

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZN 979/09  
7 Sa 703/09  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## BESCHLUSS

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Beschwerdeführerin und  
Beschwerdegegnerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Beschwerdegegner und Beschwerdeführer,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Lang und Preuß beschlossen:

Auf die Beschwerde des Klägers wird die Revision gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 8. September 2009 - 7 Sa 703/09 - zugelassen, soweit das Landesarbeitsgericht vom Annahmeverzugsvergütungsanspruch des Klägers in Ziff. 2 des Tenors den Gründungszuschuss iHv. 4.382,40 Euro netto abgezogen hat. Im Übrigen wird die Beschwerde des Klägers zurückgewiesen.

Die Beschwerde der Beklagten wird als unzulässig verworfen.

Der Kläger hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, soweit dieses erfolglos geblieben ist. Für die Gerichtskosten beträgt der Streitwert 40.300,55 Euro, für die außergerichtlichen Kosten 44.682,95 Euro. Die außergerichtlichen Kosten sind im Verhältnis zur Beklagten iHv. 9/10 anzusetzen.

Die Beklagte hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu einem Streitwert iHv. 51.278,20 Euro zu tragen.

## **Gründe**

A. Die Parteien streiten noch über eine außerordentliche, hilfsweise 1  
ordentliche Kündigung der Beklagten sowie Schadensersatz- und Vergütungs-  
ansprüche des Klägers.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz 2  
haben die Parteien, soweit maßgeblich, über folgende Streitgegenstände  
gestritten:

- Feststellung, dass die außerordentliche sowie die hilfsweise ordentliche Kündigung vom 11. August 2008 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst haben,
- Schadensersatzanspruch des Klägers wegen unterliebener Zielvereinbarung für 2007 und 2008 iHv. insgesamt 40.300,55 Euro,
- Annahmeverzugsvergütungsansprüche des Klägers für die Zeit ab dem Zugang der fristlosen Kündigung bis 31. Mai 2009 iHv. 56.211,00 Euro abzüglich

- Arbeitslosengeld,
- Schadensersatz für den Entzug der Privatnutzung des Pkw iHv. 8.779,52 Euro.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers festgestellt, 3  
dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche noch durch die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung der Beklagten vom 11. August 2008 aufgelöst worden ist. Es hat darüber hinaus die Beklagte verurteilt, Annahmeverzugsvergütung iHv. 56.211,00 Euro brutto zu zahlen. Hierbei hat es den dem Kläger von der Agentur für Arbeit gezahlten Gründungszuschuss iHv. 4.382,40 Euro netto in Abzug gebracht. Weiter hat das Landesarbeitsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 8.779,52 Euro für die entgangene Privatnutzung des Dienstfahrzeugs zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Revision für beide Parteien nicht zugelassen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der Nichtzulassungsbeschwerde, die er auf die Abweisung seiner Klage wegen des Schadensersatzes iHv. 40.300,55 Euro (*unterbliebene Zielvereinbarung*) sowie auf den Abzug des Gründungszuschusses von seinen Annahmeverzugsansprüchen beschränkt. Er stützt seine Beschwerde auf die grundsätzliche Bedeutung von Rechtsfragen sowie Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Beklagte stützt ihre uneingeschränkt eingelegte Beschwerde auf Divergenz und grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage.

B. Die Beschwerde des Klägers ist nur zum Teil begründet. Die Beschwerde der Beklagten ist unzulässig. 4

I. Die Revision ist hinsichtlich des von der Annahmeverzugsvergütung des Klägers in Abzug gebrachten Gründungszuschusses begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet. 5

