

Your World First



update

Arbeitsrecht

Juni 2018

Inhalt

Editorial	3
Schwerpunkt	
Dienstwagen – arbeitsrechtliche Fragestellungen	4
Arbeitsvertragsrecht	
Geschäftsführervertrag hebt Arbeitsverhältnis auf.....	12
Befristete Verlängerung nach Erreichen der Regelaltersgrenze.....	13
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	
Geforderte Erklärung, nicht den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes zu unterliegen, verstößt gegen das Benachteiligungsverbot	14
Betriebliches Eingliederungsmanagement	
Haftung des Arbeitgebers bei Ablehnung einer Wiedereingliederungsmaßnahme	16
Mindestlohngesetz	
Mindestlohn für ein Orientierungspraktikum?	18
Kündigung und Kündigungsschutz	
Kein Kündigungsschutz für Schwangere bei Massenentlassungen	20
Betriebsbedingte Kündigung im Kleinbetrieb – kein Wiedereinstellungsanspruch aus § 242 BGB	21
Kündigung wegen des Verdachts der Beteiligung am „Jihad“ unwirksam	23
Außerordentliche Kündigung nach Facebook-Post	24
Betriebsübergang	
Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang – kein Zurück nach sieben Jahren.....	25
Betriebsverfassungsrecht	
Begünstigung des Betriebsratsmitglieds durch Vereinbarungen in einem Aufhebungsvertrag?.....	27
Sozialversicherungsrecht	
Geschäftsführer einer GmbH sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig.....	28
Übrigens	
Arbeitnehmer müssen ihre private Handynummer nicht herausgeben.....	30
Gesetzentwurf zur Brückenteilzeit	31
Aktuell	
Veröffentlichungen	32
Vorträge	33

Editorial

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

der Deutschen liebstes Kind ist wohl immer noch das Auto. Für viele ist es zugleich ein wichtiges Statussymbol. Dies gilt auch für den Dienstwagen. Je größer und teurer das Auto, desto höher das Ansehen des Mitarbeiters. In unserem Schwerpunktbeitrag widmen wir uns verschiedenen arbeitsrechtlichen Fragestellungen rund um den Dienstwagen. Darüber hinaus stellen wir Alternativen zu herkömmlichen Firmenwagenmodellen vor.

In der Rechtsprechungsübersicht lesen Sie unter anderem, unter welchen Voraussetzungen sich ein Arbeitgeber bei Ablehnung einer Wiedereingliederungsmaßnahme schadensersatzpflichtig macht. Weiter erfahren Sie, inwieweit für ein sogenanntes Orientierungspraktikum Mindestlohn zu zahlen ist. Spannend und hochaktuell ist eine Entscheidung des LAG Niedersachsen zur außerordentlichen Kündigung eines Mitarbeiters wegen des Verdachts der Beteiligung am „Jihad“. Gleiches gilt für ein Urteil des Sächsischen LAG zur außerordentlichen Kündigung eines Arbeitnehmers wegen eines rassistischen und menschenverachtenden Facebook-Posts. Außerdem informieren wir Sie einmal mehr über die Verwirkung des Widerspruchsrechts bei Betriebsübergang. Die Rechtsprechung ist hier nach wie vor in Bewegung. Zudem berichten wir über eine Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG), die sich mit der Sozialversicherungspflicht von Geschäftsführern auseinandersetzt.

Abschließend finden Sie einen Überblick über die geplanten Änderungen im Teilzeit- und Befristungsgesetz, die die GroKo unter dem Stichwort „Brückenteilzeit“ bekannt gemacht hat.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen und eine wunderschöne Sommerzeit.

Martina Hidalgo und Dr. Oliver Simon

Schwerpunkt

Dienstwagen – arbeitsrechtliche Fragestellungen

Firmenwagen sind in Deutschland weit verbreitet. In den letzten Jahren entfielen regelmäßig über 60 % der neu zugelassenen PKW auf gewerbliche Halter.

Stellt ein Unternehmen seinen Mitarbeitern Fahrzeuge zur Verfügung, existieren verschiedene Spielmöglichkeiten: Zum einen gibt es Firmenwagen, die nur für den dienstlichen Gebrauch vorgesehen sind. Zum anderen ist es aber auch gang und gäbe, Mitarbeitern die private Nutzung der überlassenen Fahrzeuge zu ermöglichen. Der auch privat überlassene Dienstwagen ist ein wichtiges Instrument zur Mitarbeitergewinnung und -bindung.

Denkbar ist es, im Unternehmen Fahrzeugflotten vorzuhalten oder die Wagen den Mitarbeitern individuell zur Verfügung zu stellen. Inzwischen gibt es aber auch Firmen, deren Mitarbeiter sich für öffentliche Carsharing-Anbieter registrieren lassen können, um diese Fahrzeuge für Dienstreisen zu nutzen.

Die Einzelheiten der Fahrzeugüberlassung können in einer Dienstwagenvereinbarung, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeschlossen wird, geregelt werden. Häufig existieren in Unternehmen, die in großem Umfang Dienstwagen zur Verfügung stellen, sogenannte „Car Policies“ oder Dienstwagenordnungen. Hier werden wesentliche allgemeingültige Rahmenbedingungen der Dienstwagenüberlassung geregelt (Kreis der berechtigten Mitarbeiter, Fahrzeugauswahl, Ausstattungsvorgaben, Unterhaltskosten, Umfang der Nutzung etc.), so dass im Arbeitsvertrag im Wesentlichen nur noch auf diese Policy verwiesen werden muss.

Egal, in welchem Rahmen die Dienstwagenüberlassung geregelt wird, folgende Punkte sollten insbesondere geklärt werden:

- Wer kann welchen Dienstwagen beanspruchen (Mitarbeitergruppe/-funktionen, Modell, Typ, Leistungsklasse)?
- Darf der Mitarbeiter den Dienstwagen auswählen oder macht das Unternehmen die Vorgaben (Ausstattung, preisliche Obergrenze, Sonderwünsche des Mitarbeiters)?
- Darf der Dienstwagen ausschließlich dienstlich oder auch privat genutzt werden (inkl. der damit verbundenen Folgefragen: Überlassung des Wagens an Dritte, etwa Familienmitglieder, Mitnahme Dritter)?
- Wer trägt anfallende Kosten (etwa für Wartung, Reparaturen, Benzin, Bußgelder)?
- Pflichten des Arbeitnehmers (Wartung und Pflege des Kfz, Meldepflichten bei Unfällen u. Ä., Alkoholverbot, Mitteilung bei Verlust des Führerscheins)
- Haftungsfragen, Versicherung des Fahrzeugs
- Widerrufsmöglichkeiten
- Rückgabemodalitäten im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Lohnsteuerliche Fragen bei Privatnutzung

Schließlich müssen Unternehmen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beachten. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die spannende Frage, ob dem Betriebsrat als Gremium bzw. einzelnen Betriebsratsmitgliedern ein Dienstwagen überlassen werden kann.

Im Folgenden greifen wir häufige Fragestellungen rund um die Dienstwagenüberlassung auf.

1. **Verbotene Privatnutzung und Verstöße gegen die Dienstwagenvereinbarung – welche Konsequenzen hat das?**

Firmenfahrzeuge gehören grundsätzlich zu den Betriebsmitteln des Arbeitgebers. Die private Nutzung durch den Mitarbeiter muss daher ausdrücklich durch den Arbeitgeber gestattet werden. Was häufig übersehen wird: Private Nutzung eines Dienstfahrzeugs liegt schon dann vor, wenn der Mitarbeiter das Kraftfahrzeug für die Fahrt zwischen Betriebsstätte und Wohnort nutzt. Organisatorisch mag es zwar oft sinnvoll sein, wenn der Arbeitnehmer den nicht zur privaten Nutzung freigegebenen Dienstwagen mit nach Hause nimmt, um am nächsten Morgen damit beispielsweise direkt zu einem Kunden zu fahren. Aber auch eine solche Vorgehensweise sollte – ebenso wie die Frage, ob der Mitarbeiter dabei auf dem Heimweg mit dem Firmenfahrzeug etwa private Einkäufe erledigen oder kleine Umwege nehmen darf – vereinbart werden. Andernfalls kann sich allein aus den Umständen und der Duldung durch den Arbeitgeber eine Privatnutzungserlaubnis mit zahlreichen Folgefragen ergeben.

Abgesehen von diesem Risiko für den Arbeitgeber gilt Folgendes: Nutzt der Mitarbeiter trotz fehlender Absprache bzw. Erlaubnis den Dienstwagen für private Zwecke, macht er sich zum einen schadensersatzpflichtig. Ein Schaden entsteht hier beispielsweise im Hinblick auf Abnutzung und Spritverbrauch. Zum anderen liegt ein Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten vor, so dass eine Abmahnung erfolgen kann. In Extremfällen kann außerordentlich gekündigt werden (ArbG Nürnberg, Urteil vom 16. März 2010 – 13 Ca 2025/09).

Gleiches gilt natürlich auch für die Missachtung sonstiger Pflichten und Vorgaben des Arbeitgebers, wenn also der Arbeitnehmer beispielsweise gegen ein Alkoholverbot oder das Verbot der Überlassung des Fahrzeugs an Dritte verstößt.

2. **Langzeiterkrankung, Mutterschutz und Elternzeit – was passiert mit dem Dienstwagen?**

Im Falle eines Rechts zur Privatnutzung des Dienstwagens besteht dieses Recht grundsätzlich auch bei Arbeitsabwesenheit weiter. Dies betrifft insbesondere Zeiten von Urlaub, Kurzeiterkrankungen und Mutterschutz (i. d. R. sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt, § 3 Mutterschutzgesetz [MuSchG]). Auch im Falle der bezahlten Freistellung eines Mitarbeiters besteht das Recht zur Privatnutzung unverändert fort.

Die private Nutzung des Dienstwagens beinhaltet die Zusage eines geldwerten Vorteils in Form eines Sachbezugs und stellt damit einen Vergütungsbestandteil dar. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Zurverfügungstellung eines Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung und damit eine Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers. Hieraus folgt: Solange der Arbeitgeber zur Vergütungszahlung verpflichtet ist, darf der Mitarbeiter den Dienstwagen auch privat nutzen (BAG, Urteil vom 14. Dezember 2010 - 9 AZR 631 / 09).

Außerhalb dieses Grundsatzes bieten sich für den Arbeitgeber aber Handlungsspielräume, in denen er – auch im bestehenden Arbeitsverhältnis und ohne explizite Vereinbarung – den Dienstwagen entschädigungslos zurückfordern kann. Dies betrifft insbesondere die Fälle der unbezahlten Freistellung/des unbezahlten Urlaubs (z. B. im Rahmen eines Sabbaticals), Elternzeit oder Langzeiterkrankungen, d. h. Krankheiten, bei denen die Entgeltfortzahlungsfrist (i. d. R. sechs Wochen, § 3 Abs. 1 EFZG, sofern tarif- oder einzelvertraglich nicht eine längere Frist vereinbart wurde) abgelaufen ist. Hier wird das Herausgabeverlangen des Arbeitgebers in aller Regel begründet sein.

3. **Sonderausstattung à la Mitarbeiter – was ist zu beachten?**

Darf der Mitarbeiter das Fahrzeug auch privat nutzen, gibt es oft Sonderausstattungsünsche oder den Wunsch nach einem höherwertigen Fahrzeug, das dem Arbeitnehmer nach seiner Position eigentlich nicht zusteht. Will der Arbeitgeber sich dem nicht verschließen, steht es ihm aber frei, eine Absprache mit seinem Mitarbeiter zu treffen, nach der dieser in angemessenem Umfang an den Mehrkosten beteiligt wird (siehe z. B. BAG, Urteil vom 9. September 2003 – 9 AZR 574/02).

Probleme können aber entstehen, wenn das Arbeitsverhältnis endet, der Leasingvertrag für den Dienstwagen jedoch weiterläuft und das mit Sonderwünschen ausgestattete Fahrzeug im Betrieb so

nicht mehr eingesetzt werden kann. Gleiches gilt, wenn ein den PKW übernehmender Mitarbeiter nicht bereit ist, die Zusatzkosten zu tragen. Zu dieser Konstellation gibt es verschiedene Urteile, die letztlich aber alle vom Grundsatz ausgehen, dass das Betriebsrisiko der weiteren Verwendbarkeit des Dienstwagens beim Arbeitgeber liegt. Ausnahmen sind nur dann denkbar, wenn es keinen betrieblichen Grund dafür gibt, dem Mitarbeiter einen Dienstwagen zur Verfügung zu stellen, dieser also allein auf Wunsch des Arbeitnehmers angeschafft wird. Der Arbeitgeber sollte in solchen Fällen zusehen, dass im Leasingvertrag die Verpflichtung des Arbeitnehmers festgeschrieben wird, in den Leasingvertrag einzutreten, falls das Arbeitsverhältnis vor Ablauf des Leasingvertrags durch Eigenkündigung des Mitarbeiters, die nicht durch den Arbeitgeber veranlasst wurde, endet.

