.1993	Normen:	§ 618 Abs 1 BGB, § 615 BGB, § 273 BGB
Aktenzeichen:	12 Sa 872/92		
Dokumenttyp:	Urteil		

Gesundheitsgefährdung durch Asbestemission

Leitsatz

1. Der Arbeitgeber ist gemäß § 618 BGB iVm der GefahrstoffVO (juris: GefStoffV) und den Asbestrichtlinien verpflichtet, die Räumlichkeiten im Betrieb so zu gestalten, daß ein objektiv konkretisierbares Gesundheitsrisiko durch Asbest, das über das allgemeine Lebensrisiko hinausgeht, für die dort tätigen Arbeitnehmer nicht besteht.
2. Daß ein solches Risiko nicht besteht, muß der Arbeitgeber darlegen und beweisen.
3. Gelingt dem Arbeitgeber dieser Nachweis nicht, ist der Arbeitnehmer nach § 273 BGB berechtigt, ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft geltend zu machen, ohne seinen Vergütungsanspruch zu verlieren.

Orientierungssatz

(Revision ist unter dem Aktenzeichen 5 AZR 273/93 eingelegt worden)

Fundstellen

AiB 1993, 393-395 (red. Leitsatz 1-3 und Gründe)
LAGE § 618 BGB Nr 6 (Leitsatz 1-3 und Gründe)
PersR 1993, 421-423 (red. Leitsatz 1-2 und Gründe)

weitere Fundstellen

Gewerkschafter 1993, Nr 7/8, 38 (Leitsatz 1-3)
ArbuR 1993, 253 (red. Leitsatz 1)
ARST 1993, 154 (Leitsatz 1-3)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Köln, 1. Juli 1992, Az: 3 Ca 1441/92
nachgehend BAG 5. Senat, 2. Februar 1994, Az: 5 AZR 273/93, Urteil
nachgehend BAG 5. Senat, 19. Februar 1997, Az: 5 AZR 982/94, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Stephan Rotter, LAGE § 618 BGB Nr 6 (Anmerkung)
Udo Mayer, PersR 1993, 423 (Anmerkung)

Kommentare

Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar
• Krause, § 618 BGB Pflicht zu Schutzmaßnahmen; IV. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzung.

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das am 01.07.1992 verkündete Urteil des Arbeitsgerichts Köln - 3 Ca 1441/92 - unter Zurückweisung der Berufung im übrigen teilweise abgeändert:

a) Es wird festgestellt, daß der Kläger berechtigt ist, seine vertraglich geschuldete Arbeitskraft bei Fortzahlung der ihm geschuldeten tarifgemäßen

Vergütung bis zur endgültigen Sanierung des Gebäudes . . . K , nach den Asbest-Richtlinien oder Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes außerhalb des Funkhauses zurückzuhalten.

b) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des 1. Rechtszuges trägt der Kläger zu 2/3, die Beklagte zu 1/3.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger zu 5/6, die Beklagte zu 1/6.

3. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darum, ob der Kläger trotz Asbestbelastung des Funkhauses der Beklagten am ... verpflichtet ist, dort seine Arbeitsleistung zu erbringen, oder die Beklagte ihm einen Arbeitsplatz außerhalb dieses Funkhauses zuweisen muß.
- 2 Der Kläger ist seit 01.04.1981 als gehobener Ingenieur in der Leitwarte und zentralen Störstelle bei der Beklagten beschäftigt.
- 3 Das Gebäude der ... besteht aus einem 20stöckigen Studioturm und einem 36 Stockwerke umfassenden Bürogebäude, die über einen Aufzugsturm miteinander verbunden sind. Die konstruktiven Elemente dieser Bauwerke bestehen u.a. aus Stahlträgern, die im Studioturm bis einschließlich dem 12. Obergeschoß und im Büroturm in allen Geschossen ab dem Gartengeschoß bis zum 32. Obergeschoß aus brandschutztechnischen Gründen mit Spritzasbest ummantelt sind.
- 4 Die Studioräume sind mit luftdichten Deckenkonstruktionen ausgerüstet, die übrigen als Büros genutzten Räume und Flure sind mit nicht luftdicht geschlossenen Zwischendecken versehen.
- 5 Ab 1988 wurden im Funkhaus Untersuchungen dazu durchgeführt, ob und in welchem Umfange eine Asbestbelastung vorliegt. Bei Kontaktpben (Staubabstrichproben) durch den TÜV Rheinland im Studioturm wurde Asbest nicht festgestellt. Dagegen wurden in Staubabdruckproben, die im Flurbereich des Büroturmes im Verlaufe von Reinigungen nach Montagearbeiten genommen wurden, Asbestfasern nachgewiesen (Berichte vom 21.12.1988 und 14.03.1989 - Bl. 109 - 174 d.A.). Bei Kontaktpben, die der Rheinisch-Westfälische TÜV vom 24.01. bis 21.03.1989 durchführte, wurden in verschiedenen Proben Asbestfasern, im wesentlichen Amosith und Krokydolith, gefunden; die Proben stammten aus dem Zwischendeckenbereich, vom Mobiliar, Teppichboden, aus einem Kabelkanal und einem Radiogerät.
- 6 Es wurden zudem verschiedene Raumluftmessungen durchgeführt, und zwar vom TÜV Rheinland, vom Rheinisch-Westfälischen TÜV und dem Batelle-Institut, bei denen teilweise Asbestfasern in unterschiedlicher Konzentration festgestellt wurden; wegen der Meßergebnisse im einzelnen wird auf das Gutachten des Batelle-Institutes "Abschätzung des Asbestrisikos im Hochhaus der . . . und Bewertung von Interimsmaßnahmen" vom Februar 1990 sowie das Gutachten Prof. D vom 28.02.1991 Bezug genommen, die auch frühere Messungen und Ergebnisse aufnehmen.
- 7 Seit Juni 1990 werden im Funkhaus regelmäßig Messungen durchgeführt.
- 8 In seinem Bericht vom 21.12.1988 kam der TÜV Rheinland bei der Bewertung der Dringlichkeit der Sanierung zu einer Bewertungszahl von 93 im Flur- und Bürobereich (Bl. 128 d.A.) und von 88 im Bereich Klimatechnik und Technische Betriebsräume (Bl.

129 d.A.). Nach den "Richtlinien für die Bewertung und Sanierung schwach gebundener Asbestprodukte in Gebäuden (Asbest-Richtlinien)"¹¹ vom Mai 1989 ist bei dieser Punktzahl die Dringlichkeitsstufe I ("Sanierung unverzüglich erforderlich") gegeben. Es müssen unverzüglich vorläufige Maßnahmen zur Minderung der Asbestfaserkonzentration ergriffen und die endgültige Sanierung nach drei Jahren begonnen werden (Ziffer 3.2.1).

- 9 Die Beklagte ging im Rahmen dieser vorläufigen Sanierung daran, die Decken für alle Büroräume und Flure des Büro- und Studioturmes luftdicht abzuschließen; diese Maßnahme, die 1991 begonnen wurde, ist noch nicht abgeschlossen.
- 10 Die endgültige Sanierung ist nicht in Angriff genommen. Es fehlt die erforderliche Zustimmung des Intendanten, der eine Sanierung bei laufendem Sendebetrieb ablehnt.
- 11 Der Kläger ist der Ansicht, angesichts der Asbestverseuchung des Funkhauses und der davon ausgehenden Gesundheitsgefahren sei er nicht verpflichtet, weiterhin im Funkhaus am ... zu arbeiten.
- 12 Der Kläger hat dazu vorgetragen: Bei Verrichtung seiner Tätigkeit müsse er täglich eine Vielzahl von Räumen der Büro- und Studiotürme, die asbestbelastet seien, aufsuchen. Darüber hinaus komme er bei Reparaturen an der Transliftanlage mit Asbest in Berührung, wie insgesamt seine Arbeit zu Kontakten mit Asbest führe. Er sei deshalb ständig gesundheitlichen Gefahren ausgesetzt, da Asbest zu den gesundheitsgefährdenden Stoffen gehöre, es führe zu Krebserkrankungen. Dabei gebe es keinen Schwellenwert, unterhalb dessen das Risiko, an Krebs zu erkranken, nicht bestehe.
- 13 Dadurch, daß die Beklagte ihn, den Kläger, dieser Gesundheitsgefahr aussetze, verstoße sie, so hat der Kläger weiter geltend gemacht, gegen die ihr obliegende Pflicht, ihn vor den sich aus seiner Arbeit ergebenden Gesundheitsgefahren zu schützen. Die Beklagte sei daher verpflichtet, ihn außerhalb des asbestverseuchten Funkhauses zu beschäftigen, was ja auch möglich sei.
- 14 Auf jeden Fall stehe ihm aber bis zur Zuweisung eines solchen Arbeitsplatzes ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft zu.
- 15 Der Kläger hat beantragt,
- 16 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn auf einem Arbeitsplatz außerhalb des Funkhauses I zu beschäftigen;
- 17 2. festzustellen, daß er berechtigt ist, seine vertraglich geschuldete Arbeitskraft bei Fortzahlung der ihm geschuldeten tarifgemäßen Vergütung solange zurückzubehalten, bis die Beklagte ihm einen neuen Arbeitsplatz gemäß dem Klageantrag zu 1. zugewiesen hat.
- 18 Die Beklagte hat beantragt,
- 19 die Klage abzuweisen.
- 20 Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Klageantrag zu 1) sei wegen fehlender inhaltlicher Bestimmtheit und wegen der Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung unzulässig.
- 21 Weiter hat die Beklagte die Ansicht vertreten, eine konkrete Gesundheitsgefährdung des Klägers sei bei einer Faserkonzentration von weniger als 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft nach dem derzeitigen wissenschaftlichen Kenntnisstand nicht gegeben. Die Asbestkonzentration im Funkhaus liege regelmäßig deutlich unter diesem Wert.
- 22 Im übrigen habe sie, die Beklagte mit der vorläufigen Sanierung begonnen; die Deckenöffnungen würden luftdicht abgeklebt. Angesichts dessen stehe dem Kläger

auch ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft nicht zu. Die vom Kläger behaupteten Gesundheitsgefahren bestünden tatsächlich nicht.

- 23 Mit einem am 01.07.1992 verkündeten Urteil hat das Arbeitsgericht der Klage teilweise stattgegeben und festgestellt, daß der Kläger berechtigt sei, seine vertraglich geschuldete Arbeitskraft bei Fortzahlung der ihm geschuldeten tarifgemäßen Vergütung zurückzuhalten, sobald feststehe, daß auf dem ihm zugewiesenen Arbeitsplatz oder auf den Gängen, die er notwendigerweise benutzen müsse, um zu dem Arbeitsplatz zu gelangen, eine Asbestkonzentration von mehr als 1.000 Fasern pro Kubikmeter festgestellt werde, und zwar so lange, bis die jeweilige konkrete Sanierungsmaßnahme abgeschlossen sei.
- 24 Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei insgesamt zulässig, der Antrag zu 1) jedoch in vollem Umfange unbegründet; es fehle für das diesbezügliche Begehren des Klägers an einer Anspruchsgrundlage. Der Feststellungsantrag sei in dem erkannten Umfang begründet, weil dem Kläger ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, wenn die Asbestfaserkonzentration sich auf mehr als 1.000 Fasern pro Quadratmeter belaufe. Die Beklagte verstoße gegen ihre aus § 618 Abs. 1 BGB resultierende Fürsorgepflicht, wenn sie den Kläger trotz einer solchen Asbestbelastung beschäftige. Nach dem heutigen Stand der Technik müsse man bei einer solchen Konzentration von einer wissenschaftlich gesicherten Gesundheitsgefährdung ausgehen. Daß dies auch bei geringeren Werten der Fall sei, sei vom Kläger weder schlüssig behauptet, noch unter Beweis gestellt.
- 25 Wegen des weiteren Inhaltes dieses erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 434 - 456 d.A. Bezug genommen .
- 26 Gegen dieses am 11.09.1992 zugestellte Urteil hat der Kläger am 09.10.1992 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 09.12.1992 am 09.12.1992 begründet.
- 27 Der Kläger rügt, das Arbeitsgericht habe zu Unrecht seinen Anspruch auf Beschäftigung an einem asbestfreien Arbeitsplatz außerhalb des Funkhauses abgewiesen. Dieser Anspruch ergebe sich vielmehr aus §§ 618, 619, 242 BGB i.V.m. den einschlägigen Arbeitsschutzbestimmungen.
- 28 Die Beklagte verstoße nach wie vor beharrlich gegen die vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung gemäß § 3 Abs. 2 der Arbeitsstättenverordnung aufgestellten Arbeitsstättenrichtlinien, da sie ihn, den Kläger, und alle anderen ständig oder vorübergehend beschäftigten Mitarbeiter nach wie vor in dem im höchsten Maße asbestkontaminierten Funkhaus beschäftige. Diese Arbeitsschutzbestimmungen habe das Arbeitsgericht bei seiner Urteilsfindung nicht herangezogen und darüber hinaus europäisches Recht völlig außer Acht gelassen.
- 29 Die an den Arbeitgeber gerichteten Gebote und Verbote im öffentlich rechtlichen Arbeitsschutz begründeten nach herrschender Meinung eine entsprechende unabdingbare Vertragspflicht des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern. Der Arbeitgeber habe auch ohne ausdrückliche weitere Spezialregelung diejenigen Vorkehrungen auf seine Kosten zu schaffen, die nach dem Stand der Technik möglich und zumutbar seien.
- 30 Aus der Doppelnatur der Arbeitsschutznormenfolge, daß ihre Einhaltung vom betroffenen Arbeitnehmer auch mit privatrechtlichen Rechtsbehelfen, insbesondere mit der Erfüllungsklage, erzwungen werden könne. Bei widerrechtlichem Handeln des Arbeitgebers stehe ihm auch ein Unterlassungsanspruch als quasi. negatorischer Beseitigungsanspruch analog §§ 12, 862, 1004 BGB zu. Damit stehe fest, daß er, der Kläger, eine arbeitsschutzgerechte Beschäftigung verlangen könne, da eine konkrete Gefahr für Leben und Gesundheit drohe und durch die vorgelegten Gutachten des Prof. D, und des Privatdozenten F gutachterlich nachgewiesen seien. Aufgrund dieser Gutachten sei die Beklagte verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um ihn, den Kläger, einer weiteren Gesundheitsgefährdung durch die vorhandene hohe Asbestkonzentration nicht mehr auszusetzen.

- 31 Auf jeden Fall stehe ihm, so macht der Kläger geltend, aber ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft zu wegen des Verstoßes der Beklagten gegen arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen. Dabei liege die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien, beim Arbeitgeber. Insoweit trete eine Umkehr der Beweislast ein.
- 32 Die Arbeitnehmer der Leitwarte, so trägt der Kläger weiter vor, hätten mehr als anderen Arbeitnehmer Kontakt zu Asbest«, Nachdem das mit Messungen beauftragte Batelle-Institut in Frankfurt noch Ende 1991 Asbestfaserkonzentrationen von 1.290 Fasern pro Kubikmeter im Büroturm und von 4.650 Fasern pro Kubikmeter bzw. 1.680 Fasern pro Kubikmeter im Studioturm festgestellt habe, habe der technische Direktor, Herr R., mit Schreiben vom 17.12.1991 die vom Batelle-Institut empfohlene sofortige Vorsichtsmaßnahme als Dienstanweisung erlassen, nach der der Zutritt in alle Schächte, d.h. auch in den Schwachstromschacht-Büroturm, durch das Fachpersonal nur mit persönlicher Schutzausrüstung inklusive Atemschutzmaske zu gestatten sei, wenn sich das Betreten als unvermeidbar darstelle. Es gebe weiterhin eine Dienstanweisung vom 28.04.1989 für die Ausführung von Reinigungs-, Bau-, Montage- und Instandhaltungsarbeiten im Funkhaus. Danach dürften bestimmte Räume nur noch mit Schutzkleidung und Atemschutzmaske betreten werden.
- 33 Dennoch gebe es nach wie vor neuralgische Punkte erheblicher Asbestgefahr, so z.B. bei der Umfahrung des Studioturmes und dem Übergang von der Wäscheausgabe im Gartengeschoß zum Büroturm. Hier arbeiteten er, der Kläger, und seine Kollegen ohne Schutzanzüge. Es stehe somit fest, daß er aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit nach wie vor notwendigerweise in Räumen und Schächten zu arbeiten habe, die in hohem Maße asbestbelastet seien.
- 34 Der medizinische Sachverständige Dr. F: habe in seinem Gutachten vom 15.12.1991 festgestellt, daß das Erfordernis, in einem kontaminierten Dienstgebäude arbeiten zu müssen, eine unzumutbare gesundheitliche Gefährdung bedeute, selbst wenn diese Gefährdung konkret noch nicht erkennbar bzw. klinisch manifest geworden sei. Nach den Feststellungen des Gutachters bestehe eine unzumutbare gesundheitliche Gefährdung für alle Mitarbeiter im Funkhaus am ...
- 35 . Diese Gefährdung gelte um so mehr für die Mitarbeiter der Leitwarte.
- 36 Da auch heute Immer wieder neue Asbestfundstellen gemeldet würden, und es sich dabei um ein "Fass ohne Boden" handele, sei diese Wertung des Sachverständigen um so mehr gerechtfertigt. So sei bei der Freigabemessung am 27.07.1992 nach wie vor eine Faserkonzentration zwischen 1.990 und 8.840 Fasern pro Kubikmeter in der 17. bis 25. Etage des Büroturms gemessen worden. In seinem Bericht habe das Batelle-Institut nach ausgiebig durchgeführten Reinigungsarbeiten eine höchstmögliche Konzentration in diesem Bereich von 13.160 Fasern pro Kubikmeter berechnet. Freigegeben worden sei der Starkstromschacht mit Faserkonzentrationen zwischen 0 und 790 Fasern pro Kubikmeter. Nicht auszuschließen sei aber, daß nach wie vor wesentlich höhere Faserkonzentrationen von weit mehr als 1.000 Fasern pro Kubikmeter vorhanden seien.
- 37 Daß eine Gefährdung weiterhin bestehe, dokumentiere auch das folgende Beispiel: Nachdem bei der Messung zur Freigabe der inzwischen sanierten 22. Etage im Büroturm überhöhte Werte zwischen 400 und 6.130 Fasern pro Kubikmeter am 24.08.1992 gemessen worden seien, habe man festgestellt, daß hinter den Teppichstreifen der Fußleisten der Trennwände zwischen einzelnen Büros Promasbestplatten als Aufdickung verwendet worden seien. Seitdem würden in allen Räumen des Büroturms diese Fußleisten mit farblosem Silikon versiegelt.
- 38 Bis dahin seien alle Mitarbeiter im Büroturm unter Umständen regelmäßig einer solch hohen Asbestfaserkonzentration, ausgehend von den nicht festgestellten Promasbestplatten ausgesetzt gewesen.

Soweit das Arbeitsgericht meine, ein Zurückbehaltungsrecht stehe erst bei einer Asbestkonzentration von mehr als 1.000 Fasern pro Kubikmeter zu, stehe es im Widerspruch zu einer verbreiteten Meinung in der Wissenschaft.

- 40 Der Kläger beantragt,
- 41 1. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zur endgültigen Asbestsanierung auf einem Arbeitsplatz außerhalb des Funkhauses ... zu beschäftigen;
- 42 2. festzustellen, daß der Kläger berechtigt ist, seine vertraglich geschuldete Arbeitskraft bei Fortzahlung der ihm geschuldeten tarifgemäßen Vergütung solange zurückzuhalten, bis die Beklagte ihm einen neuen Arbeitsplatz gem. dem Klageantrag zu 1) zugewiesen hat.
- 43 Die Beklagte beantragt,
- 44 die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen .
- 45 Die Beklagte ist weiterhin der Auffassung, dem Kläger stehe weder ein Anspruch auf einen asbestfreien Arbeitsplatz außerhalb des Funkhauses zu, noch könne er ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitskraft in Anspruch nehmen.
- 46 Die Beklagte trägt dazu vor: Sie habe alle nach den einschlägigen Vorschriften erforderlichen Maßnahmen ergriffen, um jegliche Gefährdung ihrer Mitarbeiter und also auch des Klägers auszuschließen. Dies zeigten die Ergebnisse der vorgeschriebenen Kontrollmessungen mit nicht zu übertreffender Deutlichkeit. Auch ohne die Interimsmaßnahme würden die zulässigen 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft bei den Messungen weit unterschritten. Bei bisher 1.117 Messungen seien 1.112 unter 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft gewesen. Die letzte Messung über 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft liege fast drei Jahre zurück.
- 47 Im übrigen habe keiner der bisher bemühten Gutachter ernsthaft gefordert, das Funkhaus zu räumen. Auch im Batelle-Gutachten werde diese Forderung nicht aufgestellt. Die potentielle Gefahr, daß eventuelle Spritzasbestbestandteile aus dem Zwischendeckenbereich in die Raumluft gelangen könnten, würde, durch die luftdichte Abschlüßung der Decken ausgeschlossen.
- 48 Im übrigen gebe es keine ernsthafte Stimme aus der Wissenschaft, die bei einer Asbestfaserkonzentration von erheblich unter 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft eine Gesundheitsgefährdung behaupte. Demzufolge sei es nur folgerichtig, daß das Arbeitsgericht dem Kläger nur für den Fall ein Zurückbehaltungsrecht an seine Arbeit zugesprochen habe, daß an seinem Arbeitsplatz eine Asbestfaserkonzentration von mehr als 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft auftrete.
- 49 Soweit der Kläger zur Verrichtung seiner Arbeit nicht allgemein zugängliche Räume aufsuchen müsse, so stehe ihm Schutzkleidung nach dem neuesten Stand der Technik zur Verfügung. Der Kläger selbst habe schon auf die Dienstanweisung vom 28.04.1989 Bezug genommen.
- 50 Im übrigen gebe es im Gegensatz zu dem vom Kläger angedeuteten Risiko bei ihr, der Beklagte, praktisch keinen Bereich mehr, in dem besondere Schutzvorkehrungen wegen Asbest notwendig seien. Die einzige Ausnahme seien die Klimasteiggeschächte, die aber, wenn überhaupt, dann mit Schutzanzügen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in den nächsten Jahren überhaupt nicht mehr betreten werden müßten.
- 51 Nach dem Erstellen des Asbestkalenders im April 1989 seien lediglich drei zusätzliche Asbestfundstellen bekannt geworden. Demzufolge könne also keine Rede davon sein, es würden ständig neue Stellen gefunden. Ungeachtet dessen sei darauf hinzuweisen, daß diese Asbestfunde nicht unter die Dringlichkeitsstufe I eingeordnet würden. Der Grund hierfür sei, daß eine Freisetzung von Asbestfasern aus diesen Fundbereichen nicht ohne äußere Einwirkungen möglich seien, d.h. sie träten bei normalem Betrieb nicht auf.