1. Die Grundsatzbeschwerde hat hinsichtlich des Gründungszuschusses (§ 57 SGB III) Erfolg. 6

- a) Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG kann eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision darauf gestützt werden, dass das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat, obwohl dessen Urteil eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft. Das setzt voraus, dass die Klärung der Rechtsfrage entweder von allgemeiner Bedeutung für die Rechtsordnung ist oder wegen ihrer tatsächlichen Auswirkungen die Interessen zumindest eines größeren Teils der Allgemeinheit berührt (*BAG 26. September 2000 - 3 AZN 181/00 - zu II 2 der Gründe, BAGE 95, 372*). Eine Rechtsfrage ist eine Frage, die die Wirksamkeit, den Geltungsbereich, die Anwendbarkeit oder den Inhalt einer Norm zum Gegenstand hat (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZN 792/06 - Rn. 5, BAGE 121, 52*). Sie muss klärungsfähig und klärungsbedürftig sein. Außerdem sind in der Beschwerdebegründung die weiteren Voraussetzungen darzulegen, insbesondere die Entscheidungserheblichkeit der Rechtsfrage. 7
- b) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. 8
- aa) Der Kläger stellt die Frage, ob sich der Arbeitnehmer auf sein Arbeitsentgelt gemäß § 11 KSchG den Gründungszuschuss nach § 57 SGB III anrechnen lassen muss. 9
- bb) Die Beschwerde stellt damit eine klärungsfähige, klärungsbedürftige und entscheidungserhebliche Rechtsfrage. Diese Rechtsfrage hat Auswirkungen auf die Interessen eines größeren Teils der Allgemeinheit. Die Frage ist auch klärungsbedürftig, sie ist vom Bundesarbeitsgericht bisher nicht beantwortet worden. Sie ist nach der Lösung des Berufungsgerichts auch entscheidungserheblich. Es hat den vom Kläger bezogenen Gründungszuschuss von seinen Annahmeverzugsansprüchen in Abzug gebracht. 10
- Auf die weitere Frage, ob das Landesarbeitsgericht den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt hat, kommt es deshalb nicht an. 11
2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Zielvereinbarung für die Jahre 2007 und 2008 unbegründet. Sie ist nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. 12

- a) Die Beschwerde meint, das Landesarbeitsgericht habe in der anzufechtenden Entscheidung den Rechtssatz aufgestellt: 13
- „Trägt allein der Arbeitnehmer die Initiativlast zum Abschluss einer Zielvereinbarung, entfällt ein Schadensersatzanspruch auch bei Nichtabschluss einer Zielvereinbarung vollständig.“
- Die Beschwerde rügt in diesem Zusammenhang, das Landesarbeitsgericht habe es unterlassen, die Klausel an § 307 BGB zu messen. Es wäre ansonsten zu der Erkenntnis gelangt, dass sie wegen unangemessener Benachteiligung des Arbeitnehmers unwirksam sei. 14
- b) Damit hat die Beschwerde der anzufechtenden Entscheidung weder einen abstrakten Rechtssatz entnommen, noch eine Rechtsfrage zur Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung gestellt. Sie rügt vielmehr, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft die Klausel nicht an § 307 BGB gemessen. Eine solche Rechtsfehlerkontrolle findet im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren nicht statt. Soweit die Beschwerde weiter beanstandet, das Landesarbeitsgericht habe in seinem Urteil die anerkannten Auslegungsgrundsätze verletzt sowie die Grundsätze des Zehnten Senats zum Schadensersatzanspruch und einer etwaigen Berücksichtigung einer Initiativlast des Arbeitnehmers missachtet, rügt sie ebenfalls lediglich Rechtsfehler in der anzufechtenden Entscheidung. Diese wären nur im Rahmen einer zulässigen Revision zu prüfen. 15
- II. Die Beschwerde der Beklagten ist unzulässig. 16
1. Sie ist nicht wegen Divergenz zuzulassen. 17
- a) Nach § 72a Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG ist die Revision auf die Beschwerde der unterlegenen Partei zuzulassen, wenn das anzufechtende Urteil von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder eines anderen der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte abweicht und auf dieser Abweichung beruht. Diesen Anforderungen ist nur genügt, wenn der Be- 18

schwerdeführer im Einzelnen ausführt, welche divergierenden abstrakten, dh. fallübergreifenden Rechtssätze das anzufechtende und das herangezogene Urteil aufgestellt haben. Die beiden aus Sicht des Beschwerdeführers divergierenden Rechtssätze müssen bezeichnet werden (§ 72a Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ArbGG). Daneben ist aufzuzeigen, dass das anzufechtende Urteil auf dem abweichenden Rechtssatz beruht (st. Rspr., vgl. BAG 15. September 2004 - 4 AZN 281/04 - zu II 2.1 der Gründe, BAGE 112, 35). Um einen Rechtssatz handelt es sich, wenn das Gericht eine allgemeine Aussage trifft, die über den Einzelfall hinaus Geltung für vergleichbare Sachverhalte beansprucht. In der Beschwerdebegündung ist darzulegen, dass diese Erfordernisse gewahrt sind. Vermeintliche Rechtsfehler können nicht berücksichtigt werden. Sie können nur im Rahmen einer zugelassenen Revision überprüft werden. Zulassungsgrund ist die entscheidungserhebliche Abweichung im Rechtssatz.