4. Unfälle und Schäden – wer haftet?

Kommt es zu einem Unfall mit dem Dienstwagen oder entsteht am Dienstwagen ein sonstiger Schaden, ist entscheidend, ob dieser während einer betrieblichen Nutzung oder bei einer Privatnutzung entstand.

War der Mitarbeiter betrieblich veranlasst unterwegs, gelten zwingend die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung: Handelt der Mitarbeiter grob fahrlässig oder vorsätzlich, muss er den ganzen Schaden allein tragen. Liegt normale Fahrlässigkeit zu Grunde, kommt es zu einer Quotelung des Schadens zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ist dem Arbeitnehmer nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen, haftet er nicht und ist dementsprechend nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Grobe Fahrlässigkeit liegt nach der Rechtsprechung beispielsweise bei Fahrten unter Alkoholeinfluss vor, bei Fahrten ohne Fahrerlaubnis, bei Überschreiten der zulässigen Geschwindigkeitsbeschränkung, bei Übermüdung, bei Rotlichtverstößen, aber auch beim fehlerhaften Betanken des Dienstfahrzeugs. Dieser sogenannte innerbetriebliche Schadensausgleich gilt allerdings nur im Verhältnis Arbeitnehmer – Arbeitgeber. Dritten gegenüber haftet der Mitarbeiter uneingeschränkt. Der Arbeitgeber ist im Übrigen gehalten, eine Vollkaskoversicherung abzuschließen. Tut er dies nicht, haftet der Arbeitnehmer nach wohl herrschender Auffassung maximal in Höhe der üblichen Selbstbeteiligung.

Beschädigt der Angestellte den Dienstwagen im Rahmen der privaten Nutzung, haftet er für Schäden, die er vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführt. Ein Haftungsprivileg gibt es hier nicht. Eine Privatnutzung liegt auch schon bei Fahrten zwischen Arbeitsplatz und Wohnort vor. Eine bestehende Vollkaskoversicherung greift allerdings auch bei Privatfahrten ein.

Bei unzulässiger Privatnutzung und Beschädigung eines Dienstwagens auf einer unzulässigen Privatfahrt besteht eine uneingeschränkte Schadensersatzpflicht. Gleiches gilt, wenn der Mitarbeiter entgegen einer vertraglichen Vereinbarung den nur ihm zur Privatnutzung überlassenen Dienstwagen einem Dritten übergibt. Der Arbeitnehmer haftet in diesem Fall gegenüber seinem Arbeitgeber auch für Schäden, die der Dritte gar nicht zu vertreten hat, da er selbst schuldhaft gegen vertragliche Pflichten verstoßen hat.

Der Mitarbeiter haftet im Übrigen auch für Schäden am Fahrzeug, die durch vorsätzliche und grob fahrlässige unsachgemäße Behandlung oder Pflege entstehen. Prüft er beispielsweise den Ölstand nicht regelmäßig und kommt es dadurch zu einem Motorschaden, muss er ebenfalls entsprechend den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung dafür einstehen.

5. Verkehrsverstöße mit Dienstwagen – was ist zu beachten?

Abgesehen von der unter Ziff. 4. abgehandelten Haftungsthematik bei Beschädigungen stellt sich die Frage, ob es arbeitsrechtliche Konsequenzen gibt, wenn der Fahrer eines Firmenwagens gegen die Vorschriften der Straßenverkehrsordnung verstößt.

Ganz grundsätzlich gilt: Ein Arbeitnehmer, der Dienstfahrten mit einem Firmenfahrzeug verrichtet, muss sich – selbstverständlich und wie jeder andere Verkehrsteilnehmer – an die Straßenverkehrsordnung halten. Wenn der Arbeitnehmer im Rahmen der Ausübung seiner vertraglich geschuldeten Arbeit mit dem Dienstfahrzeug des Arbeitgebers eine Gefährdung des Straßenverkehrs begeht, ist diese an sich geeignet, einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung darzustellen (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 8. Oktober 2015 – 5 Sa 176/15). Dies gilt erst recht bei Fahrern, deren Hauptleistungspflicht im Fahren eines Firmenfahrzeugs liegt (etwa LKW-Fahrer) oder bei Außendienstmitarbeitern, die ihrer

Tätigkeit ohne Kfz nicht nachgehen können, da diese durch Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung ihre vertragliche Hauptleistungspflicht verletzen.

Aber auch Personen, die ihren Dienstwagen nicht zwangsläufig für die berufliche Tätigkeit benötigen, können bei Verstößen abgemahnt und gegebenenfalls gekündigt werden. Denn hier sind Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung zugleich Verstöße gegen arbeitsvertragliche Nebenpflichten, insbesondere solche aus einer Dienstwagenüberlassungsvereinbarung. Derartige Vereinbarungen sehen regelmäßig vor, dass sich der Beschäftigte gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet, die Verkehrsvorschriften einzuhalten und den Arbeitgeber unverzüglich zu unterrichten, wenn ihm die Fahrerlaubnis zeitweilig oder auf Dauer entzogen wird.

Außerdem kann sich der Arbeitgeber, wenn er dem Arbeitnehmer ein Fahrzeug zur Privatnutzung überlässt, deren Widerruf vorbehalten (siehe dazu im Einzelnen unter Ziff. 7.). Weitere Informationen zum Thema finden Sie in unserem aktuellen Blogbeitrag [Dienstwagen und StVO: schnelle Fahrt mit Folgen](#).

6. GPS-Überwachung – was ist erlaubt?

Viele moderne Fahrzeuge haben heutzutage ein GPS-basiertes Navigationssystem. Damit können zunächst einmal Routen geplant, gefunden und angezeigt werden. GPS-Systeme können aber auch die Ortung des Fahrzeugs und damit des Mitarbeiters ermöglichen. Das klassische Navigationssystem empfängt allerdings nur GPS-Geo-Daten und kann sie nicht (an Dritte) weitergeben. Die Ortung ist nur möglich, wenn ein zusätzlicher Sender eingebaut ist.

Die Vorteile eines solchen umfassenden GPS-Ortungssystems für Arbeitgeber liegen auf der Hand:

- präventive Abwehr von Straftaten, da gestohlene Fahrzeuge geortet werden können
- Koordinierung von Arbeitseinsätzen und damit Vermeidung von Parallelfahrten/Mehrfahrten
- Kontrolle im Hinblick auf unerlaubte Privatfahrten
- bessere Kontrolle der Arbeitszeiten

Zwar ist der Einsatz eines GPS-Ortungssystems datenschutzrechtlich nicht generell verboten. Dennoch sind – auch vor dem Hintergrund der seit dem 25. Mai 2018 zu beachtenden EU-Datenschutz-Grundverordnung – nachstehende Einschränkungen unbedingt zu berücksichtigen:

- Eine flächendeckende routinemäßige und dauerhafte Fahrzeugortung ist – auch bei Einwilligung der Beschäftigten – unzulässig, wenn sie unabhängig von notwendigen Planungen erfolgt. Es dürfen nur Daten erhoben werden, die für betriebliche Zwecke wirklich erforderlich sind. So ist der Einsatz von Ortungssystemen beispielsweise nicht erforderlich, wenn der Aufenthaltsort des Beschäftigten auch direkt bei ihm selbst (etwa durch einen Anruf) erhoben werden kann.
- Die Zweckbestimmung muss klar dokumentiert und gegenüber den Beschäftigten in transparenter Weise kommuniziert werden. Die Arbeitnehmer müssen insbesondere über den Erhebungszweck und -umfang sowie über die Auskunftsrechte hinsichtlich der gespeicherten Daten informiert werden.
- Daneben müssen die weiteren Informationspflichten nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung erfüllt werden. So sind die Mitarbeiter darüber in Kenntnis zu setzen, wann genau eine Ortung erfolgt (z. B. durch eine Leuchtanzeige am Gerät). Wird diese Information nicht gegeben, liegt eine verbotene, heimliche Überwachung der Mitarbeiter vor.
- Die Beschäftigten sind des Weiteren über die Regelungen der Zugangsberechtigung zu den gespeicherten Daten sowie der Protokollierung der Speicherung und der Festlegung der Speicherdauer der Daten zu informieren.

(Siehe dazu im Einzelnen den [Ratgeber Beschäftigten-Datenschutz](#) des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, 2. Auflage, März 2018, S. 36 ff.)

7. **Widerruf der Dienstwagennutzung im laufenden Vertragsverhältnis – unter welchen Umständen ist dies möglich?**

Ist die Privatnutzung des Dienstwagens erlaubt, ist der Arbeitgeber gut beraten, sich bereits bei der Überlassung desselben eingehend Gedanken darüber zu machen, unter welchen Voraussetzungen die private Nutzung zu einem späteren Zeitpunkt gegebenenfalls wieder untersagt werden kann, und dies vertraglich zu fixieren.

Ein solcher Widerrufsvorbehalt im Arbeitsvertrag oder der Dienstwagenordnung muss zu seiner Wirksamkeit einer AGB-Kontrolle standhalten, d. h., er muss insbesondere hinreichend transparent sein. Eine Klausel, wonach der Widerruf „jederzeit“ erfolgen kann, ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung unwirksam. Vielmehr müssen im Vorbehalt selbst (ausschließlich) sachliche Gründe für den Widerruf konkretisiert werden (BAG, Urteil vom 13. April 2010 - 9 AZR 113 / 09). Allgemeine Verweise auf verhaltens- oder personenbedingte Gründe sind dabei ebenso zu weitgehend und damit unzureichend wie die bloße Angabe „wirtschaftlicher Gründe“ ohne nähere Konkretisierung des aus dieser Richtung kommenden Widerrufsgrundes (vgl. – ganz aktuell – LAG Hannover, Urteil vom 28. März 2018 - 13 Sa 305 / 17).

Folgende Beispiele werden in Rechtsprechung und Literatur als zulässige Widerrufsgründe genannt:

- (wirksame) Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht
- schlechte Ergebnisentwicklung des Unternehmens / der betreffenden Betriebsabteilung unter Angabe konkreter Kennziffern (z. B. EBIT)
- wegfallende Wirtschaftlichkeit der Dienstwagennutzung (erfordert die Vereinbarung einer dienstlichen Mindestnutzung in Form von Dienstreisetagen oder dienstlicher Fahrleistung pro Jahr)
- vertragswidrige Nutzung des Dienstwagens bzw. Verstöße gegen den Dienstwagenüberlassungsvertrag

Nach der Rechtsprechung muss keine Frist in den Widerrufsvorbehalt aufgenommen werden. Zu beachten ist aber, dass im Rahmen der erforderlichen Ausübungskontrolle die Interessenabwägung im Einzelfall dazu führen kann, dass der Arbeitgeber den Dienstwagen nur unter Einräumung einer Auslauffrist zurückfordern darf. In die gebotene Interessenabwägung sind das Interesse des Arbeitgebers an einer unverzüglichen Rückgabe und das Interesse des Arbeitnehmers an einer weiteren privaten Nutzung aufzunehmen.

8. **(Streitiges) Vertragsende – wann ist der Dienstwagen zurückzugeben?**

Wird das Arbeitsverhältnis beendet, hat der Mitarbeiter den Dienstwagen zum Beendigungszeitpunkt herauszugeben. Hierzu sollten Modalitäten wie Rückgabeort und -zeit sowie Ansprechpartner im Vorfeld genau festgelegt werden.

Besteht zwischen den Parteien Streit über die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses insgesamt oder den Beendigungszeitpunkt, ist zu differenzieren:

Besteht keine Privatnutzungsbefugnis, kann der Arbeitgeber den Dienstwagen jederzeit im Rahmen des Direktionsrechts herausverlangen – genauso wie jeden anderen dem Mitarbeiter ausschließlich zu Arbeitszwecken überlassenen Gegenstand (Laptop, Handy, Keycard etc.). Gibt der Arbeitnehmer den Dienstwagen nicht ordnungsgemäß zurück, macht er sich schadensersatzpflichtig.

Wurde die Privatnutzung hingegen vereinbart, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Nutzung bis zum Beendigungszeitpunkt – ebenso wie auf die Zahlung jedes anderen Vergütungsbestandteils. Dies bedeutet, dass der Mitarbeiter grundsätzlich auch dann den Dienstwagen weiter nutzen darf, wenn er vom Arbeitgeber von der Arbeitsverpflichtung freigestellt wird (siehe hierzu auch unter Ziff. 2.) und der Arbeitgeber während dieser Zeit die Unterhalts- und Reparaturkosten tragen muss. Es empfiehlt sich, den Fall der Freistellung unter den Widerrufsgründen in der Dienstwagenvereinbarung ausdrücklich zu regeln (siehe unter Ziff. 7.).