- 52 Was die vom Kläger angegebene Messung vom 24.08.1992 anlange, so sei die von ihm angegebene Asbestkonzentration vermutlich durch die Promasbeststreifen hinter den Teppichfußbodenleisten hervorgerufen worden. Die festgestellte Konzentration basiere auf einer sehr aggressiven Meßmethode. Es sei der gesamte Raum angeblasen worden, und zwar mit Preßluft, um sicherzustellen, daß nach Abschluß der Interimsmaßnahmen die Etagen absolut asbestfrei seien, auch im Hinblick auf Altlasten. Bei konkreter Nutzung könne eine solche Asbestfaserfreisetzung aus Bereichen hinter den Fußbodenleisten jedoch nicht erfolgen.
- 53 Hinsichtlich der Feststellung von 700 Fasern pro Kubikmeter Luft seien diese nach den geltenden Richtlinien statthaft.
- 54 Schließlich beanstandete der Kläger zu Unrecht die Meßüberwachung. Eine flächendeckende Meßüberwachung sei nach den Asbestrichtlinien nicht zu fordern. Wie wenig eine solche begründet wäre, ergebe sich aus dem Umstand, daß bei der oben angegebenen Vielzahl der Messungen sonst öfter Belastungen über 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft auftreten müssen.
- 55 Schließlich sei am Rande darauf hingewiesen, daß die Behauptung des Klägers falsch sei, es liege keine Ausnahmegenehmigung der Landesregierung im Hinblick auf den feuerpolizeilichen Zustand vor. Das Gegenteil sei der Fall. Sie, die Beklagte, habe eine zeitlich befristete Ausnahmegenehmigung des zuständigen Ministeriums NW, allerdings mit der Auflage der entsprechenden Stichproben.
- 56 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze, die zu den Akten gereichten Unterlagen sowie auf den gesamten sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 57 Die Berufung ist an sich statthaft (§64 Abs. 2 ArbGG). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 ArbGG, 518, 519 ZPO).
- 58 In der Sache ist sie teilweise begründet,
- 59 1. Unbegründet ist die Klage, soweit der Kläger von der Beklagten die Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz außerhalb des Funkhauses ... verlangt. Darauf hat der Kläger unter den hier gegebenen Umständen keinen Anspruch.
- 60 Nach § 618 Abs. 1 BGB hat der Arbeitgeber zwar Räume, Vorrichtungen und Geräte so einzurichten und zu unterhalten, daß die Arbeitnehmer gegen Gefahren für Gesundheit und Leben geschützt sind. Daraus ergibt sich auch ein Erfüllungsanspruch; die Arbeitnehmer können also ein Handeln des Arbeitgebers erwarten, dieser hat alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um bestehende oder drohende Gefahren zu beseitigen. Dies kann dazu führen, daß der Arbeitgeber die betroffenen Arbeitnehmer anderweitig einzusetzen hat, also in Räumlichkeiten, die - wie es hier in Rede steht - nicht asbestbelastet sind. Dies insbesondere im Hinblick auf den während des streitlos bestehenden Arbeitsverhältnisses gegebenen Beschäftigungsanspruch.
- 61 Dementsprechend hat die Beklagte bereits eine Reihe von Arbeitnehmern außerhalb des Funkhauses eingesetzt, so etwa Schwangere.
- 62 2. Voraussetzung für eine solche räumliche Verlagerung des Arbeitsplatzes ist jedoch, daß die Arbeitnehmer in diesen anderen Räumlichkeiten tatsächlich dem geschlossenen Arbeitsvertrag gemäß beschäftigt werden können. Dies ist beim Kläger nicht der Fall. Als Mitglied der Leitwarte besteht die Aufgabe des Klägers gerade darin, die betrieblichen Einrichtungen und Anlagen zu überwachen und ggf. Störungen selbst zu beseitigen. Diese zu betreuende Technik befindet sich aber im Funkhaus am ... Der Kläger kann deshalb die arbeitsvertraglich vereinbarte Leistung nirgendwo anders erbringen. Sein Klagebegehren richtet sich damit auf eine unmögliche Leistung, so daß es erfolglos bleiben muß.

II. Begründet ist die Berufung jedoch, soweit der Kläger ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung geltend macht, solange das Funkhaus nicht entsprechend den Asbestrichtlinien endgültig saniert ist (Ziff. 4.4. und 5.3.1 der Richtlinien). Dieses Zurückbehaltungsrecht ergibt sich für den Kläger aus §§ 273, 618 BGB i.V.m. der Gefahrstoffverordnung und den bereits erwähnten Asbestrichtlinien.

- 64 1. Verletzt der Arbeitgeber seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag, so ist der Arbeitnehmer nach § 273 BGB berechtigt, seinerseits die Leistung zu verweigern, bis der Arbeitgeber zu einem vertragsgemäßen Verhalten zurückkehrt. Ein solches Zurückbehaltungsrecht - das den Arbeitgeber trotz Nichtleistung der Arbeit gemäß § 615 BGB zur Fortzahlung des Gehaltes verpflichtet - wird auch bei Verletzung der sich aus § 618 Abs. 1 BGB ergebenden Pflichten zugebilligt (Däubler, Arbeitseinstellung wegen Asbestemission?, AfB 89, 136, 139; MK-Lorenz, 2. Aufl., Rn. 67 - 69 zu § 618).
- 65 2. Hier hat die Beklagte gegen § 618 Abs. 1 BGB verstoßen, indem sie vom Kläger eine weitere Tätigkeit im Funkhaus trotz dessen Asbestbelastung verlangte.
- 66 a) Die sich aus § 618 BGB ergebenden Pflichten werden konkretisiert durch die Normen des Arbeitsschutzes, soweit sie den Arbeitnehmern einen Erfüllungsanspruch geben, was im Zweifel anzunehmen ist. Zu diesen Vorschriften gehört auch die Gefahrstoffverordnung vom 25.09.1991 (Bundesgesetzblatt I, 1931). Diese Gefahrstoffverordnung erfaßt jedes Inverkehrbringen und jeden Umgang mit Gefahrstoffen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen privaten oder einen öffentlichen Arbeitgeber handelt. Insoweit unterscheidet sie sich von der Arbeitsstättenverordnung. Auch das bloße Ausgesetztsein wird von der Gefahrstoffverordnung erfaßt, wie Däubler, a.a.O., S. 137, überzeugend anhand des Gesetzeszweckes und der Gesetzesentwicklung dargelegt hat.
- 67 b) Asbest ist nach der Änderung der Gefahrstoffverordnung von der Gruppe II ("stark gefährdende Stoffe") in die Gruppe I der "sehr stark gefährdenden" krebserregenden Stoffe umgestuft worden. Der Ordnungsgeber hat damit die Konsequenzen aus wissenschaftlichen Untersuchungen gezogen, wonach Asbest zu den sog. A-1-Stoffen zählt, die eingeatmet beim Menschen Krebs, und zwar insbesondere Lungenkrebs und das Mesotheliom, verursachen können; eine gesundheitlich unbedenkliche Konzentration, ein sog. -Schwellenwert, kann dabei nicht angegeben werden (vgl. dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 21.08.1991 - Bs II 67/91 - NJW 92, 524, 525; OVG Bremen, Beschl. v. 03.12.1991 - I BA10/91 - NJW 92, 3054, 3055 jeweils m.w.N.; vgl. auch LIS Bericht Nr. 91 (1989), S. 16).
- 68 Daraus folgt ein Anspruch der Arbeitnehmer der Beklagten, und also auch des Klägers, vor Gesundheitsgefahren infolge Asbest geschützt zu werden.
- 69 c) Diese Verpflichtung bestreitet die Beklagte nicht umstritten ist zwischen den Parteien lediglich, ob eine solche Gefährdung durch Asbestemission hier vorliegt, und bei welcher Asbestkonzentration von derartig negativen Auswirkungen ausgegangen werden muß.
- 70 aa) Das Arbeitsgericht meint, bei weniger als 1.000 Fasern pro Kubikmeter sei eine Gesundheitsgefährdung nach dem gegebenen wissenschaftlichen Kenntnisstand nicht nachweisbar. Diese Ansicht des Arbeitsgerichtes erscheint problematisch. Wie bereits dargelegt, läßt sich nach den bisherigen medizinischen Erkenntnissen ein Schwellenwert gerade nicht festlegen.
- 71 Soweit das Arbeitsgericht auf Ziff. 5.3.2 der Asbestrichtlinien verweist, wo auch ein Höchstwert von 1.000 Fasern pro Kubikmeter als tolerabel angeführt sei, ist darauf hinzuweisen, daß es sich dabei um die nach den Asbestrichtlinien zulässige Belastung bei vorläufigen Sanierungsmaßnahmen handelt. Diese vorläufigen Maßnahmen hätten jedoch nach den Asbestrichtlinien bereits im August 1991 abgeschlossen sein müssen (vgl. dazu Schreiben Finanzbauamt Köln-West vom 14.01.1991, Bl. 336, 337 d.A.).
- 72 Wenn also der vom Arbeitsgericht angezogene Wert während der Sanierungsmaßnahmen noch als tolerierbar zugrunde zu legen ist, kann dies nur bis zu

dem Zeitpunkt gelten, zu dem entsprechend den einschlägigen Bestimmungen die vorläufigen Sanierungsmaßnahmen hätten abgeschlossen sein müssen. Dieser Zeitraum ist hier längst überschritten. Dabei waren zum Schluß der mündlichen Verhandlung noch nicht einmal diese vorläufigen Maßnahmen abgeschlossen, geschweige denn, daß die endgültige Sanierung angefangen hätte, obwohl dies spätestens ab September 1991 nach den Asbestrichtlinien so hätte gewesen sein müssen.

- 73 bb) Zuzustimmen ist dem angefochtenen Urteil lediglich darin, daß der Arbeitgeber nicht das allgemeine Lebensrisiko durch besondere Aufwendungen abfangen muß, soweit es nicht durch die von ihm zur Verfügung gestellten Räume und Gerätschaften erhöht wird. Das gilt auch hinsichtlich der allgemein in der Umwelt vorhandenen Asbestkonzentration (vgl. dazu US Bericht Nr. 91, S. 106 ff). Diese allgemein in der Umwelt vorhandene Asbestfaserkonzentration, so meint das Landesarbeitsgericht, begrenzt die dem Arbeitgeber obliegende Pflicht zur Fürsorge gemäß § 618 BGB.
- 74 3. Nach dem von der Beklagten vorgelegten Gutachten des Prof. L vom 22.09.1992 sollen die hier im Funkhaus gemessenen Werte "unter realistischen Arbeitsbedingungen" mit hoher Wahrscheinlichkeit den Konzentrationen in der allgemeinen Umwelt vergleichbar und so niedrig sein, daß ein nachweisbares und objektiv konkretisierbares Gesundheitsrisiko für die Beschäftigten in den Räumen der nicht zu belegen sei (siehe insbesondere S. 6 und S. 25 - 27). Das Landesarbeitsgericht vermag dieser Ansicht nicht zu folgen, wobei der Gutachter allem Anschein nach ohnehin dazu neigt, die Bedeutung der Asbeststaubexposition für die Entstehung von Krebs zu relativieren (siehe insbesondere S. 9 ff des Gutachtens).
- 75 a) Fest steht aufgrund der durchgeführten Messungen, daß es im Funkhaus der Beklagten bis in die jüngste Zeit hinein erhebliche Asbestkonzentrationen gegeben hat. Dazu sei auf die Darstellung im Tatbestand verwiesen. Dort sind die einzelnen Daten aufgelistet. Ergänzend wird Bezug genommen auf den Bericht des Bundesministers des Innern vom 05.10.1992 SM 9-345 321/2 "Asbestproblematik bei der unter Berücksichtigung des Beschlusses des Deutschen Bundestages vom 20. Juni 1991", in dem es auf S. 2 heißt: "Zur Prüfung der Wirksamkeit dieser Maßnahmen und zur Kontrolle der Raumluftbelastung mit Asbestfasern werden regelmäßige Messungen - seit Juni 1990 sechs Messungen wöchentlich - durchgeführt. Bis Ende März 1992 wurden rund 940 Messungen vorgenommen. Davon erbrachten bisher fünf Messungen ein Ergebnis über dem kritischen Wert von 1.000 Asbestfasern pro Kubikmeter Luft. Rund 92 % der Messungen lagen unter der Nachweisgrenze von 400 Asbestfasern pro Kubikmeter Luft".
- 76 Die Richtigkeit dieser Sachverhaltsdarstellung hat auf die Beklagte nicht, jedenfalls nicht mit der hinreichenden Deutlichkeit bestritten.
- 77 b) In Erwägung zu ziehen ist weiterhin, daß die Asbestemission nicht nur eine Ursache hat, nämlich Abwitterung von der Ummantelung des Stahlgerüsts (vorläufige Sicherungsmaßnahme: Zukleben der Decke), sondern von Trennwänden kommt (siehe Gutachten D. vom 28.02.1991, S. 3) und aus dem Bereich der Fußleisten. Letztere Quellen sind allem Anschein nach nicht näher untersucht worden.
- 78 c) Angesichts dessen erscheint dem Landesarbeitsgericht die Befürchtung des Klägers nachvollziehbar, daß er immer wieder und ohne daß dies bemerkt wird, erheblichen Belastungen durch Asbest, auch über 1.000 Fasern pro Kubikmeter Luft ausgesetzt wird, wenn er seine Arbeit verrichtet. Insoweit ist es durchaus von Bedeutung, daß der Kläger keinen festen Arbeitsplatz hat, sondern im gesamten Bauwerk zum Einsatz kommt. Ob und wann er dort in welcher Konzentration Asbeststaub ausgesetzt ist, ist bei den von der Beklagten angewandten Meßmethoden nicht zuverlässig feststellbar. Dazu sind die Messungen zu sporadisch. Dementsprechend kommt auch das Batelle-Institut in seinem Gutachten vom Februar 1990 zu dem Ergebnis: "Die Wahrscheinlichkeit, eine zum Zeitpunkt X I stattfindende stoßartige Faserfreisetzung zu erfassen bei 250 Messungen pro Jahr und ca. 550 Büroräumen, ist außerordentlich gering" (S. 26).

- 79 Das bedeutet letztendlich, daß ein wirksamer Schutz jedenfalls für den Kläger bei dessen Tätigkeit nicht möglich ist; alle, ernsthaft in Betracht kommenden Risiken sind bei den hier gegebenen Umständen, wie sie sich aus dem gesamten Akteninhalt ergeben, nicht auszuschließen.
- 80 4. Die insoweit bestehenden Zweifel und Unsicherheiten können nicht zu Lasten des Klägers gehen, wie das Arbeitsgericht das meint. Dem Kläger ist nicht die Darlegungs- und Beweislast aufzubürden.
- 81 Zwar hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, es sei Sache des Arbeitnehmers, darzulegen und notfalls zu beweisen, daß ein nach § 618 BGB ordnungswidriger Zustand vorgelegen habe, der geeignet gewesen sei, den eingetretenen Schaden herbeizuführen (Urt. v. 27.02.70, I AZR 258/69 - AP Nr. 16 zu § 618 BGB). Dies kann aber in Fällen wie dem vorliegenden nicht gelten; denn vom Arbeitnehmer würde Unmögliches verlangt. Er ist zum einen schon aus wirtschaftlichen Gründen nicht in der Lage, die Kosten für die einschlägigen Untersuchungen zu tragen (vgl. dazu Ziff. 5.4 der Asbestrichtlinien: Anforderungen an die Meßinstitute). Zum anderen hätte er gar keine Möglichkeit, autonom diese Prüfung durchzuführen; denn sie müssen in den Räumen des Arbeitgebers stattfinden, über die den Arbeitnehmern ein Verfügungsrecht nicht zusteht.
- 82 Angesichts dieser Abgrenzung der Sphären kann nur den Arbeitgeber - im Anschluß an die Rechtsprechung zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Produkthaftung (vgl. dazu BGH, Urt. v. 18.09. 1984 - VI ZR 223/82, BGHZ 92, 143, 150, 151 m.W.N.) - die Beweislast treffen.
- 83 Es wäre daher Sache der Beklagten gewesen, im einzelnen darzulegen und zu beweisen, daß ein objektiv konkretisierbares Gesundheitsrisiko durch Asbest für den Kläger bei der Beschäftigung in den Räumen des Funkhauses nicht gegeben ist. Dieser Nachweis ist der Beklagten, wie bereits dargelegt, bei den von ihr angewandten Überprüfungsmethoden nicht möglich.
- 84 Dem Kläger steht deshalb ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Arbeitsleistung zu, bis das Funkhaus endgültig saniert ist. Dementsprechend ist tenoriert worden. Was im übrigen unter endgültiger Sanierung zu verstehen ist, ergibt sich aus den Asbestrichtlinien (Ziff. 4.3, 5.3.1).
- 85 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 ZPO.
- 86 Die Revision wurde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache und etwaiger Divergenz (Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Bereich des § 618 BGB) zugelassen.

2.C Folie 13

Recherchieren unter juris | Das Rechtsportal

3

Langtext

Asbest II

Gericht:	BAG 8. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	20.06.2013	Normen:	§ 636 Abs 1 S 1 RVO vom 18.08.1980, § 256 Abs 1 ZPO, § 286 ZPO
Aktenzeichen:	8 AZR 471/12		
Dokumenttyp:	Urteil		

Schadensersatz - Asbestbelastung - vorsätzliche Schädigung**Orientierungssatz**

1. Das Verschulden und die einzelnen Arten des Verschuldens, insbesondere auch der Begriff der Fahrlässigkeit, sind Rechtsbegriffe. Die Feststellung ihrer Voraussetzungen liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, wobei dem Tatrichter ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Eine Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht darf nur erfolgen, wenn eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch den Tatsachenrichter festzustellen ist. (Rn.25)

2. Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass derjenige, der vorsätzlich eine zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Schutzvorschrift missachtet, eine Schädigung oder eine mögliche Berufskrankheit des Arbeitnehmers nicht billigend in Kauf nimmt, gibt es nicht. Stets kommt es vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an. (Rn.28)

Fundstellen

DB 2013, 2216-2218 (red. Leitsatz und Gründe)
 ZTR 2013, 614-615 (red. Leitsatz und Gründe)
 EzA § 636 RVG Nr 15 (red. Leitsatz und Gründe)
 NZA-RR 2014, 63-65 (red. Leitsatz und Gründe)
 UV-Recht Aktuell 2014, 269-275 (red. Leitsatz und Gründe)
 EzTöD 100 § 3 TVöD-AT Arbeitsunfall Nr 2 (red. Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

EzA-SD 2013, Nr 19, 14 (red. Leitsatz)
 EzA-SD 2013, Nr 19, 16 (red. Leitsatz)
 BB 2013, 2292 (red. Leitsatz)
 AP-Newsletter 2013, 237 (red. Leitsatz)
 PersR 2013, 389 (red. Leitsatz)
 ArbUR 2013, 456 (red. Leitsatz)
 ArbRB 2013, 329 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 AuA 2014, 53 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
 NZA 2014, 168 (red. Leitsatz)
 AuA 2014, 244 (red. Leitsatz)
 DGUV-Forum 2014, Nr 5, 41 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Dessau-Roßlau, 1. Juli 2008, Az: 6 Ca 236/07, Urteil
 vorgehend Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt 3. Kammer, 15. März 2012, Az: 3 Sa 313/11, Urteil
 vorgehend Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt 3. Kammer, 15. März 2012, Az: 3 Sa 313/11, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Wolfhard Kohte, jurisPR-ArbR 44/2013 Anm. 3 (Anmerkung)

Axel Groeger, ArbRB 2013, 329-330 (Anmerkung)

Volker Stück, AuA 2014, 53 (Anmerkung)

Zeitschriften

Axel Groeger, ArbRB 2013, 329-330 (Anmerkung)

Praxisreporte

Wolfhard Kohte, jurisPR-ArbR 44/2013 Anm. 3 (Anmerkung)

Tenor

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 15. März 2012 - 3 Sa 313/11 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat die Beklagte zu tragen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob die beklagte Stadt (*im Folgenden: Beklagte*) verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche künftigen Schäden zu ersetzen, die er aufgrund an asbestfaserhaltigen Bauteilen durchgeführter Arbeiten erleiden sollte.
- 2 Der Kläger ist seit 1992 bei der Beklagten als Angestellter tätig. Von 1994 bis Mai 1995 war er bei dem Sozialamt der Beklagten in der Abteilung Obdachlosenhilfe beschäftigt und als Betreuer für Asylbewerber, Asylanten und Flüchtlinge im Asylbewerberheim A in D eingesetzt. Dieses Gebäude war bis Januar 1990 als Kindereinrichtung genutzt worden. Zum 1. Februar 1990 war diese Nutzung wegen der möglichen Freisetzung von Asbestfasern in einer die Gesundheit gefährdenden Konzentration eingestellt worden. Die Asbestkontamination der Innenwände des Gebäudes infolge der Verwendung des Baustoffes Sokalit war dem Bürgermeister der Beklagten aufgrund eines Schreibens des Hochbauamtes vom 11. November 1991 bekannt.
- 3 Die Beklagte beabsichtigte, Anfang des Jahres 1995 das Gebäude des Asylbewerberheims grundlegend zu sanieren. Der Kläger führte mit drei weiteren Angestellten der Beklagten, drei Zivildienstleistenden sowie zwölf bis 15 Asylbewerbern auf Weisung des Abteilungsleiters des Sozialamtes S sowie des Heimleiters Sch in der Zeit vom 1. Februar bis zum 5. Mai 1995 dort folgende Sanierungsarbeiten durch:
 - Demontage der Rippenhelzkörper,
 - Abspachteln der aufgeblühten Wandoberflächen,
 - Entfernen vorhandener Tapetenreste,
 - Aufbringen der Klebemasse,
 - Anbringen von Gipskartonplatten auf den Wänden,
 - Verspachteln der Fugen zum Aufbringen eines Farbanstrichs.
- 4 Insgesamt leisteten die eingesetzten Personen etwa 800 Arbeitsstunden. Eine besondere Aufklärung über die Art und Weise der durchzuführenden Tätigkeiten sowie die Anweisung zum Tragen von Schutzbekleidung und Atemschutzgeräten erfolgte nicht.