- b) Diese Voraussetzungen sind nicht dargelegt. 19
- aa) Soweit die Beklagte sich auf eine Divergenz zu der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Januar 1994 (- 2 AZR 521/93 - AP BGB § 626 Nr. 115 = EzA BGB § 626 nF Nr. 153) stützt, legt sie bereits keinen Rechtssatz aus der anzufechtenden Entscheidung dar. Sie rügt lediglich, das Landesarbeitsgericht sei offensichtlich - wie sich an der Gesamtschau der Entscheidungsbegründung zeige - davon ausgegangen, auch im Falle einer Selbstbeurlaubung sei regelmäßig kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung gegeben. Des Weiteren meint die Beklagte, das Landesarbeitsgericht habe verkannt, dass der Kläger bereits mit dem unentschuldigtem Fehlen am Montag vor dem Workshop einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung gesetzt habe. Damit beanstandet sie lediglich Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts. Dies begründet nicht die Zulassung der Revision. 20
- bb) Die Beklagte meint, das Landesarbeitsgericht habe ferner den Grundsatz, dass eine nicht erfolgversprechende Abmahnung nicht erforderlich sei, falsch bewertet. Damit divergiere es von einem Rechtssatz aus der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 23. Januar 2008 (- 7 Sa 21

1027/07 -). Auch hier fehlt es an der Formulierung eines abstrakten Rechtssatzes aus der anzufechtenden Entscheidung.

cc) Die Beklagte behauptet, das Landesarbeitsgericht habe verkannt, aus dem Schweigen der Beklagten im Zusammenhang mit der eigenmächtigen Urlaubsnahme des Klägers sei kein Erklärungswert abzulesen. Dies divergiere von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (*18. März 2009 - 10 AZR 281/08 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 83 = EzA BGB 2002 § 242 Betriebliche Übung Nr. 9; 7. November 2007 - 5 AZR 910/06 - AP BGB § 196 Nr. 23 = EzA BGB 2002 § 242 Rechtsmissbrauch Nr. 4; 24. Mai 1995 - 7 ABR 54/94 - AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 109 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 127*). 22

Auch hier hat die Beklagte der anzufechtenden Entscheidung keinen abstrakten Rechtssatz entnommen. Sie rügt lediglich, das Landesarbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft angenommen, die Beklagte habe nicht hinreichend deutlich gemacht, dass sie die eigenmächtige Urlaubsnahme durch den Kläger nicht dulde. 23

dd) Die Beklagte rügt auch ohne Erfolg eine Divergenz von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12. März 2009 (*- 2 ABR 24/08 - EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Arbeitnehmervertreter Nr. 1*). Sie entnimmt der anzufechtenden Entscheidung keinen abstrakten Rechtssatz, sondern rügt lediglich, das Landesarbeitsgericht habe diese höchstrichterliche Rechtsprechung gänzlich außer Acht gelassen. Damit genügt sie nicht den Begründungsanforderungen an eine Divergenzbeschwerde. 24

ee) Dasselbe gilt für die behauptete Divergenz zu einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Dezember 1992 (*- 2 AZR 271/92 - AP GG Art. 140 Nr. 41 = EzA BGB § 611 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 38*). Die Beklagte meint, das Landesarbeitsgericht habe den der herangezogenen Entscheidung entnommenen Grundsatz, dass gleichartige Gründe zu einem wichtigen Grund zusammengefasst werden könnten, verletzt. Sie formuliert keinen abstrakten Rechtssatz aus der anzufechtenden Entscheidung. 25