Zu beachten ist jedoch: Erweist sich die Kündigung als unwirksam, begeht der Arbeitgeber durch den Entzug des Dienstwagens eine Vertragsverletzung. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Schadensersatz (i. d. R. in Höhe des Nutzungswerts der Privatnutzung, sogenannte Nutzungsausfallentschädigung). Dieser Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers kann – und sollte – durch Beendigungsvergleich ausgeschlossen werden (BAG, Urteil vom 5. September 2002 - 8 AZR 702 / 01).

9. Der Arbeitnehmer möchte den Dienstwagen behalten – geht das?

Als Alternative zur Rückgabe des Dienstwagens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann auch ein Erwerbsrecht des Arbeitnehmers vereinbart werden.

Steht der Dienstwagen im Eigentum der Gesellschaft, ist der Verkauf durch diese – üblicherweise zu einem festen Kaufpreis oder zum sogenannten Händlereinkaufspreis – möglich. Zu beachten ist insbesondere zweierlei:

Wird ein (zu) geringer Kaufpreis vereinbart, ist dieser Minder-Kaufpreis eine Abfindung gemäß § 34 EStG. Zudem kann beim Verkauf eines Firmenwagens an ausscheidende Mitarbeiter die Gewährleistung für Sachmängel nicht wirksam ausgeschlossen werden (vgl. §§ 474 ff. BGB), da der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG immer als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB anzusehen ist. Um den Verkauf sicher abzuwickeln, empfiehlt sich daher der Verkauf des Dienstwagens über einen Gebrauchtwagenhändler. Der Arbeitgeber kann im Verhältnis zum Händler die Gewährleistung ausschließen und der Händler muss gegenüber dem Mitarbeiter dann die Gewährleistung übernehmen.

Handelt es sich um ein Leasingfahrzeug, liegt die Letztentscheidung nicht allein beim Arbeitgeber – er kann sich nur mit der Vertragsübernahme durch den Arbeitnehmer einverstanden erklären und sich dafür einsetzen, dass der Leasinggeber der Vertragsübernahme zustimmt.

10. Der Betriebsrat und der Dienstwagen – passt das zusammen?

Wird einem Mitglied des Betriebsrates ein Dienstwagen nicht nur zur Nutzung in Ausübung des Amtes, sondern auch zur Privatnutzung zur Verfügung gestellt, sind der Grundsatz des Betriebsratsamts als Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz [BetrVG]), das Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot (§ 78 BetrVG) sowie das Entgeltminderungsverbot (§ 37 Abs. 2 BetrVG) zu beachten und es ist ein etwaiges Spannungsverhältnis zu lösen. Es ist stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich. Folgende Fallgruppen lassen sich aber bilden:

– **Dienstwagen zur Ausübung der Betriebsratstätigkeit:**

In dieser Fallgruppe erhält der Betriebsrat (als Gremium oder die einzelnen Mitglieder bzw. der Vorsitzende) einen Dienstwagen, um seine Aufgaben effektiv ausüben zu können – ohne ein Recht zur Privatnutzung. Diese Konstellation ist unkritisch. In einigen Fällen, insbesondere in großen Unternehmen, kann eine Zurverfügungstellung des Dienstwagens für den Betriebsrat – ausschließlich zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit – nicht nur dienlich, sondern auch erforderlich sein.

– **Dienstwagen zur Privatnutzung aufgrund der Betriebsratstätigkeit:**

Wird einem Betriebsratsmitglied ein Dienstwagen jedoch auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt, nur weil es Betriebsratsmitglied ist, ist dies wegen Verstoßes gegen das Ehrenamtsprinzip unzulässig.

– **Recht zur privaten Dienstwagennutzung bestand schon vor der Wahl:**

Von vorstehender Konstellation zu unterscheiden ist der Fall, in dem ein Arbeitnehmer bereits vor seiner Wahl in den Betriebsrat im Besitz eines Dienstwagens mit Privatnutzungserlaubnis war. Dann darf er ihn auch während seiner Betriebsratstätigkeit weiter – dienstlich wie privat – nutzen. Dies ergibt sich aus dem Entgeltminderungsverbot, wonach während einer Betriebsratsmitgliedschaft die Entgeltkonditionen des Betroffenen unverändert bestehen bleiben müssen.

11. Welche Mitbestimmungsrechte hat der Betriebsrat?

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats kommen zunächst nur in Betracht, wenn ein sogenannter kollektiver Tatbestand vorliegt. Einzelfallentscheidungen erfüllen hingegen keinen Beteiligungstatbestand. Will der Arbeitgeber mithin nur einem einzigen Mitarbeiter einen Dienstwagen zur Verfügung stellen, um diesen beispielsweise besser an das Unternehmen binden zu können, oder werden sonstige Ausnahmeregelungen für einen einzelnen Arbeitnehmer vereinbart, kann der Betriebsrat per se nicht mitbestimmen.

Im Übrigen sind folgende Mitbestimmungstatbestände denkbar:

a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist dann gegeben, wenn das Unternehmen Verhaltensregeln zur Nutzung des Dienstwagens aufstellt. In Betracht kommen hier beispielsweise Anordnungen wie die Pflicht zum Führen eines Fahrtenbuchs oder zur Einhaltung bestimmter Sicherheitsvorschriften.

Soweit es um die Ausstattung des Dienstwagens geht, hat der Betriebsrat keine Beteiligungsrechte.

b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen

Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind denkbar im Hinblick auf Navigations- bzw. GPS-Ortungssysteme im Dienstfahrzeug. Es reicht schon aus, wenn derartige technische Einrichtungen objektiv geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen. Auf die Intention des Arbeitgebers kommt es insoweit nicht an. Entsprechend den Ausführungen unter Ziff. 6. ist hier zu differenzieren:

- Ausstattung mit Navigationsgerät: Ein normales Navigationsgerät erhebt keine Daten, zeichnet sie auch nicht auf und ortet den Mitarbeiter nicht. Der Fahrer gibt lediglich einen Zielort ein. Ob er diesen ansteuert oder nicht, ist für Dritte nicht erkennbar. Ein bloßes Navigationsgerät unterliegt damit nicht der Mitbestimmung.
- Ausstattung mit GPS-Sender: Anders verhält es sich, wenn zusätzlich ein GPS-Sender im Fahrzeug eingebaut ist. Hier ist eine lückenlose Überwachung der Mitarbeiter technisch möglich und mithin ein Mitbestimmungstatbestand eröffnet (siehe dazu etwa ArbG Kaiserslautern, Beschluss vom 27. August 2008 – 1 BVGa 5/08).

c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Fragen der betrieblichen Lohngestaltung

Wird ein Firmenwagen ausschließlich dienstlich genutzt, scheidet ein Mitbestimmungsrecht insofern aus, als die dienstliche Nutzung nicht das Vermögen des Arbeitnehmers mehrt und ihm auch keine privaten Aufwendungen erspart.

Darf der Dienstwagen ebenfalls privat genutzt werden, hat der Mitarbeiter einen geldwerten Vorteil. Damit ist § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG grundsätzlich einschlägig. Aber auch hier bezieht sich die Mitbestimmung nicht auf Ausstattungsdetails des Fahrzeugs, sondern allein darauf, wie die private Nutzung im Einzelnen geregelt wird. Klassisches Beispiel wäre hier die Frage, welche Nutzungsbeschränkungen für den Mitarbeiter gelten.

12. Carsharing-Modelle – Alternativen zur klassischen Dienstwagenüberlassung?

Sind die Mitarbeiter eines Unternehmens für ihre Arbeit in einem bestimmten Umfang auf einen PKW angewiesen, benötigen diesen aber nicht dauerhaft, kann es sich für den Arbeitgeber auch lohnen, eine Fahrzeugflotte zu betreiben. Die Mitarbeiter können dann bei Bedarf ein Fahrzeug aus diesem Pool reservieren und verwenden. Theoretisch kann das Unternehmen auch die Möglichkeit eröffnen, das Fahrzeug in gewissem Rahmen für private Zwecke anzumieten. Ist im Arbeitsvertrag jedoch der

Anspruch auf einen festen Dienstwagen festgeschrieben, kann der Arbeitnehmer nicht auf eine solche Flotte verwiesen werden.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber auch auf private Carsharing-Anbieter zurückgreifen. Dies ist eine kostengünstige Alternative zu firmeneigenen Dienstwagen oder einer eigenen Fahrzeugflotte. Sie hat vor allem den Vorteil, dass sie im Vergleich zum klassischen Dienstwagen einem größeren Mitarbeiterkreis zur Verfügung gestellt werden kann. Häufig werden von den Dienstleistern inzwischen sogar spezielle Nutzungskonditionen für Unternehmen angeboten. Allerdings sind derartige Dienste zumeist nur in Großstädten und Ballungsgebieten verfügbar.

Nach der Registrierung des Arbeitnehmers beim Anbieter, deren eventuelle Kosten bei dienstlichem Bedarf vom Arbeitgeber übernommen werden sollten, kann der Mitarbeiter die betreffenden Autos nach Reservierung über eine App beliebig nutzen. Die Rechnungen für dienstlich veranlasste Fahrten werden per E-Mail nach Fahrtende an den Fahrer versendet und können – genau wie Taxirechnungen – in der Buchhaltung eingereicht werden. Bei einigen Anbietern kann sogar schon über Firmenkreditkarte abgerechnet werden. Möchte der Mitarbeiter den Carsharing-Dienst auch privat nutzen, bietet es sich an, zwei Konten zu hinterlegen, so dass der Mitarbeiter bei Fahrtantritt zwischen „dienstlicher Fahrt“ und „privater Fahrt“ wählen kann. Natürlich steht es dem Arbeitgeber frei, auch Privatfahrten des Arbeitnehmers zu bezahlen, wenn er seinem Mitarbeiter einen Benefit gewähren möchte. Allerdings ist dies für den Angestellten dann ein steuer- und sozialversicherungsrechtlich relevanter geldwerter Vorteil.

Die Fahrt zwischen Arbeitsplatz und Heimatadresse des Mitarbeiters ist auch hier wieder privater Natur. Fährt der Mitarbeiter allerdings mit einem solchen Wagen zu einem Kunden und von dort aus nach Hause, wird es sich im Zweifel um eine komplette Dienstreise handeln, die vom Arbeitgeber zu tragen ist.

Arbeitsvertragsrecht

Geschäftsführervertrag hebt Arbeitsverhältnis auf

Die Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer einer Gesellschaft wirft regelmäßig die Frage nach dem Schicksal des zuvor bestehenden Arbeitsverhältnisses auf. Zum Schwur kommt es dann, wenn der Geschäftsführer abberufen wird und sich dann auf das originäre Arbeitsverhältnis beruft.

Früher ging das Bundesarbeitsgericht (BAG) davon aus, dass das Arbeitsverhältnis während der Amtszeit als Geschäftsführer ruht und nach Abberufung wieder auflebt.

Heute ist es ständige Rechtsprechung, dass mit Abschluss eines Geschäftsführervertrages das Arbeitsverhältnis entsprechend aufgehoben wird. Einer gesonderten Aufhebung bedarf es nicht. Das Landesarbeitsgericht (LAG) Mecklenburg-Vorpommern hat dies jüngst bestätigt.

Zu entscheiden war folgender Fall: Der klagende Geschäftsführer war bei einem Unternehmen zunächst als „Betriebsleiter“ mit einem Bruttomonatsgehalt von EUR 3.000 tätig. Dann wurde er zum Geschäftsführer des Unternehmens bestellt. Man vereinbarte ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von EUR 3.000, ein Weihnachtsgeld in gleicher Höhe und eine Tantieme.

Der schriftliche Geschäftsführervertrag enthielt unter anderem eine Regelung, wonach „dieser Vertrag alle vorangegangenen mündlichen oder schriftlichen Beratungen oder Vereinbarungen über die Beschäftigungsbedingungen“ ersetze, insbesondere „auch etwaige Arbeitsverträge“.

Bereits nach elf Monaten erhielt der Mann die Kündigung und wurde als Geschäftsführer abberufen. Er erhob Klage vor dem Arbeitsgericht mit dem Argument, sein Arbeitsverhältnis sei nie aufgehoben worden. Er sei unverändert als „Betriebsleiter“ zu einem Bruttomonatsgehalt von EUR 3.000 beschäftigt worden. Die Geschäftsführertätigkeit habe nur auf dem Papier bestanden.

Die Klage war sowohl vor dem Arbeits- als auch vor dem Landesarbeitsgericht erfolglos. Mit Bestellung und Abschluss des Geschäftsführervertrages habe der Mann eine entsprechende Organstellung wahrgenommen und das ehemals bestehende Arbeitsverhältnis sei aufgehoben worden. Dies ergebe sich aus dem Vertrag selbst, der die Aufhebung von „etwaigen Arbeitsverträgen“ ausdrücklich vorsehe.