- 5 Anfang Mai 1995 wies ein Mitarbeiter eines Bauunternehmens, der Folgearbeiten abstimmen sollte, den Kläger darauf hin, dass bei den Sanierungsarbeiten asbesthaltiger Staub freigesetzt werde und derartige Arbeiten nur von spezialisierten Unternehmen ausgeführt werden dürften. Der Kläger leitete diese Information an den zuständigen Abteilungsleiter S weiter. Dieser erklärte, das Vorhandensein asbesthaltigen Materials sei allgemein bekannt und drängte auf die Fortsetzung der Arbeiten.
- 6 Einer der beteiligten Zivildienstleistenden schaltete daraufhin das staatliche Gewerbeaufsichtsamt D ein. Dieses stellte fest, dass durch das Abkratzen und Abschaben der verbauten Sokalitverkleidungen eine extreme Exposition von Asbestfasern aus dem lockeren Faserverband bewirkt worden sei. Materialproben der Sokalitplatten ergaben einen Fasergehalt von bis zu 40 % Chrysotilasbest. Das Gewerbeaufsichtsamt verfügte am 5. Mai 1995 die sofortige Einstellung der Arbeiten und die Versiegelung des Gebäudes.
- 7 Anlässlich einer Erkrankung des Klägers im Jahre 2006 vermutete der behandelnde Arzt das Vorhandensein von Krebserregern als Auslöser. Dieser Verdacht, der sich letztlich nicht bestätigte, veranlasste den Kläger, sich näher mit der Problematik auseinanderzusetzen, ob die damaligen Sanierungsarbeiten, während derer er Asbestfasern eingeatmet hatte, für ihn das Risiko einer Krebserkrankung erhöht haben oder in Zukunft zum Ausbruch einer Krebserkrankung führen könnten.
- 8 Mit Anwaltsschreiben vom 6. September 2006 ließ der Kläger die Beklagte auffordern, ihre uneingeschränkte Schadensersatzpflicht dem Grunde nach für alle materiellen und immateriellen Schäden, die ihm aufgrund der in der Zeit vom 1. Februar bis 5. Mai 1995 geleisteten Sanierungsarbeiten im Asylbewerberheim entstanden sind und noch entstehen werden, anzuerkennen. Die Beklagte lehnte eine Haftung unter Hinweis auf den Haftungsausschluss nach § 104 Abs. 1 SGB VII mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 ab.
- 9 Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass er bereits jetzt mit einer Feststellungsklage die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung eines Schadensersatzes grundsätzlich feststellen lassen könne.
- 10 Weiter meint er, der Beklagten sei der Vorwurf vorsätzlichen Handelns zu machen. Die Kenntnis der Beklagten über die gesundheitsschädigende Wirkung des asbestfaserhaltigen Materials gehe zum einen aus dem Schreiben des Hochbauamtes vom 11. November 1991 und zum anderen aus den vom Ausschuss für Gefahrstoffe bereits 1994 beschlossenen Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS 519) hervor. Sein direkter Vorgesetzter, der Abteilungsleiter S, habe sogar, nachdem der Kläger ihn über die Aussage des Mitarbeiters der Baufirma D informiert hatte, erklärt, dass das Vorhandensein asbesthaltigen Materials allgemein bekannt sei, und auf die Fortführung der Arbeiten gedrängt. Dieses Verhalten seines Vorgesetzten müsse sich die Beklagte zurechnen lassen.
- 11 Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche materiellen und immateriellen Schäden, welche er aufgrund der nach Weisung der Beklagten im Zeitraum vom 1. Februar bis 5. Mai 1995 an asbestfaserhaltigen Bauteilen im damaligen Asylbewerberheim in D, A, ausgeführten Arbeiten erlidet, unter Zugrundelegung einer Haftungsquote von 100 % zu ersetzen, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergehen.

- 12 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

13

Sie hat gemeint, es fehle bereits an einem Feststellungsinteresse für den Feststellungsantrag. Dem Kläger sei es auch nicht gelungen, die haftungsbegründende Kausalität für einen eventuellen Schaden aufzuzeigen.

- 14 Die Beklagte bestreitet ferner, dass die die Arbeiten im Asylbewerberheim anordnenden Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt haben. Es habe niemand den Eintritt eines Gesundheitsschadens billigend in Kauf genommen. Daher stünde einem Schadensersatzanspruch des Klägers auch der Haftungsausschluss des § 636 Abs. 1 Satz 1 RVO entgegen. Die Mitarbeiter Sch und S hätten gerade darauf vertraut, dass kein Gesundheitsschaden bei dem Kläger eintreten werde. Die Annahme eines bedingten Vorsatzes sei lebensfremd.
- 15 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 28. April 2011 (- 8 AZR 769/09 - AP SGB VII § 104 Nr. 6 = EzA RVO § 636 Nr. 14) das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Nach erneuter Verhandlung hat das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag des Klägers stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

- 16 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger hat Anspruch auf die beantragte Feststellung.
- 17 A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse sei zu bejahen. Der Feststellungsantrag sei auch begründet. § 636 Abs. 1 RVO stehe einem Schadensersatzanspruch des Klägers nicht entgegen, da sich die Beklagte die Kenntnis des damaligen Vorgesetzten des Klägers, des Abteilungsleiters S, zurechnen lassen müsse. Dieser habe eine Schädigung des Klägers zumindest billigend in Kauf genommen. Dies ergebe sich daraus, dass das Gebäude zum 1. Februar 1990 geschlossen worden sei, weil sowohl die Außen- als auch die Innenwände des Gebäudes mit asbesthaltigem Material verkleidet gewesen seien. Dass auch der Abteilungsleiter S über dieses Wissen konkret verfügt habe, folge aus seiner Antwort, die er dem Kläger gegeben habe, nachdem dieser ihn darüber informiert gehabt habe, dass ihn ein Mitarbeiter der Firma D darauf aufmerksam gemacht habe, an den Wänden dürfe nur mit einer besonderen Schutzausrüstung gearbeitet werden. Der Abteilungsleiter habe geantwortet, das Vorhandensein asbesthaltigen Materials sei allgemein bekannt. Er habe jedoch nicht eine sofortige Einstellung der Arbeiten verfügt, sondern auf die weitere Fortsetzung derselben gedrängt. Der Abteilungsleiter habe nach alledem so leichtfertig gehandelt, dass er eine mögliche Gesundheitsverletzung der mit den Sanierungsarbeiten Beschäftigten, darunter auch des Klägers, in Kauf genommen haben müsse. Es habe auch keiner fundierten wissenschaftlichen Kenntnisse bedurft, um die von den Sanierungsarbeiten ausgehende Gefahr zu erkennen. Allein das Wissen, dass die ehemals in dem Gebäude betriebene Kinderkrippe wegen der Asbestgefahr geschlossen werden musste und die Sanierungsarbeiten allein von spezialisierten Fachfirmen durchgeführt werden durften, genüge, um auf die besonders große Leichtfertigkeit des Handelns des verantwortlichen Abteilungsleiters zu schließen.
- 18 B. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.
- 19 I. Die Feststellungsklage ist zulässig. Das besondere Feststellungsinteresse ist nach § 256 Abs. 1 ZPO gegeben. Dies hat der Senat in der vorliegenden Streitsache bereits entschieden (BAG 28. April 2011 - 8 AZR 769/09 - Rn. 24 ff., AP SGB VII § 104 Nr. 6 = EzA RVO § 636 Nr. 14).
- 20 II. Die Feststellungsklage ist auch begründet.

- 21 1. Die Beklagte haftet dem Kläger grundsätzlich für solche Schäden, die dieser aufgrund der Arbeiten vom 1. Februar bis 5. Mai 1995 an asbestfaserhaltigen Bauteilen im damaligen Asylbewerberheim der Beklagten erleidet. Der Senat hat im vorliegenden Rechtsstreit entschieden, dass eine Haftung der Beklagten (nur noch) von der Frage abhängt, ob eine Herbeiführung eines möglichen Arbeitsunfalls in Form einer Gesundheitsschädigung durch den Abteilungsleiter des Klägers, S, vorsätzlich erfolgt ist. Zur diesbezüglichen Feststellung hat er den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen (*BAG 28. April 2011 - 8 AZR 769/09 - Rn. 31 ff., AP SGB VII § 104 Nr. 6 = EzA RVO § 636 Nr. 14*).
- 22 2. Der Abteilungsleiter S handelte mit Vorsatz in Bezug auf die Pflichtverletzung und in Bezug auf eine in Zukunft möglicherweise noch auftretende Gesundheitsschädigung des Klägers.
- 23 a) Das Eingreifen des Haftungsprivilegs nach § 636 Abs. 1 Satz 1 RVO in der bis 31. Dezember 1996 geltenden Fassung erfordert einen „doppelten“ Vorsatz. Der Vorsatz des Handelnden muss sich zum einen auf die Verletzungshandlung beziehen. Zum anderen muss der Vorsatz aber auch den Verletzungserfolg umfassen. Allein der Verstoß gegen zugunsten von Arbeitnehmern bestehende Schutzpflichten indiziert noch keinen Vorsatz bezüglich der Herbeiführung eines Arbeitsunfalls iSd. § 636 Abs. 1 RVO. Es verbietet sich, die vorsätzliche Pflichtverletzung mit einer ungewollten Unfallfolge mit einem gewollten Arbeitsunfall oder einer gewollten Berufskrankheit gleichzusetzen (*vgl. BAG 28. April 2011 - 8 AZR 769/09 - Rn. 50, AP SGB VII § 104 Nr. 6 = EzA RVO § 636 Nr. 14*).
- 24 Vorsatz enthält ein „Wissens“- und ein „Wollenselement“. Der Handelnde muss die Umstände, auf die sich der Vorsatz beziehen muss, gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben (*BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 - Rn. 10*). Die Annahme eines bedingten Vorsatzes setzt voraus, dass der Handelnde die relevanten Umstände jedenfalls für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat. Die objektive Erkennbarkeit der Tatumsstände reicht nicht aus (*vgl. BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 - aaO*). Bewusste Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn der Handelnde darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten (*Palandt/Grüneberg 72. Aufl. § 276 Rn. 10*).
- 25 b) Das Verschulden und die einzelnen Arten des Verschuldens, insbesondere auch der Begriff der Fahrlässigkeit, sind Rechtsbegriffe. Die Feststellung ihrer Voraussetzungen liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet, wobei dem Tatrichter ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob der Tatrichter von den richtigen rechtlichen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt sowie Denkgesetze, Erfahrungssätze und Verfahrensvorschriften verletzt hat (*vgl. BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - Rn. 43, AP BGB § 280 Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 611 Krankenhausarzt Nr. 4*). Eine Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht darf nur erfolgen, wenn eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch den Tatsachenrichter festzustellen ist (*BAG 19. Februar 2009 - 8 AZR 188/08 - Rn. 48, AP SGB VII § 105 Nr. 4 = EzA SGB VII § 105 Nr. 5*). Dagegen genügt es für die Aufhebung eines landesarbeitsgerichtlichen Urteils nicht, wenn im Streitfall auch eine andere Beurteilung als die des Landesarbeitsgerichts möglich wäre und das Revisionsgericht, hätte es die Beurteilung des Verschuldensgrades selbst vorzunehmen, zu dem Ergebnis gekommen wäre, es liege ein anderer Verschuldensgrad als der vom Berufungsgericht angenommene vor (*BAG 15. September 2011 - 8 AZR 846/09 - aaO*).
- 26 c) Nach diesen Grundsätzen ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, dem Vorgesetzten des Klägers, S, sei der Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens zu machen, weil er es billigend in Kauf genommen habe, dass neben den übrigen Betroffenen der Kläger infolge der angewiesenen Sanierungsarbeiten eine durch Asbest bewirkte Gesundheitsschädigung erfährt.
- 27 Das Landesarbeitsgericht hat dies damit begründet, es sei der Leitungsebene der Beklagten und dem Abteilungsleiter S bekannt gewesen, dass das fragliche Gebäude,

welches früher als Kindereinrichtung gedient hatte, deshalb zum 1. Februar 1990 geschlossen wurde, weil sich herausgestellt hatte, dass die Innenwände mit asbesthaltigem Material verkleidet waren und von Asbest eine Gesundheitsgefährdung für die sich in dem Gebäude aufhaltenden Personen ausging. Auf Vorhalt des Klägers Anfang Mai 1995, dass derartige Arbeiten nur von einer Fachfirma ausgeführt werden dürften, habe der Abteilungsleiter geantwortet, dass das Vorhandensein asbesthaltigen Materials allgemein bekannt sei, und auf die weitere Fortsetzung der Arbeiten gedrängt. Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Tatsachengericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine Tatsache, wozu auch innere Tatsachen gehören, als wahr oder unwahr erachtet. Revisionsrechtlich ist nur zu prüfen, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze verstößt (vgl. BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 - Rn. 13). Im vorliegenden Fall ist ein Fehler des Berufungsgerichts nicht zu erkennen. Dies gilt vor allem auch deshalb, weil diese vom Landesarbeitsgericht seiner Entscheidung zugrundegelegten Tatsachen im Wesentlichen unstreitig sind.

- 28 Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass derjenige, der vorsätzlich eine zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Schutzvorschrift missachtet, eine Schädigung oder eine mögliche Berufskrankheit des Arbeitnehmers nicht billigend in Kauf nimmt, gibt es nicht. Zwar hat der Senat entschieden, dass ein Arbeitgeber trotz eines Verstoßes gegen Arbeitsschutzvorschriften meistens darauf hoffen wird, es werde kein Unfall eintreten (vgl. BAG 19. Februar 2009 - 8 AZR 188/08 - Rn. 50, AP SGB VII § 105 Nr. 4 = EzA SGB VII § 105 Nr. 5). Diese Ausführungen sind einer Verallgemeinerung im Sinne eines Erfahrungssatzes auf tatsächlichem Gebiet allerdings nicht zugänglich. Stets kommt es vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalles an.
- 29 Es kann naheliegen, dass der Schädiger einen pflichtwidrigen Erfolg gebilligt hat, wenn er sein Vorhaben trotz starker Gefährdung des betroffenen Rechtsguts durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht (vgl. BGH 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10 - Rn. 11). Davon ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis ausgegangen, indem es entscheidend auf die Tatsache abgestellt hat, dass der Abteilungsleiter den Kläger mit der Sanierung der Räume in der oberen Etage des Asylbewerberheims beauftragt hat, obwohl die gesundheitsschädliche und krebserzeugende Wirkung, die durch das Einatmen von Asbeststaub hervorgerufen werden kann, bereits seit 1995 bekannt war.
- 30 Dass das Berufungsgericht aufgrund dieser Tatsache und dem Drängen des Abteilungsleiters auf Fortsetzung der Sanierungsarbeiten, nachdem er durch den Kläger auf die Asbestgefahren hingewiesen worden war, angenommen hat, der Abteilungsleiter habe eine mögliche Gesundheitsschädigung des Klägers billigend in Kauf genommen, lässt eine Überschreitung des dem Landesarbeitsgericht zustehenden Beurteilungsspielraumes nicht erkennen und ist revisionsrechtlich daher nicht zu beanstanden.
- 31 C. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

Hauck

Böck

Breinlinger

Andreas
Henninger

Umfug



Gericht:	BAG 1. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	18.03.2014	Normen:	§ 87 Abs 1 Nr 7 BetrVG, § 3 ArbSchG, § 10 ArbSchG
Aktenzeichen:	1 ABR 73/12		
Dokumenttyp:	Beschluss		

Mitbestimmung beim Arbeitsschutz

Leitsatz

Die aus § 3 Abs. 2 ArbSchG folgende Pflicht des Arbeitsgebers, für eine geeignete Organisation zu sorgen und Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Maßnahmen des Arbeitsschutzes bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden, setzt einen Rahmen für die Entwicklung einer an den betrieblichen Gegebenheiten ausgerichteten Organisation. Hierbei hat der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitzubestimmen. (Rn.23)

Fundstellen

BAGE 00, 00
NZA 2014, 855-857 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)

weitere Fundstellen

ZMV 2014, 165-166 (Kurzwiedergabe)
PersF 2014, Heft 5, 89 (Kurzwiedergabe)
BB 2014, 820 (Kurzwiedergabe)
ArbuR 2014, 162-163 (Kurzwiedergabe)
EzA-SD 2014, Nr 7, 12-13 (Kurzwiedergabe)
ZBVR online 2014, Nr 4, 29 (Kurzwiedergabe)
ArbRB 2014, 97 (Kurzwiedergabe)
AP-Newsletter 2014, 96 (Kurzwiedergabe)
ZTR 2014, 210 (Kurzwiedergabe)
AuA 2014, 305 (Kurzwiedergabe)
ArbN 2014, Nr 3, 37 (Kurzwiedergabe)
FA 2014, 154 (Kurzwiedergabe)
EzA-SD 2014, Nr 15, 10 (red. Leitsatz)
EBE/BAG Beilage 2014, Ls 61/14 (Leitsatz)
DB 2014, 1747 (red. Leitsatz)
BB 2014, 1907 (Leitsatz)
ArbR 2014, 396 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
ArbRB 2014, 233 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Hamburg 29. Kammer, 24. Februar 2011, Az: 29 BV 26/10, Beschluss
vorgehend Landesarbeitsgericht Hamburg 1. Kammer, 11. September 2012, Az: 1 TaBV 5/12, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Sina Pfister, ArbR 2014, 396 (Anmerkung)
Patrick Esser, ArbRB 2014, 233 (Anmerkung)

Zeitschriften

Patrick Esser, ArbRB 2014, 233 (Anmerkung)

Tenor

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 11. September 2012 - 1 TaBV 5/12 - wird zurückgewiesen.

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Übertragung von Unternehmerpflichten nach dem Arbeitsschutzgesetz auf eine Arbeitnehmergruppe.
- 2 Die Arbeitgeberin betreibt ein Unternehmen, das sich mit der Herstellung, dem Vertrieb, der Installation und der Wartung von Aufzügen, Fahrtreppen und anderen Transportsystemen befasst. Antragsteller ist der Betriebsrat ihres H Betriebs. Dort sind insgesamt 48 Monteure beschäftigt, denen als fachliche Vorgesetzte vier Meister im Servicegeschäft und zwei Meister im Neubaugeschäft vorstehen.
- 3 Mit Schreiben vom 16. September 2010 teilte die Arbeitgeberin ihren Meistern Folgendes mit:

„Für die von Ihnen betreuten Mitarbeiter der O werden Ihnen die dem **Unternehmer** hinsichtlich des **Arbeitsschutzes und Umweltschutzes** obliegenden Pflichten übertragen.

Dazu gehört insbesondere, dass Sie zur Gewährleistung von **Arbeitssicherheit, Brandschutz, Gesundheits- und Umweltschutz** an den **Arbeitsplätzen**

- Auf die Anwendung und Einhaltung der Sicherheits- und Umweltschutzvorschriften achten
- Mitarbeiter einsetzen, unterweisen, informieren
- Anordnungen treffen und Anweisungen geben
- Überwachung der Einhaltung der Anweisungen
- Auf Benutzung der erforderlichen Körperschutzmittel achten
- Arbeitsplätze/Baustellen kontrollieren
- Gefahren und Gesundheitsschäden und jeden Unfall melden, die Unfallursache analysieren und durch geeignete Maßnahmen Wiederholungen ausschließen
- Vorläufige Regelungen im Falle plötzlicher Gefahren treffen
- Mit Betriebsarzt, Sicherheitsfachkraft, Sicherheitsbeauftragten sowie den Betriebsräten im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben zusammenarbeiten

- Vorgeschriebene ärztliche Vorsorgeuntersuchungen von Beschäftigten veranlassen
- Die Aufgaben nach §§ 3 - 14 des Arbeitsschutzgesetzes und die geltenden O Vorschriften wahrnehmen

Sie haben die Verantwortung für die Arbeitssicherheit in Ihrem Bereich

Soweit Ihnen Mitarbeiter mit Vorgesetztenfunktion unterstellt sind, haben Sie diesen Vorgesetzten ebenfalls die entsprechenden Aufgaben und Verantwortlichkeiten zu delegieren.

Die Verantwortung der Ihnen überstellten Vorgesetzten und die der Geschäftsführung bleiben hiervon unberührt.

...

- 4 Den Betriebsrat beteiligte die Arbeitgeberin vor Bekanntgabe dieser Anweisung nicht.
- 5 Dieser hat geltend gemacht, mit der Anordnung vom 16. September 2010 habe die Arbeitgeberin eine organisatorische Maßnahme nach § 3 Abs. 2 ArbSchG getroffen, die seiner Mitbestimmung unterliege.
- 6 Der Betriebsrat hat beantragt

festzustellen, dass die Übertragung von Unternehmerpflichten gemäß §§ 3 bis 14 ArbSchG durch Schreiben der Arbeitgeberin vom 16. September 2010 auf die Gruppe der Meister der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt.

- 7 Die Arbeitgeberin hat Antragsabweisung beantragt und gemeint, es handele sich um eine mitbestimmungsfreie Beauftragung fachkundiger Personen nach § 13 Abs. 2 ArbSchG.
- 8 Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihm stattgegeben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Arbeitgeberin ihren Abweisungsantrag weiter.
- 9 B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die im Schreiben vom 16. September 2010 erfolgte Anweisung der vorherigen Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterlag.
- 10 I. Der Antrag ist in der gebotenen Auslegung zulässig.
- 11 1. Der Betriebsrat begehrt mit seinem Antrag die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bei der Übertragung von Unternehmerpflichten nach §§ 3 bis 14 ArbSchG, wie sie die Arbeitgeberin im Anschreiben vom 16. September 2010 auf die Gruppe der in ihrem Betrieb beschäftigten Meister vorgenommen hat. Es geht dem Betriebsrat damit nach der Antragsformulierung und seinen prozessualen Darlegungen nicht um die abstrakte Feststellung eines Mitbestimmungsrechts in allen Fällen der Übertragung von Aufgaben nach dem Arbeitsschutzgesetz, sondern nur um die Feststellung des Mitbestimmungsrechts bei der Übertragung der in jenem Anschreiben formulierten Aufgaben auf die im Betrieb der Arbeitgeberin beschäftigten Meister.

Hierin sieht er eine mitbestimmungspflichtige Organisationsentscheidung der Arbeitgeberin. Dieses Antragsverständnis hat der Betriebsrat in der Anhörung vor dem Senat bestätigt.