2. Die Beschwerde ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen. Sie genügt nicht den Begründungsanforderungen an eine Beschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage. 26
- a) Die Beklagte meint (*wörtlich zitiert*), es gebe zu der Frage, „ob eine laxe Handhabung im Betrieb zum Thema Urlaubsnahme und -gewährung im Rahmen der Interessenabwägung noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, so dass aus diesem Grund auch eine Revision hätte zugelassen werden müssen“. 27
- b) Damit formuliert die Beschwerde bereits keine abstrakte Rechtsfrage. Eine Rechtsfrage ist eine Frage, die regelmäßig mit „Ja“ oder mit „Nein“ beantwortet werden kann. Das schließt nicht aus, dass eine Frage gestellt wird, die je nach den formulierten Voraussetzungen mehrere Antworten zulässt. Unzulässig ist jedoch eine Fragestellung, deren Beantwortung von den Umständen des Einzelfalls abhängt und damit auf die Antwort „Kann sein“ hinausläuft (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZN 792/06 - Rn. 6, BAGE 121, 52*). 28
- Nach diesen Voraussetzungen hat die Beschwerde keine Rechtsfrage gestellt. Es ist unklar, was unter einer „laxen Handhabung“ zu verstehen ist. Zudem hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, inwieweit betriebliche Gegebenheiten im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. Die Frage kann nicht abstrakt fallübergreifend beantwortet werden. 29
- C. Das Beschwerdeverfahren wird nunmehr als Revisionsverfahren fortgesetzt, soweit die Revision für den Kläger zugelassen worden ist. Mit der Zustellung dieses Beschlusses beginnt die Revisionsbegründungsfrist von zwei Monaten (*§ 72a Abs. 6 iVm. § 74 Abs. 1 ArbGG*). 30
- D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 31
- I. Der Kläger hat die Gerichtskosten aus dem Wert des erfolglosen Teils seiner Beschwerde iHv. 40.300,55 Euro zu tragen (*§ 97 Abs. 1 ZPO*). Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten muss der Kläger iHv. 9/10 tragen, 32



berechnet nach dem gesamten Wert seiner eingelegten Beschwerde iHv. 44.682,95 Euro.

1. Da die Nichtzulassungsbeschwerde nur teilweise begründet ist, muss über die Kosten, soweit das Rechtsmittel erfolglos geblieben ist, nach § 97 Abs. 1 ZPO entschieden werden. Insoweit ist das Beschwerdeverfahren abgeschlossen und bildet mit der Beschwerde im Übrigen, die nach § 72a Abs. 6 ArbGG als Revisionsverfahren fortgesetzt wird, keine Einheit mehr. 33

2. Es bedarf hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten einer besonderen Entscheidung, weil nach Abschluss des Revisionsverfahrens eine Anrechnung der im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten, insbesondere der anwaltlichen Gebühren, auf die im Revisionsverfahren entstehenden Kosten stattfindet. Da wegen der beschränkten Zulassung der Revision im Beschwerde- und Revisionsverfahren unterschiedlich hohe Gegenstandswerte anzusetzen sind, würde die spätere Kostenentscheidung im Revisionsverfahren ohne diese Entscheidung von einer unzutreffenden Bemessungsgrundlage ausgehen. Deshalb ist im Beschwerdeverfahren für den erfolglosen Teil der Beschwerde auch über die außergerichtlichen Kosten zu entscheiden (vgl. *BGH 17. Dezember 2003 - V ZR 343/02 - NJW 2004, 1048; BFH 13. Januar 2005 - VII B 147/04 - BFHE 208, 404; bestätigt durch BFH 19. November 2008 - I B 55/08 -*). Diese sind nach dem gesamten Wert des Beschwerdegegenstands zu berechnen, jedoch nur in Höhe des erfolglosen Teils des Beschwerdeverfahrens - hier mit 9/10 von 44.682,95 Euro - anzusetzen. Damit wird dem degressiven Anstieg der von der Höhe des Gegenstandswerts abhängigen Gebühren Rechnung getragen. Dieser für die sachgerechte Berechnung maßgebende Umstand bliebe unberücksichtigt, wenn nur die außergerichtlichen Kosten, berechnet nach dem Wert des erfolglosen Teils des Verfahrens, als erstattungsfähig angesehen würden. Insoweit folgt der Senat der ständigen Rechtsprechung der anderen obersten Bundesgerichte (vgl. *BGH 17. Dezember 2003 - V ZR 343/02 - aaO; BFH 13. Januar 2005 - VII B 147/04 - aaO; bestätigt durch BFH 19. November 2008 - I B 55/08 -*). 34

- II. Die Beklagte hat die Kosten ihrer erfolglosen Beschwerde gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. 35
- E. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 GKG. 36

Düwell

Gallner

Krasshöfer

Preuß

B. Lang