Um einen anderweitigen Parteiwillen feststellen zu können, bedürfe es konkreter Anhaltspunkte. Denkbar sei beispielsweise, dass das Ruhen des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich geregelt werde oder sich aus den Umständen ergebe. Eine solche Fallkonstellation habe hier aber nicht vorgelegen.

Das LAG bezog sich auf die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach im Abschluss eines Geschäftsführervertrages durch einen Arbeitnehmer „im Zweifel“ die konkludente Aufhebung des Arbeitsverhältnisses liege. In diesen Fällen werde auch das Schriftformerfordernis des § 623 BGB gewahrt (BAG vom 14. Juni 2006 – 5 AZR 592 / 05 und BAG vom 19. Juni 2007 – 6 AZR 774/06). Diese Vermutung gelte, soweit nicht klar und eindeutig etwas anderes vertraglich vereinbart worden ist.

Im Geschäftsführervertrag liege sodann die entsprechende Aufhebung des vorangehenden Arbeitsverhältnisses. Dem Arbeitnehmer müsse im Regelfall klar sein, dass er mit dem Abschluss eines Geschäftsführervertrages seinen Status als Arbeitnehmer aufgebe – zumindest, soweit keine anderweitigen Festlegungen getroffen werden. Die vertraglichen Beziehungen würden auf eine neue Grundlage gestellt, die bisherige Grundlage verliere ihre Bedeutung (LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 25. Oktober 2017 – 3 Sa 61/17).

Arbeitsvertragsrecht

Befristete Verlängerung nach Erreichen der Regelaltersgrenze

Wird ein Arbeitsverhältnis nach Erreichen der Regelaltersgrenze befristet verlängert, ist dies nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zulässig. Will ein Arbeitnehmer nach Erreichen des Rentenalters also weiter arbeiten, muss er gegebenenfalls mit Befristungen vorliebnehmen. Der EuGH sieht darin keinen Verstoß gegen europäisches Recht, insbesondere keine Diskriminierung und auch keinen Missbrauch von befristeten Arbeitsverträgen.

Zu entscheiden war der Fall eines Lehrers aus Bremen. Dieser hatte kurz vor Erreichen des Rentenalters seine Weiterbeschäftigung beantragt. Die Stadt Bremen war damit grundsätzlich einverstanden. Allerdings befristete sie das Arbeitsverhältnis nur auf das Ende des laufenden Schuljahres. Der Lehrer wollte in der Folgezeit sein Arbeitsverhältnis aber um ein weiteres Schulhalbjahr verlängern. Dies lehnte die Stadt ab. Der Lehrer erhob daraufhin Klage und machte geltend, die Befristung des Arbeitsverhältnisses verstoße gegen Unionsrecht.

Das LAG Bremen, bei dem der Fall zur Entscheidung lag, legte dem EuGH die Frage vor, ob § 41 S. 3 Sozialgesetzbuch VI (SGB VI) mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters und mit der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vereinbar sei. § 41 S. 3 SGB VI erlaubt es den Vertragsparteien, den Zeitpunkt für das Ende des Arbeitsverhältnisses auch über die Regelaltersgrenze hinauszuschieben.

§ 41 S. 3 SGB VI lautet: „Sieht eine Vereinbarung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Erreichen der Regelaltersgrenze vor, können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung während des Arbeitsverhältnisses den Beendigungszeitpunkt, gegebenenfalls auch mehrfach, hinausschieben.“

Die Richter des EuGH hielten diese Vorschrift im Ergebnis für europarechtskonform. Sie benachteilige Rentner nicht. § 41 S. 3 SGB VI stelle eine Ausnahme vom Grundsatz der automatischen Beendigung des Arbeitsvertrags bei Erreichen der Regelaltersgrenze dar. Die Vorschrift erlaube es, das Ende des Arbeitsverhältnisses ohne weitere Voraussetzungen und zeitlich unbegrenzt mehrfach hinauszuschieben. Erforderlich sei dafür nur die Zustimmung beider Vertragsparteien.

Die Richter bezweifelten, dass die europäische Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge überhaupt tangiert sei. Es erscheine nämlich nicht ausgeschlossen, die befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses im zu entscheidenden Fall als bloße vertragliche Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Rentenalters aufzufassen. Eine systematische Prekarisierung der Lage der Arbeitnehmer sei darin jedenfalls nicht zu sehen. Dies gelte zumindest dann, wenn die Arbeitnehmer eine abschlagsfreie Rente erhielten und die Verlängerung des Arbeitsvertrags generell zulässig sei.

Darüber hinaus sei zu bedenken, dass solche Arbeitnehmer am Ende ihres Berufslebens stünden und kaum eine Chance hätten, in den Genuss eines unbefristeten Vertrags zu kommen. Auch mehrfache Befristungen stünden daher mit der Rahmenvereinbarung in Einklang (EuGH, Urteil vom 28. Februar 2018 – C-46/17).

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung des EuGH ebnet Unternehmen den Weg, erfahrene ältere Mitarbeiter nach Erreichen der Regelaltersgrenze flexibel und bedarfsgerecht im Unternehmen weiter einzusetzen. Da sich kaum ein Arbeitgeber in derartigen Situationen auf unbefristete Verträge einlassen wird, kommt diese Entscheidung durchaus auch Arbeitnehmern zugute.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Geforderte Erklärung, nicht den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes zu unterliegen, verstößt gegen das Benachteiligungsverbot

Die Klausel in einem Arbeitsvertrag, wonach der „Mitarbeiter erklärt, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes nicht unterliegt“, stellt eine unmittelbare Benachteiligung des Bewerbers dar. Dies entschieden jüngst die Richter des LAG Hamburg.

Im Einzelnen: Ein schwerbehinderter Bewerber arbeitete nach einem erfolgreichen Bewerbungsgespräch zunächst für drei Tage zur Probe. Die Schwerbehinderung war seinem Arbeitgeber in spe zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt. Im Nachgang wurde ihm ein arbeitgeberseitig bereits unterzeichneter Arbeitsvertrag überreicht, der – neben einem zuvor ausgehandelten Bruttogehalt i. H. v. EUR 2.700 – auch folgende Klausel beinhaltete:

„Der Mitarbeiter versichert, dass er arbeitsfähig ist, nicht an einer infektiösen Erkrankung leidet und keine sonstigen Umstände vorliegen, die ihm die vertraglich zu leistende Arbeit jetzt oder in naher Zukunft wesentlich erschweren oder unmöglich machen. Der Mitarbeiter erklärt weiter, dass er zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes nicht unterliegt. Sofern etwa die Voraussetzungen dafür später eintreten, wird er das Unternehmen hiervon unverzüglich in Kenntnis setzen.“

Einen Tag später äußerte der Bewerber diverse Änderungswünsche, unter anderem die Streichung der vorstehenden Regelung. In einem von mehreren anschließenden Telefonaten mit der Geschäftsführung informierte er erstmals über seine Schwerbehinderung. Am Folgetag teilte die Geschäftsführung dem Bewerber mit, dass sie ihn nicht (mehr) einstellen wolle.

Vor dem Arbeitsgericht machte der Mann eine Entschädigung nach § 15 AGG i. H. v. drei Bruttomonatsgehältern (EUR 8.100) wegen Benachteiligung im Einstellungsverfahren geltend. Er führte unter anderem aus, dass ihm telefonisch mitgeteilt worden sei, dass das Unternehmen keine Schwerbehinderten beschäftige und den damit verbundenen Sonderkündigungsschutz nicht wolle. Die Geschäftsführung meinte, die Absage habe nichts mit der Schwerbehinderung zu tun, sondern beruhe auf dem Verhalten des Bewerbers im Zusammenhang mit den Nachverhandlungen zum Vertrag.

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und das Unternehmen zu einer Entschädigungszahlung i. H. v. zwei Bruttogehältern (EUR 5.400) verurteilt. Dieses legte Berufung ein; der Bewerber erhob Anschlussberufung wegen der Höhe der Entschädigung – mit Erfolg: Die Entschädigungssumme wurde auf drei Bruttomonatsgehälter (EUR 8.100) erhöht.

Nach Ansicht der Richter steht fest, dass das Unternehmen den Bewerber wegen seiner Schwerbehinderung benachteiligt und damit gegen das Benachteiligungsverbot des § 81 Abs. 2 SGB IX (a.F.), jetzt § 164 Abs. 2 SGB IX (vgl. Praxistipp zur nachstehenden Entscheidung des LAG Hessen) verstoßen habe. Der Anspruch ergebe sich aus § 81 Abs. 2 SGB IX (a.F.), jetzt § 164 Abs. 2 SGB IX und § 15 Abs. 2 AGG i. V. m. § 22 AGG.

Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot liege bereits vor, wenn ein Merkmal des § 1 AGG mitursächlich für die Ablehnungsentscheidung sei. Das Merkmal müsse nicht der alleinige oder tragende Grund für die Entscheidung sein. Im konkreten Fall sahen die Richter gleich zwei Anhaltspunkte für die Benachteiligung:

Zum einen sei der Bewerber durch die Klausel selbst unmittelbar benachteiligt worden. Denn die Klausel habe ihn gezwungen, entweder die – wahrheitswidrige – Erklärung abzugeben, nicht

schwerbehindert zu sein, oder den Vertrag nicht zu unterzeichnen und um Änderungen zu bitten. In beiden Fällen sei der schwerbehinderte Bewerber in einer ungünstigeren Situation als ein nicht behinderter Bewerber. Bei der wahrheitswidrigen Erklärung riskiere er die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung, bei der Bitte um Änderungen müsse er seine Schwerbehinderung offenbaren und damit riskieren, nicht eingestellt oder innerhalb der ersten sechs Monate (ohne Sonderkündigungsschutz) gekündigt zu werden. Die Klausel im Arbeitsvertrag setze den Schwerbehinderten in unzulässiger Weise unter Entscheidungsdruck und schaffe einen nicht hinnehmbaren Gewissenskonflikt.

Zum anderen sei der Bewerber dadurch benachteiligt worden, dass er nach Offenbarung der Schwerbehinderung nicht eingestellt worden sei. Hierfür habe der Bewerber hinreichend Indizien vorgebracht, die das Unternehmen nicht entkräften konnte. Insbesondere indiziere die geforderte Erklärung, nicht den Bestimmungen des Schwerbehindertengesetzes zu unterliegen, in Verbindung mit der Rücknahme des Einstellungsangebotes nach Mitteilung der Schwerbehinderung eine Benachteiligung wegen der Behinderung. Es sei nicht auszuschließen, dass die Schwerbehinderung jedenfalls mitursächlich für die Entscheidung des Unternehmens gewesen sei – das reiche aus. Auch sei eine in Einzelfällen mögliche Rechtfertigung nicht gegeben gewesen, da die Schwerbehinderung keinerlei Auswirkungen auf die Tätigkeit gehabt habe.

Für die Anhebung der Entschädigungssumme sei entscheidend gewesen, dass der Bewerber gleich zweifach benachteiligt worden sei – durch die Klausel selbst und durch die Nichteinstellung (LAG Hamburg, Urteil vom 30. November 2017 – 7 Sa 90/17).

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung erweitert die bisherige Rechtsprechung: Allein die Verwendung einer unzulässigen Klausel kann einen eigenständigen Entschädigungsanspruch auslösen – selbst dann, wenn es im Ergebnis zu einer Einstellung kommt. Das Urteil dürfte sich auch auf alle anderen unzulässigen Fragen im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens übertragen lassen (neben der Frage nach der Schwerbehinderung insbesondere die Fragen nach Schwangerschaft/Familienplanung, Gewerkschaftszugehörigkeit, ethnischer Herkunft, Vorstrafen). Die regelmäßige Überprüfung und Anpassung bestehender Vertragsmuster ist auch aus diesem Grunde mehr als ratsam.

Betriebliches Eingliederungsmanagement

Haftung des Arbeitgebers bei Ablehnung einer Wiedereingliederungsmaßnahme

Lehnt der Arbeitgeber einen Antrag auf Durchführung einer Wiedereingliederungsmaßnahme ab, kann er sich gegenüber dem Arbeitnehmer schadensersatzpflichtig machen.