- 12 2. So verstanden ist der Antrag hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
- 13 a) Im Beschlussverfahren muss ein Antrag ebenso bestimmt sein wie im Urteilsverfahren. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist auf das Beschlussverfahren und die in ihm gestellten Anträge entsprechend anwendbar. Der jeweilige Streitgegenstand muss so konkret umschrieben werden, dass der Umfang der Rechtskraftwirkung für die Beteiligten nicht zweifelhaft ist.
- 14 b) Hiernach genügt der Antrag dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dem steht nicht entgegen, dass der Senat im Beschluss vom 18. August 2009 (- 1 ABR 43/08 - Rn. 10, BAGE 131, 351) angenommen hat, ein Antrag sei nicht hinreichend bestimmt, wenn er auf die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts in all den Fällen gerichtet sei, in denen der Arbeitgeber gemäß § 13 Abs. 2 ArbSchG Aufgaben auf externe Personen übertrage. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde geht es im vorliegenden Fall dem Betriebsrat nicht um die Feststellung eines Mitbestimmungsrechts bei der Übertragung unbestimmter Aufgaben des Arbeitsschutzes auf externe Personen, sondern darum festzustellen, dass die von der Arbeitgeberin vorgenommene betriebliche Organisation des Arbeitsschutzes der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegt.
- 15 3. Der Antrag ist auf die Feststellung eines betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsverhältnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO gerichtet. Das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei einem bestimmten Regelungstatbestand ist ein Rechtsverhältnis, das einer gerichtlichen Feststellung zugänglich ist (BAG 17. Januar 2012 - 1 ABR 45/10 - Rn. 16, BAGE 140, 223).
- 16 4. Für die begehrte Feststellung besteht auch das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse, da zwischen den Beteiligten das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts in der im Antrag bezeichneten Angelegenheit in Streit steht.
- 17 II. Der Antrag ist begründet. Die Übertragung von Unternehmerpflichten auf die Arbeitnehmergruppe der Meister entsprechend dem Schreiben der Arbeitgeberin vom 16. September 2010 unterliegt der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.
- 18 1. Nach dieser Bestimmung hat der Betriebsrat bei betrieblichen Regelungen über den Gesundheitsschutz mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber diese aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat und ihm bei der Gestaltung Handlungsspielräume verbleiben. Dadurch soll im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer eine möglichst effiziente Umsetzung des gesetzlichen Arbeitsschutzes im Betrieb erreicht werden. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und wegen des Fehlens einer zwingenden Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vom Gesetz vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen. Eine näher ausgestaltbare Rahmenvorschrift liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung Maßnahmen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes erfordert, diese aber nicht selbst im Einzelnen beschreibt, sondern dem Arbeitgeber lediglich ein zu erreichendes Schutzziel vorgibt. Ob die Rahmenvorschrift dem Gesundheitsschutz unmittelbar oder mittelbar dient, ist dabei unerheblich. Ebenso wenig kommt es auf eine subjektive Regelungsbereitschaft des Arbeitgebers an (BAG 11. Dezember 2012 - 1 ABR 81/11 - Rn. 17).
- 19 2. Der Begriff des Gesundheitsschutzes in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG stimmt mit dem des Arbeitsschutzgesetzes überein. Erfasst werden Maßnahmen, die dazu dienen, die psychische und physische Integrität des Arbeitnehmers zu erhalten, der arbeitsbedingten Beeinträchtigungen ausgesetzt ist, die zu medizinisch feststellbaren Verletzungen oder Erkrankungen führen oder führen können. Erfasst werden auch vorbeugende Maßnahmen. Des Weiteren ist Voraussetzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, dass die Anwendung der Rahmenvorschrift eine betriebliche Regelung notwendig macht, in der Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam

festlegen, in welcher Weise das vorgegebene Schutzziel erreicht werden soll. Eine solche Regelung muss sich auf einen kollektiven Tatbestand beziehen, für den eine abstrakt-generelle Lösung erforderlich ist. Keine Regelung ist notwendig, wenn der Arbeitgeber nach den gesetzlichen Rahmenregelungen Einzelmaßnahmen zu treffen hat. Diese werden vom Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG nicht erfasst (BAG 18. August 2009 - 1 ABR 43/08 - Rn. 17 und Rn. 19, BAGE 131, 351).

- 20 3. Bei der Übertragung von Aufgaben auf Mitarbeiter oder Dritte ist mitbestimmungsrechtlich danach zu unterscheiden, ob der Arbeitgeber lediglich eine Einzelmaßnahme oder eine Organisationsentscheidung trifft:
- 21 a) Erschöpft sich die Maßnahme des Arbeitgebers in der Übertragung einzelner Aufgaben auf Dritte nach § 13 Abs. 2 ArbSchG liegt typischerweise eine Einzelmaßnahme vor, die nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt (BAG 18. August 2009 - 1 ABR 43/08 - Rn. 23, BAGE 131, 351; Steffek in Kollmer/Klindt ArbSchG 2. Aufl. § 13 Rn. 62). In diesem Fall ist eine betriebliche Regelung, in der Arbeitgeber und Betriebsrat abstrakt-generell festlegen, in welcher Weise das vorgegebene Ziel des Arbeitsschutzes erreicht werden soll, nicht erforderlich.
- 22 b) Hiervon abzugrenzen ist jedoch die Schaffung einer Aufbau- und Ablauforganisation zum Gesundheitsschutz.
- 23 aa) Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten zur Planung und Durchführung der erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes für eine geeignete Organisation zu sorgen. Weiterhin hat er gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 ArbSchG Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Maßnahmen erforderlichenfalls bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können. Der Arbeitgeber hat damit durch den Aufbau einer geeigneten Organisation dafür Sorge zu tragen, dass die sich aus dem Arbeitsschutzgesetz ergebenden Aufgaben auf Mitarbeiter, insbesondere Führungskräfte verteilt werden (Kohte in Kollmer/Klindt ArbSchG 2. Aufl. § 3 Rn. 47). Hierbei handelt es sich um generell-abstrakte Regelungen des Arbeitsschutzes, die über den Einzelfall hinausgehen. Sie betreffen nicht nur die Übertragung einzelner Aufgaben des Arbeitsschutzes auf bestimmte Personen, sondern den Aufbau einer Organisationsstruktur. Die Zuweisung von Aufgaben an einzelne Führungskräfte ist in diesem Fall lediglich Teil dieser Organisationsmaßnahme.
- 24 bb) Derartige Maßnahmen unterliegen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. § 3 ArbSchG ist gewissermaßen der „Prototyp“ einer allgemein gehaltenen Rahmenvorschrift (Fitting 27. Aufl. § 87 Rn. 295; Pieper ArbSchR § 3 ArbSchG Rn. 5a; Kohte in Kollmer/Klindt ArbSchG 2. Aufl. § 3 Rn. 80; Wiese/Gutzeit in GK-BetrVG 10. Aufl. § 87 Rn. 585). Sie gibt dem Arbeitgeber kein bestimmtes, verallgemeinerungsfähiges Organisationsmodell vor, sondern setzt einen Rahmen für die Entwicklung einer an den betrieblichen Gegebenheiten ausgerichteten Organisation. Diese ist maßgeblich vom konkreten Ausmaß der jeweils bestehenden Unfall- und Gesundheitsgefahren sowie von der Betriebsgröße abhängig (Kohte in Kollmer/Klindt ArbSchG 2. Aufl. § 3 Rn. 80). § 3 ArbSchG stellt damit entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht nur eine umfassende Generalklausel ohne konkreten Regelungsgegenstand dar, die nicht der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt (zu dieser Unterscheidung BAG 8. Juni 2004 - 1 ABR 13/03 - zu B I 2 b bb (2) der Gründe, BAGE 111, 38). Diese Vorschrift enthält vielmehr von den Betriebsparteien auszufüllende Regelungsspielräume (ebenso bereits BAG 16. Juni 1998 - 1 ABR 68/97 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 89, 139).
- 25 cc) Unzutreffend ist weiterhin die Annahme der Rechtsbeschwerde, aus § 10 Abs. 2 Satz 3 ArbSchG folge, dass nur in den im Arbeitsschutzgesetz ausdrücklich genannten Fällen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestünden und im Übrigen nur freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG geschlossen werden könnten. Hiergegen spricht bereits, dass diese Vorschrift nach der Gesetzesbegründung allein darauf zielt, die unionsrechtliche Vorgabe aus Art. 11 Abs. 2 Buchst. b) der Richtlinie

89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit vom 12. Juni 1989 umzusetzen (BT-Drs. 13/3540 S. 18 f.). Weitergehende Beteiligungsrechte des Betriebsrats, wie sie sich insbesondere aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ergeben können, bleiben hiervon unberührt, wie § 10 Abs. 2 Satz 4 ArbSchG ausdrücklich klarstellt (Steffek in Kollmer/Klindt ArbSchG 2. Aufl. § 10 Rn. 42).

- 26 4. Nach diesen Grundsätzen ist die von der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 16. September 2010 vorgenommene Übertragung der Unternehmerpflichten aus §§ 3 bis 14 ArbSchG auf die Arbeitnehmergruppe der Meister nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtig.
- 27 Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Aufgabenübertragung über eine Einzelübertragung nach § 13 Abs. 2 ArbSchG hinausgeht. Die Arbeitgeberin hat mit der Anweisung vom 16. September 2010 die Grundlagen einer Aufbau- und Ablauforganisation zum Gesundheitsschutz geschaffen. Sie hat hierin ua. bestimmt, dass die Meister auf die Anwendung und Einhaltung der Gesundheitsschutzvorschriften zu achten, die erforderlichen Anweisungen zu erteilen und deren Einhaltung zu überwachen haben. Sie haben die Arbeitsplätze/Baustellen zu kontrollieren, etwaige Unfallursachen zu analysieren und durch geeignete Maßnahmen auszuschließen und mit Betriebsarzt, Sicherheitsfachkraft, Sicherheitsbeauftragten sowie den Betriebsräten im Rahmen ihrer gesetzlichen Vorschriften zusammenzuarbeiten. Die Arbeitgeberin hat den Meistern weiterhin die Befugnis übertragen, vorläufige Regelungen zu treffen. Schließlich haben die Meister, soweit ihnen Mitarbeiter mit Vorgesetztenfunktion unterstellt sind, diesen die entsprechenden Aufgaben und Verantwortlichkeiten zu übertragen. Die Arbeitgeberin hat damit eine betriebliche Organisationsstruktur im Arbeitsschutz aufgebaut und Verantwortungsbereiche ihrer Meister festgelegt. Dass diese nur recht allgemein gefasst sind, steht dem nicht entgegen. Mit der Anweisung vom 16. September 2010 hat die Arbeitgeberin damit erkennbar bezweckt, ihren Pflichten aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG nachzukommen und den Arbeitsschutz in ihre betriebliche Führungsstruktur einzubauen.

Schmidt

Koch

Linck

Wisskirchen

Seyboth

© juris GmbH



Der dreibeinige Hund I

Gericht:	ArbG Düsseldorf 8. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	04.09.2013	Normen:	Art 3 Abs 1 GG, § 241 Abs 2 BGB
Aktenzeichen:	8 Ca 7883/12		
Dokumenttyp:	Urteil		

Anspruch auf Gleichbehandlung - Mitbringen eines Hundes zur Arbeit

Orientierungssatz

1. Ein Hausverbot, dass der Arbeitgeber für den Hund der Arbeitnehmerin ausgesprochen hat, verstößt nicht zwangsläufig gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch wenn Hunde anderer Mitarbeiter weiterhin in dem Betrieb des Arbeitgebers zugelassen sind (Rn.35), kann die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber andere Mitarbeiter im Rahmen seiner Fürsorgepflicht schützen will, weil sie sich mit gutem Grund vor dem Hund fürchten oder sich von ihm bedroht fühlten. (Rn.43)

2. Eine erteilte Zusage, den Hund mit zur Arbeit bringen zu dürfen, ist nur dann unwiderruflich, wenn dies unmissverständlich und ausdrücklich vereinbart wurde. (Rn.46)

weitere Fundstellen

BB 2013, 2292 (Kurz wiedergabe)
 ArbUR 2013, 421 (Kurz wiedergabe)
 EzA-SD 2014, Nr 7, 8 (red. Leitsatz)

Verfahrensgang

nachgehend Landesarbeitsgericht Düsseldorf 9. Kammer, 24. März 2014, Az: 9 Sa 1207/13, Urteil

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
3. Streitwert: 8.000,00 Euro.
4. Soweit die Berufung nicht bereits kraft Gesetzes zulässig ist (§ 64 Abs. 2 Buchst. b und c ArbGG), wird sie nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Gleichbehandlung.
- 2 Die Klägerin ist bei der Beklagten, die eine Werbeagentur betreibt, seit 16 Jahren, zuletzt als persönliche Assistentin der Geschäftsführung beschäftigt.
- 3 Seit 2009, d.h. seit drei Jahren brachte die Klägerin ihren dreibeinigen, aus Russland stammenden Hund Kaya mit der Chipnummer 7, mit Erlaubnis des damaligen

Geschäftsführers der Beklagten mit in die Betriebsräume der Beklagten. Auch andere Mitarbeiter der Beklagten bringen ihre Hunde mit in die Agentur.

- 4 Ein erstes Gespräch, in dem das Verhalten des Hundes thematisiert wurde, fand am 07.04.2011 statt. Unter der Rubrik „PART II 360° Bewertung“ in dem am 15.04.2011 u.a. von der Klägerin unterzeichneten „Appraisal“ (Blatt 134 bis 136 der Gerichtsakte) heißt es unter anderem:

- 5 „D. sollte sich ihrer Rolle als PA mehr bewusst machen: sie ist das „Vorzimmer“ zu unseren GFs und daher sollte es immer aufgeräumt und sauber sein und der Hund muss sich der Umgebung anpassen (kein Knurren, kein offenes Hundefutter im Büro etc.)“

- 6 Unter der Rubrik „Ziele & Felder für D. w. Entwicklung“ in diesem „Appraisal“ heißt es dann weiter:

- 7 „GENERELL

- 8 - ...

- 9 - Mittelfristiges Ziel: Hund verhält sich sozial kompatibel mit Mitarbeitern (bellt und knurrt nicht, wird nicht im Büro gefüttert)

- 10 Konkrete Next Steps:

- 11 - ...

- 12 - Tiertrainer für den Hund, der ins Büro kommt und dort die Situation vor Ort analysiert und verbessert“

- 13 Mit Schreiben vom 16.11.2012 (Blatt 5 der Gerichtsakte) teilte die Beklagte der Klägerin Folgendes mit:

- 14 „Liebe D.,

- 15 hiermit verbieten wir Dir, Deinen Hund ab dem 01.12.2012 in die Agentur mitzubringen. Wir wollen Dir mit diesem Termin die Gelegenheit geben, eine Betreuung für den Hund zu organisieren.

- 16 Es tut uns leid, eine solche Maßnahme ergreifen zu müssen, aber die Gründe haben wir bereits ausführlich, u.a. am 10.10.2012 und 12.10.2012 besprochen und wir sehen insbesondere aus Verantwortung gegenüber den Kollegen und Besuchern keine alternative Möglichkeit.“

- 17 Die Klägerin ist der Ansicht, sie sei aus Gründen der Gleichbehandlung berechtigt, den Hund weiterhin mit in die Büroräumlichkeiten der Beklagten zu bringen. Ein Sachgrund ihr zu verbieten, den Hund mitzubringen, sei nicht gegeben. Die Klägerin behauptet, der Hund sei nicht verhaltensauffällig und habe im letzten Jahr niemanden bedroht. Dass ihr Hund verhaltensunauffällig sei, ergebe sich auch aus dem Gutachten des Leiters der Polizeidiensthundestaffel W. G. Wegen des genauen Inhalts dieses Gutachtens wird auf Blatt 86 bis 103 der Gerichtsakte Bezug genommen. Die Klägerin bestreitet, dass sich Arbeitnehmer der Beklagten von ihrem Hund bedroht fühlten, und erklärt außerdem ausdrücklich, soweit die von der Beklagten benannten Zeugen sich bedroht fühlten, bedauere sie das und sie werde alles tun, um das Gefühl zu beseitigen. Die Klägerin ist des Weiteren der Ansicht, die Beklagte handele mit dem Verbot widersprüchlich im Hinblick auf eine konkludente Zusage und die Verwirkung des jetzt verfüigten Verbots. Die Beklagte habe ihr drei Jahre lang gestattet, den Hund mitzubringen und damit auch eine konkludente Zusage getätigt, wodurch sie das Recht, ein Hausverbot in Bezug auf das Mitführen des Hundes auszusprechen, verwirkt habe. Wenn es aus Beklagtensicht zumutbar gewesen sei, den Hund seit April 2011, d.h. 20 Monate lang, im Büro zu belassen, sei nicht zu erkennen, wie sich die Beseitigungsverfügung vom 16.11.2012 rechtfertige. Die Klägerin behauptet, eine negative Verhaltensänderung des Hundes seit dem 07.04.2011 habe es nicht gegeben.

Die Klägerin meint außerdem, da die Beklagte ihr einen Verhaltensverstoß vorwerfe, weil sie es unterlasse ihrem Hund deutlich zu vermitteln, dass sie das Sagen habe und dem Hund die entsprechenden Befehle zu geben, wäre vor Ausspruch eines Hausverbotes als milderer Mittel erst einmal eine Abmahnung auszusprechen gewesen. Das Hausverbot sei daher unverhältnismäßig und ihr sei eine Chance zu geben, die Verhaltensanforderungen der Beklagten zu erfüllen.

18 Die Klägerin beantragt,

19 1. die Beklagte zu verurteilen, ihr zusammen mit ihrem Hund mit der Chipnummer
20 7. Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. zu gewähren,

21 2. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag zu 1),

22 die Beklagte zu verurteilen, ihr Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. im
23 Beisein des Sachverständigen, Leiter der Polizeidiensthundestaffel W. für zwei
Tage von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr zu gewähren, um ein etwaiges aggressives
territoriales Verhalten des im Hauptantrag genannten Hundes aufzuheben und
ihr Verhaltensauflagen zur ordnungsgemäßen Führung des Hundes zu geben,

24 3. höchst vorsorglich, für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag zu 1) und
dem Hilfsantrag zu 2),

25 die Beklagte zu verurteilen, ihr Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. mit
der Maßgabe zu gewähren, dass der im Hauptantrag genannte Hund im Büro
der Klägerin in einem 1,20 m x 1,20 m Gitterlaufstall gehalten wird und
außerhalb des Büros von der Klägerin an einer 1 m langen Leine geführt wird
und einen Maulkorb trägt. Die Kosten des Laufstalls und der Laufstallinstallation
trägt die Klägerin.

26 Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, sie sei berechtigt, der Klägerin das Mitbringen des Hundes zu untersagen. Die Klägerin könne sich nicht auf eine Ungleichbehandlung berufen, da in ihrem Betrieb keine vergleichbaren Umstände vorlägen. Mit den anderen Hunden, die ihre Mitarbeiter mit in den Betrieb brächten, habe es in der Vergangenheit nie vergleichbare Probleme gegeben. Die Beklagte behauptet, der Hund der Klägerin sei verhaltensauffällig und aggressiv. Bereits in dem Gespräch am 07.04.2011 sei das gefährliche soziale und territoriale Verhalten des Hundes im Büro von ihr thematisiert worden. Aber auch die Einschaltung eines Tiertrainers habe an dem Verhalten des Hundes nichts geändert. Dies habe zur Folge, dass die Tür zum Büro der Klägerin, in dem sich der Hund aufhalte, immer geschlossen gehalten werden müsse, wenn das Tier im Haus sei. In der Funktion der Klägerin als persönliche Assistentin der Geschäftsführer sei dies jedoch nicht tragbar. Bis auf einige wenige Ausnahmen lasse der Hund niemanden ins Büro. Unterlagen würden teilweise unter der Tür durchgeschoben oder direkt bei den Geschäftsführern im Büro abgegeben, weil sich wegen des aggressiven Hundes niemand traue, das Büro der Klägerin zu betreten. Die Beklagte meint, es sei ihre Pflicht, den Anspruch ihrer Mitarbeiter, an ihrem Arbeitsplatz angstfrei arbeiten zu können, im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht durchzusetzen. Die Beklagte behauptet, im Juli 2012 seien die Zeugin I. Director Human Resources, und die Zeugin T., Manager HR, auf dem Weg zu einem Gespräch mit ihrer Geschäftsführerin H. gewesen und hätten sich bei der Klägerin anmelden wollen, deren Tür offen gestanden habe. Als die Zeuginnen aus dem Fahrstuhl getreten seien, sei der Hund zähnefletschend und knurrend schnell auf beide zuge laufen und habe dabei so gefährlich gewirkt, dass beide zurück in den Fahrstuhl hätten rennen müssen. Besonders aggressiv sei der Hund gegenüber ihrem Geschäftsführer K. der weder in das Büro seiner Sekretärin noch ohne Gefahr über den Flur gehen könne, da der Hund ihn jedes Mal zähnefletschend anknurre. Ca. zweimal pro Woche müsse Herr K. seine persönliche Assistentin über den Flur hinweg bitten, den Hund vom Flur zu rufen bzw. zu entfernen, damit er die Abteilung Kreation überhaupt verlassen könne.

Im Juni/Juli 2011 sei die Zeugin T. auf der dritten Etage in Richtung des Büros der Klägerin gegangen. Der Hund der Klägerin habe vor der Bürotür auf dem Flur gelegen und sie angeknurrt. Sie habe die Klägerin gebeten, den Hund herein zu rufen. Dieser Aufforderung sei die Klägerin erst nach einer unfreundlichen Bemerkung (Du hast die falschen Schuhe an) nachgekommen. Ein derartiger Vorfall habe sich wenige Tage später wiederholt. Wegen dieses Erlebnisses ginge die Zeugin T. nicht mehr auf die dritte Etage, sondern bitte die dort tätigen Kollegen zu Besprechungen zu ihr auf die vierte Etage zu kommen. Der Zeuge L., der für die Wartung der Rechner und die Installationsarbeiten an Computern zuständig sei, erledige diese Arbeiten in der Regel, wenn die Mitarbeiter/innen nicht an ihrem Arbeitsplatz seien, was im Falle der Klägerin nicht möglich sei. Als sie nicht im Raum gewesen sei und der Zeuge L. die Bürotür geöffnet habe, sei der Hund der Klägerin aufgesprungen, habe gebellt und sei in Richtung der geöffneten Tür gerannt. Der Hund habe deutlich gemacht, dass er gewillt sei anzugreifen, falls der Zeuge L. nicht sofort das Büro verlasse. Für den Zeugen L. sei es immer wieder mit Schrecken verbunden, wenn er das Büro der Klägerin betreten müsse, denn der Hund finge sofort an zu knurren oder zu bellen und erhebe sich bis die Klägerin ihn mit Nachdruck in seine Ecke verweise, wo der Hund oft weiter knurre. Es sei dem Zeugen L. unmöglich, sich bei der Arbeit sicher zu fühlen, da er dabei dem Hund den Rücken zuwenden müsse.