Der Fall: Der klagende Arbeitnehmer war seit 1991 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt, zuletzt mit einem Grad der Behinderung von 70. Ab August 2014 war er für gut 1½ Jahre arbeitsunfähig erkrankt. Mehrere arbeitsmedizinische Untersuchungen hatten Einschränkungen in der Einsatzfähigkeit ergeben und zuletzt eine negative Prognose hinsichtlich der Entwicklung der krankheitsbedingten Ausfallzeiten gestellt. Während seiner Erkrankung machte der Arbeitnehmer im April 2015 gegenüber seinem Arbeitgeber deutlich, dass er sich eine Rückkehr in seinen bisherigen Tätigkeitsbereich als Bauleiter vorstelle. Eine betriebsärztliche Untersuchung Mitte Oktober 2015 ergab, dass auch zukünftig erhöhte krankheitsbedingte Fehlzeiten nicht auszuschließen seien. Dennoch legte der Kläger Ende Oktober 2015 einen detaillierten Wiedereingliederungsplan seines Arztes vor und beantragte seine stufenweise Wiedereingliederung in die Arbeitsprozesse. Den Antrag lehnte das Unternehmen ab. Anfang Dezember 2015 beantragte der Mitarbeiter erneut seine Wiedereingliederung – diesmal mit Erfolg. Anfang März 2016 wurde festgestellt, dass der Arbeitnehmer wieder voll arbeitsfähig sei.

Mit seiner Klage verfolgte er die Zahlung von Schadensersatz und behauptete, dass sein Arbeitgeber den ersten Wiedereingliederungsplan – wonach er bereits Mitte Januar 2016 (und nicht erst Anfang März 2016) wieder voll arbeitsfähig gewesen wäre – zu Unrecht abgelehnt habe; hieraus sei ihm ein Schaden wegen des Verdienstausfalls entstanden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und ausgeführt, dass es an der Kausalität zwischen der vermeintlichen Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden fehle. Die Richter des LAG sahen dies nun anders – und gaben dem Arbeitnehmer Recht:

Der Mitarbeiter habe gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Beschäftigung nach der Vorlage des Wiedereingliederungsplans Ende Oktober 2015 gehabt, den der Arbeitgeber durch die Ablehnung der Wiedereingliederungsmaßnahme schuldhaft verletzt habe. Damit bestehe ein Schadensersatzanspruch des Mitarbeiters aus §§ 280, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 84 Abs. 2 SGB IX (a. F.), jetzt § 167 SGB IX.

Der vorgelegte Wiedereingliederungsplan habe alle von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für eine wirksame Beantragung der stufenweisen Wiedereingliederung erfüllt, insbesondere:

- Darlegung von Art und Weise der empfohlenen Beschäftigung
- Beschäftigungsbeschränkungen
- Umfang der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit
- Dauer der Maßnahme
- eine Prognose, wann voraussichtlich die Wiederaufnahme der Tätigkeit erfolgen wird

Liegen diese Voraussetzungen vor, treffe den Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Durchführung des betrieblichen Wiedereingliederungsmanagements. Ziel dieser Maßnahme sei die Suche nach Möglichkeiten, dem länger oder häufiger erkrankten Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu erhalten und geeignete Beschäftigungsmöglichkeiten zu überprüfen. Hierzu gehöre auch die stufenweise Wiedereingliederung. Unterlasse der Arbeitgeber die Durchführung der ärztlich empfohlenen Maßnahme(n), müsse er für den dem Mitarbeiter dadurch entstandenen Schaden einstehen. Dieser sei unter Berücksichtigung der Zwecksetzung des § 84 SGB IX (a. F.), jetzt § 167 SGB IX zu ermitteln.

Allein die Tatsache, dass § 84 SGB IX (a. F.), jetzt § 167 SGB IX selbst keine Rechtsfolgenbestimmung umfasse, rechtfertige nicht die Annahme, dass das Gesetz unverbindlich sei und dass ein Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften keine Folgen habe.

Vorliegend habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert seines Vermögens ohne Ablehnung der Wiedereingliederungsmaßnahme und dem tatsächlichen Wert seines Vermögens. Sie umfasse das Arbeitsentgelt, das er verdient hätte, wenn er bereits Mitte Januar 2016 wieder gearbeitet hätte (LAG Hessen, Urteil vom 7. August 2017 – 7 Sa 232/17).

Die Revision ist derzeit beim BAG unter dem Aktenzeichen 8 AZR 530/17 anhängig.

Tipp für die Praxis:

Form und Inhalt des ärztlichen Wiedereingliederungsplans wurden von den Richtern des LAG – unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG aus 2006 (BAG, Urteil vom 13. Juni 2006 - 9 AZR 229 / 05) genau geprüft. Dieser muss neben den zeitlichen Abläufen auch ärztliche Prognosen, insbesondere über den Zeitpunkt, zu dem mit der erwarteten Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist, enthalten. Zudem befassten sich die Richter des LAG ausführlich mit dem Schadensbegriff und dessen Anwendung und Auslegung im konkreten Fall. Es bleibt abzuwarten, ob die Revision diese Entscheidung bestätigt und neue Grundsätze für die Ablehnung von Wiedereingliederungsmaßnahmen aufstellt – und gegebenenfalls neue Risiken für die Arbeitgeberseite bringt.

Die Paragraphen im arbeitsrechtlichen Teil des SGB IX wurden mit Wirkung zum 1. Januar 2018 erheblich umbeschriftet. Insbesondere wurde § 95 SGB IX zu § 178 SGB IX, § 81 SGB IX zu § 164 SGB IX und der in der Entscheidung zitierte § 84 SGB IX zu § 167 SGB IX. Zudem finden sich die Vorschriften zum Kündigungsrecht (§§ 85–92 SGB IX) – ebenfalls inhaltlich unverändert – nun in §§ 168 – 175 SGB IX.

Mindestlohngesetz

Mindestlohn für ein Orientierungspraktikum?

Praktikanten, die ein Praktikum von bis zu drei Monaten zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten, haben keinen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns (§ 22 Abs. 1 S. 2 HS. 2 Nr. 2 Mindestlohngesetz [MiLoG]).

Wie aber ist der Praktikant vom Arbeitnehmer abzugrenzen? Wann liegt ein Orientierungspraktikum vor und wie ist die Dreimonatsgrenze zu bestimmen, wenn der Praktikant „Urlaub vom Praktikum“ nimmt? Mit diesen Fragen hat sich das LAG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 25. Oktober 2017 befasst.

Die klagende Praktikantin war in der Zeit vom 6. Oktober 2015 bis zum 25. Januar 2016 bei dem beklagten Unternehmen tätig. Man hatte im Vorfeld vereinbart, dass es sich bei der Tätigkeit um ein Praktikum handeln sollte. Dieses sollte beiden Seiten dazu dienen, zu prüfen, ob eine Ausbildung der jungen Frau in dem Unternehmen in Betracht komme. Unterbrochen wurde die Tätigkeit der Praktikantin durch Urlaub vom 20. Dezember 2015 bis 11. Januar 2016. Darauf hatte man sich im Wesentlichen bereits vor Beginn des Praktikums verständigt. Eine Vergütung für das Praktikum wurde nicht gezahlt.

Nach Abschluss des Praktikums machte die Praktikantin vor Gericht eine Vergütung auf Basis des gesetzlichen Mindestlohns in Höhe von (damals) EUR 8,84 pro Arbeitsstunde geltend. Sie argumentierte, das Unternehmen habe sie vollständig als Arbeitskraft genutzt. Sie habe sich an feste Arbeitszeiten halten müssen und an sechs Tagen der Woche durchschnittlich zehn Stunden pro Tag für die Firma gearbeitet, was zwischen den Parteien allerdings umstritten war. Sie sei daher als Arbeitnehmerin einzuordnen und könne den gesetzlichen Mindestlohn beanspruchen. Aber selbst dann, wenn das Gericht ihre Tätigkeit als Praktikum qualifizieren sollte, habe sie einen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Die Dreimonatsgrenze des § 22 Abs. 1 S. 2 HS. 2 MiLoG sei überschritten worden. Die Zeit ihrer Urlaubsabwesenheit sei als Praktikumszeit zu berücksichtigen.

Das LAG Düsseldorf hat – anders als die Vorinstanz – die Klage abgewiesen. Der klagenden Praktikantin stehe kein Anspruch auf Zahlung von Mindestlohn zu. Sie unterliege dem Geltungsbereich des MiLoG weder als Arbeitnehmerin noch als Praktikantin.

Zunächst setzte sich das LAG Düsseldorf mit der Frage auseinander, ob die Klägerin als Arbeitnehmerin oder als Praktikantin für das Unternehmen tätig geworden war. Hierzu führte das LAG Düsseldorf aus, dass es sich bei Praktikums- und Arbeitsverhältnissen um unterschiedliche, sich gegenseitig ausschließende Vertragsverhältnisse handele. Als Arbeitnehmer gelte, wer durch den Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sei. Praktikant sei demgegenüber, wer für eine begrenzte Dauer zum Erwerb praktischer Kenntnisse und Erfahrungen eine bestimmte betriebliche Tätigkeit zur Vorbereitung auf eine berufliche Tätigkeit ausübe (§ 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG). Für die Einordnung als Praktikum müsse demnach der Kenntniserwerb im Vordergrund stehen. Rechtsverhältnisse, die demgegenüber nicht zur Weiterqualifizierung dienen, sondern zur Erledigung laufend anfallender Arbeiten geschlossen werden, seien Arbeitsverhältnisse.

Nach diesen Maßstäben kam das LAG Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass die Klägerin als Praktikantin und nicht als Arbeitnehmerin tätig gewesen sei. Bei ihrer Tätigkeit habe der Kenntniserwerb im Vordergrund gestanden. Sie habe nicht nur einfache, laufend anfallende „Hilfstätigkeiten“ übernommen, sondern sei mit zunehmender Dauer auch an verantwortungsvollere Aufgaben herangeführt worden. Ihr sei zudem die Möglichkeit gegeben worden, ihre Fähigkeiten zu verbessern. Darüber hinaus habe das Praktikum der Berufsorientierung gedient. Es habe zeitlich vor der Aufnahme der darauf bezogenen Berufsausbildung bzw. der Aufnahme des Studiums gelegen und beide Seiten hätten die Absicht gehabt zu prüfen, ob ein Ausbildungsverhältnis in Betracht komme.

Nach Auffassung der Richter hatte das Praktikum auch die zulässige Dauer von drei Monaten nicht überschritten. Es sei vielmehr in vereinbarten Zeitabschnitten, die insgesamt die Dauer von drei Monaten nicht überschritten hätten, „geleistet“ worden. Somit geht das LAG Düsseldorf davon aus, dass nur die Zeiten, in denen die Praktikantin tatsächlich für das Unternehmen tätig war, als Praktikumszeiten zu qualifizieren waren. Nicht als Praktikumszeit zu bewerten sei hingegen die Zeit der Urlaubsabwesenheit. Das Gericht berief sich insoweit auf Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 MiLoG.

Die Praktikantin hat gegen das Urteil des LAG Düsseldorf Revision eingelegt. Es bleibt abzuwarten, wie sich das BAG zu den aufgeworfenen Rechtsfragen positionieren wird (LAG Düsseldorf, Urteil vom 25. Oktober 2017 – 7 Sa 995/16).

Tipp für die Praxis:

Arbeitgeber, die ein Orientierungspraktikum mindestlohnfrei ausgestalten wollen, sollten zusammenfassend auf folgende Gesichtspunkte achten:

- Der Praktikant darf noch keine Ausbildung bzw. noch kein Studium in dem Tätigkeitsgebiet abgeschlossen haben. Es empfiehlt sich, vertraglich niederzulegen, dass das Praktikum der Orientierung bzw. dem Entschluss des Praktikanten im Hinblick auf die von ihm beabsichtigte Aufnahme einer Berufsausbildung oder eines Studiums dient.
- Wenn der Praktikant zwischenzeitlich z. B. urlaubsabwesend und deswegen eine zeitliche Aufteilung des Praktikums beabsichtigt ist, sollte die Unterbrechung des Praktikums bereits vor Beginn des Praktikums abgesprochen und schriftlich vereinbart werden.
- Ein als „Orientierungspraktikum“ bezeichnetes Vertragsverhältnis ist schließlich nur dann mindestlohnfrei, wenn es sich nach dem tatsächlichen Geschäftsinhalt um ein Praktikums- und nicht um ein Arbeitsverhältnis handelt. Die Einordnung des Rechtsverhältnisses ist stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Grundsätzlich gilt: Wird der Praktikant eingesetzt, damit er sich ein Bild von der angestrebten beruflichen Tätigkeit machen kann, liegt i. d. R. ein Praktikum vor. Besteht seine Hauptaufgabe im Betrieb darin, einen ansonsten fehlenden Arbeitnehmer zu ersetzen, wird das Verhältnis i. d. R. als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein.