- 27 Im Rahmen des jährlichen Mitarbeitergesprächs werde für jeden Mitarbeiter ein sogenanntes „360° Feedback“ von ca. zehn Kollegen zu neutral formulierten Fragen eingeholt. Die abgegebenen Statements seien im Mitarbeitergespräch mit der Klägerin besprochen worden, ohne dass das zu einer Einsicht der Klägerin geführt habe. Die für das Mitarbeitergespräch 2012 eingeholten Statements zeigten, dass die im Vorjahr vereinbarten Maßnahmen in keiner Weise den gewünschten Erfolg gezeigt hätten. Hinzukomme, dass die Klägerin anstatt Einsicht zu zeigen, ihre Kolleginnen und Kollegen selbst dafür verantwortlich mache, wenn sie von dem Hund angeknurrt und bedroht würden. So habe die Klägerin vorgeworfen, „die falschen Schuhe anzuhaben“ oder mit ihren „Papieren zu rascheln“ und dadurch den Hund zu provozieren.
- 28 Die Beklagte meint, die Klägerin könne sich nicht auf eine einmalig in der Vergangenheit erteilte Erlaubnis berufen, eine solche könne nicht uneingeschränkt für alle Zukunft gelten. Die Tatsache, dass sie in der Vergangenheit geduldet habe, dass die Klägerin ihren Hund mit an den Arbeitsplatz bringe, habe unter drei Bedingungen gestanden, dass der Hund keine Gefahr für die Kolleginnen und Kollegen oder für Besucher ihres Hauses darstelle, d.h. diesen Personen gegenüber keine Aggressionen zeige, von dem Hund kein Geruch ausgehe und das das Büro der Klägerin trotz des Aufenthalts des Hundes stets sauber und aufgeräumt sei. Diese Voraussetzungen seien nicht mehr gegeben.
- 29 Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeuginnen I. T., und T. sowie des Zeugen L.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 04.09.2013, Blatt 236 bis 243 der Gerichtsakte Bezug genommen.
- 30 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 31 Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

I.

- 32 Die Klägerin hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen die Beklagte darauf, dass diese ihrem Hund mit der Chipnummer 7. Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. gewährt.
- 33 1. Ein solcher Anspruch der Klägerin ergibt sich nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

- 34 **a.** Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist die privatrechtliche Ausprägung des in Art. 3 Abs. 1 GG statuierten Gleichheitssatzes (vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 97/11, zitiert nach Juris Rz. 44; BAG, Urteil vom 22.12.2009 - 3 AZR 136/08, zitiert nach Juris Rz. 39). Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln. Damit verbietet er eine sachfremde Gruppenbildung und die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe. Sachfremd ist eine Differenzierung, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigen Gründe gibt, wenn die Regelung also für eine am Gleichheitsgedanken orientierte Betrachtungsweise als willkürlich anzusehen ist (vgl. BAG, Urteil vom 25.10.2012 - 2 AZR 552/11, zitiert nach Juris Rz. 62; BAG, Urteil vom 27.06.2012 - 5 AZR 317/11, zitiert nach Juris Rz. 17; BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 97/11, zitiert nach Juris Rz. 44; BAG, Urteil vom 22.12.2009 - 3 AZR 136/08, zitiert nach Juris Rz. 40; BAG, Urteil vom 21.10.2009 - 10 AZR 664/08, zitiert nach Juris Rz. 24). Billig sind dabei Differenzierungsgründe, die unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Leistung auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und nicht gegen verfassungsrechtliche oder sonstige übergeordnete Wertentscheidungen verstoßen (vgl. BAG, Urteil vom 22.12.2009 - 3 AZR 136/08, zitiert nach Juris Rz. 45). Entscheidend ist, wie der Arbeitgeber sich tatsächlich verhielt und ob es dafür tragfähige Gründe gab (vgl. BAG, Urteil vom 22.12.2009 - 3 AZR 136/08, zitiert nach Juris Rz. 45).
- 35 **b.** Unter Zugrundelegung der vorstehenden Grundsätze verstößt das Hausverbot, das die Beklagte für den Hund der Klägerin ausgesprochen hat, auch dann nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn – wie hier – andere Hunde weiterhin in der Agentur der Beklagten zugelassen sind. Die Ungleichbehandlung des Hundes der Klägerin ist durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt, denn es liegen billigen Gründe für diese Entscheidung der Beklagten vor.
- 36 **aa.** Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme ist die Kammer mit der erforderlichen Sicherheit davon überzeugt, dass es im Betrieb der Beklagten Mitarbeiter gibt, die sich mit gutem Grund vor dem Hund fürchten. Die Kammer folgt insoweit den Aussagen der Zeuginnen I. T. und T. sowie des Zeugen L., die übereinstimmend schilderten, dass der Hund sie angeknurrt habe und dass sie sich dadurch bedroht gefühlt hätten.
- 37 Die Zeugin I. schilderte einen Vorfall, wo sie mit Frau T. wegen einer Besprechung mit der Geschäftsführerin, Frau H. auf die Etage kamen, auf der auch das Büro der Klägerin liegt. Die Zeugin I. berichtete, dass sie zunächst in das Büro der Klägerin gegangen seien, da die Tür der Geschäftsführerin noch verschlossen gewesen sei. Die Klägerin sei nicht in ihrem Büro gewesen. Der Hund sei ihr und Frau T. knurrend und zähnefletschend entgegengekommen. Frau T. und sie hätten dann zunächst einmal das Weite gesucht und seien ins Treppenhaus zurück in den Aufzug gelaufen und hätten dann die Klägerin gesucht. In dem Moment, als der Hund auf sie zugekommen sei, habe sie große Angst gehabt. Die Zeugin sagte des Weiteren, es habe eine Vielzahl von Gesprächen mit der Klägerin wegen des Hundes gegeben, die Klägerin habe sich eigentlich immer uneinsichtig gezeigt und immer die Schuld bei den Mitarbeitern, die sich fürchteten oder die Irgendwas sagten, gesucht. Aufgrund der Erfahrung mit dem Hund sei es inzwischen soweit gewesen, dass man Unterlagen nicht mehr im Büro bei der Klägerin, der Assistentin der Geschäftsführung, abgegeben habe, sondern sie unter der Tür durchgeschoben worden seien. Es habe sich niemand mehr in das Büro hinein getraut. Auch sie traue sich dort nicht hinein, weil sie als Laie nicht abschätzen könne, ob der Hund nur knurre und die Zähne fletsche, um das Büro zu verteidigen, oder ob er sie vielleicht auch tatsächlich angreifen würde. Seit diesem Vorfall betrete sie das Büro überhaupt nicht mehr. Sie wickele seither Dokumente entweder über das Postfach ab oder mit den Geschäftsführern direkt. Gespräche würden inzwischen sehr oft in dem Konferenzraum in dem gegenüber Gebäude, in dem sie arbeite, geführt. Die gesamte Arbeit im Betrieb sei dadurch beeinträchtigt, dass die Sekretärin oder Assistentin der Geschäftsführung nicht als Anlaufstelle genutzt werden könne, weil sich niemand in das Büro hinein traue.

- 38 Die Zeugin T. sagte aus, sie könne sich an den Vorfall im Juli 2012 nicht mehr so gut erinnern. Soweit sie sich erinnere, sei sie zusammen mit der Zeugin I. auf die dritte Etage gekommen, um mit der Geschäftsführerin Frau H. zu sprechen, die das erste Büro auf der dritten Etage habe. Das nächste Büro sei dann das der Klägerin. Als sie aus dem Fahrstuhl um die Ecke gekommen seien, seien sie nicht sehr weit gekommen, da ihnen dann der Hund entgegengekommen sei und sie angeknurrt habe. Der Hund habe bedrohlich gewirkt, als er geknurre habe. Er sei ja auch ziemlich groß und wenn der Hund im Gang beschließe, dass sie da nicht mehr durchkämen und sie anknurre, dann sei da nichts zu machen. Als der Hund knurrend auf sie zugekommen sei, habe sie sich umgedreht und sei gegangen. Das mache sie immer, wenn der Hund sie anknurre. Sie sei wieder zurück in den Fahrstuhl gegangen. Die Zeugin I. und sie seien etwas schneller gegangen, sie renne in der Agentur ja nicht rum. Sie seien wieder in den Aufzug gestiegen und runter gefahren. Sie kenne solche Situationen, weil ihr das schon oft passiert sei. Sie sei so ca. zwei Mal in der Woche auf der entsprechenden Etage, weil sie dort zu tun habe und jedes Mal knurre sie der Hund an. Sie habe selber Tiere und sie habe Angst vor dem Hund. Sie habe die Klägerin auch verschiedentlich darauf angesprochen, warum der Hund sie anknurre. Die Klägerin habe ihr erklärt, das liege zum Beispiel an ihrem Gang, dass sie zu fest auftrete oder einmal hätten ihre Schuhe geklappt. Sie sei es immer irgendwie Schuld, dass der Hund knurre. Hinter dem Büro der Klägerin befinde sich ein Großraumbüro, in dem sie auch gelegentlich zu tun habe. Der Hund liege dann auf dem Gang und sie müsse an ihm vorbei. Sie habe dann zur Klägerin gesagt, sie solle den Hund rein rufen, was sie dann auch mache. Wenn sie dann bei den Mitarbeitern im Großraumbüro sei, habe sie schon wieder die Angst, dass sie auf dem Rückweg wieder an dem Hund vorbei müsse. Ihr sei es auch passiert, dass der Hund im Büro gewesen sei, ohne dass die Klägerin da gewesen sei, und sie nicht ins Büro gelassen habe, um die Unterlagen, die sie dort habe abholen wollen und die auf dem Schreibtisch gelegen hätten, mitzunehmen. Sie habe die Klägerin darauf angesprochen und sie habe gesagt „Sei doch froh, dass der Hund mein Büro bewacht“.
- 39 Die Kammer hat keine Veranlassung gesehen, die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen anzuzweifeln. Die Aussagen waren in sich im Wesentlichen schlüssig und widerspruchsfrei. Dass die Zeuginnen in ihren Aussagen nicht genau übereinstimmten hinsichtlich der Stelle, an der sich der Hund befand, als sie ihn wahrnahmen, erscheint nicht erheblich, denn zu bedenken ist, dass der Vorfall zum Zeitpunkt der Zeugenaussage bereits mehr als ein Jahr zurücklag. Insbesondere die Zeugin T. schilderte, dass sie häufiger von dem Hund angeknurrt wurde, so dass es nachvollziehbar erscheint, dass sie sich an den genauen Einzelfall nicht mehr in allen Details erinnert. Beide Zeuginnen beschrieben aber eine Situation, in der sie sich – nach Ansicht der Kammer – zu Recht vor dem Hund fürchteten, weil dieser knurrend auf sie zukam, als sie den Flur vom Aufzug aus betraten. Zu bedenken ist auch, dass es sich bei dem Hund nicht um ein kleines Tier handelt. Beide Zeuginnen erklären auch, dass sie sich schnell wieder von der Etage entfernt hätten, wobei es nicht entscheiden ist, ob sie gerannt oder schnell gegangen sind. Auch wenn die Zeugin T. auf Befragen des Klägersvertreters einräumte, im Vorfeld der Verhandlung mit der Zeugin I. über den Sachverhalt gesprochen zu haben, erscheinen der Kammer die Aussagen gerade aufgrund der vorstehend aufgezeigten Unterschiede nicht abgesprochen und damit unglaubhaft.
- 40 Die Zeugin T. schilderte im Rahmen ihrer Vernehmung den folgenden Vorfall. Im Juni/Juli 2011 sei sie auf dem Weg zur Kreation gewesen und habe eine Reinzeichnung in der Hand gehabt. Der Hund habe vor dem Büro der Klägerin gelegen und sie angeknurrt als sie auf ihn zugekommen sei. Sie habe dann die Klägerin, die mit dem Gesicht zum Gang hin sitze, angesprochen, sie möchte doch bitte den Hund herein rufen. Das habe sie dann getan, allerdings ohne sie anzusehen, und sie habe ihr die Schuld dafür gegeben, weil sie das Papier in der Hand gehabt habe und der Hund deshalb geknurre habe. Später habe es nochmal ein ähnliches Ereignis gegeben. Da seien ihre Schuhe schuld gewesen, dass der Hund geknurre habe. Sie habe dann entschieden, dass sie nicht mehr auf diese Etage gehe, wenn der Hund auf dem Gang liege, weil sie nicht angeknurrt werden wolle und man ja auch nicht wisse, ob der Hund es nicht vielleicht doch ernst meine. Wenn sie durch die Glastür den Hund nicht

auf dem Gang liegen sehe, dann gehe sie zur Besprechung zu dem Kollegen, andernfalls bitte sie die Kollegen zu ihr zu kommen. Normalerweise habe sie keine Angst vor Hunden, sie habe selber eine englische Bulldogge und sie könne unterscheiden, ob ein Hund ernsthaft knurrt oder nicht. Wenn der Hund vor dem Büro stehe, dann knurre er und dass sei ein ganz klares Verteidigen des Territoriums. Die Kammer hat keine Veranlassung gesehen, die Glaubwürdigkeit der Zeugin und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage anzuzweifeln. Die Aussage war in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Dies ergibt sich insbesondere auch daraus, dass die Zeugin auf Befragen des Klägersvertreters ohne weiteres angab, dass sie diese Bedrohungssituation nur empfinde, wenn der Hund auf dem Gang liegt, und dass sie sich dann, wenn die Klägerin das abstellen würde, angstfrei in der Agentur aufhalten könnte. Wäre es der Zeugin allein darum gegangen, den Hund aus der Agentur zu verdrängen, so hätte sie eine solche Aussage nicht gemacht.

- 41 Der Zeuge L., der bei der Beklagten für die Installation und die Wartung der Rechner zuständig ist und regelmäßig Wartungsarbeiten an den PCs durchführen muss, schilderte in seiner Aussage seine Probleme mit dem Hund der Klägerin. Er führte aus, dass es normalerweise kein Problem sei, die Wartungsarbeiten durchzuführen, aber im Büro der Klägerin und wenn er auf die dritte Etage kommen müsse gebe es ein Problem. Der Hund zeige ein ausgeprägtes Revierverhalten. Er springe auf, beläutere ihn an, knurre, habe ihn auch schon an die Wand gedrängt, was besonders unangenehm sei, wenn er gerade irgendwelches schweres Equipment, wie z.B. Drucker oder Bildschirme trage, und keine Möglichkeit habe, sich in irgendeiner Weise zu verteidigen. Wenn er im Büro der Klägerin zu tun habe, sei der Hund, auch wenn sie da sei, zunächst einmal angesprungen, die Klägerin habe ihn dann zurückgerufen und der Hund sei dann meist widerwillig in seine Ecke gegangen. Er habe dann die Arbeiten erledigen können, allerdings habe er dabei ständig ein Knurren im Ohr gehabt und da fühle man sich auch nicht sicher. Größere Wartungsarbeiten mache er normalerweise, wenn der User grade nicht im Büro sei, was im Falle der Klägerin nicht möglich sei, weil dann, wenn sie nicht da sei, der Hund alleine im Büro gewesen sei und wenn er die Tür aufgemacht habe, wieder angesprungen sei und ihn nicht ins Büro gelassen habe. Wenn der Hund im Ruhezustand gewesen sei, dann habe er in einer Ecke auf dem Boden gelegen. In dem Moment, wo er die Tür geöffnet habe, sei er aufgesprungen, habe gebellt und auch geknurret und sei auf die Tür zugelaufen. Das verstehe er unter angesprungen. Er habe die Klägerin verschiedentlich darauf angesprochen und dann habe sie ihm mal gesagt, er sei zu laut oder in dem letzten Fall habe sie gesagt „Ist doch gut, dass der Hund sein Revier verteidigt“. Jedenfalls sei er es im Zweifel schuld gewesen. Er habe selber Katzen, er habe auch Bekannte die Hunde hätten und er habe keine Angst vor Tieren, also auch keine Angst vor Hunden. Man fühle sich bei dem Hund eigentlich nie sicher. Die Kammer hat auch hier keine Veranlassung gesehen, die Glaubwürdigkeit des Zeugen und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage anzuzweifeln. Auch diese Aussage war in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Der Zeuge hat nachvollziehbar sein Problem mit dem Hund der Klägerin geschildert. Dass man es als unangenehm, ja sogar bedrohlich empfindet, wenn man seine Arbeit ausführen muss, während hinter einem ein knurrender Hund liegt oder wenn man die Hände voll hat und von dem Hund an die Wand gedrängt wird, ist verständlich. Der Umstand, dass es Fotos gibt, auf denen der Zeuge „entspannt“ auf einem Barhocker sitzt und der Hund in der Nähe liegt, macht die Aussage nicht unglaubhaft. Der Zeuge schildert in seiner Aussage die Situation, dass der Hund „sein Büro“ und „seinen Gang“ verteidigt. Dass der Hund sich außerhalb dieses Bereichs auch aggressiv oder bedrohlich zeigt, behauptet nicht einmal die Beklagte.
- 42 Dass die Zeuginnen und der Zeuge aufgrund der von ihnen geschilderten Situationen Angst vor dem Hund haben, erscheint nachvollziehbar und kann auch nicht als „Anstellerei“ abgetan werden. Der Hund der Klägerin ist kein kleiner Hund, den man schon wegen seiner Größe nicht ernstnehmen kann sondern ein mittelgroßer Hund, von dem man annehmen kann, dass er in der Lage ist zuzubeißen. Wenn ein solcher Hund einen Menschen, der ihn nicht gut kennt anknurrt und die Zähne fletscht, ist das aus Sicht der Kammer ein begründeter Anlass, sich vor dem Tier zu fürchten. Zu beachten ist hier auch, dass sogar die Zeugin T., die selbst einen Hund hat, aussagt,

sie könne nicht erkennen, ob das Knurren ernst gemeint sei und ob man einen Angriff befürchten müsse.

- 43 **bb.** Da aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer feststeht, dass es bei der Beklagten Arbeitnehmer gibt, die sich vor dem Hund der Klägerin fürchten bzw. sich von dem Hund nicht grundlos bedroht fühlen, war die Beklagte aufgrund ihrer den Arbeitnehmer gegenüber bestehenden Fürsorgepflicht gehalten, für Abhilfe zu sorgen.
- 44 **(1).** Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrages zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks (vgl. BAG, Urteil vom 12.02.2013 - 3 AZR 99/11, zitiert nach Juris Rz. 39; BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 242/11, zitiert nach Juris Rz. 58). Im Arbeitsverhältnis können die Vertragspartner deshalb zur Verwirklichung des Leistungsinteresses zu leistungssichernden Maßnahmen verpflichtet sein. Dazu gehört auch die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen (vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 242/11, zitiert nach Juris Rz. 58). Die Interessen des Arbeitnehmers sind dabei so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragspartner sowie der anderen Arbeitnehmer nach Treu und Glauben verlangt werden kann (vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 242/11, zitiert nach Juris Rz. 58), d.h. die Reichweite der Fürsorgepflicht kann nicht ohne Rücksicht auf die eigenen Interessen des Arbeitgebers bestimmt werden (vgl. BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 242/11, zitiert nach Juris Rz. 58).
- 45 **(2).** Unter Zugrundelegung der vorstehenden Grundsätze war die Beklagte gehalten im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht allen Mitarbeitern gegenüber zum Schutz des Interesses ihrer Arbeitnehmer auf einen „angstfreien“ Arbeitsplatz das Interesse der Klägerin daran, auch weiterhin ihren Hund mit in die Agentur zu bringen zurückzustellen. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geht es vorrangig darum, die Bedingungen für die Erbringung der Arbeitsleistung in zumutbarer Weise für die Beschäftigten zu gestalten. Das Mitbringen eines Hundes in das Büro ist für die Erbringung der Arbeitsleistung jedenfalls nicht erforderlich. Wenn – wie nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer feststeht – einige Mitarbeiter gezwungen sind, ihre Arbeitsweise zu ändern und Betriebsabläufe umzustellen, damit sie dem Hund der Klägerin, von dem sie sich bedroht fühlen, nicht begegnen, ist die Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber diesen Arbeitnehmern verpflichtet, zu handeln und das Problem zu lösen. Da die vorherigen Versuche in Form von Gesprächen ebenso wenig wie die Einschaltung eines Tiertrainers zum Erfolg geführt haben, hatte die Beklagte keine andere Möglichkeit als für den Hund der Klägerin den Zutritt zur Agentur zu verbieten. Die Klägerin hatte es aufgrund der zuvor geführten Gespräche selbst in der Hand diese Folge zu vermeiden, aber – warum auch immer – ist es ihr nicht gelungen, das Problem zu beseitigen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass mit einer kurzfristigeren Verbesserung der Situation aufgrund des von den Zeugen übereinstimmend geschilderten Verhaltens der Klägerin nicht zu rechnen war. Alle vier Zeugen sagten aus, dass die Klägerin kein Verständnis für ihre Ängste hatte und ihnen die Schuld dafür gab, dass der Hund sie anknurrte. Bei einer derartigen Verhaltensweise kann man nicht mit dem Verständnis der Kollegen und dem Vertrauen der Arbeitgeberin darauf rechnen, dass ein weiteres Gespräch erfolgversprechend sein könnte.
- 46 **2.** Die Klägerin kann ihren Anspruch auch nicht auf die ihr erteilte Zusage stützen, sie dürfe den Hund mit ins Büro nehmen. Diese Zusage verbietet der Beklagten nicht, in – wie oben bereits ausgeführt – begründeten Fällen, das Mitbringen des Hundes zu untersagen. Das eine solche Zusage nicht ohne weiteres unbeschränkt auf ewige Zeit gelten kann, ist offensichtlich, denn es muss dem Zusagenden auch weiterhin möglich sein, auf Vorkommnisse oder Entwicklungen zu reagieren. Gerade in Bezug auf die Gestattung der Mitnahme eines Hundes ins Büro kann man sich viele Sachverhalte

vorstellen, die zur Rücknahme der Erlaubnis führen können, ja müssen. Zu denken wäre an Kollegen mit Tierhaarallergien, an (neue) Kollegen, die sich grundsätzlich vor Hunden fürchten, Gerüche, die von dem Tier ausgehen können, Verunreinigungen, die durch ein Tier verursacht werden können, usw. Um von einer unwiderruflichen Zusage ausgehen zu könne, wie die Klägerin sie annehmen möchte, müsste dies aus Sicht der Kammer unmissverständlich und ausdrücklich vereinbart worden sein. Dies behauptet aber nicht einmal die Klägerin.

- 47 **3.** Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht hat die Beklagte ihr Recht, ihre Erlaubnis in Bezug auf das Mitbringen des Hundes zurückzunehmen, auch nicht verwirkt.
- 48 **a.** Die sog. Verwirkung schließt als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) eine illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten aus. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn der Gläubiger längere Zeit seine Rechte nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die beim Verpflichteten den Eindruck erweckt haben, der Berechtigte wolle sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Weiterhin muss das Vertrauen des Verpflichteten, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen, das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist (Zumutbarkeitsmoment; vgl. BAG, Urteil vom 12.12.2012 - 4 AZR 327/11, zitiert nach Juris Rz. 27; BAG, Urteil vom 22.02.2012 - 4 AZR 3/10, zitiert nach Juris Rz. 26).
- 49 **b.** Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Beklagte ihr Recht, die der Klägerin erteilte Zusage zu widerrufen bzw. die Mitnahme des Hundes in die Agentur zu verbleten nicht verwirkt.
- 50 Selbst wenn man die Erfüllung des Zeitmoments zugunsten der Klägerin bejahen würde, so müsste die Beklagte außerdem durch ihr Verhalten einen Vertrauenstatbestand bei der Klägerin hervorgerufen haben, dass sie den Hund auch weiterhin stets mit ins Büro bringen darf. Dass die Beklagte zum Ausdruck gebracht hat, unabhängig von dem Verhalten des Hundes dessen Anwesenheit im Büro zu gestatten, hat auch die Klägerin nicht behauptet. Zwischen den Parteien ist vielmehr im Verlauf des Verfahrens unstreitig geworden, dass es zumindest seit April 2011 Beanstandungen hinsichtlich des Hundes gegeben hat, denn in dem Jahresgespräch 2011 wurde mit der Klägerin als Ziel vereinbart, dass die Hilfe eines Tiertrainers wegen des Bellens und Knurrens des Hundes in Anspruch genommen werden sollte. Dass die Beklagte der Klägerin nach diesem Gespräch Gelegenheit gegeben hat, das Verhalten des Hundes zu verbessern und die von ihm ausgehende Störung zu beseitigen, dürfte die Klägerin nicht dahingehend verstehen, dass die Zusage fest und unwiderruflich auf ewige Zeit erteilt sein sollte. Dies konnte sie insbesondere schon deshalb nicht annehmen, weil es zumindest mit dem Geschäftsführer der Beklagten K. immer wieder Probleme wegen des Hundes gab. Insoweit ist unstrittig, dass der Geschäftsführer die Klägerin immer wieder bitten musste, den Hund in ihr Büro zu rufen, weil er nicht an dem Hund vorbei über den Gang gehen konnte.
- 51 **4.** Das Hausverbot für den Hund der Klägerin ist auch nicht deshalb unwirksam, weil es unverhältnismäßig ist, da die Beklagte zunächst ein milderer Mittel hätte wählen müssen und der Klägerin eine Abmahnung hätte aussprechen müssen.
- 52 Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung stellt die Abmahnung der Klägerin im Verhältnis zu dem Hausverbot für den Hund arbeitsrechtlich kein milderer Mittel dar. Es mag sein, dass die Klägerin eine Abmahnung als das „kleiner Übel“ empfindet. Im Arbeitsrecht wird eine Abmahnung aber als Vorstufe zu einer drohenden verhaltensbedingten Kündigung ausgesprochen, so dass einer solchen Maßnahme ein viel größeres Gewicht zukommt als dem Verbot, den Hund weiterhin mit ins Büro zu bringen. Während die Abmahnung eine Vertragspflichtverletzung rügt und für den Wiederholungsfall unter anderem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses androht, wirkt sich das Hausverbot für den Hund in keiner Weise auf den Bestand des

Arbeitsverhältnisses aus und ist daher nach Ansicht der Kammer unzweifelhaft die weniger einschneidende Maßnahme und damit das mildere Mittel.

II.

- 53 Auch die Hilfsanträge der Klägerin sind unbegründet.
- 54 **1.** Der Hilfsantrag zu 1) ist unbegründet. Es ist nicht ersichtlich, welche Anspruchsgrundlage der Klägerin einen Anspruch auf Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. im Beisein des Sachverständigen, Leiter der Polizeidiensthundestaffel W. für zwei Tage von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr geben sollte, um ein etwaiges aggressives territoriales Verhalten des im Hauptantrag genannten Hundes aufzuheben und ihr Verhaltensauflagen zur ordnungsgemäßen Führung des Hundes zu geben, wenn die Beklagte der Klägerin – wie unter I. ausgeführt – zu Recht die Mitnahme des Hundes in die Agentur untersagt hat.
- 55 **2.** Der Hilfsantrag zu 2) ist ebenfalls unbegründet. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Anspruchsgrundlage der Klägerin einen Anspruch Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. mit der Maßgabe geben soll, dass der Hund im Büro der Klägerin in einem 1,20 m x 1,20 m Gitterlaufstall gehalten wird und außerhalb des Büros von der Klägerin an einer 1 m langen Leine geführt wird und einen Maulkorb trägt und die Klägerin die Kosten des Laufstalls und der Laufstallinstallation trägt, wenn die Beklagte der Klägerin – wie unter I. ausgeführt – zu Recht die Mitnahme des Hundes in die Agentur untersagt hat

III.

- 56 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO.
- 57 Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 46 Abs. 2, 61 Abs. 1 ArbGG, 3 ZPO, 63 Abs. 2 GKG. Für den Hauptantrag wurde ein einfacher Hilfswert angesetzt. Die beiden Hilfsanträge wurden mit jeweils der Hälfte des Hilfswertes bewertet.
- 58 Die Berufung war – soweit sie nicht bereits kraft Gesetzes zulässig ist (§ 64 Abs. 2 Buchstaben b) und c) ArbGG) – nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen für eine gesonderte Berufungszulassung vorliegend nicht gegeben sind. Insbesondere hat die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung.



Der dreibeinige Hund II

Gericht:	Landesarbeitsgericht Düsseldorf 9. Kammer	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	24.03.2014	Normen:	§ 106 GewO, § 315 Abs 3 BGB
Aktenzeichen:	9 Sa 1207/13		
Dokumenttyp:	Urteil		

Verbot des Arbeitgebers, einem Hund Zutritt zum Büro zu gewähren - Umfang des Direktionsrechts - Gleichbehandlung

Leitsatz

Der Arbeitgeber ist auf Grundlage des Direktionsrechtes berechtigt, einem Mitarbeiter die Mitnahme eines Hundes in den Betrieb zu untersagen. Denn das Direktionsrecht umfasst auch das Ordnungsverhalten im Betrieb, also das betriebliche Zusammenwirken und Zusammenleben. (Rn.41)

Bei der Ausübung des Weisungsrechtes sind die wesentlichen Umstände des Falles abzuwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu berücksichtigen. (Rn.57) Auch wenn andere Mitarbeiter einen Hund mit in den Betrieb bringen dürfen, kommt ein Verbot in Betracht, wenn der konkrete Hund die betrieblichen Abläufe stört. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich Mitarbeiter vor dem Hund fürchten. (Rn.59) Auf die objektive Gefährlichkeit kommt es nicht an. (Rn.65)

Orientierungssatz

Im Rahmen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kann das Direktionsrecht beschränkt werden, es sind aber sachliche Differenzierungen möglich. Die sachliche Differenzierung kann sich daraus ergeben, dass ein Hund von einigen Mitarbeitern als Bedrohung empfunden wird, die übrigen Hunde hingegen nicht. (Rn.72)

Fundstellen

ZTR 2014, 424-425 (Leitsatz und Gründe)

weitere Fundstellen

BB 2014, 820 (Kurz wiedergabe)
ArbuR 2014, 163-164 (Kurz wiedergabe)
AA 2014, 74 (Kurz wiedergabe)
NJW-Spezial 2014, 307 (red. Leitsatz, Kurz wiedergabe)
BB 2014, 1459 (Leitsatz)
EzA-SD 2014, Nr 13, 15 (Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Düsseldorf 8. Kammer, 4. September 2013, Az: 8 Ca 7883/12, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Lisa Käckenmeister, jurisPR-ArbR 28/2014 Anm. 6 (Anmerkung)
Marcel Grobys, NJW-Spezial 2014, 307 (Entscheidungsbesprechung)

Praxisreporte

Lisa Käckenmeister, jurisPR-ArbR 28/2014 Anm. 6 (Anmerkung)

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 04.09.2013, Az. 8 Ca 7883/12 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Mitnahme ihrer Hündin Kaya in das Büro.
- 2 Die Beklagte betreibt eine Werbeagentur.
- 3 Die Klägerin ist bei der Beklagten seit 16 Jahren beschäftigt, zuletzt als persönliche Assistentin der Geschäftsführung.
- 4 Seit 2009, d.h. seit drei Jahren brachte die Klägerin ihren dreibeinigen, aus Russland stammenden Hund Kaya mit der Chipnummer 64309410009528 mit in die Betriebsräume der Beklagten. Neben der Klägerin bringen auch andere Mitarbeiter der Beklagten ihre Hunde mit in die Agentur.
- 5 Ein erstes Gespräch über das Verhalten des Hundes fand am 07.04.2011 statt. Unter der Rubrik "PART II 360° Bewertung" in dem am 15.04.2011 u.a. von der Klägerin unterzeichneten "Appraisal" (Blatt 134 bis 136 der Gerichtsakte) heißt es unter anderem:
- 6 "D. sollte sich ihrer Rolle als PA mehr bewusst machen: sie ist das "Vorzimmer" zu unseren GFs und daher sollte es immer aufgeräumt und sauber sein und der Hund muss sich der Umgebung anpassen (kein Knurren, kein offenes Hundefutter im Büro etc.)"
- 7 Unter der Rubrik "Ziele & Felder für D. von den X. Entwicklung" in diesem "Appraisal" heißt es dann weiter:
- 8 "GENERELL
" ...
- 9 -Mittelfristiges Ziel: Hund verhält sich sozial kompatibel mit Mitarbeitern (bellt und knurrt nicht, wird nicht im Büro gefüttert)
- 10 Konkrete Next Steps:
" ...
- 11 -Tiertrainer für den Hund, der ins Büro kommt und dort die Situation vor Ort analysiert und verbessert"
- 12 Mit Schreiben vom 16.11.2012 (Blatt 5 der Gerichtsakte) teilte die Beklagte der Klägerin Folgendes mit:
- 13 "Liebe D.,
- 14 hiermit verbieten wir Dir, Deinen Hund ab dem 01.12.2012 in die Agentur mitzubringen. Wir wollen Dir mit diesem Termin die Gelegenheit geben, eine Betreuung für den Hund zu organisieren.
- 15 Es tut uns leid, eine solche Maßnahme ergreifen zu müssen, aber die Gründe haben wir bereits ausführlich, u.a. am 10.10.2012 und 12.10.2012 besprochen und wir sehen insbesondere aus Verantwortung gegenüber den Kollegen und Besuchern keine alternative Möglichkeit."
- 16

Mit ihrer am 19.12.2012 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Klage, die der Beklagten am 29.12.2012 zugestellt worden ist, machte die Klägerin zunächst den Anspruch auf Zutritt zum Büro gemeinsam mit ihrem Hund geltend. Diesen präzisierte sie später weiter und formulierte Hilfsanträge.

- 17 Die Klägerin hat erstinstanzlich vorgetragen, sie sei aus Gründen der Gleichbehandlung berechtigt, ihre Hündin weiterhin mit in das Büro der Beklagten zu bringen. Die Hündin sei nicht verhaltensauffällig und habe niemanden bedroht. Die objektive Ungefährlichkeit ergebe sich auch aus dem Gutachten des Leiters der Polizeidiensthundestaffel W., G. S., Bl. 86 bis 103 GA. Sie bestreitet, dass sich Arbeitnehmer der Beklagten von ihrem Hund bedroht fühlten. Soweit dies tatsächlich der Fall sein sollte, bedauere sie dies. Jedenfalls sei ihr eine unwiderrufliche Zusage erteilt worden. Die mehrjährige Gestattung der Mitnahme begründe jedenfalls eine konkludente Zusage. Ein Verbot sei auch verwirkt. Denn trotz der Beanstandungen seit April 2011 habe sie Kaya mit in das Büro bringen dürfen. Seit dem 07.04.2011 habe es auch keine negative Verhaltensänderung des Hundes gegeben. Jedenfalls hätte sie die Beklagte zunächst einmal abmahnen müssen. Das Hausverbot sei daher unverhältnismäßig und ihr sei eine Chance zu geben, die Verhaltensanforderungen der Beklagten zu erfüllen.
- 18 Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,
- 19 1. die Beklagte zu verurteilen, ihr zusammen mit ihrem Hund mit der Chipnummer 64309410009528 Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. zu gewähren,
- 20 2. hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag zu 1),
- 21 die Beklagte zu verurteilen, ihr Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. im Beisein des Sachverständigen, Leiter der Polizeidiensthundestaffel W. für zwei Tage von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr zu gewähren, um ein etwaiges aggressives territoriales Verhalten des im Hauptantrag genannten Hundes aufzuheben und ihr Verhaltensauflagen zur ordnungsgemäßen Führung des Hundes zu geben,
- 22 3. höchst vorsorglich, für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag zu 1) und dem Hilfsantrag zu 2),
- 23 die Beklagte zu verurteilen, ihr Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. mit der Maßgabe zu gewähren, dass der im Hauptantrag genannte Hund im Büro der Klägerin in einem 1,20 m x 1,20 m Gitterlaufstall gehalten wird und außerhalb des Büros von der Klägerin an einer 1 m langen Leine geführt wird und einen Maulkorb trägt. Die Kosten des Laufstalls und der Laufstallinstallation trägt die Klägerin.
- 24 Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,
- 25 die Klage abzuweisen.
- 26 Die Beklagte hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, sie sei berechtigt, der Klägerin das Mitbringen des Hundes zu untersagen. Im Gegensatz zu anderen Hunden im Betrieb verhalte sich die Hündin der Klägerin verhaltensauffällig und aggressiv. Bereits in dem Gespräch am 07.04.2011 sei die Klägerin auf das gefährliche soziale und territoriale Verhalten des Hundes im Büro angesprochen worden. Die daraufhin erfolgte Einschaltung des Tiertrainers sei ergebnislos verlaufen. Die Hündin habe ihr Verhalten nicht geändert. Deshalb müsse die Bürotüre der Klägerin stets geschlossen sein, was in der Funktion der Klägerin als persönliche Assistentin der Geschäftsführer nicht tragbar sei. Der Hund lasse bis auf einige wenige Ausnahmen niemanden ins Büro, so dass Unterlagen teilweise unter der Tür durchgeschoben oder direkt bei den Geschäftsführern im Büro abgegeben würden. Dass die Mitarbeiter Angst vor dem Hund hätten, ergebe sich aus zahlreichen Einzelfällen. Im Juli 2012 seien die Zeuginnen I. und T. auf dem Weg zu einem Gespräch mit der Geschäftsführerin H. gewesen und hätten sich bei der Klägerin anmelden wollen, deren Tür offen gestanden habe. Als die Zeuginnen aus dem Fahrstuhl getreten seien, sei der Hund

zähnefletschend und knurrend schnell auf beide zugelaufen und habe dabei so gefährlich gewirkt, dass beide zurück in den Fahrstuhl hätten rennen müssen. Besonders aggressiv sei der Hund gegenüber ihrem ehemaligen Geschäftsführer K., der weder in das Büro seiner Sekretärin noch ohne Gefahr über den Flur gehen könne, da der Hund ihn jedes Mal zähnefletschend anknurre. Im Juni/Juli 2011 habe Kaya die Zeugin T. angeknurrt, die sich nun nicht mehr auf die dritte Etage traue. Auch der Zeuge L., der für die Wartung der Rechner und die Installationsarbeiten an Computern zuständig sei, fürchte sich vor dem Hund der Klägerin. Als er Arbeiten am PC der Klägerin habe ausführen wollen, sei der Hund aufgesprungen, habe gebellt und sei in Richtung der geöffneten Tür gerannt. Er habe deutlich gemacht, angreifen zu wollen. Für Herrn L. sei es immer wieder mit Schrecken verbunden, wenn er das Büro der Klägerin betreten müsse. Im Rahmen der jährlichen Mitarbeitergespräche für das Jahr 2012 habe sich gezeigt, dass die hinsichtlich des Hundes im Vorjahr vereinbarten Maßnahmen keinen Erfolg gehabt hätten. Besonders schwer wiege, dass die Klägerin keine Einsicht zeige, sondern ihre Kolleginnen und Kollegen dafür verantwortlich mache, wenn sie von dem Hund angeknurrt und bedroht würden. So habe die Klägerin diesen vorgeworfen, "die falschen Schuhe anzuhaben" oder mit ihren "Papieren zu rascheln" und dadurch den Hund zu provozieren.

- 27 Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeuginnen I., T., und T. sowie des Zeugen L. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 04.09.2013, Blatt 236 bis 243 der Gerichtsakte Bezug genommen. Es hat nach durchgeführter Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und entschieden, dass die Klägerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen die Beklagte darauf habe, dass diese ihrem Hund Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T.-straße gewähre. Der Anspruch ergebe sich nicht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn das Hausverbot für den Hund der Klägerin sei durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Dies sei das Ergebnis der Beweisaufnahme. Denn es gebe im Betrieb der Beklagten Mitarbeiter, die sich aus gutem Grund vor dem Hund der Klägerin fürchteten. Insoweit hätten die Zeugen übereinstimmend geschildert, dass der Hund sie in konkreten Vorfällen angeknurrt habe und sie sich dadurch bedroht gefühlt hätten. So sei Kaya im Juli 2012 beispielsweise der Zeugin I. knurrend und zähnefletschend entgegengekommen, was diese zur Flucht veranlasst habe. Auch habe die Zeugin I. bekundet, dass es eine Vielzahl von Gesprächen wegen des Hundes gegeben habe, in denen sich die Klägerin immer uneinsichtig gezeigt habe. Seit dem Vorfall betrete sie das Büro der Klägerin nicht mehr und wickele Dokumente entweder über das Postfach ab oder mit den Geschäftsführern direkt. Auch die Zeugin T. habe bekundet, dass sie von Kaya regelmäßig angeknurrt werde. Die Klägerin habe dafür auch ihr, der Zeugin, die Schuld gegeben, weil sie zu fest auftrete oder ihre Schuhe geklappert haben sollen. Das Arbeitsgericht hat die Zeugen selbst für glaubwürdig und deren Aussagen für glaubhaft gehalten. Denn deren Aussagen seien im Wesentlichen schlüssig und in sich widerspruchsfrei. Zwar hätten sie bei den Vorfällen die Position des Hundes unterschiedlich beschrieben. Dies sei jedoch nicht ungewöhnlich, da der Fall länger zurückliege. Beide Zeuginnen hätten auch eine Situation beschrieben, in der sie sich zu Recht vor dem Hund fürchteten. Hinzu komme, dass auch die Zeugin T. einen Vorfall aus Juni/Juli 2011 geschildert habe, in der sie sich vom Hund der Klägerin bedroht gefühlt habe. Auch diese Zeugin hat das Arbeitsgericht für glaubwürdig, deren Aussage für glaubhaft gehalten. Nichts anderes gelte für den Zeugen L., der im Rahmen seiner Arbeiten am Computer der Klägerin mit Kaya in Kontakt gekommen sei. Er habe bei diesen Arbeiten im Büro der Klägerin ständig ein Knurren im Ohr gehabt und sich nicht sicher gefühlt. Auch dieser Zeuge sei glaubwürdig und dessen Aussage glaubhaft. Insgesamt ergebe sich, dass alle Zeugen aufgrund der von ihnen geschilderten Situationen konkrete Angst vor dem Hund der Klägerin haben. Dies sei auch nachvollziehbar. Der Hund sei kein kleiner Hund und durchaus in der Lage, zuzubeißen. Sein Knurren könne Angst einflößen. Insoweit sei die Beklagte im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gehalten gewesen, den Mitarbeitern einen "angstfreien" Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Da die vorherigen Versuche in Form von Gesprächen ebenso wenig wie die Einschaltung eines Tiertrainers zum Erfolg geführt hätten, habe die Beklagte dem Hund der Klägerin den Zutritt zur Agentur verbieten können. Auch sei mit einer kurzfristigeren Verbesserung der Situation aufgrund des

von den Zeugen übereinstimmend geschilderten Verhaltes der Klägerin nicht zu rechnen. Alle vier Zeugen hätten bekundet, dass die Klägerin kein Verständnis für ihre Ängste gehabt und ihnen die Schuld gegeben habe. Auch auf eine Zusage der Beklagten könne sie ihr Zugangsrecht nicht stützen. Trotz einer etwaigen Zusage könne der Klägerin die Mitnahme ihres Hundes wegen der konkreten Bedrohungssituation untersagt werden. Dieses Recht habe die Beklagte auch nicht verwirkt. Selbst wenn das Zeitmoment erfüllt sein sollte, bestünde kein Vertrauenstatbestand. Seit April 2011 gebe es Beanstandungen hinsichtlich des Hundes und es sollte die Hilfe eines Tiertrainers wegen des Bellens und Knurrens des Hundes in Anspruch genommen werden. Das erteilte Verbot sei auch nicht unverhältnismäßig. Insbesondere sei keine Abmahnung erforderlich. Da sich das Hausverbot für den Hund in keiner Weise auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses auswirke, sei es die weniger einschneidende Maßnahme und damit das mildere Mittel. Auch die Hilfsanträge seien unbegründet. Es sei schon nicht ersichtlich, welche Anspruchsgrundlage der Klägerin einen Anspruch auf Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. im Beisein des Sachverständigen, Leiter der Polizeidiensthundestaffel W. für zwei Tage von 09:00 Uhr bis 18:00 Uhr geben sollte. Auch bestünde keine Anspruchsgrundlage für ein Halten des Hundes in einem 1,20 m x 1,20 m Gitterlaufstall und einen Leinenzwang nebst Maulkorb. Denn die Beklagte habe der Klägerin zu Recht die Mitnahme des Hundes untersagt.

28 Gegen das ihr am 02.10.2013 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 28.10.2013 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Frist zur Begründung der Berufung bis zum 02.01.2014 - mit einem am 23.12.2013 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

29 Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihr ursprüngliches Begehren weiter. Sie meint, das Arbeitsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Beklagte ihrem Hund den Zutritt zum Büro verweigern könne. Ihr Anspruch auf Mitnahme des Hundes ergebe sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie der erteilten Zusage. Unzutreffend habe das Arbeitsgericht festgestellt, dass sich die Mitarbeiter aus gutem Grund vor dem Hund fürchteten. Insoweit habe das Arbeitsgericht das Gutachten vom 20.12.2012 nicht hinreichend gewürdigt. Auch habe das Arbeitsgericht die Verhältnismäßigkeit nicht ausreichend geprüft. Der Hund sei objektiv ungefährlich. Dies ergebe sich gerade aus dem bereits vorgelegten Gutachten. Der Gutachter S. habe in diesem Gutachten ausgeführt, dass der Hund sämtliche Standardsituationen mit gut und sehr gut absolviert habe und sich auch in Stresssituationen einwandfrei verhalten habe. Erst bei räumlicher Einschränkung und starker Drohbelastung habe er mit Fluchtverhalten reagiert. Das Verhalten des Hundes stelle deshalb auch objektiv keinen Grund dar, sich vor ihm zu fürchten. Letztlich hätten die Mitarbeiter auch keine Angst vor Kaya, wie deren Gutscheine und Glückwunschkarten aus der Vergangenheit belegten. Hinzu käme, dass ihr vom ehemaligen Geschäftsführer die Erlaubnis erteilt worden sei, Kaya mit ins Büro zu bringen. Diese Erlaubnis sei vorbehaltlos erteilt worden, wodurch eine geschützte Rechtsposition begründet worden sei. Jedenfalls ergebe sich diese verfestigte Rechtsposition auch aus einer betrieblichen Übung, die wiederum nicht mit einem Vorbehalt versehen worden sei. Selbst wenn ein Widerrufsvorbehalt vereinbart worden wäre, fehlte es an einem sachlichen Grund für den Widerruf. Insbesondere sei die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt. Denn das strikte Verbot, Kaya mit ins Büro zu bringen, sei ein unverhältnismäßiger Eingriff in ihre Rechte. Es reiche zur Wahrung der Interessen der übrigen Mitarbeiter aus, wenn die im Hilfsantrag beschriebenen Maßnahmen ergriffen würden, weil dann keinerlei Gefahr mehr von Kaya ausgehe. Das erteilte Verbot verletze auch den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Denn für die Differenzierung zwischen erlaubten und verbotenen Hunden gebe es keine sachlichen Gründe. Besonders zu bedenken sei, dass der eigentliche Anlass für das Hausverbot der Wunsch des neuen Geschäftsführers K. nach einer anderen persönlichen Assistentin sei. Die Maßnahme diene deshalb ausschließlich dazu, sie, die Klägerin, aus dem Arbeitsverhältnis zu drängen. Allerdings sei Herr K. zwischenzeitlich ausgeschieden, so dass auch insoweit künftig wieder beschwerdefrei miteinander gearbeitet werden könne.