Kündigung und Kündigungsschutz

Kein Kündigungsschutz für Schwangere bei Massenentlassungen

Der EuGH hat jüngst entschieden, dass auch Schwangeren im Rahmen einer Massenentlassung unter bestimmten Voraussetzungen gekündigt werden kann. Das Gericht hatte unter anderem darüber zu entscheiden, ob eine Massenentlassung mit der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG vereinbar ist. Die Richtlinie verbietet die Kündigung von Arbeitnehmerinnen in der Zeit vom Schwangerschaftsbeginn bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs. Davon ausgenommen sind allerdings „nicht mit ihrem Zustand in Zusammenhang stehende Ausnahmefälle“, die entsprechend nationalen Regeln zulässig sind.

Konkret zu entscheiden war der Fall eines spanischen Unternehmens, das einer schwangeren Arbeitnehmerin gekündigt hatte. Man hatte ihr mitgeteilt, dass weitgreifende Entlassungen bevorstünden, weil der Geschäftsbetrieb in ihrem Tätigkeitsbereich nicht rentabel sei. Die formalen Voraussetzungen wurden nach spanischem Recht eingehalten. Die Arbeitnehmerin erhob gegen die Kündigung Klage.

Der EuGH befand, dass Massenentlassungen von Schwangeren einen Ausnahmefall im Sinne der Richtlinie darstellen. Die Richter benannten folgende Voraussetzungen für die Wirksamkeit derartiger Kündigungen:

- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsse schriftlich erklärt werden.
- Es sei erforderlich, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit den Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaats übereinstimme.
- Zudem müssten nicht in der Person der Schwangeren liegende Gründe schriftlich mitgeteilt werden (nämlich wirtschaftliche, technische oder sich auf die Organisation oder Produktion des Unternehmens beziehende Gründe).
- Schließlich seien die sachlichen Kriterien mitzuteilen, die zur Auswahl der betreffenden Arbeitnehmerin geführt haben.

(EuGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – C-103/16)

Tipp für die Praxis:

Nach dieser Entscheidung ist auch in Deutschland eine Entlassung von Schwangeren im Rahmen von Massenentlassungen nicht ausgeschlossen. Nach § 17 Abs. 3 MuSchG bedarf diese jedoch unter anderem der Zustimmung der zuständigen Landesbehörde, der insoweit ein weiter Ermessensspielraum zusteht. Die Kündigung von werdenden Müttern unterliegt somit in Deutschland auch bei Massenentlassungen weiterhin erheblichen Hürden.

Kündigung und Kündigungsschutz

Betriebsbedingte Kündigung im Kleinbetrieb – kein Wiedereinstellungsanspruch aus § 242 BGB

Die vom BAG entwickelten Grundsätze zum Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung finden nur auf Mitarbeiter Anwendung, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießen – für Arbeitnehmer von Kleinbetrieben gelten sie nicht.

Der gekündigte Arbeitnehmer war – neben zuletzt sechs weiteren Mitarbeitern – als Apotheker angestellt. Aus gesundheitlichen Gründen kündigte die Betreiberin der Apotheke dem klagenden Arbeitnehmer sowie allen anderen Mitarbeitern zum 30. Juni 2014; der Arbeitnehmer erhob keine Kündigungsschutzklage. Die Betreiberin der Apotheke führte die Apotheke zunächst mit verringerter Beschäftigtenzahl über den 30. Juni 2014 fort, bevor sie die Apotheke Mitte Juli 2014 verkaufte. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich der neue Inhaber zur Übernahme und Weiterbeschäftigung der drei noch beschäftigten Arbeitnehmer. Die Apotheke wurde am 1. September 2014 von dem neuen Betreiber übernommen.

Der Mitarbeiter hatte mit seiner Klage auf Wiedereinstellung vor dem Arbeitsgericht (gegen die vormalige Betreiberin und den neuen Inhaber) sowie mit seiner – nur noch gegen den neuen Inhaber – gerichteten Berufung keinen Erfolg. Auch das BAG hat die Revision des Klägers nun zurückgewiesen:

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung könne einem betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer zwar ein – gegebenenfalls auch rückwirkender – Anspruch auf Wiedereinstellung zustehen. Der Anspruch setze aber voraus, dass zwischen dem Zugang der betriebsbedingten Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist entweder

- wider Erwarten der bisherige Arbeitsplatz des gekündigten Mitarbeiters doch erhalten bleibe oder
- unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer auf einem freien Arbeitsplatz entstehe.

Dieser Wiedereinstellungsanspruch fuße auf § 242 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Er komme daher nur dann in Betracht, wenn die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit noch im bestehenden Arbeitsverhältnis (also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist) entstehe. Der Anspruch könne auch gegeben sein, wenn es in diesem Zeitraum zu einem Betriebs(teil)übergang komme. Erst nach Ablauf der Kündigungsfrist eintretende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ermöglichten es dem Arbeitnehmer hingegen grundsätzlich nicht, seine Wiedereinstellung zu verlangen.

Diese Grundsätze seien aber auf sogenannte Kleinbetriebe (§ 23 Abs. 1 S. 2–4 KSchG), also Betriebe mit i. d. R. zehn oder weniger Arbeitnehmern, nicht anwendbar – damit auch nicht auf die ehemaligen Beschäftigten der beklagten Apotheke. Die Anwendung der Grundsätze setze nämlich eine betriebsbedingte Kündigung voraus, die an den Maßstäben des § 1 Abs. 2 KSchG zu messen sei. Der dargestellte Wiedereinstellungsanspruch stelle einen nach § 242 BGB (Treu und Glauben) gebotenen Ausgleich allein dafür dar, dass eine betriebsbedingte Kündigung bereits möglich sei, wenn eine sichere Prognose bestehe, dass Entlassungen erforderlich seien – ohne Berücksichtigung der späteren tatsächlichen Entwicklung.

Ein Anspruch auf Wiedereinstellung, weil die Apotheke entgegen der ursprünglichen Absicht nicht geschlossen, sondern zunächst weitergeführt und dann übernommen worden sei, und bei der Auswahl der weiterzubeschäftigenden Arbeitnehmer ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme nicht gewahrt worden sei, scheide ebenfalls aus. Einen solchen Anspruch hätte der Mitarbeiter nur gegenüber der vormaligen Betreiberin geltend machen können – die Klage gegen diese sei jedoch rechtskräftig abgewiesen worden (BAG, Urteil vom 19. Oktober 2017 – 8 AZR 845/15).

Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung erleichtert die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben bzw. reduziert die Risiken auf Arbeitgeberseite: Ein Wiedereinstellungsanspruch besteht hier nicht.

Kündigung und Kündigungsschutz

Kündigung wegen des Verdachts der Beteiligung am „Jihad“ unwirksam

Mit Urteil vom 12. März 2018 hat das LAG Niedersachsen eine außerordentliche Kündigung für unwirksam erklärt, die wegen des Verdachts der Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zur „salafistischen Szene“ ausgesprochen worden war.

Der Arbeitnehmer war von Geburt an deutscher Staatsangehöriger und seit 2008 als Montagewerker beschäftigt. Gegen ihn bestand der Verdacht, er wolle sich dem militanten „Jihad“ im Ausland anschließen. Der Verdacht beruhte auf folgenden Tatsachen: Der Mitarbeiter war durch das LKA Niedersachsen und das Bundesamt für Verfassungsschutz zur Kontrolle und Grenzfehndung ausgeschrieben worden. Deshalb war eine beabsichtigte Flugreise nach Istanbul im Dezember 2014 durch die Bundespolizei verhindert und dem Mann der Reisepass entzogen worden. Die dagegen gerichtete Klage vor dem Verwaltungsgericht Braunschweig blieb ohne Erfolg. Erst seit Januar 2018 hat er einen neuen Reisepass.

Nachdem sein Arbeitgeber von diesen Vorgängen Kenntnis erlangt und dem Beschäftigten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte, kündigte er das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos. Zur Begründung führte er an, aufgrund des Verdachts gegen den Arbeitnehmer seien der Betriebsfrieden und die Sicherheit im Unternehmen gefährdet.

Der Arbeitgeber konnte jedoch keinen Nachweis für eine konkrete Störung des Arbeitsverhältnisses oder einen dringenden Verdacht, dass der Mitarbeiter den Frieden oder die Sicherheit im Betrieb stören könnte, vorweisen. Von dem Arbeitnehmer ging daher nach Ansicht des Gerichts keine Gefahr für die Sicherheit und den Betriebsfrieden aus. Der bloße Verdacht, der Arbeitnehmer gehöre der salafistischen Szene an und wolle sich der militanten „Jihad-Bewegung“ anschließen, rechtfertige eine Kündigung nicht. Nach Ansicht des LAG Niedersachsen könnten rein außerdienstliche Umstände, die keinen Bezug zur Tätigkeit des Arbeitnehmers aufweisen, weder eine ordentliche noch eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfragen wurde die Revision zum BAG zugelassen (LAG Niedersachsen, Urteil vom 12. März 2018 – 15 Sa 319 / 17).

Tipp für die Praxis:

Mit seinem Urteil führt das LAG Niedersachsen die Rechtsprechung des BAG fort, die grundsätzlich strenge Anforderungen an Verdachtskündigungen stellt.

Der Arbeitgeber hat hierbei eine umfassende Sachverhaltsaufklärungspflicht, insbesondere muss er – neben dem Betriebsrat – auch den verdächtigen Mitarbeiter anhören. Eine ohne vorherige Anhörung ausgesprochene Verdachtskündigung ist unwirksam.

Wird die Kündigung wegen des Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung oder einer Straftat ausgesprochen, muss diese Pflichtverletzung bzw. Straftat im Zusammenhang mit den arbeitsvertraglichen Pflichten des verdächtigen Arbeitnehmers stehen. Außerhalb der dienstlichen Tätigkeit mutmaßlich begangene schwerwiegende Pflichtverletzungen und Straftaten können nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise eine Verdachtskündigung rechtfertigen. Denn eine Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das außerdienstliche Verhalten negative Auswirkungen auf den Betrieb oder einen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat (vgl. z. B. BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 – 2 AZR 825/09).

Kündigung und Kündigungsschutz

Außerordentliche Kündigung nach Facebook-Post

Einmal mehr hatte sich ein Arbeitsgericht mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit Äußerungen von Mitarbeitern in den sozialen Medien arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen können.

Folgender Fall war zu entscheiden: Der 1968 geborene Mitarbeiter eines hundertprozentigen städtischen Tochterunternehmens war seit 1992 dort zunächst als Straßenbahnfahrer und ab 2009 als Gleisbauarbeiter beschäftigt. Der Arbeitnehmer hatte unter seinem Namen einen Facebook-Account. Dort gab er als Beruf „Straßenbahnfahrer“ an, nannte seinen Arbeitgeber ausdrücklich beim Namen und veröffentlichte zudem ein Foto, auf dem er in Dienstkleidung posierte. Unter seinem Namen und neben seinem Bild in Uniform als Straßenbahnfahrer veröffentlichte der Arbeitnehmer auf der Facebook-Seite einer Partei namens „Der III. Weg“ das Bild einer meckernden Ziege mit einer Sprechblase und den Worten „Achmed, ich bin schwanger“. Die Partei gilt nach den „Verfassungsschutzberichten Bund“ aus den Jahren 2014 und 2015 als rechtsextremistisch und gewaltorientiert. Über diesen Post berichtete auch die Tagespresse unter der Überschrift „Straßenbahnfahrer ein Rassist?“.

Nach Beteiligung des Betriebsrats kündigte das städtische Tochterunternehmen das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich. Dagegen wehrte sich der Mitarbeiter. Er argumentierte, sein Post sei von der Meinungsfreiheit gedeckt. Es handele sich dabei um Satire. Er sei auch nicht Mitglied dieser Partei und habe seinen Facebook-Account kurz nach dem Post gelöscht.

Die Richter des LAG hielten die außerordentliche Kündigung dennoch für wirksam. Ein menschenverachtender Facebook-Post, der in Bezug zum Arbeitsverhältnis getätigt werde, rechtfertige aufgrund der Schwere des Verstoßes eine außerordentliche Kündigung.

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB sei hier die menschenverachtende Schmähung und Geringschätzung einer ganzen ausländischen Bevölkerungsgruppe, nämlich der Türkinnen und Türken. Mit Achmed, einem in der Türkei häufig benutzten Namen, werde insbesondere der türkische Mann angesprochen als ein Mensch, der Sodomie betreibt. Die Ziege stehe platzhalterisch für eine türkische Frau, die für tierischen Nachwuchs sorgt. Eine solche – die Würde des Menschen infrage stellende – Schmähkritik sei nicht von der Meinungsfreiheit geschützt. Es sei zudem davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer das Foto auch genauso verstanden wissen wollte. Dies ergebe sich vor allem aus der Tatsache, dass er es auf der Seite der Partei „Der III. Weg“ veröffentlicht habe, deren Ideologie ihm bekannt gewesen sei. Unter diesen Umständen sei es auf keinen Fall als Satire zu verstehen und sei auch in der Öffentlichkeit nicht als solche verstanden worden.

Ein Bezug zum Arbeitsverhältnis sei dadurch gegeben, dass der Mitarbeiter sich neben dem Ziegenfoto öffentlich in seiner Uniform als Straßenbahnfahrer abbilden ließ. Damit sei für jeden Betrachter offensichtlich, wessen Arbeitnehmer er sei. Das Unternehmen werde dadurch gleichfalls in die Nähe der Ausländerfeindlichkeit gesetzt. Es habe aber als Teil des öffentlichen Dienstes ein erhebliches Interesse daran, die Grundwerte des Grundgesetzes zu beachten. Das berechnete Interesse des Unternehmens sei durch das Verhalten des Mannes schwerwiegend beeinträchtigt worden. Der Vertrauensverlust habe sich auch nicht dadurch wiederherstellen oder relativieren lassen, dass er nachträglich seinen Facebook-Account gelöscht habe.

Aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung sei eine Abmahnung bei diesem Sachverhalt entbehrlich gewesen. Dem Arbeitnehmer hätte klar sein müssen, dass bei dieser Fallkonstellation eine Hinnahtnahme durch das Unternehmen offensichtlich ausgeschlossen war. Daran ändere auch die langjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses und das Alter des Angestellten nichts (Sächsisches LAG, Urteil vom 27. Februar 2018 – 1 Sa 515/17).

Betriebsübergang

Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang – kein Zurück nach sieben Jahren

Das BAG hat sich erneut zur Verwirkung des Widerspruchsrechts geäußert: Nach grundlegender Information der Arbeitnehmer über den Betriebsübergang tritt Verwirkung erst nach sieben Jahren ein.

Arbeitnehmer haben das Recht, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Information über den Betriebsübergang zu widersprechen. In der Praxis stellt sich nicht selten die Frage, welche Folgen eine unvollständige und/oder fehlerhafte Information der betroffenen Arbeitnehmer nach sich zieht.

Die Antwort hierauf war bislang schwierig, weil das Gesetz diesen Fall nicht behandelt. Klar war nur, dass die einmonatige Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt und das Widerspruchsrecht deshalb den Grenzen der Verwirkung unterliegt. Wann aber Verwirkung eintritt, ließ sich nur anhand von Einzelfällen in der Rechtsprechung vage prognostizieren. Eine aktuelle Entscheidung des BAG bringt nun mehr Klarheit:

Kommt es zu einem Betriebsübergang, d. h., gehen Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern automatisch durch Gesetz auf den Erwerber über, müssen die Arbeitnehmer von ihrem bisherigen Arbeitgeber oder vom Erwerber darüber informiert werden. Für diese Information sieht § 613 a Abs. 5 BGB folgende Pflichtbestandteile vor:

- Zeitpunkt oder geplanter Zeitpunkt des Übergangs
- Grund für den Übergang
- rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen des Übergangs für die Arbeitnehmer
- hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommene Maßnahmen

Nach einer ordnungsgemäßen Information haben die Arbeitnehmer einen Monat Zeit, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen (§ 613 a Abs. 6 BGB). Wenn sie mit dem Übergang einverstanden sind, müssen sie nicht aktiv werden und können ihre Tätigkeit nach dem Betriebsübergang schlicht beim Erwerber fortsetzen.

Bei einer unvollständigen und/oder fehlerhaften Information der Arbeitnehmer beginnt die einmonatige Widerspruchsfrist nicht zu laufen und das Widerspruchsrecht kann bis zur Grenze der Verwirkung ausgeübt werden. Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) und schließt die Geltendmachung von Rechten wegen sogenannter illoyaler Verspätung aus. Dabei genügt es nicht, dass der Berechtigte sein Recht für längere Zeit nicht geltend gemacht hat (Zeitmoment). Es müssen vielmehr Umstände hinzukommen, die den Eindruck erwecken, der Berechtigte wolle sein Recht oder seinen Anspruch nicht mehr geltend machen, so dass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment).

Durch die bloße widerspruchslose Weiterarbeit bzw. Vertragsfortführung beim Erwerber kann nach der bisherigen Rechtsprechung die Verwirkung nicht herbeigeführt werden. Zur Weiterarbeit beim Erwerber müssen weitere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, dass der Arbeitnehmer an der Vertragsbeziehung zum bisherigen Arbeitgeber nicht mehr festhalten will und sein Widerspruchsrecht nicht mehr ausüben wird (BAG, Urteil vom 15. März 2012 - 8 AZR 700 / 10). An dieser Rechtsprechung hält das BAG in seinem aktuellen Fall fest.

Sofern zur widerspruchslosen Weiterarbeit beim Erwerber eine „grundlegende Information“ nach § 613 a Abs. 5 BGB hinzukommt und sich die Weiterarbeit beim Erwerber über einen Zeitraum von mindestens sieben Jahren erstreckt, liegen nach dem aktuellen Urteil des BAG Umstands- und

Zeitmoment vor, die das Widerspruchsrecht verwirken lassen. Eine grundlegende Information muss nach Auffassung des Achten Senats enthalten:

- den Übergang des Arbeitsverhältnisses
- den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs
- den Gegenstand des Betriebsübergangs
- den Betriebserwerber
- das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

Erfolge eine solche grundlegende Information, gehe die widerspruchslose Weiterarbeit beim Erwerber über ein bloßes Unterlassen hinaus und begründe das Umstandsmoment einer Verwirkung. An das Zeitmoment seien in diesem Fall allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Die widerspruchslose Weiterarbeit müsse also über einen erheblichen Zeitraum erfolgen. Diesen Zeitraum definiert das BAG nun unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen mit sieben Jahren, wobei diese frühestens mit dem Betriebsübergang beginnen.

In dem zu entscheidenden Fall war die Arbeitnehmerin mit einem fehlerhaften Informationsschreiben vom 26. Juli 2007 über einen Betriebsübergang zum 1. September 2007 informiert worden. Das Informationsschreiben stellte das Haftungssystem des § 613 a Abs. 1 und 2 BGB nicht zutreffend dar, enthielt aber die beschriebenen grundlegenden Informationen. Die Arbeitnehmerin arbeitete auch nach dem Betriebsübergang bei dem Erwerber, bis sie am 30. Juli 2014 dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprach. Da nach der Auffassung des BAG eine Verwirkung erst sieben Jahre später, also am 31. August 2014 und damit einen Monat nach dem Widerspruch der Mitarbeiterin eingetreten wäre, war der Widerspruch am 26. Juli 2014 wirksam. Mithin bestand das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber über den 1. September 2007 hinaus fort.

Das BAG beruft sich in dieser Entscheidung auf seine ständige Rechtsprechung, wonach zwischen der fehlerhaften Information und dem nicht ausgeübten Widerspruchsrecht kein Kausalzusammenhang erforderlich ist. Es sei im Grunde unerheblich, warum das Widerspruchsrecht zunächst nicht ausgeübt worden sei bzw. erst später ausgeübt werde. Der Einwand des bisherigen Arbeitgebers, dass ein „Lawinen- oder Nachahmungseffekt“ drohe, der das Konzept der Beschäftigungssicherung für die beim bisherigen Arbeitgeber verbliebenen Arbeitnehmer gefährde, ist nach Auffassung des BAG nicht relevant.

Tipp für die Praxis:

Das Urteil ist einerseits begrüßenswert, da es mit eindeutigen Regeln Klarheit darüber verschafft, wann ein Widerspruchsrecht bei unvollständiger und/oder fehlerhafter Information der Arbeitnehmer verwirkt ist.

Andererseits wissen Betriebsveräußerer und Betriebserwerber mit dieser Rechtsprechung erst nach sieben Jahren, ob die Übertragung des Betriebs oder Betriebsteils erfolgreich war. Das ist eine lange Zeit der Rechtsunsicherheit, auf die sich die Praxis einstellen muss. Eine frühere Verwirkung herbeizuführen dürfte nur ausnahmsweise oder in Einzelfällen gelingen (BAG, Urteil vom 24. August 2017 – 8 AZR 265/16).

Betriebsverfassungsrecht

Begünstigung des Betriebsratsmitglieds durch Vereinbarungen in einem Aufhebungsvertrag?

Ein Aufhebungsvertrag kann für ein Betriebsratsmitglied keine zu guten Konditionen haben –urteilen jüngst die Richter des BAG. Der Mitarbeiter, der seine eigene Begünstigung als Nichtigkeitsgrund für den geschlossenen Aufhebungsvertrag ansah, blieb damit vor Gericht erfolglos.

Der Fall: Der klagende Arbeitnehmer war seit 1983 im Unternehmen beschäftigt und seit 2006 Vorsitzender des Betriebsrats. 2013 wurde ihm vorgeworfen, eine Mitarbeiterin gestalkt und sexuell belästigt zu haben. Der Arbeitgeber beschloss daher, das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden, und leitete beim Arbeitsgericht ein Verfahren zur Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ein. Nachfolgend schlossen die Parteien außergerichtlich einen Aufhebungsvertrag, in dem insbesondere die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2015, die Freistellung unter Vergütungsfortzahlung und eine noch im Verlauf des Arbeitsverhältnisses auszuzahlende Abfindung in Höhe von EUR 120.000 netto vereinbart wurde. Nachdem der Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß von seinem Betriebsratsamt zurückgetreten und die Auszahlung der Abfindung an ihn erfolgt war, reute ihn offenbar sein Entschluss. Trotz der hohen Abfindung wollte er nun lieber seinen Arbeitsplatz behalten. Im Klageweg machte er den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses über den 31. Dezember 2015 hinaus geltend. Er war der Auffassung, der Aufhebungsvertrag sei nichtig, weil er durch diesen als Betriebsratsmitglied in unzulässiger Weise begünstigt worden sei.

Die Klage war in allen Instanzen erfolglos.

Die Richter argumentierten wie folgt: Zwar verbiete das Gesetz die Benachteiligung von Betriebsratsmitgliedern ebenso wie deren Begünstigung (§ 78 S. 2 BetrVG). Betroffene Vereinbarungen, die gegen dieses Verbot verstoßen, seien nach § 134 BGB nichtig. Um einen solchen Fall handele es sich vorliegend aber nicht, da in dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags regelmäßig keine unzulässige Begünstigung liege. Soweit die Verhandlungsposition des Betriebsratsmitglieds günstiger sei als die eines Arbeitnehmers ohne Betriebsratsamt, beruhe dies allein auf dem in § 15 KSchG und § 103 BetrVG geregelten Sonderkündigungsschutz (BAG, Urteil vom 21. März 2018 – 7 AZR 590/16).

Tipp für die Praxis:

Mit dieser Entscheidung schafft das BAG Rechtssicherheit für Arbeitgeber, die sich von einem Betriebsratsmitglied im Wege eines Aufhebungsvertrages trennen wollen. Insbesondere im Hinblick auf den Sonderkündigungsschutz, das damit verbundene Prozessrisiko und auch das erhöhte finanzielle Risiko dürfen Abfindungen für Betriebsratsmitglieder deutlich höher ausfallen als bei „normalen“ Arbeitnehmern ohne besonderen Kündigungsschutz. Eine unzulässige Begünstigung des Betriebsratsmitglieds i. S. d. § 78 S. 2 BetrVG liegt hierin nicht.

Sozialversicherungsrecht

Geschäftsführer einer GmbH sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig

Der GmbH-Geschäftsführer ist gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG und § 14 KSchG kein Arbeitnehmer. Die Frage, ob er sozialversicherungspflichtig ist, richtet sich ausschließlich nach den Regelungen des Sozialversicherungsrechts und hier – mangels spezialrechtlicher Normen – nach den allgemeinen Regeln. Das BSG hat jüngst in zwei Entscheidungen bestätigt, dass die Geschäftsführer einer GmbH im Grundsatz sozialversicherungspflichtig sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV voraus, dass der Beschäftigte persönlich abhängig tätig ist. Ausgangspunkt für die Stellung des Geschäftsführers zur GmbH ist – neben den gesellschaftsvertraglichen und dienstvertraglichen Regelungen – § 37 Abs. 1 GmbHG; dieser lautet:

„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, durch den Gesellschaftsvertrag oder, soweit dieser nicht ein anderes bestimmt, durch die Beschlüsse der Gesellschafter festgesetzt sind.“

Grundsätzlich ist ein GmbH-Geschäftsführer daher weisungsabhängig tätig und unterliegt der Sozialversicherungspflicht.