30 Die Klägerin beantragt,

- 31 1. Die Beklagte wird unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichtes Düsseldorf vom 04.09.2013 - 8 Ca 7783/12, verurteilt, der Klägerin zusammen mit ihrem Hund mit der Chipnummer 64309410009528 Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. zu gewähren,
- 32 2. Hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1.:
- 33 Die Beklagte wird unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichtes Düsseldorf vom 04.09.2013 - 8 Ca 7783/12, verurteilt, der Klägerin Zutritt zu den Büroräumlichkeiten in der T. -straße 54a, E. mit der Maßgabe zu gewähren, dass der im Hauptantrag genannte Hund im Büro der Klägerin in einem auf ihre Kosten anzulegenden 1,20 m x 1,20 m großen Gitterlaufstall gehalten wird und außerhalb dieses Büroraums an einer 1 m langen Leine geführt wird und einen Maulkorb trägt.
- 34 Die Beklagte beantragt,
- 35 die Berufung zurückzuweisen.
- 36 Die Beklagte verteidigt in erster Linie das angefochtene Urteil und macht unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend geltend: Das Verbot, die Hündin Kaya mit zum Arbeitsplatz zu bringen verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht. Denn sachliche Gründe können eine Differenzierung im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes begründen. Entsprechende sachliche Gründe lägen vor. Denn es gebe - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - Mitarbeiter, die sich vor dem Hund fürchten. Diese Furcht bestünde gegenüber den anderen im Hause befindlichen Hunden nicht. Die subjektiven Empfindungen der Mitarbeiter seien auch entscheidend. Denn der Arbeitgeber sei verpflichtet, ihnen ein angstfreies Arbeiten zu ermöglichen. Dem stünde auch das von der Klägerin eingereichte Gutachten nicht entgegen. Denn dieses befasse sich nicht mit der Reaktion des Hundes in ihren Geschäftsräumen. Auch die nunmehr vorgelegten Gutscheine und Glückwunschkarten zeigten nicht, dass sich die Mitarbeiter nicht fürchteten. Ausschließlicher Grund für das Verbot sei das Verhalten des Hundes. Insbesondere bestreitet sie, dass der Geschäftsführer versucht habe, die Klägerin aus dem Beschäftigungsverhältnis zu drängen und weist die Mobbingvorwürfe zurück. Sie, die Beklagte, habe auch keine unwiderrufliche und vorbehaltlose Genehmigung zur Mitnahme des Hundes erteilt. Offensichtlich gelte eine entsprechende Zusage nicht vorbehaltlos und für alle Zeit. Denn der Arbeitgeber müsse selbstverständlich auf negative Verhaltensänderungen des Hundes reagieren können. Die Erlaubnis habe deshalb von vornherein nur unter der Bedingung gestanden, dass vom Hund keine Gefahr ausgehe. Dies zeige auch der Einsatz des Hundetrainers. Auch eine betriebliche Übung sei nicht begründet worden. Denn die Mitnahme eines Hundes sei einer betrieblichen Übung nicht zugänglich. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch darauf, den Hund im Büro in einem Zwinger zu halten, anzuleinen und mit einem Maulkorb zu versehen. Der Arbeitgeber könne schon nicht gezwungen werden, in seinen Räumlichkeiten den Einbau eines Zwingers zu dulden. Auch unterläge die Haltung tierschutzrechtlichen Bedenken einer artgerechten Haltung. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz könne sie auch insoweit nichts herleiten, weil sich dieser nur auf die Mitnahme von ungefährlichen Hunden gerichtet hätte, nicht auf das Halten von Hunden in einem Zwinger und mit Leine und Maulkorb.
- 37 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen.

Entscheidungsgründe

- 1.
- 38 Die Berufung ist zulässig, insbesondere unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist aber unbegründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Klage der Klägerin auf Gewährung von Zutritt zum Büro der Beklagten gemeinsam mit ihrem

Hund abgewiesen. Ebenso zutreffend ist auch der Hilfsantrag der Klägerin abgewiesen worden, ihren Hund in den Büroräumlichkeiten in einem Zwinger zu halten. Der Arbeitgeber hat mit der Weisung, den Hund Kaya künftig nicht mehr mit in das Büro zu bringen, sein Direktionsrecht wirksam ausgeübt. Dabei unterlag er keinen Einschränkungen im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes, weil eine sachliche Differenzierung erfolgt. Denn für die Kammer steht fest, dass der Hund der Klägerin die betrieblichen Abläufe stört und von einigen Mitarbeitern als Bedrohung empfunden wird. Dies hat die Beweisaufnahme in erster Instanz ergeben, gegen die keine substantiierten Einwendungen vorgebracht worden sind. Soweit eine Zusage erfolgt sein sollte, hat der Arbeitgeber diese wirksam widerrufen. Denn sie stand von vornherein für die Klägerin ersichtlich offenbar unter dem Vorbehalt, dass der Hund die betrieblichen Abläufe nicht stört.

39 Im Einzelnen:

40 1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch darauf, dass ihr die Beklagte Zutritt zu den Büroräumlichkeiten gemeinsam mit ihrer Hündin Kaya gewährt. Denn die Weisung der Beklagten vom 16.11.2012, die Hündin ab dem 01.12.2012 nicht mehr mit in die Agentur zu bringen, ist wirksam. Es handelt sich um eine berechnete arbeitgeberseitige Direktionsmaßnahme. Eine verfestigte Rechtsposition durch eine Zusage oder betriebliche Übung ist nicht begründet worden.

41 a) Die Weisung des Arbeitgebers, Kaya künftig nicht mehr mit in die Agentur zu bringen, ist Gegenstand des ihm zustehenden Direktionsrechtes.

42 aa) Der Arbeitgeber ist auf Grundlage des Direktionsrechtes berechnet, die nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht eines Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art näher zu bestimmen. Dabei gehört das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Weisungsrecht zum wesentlichen Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses. Die vertragliche Leistungspflicht wird durch Anweisung des Arbeitgebers in Ausübung seines Direktions- oder Weisungsrechtes konkretisiert. Dabei findet das Weisungsrecht des Arbeitgebers seine gesetzliche Rechtsgrundlage in § 106 GewO. Danach kann der Arbeitgeber 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 gesetzlicher Vorschriften festgelegt sind. Der Umfang des Direktionsrechtes lässt sich also nicht generell festlegen. Er ist abhängig von der zwischen den Parteien getroffenen einzelvertraglichen Regelung, aber auch von Betriebsvereinbarungen und tariflichen Bestimmungen und kann daher mehr oder weniger weit sein. Je enger die Tätigkeit des Arbeitnehmers sowie die Einzelheiten seiner Beschäftigung, der Einsatzort oder Umfang und Lage der Arbeitszeit festgeschrieben sind, umso geringer ist der Spielraum des Arbeitgebers zur Ausübung seines Direktionsrechtes (BAG v. 15.09.2009 - 9 AZR 757/08, DB 2009, 2551; BAG v. 21.07.2009 - 9 AZR 378/08, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG v. 19.04.2007 - 2 AZR 78/06, AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht; ErfK/Preis, § 611 BGB Rdnr. 277; LAG Köln v. 26.10.1984, NZA 1985, 258). Dabei ist der Arbeitgeber bei der Ausübung des Direktionsrechtes nicht frei. Soweit das Direktionsrecht nicht ohnehin durch Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder auch durch einzelvertragliche Abrede beschränkt ist, darf es gemäß § 106 GewO, § 315 BGB auch im Übrigen nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden (BAG v. 21.07.2009 - 9 AZR 378/08, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt; BAG v. 19.4.2007 - 2 AZR 78/06, AP Nr. 77 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG v. 27.3.1980, EZA § 611 Direktionsrecht Nr. 2; BAG v. 12.12.1984, EZA Nr. 29 zu § 315 BGB). Dazu gehört, dass alle wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt sind.

43 bb) Gegenstand des Direktionsrechtes ist also die Leistungspflicht des Arbeitnehmers hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeit. Insoweit geht es im Wesentlichen um die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Dabei kann sich das Direktionsrecht auch auf Ordnung und Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb beziehen (vgl. nur ErfK/Preis, § 106 GewO Rz. 2). Insoweit umfasst das Direktionsrecht also sowohl das

Arbeits- als auch das Ordnungsverhalten. Es geht um das betriebliche Zusammenwirken und Zusammenleben, das der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes und seiner Organisationsbefugnisse beeinflussen und koordinieren kann. Insofern unterliegt dem Direktionsrecht beispielsweise die Frage, ob am Arbeitsplatz Radio gehört (BAG v. 14.01.1986 - 1 ABR 75/83, NZA 1986, 435), oder geraucht (LAG Hessen v. 11.08.2000 - 2 Sa 1000/99) werden darf oder ob der Arbeitnehmer private Fernsehgeräte mitbringen darf (LAG Köln v. 12.04.2006 - 7 TaBV 68/05, NZA-RR 2007, 80). Ebenso, ob die Betriebsmittel privat genutzt werden dürfen (vgl. BAG v. 12.01.2006 - 2 AZR 179/05, NZA 2006, 980) oder ob der Arbeitnehmer Betriebskleidung zu tragen hat. Insoweit umfasst das Direktionsrecht als solche sämtliche Umstände der Arbeitserbringung und Ordnung im Betrieb und damit ohne weiteres auch die Frage, ob die Mitarbeiter ihren Hund mit ins Büro bringen dürfen. Es betrifft den Kern des Weisungsrechtes des Arbeitgebers.

- 44 b) Die Weisung, die Hündin Kaya künftig nicht mehr mit in die Agentur zu bringen, ist vom Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Es liegt weder eine Zusage vor, noch ist eine betriebliche Übung entstanden. Zudem ist die Weisung auch materiell rechtmäßig.
- 45 aa) Der Klägerin ist zuzugeben, dass die Ausübung des Direktionsrechtes durch entgegenstehende arbeitsvertragliche Regelungen begrenzt sein kann. Denn es ist allgemein anerkannt, dass sich der Umfang des Direktionsrechtes nicht generell festlegen lässt. Er ist abhängig von der zwischen den Parteien getroffenen einzelvertraglichen Regelung, aber auch von Betriebsvereinbarungen und tariflichen Bestimmungen und kann daher mehr oder weniger weit sein. Hier ist indes kein Anspruch der Klägerin darauf begründet worden, dass sie ihren Hund mit ins Büro bringen darf.
- 46 (1) Insoweit ist in einem ersten Schritt durch Auslegung der Inhalt der vertraglichen Regelungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Dabei ist insbesondere festzustellen, ob ein bestimmter Inhalt der Arbeit vertraglich festgelegt ist.
- 47 Grundsätzlich sind Verträge gemäß § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war (BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 17.01.2008 - 2 AZR 902/06, NZA 2008, 872; BAG v. 13.12.2006 - 10 AZR 787/05, NZA 2007, 408; BAG v. 20.09.2006 - 10 AZR 770/05, AP Nr. 41 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag). Die Auslegung hat trotz des in § 133 BGB enthaltenen Verbotes der Buchstabeninterpretation vom Wortlaut auszugehen. Maßgebend ist im Zweifel der allgemeine Sprachgebrauch. Nach der Ermittlung des Wortsinns sind in einem zweiten Schritt die Begleitumstände heranzuziehen, insbesondere die Entstehungsgeschichte sowie die Äußerungen der Parteien sowie Interessenlage und Zweck. Geboten ist eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung. Im Zweifel ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, widerspruchsfreien und den Interessen beider Vertragspartner gerecht werdenden Ergebnis führt (BAG v. 02.07.2009 - 3 AZR 501/07, DB 2009, 1939; BAG v. 13.11.2007 - 3 AZR 636/06, AP Nr. 50 zu § 1 BetrAVG; BGH v. 13.07.2007 - IV ZR 330/05, NJW 2007, 2320; Palandt-Heinrichs, § 133 BGB Rdnr. 14 ff; MüKo/Bussche, § 133 Rz. 60).
- 48 (2) Auf dieser Grundlage haben die Parteien keine vertragliche Vereinbarung über die Mitnahme der Hündin Kaya in das Büro getroffen.
- 49 (i) Zunächst liegt keine Zusage des Arbeitgebers vor, weder einzeln an die Klägerin noch als Gesamtzusage.
- 50 Zuzugeben ist der Klägerin, dass - wie gesehen - eine Vereinbarung zwischen den Parteien das Direktionsrecht beschränken kann. Eine einzelvertragliche Vereinbarung

kommt zustande durch zwei sich deckende, in Bezug zueinander abgegebenen Willenserklärungen, Angebot und Annahme. Insoweit ist erforderlich, dass sich die Parteien verbindlich darauf verständigt haben, dass die Klägerin ihren Hund Kaya mit ins Büro bringen darf. Demgegenüber ist eine Gesamtzusage die an alle Arbeitnehmer in allgemeiner Form gerichtete Erklärung des Arbeitgebers, zusätzliche Leistungen zu erbringen (vgl. nur BAG v. 24.10.2006 - 9 AZR 681/05 -, juris; BAG v. 18.11.2003 - 9 AZR 659/02 - juris). Sie schafft eine allgemeine Ordnung, die für alle von ihr erfassten Arbeitnehmer einheitlich zu beurteilen ist. Die Arbeitnehmer erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die versprochenen Leistungen, wenn sie die vom Arbeitgeber genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Das in der Gesamtzusage liegende Angebot, dessen ausdrückliche Annahme gem. § 151 BGB entbehrlich ist, wird ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrages. Ob eine Gesamtzusage vorliegt und welchen Inhalt sie hat, richtet sich gem. §§ 133, 157 BGB nach den für Willenserklärungen geltenden Regeln (BAG v. 24.10.2006 - 9 AZR 681/05 -, juris; BAG v. 15.02.2005 - 9 AZR 116/04 - BAGE 113, 327).

- 51 Hier nun behauptet die Klägerin zwar wiederholend, ihr sei eine Zusage erteilt worden. Wer genau was konkret wann in Bezug auf den Hund im Sinne einer Vereinbarung zugesagt haben soll, erschließt sich nicht. Insoweit fehlt es schon am relevanten Tatsachenvortrag. Dass der Arbeitgeber generell die Mitnahme von Hunden gestattet, ist indes weder eine Vereinbarung noch eine Gesamtzusage. Denn dem Arbeitgeber ging es ersichtlich nicht darum, für die Klägerin und die übrigen Mitarbeiter eine konkrete Vereinbarung über die Mitnahme von Hunden zu treffen und diese zuzusagen. Auch eine allgemeine Ordnung ist durch das Verhalten des Arbeitgebers nicht begründet worden. Insofern fehlt offensichtlich der erforderliche Rechtsbindungswille. Vielmehr handelt es sich lediglich um die allgemeine Weisung als Ausfluss des Direktionsrechtes, dass Hunde mit ins Büro mitgebracht werden dürfen. Ebenso wie der Arbeitgeber es gestattet, Radio zu hören, am Arbeitsplatz zu rauchen, einen Wasserkocher mitzubringen oder eine Mikrowelle anzuschließen, entsteht kein verfestigter Anspruch, solange darüber nicht eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen wird. Die Weisung ist insofern von der Zusage abzugrenzen. Denn nicht jede Arbeitgebersseitige Ausgestaltung des Weisungsrechtes führt zu einer Vereinbarung. Dies wird schon daran deutlich, dass die Zuweisung einer Tätigkeit nicht ohne weiteres zu einem Anspruch auf diese Tätigkeit führt. Erforderlich wäre eine konkrete Parteivereinbarung, diese Tätigkeit zur Grundlage des Arbeitsverhältnisses zu machen. Dass durch die Gestattung der Mitnahme von Hunden, insbesondere auch Kaya, ein rechtlich verbindlicher Anspruch begründet worden sein sollte, ist also schon deshalb nicht ersichtlich, weil sich der Arbeitgeber insofern eines Teils seines Direktionsrechtes begeben hätte. Indes muss für den Ausschluss des Direktionsrechtes ein konkreter Rechtsbindungswille festgestellt werden. Dieser ist dem insofern tatsachenarmen Sachvortrag der Klägerin nicht zu entnehmen. Ein Arbeitnehmer, der aus persönlichen Gründen an einer bestimmten Ausgestaltung der Direktion des Arbeitgebers interessiert ist, muss daher mit dem Arbeitgeber vereinbaren, dass diese nur einvernehmlich geändert werden kann (so ausdrücklich BAG v. 15.09.2009 - 9 AZR 757/08 -, BAGE 132, 88). Diese Vereinbarung liegt nicht vor. Weder als Individualvereinbarung noch im Wege der Gesamtzusage.
- 52 (ii) Auch liegen weder eine Konkretisierung noch eine betriebliche Übung vor.
- 53 Eine Begrenzung des Direktionsrechtes entsteht auch nicht dadurch, dass die Klägerin über mehrere Jahre ihre Hündin mit ins Büro bringen konnte. Insbesondere ist keine Konkretisierung eingetreten. Denn eine Änderung der ursprünglich vereinbarten Rechte und Pflichten durch sog. Konkretisierung in einen einseitig nicht veränderlichen Vertragsinhalt tritt nicht allein dadurch ein, dass der Arbeitnehmer längere Zeit in derselben Weise behandelt wird (so ausdrücklich BAG v. 15.09.2009 - 9 AZR 757/08 -, BAGE 132, 88). Dabei ist hier zu bedenken, dass der zugrunde liegende Zeitraum von etwa drei Jahren schon nicht ausreicht, eine Konkretisierung anzunehmen. Auch die sonstigen Voraussetzungen liegen offensichtlich nicht vor, weil auch insoweit keinerlei Bindungswille zum Verzicht auf das Direktionsrecht ersichtlich ist.

Auch eine betriebliche Übung liegt nicht vor. Unter einer betrieblichen Übung wird die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers verstanden, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden. Dem Verhalten des Arbeitgebers wird eine konkludente Willenserklärung entnommen, die vom Arbeitnehmer gemäß § 151 BGB stillschweigend angenommen werden kann. Dadurch wird ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch auf die üblich gewordene Vergünstigung erwächst. Ob eine für den Arbeitgeber bindende betriebliche Übung aufgrund der Gewährung von Leistungen an seine Arbeitnehmer entstanden ist, ist danach zu beurteilen, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung aller Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften (BAG v. 10.02.2009 - 3 AZR 653/07, EzA BetrVG § 1 Betriebsvereinbarung Nr. 6; BAG v. 28.02.2008 - 10 AZR 274/07, AP Nr. 80 zu § 242 BGB betriebliche Übung; BAG v. 30.07.2008 - 10 AZR 606/07, BAGE 127, 185; BAG v. 28.07.2004 - 10 AZR 19/04, AP Nr. 257 zu § 611 BGB Gratifikation). Soweit Leistungen jährlich an die gesamte Belegschaft erbracht werden, gilt die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zu einem Rechtsanspruch auf die Leistungen führt (BAG v. 05.08.2009 - 10 AZR 483/08, AP Nr. 85 zu § 242 BGB betriebliche Übung).

- 55 Auch insoweit fehlt es offensichtlich am Bindungswillen. Denn für die Klägerin ersichtlich wollte der Arbeitgeber nicht auf sein Direktionsrecht verzichten, sondern hat lediglich die Umstände konkretisiert, unter denen die Arbeit geleistet werden soll. Dies ist kein anspruchsbegründender Umstand, sondern lediglich die Ausübung des ihm zustehenden Weisungsrechtes.
- 56 bb) Die Weisung ist vom Direktionsrecht gedeckt. Sie ist insbesondere nicht unverhältnismäßig.
- 57 Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind (BAG v. 21.7.2009 - 9 AZR 404/08 - EzA § 4 TVG Luftfahrt Nr. 18; BAG v. 3.12.2008 - 5 AZR 62/08 - NZA-RR 2009, 527; BAG v. 24.4.1996, AP Nr. 48 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG v. 23.6.1993 AP Nr. 42 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Ob dies geschehen ist, unterliegt der gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB. Unbillig ist die Weisung z.B. dann, wenn der Arbeitgeber allein seine Interessen durchzusetzen versucht (BAG v. 19.5.1992, NZA 1992, 384). Im Rahmen des Weisungsrechtes sind auch Grundrechte des Arbeitnehmers, insbesondere Gewissenskonflikte zu beachten. Auch auf Behinderungen ist Rücksicht zu nehmen, § 106 Satz 3 GewO.
- 58 Im Rahmen dieser Prüfung bedarf es eines berechtigten Anlasses für die Weisung, den Hund künftig nicht mehr ins Büro zu bringen. Darüber hinaus muss auch die tatsächliche Ausübung, also die inhaltliche Weisung selbst billigem Ermessen entsprechen.
- 59 Der berechtigte Anlass, die Mitnahme des Hundes künftig zu untersagen, hat seine Ursache im Verhalten des Hundes, der bei einigen Mitarbeitern Ängste ausgelöst hat. Aus diesem Grund ist die Weisung auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht in jeder Hinsicht billigem Ermessen. Dies steht fest aufgrund der vom Arbeitsgericht durchgeführten Beweisaufnahme. Wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, gibt es im Betrieb der Beklagten Mitarbeiter, die sich vor der Hündin Kaya fürchten. Dies haben die Zeuginnen I., T. und T. sowie der Zeuge L. eindeutig ausgesagt. Kaya habe sie angeknurrt und sie hätten sich dadurch bedroht gefühlt.
- 60 (1) Die Klägerin hat keine ausreichenden und konkreten Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenerhebung oder -feststellung des Arbeitsgerichtes begründen könnten (§ 520 Abs. 3 Nr. ZPO). Derartige Zweifel sind nicht in ausreichendem Maße ersichtlich. Gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten

Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellung begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Diese mit der Zivilprozessreform im Jahre 2001 eingeführte Bestimmung bedeutet zwar nicht, dass die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichtes bezogen auf die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen nur auf Verfahrensfehler in Form einer Revisionskontrolle beschränkt wären. Es kommt jedoch der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, das Berufungsgericht grundsätzlich an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen zu binden. Eine erneute Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht ist nach der Gesetzesformulierung die Ausnahme ("soweit nicht ...", vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Bundesdrucksache 14/4722, S. 100). Aus den Gesetzesmaterialien folgt, dass die zwecks Entlastung der Berufungsgerichte vorgesehene grundsätzliche Bindung an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen sich auf solche Tatsachenfeststellungen bezieht, welche die erste Instanz bereits vollständig und überzeugend getroffen hat (so zutreffend auch LAG Rheinland-Pfalz v. 22.09.2001 - 11 Sa 198/11).