Von diesem Grundsatz erkennt das BSG Ausnahmen an. Kernfrage ist stets, ob der Beschäftigte einem Weisungsrecht unterliegt: Ist dies der Fall, so ist von einer abhängigen Beschäftigung des Geschäftsführers auszugehen. Verfügt der Geschäftsführer dagegen über die Rechtsmacht, ihm nicht angenehme Weisungen zu verhindern, so ist regelmäßig von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen (vgl. BSG, Urteil vom 25. April 2012 - B 12 KR 24 / 10 R). Eine solche liegt insbesondere vor, wenn

- der Geschäftsführer mindestens 50 % der Anteile der GmbH hält,
- er als Minderheitsgesellschafter über eine Sperrminorität (= Geschäftsanteil, mit dem Gesellschafter oder Anteilshalter Beschlüsse verhindern können) verfügt, die ihm nicht ohne seinen Willen entzogen werden kann,
- er an der Gesellschaft nicht beteiligt ist, aber Anteile an einer Muttergesellschaft hält, oder
- ihm durch schuldrechtliche Vereinbarung eine weisungsfreie Tätigkeit ermöglicht wird, etwa im Rahmen des Geschäftsführerdienstvertrages.

Diese Rechtsprechung hat das BSG in zwei Urteilen nun erneut bestätigt:

Im ersten Fall verfügte der klagende Geschäftsführer lediglich über einen Anteil von 45,6 % am Stammkapital. Eine mit seinem Bruder als weiteren Gesellschafter der GmbH getroffene „Stimmbindungsabrede“ änderte an der Annahme der Sozialversicherungspflicht ebenso wenig wie dessen Angebot an den klagenden Geschäftsführer, weitere Anteile zu erwerben.

Im zweiten Fall verfügte der klagende Geschäftsführer lediglich über einen Anteil von 12 % des Stammkapitals. Das BSG bestätigte auch hier die Sozialversicherungspflicht. Ein Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter der GmbH ist, sei nur dann nicht abhängig beschäftigt, wenn er die Rechtsmacht besitze, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft zu bestimmen. Dies sei regelmäßig der Fall, wenn er mehr als 50 % der Anteile am Stammkapital halte (Mehrheitsgesellschafter). Ist der Gesellschafter kein Mehrheitsgesellschafter, sei eine die abhängige Beschäftigung ausschließende Rechtsmacht ausnahmsweise auch anzunehmen,

wenn er exakt 50 % der Anteile halte oder bei einer noch geringeren Kapitalbeteiligung kraft ausdrücklicher Regelung im Gesellschaftsvertrag (Satzung) über eine umfassende („echte“ / qualifizierte) Sperrminorität verfüge, so dass es ihm möglich sei, ihm erteilte Weisungen zu verhindern.

In beiden Fällen betonte das BSG, dass es nicht darauf ankomme, dass ein Geschäftsführer im Außenverhältnis weitreichende Befugnisse und Freiheiten hinsichtlich der Arbeitsgestaltung habe. Entscheidend sei vielmehr der Grad der rechtlich durchsetzbaren Einflussmöglichkeiten auf die Beschlüsse der Generalversammlung (BSG, Urteil vom 14. März 2018 – B 12 R 5 / 16 R und BSG, Urteil vom 14. März 2018 - B 12 KR 13 / 17 R).

Tipp für die Praxis:

Die höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt, dass die Geschäftsführertätigkeit von Minderheitsgesellschaftern regelmäßig nur dann sozialversicherungsfrei ist, wenn dem jeweiligen Gesellschaftsgeschäftsführer eine – beständige und umfassende – Sperrminorität eingeräumt ist. Dieser Rechtsprechung folgen auch die Instanzgerichte und betonen, dass es für eine selbstständige Tätigkeit nicht ausreicht, wenn der Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer rein faktisch weisungsfrei agieren könne, diese Weisungsfreiheit aber nicht rechtlich abgesichert sei.

Um eine Selbstständigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu gewährleisten, sollten die gesellschaftsvertraglichen Regelungen und die Bestimmungen des Geschäftsführeranstellungsvertrags so ineinander verschränkt werden, dass sie eine Weisungsfreiheit ergeben, die ohne Zustimmung des betroffenen Geschäftsführers nicht zurückgenommen werden kann.

Übrigens

Arbeitnehmer müssen ihre private Handynummer nicht herausgeben

Mitarbeiter dürfen nicht abgemahnt werden, nur weil sie die Herausgabe ihrer privaten Mobilfunknummer verweigern. Dies entschied unlängst das Thüringer Landesarbeitsgericht.

Angestellte eines kommunalen Arbeitgebers hatten bereits ihre privaten Festnetznummern für Bereitschaftsdienste hinterlegt. Um die Mitarbeiter auch außerhalb des Bereitschaftsdienstes im Notfall erreichen zu können, verlangte der Arbeitgeber ebenfalls die Bekanntgabe ihrer privaten Handynummern. Die Mitarbeiter weigerten sich jedoch. Der Arbeitgeber mahnte die Beschäftigten daraufhin ab. Diese zogen vor Gericht.

Die Richter verlangten die Entfernung der Abmahnungen aus den Personalakten. Die Pflicht zur Herausgabe der privaten Mobilfunknummer stelle einen erheblichen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, der durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt sein müsse. Der Abwägungsprozess der beiderseitigen Interessen müsse ergeben, dass der Eingriff angemessen sei. Eine Pflicht zur Bekanntgabe der privaten Mobilfunknummer greife besonders tief in die persönliche Sphäre des Arbeitnehmers ein. Der Arbeitnehmer könne sich aufgrund der ständigen Erreichbarkeit dem Arbeitgeber ohne Rechtfertigungsdruck nicht mehr entziehen und so nicht zur Ruhe kommen. Auf die Wahrscheinlichkeit, tatsächlich kontaktiert und im Notfall herangezogen zu werden, komme es nicht an. Im zu entscheidenden Fall habe der Arbeitgeber durch die Änderung eines bestehenden Rufbereitschaftssystems selbst die Problemlage herbeigeführt. Ihm stünden andere Möglichkeiten zur Absicherung gegen Notfälle zur Verfügung.

Gegen das Urteil hat das Landesarbeitsgericht keine Revision beim BAG zugelassen. Denn die grundlegende Rechtsfrage, dass der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch ein entgegenstehendes, überwiegendes und berechtigtes Interesse gerechtfertigt sein müsse, sei bereits geklärt (Thüringer LAG, Urteil vom 16. Mai 2018 - 6 Sa 442 / 17).

Übrigens

Gesetzentwurf zur Brückenteilzeit

Bereits drei Monate nach Abschluss der Koalitionsverhandlungen legte das Bundesarbeitsministerium am 17. April 2018 einen Gesetzentwurf zur sogenannten „Brückenteilzeit“ vor. Das bereits im Koalitionsvertrag zwischen SPD und CDU/CSU sehr konkret beschriebene Recht auf befristete Teilzeit wird darin in ein Gesetz gegossen. Arbeitnehmer dürfen danach schon ab Januar 2019 entsprechende Anträge auf befristete Teilzeit stellen.

Die Voraussetzungen der Brückenteilzeit sind künftig in dem neuen § 9 a Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) geregelt:

- Das Arbeitsverhältnis besteht länger als sechs Monate.
- Die Brückenteilzeit kann nur für mindestens ein oder höchstens fünf Jahre genommen werden.
- Während der Dauer der Brückenteilzeit kann der Mitarbeiter keine Verringerung oder Verlängerung der Arbeitszeit auf Basis des TzBfG geltend machen. Veränderungen der Arbeitszeit aufgrund anderer Gesetze, also etwa Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), bleiben möglich.
- Der Anspruch besteht nur gegen Arbeitgeber mit mehr als 45 Arbeitnehmern.
- Arbeitgeber mit 46–200 Arbeitnehmern können einen Antrag ablehnen, wenn sich bereits einer pro angefangene 15 Mitarbeiter in Brückenteilzeit befindet (sogenannte Zumutbarkeitsgrenze).
- Es stehen der Brückenteilzeit keine betrieblichen Gründe entgegen.
- Das Ende der letzten Brückenteilzeit ist mindestens ein Jahr her.
- Der Antrag muss drei Monate vor Beginn der geplanten Brückenteilzeit gestellt werden.

Ausführliche Informationen zu den Herausforderungen für Arbeitgeber erhalten Sie in unserem Blogbeitrag „Brückenteilzeit für Januar 2019 geplant: Was erwartet die Arbeitgeber?“ vom 24. Mai 2018 [hier](#).

Aktuell

Veröffentlichungen

Dr. Ute Bartholomä, „**Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Festlegung von Ausgleichszeiträumen**“, Entscheidungsbesprechung BAG vom 26. September 2017 – 1 ABR 57 / 15 in der Zeitschrift Der Betrieb 2018, S. 648

Prof. Dr. Marion Bernhardt/Dr. Mario Merget, „**Nachvertragliche Wettbewerbsverbote**“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeit und Arbeitsrecht 2018, S. 19 ff.

Dr. Alexander Bissels/Kira Falter, „**Nacharbeitszuschlag nach § 7 MTV BAP/DGB**“, Entscheidungsbesprechung zu BAG vom 18. Oktober 2017 – 10 AZR 578/16 in der Zeitschrift Der Betrieb 2018, S. 68

Dr. Alexander Bissels/Hannah Heitfeld, „**Einstweilige Verfügung zur Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs**“, Entscheidungsbesprechung LAG Hamburg vom 23. August 2017 – 5 SaGa 2/17 in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2018, S. 165

Dr. Alexander Bissels/Stephanie Witt, „**Aktuelles Arbeitsrecht in Krise und Insolvenz – Januar 2018 bis März 2018**“, Aufsatz in der Neuen Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2018, S. 349 ff.

Dr. Nina Hartmann/Alexander Janik, „**Noch ist manches nicht in trockenen Tüchern- Die neue Brückenteilzeit soll ab Januar 2019 gelten: Voraussetzungen und Herausforderungen**“, Aufsatz für den Deutschen AnwaltSpiegel 2018, Ausgabe 11, S. 14 ff.

Dr. Sören Langner, LL.M., „**Sozialversicherungspflicht und Ehrenamt**“, zugleich eine Entscheidungsbesprechung von BSG-Urteil vom 16. August 2017 – B 12 KR 14/16 R in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2018, S. 217

Lisa-Marie Niklas, „**Wie viel Urlaub steht mir eigentlich zu? Fallstricke bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs**“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2018, S. 193 ff. sowie „**Wie viel Urlaub steht mir eigentlich zu? Die Sonderproblematik der unterjährigen Veränderung der Wochenarbeitstage**“, Aufsatz in der Zeitschrift Arbeitsrecht Aktuell 2018, S. 220 ff.

Lisa-Marie Niklas, „**Neues Datenschutzrecht für Unternehmen – was gilt ab dem 25.5.2018?**“, Aufsatz in der GmbH-Rundschau 2018, S. 460 ff.

Dr. Björn Otto/Patricia Jares, „**Kein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Betriebsänderung**“, Entscheidungsbesprechung LAG Rheinland-Pfalz vom 7. Dezember 2017 – 5 TaBVGa 3/17 in der Zeitschrift Der Betrieb 2018, S. 899.

Dr. David Poguntke, „**Festsetzung eines Ordnungsgelds gegen die Partei wegen Nichterscheinens im Güetermin**“, Entscheidungsbesprechung LAG Hamm vom 28. Dezember 2017 – 4 Ta 88/17 in der Zeitschrift Der Betrieb 2018, S. 773

Jan Peter Schiller, „**Datenschutz in der Zeitarbeit**“, Aufsatz in Beilage zum Personalmagazin 2018, Heft 5

Stephanie Witt, „**Abfindungsanspruch nach Auflösungsurteil bei Kündigung durch Insolvenzschuldnerin**“, Entscheidungsbesprechung LAG Rheinland-Pfalz 4 Sa 329/16 vom 19. April 2018 in der Neuen Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2018, S. 103 ff.

Aktuell

Vorträge

Speakers from the Netherlands, Germany, France, Belgium, UK, Luxembourg, etc., “Switching on to switching off: Disconnecting Employees in Europe?”, panel discussion on employment related challenges of permanent availability, 14 June 2018, CMS Netherlands, Amsterdam

Dr. Alexander Bissels, „**AÜG-Reform: aktuelle Entwicklungen und erste Erfahrungen in der Praxis**“, Vortrag für den Kölner Anwaltverein e. V. am 12. Juni 2018 in Köln

Dr. Alexander Bissels, „**Aktuelles zur Reform des AÜG: Trends, Entwicklungen und Praxistipps**“, Vortrag für Truchseß & Brandl – Vertriebsberatung OHG am 3. Juli 2018 in Köln und am 20. September 2018 in Dielheim

Prof. Dr. Björn Gaul, „**Alte und neue Herausforderungen im Arbeits- und Gesundheitsschutz**“, Vortrag im Rahmen der 3. DGFP-Jahrestagung (in Kooperation mit dem BVAU) am 20. Juni 2018 in Frankfurt am Main



Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.

cms-lawnow.com



Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

e-guides.cmslegal.com

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking, Shanghai und Teheran für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessensvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

CMS-Standorte:

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Monaco, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

cms.law