- 61 Die Anforderungen an die Voraussetzungen einer erneuten Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht dürfen jedoch im Hinblick auf den Grundgedanken der materiellen Gerechtigkeit nicht überspannt werden. Vernünftige Zweifel liegen daher nicht nur dann vor, wenn die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen verfahrensfehlerhaft erhoben worden sind, sondern auch dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind (LAG Rheinland-Pfalz v. 22.09.2001 - 11 Sa 198/11; BGH v. 9.3.2005 - VII ZR 2 66/03, NJW 2005, 972). Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen können sich aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung (BVerfG 12.06.2003 - 1 BVR 2385/02, NJW 2003, 2534) dann ergeben, wenn das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt, als das Gericht der Vorinstanz. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichtes an die erstinstanzliche getroffenen Feststellungen entfallen lässt, können sich auch ergeben, wenn die Beweismwürdigung nicht den Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO genügt, weil sie unvollständig oder in sich widersprüchlich ist oder gegen Denk- und Erfahrungsgesetze verstößt (BGH v. 12.03.2004 - V ZR 257/03, NJW 2004, 845). Gemäß § 286 Abs. 1 ZPO ist bei umfassender Würdigung der erhobenen Beweise Ziel der Würdigung die Beantwortung der Frage, ob eine streitige Behauptung als erwiesen angesehen werden kann, d.h. das Gericht von der Wahrheit der behaupteten Tatsache überzeugt ist. Dies ist der Fall, wenn eine Gewissheit besteht, die Zweifeln schweigen gebietet, ohne sie letztendlich vollständig ausschließen zu können. Weniger als Überzeugung von der Wahrheit reicht für das Bewiesensein dabei nicht aus. Ein bloßes Glauben, Wähnen, für wahrscheinlich halten, berechtigt den Richter nicht zur Bejahung des streitigen Tatbestandsmerkmals. Mehr als subjektive Überzeugung ist jedoch letztendlich nicht gefordert. Absolute Gewissheit ist nicht zu verlangen (vgl. Zöller, § 286, Rn. 18 und 19).
- 62 (2) Gemessen an diesen Anforderungen sind Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung nicht begründet. Die Berufungskammer teilt vielmehr die vom Arbeitsgericht vorgenommene Wertung. Die Beweismwürdigung ist frei von Widersprüchen, verstößt nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze. Alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände sind widerspruchsfrei beachtet worden. Die Einwände der Klägerin sind nicht geeignet, die Tatsachenfeststellungen des Arbeitsgerichtes in Zweifel zu ziehen.
- 63 Das Arbeitsgericht hat ausgeführt, die Zeugin I. habe einen Vorfall betreffend einer Besprechung geschildert, die sie gemeinsam mit Frau T. erlebt habe. Dabei sei ihr der Hund knurrend und zähnefletschend entgegengekommen, was bei ihr große Angst ausgelöst habe. Wegen ihrer Erfahrungen mit dem Hund sei es so, dass Unterlagen nicht mehr im Büro der Klägerin abgegeben, sondern unter der Tür durchgeschoben worden seien. Zwar habe sich Frau T. an diesen Vorfall nicht mehr gut erinnern können und die Position des Hundes abweichend beschrieben. Gleichwohl bestünden an der Glaubwürdigkeit der Zeuginnen und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen keine Zweifel. Die Aussagen seien in sich widerspruchsfrei und schlüssig. Dass die Position des

Hundes in dieser Situation nicht mehr in allen Einzelheiten im Gedächtnis geblieben sei, sei angesichts der Häufigkeit des Knurrens nachvollziehbar. Die Zeugin T. habe einen Vorfall aus Juni/Juli 2011 geschildert, in der sie konkrete Angst vor dem Hund gehabt habe, der vor dem Büro der Klägerin gelegen habe. Sie habe den Eindruck gehabt, der Hund habe sein Territorium verteidigen wollen. Auch diese Aussage sei in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Die Zeugin sei auch glaubwürdig und habe auch auf Nachfragen sicher antworten können. Nichts anderes gelte für den Zeugen L., der Angst habe, erforderliche Wartungsarbeiten im Büro der Klägerin in Anwesenheit des Hundes durchzuführen. Er werde vom Hund in seinem Revier angeknurrt und angebellt. Auch diese Aussage sei in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Insbesondere stünde nicht entgegen, dass sich der Zeuge außerhalb des Büros nicht vor dem Hund fürchte, weil es lediglich um das Verhalten des Hundes im Büro gehe.

- 64 Diesen Würdigungen schließt sich die Kammer an. Zudem ist im Rahmen der Beweismwürdigung zu beachten, dass eine absolute Gewissheit für die Überzeugung des Gerichtes von der streitigen Tatsache nicht verlangt wird. Von einer hinreichenden richterlichen Überzeugung ist bereits dann auszugehen, wenn für das Beweisergebnis ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit spricht, dass vernünftiger Weise in Betracht kommende Zweifel ausgeschlossen sind. Erforderlich ist ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, der "Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen" (vgl. auch BAG v. 16.1.2008 - 7 AZR 603/06, NZA 2008, 702; so insbesondere: BGH VersR 1986, S. 34).
- 65 Dem steht auch nicht der Vortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung entgegen. Die Klägerin wendet lediglich ein, der Hund sei objektiv ungefährlich, wie sich aus dem Gutachten von Herrn S. ergebe. Auch in Stresssituationen habe er sich einwandfrei verhalten. Mit dieser Argumentation verkennt die Klägerin die Entscheidungsgrundlagen. Es geht nicht darum, ob der Hund objektiv ungefährlich ist. Im Rahmen der Abwägung billigen Ermessens kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an und eben auch - worauf das Arbeitsgericht zutreffend abgestellt hat - darauf, dass sich einzelne Mitarbeiter subjektiv fürchten. Dies aber ist gerade durch die Beweisaufnahme bestätigt worden. Auch soweit die Klägerin meint, die Mitarbeiter hätten sich gar nicht vor dem Hund gefürchtet, wie die von ihr vorgelegten Gutscheine, Glückwunschkarten und Bilder belegten, irrt sie. Denn aus den Unterlagen ergibt sich nichts. Insbesondere sind sie kein tragfähiger Angriff gegen die erstinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme. Dass man in einem Büro eine Glückwunschkarte zum Geburtstag erhält, auf der die Mitarbeiter unterschreiben, ist nicht ungewöhnlich. Dass auf den Karten und Gutscheinen Kaya abgebildet ist, ist hingegen wenig trennscharf. Insbesondere ergibt sich daraus nichts für die subjektive Ungefährlichkeit oder Gründe weshalb die Beweisaufnahme unzutreffend sein sollte. Denn es liegt nahe der Klägerin als Hundeliebhaberin Dinge mit Bezug zu ihrer Hündin zuzuwenden. Hieraus ergibt sich nichts. Auch wenn der Hund von der Mehrheit der Belegschaft als ungefährlich angesehen werden sollte, haben dies jedenfalls die vier in erster Instanz vernommenen Zeugen anders beschrieben. Soweit die Klägerin meint, der wahre Anlass für das Verbot sei die Bestellung des Herrn K. zum Geschäftsführer, wird damit gleichfalls nicht konkret begründet, weshalb die Beweisaufnahme unvollständig sein sollte. Insoweit sind die Behauptungen der Klägerin zu einem Mobbing ohne jede Substanz. Die Klägerin meint, die Aussagen erscheinen "in einem anderen Licht" und sollen zu relativieren sein. Insoweit vermochte die Kammer wiederum keinen tragfähigen Angriff gegen die erstinstanzliche Beweisaufnahme zu erkennen. Auch dass kein weiteres Gutachten eingeholt worden sei, ist irrelevant. Denn es kommt - es sei nochmals betont - nicht auf die objektive Gefährlichkeit des Hundes an.
- 66 Vor diesem Hintergrund steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass sich die Zeugen I., T., T. und L. aus begründetem Anlass vor dem Hund der Klägerin gefürchtet haben. Stets war Auslöser das Verhalten des Hundes, insbesondere durch Knurren. Dabei gab die Klägerin die Schuld für das Verhalten der Hündin stets den Mitarbeitern.
- 67 In dieser Situation entspricht es billigem Ermessen, der Klägerin die Mitnahme ihres Hundes in das Büro zu untersagen. Hierzu hat das Arbeitsgericht bereits zutreffend herausgearbeitet, dass es die Fürsorgepflicht des § 241 Abs. 2 ZPO gebiete, den

Mitarbeitern, die sich vor dem Hund fürchten, einen angstfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.

- 68 Die erkennende Kammer folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Klägerin hat zweitinstanzlich zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auch keine Tatsachen vorgetragen, die im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben.
- 69 Denn entscheidend ist, dass das Direktionsrecht in einer Weise ausgeübt wird, die die Erbringung der Arbeitsleistung ermöglicht. Das Mitbringen eines Hundes ist für die Erbringung der Arbeitsleistung nicht notwendig. Wenn andererseits aber die Mitarbeiter Angst vor dem Hund haben und in der Erbringung ihrer Arbeitsleistung beeinträchtigt werden, weil sie Post durch die Türe schleben und zudem Anspruch auf einen angstfreien Arbeitsplatz haben, hat der Arbeitgeber mit der Entscheidung, den Hund künftig zu Hause zu lassen, eine Entscheidung im Rahmen billigen Ermessens getroffen. Er hat insbesondere die Interessen der übrigen Mitarbeiter beachtet, andererseits die Interessen der Klägerin in die Betrachtung mit eingestellt. Dies zeigt sich schon daran, dass er nicht sogleich das Verbot ausgesprochen hat, sondern zuwartete. Es gab eine Vielzahl von Gesprächen und sogar ein Hundetrainer wurde eingeschaltet. Vor diesem Hintergrund war das Hausverbot für den Hund eine sachgerechte und angemessene Entscheidung. Sie war insbesondere auch verhältnismäßig. Denn mildere Mittel standen nicht zur Verfügung und waren dem Arbeitgeber jedenfalls nicht zumutbar. Denn die Entscheidung, dem Hund den Zutritt zum Büro zu verweigern ermöglicht das angstfreie Arbeiten im Büro. Demgegenüber sind Maulkorb, Leinenzwang und ein Zwinger zwar gleichfalls Maßnahmen, ein angstfreies Arbeiten zu ermöglichen. Insbesondere die Errichtung eines Zwingers in seinen Büroräumlichkeiten braucht kein Arbeitgeber zu dulden, nur um dem Mitarbeiter die Mitnahme eines Hundes zu ermöglichen. Denn der Arbeitgeber ist Inhaber des Hausrechtes. Er bestimmt, wie seine Räumlichkeiten ausgestaltet sind. Das Aufstellen eines Zwingers braucht er selbst dann nicht zu dulden, wenn dadurch die Mitnahme des Hundes möglich wäre. Denn soweit die Direktion ausgeübt worden ist, gestattet diese nur die Mitnahme des Hundes, nicht die Mitnahme des Hundes in einem Zwinger mit Maulkorb und Leine. Eine derartig weitreichende Einschränkung seines Direktionsrechtes kann nicht angenommen werden, weil es nicht der Ausübung billigen Ermessens entsprechen würde, entsprechende Einschränkungen vorzusehen. Die Klägerin erkennt, dass sie in erster Linie dazu verpflichtet ist, die ihr obliegende Arbeitsleistung zu erbringen. Der Arbeitgeber ist nicht dazu verpflichtet, ihr unter allen Umständen zu ermöglichen, dies unter Mitnahme ihres Hundes zu tun. Diese Direktion ist - wegen der subjektiv empfundenen Bedrohung - zu recht vollständig untersagt worden. Der Arbeitgeber hat die Belange der Klägerin angemessen berücksichtigt. Dass er die Belange der übrigen Mitarbeiter höher bewertet hat als die der Klägerin, ist angesichts der gesamten Umstände des Einzelfalles, insbesondere um ein angstfreies Arbeiten zu ermöglichen, nicht zu beanstanden. Nur am Rande sei angemerkt, dass das Halten des Hundes in dem von der Klägerin mit dem Hilfsantrag geltend gemachten "Laufstall" der Tierschutzhundeverordnung in der Fassung vom 02.05.2001 widerspricht. Denn nach § 6 Abs. 2 TierSchHuV muss dem Hund in einem Zwinger entsprechend seiner Widerristhöhe eine konkret definierte uneingeschränkt benutzbare Bodenfläche zur Verfügung stehen, wobei die Länge jeder Seite mindestens der doppelten Körperlänge des Hundes entsprechen muss und keine Seite kürzer als zwei Meter sein darf. Schon diesen Umfang erreicht der gewünschte Gitterlaufstall nicht, so dass auch aus diesem Grunde keine entsprechender Anspruch bestünde.
- 70 (3) Bei der Ausübung des Direktionsrechtes ist der allgemein arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt worden.
- 71 aa) Ein Arbeitgeber ist grundsätzlich in seiner Entscheidung frei, ob und unter welchen Voraussetzungen er seinen Arbeitnehmern eine vertraglich nicht vereinbarte Leistung freiwillig gewährt. Bei einer solchen Gewährung ist er aber an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden, wenn er die freiwillige Leistung nach von ihm selbst

gesetzten allgemeinen Regelungen gewährt. Der gewohnheitsrechtlich anerkannte arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage ebenso wie eine sachfremde Differenzierung zwischen Gruppen von Arbeitnehmern. Dabei greift das Gebot der Gleichbehandlung ein, wenn der Arbeitgeber Leistungen aufgrund genereller Regelungen für bestimmte Zwecke gewährt. Zahlt er beispielsweise aufgrund einer abstrakten Regelung eine freiwillige Leistung nach einem erkennbar generalisierenden Prinzip und legt er entsprechend dem mit der Leistung verfolgten Zweck die Anspruchsvoraussetzungen für diese Leistung fest, darf er einzelne Arbeitnehmer von der Leistung nur ausnehmen, wenn dies den sachlichen Kriterien entspricht. Arbeitnehmer werden nicht sachfremd benachteiligt, wenn nach dem Zweck der Leistung Gründe vorliegen, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, ihnen die anderen Arbeitnehmern gewährten Leistungen vorzuenthalten (BAG v. 12.10.2011 - 10 AZR 510/10, NZA 2012, 680; BAG v. 05.08.2009 - 10 AZR 666/08 - BB 2009, 1805; BAG v. 01.04.2009 - 10 AZR 353/08 - BB 2009, 1413; BAG v. 18.03.2009 - 10 AZR 289/08 - NZA 2009, 535; BAG v. 30.07.2008 - 10 AZR 497/07 - EzA Nr. 17 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG v. 14.03.2007 - 5 AZR 420/06 - NZA 2007, 862).

- 72 bb) Auch soweit der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz das Direktionsrecht beschränken kann, ist zu beachten, dass sachliche Differenzierungen möglich sind. Diese sachliche Differenzierung aber ergibt sich gerade daraus, dass jedenfalls der Hund der Klägerin - wie die Beweisaufnahme ergeben hat - von einigen Mitarbeitern als Bedrohung empfunden wird, die übrigen Hunde hingegen nicht. Insofern ergibt sich aus der subjektiv empfundenen Gefährlichkeit gerade die Zulässigkeit der sachlichen Differenzierung. Es handelt sich um unterschiedliche Sachverhalte. Hierzu wird in vollem Umfang auf die bereits vorgenommene Abwägung Bezug genommen, aus der sich die Zulässigkeit der Differenzierung ergibt.
- 73 (4) Die Ausübung des Direktionsrechtes ist auch nicht verwirkt. Denn es fehlt sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment.
- 74 Darauf hat das Arbeitsgericht bereits hingewiesen. Die erkennende Kammer folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts und sieht auch insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG von einer Darstellung der Entscheidungsgründe ab. Die Klägerin hat zweitinstanzlich zur Verwirkung keine Tatsachen vorgetragen, die im Hinblick auf diesen Gesichtspunkt Anlass zu einer anderen rechtlichen Beurteilung geben.
- 75 2. Auch soweit man entgegen der unter Ziffer 1. vertretenen Auffassung von einer der Klägerin erteilten Zusage ausgehen wollte, hätte die Beklagte diese berechtigterweise widerrufen.
- 76 Entschließt sich ein Arbeitgeber zusätzliche Leistungen zu gewähren, stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise sich ein Arbeitgeber von einer Zusage wieder lösen kann. Dabei ist im Bereich der entgeltlichen Leistungen anerkannt, dass ohne eine entsprechende vertragliche Vorsorgeregelung kein Widerruf möglich ist. Erforderlich ist, dass sich der Arbeitgeber den Widerruf ausdrücklich vorbehalten hat (vgl. BAG v. 28.04.2004 - 10 AZR 481/03 -, juris; BAG v. 14.06.1995 - 10 AZR 25/94, NZA 1995, 1034).
- 77 Dies gilt jedoch außerhalb von entgeltlichen Leistungen nicht stets und ausschließlich. Es kommt außerhalb entgeltlicher Leistungen darauf an, wie der Empfänger einer Erklärung diese nach §§ 133, 157 BGB verstehen muss (BAG v. 28.04.2004 - 10 AZR 481/03 -, juris). Soweit tatsächlich eine Zusage vorhanden gewesen wäre, hätte diese von vornherein sachlogisch unter dem Vorbehalt gestanden, dass der Hund die Arbeitsabläufe nicht stört und insbesondere nicht als Bedrohung empfunden wird. Gerade bei Zusagen im Bereich des Verhaltens der Mitarbeiter im Betrieb kann der Arbeitnehmer nicht darauf vertrauen, dass ihm von vornherein eine vorbehaltlose Zusage erteilt wird. Im Bereich der Mitnahme von Tieren im Büro besteht sachlogisch immer ein Vorbehalt, weil für den Arbeitnehmer ersichtlich der Arbeitgeber darauf reagieren können muss, wenn sich das Tier - aus welchen Gründen auch immer - nicht

mehr so verhält, wie in der Zusage zugrunde gelegt. Es wäre gerade Inhalt der Zusage gewesen, dass vom Hund keine Gefahr ausgeht bzw. dieser von den Mitarbeitern nicht als Gefahr angesehen wird. Insoweit steht die Zusage jedenfalls unter dem Vorbehalt, dass sie widerrufen werden kann, wenn sich die Zusagevoraussetzungen grundlegend geändert haben. Bezogen auf die behauptete Zusage der Klägerin kann diese immer dann widerrufen werden, wenn das Verhalten des Hundes die Arbeitsabläufe stört. Auch das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass es sich in keinem Falle um eine verfestigte Zusage gehandelt hätte. Eine solche hätte im konkreten Einzelfall ausdrücklich vereinbart werden müssen.

- 78 Auch bei Zusagen ist eine Ausübungskontrolle des Widerrufs erforderlich. Diese richtet sich nach § 315 BGB. Sie muss also billigem Ermessen entsprechen. Dass der Widerruf billigem Ermessen entsprach, ist bereits im Rahmen der Ausübung des Direktionsrechtes dargelegt worden. Insoweit ergeben sich bei der Abwägung billigem Ermessen auf Grundlage des § 106 GewO keine Unterschiede. Auch hier hat die Beklagte - wie die Beweisaufnahme in erster Instanz ergeben hat - die Grundsätze billigen Ermessens zutreffend angewendet. Darauf wird Bezug genommen.
- 79 3. Auch soweit man entgegen der unter Ziffer 1. vertretenen Auffassung von einer zugunsten der Klägerin entstandenen betrieblichen Übung ausgehen wollte, hätte die Beklagte diese berechtigterweise widerrufen. Denn auch die Betriebliche Übung wäre mit dem bereits unter Ziffer 2) dargelegten Widerrufsvorbehalt versehen und die Beklagte hätte diesen Widerrufsvorbehalt entsprechend billigem Ermessen ausgeübt. Dabei ist zu bedenken, dass die Klägerin gerade der betrieblichen Übung nicht hätte entnehmen können, dass trotz Wegfall der der betrieblichen Übung zugrunde liegenden Voraussetzungen ein verfestigter Anspruch bestehen sollte. Denn es wäre gerade Inhalt der betrieblichen Übung, dass vom Hund keine Gefahr ausgeht bzw. dieser von den Mitarbeitern nicht als Gefahr angesehen wird und die betrieblichen Abläufe nicht stört.
- 80 4. Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann die Klägerin keine Rechte herleiten. Dies wurde bereits unter Ziffer 1. dargelegt.
- 81 5. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch darauf, dass ihr Hund Kaya in einem auf ihre Kosten anzulegenden 1,20 m x 1,20 m großen Gitterlaufstall gehalten wird und außerhalb dieses Büroraums an einer 1 m langen Leine geführt wird und einen Maulkorb trägt. Der geltend gemachte Anspruch scheitert schon am vom Arbeitgeber ausgeübten Direktionsrecht. Insoweit kann auf die Ausführungen unter Ziffer 1. in vollem Umfang Bezug genommen werden. Der entsprechende Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. In diesem Zusammenhang ist der Arbeitgeber, als Inhaber des Hausrechtes und der Betriebsmittel offensichtlich nicht dazu verpflichtet, einen Zwinger zu dulden, oder den Zutritt mit Leine und Maulkorb zu ermöglichen. Dies wurde bereits oben dargelegt und ergänzend darauf hingewiesen, dass diese Haltung auch nicht der Tierschutzhundeverordnung in der Fassung vom 02.05.2001 entspricht.

II.

- 82 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91, 97 Abs. 1 ZPO. Danach fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Person zur Last, die es eingelegt hat.

III.

- 83 Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht liegen nicht vor. Es ist weder über Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG, noch liegt eine divergente Entscheidung der Kammer zu einer divergenzfähigen Entscheidung eines Divergenzgerichtes vor. Schließlich ist auch kein absoluter Revisionsgrund gem. § 547 Nr. 1 bis 5 ZPO oder eine entscheidungserhebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ersichtlich, § 72 Abs. 2 Nr. 3 ArbGG.